

موسوعة الفقه والقضاء والتشريع

المستشار

محمد عزمي البكري

رئيس محكمة استئناف بني سويف

وعضو مجلس رؤساء محاكم الاستئناف (سابقا)

في

القانون المدني الجديد

المجلد الرابع عشر

الحقوق المتفرعة عن حق الملكية — الحقوق العينية
التبعية أو التأمينات العينية

(المواد 985 - 1149)

دار محمد

للنشر والتوزيع

٩ ش. ساهي البارودي - باب الخلق - القاهرة
ت: ٤٤٣١٠٠ - ٢٢٩٦٠٠ - ٢٣٩٥٣٣٠١

دار محمد

للنشر والتوزيع

٩ ش. ساهي البارودي - باب الخلق - القاهرة
ت: ٤٤٣١٠٠ - ٢٢٩٦٠٠ - ٢٣٩٥٣٣٠١

— القاهرة

سيادة زينب

011179979

Email- d

9 شارع سا

19 شارع ب

ت: 960443

mail.com

(الباب الثانى)

الحقوق المتفرعة عن حق الملكية

الفصل الأول

حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى

1- حق الانتفاع

مادة (985)

- 1- حق الانتفاع يكسب بعمل قانونى أو بالشفعة أو بالتقادم.
- 2- ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية، كما يجوز للحمل المستكن.

الشرح

1- تعريف حق الانتفاع:

لم يعرف التقنين المدنى الجديد - على خلاف التقنين المدنى القديم⁽¹⁾ - حق الانتفاع.

ويعرفه الفقه بأنه الحق العينى المقرر لشخص على مال الغير والذى يخول له

(1) كان التقنين المدنى القديم يعرف حق الانتفاع فى المادة (29/13) منه التى نصت على أن: "الانتفاع هو حق للمنتفع فى استعمال ملك الغير واستغلاله".

وقد أخذ البعض على هذا التعريف قصوره، لأنه لم يبين خاصيتين هامتين من خصائص حق الانتفاع، وهما كونه حقا عينيا ومؤقتا، على الأكثر بحياة المنتفع (الدكتور عبد المنعم البدرأوى شرح القانون المدنى فى الحقوق العينية الأصلية الطبعة الأولى 1954 ص352).

استعماله واستغلاله لمدة معينة بحيث ينتهى حتما بوفاة المنتفع⁽¹⁾.

2- خصائص حق الانتفاع:

يتميز حق الانتفاع بعدة خصائص أهمها:

(أ) الانتفاع حق عيني:

فحق الانتفاع حق عيني وليس حقا شخصيا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"البين من استعراض نصوص القانون المدنى فى المواد 985 إلى 995 منه أنه اعتبر حق الانتفاع من الحقوق العينية وذلك بإدراجه فى باب الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، وهو فى نظر القانون المصرى حق مالى قائم بذاته ولا يعتبر من القيود الواردة على حق الملكية، ومن ثم فإن حق الانتفاع باعتباره من الحقوق العينية يخول صاحبه استعمال الشئ واستغلاله بنفسه أو بواسطة غيره دون قيود بشرط ألا يتجاوز حق الرقبة".

(طعن رقم 2627 لسنة 60 ق جلسة 1994/11/3)

وهذه الخاصية كفيلة بتمييز المنتفع عن المستأجر الذى له بمقتضى عقد الإيجار حق شخصى فى الانتفاع بالعين المؤجرة يلتزم به المؤجر فبالرغم من أن المستأجر يعد دائما للمؤجر إلا أنه لا يستطيع الانتفاع بالعين المؤجرة إلا بواسطة المؤجر الذى يلتزم بتمكينه من الانتفاع، أما المنتفع فحقه يرد مباشرة على الشئ وبالتالي يستطيع مباشرته دون وساطة أحد، فلا يقع على المالك التزام بتمكين المنتفع من الانتفاع وإنما حسبه أن يتركه ينتفع ولا يتعرض له ولا يلتزم إزاءه بشئ. وحق الانتفاع إذا ورد على عقار فإنه يعد مالا عقاريا (مادة 1/83 مدنى)، على ذلك

(1) الدكتور إسماعيل غانم مذكرات فى الحقوق العينية الأصلية الجزء الثانى 1958 ص

3- عبد المنعم البدرأوى ص 252 - الدكتور محمد على عمران الحقوق العينية الأصلية

فى القانون المصرى صادر عن دار الاتحاد العربى للطباعة ص 264 وما بعدها.

يخضع للشهر وجاز لذلك أن يكون محلاً لحق رهن رسمي أو لحق اختصاص، ووجب أن يشهر السند الذي يقرره سواء كان بيعاً أو هبة أو وصية. أما حق المستأجر فهو مال منقول حتى لو كان وارداً على عقار (م 1/83) ولذلك لم يجز رهنه رسمياً، ولا يلزم شهره إلا استثناءً⁽¹⁾.

ونزول المنتفع عن حقه يعد نزولاً عن حق عيني لا يقتضى تدخل المالك، وذلك بخلاف حق المستأجر.

ولما كان الانتفاع حقاً عينياً فإن لصاحبه حماية حقه بإحدى وسيلتين، شأنه في ذلك شأن المالك تماماً، فله دعوى عينية لحماية حقه أسوة بدعوى الاستحقاق، وتسمى عادة دعوى الاعتراف. وهذه الدعوى يصح أن ترفع على الكافة لكونها من الدعاوى العينية. ثم إن للمنتفع أيضاً حماية يده على المال بدعوى الحيازة ذلك أن المنتفع وإن لم يعتبر حائزاً بالنسبة لملكية الشيء إلا أنه حائز لحق الانتفاع وله بناء على ذلك الحق في حماية حيازته هذه⁽²⁾.

وحق الانتفاع يخول لصاحبه سلطتي الاستعمال والاستغلال، ومن ثم يظل لمالك الشيء أهم عناصر الملكية وهو التصرف، وذلك لأنه يظل مالكا للرقبة. فتقرير حق الانتفاع يؤدي إلى تجزئة عناصر الملكية. فيكون للمالك - مالك الرقبة - حق التصرف في الشيء. أما المنتفع فيكون له الاستعمال والاستغلال فقط، دون التصرف، ولهذا يختلف حق المنتفع عن حق الشريك في الشيوع الذي تكون له كل عناصر الملكية في حدود حصته. فصاحب حق الانتفاع لا يوجد بينه وبين مالك الرقبة شيوع⁽³⁾.

(ب) الانتفاع يرد على شيء مملوك للغير:

(1) الدكتور عبد المنعم البدرأوى ص 253.

(2) الدكتور توفيق فرج الحقوق العينية الأصلية 1983 ص 310 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 253.

(3) توفيق فرج ص 311.

حق الانتفاع يرد على شئ مملوك للغير، فهو حق ارتفاق حقيقي، ولذلك يطلق عليه أحيانا "حق الارتفاق الشخصى" لتمييزه عن حق الارتفاق العينى الذى يرتب على عقار لمصلحة عقار آخر مهما كان مالكة، لا لمصلحة شخص معين، كما هو الحال فى حق الانتفاع.

وعلى ذلك فاستعمال المالك للشئ المملوك له واستغلاله لا يعتبر مباشرة لحق انتفاع، وإنما هو مباشرة لحق الملكية. ولذلك لا يجوز للمالك ملكية تامة أن يرهن حق الانتفاع مستقلا عن ملكية الرقبة.

وإذا تقرر حق انتفاع لشخص على ملك غيره كان الشئ محملا بحقين مختلفى المضمون.

ولذلك فليس هناك شيوع بين المنتفع ومالك الرقبة، وبالتالي فلا تتصور القسمة بينهما. غير أن حق الانتفاع ذاته قد يتقرر شائعا بين عدة أشخاص، فالشيوع لا يقتصر على حق الملكية، وإن كان الشيوع فيها هو الغالب⁽¹⁾.

(ج) الانتفاع حق مؤقت:

حق الانتفاع مؤقت، وقد نصت المادة 993 مدنى - كما سنرى - على أن حق الانتفاع ينتهى بانقضاء الأجل المعين، فإذا لم يعين له أجل عد مقررًا لحياة المنتفع، وهو ينتهى على أى حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل.

وصفة التأقيت هذه راجعة إلى طبيعة حق الانتفاع ذاته فهو حق متفرع عن حق الملكية، تتجزأ فيه عناصر الملكية، وتقرير حق انتفاع لشخص على شئ مملوك لغيره يوجد وضعًا غير مرغوب فيه من الناحية الاقتصادية إذ يترتب عليه فرض قيود على استغلال الشئ، فليس للمنتفع حرية مطلقة فى الاستغلال كما سنرى، أما مالك الرقبة فليس له الاستغلال أصلا، ولذلك يندر أن يجد مالك الرقبة

(1) الدكتور محمد كامل مرسى الحقوق العينية الأصلية الجزء الثانى 1368هـ - 1949 م ص

مشتريا لحقه، وبذلك يؤدي حق الانتفاع إلى تعطيل تداول الأموال⁽¹⁾.
وتقريبا على ذلك فإن حق الانتفاع يسقط بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة (م 995) كما سنرى.

3- الأموال التي يرد عليها حق الانتفاع:

يرد حق الانتفاع على جميع الأموال عقارية أو منقولة، أو موضوعها أشياء غير مادية، متى كانت تخول لحائزها ميزات مادية أو معنوية.
فيجوز أن يكون العقار محلا لحق الانتفاع كالدور أو الأراضي الزراعية، والحق العيني على عقار.

وكذلك يجوز أن يكون المنقول المعنوي كحق المؤلف وحق المخترع.
والأسهم والسندات وسائر القيم المنقولة التي ليست لحاملها.
كما يرد حق الانتفاع على مجموعات الأموال سواء كانت قانونية كالتركات، أم فعلية كالمحلات التجارية، وقد سبق أن ذكرنا أن محكمة النقض اعتبرت المحل التجارى منقولاً معنوياً.

ويفترض حق الانتفاع إمكان الانتفاع بالشئ الذى يرد عليه مع بقاء عينه، لأن المنتفع ليس له استهلاكه أو التصرف فيه، ومن ثم لا يرد حق الانتفاع على الأشياء القابلة للاستهلاك وهى التى ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت لاستعمالها أو إنفاقها، كالأطعمة والأشربة والنقود، ولكننا سنرى أنه يرد عليها ما يسمى بشبه حق الانتفاع.

ويصلح حق الانتفاع نفسه أن يكون محلا لحق انتفاع يترتب عليه، فيكون للمنتفع بحق الانتفاع غلة هذا الحق وثماره. وكذلك يصلح أن يكون محلا لحق الانتفاع حق الارتفاق بشرط أن يشمل حق الانتفاع العقار المرتفق وحق الارتفاق

(1) اسماعيل غانم ص 5- توفيق فرج ص 314.

معاً، فلا يترتب حق انتفاع على حق الارتفاق مستقلاً عن العقار المرتفق⁽¹⁾.
وإذا رتب حق الانتفاع على دين فإنه يكون للمنتفع الحق فى الحصول على فوائد هذا الدين. وينقضى الحق بزوال الدين.
ولكن إذا دفع الدين قبل الميعاد المعين للوفاء فإنه يكون للمنتفع الحق فى الانتفاع لغاية انتهاء الميعاد المعين⁽²⁾.

4- شبه حق الانتفاع:

ذكرنا سلفاً أنه من المتصور أن يرد حق الانتفاع على الأشياء التى تستهلك بالاستعمال، فقد يحدث أن يوصى شخص لآخر بحق الانتفاع بأموال تركته أو بجزء منها، وقد تشمل التركة على أشياء قابلة للاستهلاك.
فببإشتر المتفع حق الانتفاع على أموال التركة بما فيها الأشياء القابلة للاستهلاك.
إذ يعرف القانون المدنى الفرنسى - نقلاً عن القانون الرومانى - ما يسمى بشبه حق الانتفاع إذ قضى فى المادة (587) بأنه:

"إذا اشتمل حق الانتفاع أشياء مما لا يمكن استعمالها إلا باستهلاكها مثل النقود والغلال والسوائل، كان للمنتفع الحق فى أن يستعملها ولكن بشرط أن يرد مثلها فى المقدار والنوع والقيمة عند انتهاء حق الانتفاع أو يرد قيمتها". كما أن شبه حق الانتفاع هذا تعرفه الشريعة الإسلامية حيث ورد فى المادة (22) من مرشد الحيران أن "للمنتفع أن يستهلك ما استعاره من المنقولات التى لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاكها عينا كالنقد والمكيلات والموزونات ونحوها، وعليه رد مثلها أو قيمتها بعد الانتفاع ويكون عليه ضمانها إذا هلك قبل الانتفاع بها ولو بغير تعديه لكونها قرضاً".

وقد عرف التقنين المدنى المصرى القديم أيضاً شبه الانتفاع فكانت المادة

(1) السنهورى الجزء التاسع - المجلد الثانى الطبعة الثانية 1993 ص 634 - محمد كامل

مرسى ص 282- محمد على عمران ص 266.

(2) محمد كامل مرسى ص 282.

41/22 منه تنص على أنه: "يجوز للمنتفع الذى قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء التى تتعدم بالاستعمال، إنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه فى الانتفاع". كما نص عليه أيضا التقنين المدنى الجديد فى المادة 2/992- كما سنرى - حيث قررت أن للمنتفع الذى قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك وإنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه فى الانتفاع.

ويبين من ذلك أن شبه حق الانتفاع لا يترتب على شئ مستقل بذاته فهو لا ينشأ وحده. وإنما يترتب تبعاً لحق انتفاع أوسع نطاقاً يرد على مجموع من الأموال. وفى شبه حق الانتفاع فإن الذى ينتقل إلى المنتفع فى الشئ القابل للاستهلاك ليس هو مجرد الانتفاع، إنما هو حق ملكية تامة تبيح للمنتفع استهلاك الشئ على أن يرد مثله أو قيمته عند انتهاء حق الانتفاع. وعلى ذلك يختلف شبه الانتفاع عن حق الانتفاع فى الأخير يحتفظ المالك بالرقبة، أما فى شبه الانتفاع فتنتقل ملكية الشئ رتبة ومنفعة إلى المنتفع ويصبح المالك مجرد دائن بمثل الشئ أو قيمته⁽¹⁾.

ويلاحظ أن شبه حق الانتفاع وإن كان يتقارب مع حق المقترض فى عارية الاستهلاك، حيث يحصل فى كل منهما تسليم الشئ مقابل الالتزام برد شئ مماثل له أو قيمته. إلا أنهما يختلفان فيما وراء ذلك فعارية الاستهلاك يكون مصدرها دائماً العقد، أما شبه حق الانتفاع فقد يتم بعقد أو وصية وهذا هو الغالب.

وفى العارية يكون التزام المستعير بالرد موصوفاً بأجل معين لا يحل بوفاته، إذ تنتقل حقوق المستعير إلى ورثته على خلاف الأمر فى شبه حق الانتفاع، ثم إن صاحب حق الانتفاع لا يمكنه استعمال الأشياء القابلة للاستهلاك إلا إذا قدم كفالة (م 2/992) على خلاف الحال بالنسبة للمستعير⁽²⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 282 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 257 وما بعدها -

رمضان أبو السعود الحقوق العينية الأصلية طبعة سنة 2001 ص 508 وما بعدها.

(2) الدكتور رمضان أبو السعود ص 509 - عبد المنعم البدرأوى ص 258 وما بعدها.

5- الأشياء التى تتلف بالاستعمال :

رأينا أن الأشياء التى تهلك بمجرد الاستعمال يمكن أن يرد عليها شبه الانتفاع فتخضع لتنظيمه القانونى بحيث يستطيع المنتفع التصرف فيها ولا يلزم إلا برد مثلها.

غير أنه توجد أشياء وإن كنت لا تستهلك بالاستعمال إلا أنها تتلف به. كالملابس والأثاث والسيارات، فهذه الأشياء تخضع لحق انتفاع بالمعنى الحقيقى لا شبه حق الانتفاع، ويستطيع المنتفع أن يستعملها فى الغرض الذى خصصت له، ويلتزم بردها بعد انتهاء مدة الانتفاع بالحالة التى تكون عليها⁽¹⁾.

ومن المتفق عليه بين الشراح أنه من الجائز الاتفاق على إلحاق الأشياء التى تبلى بطول الاستعمال بالأشياء التى تستهلك فوراً بالاستعمال. فتنتقل ملكية الأشياء التى تبلى بطول الاستعمال إلى المنتفع، ويكون له حق التصرف فيها واستهلاكها، ولا يلزم إلا برد قيمتها أو مثلها عند نهاية حق الانتفاع. فيتحول حق الانتفاع بهذا الشرط إلى شبه حق انتفاع.

وقد يكون الشرط ضمناً فيستفاد مثلاً من تقويم الأشياء التى يشملها حق الانتفاع، إذ التقويم قد يفهم منه أن المالك لا يعلق أهمية كبيرة على أن يسترد الأشياء بذواتها وبحسبه أن يسترد قيمتها فيقوم التقويم هنا مقام البيع. وهذه على كل حال قرينة قضائية قابلة لإثبات العكس. فيجوز للمالك أن يثبت أنه قد عول على استرداد الشيء بذاته لا بقيمته وذلك بالرغم من تقويمه فى سند حق الانتفاع⁽²⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 383 - عبد المنعم البدرأوى ص 283 - السنهاورى ص 1634 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 518.

أسباب كسب حق الانتفاع:

6- تعداد:

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن حق الانتفاع يكسب بعمل قانوني أو بالشفعة أو بالتقادم.

وعلى ذلك يكسب حق الانتفاع بإحدى طرق ثلاثة:

1- عمل قانوني.

2- الشفعة.

3- التقادم.

وهذه الطرق هي نفس الطرق التي يكسب بها حق الملكية بعد استبعاد ما لا ينطبق منها على حق الانتفاع كالميراث والاستيلاء والاتصاق.

وفي هذا جاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه :

1- "حدد هذا النص الطرق التي يكسب بها حق الانتفاع، وهي نفس الطرق التي يكسب بها حق الملكية بعد استبعاد ما لا ينطبق منها على حق الانتفاع، فيكسب حق الانتفاع بالعمل القانوني ويشمل العقد والوصية، ويكسب أيضا بالشفعة والتقادم. ويخرج الميراث لأن حق الانتفاع لا يورث بل ينتهي حتما بموت صاحبه. ويخرج أيضا الاستيلاء والاتصاق لأنهما لا ينطبقان على طبيعة حق الانتفاع"⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن حق الانتفاع لا يكتسب بالميراث، فجرى

قضاؤها على أن:

"النص في المادة 985 من القانون المدني على أن "حق الانتفاع يكسب بعمل قانوني أو بالشفعة أو بالتقادم ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص

متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية كما يجوز للحمل المستكن" والنص في المادة 993 من ذات القانون على أن "ينتهى حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين فإن لم يعين له أجل عد مقررًا لحياة المنتفع وهو ينتهى على أى حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين" يدل على أن حق الانتفاع لا يكتسب عن طريق الميراث وأنه حق موقوف ينقضى بانقضاء أقرب الأجلين المدة المقررة له أو وفاة المنتفع، وكان القانون رقم 142 لسنة 1944 بفرض رسم أيلولة على التركات قد خلا من النص صراحة على إخضاع حق الانتفاع الذى ينقضى بوفاة صاحبه لرسم الأيلولة على التركات على حين أخضع هذا القانون بصريح النص الاستحقاق فى الوقف والوصية والهبة وعقود التأمين والتأمينات التى استحق سدادها بسبب وفاة المورث إلى رسم الأيلولة، وكان ذلك منه استثناء من القاعدة الأصلية وهى أن الرسم لا يستحق أصلاً إلا على الأموال التى تنتقل بطريق الميراث، ولما كان الاستثناء لا يجوز القياس عليه ولو أراد المشرع إخضاع حق الانتفاع الذى ينقضى بوفاة صاحبه لرسم الأيلولة، على التركات لنص على ذلك صراحة كما نص على غيره من التصرفات التى أخضعها لهذا الرسم وكان حق الانتفاع موضوع النزاع لم ينتقل من ذمة المتوفاه إلى ذمة المطعون عليها المشتري بل انقضى بسبب وفاة صاحبه فإنه لا يكون خاضعاً لأحكام القانون 142 لسنة 1944 ولا يستحق عليه بالتالى أية رسوم أيلولة أو ضريبة تركات، ولا محل للتحدى بنص المادة 4/36 من هذا القانون التى بينت أساس تقدير حق الانتفاع ذلك أن حق الانتفاع يجوز أن يوصى به لأشخاص متعاقبين موجودين على قيد الحياة وقت الوصية كما يجوز للحمل المستكن وفقاً لما تنص عليه المادة 985 مدنى وتكون الوفاة هى الواقعة المنشئة لاستحقاق الرسم لأن المال قد آل إلى الموصى له بسببها وفى هذه الحالة يستحق رسم أيلولة طبقاً للقاعدة العامة التى نصت عليها المادة الثالثة من القانون رقم 142 لسنة 1944 من أن الأموال التى تنتقل بطريق الوصية يكون حكمها حكم الأموال التى

تنتقل بطريق الإرث ويحصل عليها الرسم وإذا انتهى الحكم المطعون عليه إلى عدم خضوع حق الانتفاع موضوع النزاع لرسم الأيلولة فإنه يكون قد التزم صحيح القانون".

(طعن رقم 186 لسنة 47 ق جلسة 1981/2/16)

ونعرض لأسباب كسب حق الانتفاع تفصيلاً فيما يلي.

7- مضمون أسباب كسب حق الانتفاع:

السبب الأول:

العمل القانوني:

يجوز ترتيب حق الانتفاع بالعمل القانوني. والعمل القانوني قد يكون وصية أو عقداً.

ونعرض أولاً للوصية ثم نعرض بعد ذلك للعقد.

(أ) الوصية:

يجوز ترتيب حق الانتفاع عن طريق الوصية.

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة على أنه: "يجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية، كما يجوز للحمل المستكن".

ومثال ترتيب حق الانتفاع عن طريق الوصية أن يوصى مالك الشيء لآخر بحق انتفاع على هذا الشيء. فإذا توفى المالك انتقلت ملكية الرقبة إلى ورثته ونشأ حق انتفاع للموصى له⁽¹⁾.

وقد يكون العكس بأن يوصى بالأعيان لشخص على أن تكون المنفعة للورثة⁽²⁾.

(1) محمد لبیب شنب - الوجیز فی الحقوق العینیة الأصلية طبعة الثالثة سنة 2000 ص 389.

(2) محمد علی عمران ص 317.

وتسرى أحكام الوصية من حيث الشكل، ومن حيث النصاب الجائز الإيصاء به، ومن حيث انتقال الحق إلى الموصى له ببقائه حيا بعد موت الموصى. ومن حيث وجوب التسجيل إذا كانت الوصية واردة على عقار، ومن حيث سائر أحكام الوصية. وتحدد الوصية مدة حق الانتفاع وحقوق المنتفع والتزاماته على أن يستكمل ذلك بالأحكام الواردة في القانون. ويصح أن تعلق الوصية بحق الانتفاع على شرط فاسخ أو على شرط واقف أو تقترن بأجل واقف. كما يصح أن تقرن بشروط وتكاليف ومنها جعله غير قابل للتصرف فيه ولا للحجز عليه⁽¹⁾.

وتنص الفقرة الثانية من المادة على أن:

"يجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية، كما يجوز للحمل المستكن".

فقد أجاز النص أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين، ويكون ذلك بأن يوصى شخص بحق الانتفاع لواحد بعد الآخر، بحيث إذا انتهى حق انتفاع الأول بانقضاء مدته أو بموته، نشأ حق انتفاع جديد لا صلة له بالانتفاع الأول لصالح المنتفع الثاني وهكذا.... الخ.

ولا يتضمن النص أى استثناء من قاعدة انتهاء حق الانتفاع حتما بوفاة المنتفع. إذ أن كلا من المنتفعين المتعاقبين لا يتلقى حقه من المنتفع السابق وإنما من الموصى مباشرة، فحق كل منهم مستقل عن الآخر، كل ما فى الأمر هو أن حق الموصى له الثانى قد أضيف إلى أجل واقف هو وفاة المنتفع الأول أو انتهاء مدة الانتفاع وهكذا... وحتى لا يشتبه ذلك بالوقف اشترط النص أن يكون الموصى لهم جميعا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية.

وكما يجوز الإيصاء بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين، فإنه يصح من باب أولى الإيصاء بحق الانتفاع لأشخاص مجتمعين فى وقت واحد، فيكون حق الانتفاع شائعا بينهم وبنسبة حصة كل منهم.

وقد حرص المشرع على النص على جواز الوصية بالانتفاع للحمل المستكن وذلك رفعا للشبهة التي أثارها نص المادة 16 من التقنين المدني القديم والذي كان يشترط أن يكون المقرر له الانتفاع موجودا على قيد الحياة (مولودا) وقت إنشاء هذا الحق، فالوصية بالانتفاع كالوصية بالملكية جائزة للحمل المستكن⁽¹⁾.

(ب) العقد:

يجوز ترتيب حق الانتفاع بالعقد، ويحصل ذلك بثلاثة طرق:

(1) الطريق المباشر:

بموجب هذا الطريق يتم إنشاء حق الانتفاع، بأن يقرر المالك حق انتفاع على عقار أو منقول لمصلحة شخص آخر أو أشخاص آخرين، ويحتفظ لنفسه بملكية الرقبة.

وقد يكون ذلك بيعا أو هبة أو مقايضة أو وفاء بمقابل.

ويحدد العقد مدة حق الانتفاع وحقوق المنتفع والتزاماته، فإذا خلا العقد من ذلك استكمل بالأحكام الواردة بالقانون.

وكثيرا ما كان يتبع هذا الطريق للتحويل على قاعدة تحريم الإيضاء للوارث قبل صدور قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 الذي أباح الوصية للوارث فيما لا يزيد على الثلث.

غير أنه مازال يتبع الآن للتحويل على مقدار الوصية الجائزة، ولذلك نصت المادة 917 مدنى على أنه: "إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحياسة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته اعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية"، ومن شأن هذا النص أن يقلل من حالات حق الانتفاع فى العمل.

(2) الطريق غير المباشر:

(1) السنهورى ص 1646 وما بعدها - اسماعيل غانم ص 9- عبد المنعم البدروى ص 255.

وذلك بأن ينقل المالك ملكية الرقبة للغير ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع، كأن يهب المالك الشيء للغير ثم يحتفظ لنفسه على الشيء بحق الانتفاع مدى حياته غالباً فعندئذ ينشأ حق الانتفاع بمناسبة نقل الملكية للغير .
وبالتالى يكون العقد هنا منشئ لحق الرقبة لا حق الانتفاع وإنما تم ظهور حق الانتفاع بطريق غير مباشر عن طريق هذا الفصل بين الرقبة والانتفاع⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لما كان التحقق من أحقية المورث فى الانتفاع بالعين المتصرف فيها مدى حياته لحساب نفسه استنادا إلى حق لا يستطيع المتصرف إليه حرمانه منه لثبوت قيام القرينة القانونية المنصوص عليها فى المادة 917 من القانون المدنى - هو من سلطة محكمة الموضوع بغير معقب من محكمة النقض متى كان استخلاصها سائعا، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على قوله "وحيث إن ... و..... شهدا أمام محكمة أول درجة أن منزل النزاع بناه المرحوم وكان يقيم به مع زوجته حتى توفاه الله كما أقرت المستأنف ضدها - الطاعنة بهذه الإقامة بمذكرتها وجاء بتقرير الخبير المقدم لمحكمة أول درجة أن بمنزل النزاع دكان تضع اليد عليه السيدة والدة المستأنفين - المطعون ضدهم - وأن ... المستأنف الثانى - المطعون ضده الثانى - يضع يده على شقة بالدور الثانى من المنزل أيضا وحيث إن ما تستخلصه المحكمة من أقوال الشاهدين و ومما جاء بمذكرة للمستأنف عليها أنفة البيان وما تضمنه تقرير مكتب الخبراء أن المرحوم مورث طرفى النزاع لم يتخل عن الأرض محل عقد البيع المؤرخ 1958/11/9 وأنه أقام عليها مبانى المنزل محل التداعى وأقام هو وزوجته المستأنف عليها بالدور الأول من هذا المنزل حتى توفاه الله بينما مكن نجله من سكنى إحدى الشقتين بالدور الثانى وزوجته الثانية المرحومة من دكان

مقامه بهذا المنزل مما يقطع أنه انتفع بالعقار بالكيفية التي ينتفع بها المالك عادة والتي لا يستطيع غير المالك ممارستها، لما كان ذلك وكان ما ادعته الطاعنة من أن الحكم نسب إلى تقرير الخبير ما لم يرد به هو زعم غير صحيح إذ الثابت من ذلك التقرير أن معاينة المنزل موضوع النزاع قد أسفرت عن وضع يد على دكان به ووضع يد المطعون ضده الثاني على إحدى شقق الدور الثاني منه بما يتفق وما أثبتته الحكم المطعون فيه نقلا عنه، وكان مؤدى ما أورده الحكم المطعون فيه - وبغير نعى من الطاعنة ثبوت أحقية المورث فى الانتفاع مدى حياته بما تصرف فيه استنادا إلى حق يخوله ذلك وهو ما يكفى لحمل قضائه فى هذا الخصوص فإن النعى بهذا السبب يكون جدلا موضوعيا لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 974 لسنة 53 ق جلسة 1984/1/5)

(3) عقد انتفاع يصدر من المنتفع نفسه :

يحوز لمن تقرر له حق الانتفاع أن ينزل عن حقه للغير، بمقابل كالبيع أو يدون مقابل كالهبة، إلا إذا كان السند المنشئ لحق الانتفاع قد تضمن شرطا مانعا من التصرف.

ويخضع حق الانتفاع بعد انتقاله إلى المنتفع الجديد، لنفس الأحكام التي كان يخضع لها بين يدي المنتفع الأصلي. فإذا توفى المنتفع الأصلي انقضى حق الانتفاع. أما إذا توفى المنتفع الجديد قبل وفاة المنتفع الأصلي وقبل انقضاء الأجل المعين للانتفاع، فإن الحق ينتقل إلى ورثة المنتفع الجديد. وهذه هي الحالة الوحيدة التي ينتقل فيها حق الانتفاع بالميراث. وينقضى حق الانتفاع فى هذه الحالة بين يدي الورثة بوفاء المنتفع الأصلي أو بانقضاء الأجل المعين.

ويلاحظ أن النزول عن حق الانتفاع لمنتفع جديد، لا يترتب عليه انقضاء التزامات المنتفع الأصلي قبل مالك الرقبة، فيبقى مسئولا إلى حين انتهاء حق الانتفاع، كما يظل الكفيل - فى الانتفاع بالمنقول - ضامنا لالتزامات المنتفع

الأصلى وذلك طبقاً للرأى السائد⁽¹⁾.

وإذا كان حق الانتفاع وارداً على عقار وجب تسجيله عملاً بالمادة التاسعة من القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقارى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "حق الانتفاع المرتب على عقار بموجب عقد لا ينشأ لا بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين إلا إذا سجل طبقاً للقواعد المقررة فى التسجيل".

(طعن رقم 1691 لسنة 68 ق جلسة 1999/6/17)

2- إذ كان عقد شراء المطعون ضده لحصة والده زوج الطاعنة فى العقار (والتي تشمل شقة النزاع) لم يسجل كما لم يسجل العقد الذى رتب به (لوالده زوج الطاعنة) حق الانتفاع على شقة النزاع فإن ملكية هذه الحصة لم تنتقل إلى المطعون ضده كما لم ينشأ على عين التداعى حق انتفاع طبقاً للقانون ويكون الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه - مع ذلك - على أن دعوى المطعون ضده (بترد الطاعنة من شقة النزاع بقالة ملكيته لها وانتهاء حق الانتفاع الذى قرره لوالده زوج الطاعنة عليها بوفاته) من دعاوى الاستحقاق الناشئة عن انتهاء حق الانتفاع بوفاة المنتفع يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون أدى به إلى عدم تحقيق سند حيازة الطاعنة للشقة والتي تمسكت بها استمراراً لحيازة سلفها والدالمطعون ضده".

(طعن رقم 1691 لسنة 68 ق جلسة 1999/6/17)

السبب الثانى :

الشفعة :

يكتسب حق الانتفاع بالشفعة. وقد رأينا عند دراسة الشفعة أن المادة 936

مدنى تنص على أن :

"يثبت الحق فى الشفعة :

(1) اسماعيل غانم ص 9 وما بعدها - السنهاورى ص 1645.

- (أ) لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه.
 (ب) للشريك في الشيوع إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبي.
 (ج)".

وبناء على ذلك إذا بيع حق الانتفاع الملابس للرقبة كله أو بعضه حق لمالك الرقبة أن يأخذ حق الانتفاع كله أو بعضه بالشفعة، فيكتسبه هنا انتقالا من المنتفع. وطالما اجتمعت لديه ملكية الرقبة والمنفعة فإن حق الانتفاع ينقضى باتحاد الذمة. وقد يكون حق الانتفاع شائعا بين شخصين وباع أحدهما حصته الشائعة لأجنبي، فيحق للشريك الآخر أخذها بالشفعة ما لم يتقدم عليه في الأخذ مالك الرقبة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "النص في المادة 1/985 من القانون المدني على "حق الانتفاع يكسب بعمل قانوني أو بالشفعة أو بالتقادم" مفاده أن حق الانتفاع يمكن كسبه بالشفعة في حالة بيعه استقلالا دون الرقبة الملابس له إذا ما توافرت شروط الأخذ بالشفعة".

(طعن رقم 103 لسنة 48 ق جلسة 1979/12/13)

2- "مفاد نص المادتين 936، 937 من القانون المدني أن المشرع قرر حق الشفعة لمالك الرقبة- في بيع حق الانتفاع لحكمة توخاها هي جمع شتات الملكية برد حق الانتفاع إلى مالك الرقبة إذ بدون هذا النص الصريح ما كان لمالك الرقبة أن يشفع في بيع حق الانتفاع إذ هو ليس شريكا مشتاعا ولا جارا مالكا - وتحقيقا لذات الحكمة فقد فضل المشرع مالك الرقبة على سائر الشفعاء عند مزاحمتهم له في الشفعة في بيع حق الانتفاع الملابس للرقبة التي يملكها وذلك على ما جرى به نص المادة 937 من القانون المدني المشار إليها - وإذ قرر المشرع الأفضلية لمالك الرقبة عن باقي الشفعاء عند مزاحمتهم له وفق ما جرى به هذا النص فقد تصور أن يزاحم الشفعاء الآخرين مالك الرقبة في بيع حق الانتفاع فتكون الأفضلية للأخير مؤكدا بذلك أن الشفعة في حق الانتفاع مقررة لسائر الشفعاء وذلك لتوفر الحكمة في تقرير الشفعة وهي منع المضار - لما كان ما تقدم فإن

الحكم المطعون فيه إذ قضى بثبوت حق الشفعة للجار المالك (المطعون ضدها الأولى) يكون قد أصاب في النتيجة التي انتهى إليها".

(طعن رقم 103 لسنة 48 ق جلسة 1979/12/13)

السبب الثالث:

التقادم:

يكسب حق الانتفاع بالتقادم. فيكسب بالتقادم الخمسى فى العقار عملا بالمادة 969 مدنى التى تجرى على أن: "إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عينى عقارى وكانت مقترنة بحسن النية ومستتدة فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات".

كما يكسب على المنقول بمجرد الحيازة بحسن نية، فإذا رتب غير مالك المنقول لآخر حق انتفاع على المنقول، فحيازة هذا الشخص لحق الانتفاع بحسن نية يكسبه حق الانتفاع بمجرد الحيازة.

كما يكسب حق الانتفاع على العقار والمنقول بالتقادم الطويل عملا بالمادة 968 مدنى التى تجرى على أن: "من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له، أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به، كان له أن يكسب ملكية الشئ أو الحق العينى إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة".

وإذا كان من الصعب تصور كسب حق الانتفاع بالتقادم الطويل لأن الحائز سئ النية الذى يستمر واضعا يده على عقار أو منقول خمس عشرة سنة يكسب ملكيته ولا يكون من السذاجة بحيث يقرر أنه لم يضع يده إلا بصفة منتفع. إلا أنه مع ذلك يمكن تصوره فى بعض الحالات، كما إذا كان للمنتفع سند رتب بمقتضاه حق الانتفاع ولكنه كان سئ النية أى كان يعلم أنه يتعامل مع غير المالك. فالتقادم الذى يكسب به الحق فى هذه الحالة هو التقادم الطويل لا القصير،

ويكسب به واضع اليد حق الانتفاع فقط لا حق الملكية الكامل.
وقد عرضنا تفصيلاً لأحكام التقادم الخمسى والتقادم الطويل فى موضعها
فنحيل إليه⁽¹⁾.



(1) محمد كامل مرسى ص 281.

مادة (986)

يراعى فى حقوق المنتفع والتزاماته السند الذى أنشأ الانتفاع وكذلك الأحكام المقررة فى المواد الآتية.

الشرح

8- تحديد حقوق المنتفع والتزاماته بسند حق الانتفاع:

يحدد فى سند حق الانتفاع، سواء كان عقداً أو وصية حقوق والتزامات المنتفع، فىكون ما نص عليه ملزماً للطرفين، إلا أن يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب، وهذا يحدث فى حالة قليلة.

ويضاف إلى ذلك الأحكام التى قررها القانون فى هذا الشأن فى المواد التالية لهذه المادة.

أما إذا كسب حق الانتفاع بالتقادم، فأعمال الحيابة التى أدت إلى التقادم هى التى تحدد مدى حق الانتفاع الذى كسب بهذا السبب.

وأغلب الأحكام الواردة فى القانون لا تتعلق بالنظام العام. ومن ثم يجوز أن يتضمن السند أحكاماً مخالفة لها.



مادة (987)

يكون ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة 993⁽¹⁾.

الشرح

9 - حق المنتفع في ثمار الشيء:

للمنتفع الحق في استغلال الشيء أى في الحصول على ثماره. وهذا ما يميز حق الانتفاع عن حق الاستعمال وحق السكنى حيث يقتصر حق صاحبهما على استعمال الشيء.

وقد يكون هذا الاستغلال مباشرا كأن يزرع المنتفع الأرض بنفسه فيحصل على ثمارها.

وقد يكون غير مباشر بأن يؤجر الأرض الزراعية أو المنزل لغيره، ويحصل مقابل ذلك على الأجرة.

ويتقيد المنتفع في استغلاله للعين بالقيود التي يضعها القانون على سلطة الاستغلال كتحديد حد أقصى لأجرة بعض الأماكن مثلا.

وقد سبق أن فرقنا بين الثمار والمنتجات.

والأصل أن يكون للمنتفع الحق في الثمار دون المنتجات. فيكون له الثمار الطبيعية والمستحدثة والمدنية ومن الأخيرة فوائد رؤوس الأموال سواء نتجت عن

(1) كانت المادة (1241) من المشروع التمهيدي المقابلة للمادة (987) تنص على أن: "تكون ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع على قدر مدة انتفاعه، كما أن للمنتفع الحق في الثمار الطبيعية القائمة عند بدء الانتفاع دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير. أما الثمار التي تكون قائمة وقت انتهاء الانتفاع فهي من حق المالك، على أن يوفى كل منهما الآخر ما أنفقه" إلا أن المادة عدلت في لجنة المراجعة على النحو الراهن.
مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 536 وما بعدها).

قرض أو إيراد مرتب أو أسهم أو حصص في شركات حيث تكون أرباحها للمنتفع. وهذا كله مالم يوجد اتفاق على غير ذلك.

10- استحقاق الثمار بنسبة مدة الانتفاع:

تنص المادة على أن تكون ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه.

وعلى ذلك يستحق المنتفع من ثمار الشيء ما يناسب مدة انتفاعه. فإذا كانت مدة الانتفاع سنة واحدة مثلاً، فإنه يستحق الثمار التي ينتجها الشيء خلال هذه السنة فقط. وإذا انتهى الانتفاع قبل الأجل المحدد له ب وفاة المنتفع مثلاً، يستحق ورثته قدرًا من الثمار بنسبة مدة بقاء الانتفاع⁽¹⁾.

ولا صعوبة فيما يتعلق باحتساب الثمار المدنية: . إذ يسهل حساب ما يستحقه المنتفع من هذه الثمار، فهذه الثمار تعد مقبوضة يومًا فيوم. فإذا تعلق الأمر مثلاً بحق انتفاع على أرض مؤجرة أو على منزل مؤجر وكانت مدة الإيجار مشاهرة وكان قد مضى عن بدء الانتفاع نصف شهر مثلاً استحق المالك نصف الأجرة والمنتفع النصف الآخر. وكذلك الأمر لو كانت الأجرة أو الأرباح المتعلقة بالأسهم سنوية، وكان قد مضى من السنة نصفها عند بدء الانتفاع استحق كل منهما نصف الأجرة أو الأرباح.

وكذلك الحال عند انتهاء الانتفاع، فلا يجوز للمنتفع أن يستولى من الأجرة إلا لغاية تاريخ انتهاء الانتفاع، أما ما بقي بعد ذلك من الأجرة عن مدة لاحقة على انتهاء الانتفاع فهي من حق مالك الرقبة⁽²⁾.

أما بالنسبة للثمار الطبيعة أو المستحدثة (الصناعية):

فيحسب ما يستحقه المنتفع على النحو الآتي:

(1) محمد ليبب شنب ص 392 - محمد على عمران ص 369.

(2) توفيق فرج ص 329 - عبد المنعم البدروى ص 266.

- 1- إذا لم يكن في الأرض زرع قائم وقام المنتفع بزراعة الأرض وجنى المحصول قبل نهاية مدة الانتفاع كانت الثمار له.
- 2- إذا كان الزرع قائما بالأرض عند بدء الانتفاع، فتحسب المدة التي تظل الأرض مشغولة فيها بالزرع، فيأخذ المالك من المحصول بنسبة الفترة السابقة على بدء الانتفاع ويأخذ المنتفع بنسبة الفترة اللاحقة. على أن يساهم في نفقات البذر والسماذ والعمل بنسبة هذه الفترة.



مادة (988)

- 1- على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها وبحسب ما أعد له وأن يديره إدارة حسنة.
- 2- وللمالك أن يعترض على أى استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء، فإذا أثبت أن حقوقه فى خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات، فإن لم يقدمها المنتفع أو ظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالاً غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها، فللقاضى أن ينزع هذه العين من تحت يده وأن يسلمها إلى آخر يتولى إدارتها، بل له تبعاً لخطورة الحال أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع دون إخلال بحقوق الغير.

الشرح

11- التزام المنتفع باستعمال الشيء بحالته التي تسلمها بها وبحسب ما أعد له :

توجب الفقرة الأولى من المادة على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها وبحسب ما أعد له وأن يديره إدارة حسنة".

ومقتضى التزام المنتفع باستعمال الشيء بحالته التي تسلمه بها احترام التصرفات التي أتاها المالك قبل بدء الانتفاع، كعقد الإيجار الذى أبرمه المالك إذ يكون هذا العقد واجب الاستمرار⁽¹⁾.

ولتزام المنتفع باستعمال الشيء بحسب ما أعد له، يتيح له أولاً استعمال الشيء، فيستخدمه فى جميع الوجوه التي يجوز له أن يستعمله فيها، كأن يسكن المنزل أو يركب السيارة أو الدابة أو يستعمل المنقولات.

(1) محمد وحيد الدين سوار - شرح القانون المدنى - الحقوق العينية الأصلية الطبعة الخامسة 1992 - 1993 ص 804.

ويقتضى ثانياً منه احترام تخصيص الشيء فيما أعد له وما كان متبعا في الاستعمال من الملاك السابقين. فإذا كان حق الانتفاع خاصا بحصان للركوب فلا يجوز للمنتفع أن يستعمله للجر أو الحمل، وإذا كان حق الانتفاع متعلقا بمنزل للسكنى فليس له أن يحوله إلى مقهى أو متجر، إلا إذا كان الاتفاق بين المتعاقدين يجيز ذلك، إما صراحة أو دلالة، وذلك لأن استعمال الشيء استعمالا يخالف ما وضع له يعتبر تصرفا، والمنتفع ليس له حق التصرف⁽¹⁾.

ومع ذلك فإن المنتفع لا يتقيد بذلك في بعض الصور، كما في حالة ما إذا كانت الأرض التي ورد عليها الحق من الأراضي البور، إذ يكون له أن يزرعها. وفي هذه الحالة يمكن تبرير هذا على اعتبار أن الأراضي البور، ليست معدة لغاية معينة، والاستغلال المعقول لها يكون عن طريق زراعتها. فضلا عن ذلك فإن هذا لا يعد تغييرا، ولكنه تحسين للأرض، كما أنه لا يتقيد كذلك بالعوائد السابقة التي كانت متبعة في الأراضي الزراعية، إذ ورد الحق على أرض زراعية، متى كان الهدف من الخروج عما كان متبعا من قبل من أصحاب الأرض السابقين هو تحسين الزراعة⁽²⁾.

كما أنه يكون للمنتفع أن يلائم بين الانتفاع في حدود الغرض الذي أعد له وبين التغيرات التي تحدثها العوامل الاقتصادية والاجتماعية على جوهر الشيء دون تدخل من المنتفعين أو من ملاك الرقبة، كما هو الشأن في حالة ما إذا أدى التطور إلى تغيير منطقة زراعية إلى منطقة للبناء⁽³⁾.

ويشمل حق الاستعمال حق الصيد والقنص، فيكون للمنتفع أن يمارس هذا الحق. وذلك ما لم يكن المالك قد سبق له تأجير هذا الحق، حيث يجب على

(1) محمد كامل مرسى ص 289 وما بعدها توفيق فرج ص 234 وما بعدها - نبيل سعد ص 237.

(2) توفيق فرج ص 336.

(3) توفيق فرج ص 336 هامش (2).

المنتفع أن يحترم حق المستأجر، ولكن الأجرة تكون من حق المنتفع طوال مدة الانتفاع⁽¹⁾.

ويلتزم المنتفع بالأى سئ استعمال الشئء فيستعمله استعمالا غير مشروع، أو استعمالا غير متفق مع طبيعته.

ولا يقتصر حق المنتفع على استعمال الشئء ذاته، بل له الحق فى استعمال الحقوق المقررة لمنفعة الشئء أيضا، كحقوق الارتفاق المقررة لصالح العقار كالمروى والمجرى.

ويتقيد المنتفع فى استعمال الشئء كما يتقيد المالك بالقيود التى فرضها القانون فى استعمال الشئء. فلا يجوز أن يفتح مطلا على الجار إلا فى المسافة التى حددها القانون، ولا أن يستعمل العقار الذى ينتفع به استعمالا من شأنه أن يضر بالجار ضررا غير مألوف⁽²⁾.

وقد لا يستعمل المنتفع الشئء بنفسه، بل يدعو غيره إلى استعماله تبرعا دون مقابل، كأن يستضيف بعض ذويه للإقامة فى الدار التى ينتفع بها، أو يعير السيارة التى له فيها حق الانتفاع. أما إذا نزل عن الاستعمال للغير بمقابل، فإن هذا يكون استغلالا لا استعمالا⁽³⁾.

كما يلتزم المنتفع بالأى يستعمل الشئء استعمالا غير مشروع.

12- جزاء استعمال الشئء استعمالا غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة

الشئء:

للمالك أن يعترض على أى استعمال غير مشروع للشئء أو غير متفق مع طبيعة الشئء على النحو الذى ذكرناه سلفا.

(1) السنهاورى ص 1656 هامش (1) - الدكتور نبيل سعد - الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها طبعة 1999 ص 230.

(2) السنهاورى ص 1656.

(3) السنهاورى ص 1656.

فإذا أثبت المالك أن حقوقه أصبحت في خطر من جراء هذا الاستعمال، كتهديد الشيء بالإتلاف، جاز له أن يطالب المنتفع بتقديم تأمينات كرهن أو كفيل موسر يضمن الوفاء بما يستحق له من تعويض قبله، إذا ما أُلّف الشيء.

فإذا لم يقدم المنتفع التأمينات أو ظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالاً غير مشروع أو غير متفق عليه، جاز للقاضي وبناء على طلب المالك أو من له مصلحة في ذلك - كدائنيه مثلاً - أن ينزع هذه العين من تحت يد المنتفع وأن يسلمها إلى أمين يتولى إدارتها لحساب المنتفع وتسليم غلتها إليه.

بل للقاضي بناء على طلب المالك أو من له مصلحة في ذلك - إذا رأى أن سوء الاستعمال خطير إلى حد يستوجب إجراء أشد أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع.

وفي هذه الحالة الأخيرة يجب مراعاة عدم الإخلال بحقوق الغير، كالدائن المرتهن لحق الانتفاع، فيجب أن يبقى هذا الحق للمرتهن بحيث يستطيع الحجز على حق الانتفاع طوال مدته الأصلية⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"فيجب على المنتفع أن يستعمل الشيء بحسب ما أعد له. فإن استعمله في غير ذلك بحيث تصبح الرقبة في خطر جاز لصاحب الرقبة أن يمنعه من هذا الاستعمال غير المشروع وأن يطالبه بتأمينات. فإذا أخل المنتفع بما يجب عليه من تقديم التأمينات أو من استعمال الشيء استعمالاً مشروعاً، جاز للقاضي أن ينزع العين من تحت يد المنتفع ويعهد بها إلى أمين يديرها ويسلم غلتها للمنتفع. بل يجوز للقاضي أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع مع المحافظة على حقوق الغير (كدائن مرتهن لحق الانتفاع) إذا رأى مقتضياً لذلك (م 1243 من المشروع وتقابل م 39/20 من التقنين الحالي)"⁽²⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 290 - محمد لبيب شنب ص 392.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 539.

سلطة المنتفع على الشيء المنتفع به

13 - للمنتفع الحق فى استعمال واستغلال الشيء المنتفع به :

يكون لمالك الشيء حق استعماله وحق استغلاله أى الحصول على ثمراته وحق التصرف فيه.

فإذا أنشأ هذا المالك لآخر حقاً بالانتفاع فإن هذا الحق يجرى الملكية من عنصرى الاستعمال والاستغلال ولا يبقى لها إلا العنصر الثالث وهو حق التصرف. أما صاحب حق الانتفاع فيكون له الحق فى الاستعمال الشيء واستغلاله فقط دون حق التصرف.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"حق الملكية يغير فى طبيعته وحكمه فى القانون حق الانتفاع، فحق الملكية هو جماع الحقوق العينية إذ مالك العقار يكون له حق استعماله وحق استغلاله وحق التصرف فيه. فإذا أنشأ هذا المالك لآخر حقاً بالانتفاع فإن هذا الحق يجرى الملكية من عنصرى الاستعمال والاستغلال ولا يبقى لها إلا العنصر الثالث وهو حق التصرف فتصبح الملكية المثقلة بحق الانتفاع هى ملكية الرقبة، فيجتمع حقان عينيان، حق الرقبة للمالك وحق الانتفاع للمنتفع.... الخ".

(طعان رقما 1589 لسنة 55، 1093 لسنة 53 ق جلسة 1987/12/3)

ونعرض فى البنود التالية لسلطة المنتفع على الشيء تفصيلاً.

أولاً: أعمال الإدارة:

14 - (أ) الإيجار:

يعتبر الإيجار أظهر وأهم أعمال الإدارة.

ويثبت الحق فى الإيجار للمنتفع. فله أن يؤجر الشيء المنتفع به لاستثماره والحصول على أجرته، فالأجرة هى الثمار المدنية للشيء.

غير أنه يجب ألا يترتب على هذا الإيجار - كما قدمنا - التغيير من تخصيص الشيء. فالقانون يحرم على المنتفع استعمال الشيء في غير ما أعد له، وهذا يقتضى بالضرورة عدم جواز تأجير الشيء بقصد استعماله في غرض يخالف ما أعد له الشيء.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لما كانت المادة 558 من ذات القانون تنص على أن الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشئ معين مدة معينة لقاء أجر معلوم، فإن القانون لا يشترط أن يكون المؤجر مالكا وإنما يكفي أن ينشئ المؤجر في ذمته التزاما صحيحا يوجب عليه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر ومن باب أولى فيحق لصاحب الانتفاع، الانتفاع بالمال واستغلاله بتأجيره للغير خاصة إذا ما ثبت أنه أقام المبنى الجديد من ماله الخاص على الأرض المملوكة لأصحاب حق الرقبة استعمالا لحقه في الانتفاع".

(طعن رقم 2627 لسنة 60 ق جلسة 1994/11/3)

ويجوز للمنتفع أن يؤجر حقه في الانتفاع إلى مالك الرقبة، ولا يعترض على ذلك بأن مالك الرقبة يستأجر ماله وهذا لا يجوز، لأن المالك هنا ليس له إلا الرقبة، وهو يستأجر مالا مستقلا عنها هو الحق في الانتفاع، فإذا مات المنتفع قبل انقضاء مدة الإيجار انتهى الإيجار باتحاد الذمة، إذ يجتمع عند المالك صفة المستأجر وصفة المؤجر معا.

15- مدة الإيجار الصادر من المنتفع :

تنص المادة 560 مدنى على أن: "الإجارة الصادرة ممن له حق المنفعة تنتضى بانقضاء هذا الحق إذا لم يجزها مالك الرقبة، على أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالإخلاء والمواعيد اللازمة لنقل محصول السنة".

فالقاعدة أن للمنتفع التأجير لأية مدة يراها، بشرط ألا تزيد على مدة حق الانتفاع ذاته، فلا يتقيد في التأجير بمدة ثلاث السنوات المنصوص عليها بالمادة

559 مدنى⁽¹⁾، لأنه عند ما يؤجر لا يفعل ذلك بموجب حق الإدارة، فهو لا يدير العين نائبا عن الغير وإنما يستعمل حقه الأصل في الانتفاع.

ولما كان حق الانتفاع حق موقت كما ذكرنا سلفا. فإنه إذا انقضى حق الانتفاع قبل نهاية مدة الإيجار لانتهاء مدته أو لموت المنتفع انفسخ الإيجار ولم يجز للمستأجر مطالبة المؤجر أو ورثته بتعويض عن ذلك.

ولا يستثنى من ذلك إلا حالة ورود حق الانتفاع على أحد الأماكن الخاضعة لقوانين إيجار الأماكن الاستثنائية أو الأراضى الخاضعة لأحكام المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 (المعدل) بالإصلاح الزراعى - إبان سريانه - لأن أحكام هذه القوانين تقضى بامتداد عقد الإيجار امتدادا تلقائيا بقوة القانون بعد انتهاء مدته.

غير أن المادة 560 مدنى نصت على أن: "الإجارة الصادرة ممن له حق المنفعة تنتضى بانقضاء هذا الحق إذا لم يجزها مالك الرقبة، على أن تراعى المواعيد المقررة للتبنيه بالإخلاء والمواعيد اللازمة لنقل المحصول".

ومقتضى ذلك أنه إذا انقضى الإيجار بانقضاء حق الانتفاع كان لصاحب الرقبة خياران:

الخيار الأول:

أن يقر الإيجار الذى عقده المنتفع⁽²⁾، وفى هذه الحالة يظل الإيجار ساريا إلى الوقت المحدد له، ولو جاوز مدة حق الانتفاع، ويحل مالك الرقبة محل المنتفع فى الحقوق والالتزامات المترتبة على الإيجار.

(1) تنص هذه المادة على أن: "لايجوز لمن لايملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة، فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك، أنقصت المدة إلى ثلاث سنوات، كل هذا مالم يوجد نص يقضى بغيره.

(2) استعملت المادة لفظ الإجازة والمقصود بالإجازة فى هذا النص هو الإقرار لأن الإجازة تصدر من الشخص الذى يتقرر إبطال العقد لمصلحته فيصبح العقد صحيحا، أما الإقرار فيصدر من شخص أجنبى عن العقد فيصبح العقد نافذا فى حقه.

فانتهاء الإيجار بانتهاء حق الانتفاع مقرر لمصلحة مالك الرقبة وحده، فلا يصح للمستأجر أن يطلب انتهاء الإيجار بسبب انتهاء المنفعة إذا أقره مالك الرقبة والدليل على ذلك قول المادة (560) أن الإيجار ينقضى بانقضاء حق المنفعة إلا إذا أقره مالك الرقبة. وهذا الإقرار يصح أن يصدر أثناء سريان حق الانتفاع أو بعد زواله، ولما يكون الإقرار صريحا يصح أن يكون ضمنيا يستخلص من ظروف الحال لاسيما من علم مالك الرقبة بالإيجار وتركه المستأجر بعد انقضاء حق الانتفاع يضع يده على العين مدة معقولة.

أما إذا أجز المنتفع العين بادعاء أنه مالك لها، وانتهى حق الانتفاع قبل انقضاء مدة الإيجار، ولم يقر المالك الإيجار للمدة الباقية، فإنه يجوز للمستأجر الرجوع على المنتفع أو على ورثته بتعويض يدفع من التركة.

الخيار الثاني:

ألا يقر المالك الإيجار:

وفي هذه الحالة يكون لمالك الرقبة طلب إخراج المستأجر من العين المؤجرة. غير أنه يجب على مالك الرقبة أن يراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالإخلاء المنصوص عليها بالمادة 563 مدني وإذا كانت العين أرضا زراعية فإنه يجب على مالك الرقبة أيضاً أن يتمهل حتى تقوت المواعيد المقررة لنقل محصول السنة وفق ما يقتضيه عرف المهنة (م 617 مدني).

16- (ب) بيع المحصول :

يتفرع عن سلطة الإدارة المخولة للمنتفع أن يكون له الحق في بيع المحصول وقبض ثمنه فهو من حقه، كما له أن يبيع الزرع قائما حتى ولو انقضى حق الانتفاع قبل الجنى وعندئذ تسرى أحكام الفقرة الثانية من المادة 993 مدني التي تقضى بأن: "وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع بزرع قائم، تركت الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع، على أن يدفعوا أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن".

17- (ج) استيفاء الحقوق :

إذا كان حق الانتفاع مقررا على أموال من بينها دين من الديون، أو كان واردا مباشرة على دين، كان للمنتفع الحق في اقتضاء الدين عند حلول أجله وديا أو قضاء وإعطاء مخالصة عنه تكون حجة على صاحب الحق. وإذا كان حق الانتفاع لم ينقض أجله بعد، تحول حق الانتفاع إلى شبه انتفاع على المبالغ التي اقتضاها من الدين، حيث يجوز له استثمارها والتصرف فيها ورد مثلها عند نهاية الانتفاع. وإذا هلك الشيء المنتفع به واستحق عنه تعويض أو مبلغ التأمين أو مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة، فإن حق المنتفع ينتقل إلى هذا المقابل حيث تقضى الفقرة الأولى من المادة 994 مدنى بأن: "ينتهى حق الانتفاع بهلاك الشيء، إلا أنه ينتقل من هذا الشيء إلى ما قد يقوم مقامه من عوض". ويعد هذا الحكم من تطبيقات فكرة الحلول العينية، ويحق للمنتفع قبض هذه المبالغ وإعطاء مخالصة بها، وله أن يستثمرها والتصرف فيها على أن يرد مثلها عند نهاية حق الانتفاع، ويجوز للمالك أن يطالب المنتفع بتقديم كفالة. وللمحكمة عند الضرورة أن تقرر الطريقة التي يستغل بها المنتفع تلك الأموال⁽¹⁾.

18- (د) حضور جلسات الجمعيات العمومية للشركات :

إذا كان محل الانتفاع أسهما أو حصصا في شركات، كان من حق المنتفع - دون مالك الرقبة - حضور جلسات الجمعية العمومية للشركة، سواء كانت الجمعية عادية أو غير عادية، فهذا الحضور يعد من أعمال الإدارة، حتى لو كان من بين قرارات هذه الجمعية عملا من أعمال التصرف أو كان من بين قراراتها تعديل نظام الشركة⁽²⁾.

(1) السنهوري ص 1672 وما بعدها - رمضان أبو السعود ص 519.

(2) السنهوري ص 1673 - رمضان أبو السعود ص 519 - وقارن عبد المنعم البدرأوى ص 270 وما بعدها فيرى أنه إذا قررت الشركة زيادة رأس المال بإصدار أسهم جديدة لصالح الشركاء القدامى فإن زيادة رأس المال على هذا النحو لا يخول المنتفع الحق في الاكتتاب في هذه الأسهم حتى ولو لم يستفد مالك الأسهم بنفسه من هذا العرض.

19- التزام المنتفع بإدارة الشئ إدارة حسنة :

تنص الفقرة الأولى من المادة على التزام المنتفع بإدارة الشئ محل الانتفاع إدارة حسنة.

فيلتزم المنتفع بأن يبذل فى إدارة الشئ محل الانتفاع، عناية الرجل المعتاد. فلا يتطلب منه عنايته أو عناية المالك فى أموال نفسه إذا كانت تزيد على عناية الرجل المعتاد.

كما لا يقبل منه النزول عن عناية الرجل المعتاد حتى لو كان هو أو مالك الرقبة ينزل عنها فى إدارة شئونه⁽¹⁾.

فإذا كان محل حق الانتفاع أرضا زراعية وجب عليه ألا يهلكها فى الزراعة أو يتركها بورا، أو يأخذ منها أترية بحيث يهبط مستواها بما يؤثر على إنتاجيتها.

20- ثانيا : رهن المنتفع لحق الانتفاع :

يجوز للمنتفع أن يرهن حق الانتفاع رهنا رسميا إذا كان عقارا أو رهنا حيازيا إذا كان منقولاً.

وما يجوز رهنه هو حق الانتفاع لا الثمار الناتجة منه، لأن للمنتفع الحق فى تحصيل الثمار ومتى دخلت فى ذمته المالية أصبحت ضمانا عاما لكل الدائنين⁽²⁾.

ويجوز لدائنى المنتفع أخذ حق اختصاص على حق الانتفاع إذا كان واقعا على عقار. كما يجوز أن يترتب على حق الانتفاع امتياز بائع العقار أو امتياز بائع المنقول إذا كان المنتفع قد اشترى حق الانتفاع على عقار أو منقول ولم يدفع ثمنه.

ويلاحظ أن التأمين الذى يرد على حق الانتفاع يكون ضعيفا، لأنه ينتهى بانتهاء حق الانتفاع وخصوصا بموت المنتفع.

(1) السنهورى ص 1683 وما بعدها.

(2) محمد كامل مرسى ص 304.

وإذا لم يوف المنتفع بالدين المضمون بيع حق الانتفاع، لا العين نفسها بالمزاد ليقضى الدائن صاحب حق الرهن دينه من حصيله البيع.

21 - ثالثاً: أعمال التصرف:

لا يملك المنتفع - كما رأينا - رقة الشيء المنتفع به، وعلى ذلك لا يجوز له التصرف فى الرقة، وإذا باعها كان بائعاً لملك غيره غير نافذ فى حق مالك الرقة.

وإذا كان هناك حق ارتفاق مقرر لمصلحة العقار المنتفع به، فليس للمنتفع النزول عن حق الارتفاق، وإنما كل ما يملكه فى هذا الصدد هو التعهد بعدم استعماله ولا ينفذ هذا التعهد فى حق مالك الرقة. ولكن إذا كنا بصدد شبه انتفاع، كان للمنتفع التصرف فى الرقة على أن يرد مثلها أو قيمتها عند نهاية الانتفاع⁽¹⁾. ولما كان حق الانتفاع ليس من الحقوق للصيقة بصاحبها، فإنه يجوز للمنتفع أن ينزل عن حق الانتفاع للغير دون إذن المالك وذلك ما لم يكن فى السند المقرر لحق الانتفاع ما يمنع من ذلك.

فيجوز للمنتفع أن ينزل عن حق الانتفاع سواء بمقابل أو بغير مقابل. فيجوز له بيعه أو المقايضة عليه أو جعله حصة فى شركة أو أن ينزل عنه لدائه مقابلاً لوفاء الدين. وله أن يهبه مع مراعاة قواعد الشكلىة والتسجيل إذا وقع حق الانتفاع على العقار. وليس له أن يوصى به لأن حق الانتفاع ينتهى حتماً بوفاة المنتفع. وإذا نزل المنتفع عن حقه لغيره، فإنما ينزل عنه بما يقترن به من أوصاف وما يتهده من أسباب الانقضاء. وعلى ذلك إذا انتهى حق الانتفاع الأصلى لانتهاؤ أجله أو لموت المنتفع زال بالتالى حق المتنازل إليه. فحق المتنازل إليه موقوف بحياة المنتفع الأصلى لا بحياته هو.

ونزول المنتفع عن حقه للغير لا يخلصه من الالتزامات التى يلتزم بها أمام مالك الرقة، فمالك الرقة يعتبر أجنبياً بالنسبة لهذا النزول، ولذلك وجب ألا يضار

بسببه بأى وجه من الوجوه⁽¹⁾.

وكما يجوز النزول عن حق الانتفاع، يجوز كذلك الحجز عليه من دائئى المنتفع، وهذا ما لم يشترط عدم النزول عن الحق وعدم جواز الحجز عليه⁽²⁾.

22- رابعا: القيام بالأعمال التحفظية:

يستطيع المنتفع القيام بالأعمال التحفظية، ويعتبر فى ذلك نائبا عن مالك الرقبة. وله بناء على ذلك قطع التقادم السارى ضد المالك⁽³⁾.

23- إقامة المنتفع بناء أو غراس على العقار محل الانتفاع:

كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على مادة برقم (1242) تنص على أن:

"ليس للمنتفع أن يحدث أى بناء أو غراس بغير رضا المالك، وعليه أن يثبت هذا الرضاء بالكتابة أو بما يقوم مقامها". إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذا النص دون بيان أسباب هذا الحذف⁽⁴⁾. ويبدو أنها اكتفت بالقواعد العامة. والقواعد العامة فى هذا الشأن تفرق بين فرضين:

الفرض الأول:

أن يكون المنتفع قد حصل على ترخيص من المالك بإقامة البناء أو الغراس. وحينئذ يعتبر المنتفع قد بنى أو غرس بحسن النية، وذلك تسرى عليه أحكام المادتين 925، 926 مدنى، فيتملك صاحب الرقبة البناء أو الغراس بالالتصاق، وعليه أن يدفع للمنتفع أدنى القيمتين، قيمة المواد وأجر العمل أو قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء أو الغراس. وللمنتفع إذا شاء أن يطلب نزع البناء أو الغراس

(1) السنهورى ص 1674 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 271- نبيل سعد ص 234.

(2) السنهورى ص 1675 - رمضان أبو السعود ص 520.

(3) عبد المنعم البدرأوى ص 269 - محمد كامل مرسى ص 304.

(4) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 536 هامش (1).

من الأرض على أن يعيدها إلى أصلها، ولكن ليس لمالك الرقبة أن يطلب إزالة البناء أو الغراس.

ويقع على عاتق المنتفع إثبات حصوله على الترخيص بالبناء أو الغراس. ويتبع فى الإثبات القواعد العامة.

الفرض الثانى:

أن يكون المنتفع قد أقام البناء أو الغراس دون ترخيص من المالك. وحينئذ يعتبر المنتفع سئ النية، وتسرى عليه أحكام المادة 924 مدنى. فيجوز للمالك أن يطلب إزالة البناء أو الغراس، وإلا تملكه بالالتصاق على أن يدفع أدنى القيمتين: قيمة البناء أو الغراس مستحق الإزالة أو قيمة مازاد فى ثمن الأرض بسبب البناء أو الغراس⁽¹⁾.

(راجع فى التفصيل شرح المواد 924، 925، 926 مدنى)

24- الدعاوى التى يباشرها المنتفع:

هناك نوعان من الدعاوى يباشرهما المنتفع: النوع الأول ينصب على الدعاوى المتعلقة بحق الانتفاع نفسه، والنوع الثانى يتعلق بالحقوق التى يتضمنها حق الانتفاع.

ونعرض لهما فيما يلى:

النوع الأول من الدعاوى:

يتمثل هذا النوع فى رفع المنتفع الدعاوى الآتية:

(1) دعوى الإقرار بحق الانتفاع:

وهى الدعوى التى تقابل دعوى الاستحقاق فى الملكية وبموجبها يستطيع أن يطالب بالشئ محل الانتفاع من أى حائز له. كما يستطيع استعمال هذه الدعوى

(1) السهنورى ص 1718 وما بعدها.

ضد المالك عند الاقتضاء⁽¹⁾.

(2) دعاوى الحيازة:

يجوز للمنتفع رفع كافة دعاوى الحيازة لأن المنتفع وإن كان حائزا مجردا بالنسبة لملكية الشيء، إلا أنه حائز بالنسبة لحق الانتفاع. فالحيازة المنصبة على الملكية إنما تكون لمالك الرقبة أما حيازة الحق فهي للمنتفع. فالمنتفع يحوز الحق لحسابه الخاص.

ويستطيع المنتفع رفع دعاوى الحيازة حتى ضد مالك الرقبة إذا تعرض له في انتفاعه أو انتزع منه تلك الحيازة⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"المنتفع وإن جاز له في القانون أن يحمي حيازته لحق الانتفاع بدعاوى الحيازة، إلا أنه يتعين أن يثبت بداءة أن العقار المطلوب دفع العدوان عن حيازته مثقل بحق عيني اكتسبه رافع الدعوى بسبب من الأسباب المقررة بالمادة 985 من القانون المدني لاكتساب حق الانتفاع، لما كان ذلك وكان البين من الأوراق ومدونات الحكم المطعون فيه أن الأرض محل التداعي من أملاك الدولة الخاصة التي تزرع خفية وأثبت الخبير في تقريره أن الطاعن ليس إلا مجرد واضع يد عليها وقيد اسمه بسجلات مصلحة الأملاك باعتباره مستغلا للأرض بطريق الخفية، وكان الطاعن لم يقدم إلى محكمة الموضوع ثمة دليل يفيد حصول تصرف من الحكومة في أرضها اكتسب بمقتضاه حقا عينيا بالانتفاع، فإنه لا يكون صحيحا ما يثيره في النعى من الادعاء بحيازتها على سند من قيام هذا الحق".

(طعن رقم 452 لسنة 54 ق جلسة 1987/11/26)

وإذا نجح المنتفع في دعوى الحيازة التي يرفعها على المالك، جاز له أن يحتج

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 270.

(2) السنهوري ص 1678 هامش (2) - رمضان أبو السعود ص 520.

بهذه الحيازة، فتقوم قرينة لصالحه على أنه هو صاحب حق الانتفاع إلى أن يثبت المالك عكس ذلك⁽¹⁾.

(3) الدعوى الشخصية بالتسليم:

يجوز للمنتفع رفع الدعوى الشخصية بالتسليم، يستند فيها إلى السند المنشئ لحقه، ويرفعها ضد منشئ الحق أو ورثته للمطالبة بتسليم الأشياء المقرر عليها الانتفاع⁽²⁾.

(4) دعوى تعيين الحدود:

للمنتفع رفع دعوى تعيين الحدود لأن له - كما للمالك - مصلحة في بيان حدود العقار الذي يستعمل عليه حقه.

(5) دعوى القسمة:

للمنتفع الحق في رفع دعوى القسمة في حالة ما إذا كان الانتفاع شائعاً بينه وبين الغير. وسواء كان هذا الغير منتفعاً معه أو مالكا⁽³⁾.

وعليه إدخال مالك الرقبة في هذه الدعوى، والدعوى السابقة وهي دعوى تعيين الحدود ولا ترتب على ذلك ألا يكون الحكم الصادر فيهما حجة عليه⁽⁴⁾.

والنوع الثانى:

هو الدعاوى الخاصة بحماية الحقوق التى يتضمنها حق الانتفاع، مثل دعوى إلزام المدينين بالحقوق المنتفع بها لكى يستوفى منها، ويعد مسئولا عنها قبل المالك.

(1) السنهورى ص 1678 هامش (2).

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 270.

(3) رمضان أبو السعود ص 520 - عبد المنعم البدرأوى ص 520.

(4) السنهورى ص 1678 - رمضان أبو السعود ص 520 وما بعدها.

وكذا رفع دعاوى التأمينات التي تضمن هذه الحقوق كرهن أو امتياز أو كفالة أو غيرها من الدعاوى المتصلة بالحقوق محل الانتفاع⁽¹⁾.



(1) السنهاورى ص 1679 - رمضان أبو السعود ص 521.

مادة (989)

- 1- المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة، وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة.
- 2- أما التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع فإنها تكون على المالك، ويلتزم المنتفع بأن يؤدي للمالك فوائد ما أنفقه في ذلك. فإن كان المنتفع هو الذي قام بالإنفاق كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع.

الشرح

25- التزام المنتفع بالتكاليف المعتادة:

يلتزم المنتفع طوال مدة انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة.

ويقصد بالتكاليف المعتادة (charges ordinaires) التكاليف التي تفرض عادة على العين المنتفع بها والتي تدفع من الثمار، مثل تكاليف إدارة الشيء فهي ضرورية للحصول على الثمار والضرائب العقارية والرسوم بأنواعها المفروضة على العين، كالضرائب العقارية الأصلية وضريبة الخفر. وسنرى أن تكاليف الصيانة تدخل في التكاليف المعتادة، ولذلك يتحملها المنتفع جميعها.

غير أنه لا يوجد ما يحول دون الاتفاق بين المالك والمنتفع على أن يتحمل الأول هذه التكاليف⁽¹⁾.

26- التزام المنتفع بنفقات الصيانة:

يلتزم المنتفع بكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة طوال انتفاعه.

(1) السنهوري ص 1687 - رمضان أبو السعود ص 522 وما بعدها.

والمقصود بنفقات الصيانة، النفقات التى تدفع عادة من الثمار ويحتملها الاستعمال أو الاستغلال العادى لمن له سلطة الإدارة. ويدخل فيها بالنسبة للبناء إعادة بياضه أو تجديد سلمه أو أرضيته، فتتسع نفقات الصيانة عن الترميمات التأجيرية التى يلتزم بها المستأجر.

ويعتبر التزام المنتفع بالصيانة نتيجة لالتزامه باستعمال الشئ كما يستعمله مالكة من ناحية ومقابل للثمار التى يجنيها لأن صيانة الشئ تدفع عادة من ريعه من ناحية أخرى.

ويرتبط الالتزام بالصيانة بالانتفاع بالشئ فيبدأ وينتهى معه.

27- التزام المالك بالتكاليف والإصلاحات الجسيمة:

يلتزم المالك بالتكاليف والإصلاحات الجسيمة اللازمة للشئ محل الانتفاع. طالما أنها لم تنشأ عن خطأ المنتفع والمقصود بالتكاليف غير المعتادة تلك التى تقرض على العين والتى لا يمكن القول بأنها تؤدى فى العادة من إيرادها. وهى لذلك لا تعتبر تكاليف على الإيراد أو الثمار. ومثلها القروض الجبرية التى قد تقرضها الدولة، والأقساط المفروضة على المالك والمضمونة بالعين والواجب دفعها لأحد البنوك العقارية. وباقى المبالغ الواجب دفعها من ثمن الأسهم المنتفع بها إذا كان مالكة لم يقم عند بدء الانتفاع بوفاء قيمتها كاملة وقت الاكتتاب بها. وكذلك مصاريف دعوى وضع الحدود⁽¹⁾.

ولما كان القانون لم يعرف الإصلاحات الجسيمة فإنه يمكن الاهتداء فى هذا الخصوص بنص المادة (606) من المجموعة المدنية الفرنسية، والتى أوضحت ما يعد من النفقات الجسيمة وما يعد من نفقات الصيانة وهى تقرر أن الإصلاحات الجسيمة هى إصلاحات الجدران الرئيسية والقباب وأخشاب السقف والأسقف بتمامها والجسور ودعائم البناء وجدر الأسوار بتمامها.

(1) عبد المنعم البدر اوى ص 281 وما بعدها ص 595 وما بعدها.

وواضح من ذلك أن الإصلاحات الجسيمة هي الإصلاحات التي تحتاج إلى مبالغ كبيرة تجاوز في العادة الإيراد الناتج من الشيء، وهي أعمال تقتضى إعادة الإنشاء أو إعادة البناء⁽¹⁾.

فإذا كانت الإصلاحات الجسيمة قد نشأت عن خطأ المنتفع، كإهماله في القيام بأعمال الصيانة المعتادة فترة طويلة، فإن المنتفع هو الذى يلزم بنفقات هذه الإصلاحات.

28- هل يمكن إجبار المالك على القيام بالإصلاحات الجسيمة؟

لم يلزم القانون مالك الرقبة بالقيام بالإصلاحات الجسيمة اللازمة للعين. وفى هذا يختلف الانتفاع عن الإيجار، إذ يلتزم المؤجر بأن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة وبالقيام بجميع الترميمات الضرورية (م 1/567 مدنى). أما مالك الرقبة فهو لا يلتزم بشئ نحو المنتفع. ولكن المنتفع يلتزم على أى حال بإخبار المالك عن حاجة الشئ إلى الإصلاحات الجسيمة (م 991 مدنى). وهو إذا أخبره بذلك أو علم به المالك من تلقاء نفسه كان حراً فى أن يقوم بها أولاً يقوم. فإذا رأى القيام بها محافظة على العين فهو الذى يتحمل نفقاتها ولكن لما كان المالك غير ملزم أمام المنتفع بالقيام بها فإنه يكون له الحق فى أن يقتضى من المنتفع طوال مدة الانتفاع فوائد هذه النفقات التى أنفقها محسوبة بالسعر القانونى.

فإذا لم يقم المالك بهذه الإصلاحات، جاز للمنتفع القيام بها هو حتى يستكمل انتفاعه بالعين. فإذا قام بها كان له الحق فى استرداد رأس المال الذى أنفقه عند انتهاء حق الانتفاع، ولا يجوز له استرداده فى الحال لأن المالك كما ذكرنا غير ملزم بالقيام بهذه الإصلاحات.

والمنتفع يسترد رأس المال الذى دفعه أى دون فوائد، فيكون بذلك قد تحمل

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 279 وما بعدها - الدكتور محمود جمال الدين زكى - دروس فى الحقوق العينية الأصلية طبعة سنة 1976 ص 516.

فوائده طوال مدة الانتفاع⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"مصاريف الصيانة والإدارة على المنتفع. أما التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة فعلى المنتفع أيضا إذا كانت قد نشأت عن خطئه، وإلا فإن صاحب الرقبة هو الذى يتحملها، وليس معنى ذلك أنه ملزم بها فإنه بخلاف المؤجر لا يلتزم بشئ نحو المنتفع. ولكن إذا رأى وجوب القيام بها محافظة على العين فهو الذى يتحمل نفقاتها. ويدفع المنتفع فوائد هذه النفقات بالسعر القانونى طول مدة الانتفاع. وإذا لم يقم صاحب الرقبة بالإصلاحات الجسيمة جاز للمنتفع أن يقوم هو بها حتى يستكمل انتفاعه بالعين، وله أن يسترد المال عند انتهاء حق الانتفاع"⁽²⁾.



(1) عبد المنعم البدر اوى ص 280 وما بعدها - نبيل سعد ص 241.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 541.

مادة (990)

1- على المنتفع أن يبذل من العناية فى حفظ الشئ ما يبذله الشخص المعتاد.

2- وهو مسئول عن هلاك الشئ ولو بسبب أجنبى إذا كان قد تأخر رده إلى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع.

الشرح

29- التزام المنتفع بحفظ الشئ التزام ببذل عناية :

يلتزم المنتفع بالمحافظة على الشئ محل الانتفاع. وهو التزام ببذل عناية لا بتحقيق غاية.

فالمطلوب من المنتفع فى القيام بالتزامه بالمحافظة على الشئ أن يبذل عناية الشخص المعتاد، وذلك سواء أكان قد حصل على حق الانتفاع معاوضة أم تبرعا. فالخطأ الذى يسأل عنه المنتفع فى حفظ الشئ هو أن ينحرف فى المحافظة عليه عن السلوك المألوف للشخص العادى⁽¹⁾. فلا يطلب منه أن يكون شديد الحرص أو شديد الإهمال.

فمعيار مسئوليته هو إذن معيار مادية لا شخصى. فلا يصح النظر إلى حالته الشخصية ومقدرته الخاصة⁽²⁾.

ويترتب على ذلك أنه إذ أخل المنتفع بهذا الالتزام، بأن لم يبذل أية عناية فى المحافظة على الشئ، أو بذل عناية تقل عما يبذله الشخص المعتاد، وتترتب على ذلك هلاك الشئ أو تلفه فإنه يكون مسئولا عن ذلك. وللمالك مطالبته بالتعويض. ويقع على عاتق مالك الرقبة إثبات أن التلف أو الهلاك الذى لحق بالشئ

(1) السنهورى ص 1692 - محمد لبيب شنب ص 394.

(2) عبد المنع البدروى ص 278.

يرجع إلى خطأ المنتفع أى بعدم قيام المنتفع ببذل القدر الواجب من العناية فى المحافظة على الشئ وهى عناية الرجل المعتاد⁽¹⁾.

ومن أمثلة إخلال المنتفع بالتزامه بالمحافظة على الشئ ما يأتى:

- 1- إنهاك سيارة نقل بما يعود عليه بريح وفير مما يترتب عليه تلف أو هلاك بالسيارة.
- 2- إنهاك الأرض الزراعية بغرس أشجار أو زراعة محاصيل تدر عليه دخلا وفيرا.
- 3- إتلاف أبواب ونوافذ الدار التى ينتفع بها أو إلحاق ضرر غير مألوف بها.
- 4- عدم القيام بأعمال الصيانة اللازمة للمحافظة على سلامة الدار وما يلحق بها من أنابيب المياه والغاز والأحواض وغيرها.
- 5- عدم دفع أقساط التأمين المستحقة على العين إذا كان المالك قد أمن عليها.
- ولكن المنتفع لا يلتزم بالتأمين على العين من الحريق، ومن ثم لا يعتبر عدم التأمين عليها منه خطأ يرتب مسئوليته قبل المالك⁽²⁾.
- 6- عدم المبادرة إلى إخطار مالك الرقبة بكل ما تتعرض له العين من أخطار حتى يتسنى لهذا الأخير اتخاذ الإجراءات اللازمة للوقاية من الخطر⁽³⁾.
- ولا يكون المنتفع مسئولا عن إعادة البناء الذى تهدم بسبب فجائى أو بسبب القدم، طالما لم يحدث نتيجة خطأ من جانب المنتفع.
- ومالك الرقبة هو أيضا غير مسئول عنه، وإذا هو أعاد البناء أو قام

(1) محمد لبيب شنب ص 394 - رمضان أبو السعود 724.

(2) محمود جمال الدين زكى ص 497.

(3) محمد على عمران ص 371.

بالإصلاحات الجسيمة فإن له أن يرجع بفوائد التكاليف التي أنفقها على المنتفع طول مدة الانتفاع⁽¹⁾.

30- تخلص المنتفع من التزامه بالصيانة والحفظ بالتخلي عن حق الانتفاع:

يجوز للمنتفع التخلص من التزامه بصيانة الشيء ومن التزامه بحفظه، إذا تخلى هو عن حقه في الانتفاع. على أن هذا التخلي لا يحدث أثره إلا بالنسبة للمستقبل، أما الأعمال التي كانت واجبة على المنتفع قبل التخلي فيظل ملتزماً بها ولا يعفيه من ذلك أن يقوم برد الثمار التي قبضها⁽²⁾.

31- مسؤولية المنتفع عن هلاك الشيء إذا تأخر عن رده:

يسأل المنتفع عن هلاك الشيء ولو بسبب أجنبي إذا كان قد تأخر عن رده إلى المالك بعد انتهاء حق الانتفاع. وهو مسئول عن هذا النحو ولو كان المالك لم يطالبه بالرد. فحلول أجل الانتفاع دون رد الشيء يجعل المنتفع مسئولاً عن الهلاك مهما كان سببه دون حاجة إلى إعدار.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"على المنتفع أيضاً أن يحافظ على الشيء ويبذل من العناية في ذلك ما يبذله الشخص المعتاد. فإن انتهى حق الانتفاع وجب عليه الرد، فإذا تأخر الرد وهلك الشيء، ولو بسبب أجنبي، كان مسئولاً عن الهلاك حتى لو كان المالك لم يطالب بالرد"⁽³⁾.

مادة (991)

(1) محمد كامل مرسى ص 315 - السنهاورى ص 1694 وما بعدها.

(2) محمد كامل ص 314 - رمضان أبو السعود ص 524.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 543.

إذا هلك الشئ أو تلف أو احتاج إلى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته، أو إلى اتخاذ إجراء يقيه من خطر لم يكن منظورا، فعلى المنتفع أن يبادر بإخطار المالك. وعليه إخطاره أيضا إذا استمسك أجنبى بحق يدعيه على الشئ نفسه.

الشرح

32- واجب المنتفع بإخطار المالك فى بعض الحالات:

يدخل فى التزام المنتفع بحفظ الشئ الذى نصت عليه المادة (990) أن يخطر المالك ليقوم بالتدخل إذا رأى ذلك فى الحالات الآتية:

1- إذا هلك الشئ أو تلف لسبب لا يرجع إلى المنتفع، كسبب أجنبى أو إلى القدم.

2- إذا احتاج الشئ إلى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته.

3- إذا احتاج الشئ إلى اتخاذ إجراء يقيه من خطر لم يكن منظورا، كسقوط اللصوص عليه أو استيلاء الإدارة عليه، ولو استيلاء مؤقتا، أو خربته غارة جوية.

4- إذا ادعى أجنبى بحق لنفسه على الشئ ولو لم يستول فعلا عليه.

وليس للإخطار شكل خاص فقد يكون بإنذار على يد محضر أو بكتاب مسجل أو بكتاب عادى، أو حتى شفاهة على أن يثبت المنتفع قيامه بهذا الإخطار.

فإذا لم يقم المنتفع بالإخطار المشار إليه، كان مسئولا عن الضرر الذى يلحق بالمالك، نتيجة عدم المبادرة بالإخطار.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يجب على المنتفع أن يبادر بإخطار صاحب الرقبة إذا هلكت العين أو تلفت أو احتاجت إلى إصلاحات جسيمة، أو إلى اتخاذ إجراء يقيه من خطر لم يكن

منظورا، أو إذا اغتصب أجنبي حقا عليها، فإن لم يفعل، وأصاب صاحب الرقبة ضرر من هذا الإهمال كان المنتفع مسئولا عن تقصيره"⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 545.

مادة (992)

- 1- إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً، وجب جرده ولزم المنتفع تقديم كفالة به، فإذا لم يقدمها بيع المال المذكور ووظف ثمنه في شراء سندات عامة يستولى المنتفع على أرباحها.
- 2- وللمنتفع الذي قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك، وإنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع، وله نتاج المواشى بعد أن يعوض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجئ.

الشرح

33- الالتزام بجرد المنقول:

إذا كان الشيء المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً، وجب جرده، أما إذا كان الشيء عقاراً فلا يلزم جرده.

وقصر الشارع الجرد على المنقول دون العقار استناداً على أن المنقولات أكثر تعرضاً للضياع والتلف، وأن العقار لا يخشى عليه وقل أن يحدث في ذاتيته أو في قيمته خلاف⁽¹⁾.

ويقصد بالجرد تحرير محضر يثبت فيه نوع المنقول وأوصافه وحالته وقت بدء الانتفاع. وليس من الضروري أن يشمل تقويم الأشياء الموصوفة. وإذا ذكرت في الجرد قيمة المنقولات فلا يفيد ذلك انتقال ملكيتها إلى المنتفع، إلا إذا كان هذا هو قصد المتعاقدين الصريح أو الضمني.

على أن تقويم المنقولات يساعد على تعيين التعويض الواجب دفعه عند انتهاء حق الانتفاع على المنقولات التي لا يردها المنتفع⁽²⁾.

(1) وينتقد البعض قصر الجرد على المنقول دون العقار لأنه قد يحدث خلاف عند انتهاء حق الانتفاع في تحديد الحالة التي كان عليها العقار وقت بدئه (محمود جمال الدين زكي ص 590).

(2) محمد كامل مرسى ص 307 - محمود جمال الدين زكي ص 590.

ولم يستلزم الشارع شكلا معينا فى محضر الجرد، فلا يشترط أن يكون فى ورقة رسمية بل يكفى أن يكون فى ورقة عرفية⁽¹⁾.
 إنما يجب أن يوقع عليه من المالك والمنافع.
 ونفقات الجرد على المنافع لأنه هو الذى يقع على عاتقه قانونا القيام بهذا الجرد⁽²⁾.

وسبب اشتراط الجرد هو معرفة ما يجب رده عند انتهاء الانتفاع، وانقضاء سوء نية المنافع، لاحتمال إنكاره تسلم بعض الأشياء والادعاء بتسليمها بحالة سيئة⁽³⁾.

34- الالتزام بتقديم كفالة:

أوجبت المادة على المنافع بعد إجراء الجرد تقديم كفالة لمالك الرقبة.
 والقصد من هذه الكفالة، من ناحية - ضمان المنافع فى التزاماته أمام المالك، وعلى الخصوص فى التزامه باستعمال الشئ والانتفاع به ومن ناحية أخرى احتمال تبديد المنافع الشئ المقرر عليه حق الانتفاع أو إتلافه، والخوف من عدم قيامه بتعويض الضرر إذا كان معسرا.

ويجب أن يكون الكفيل موسرا ومقيما فى مصر (م774مدنى).
 ويجوز للمنافع أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا (م774 مدنى) كرهن رسمى أو حيازى⁽⁴⁾.

ويجوز إعفاء المنافع من تقديم الكفالة إذا اتفق على ذلك، فقد رأينا أن المادة 986 تنص على أن يراعى فى حقوق المنافع والتزاماته السند الذى أنشأ حق الانتفاع، وكذلك الأحكام المقررة فى المواد التى تليها.

(1) يوجب القانون الفرنسى تحرير محضر الجرد فى ورقة رسمية ما لم يعف المنافع من هذه الرسمية أو يعفى من محضر الجرد أصلا.

(2) محمد كامل مرسى ص 307 - عبد المنعم البدرأوى ص 74.

(3) محمد كامل مرسى ص 306.

(4) محمد كامل مرسى ص 307 - محمد لبيب شنب ص 395.

وإذا كانت السندات المنتفع بها سندات لحاملها، فإن تحويلها إلى سندات اسمية تسجل باسم مالك الرقبة بالنسبة للرقبة وباسم المنتفع بالنسبة إلى حق الانتفاع، يكون ضمانا كافيا، ويعفى المنتفع من تقديم كفالة⁽¹⁾.

35- استعمال المنتفع الأشياء القابلة للاستهلاك:

للمنتفع الذى قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك، وإنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه فى الانتفاع. وهذا الحكم يتمشى مع نظرية شبه حق الانتفاع التى تناولناها فيما سلف.

36- انتفاع المنتفع بالمواشى:

تنص الفقرة الثانية من المادة 992 على أن: "وللمنتفع.... وله نتاج المواشى بعد أن يعوض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجئ".

ويذهب الفقه إلى أن هذا النص يتناول حق الانتفاع الذى يترتب على قطع من المواشى والأغنام والإبل، ويرد عليها كمجموع فعلى من المال، فلا يرد على كل رأس على حدة مستقل عن الرؤوس الأخرى⁽²⁾.

فيكون من حق المنتفع الحصول على ألبانها وأصوافها واستخدام القطيع فى تسميد الأرض، كما يكون له نتاج هذا القطيع، ولكن بعد أن يعوض منه ما نفق من القطيع بحادث مفاجئ، فلا يستحق حينئذ من ذلك النتاج إلا ما يبقى منه بعد هذا التعويض. وهذا يؤكد أن النتاج يعد مندمجا فى مجموع القطيع. ولا يشترط أن يكون التعويض من النتاج الذى يوجد بعد نفوق ما نفق من الأصل، بل يكون أيضا من النتاج الذى وجد قبل ذلك، بل ومن ثمن هذا النتاج إذا ما تصرف فيه المنتفع وقت أن كان أصل القطيع كاملا⁽³⁾.

(1) السنهورى ص 1699.

(2) السنهورى ص 1664 - محمود جمال الدين زكى ص 586 - رمضان أبو السعود ص 516.

(3) السنهورى ص 1664 وما بعدها - رمضان أبو السعود ص 516.

والزام المنتفع باستعاضة ما نفق من الأصل سببه أن ما هلك من المواشى إنما أصيب في مدة استعماله لها، وليس هناك من ضرر كبير عليه من استعاضة تأتي من الزيادة التي تحصل من النتاج.

أما إذا لم تحصل زيادة فلا يكون مسئولا عن تعويض ما ينفق منها إلا إذا كان هلاكها حصل بتقصيره⁽¹⁾.

أما إذا كان النفوق بخطأ الغير أو خطأ المنتفع ذاته كان هذا الغير أو المنتفع هو المسئول عن التعويض كاملا ولو زاد ما أنفق على مقدار النتاج.

وإذا نفق القطيع كله بحادث مفاجئ أو بمرض دون خطأ من المنتفع، فلا يكون المنتفع ملزما قبل المالك إلا برد الجلود أو قيمتها. وللمنتفع أن يتصرف في القطيع إذا أصبح غير صالح لما أعد له من نتاج على أن يعرض ما تصرف فيه منها بنتاج القطيع أو ثمن هذا النتاج.

غير أن القطيع إذا كان ملحقا بأرض زراعية ورد عليها حق الانتفاع، وجب اعتباره تابعا للأرض لا مستقلا بذاته. ولا يكون للمنتفع حق في نتاجه إلا بعد أن يعزز القطيع بالنتاج الضروري لحاجات الاستغلال الذي أعدت الأرض له⁽²⁾.

37- جزاء عدم القيام بالجرد:

لم يبين القانون الجزاء المترتب على عدم القيام بالجرد. ولذا وجب تطبيق القواعد العامة. فلمالك الرقبة أن يمتنع عن تسليم المنقولات إلى المنتفع حتى يقوم بهذا الجرد⁽³⁾.

38- جزاء عدم تقديم المنتفع الكفالة:

تنص الفقرة الأولى من المادة في عجزها على أن: "فإن لم يقدمها بيع المال المذكور ووظف ثمنه في شراء سندات عامة يستولى المنتفع على أرباحها".

(1) محمد كامل مرسى ص 317.

(2) محمود جمال الدين زكى ص 587- رمضان أبو السعود ص 517.

(3) السنهوري ص 1698- عبد المنعم البدرأوى ص 276- محمد لبيب شنب ص 395.

ومفاد ذلك أن المنتفع إذا امتنع عن تقديم الكفالة أو التأمين العيني الكافي، جاز لمالك الرقبة أن يطلب من المحكمة بيع المنقولات، حتى ولو لم تكن تهلك بمجرد الاستعمال، ويوظف ثمنها في شراء سندات عامة أى سندات للحكومة أو إحدى الهيئات العامة، ويكون للمنتفع الاستيلاء على الربح الناتج منها باعتباره ثمرة لها. وذلك طول مدة الانتفاع. أما بعد انتهاء هذه المدة فتكون الأرباح من حق المالك لأنه يصبح مالكا للسندات ملكية تامة⁽¹⁾.

غير أنه لا يدخل في هذه الأرباح ما عسى أن يكسب السند من جائزة، بل الجائزة تكون من حق مالك الرقبة.

ومن الطبيعي أنه إذا كان يدخل في الانتفاع نقود فإنها توظف هي الأخرى على النحو المتقدم⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"فى حق الانتفاع بالمنقول يلتزم المنتفع، فوق ما تقدم، أن يجرد الشئ وأن يقدم كفالة به شخصية أو عينية، وإلا بيع المنقول ووظف ثمنه فى شراء سندات عامة (أى للحكومة) يستولى المنتفع على أرباحها. ولايدخل فى هذه الأرباح ما عسى أن يكسبه السند من جائزة كما يقع فى بعض الأحيان.... الخ".

39- وضع مالك الرقبة فى أثناء قيام حق الانتفاع :

(1) التزام مالك الرقبة بعدم تعطيل حق الانتفاع :

وإن كان حق الانتفاع لا يوجب أى التزام إيجابى على عاتق مالك الرقبة قبل المنتفع، وبصفة خاصة لا يلتزم المالك بتمكين المنتفع من الانتفاع، وكل ما عليه هو أن يتركه يمارس انتفاعه.

(1) توفيق فرج ص 321- عبد المنعم البدرأوى ص 275 وما بعدها - محمد لبيب شنب ص 395.

(2) السنهورى ص 1700 - محمد لبيب شنب ص 396.

إلا أنه لا يجوز لمالك الرقبة تعطيل حق الانتفاع أو إنقاص السلطات التي يخولها لصاحبه، كأن يغير في العين بإقامة أبنية جديدة، أو تعليته الأبنية القائمة أو بتقرير حق انتفاع على الشيء ينشأ عنه نقصان المنفعة بالنسبة إلى صاحب حق الانتفاع. وليس أساس ذلك التزام بالضمان في ذمة المالك بل يرجع إلى الحق العيني الذي للمنتفع والذي له أن يحتج به في مواجهة الكافة، ولا يجوز لأحد أن يعتدى عليه.

على أن امتناع مالك الرقبة عن كل ما من شأنه المساس بسلطات المنتفع، يجد حدوده في حقه في المحافظة على العين ومن ثم يجوز له أن يقوم بجميع الأعمال المادية التي من شأنها المحافظة على الشيء، ولو ترتب على القيام بها تعطيل أو إنقاص الانتفاع بها وله على وجه الخصوص أن يقوم بالإصلاحات الجسيمة في العين، ولايستطيع المنتفع منعه من إجرائها، ولو ترتب على القيام بها حرمانه مؤقتاً من الانتفاع، ولا يجوز له مطالبة المالك بتعويض عن الفترة التي حرم خلالها من انتفاعه⁽¹⁾.

(2) التصرف في الرقبة بما لا يتعارض مع حق الانتفاع:

لمالك الرقبة طيلة قيام حق الانتفاع أن يتصرف في الرقبة بما لا يتعارض معه استعمال المنتفع لحقه أو يلحق به ضرراً. فيجوز لمالك الرقبة أن يبيعها أو يهبها أو يقدمها حصة في شركة، وتنتقل الملكية إلى المتصرف إليه، أما حق الانتفاع فيظل للمنتفع. ويجوز للمالك أن يرتب عليها حق ارتفاق، فإذا تعارض استعمال حق الارتفاق مع انتفاع المنتفع، لم يجز لمالك العقار المرتفق أن يستعمل حق الارتفاق إلا بعد انتهاء حق الانتفاع⁽²⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 319 - محمود جمال الدين زكى ص 569 وما بعدها.

(2) السنهورى ص 1702.

ولمالك الرقبة أن يرهنها رهنا رسمياً، ولدائنيه أن يأخذوا عليها حق اختصاص.

فإذا بيع هذا الحق بالمزاد العلني وفاء لحقوق الدائنين، فإن الراسى عليه المزاد يمتلك الشيء محملاً بحق الانتفاع، فلا تكون له سوى ملكية الرقبة طوال بقاء حق الانتفاع⁽¹⁾.

وإذا باع مالك الرقبة الملكية الكاملة للعين، لم ينفذ هذا البيع في حق المنتفع إلا برضاه. وقد يتفقان على أن يختص كل منهما بجزء من الثمن يتناسب مع قيمة حقه أو أن يبقى الثمن كله لمالك الرقبة على أن يكون للمنتفع فوائده، إلى نهاية حق الانتفاع أو على أمر آخر يرتضيانه معا⁽²⁾.

ولكن لا يجوز للمالك أن يرهن العين رهنا حيازياً، لأنه يترتب على هذا النوع من الرهن وضع العين في حيازة الدائن المرتهن، وهذا يتعارض مع حق المنتفع⁽³⁾.



(1) محمد ليبب شنب ص 396 - محمود جمال الدين زكى ص 598.

(2) السنهوري ص 1701 هامش (2) وما بعدها.

(3) محمد كامل مرسى ص 320.

مادة (993)

1- ينتهى حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، فإن لم يعين له أجل عد مقررًا لحياة المنتفع. وهو ينتهى على أى حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين.

2- وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع بزرع قائم تركت الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حين إدارك الزرع، على أن يدفعوا أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن.

الشرح

40- انتهاء حق الانتفاع بانتهاء الأجل أو بموت المنتفع:

ذكرنا سلفاً أن حق الانتفاع من الحقوق المؤقتة بطبيعتها، والتي لا يمكن أن يجاوز أجلها بحال من الأحوال حياة صاحبها. ولهذا فإن الانتفاع ينقضى بانقضاء الأجل المحدد له، متى انقضى هذا الأجل قبل وفاة المنتفع.

وعلى ذلك إذا حدد السند المنشئ لحق الانتفاع سواء كان عقداً أو وصية أجلاً لحق الانتفاع، انتهى حق الانتفاع بانقضاء هذا الأجل أما إذا مات المنتفع قبل انقضاء هذا الأجل فإن الانتفاع ينتهى بوفاة المنتفع.

أما إذا لم يحدد لحق الانتفاع أجل اعتبر مقررًا لمدى حياة المنتفع وينقضى أيضاً بموته، فحق الانتفاع لا يورث.

وإذا اتفق على ترتيب حق الانتفاع حتى يبلغ شخص أجنبى عن المتعاقدين سناً معينة فإن حق الانتفاع يبقى حتى هذا الوقت ولو مات هذا الأجنبى قبل بلوغه السن المذكورة⁽¹⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 322 وما بعدها.

وإذا كان حق الانتفاع مقررا لجملة أشخاص على الشيوع، فوفاة أحدهم يترتب عليها انقضاء حق الانتفاع بالنسبة إليه، وتعود حصته إلى مالك الرقبة، فلا يستفيد منها الباقون، إلا إذا ورد فى سند الانتفاع نص على خلاف ذلك⁽¹⁾.

كما ينقضى حق الانتفاع بموت المنتفع ولو كان المنتفع قد نزل عن حق الانتفاع للغير، وكان هذا الغير مازال حيا عند وفاة المنتفع⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "نصت المادة 993 من القانون المدنى صراحة على أن ينتهى حق الانتفاع بالأجل المعين فإن لم يعين أجل عد مقررا لحياة المنتفع وهو ينتهى على أى حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين. وأمام صراحة النص فلا محل للخروج عليه أو تأويله وأمام عموميته فلا محل لتخصيصه ويكون الحكم المطعون فيه قد التزم صحيح القانون حين قال بسريان هذه الأحكام على جميع الأحوال أيا كان مصدر حق الانتفاع وسواء أكان قد نشأ بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر".

(طعن رقم 685 لسنة 45 ق جلسة 1980/7/528)

2- "حق الملكية يغير فى طبيعته وحكمه فى القانون حق الانتفاع، فحق الملكية هو جماع الحقوق العينية إذ مالك العقار يكون له حق استعماله وحق استغلاله وحق التصرف فيه. فإذا أنشأ هذا المالك لآخر حقا بالانتفاع فإن هذا الحق يجرى الملكية من عنصرى الاستعمال والاستغلال ولا يبقى لها إلا العنصر الثالث وهو حق التصرف فتصبح الملكية المثقلة بحق الانتفاع هى ملكية الرقبة فيجتمع فى العقار حقان عينيان، حق الرقبة للمالك وحق الانتفاع للمنتفع، وهذا الحق بالانتفاع موقوف ينتهى بانتهاء الأجل المعين له، فإن لم يعين له أجل عد مقررا لحياة المنتفع

(1) محمد وحيد الدين سوار ص 815.

(2) محمد لبيب شنب ص 317- نبيل سعد ص 144.

وينتهى على أى حال بموت المنتفع وفقا لما تقضى به المادة 993 من القانون المدنى".

(طغان رقما 1589 لسنة 55، 1093 لسنة 53 قى جلسة 1987/12/3)

3- "حق الانتفاع يتقرر للمنتفع من صاحب حق الملكية ومن ثم فهو حق عينى فى الانتفاع بشئ مملوك للغير بشرط الاحتفاظ بذات الشئ لردّه إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع الذى يجب أن ينتهى حتما بموت المنتفع بما لازمه أن يكون المنتفع شخصا آخر غير مالك الرقبة ولا يقال لمن يملك المال ملكية كاملة أنه يملك كلا من الرقبة وحق الانتفاع بل إن انتفاعه بالمال لا يعتبر مباشرة لحق الانتفاع وإنما هو مباشرة لحق الملكية الكاملة".

(طعن رقم 8583 لسنة 66 قى جلسة 1998/4/15)

41- بطلان الاتفاق على انتقال حق الانتفاع إلى ورثة المنتفع:

لا يجوز الاتفاق على أن ينتقل حق الانتفاع إلى ورثة المنتفع بعد وفاته، فأقصى مدة لحق الانتفاع هى حياة المنتفع، ولذلك يطلق عليه أحيانا "حق شخصى أو ارتفاق شخصى" وإذا حصل هذا الاتفاق كان باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام، لأن تقرير حق انتفاع لشخص على مال غيره - كما قدمنا - يوجد وضعاً غير مرغوب فيه من الناحية الاقتصادية لما فيه من تحميل الملكية بعبء ثقل يحول دون تداول الأموال⁽¹⁾.

42- انقضاء حق الانتفاع بالنسبة للأشخاص الاعتبارية:

لم يتضمن القانون مدة لحق الانتفاع الذى يكتسبه الشخص الاعتبارى كالحكومة والهيئات العامة والجمعيات والشركات، كما فعلت بعض التشريعات الأخرى، ومنها القانون الفرنسى الذى ينص فى المادة 619 منه على أن "حق الانتفاع الذى لم يتقرر لأفراد لا يدوم إلا ثلاثين سنة".

(1) محمد كامل مرسى ص 324- رمضان أبو السعود ص 528- محمد وحيد الدين سوار

ومن ثم فإنه في مصر يتعين القول أنه لا يوجد حد أقصى لمدة حق الانتفاع الذي يكسبه الشخص المعنوي، وإنما يحدد مدته سند إنشائه، فإذا لم تحدده مدة بقي طوال بقاء الشخص المعنوي، فلا ينقضى حق الانتفاع إلا بإحلال الشخص المعنوي. وينقضى الانتفاع بإحلاله، ولو كان ذلك قبل المدة المحددة⁽¹⁾.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المطولة للقانون الجديد:

"ينتهي حق الانتفاع بانتهاء الأجل المحدد، على ألا يجاوز حياة المنتفع ولو كان شخصا معنويا، فإن لم يحدد أجل عد الحق مقررا مدة حياة المنتفع"⁽²⁾.

43- مشغولية الأرض بالزراعة عند انقضاء حق الانتفاع:

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه إذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع بزراعة قائم، تركت الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع، على أن يدفعوا أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن. وعلى ذلك إذا كان انتهاء حق الانتفاع بسبب انتهاء مدته، وكانت الأرض مشغولة بزراعة قائم، فإنه يجب ترك الأرض للمنتفع حتى ينضج الزرع ويقوم بجنيه. وإذا كان انتهاء حق الانتفاع في هذه الصورة بوفاة المنتفع فإن الأرض تترك لورثة المنتفع لحين نضج الزرع وجنيه .

وفي الحالتين يلزم المنتفع أو ورثته بدفع أجرة الأرض عن هذه الفترة. ويخضع تقدير الأجرة لسلطة قاضي الموضوع.

مادة (994)

(1) السنهوري ص 1642 - نبيل سعد ص 144.

(2) منشور في مؤلف محمد كامل مرسى ص 324 هامش (2) - وقارن محمود جمال الدين زكي فيذهب إلى أن الحق الذي ينتهي حتما بوفاة صاحبه يتعين نطاقه ضرورة بالأشخاص الطبيعية ولايجوز من ثم ترتيبه لمصلحة الأشخاص المعنوية إلا مقترنا بمدة معينة.

- 1- ينتهى حق الانتفاع بهلاك الشيء، إلا أنه ينتقل من هذا الشيء إلى ما قد يقوم مقامه من عوض.
- 2- وإذا لم يكن الهلاك راجعا إلى خطأ المالك، فلا يجبر على إعادة الشيء لأصله، ولكنه إذا أعاده رجع للمنتفع حق الانتفاع إذا لم يكن الهلاك بسببه، وفي هذه الحالة تطبق المادة 989 الفقرة الثانية.

الشرح

44- انتهاء حق الانتفاع بهلاك الشيء:

إذا هلك الشيء محل عقد الانتفاع هلاكا كلياً انقضى حق الانتفاع لهلاك محله، سواء كان هذا الهلاك مادياً كانهدام العقار أو حرقه، أما قانونياً كنزع ملكية العقار للمنفعة العامة.

ويلحق بالهلاك كل تغيير فى قوام الشيء يفقده كل الصلاحية للاستعمال الذى قصده تقريره للمنتفع كجفاف البركة بصفة نهائية⁽¹⁾.

وإذا كان هلاك الشيء بقوة قاهرة، فلا يجبر أحد، وبصفة خاصة لا يجبر المالك على إعادة الشيء إلى أصله لانتهاء الخطأ فى جانبه.

على أن القانون نص صراحة على أنه إذا قام المالك فى هذه الحالة بإعادة الشيء فإن حق الانتفاع يرجع للمنتفع طالما أن الهلاك لم يكن بسببه، وحينئذ يطبق حكم الفقرة الثانية من المادة 989 مدنى، وهى تقضى بإلزام المنتفع بأن يؤدى للمالك فوائد ما أنفق.

(1) محمود جمال الدين زكى ص 602.

وإذا رجع الهلاك إلى خطأ المالك، التزم الأخير بإعادة الشيء إلى أصله فيعود حق الانتفاع إلى المنتفع، دون أن يلتزم بدفع أى شيء، بل يستحق المنتفع تعويضاً عن المدة التى فاتته بدون انتفاع⁽¹⁾.

أما إذا كان الهلاك راجعاً إلى خطأ المنتفع فإنه يلتزم بإعادة الشيء إلى أصله على سبيل التعويض ويعود حق الانتفاع⁽²⁾.

وإذا كان الهلاك راجعاً إلى خطأ الغير، انتقل حق الانتفاع إلى مبلغ التعويض الذى يلتزم به الغير، وإذا نزع ملكية الشيء للمنفعة العامة انتقل حق المنتفع إلى تعويض نزع الملكية.

وفى هاتين الحالتين يلتزم المنتفع بتقديم كفالة لأن التعويض وهو مبلغ من النقود قابل للاستهلاك⁽³⁾.

وإذا كان الشيء مؤمناً عليه، فإن كان التأمين معقوداً لمصلحة المنتفع وحده، حق له قبض عوض التأمين، فإذا كان مقرراً لمصلحة المالك قبضه الأخير.

أما إذا كان مقرراً لمصلحة الاثنين، انتقل حق الانتفاع إلى عوض التأمين ويكون للمنتفع فوائده وللمالك رأس المال⁽⁴⁾.

هذا بالنسبة إلى الهلاك الكلى. أما إذا كان الهلاك جزئياً، فتجب التفرقة بين

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 285 - رمضان أبو السعود ص 529 - محمد لبيب شنب ص 397 وما بعدها.

(2) رمضان أبو السعود ص 529 - محمد لبيب شنب ص 398.

(3) السنهورى ص 1711 - رمضان أبو السعود ص 529 - محمد على عمران ص 374.

(4) السنهورى ص 1712 - عبد المنعم البدرأوى ص 285 - محمد كامل مرسى ص 328 -

رمضان أبو السعود ص 529 - محمد على عمران ص 374 هامش (1) - وعكس ذلك محمد لبيب شنب ص 398 فيرى فى كل هذه الأحوال انتقال حق الانتفاع إلى مبلغ التأمين.

ما إذا كان الجزء الباقي صالحا للانتفاع به أم لا. فإذا لم يكن صالحا للانتفاع ذاته، أو كان يمكن الانتفاع به انتفاعا غير الذي كان، فعندئذ يسقط الانتفاع بكامله.

أما إذا كان الباقي صالحا للانتفاع فعندئذ يبقى حق الانتفاع قائما عليه كما لو هلك البناء، وبقيت الحديقة المتصلة به، وكانت هذه الحديقةصالحة للانتفاع بها بصورة مستقلة. فعندئذ يبقى الحق قائما ما لم يجدد البناء على النحو الذى رأيناه فيما تقدم⁽¹⁾.



(1) محمد وحيد الدين سوار ص 815 - محمد كامل مرسى ص 326.

مادة (995)

ينتهي حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة.

الشرح

45- انتهاء حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة:

ينتهي حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة. ويترتب على ذلك أن يستجمع المالك في يده كل سلطات الملكية. وهذا التقادم المسقط يرد على كل الحقوق المتفرعة عن الملكية. ولكن حق الملكية ذاته لا يسقط بعدم الاستعمال.

وسقوط حق التقادم بعدم الاستعمال يشمل العقار والمنقول على حد سواء⁽¹⁾. فحق الانتفاع عبء فادح على الملكية يجردها طيلة قيامه من كل قيمة حقيقية، ولايسوغ هذا العبء إلا مصلحة جدية لمن يتقرر له، فيفقد حكمة وجوده ومبرره إذا لم يستعمله هذا الأخير خمس عشرة سنة، ودل بذلك على انعدام فائدته له.

ويفترض عدم الاستعمال من ناحية، امتناعا كاملا عن استعمال الشيء، فلا يتحقق عدم الاستعمال بالاستعمال الجزئي ولو كان سيئا ومن ناحية أخرى يفترض امتناعا مستمرا، ومن ثم يمنع تحققه استعمال الشيء ولو مرة واحدة، سواء قام به المنتفع نفسه، أو قام به بوساطة شخص آخر كالمستأجر أو المستعير.

ويسرى على هذا التقادم المسقط القواعد العامة التي تسرى على هذا النوع من التقادم، سواء من حيث كيفية حساب المدة، ووقفها وانقطاعها⁽²⁾.

فتبدأ مدة التقادم من آخر عمل استعمال قام به المنتفع.

(1) محمد كامل مرسى ص 332 - عبد المنعم البدرأوى ص 286 - محمد لبيب شنب ص 399.

(2) محمود جمال الدين زكى ص 604 - السنهورى ص 1713.

ويقف التقادم إذا وجد مانع يتعذر معه على المنتفع استعمال الشيء كما لو كان قاصرا وليس له من يمثله قانونا. كما يقطع التقادم باستعمال المنتفع أو من ينوب عنه العين ولو مرة واحدة⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"ينتهى حق الانتفاع كما هو الأمر في كل حق عيني عدا حق الملكية، بعدم الاستعمال خمس عشرة سنة، فيعود الحق إلى صاحب الرقبة. وغنى عن البيان أن فقد حق الانتفاع بالتقادم المسقط غير كسبه بالتقادم المكسب"⁽²⁾.

46- انتهاء حق الانتفاع بالتقادم المكسب :

رأينا عند دراسة التقادم المكسب، أن التقادم المكسب كما يرد على حق الملكية يرد على الحقوق العينية الأخرى. ومن ثم يجوز للغير أن يكسب حق الانتفاع بالتقادم المكسب الطويل، ومدته خمس عشرة سنة إذا حازه شخص سئ النية، في كل من العقار والمنقول. ويكسب بالتقادم المكسب القصير، إذا حازه شخص حسن النية وكان مترتبا على عقار. ويكسب بمجرد الحياة إذا كان مترتبا على منقول وكان الحائز حسن النية⁽³⁾.

47- انتهاء حق الانتفاع باتحاد الذمة :

ينتهى حق الانتفاع باتحاد الذمة، إذا اجتمعت لشخص واحد حقوق مالك الرقبة وحقوق المنتفع، كما إذا ورث المالك المنتفع أو ورث المنتفع المالك، أو إذا اشترى المالك حق الانتفاع، أو اشترى المنتفع حق الرقبة. وإذا تملك المالك حق الانتفاع بالميراث أو العقد مثلا، وكان حق الانتفاع مرهونا،

(1) محمود جمال الدين زكى ص 604 - رمضان أبو السعود ص 529.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 554.

(3) السنهورى ص 1714.

فإن الرهن يبقى ولا يتعدى إلى الرقبة. أما إذا كانت الرقبة مرهونة فالأصل أن حق الانتفاع إذا عاد إلى صاحب الرقبة أو إذا ملك المنتفع الرقبة المرهونة تعدى الرهن إلى حق الانتفاع، لأن الرقبة هي الأصل وحق الانتفاع تبع لها، فيشملها الرهن. وانقضاء حق الانتفاع بسبب اتحاد الذمة لا يكون نهائياً في كل الأحوال فقد يعود الانتفاع إذا زال سبب اتحاد الذمة، ويكون لذلك أثر رجعي، كما إذا كان السبب بيع ملك الرقبة للمنتفع، وفسخ البيع بعد ذلك بسبب من أسباب الفسخ⁽¹⁾.

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدني يتضمن مادة برقم (125) تنص على أن: "ينتهى حق الانتفاع إذا اجتمعت في شخص واحد صفتا المنتفع والمالك. غير أنه لا يعد منتهياً إن كان للمالك مصلحة في بقاءه".

وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ينتهى حق الانتفاع كذلك باتحاد الذمة، بأن يرث المالك المنتفع أو يرث المنتفع المالك، أو يشتري المالك حق الانتفاع أو يشتري المنتفع حق الرقبة. ويلاحظ أن المالك إذا ملك حق الانتفاع بالميراث أو بالعقد مثلاً وكان حق الانتفاع مرهوناً فإن الرهن يبقى ولا يتعدى إلى الرقبة، أما إذا كانت الرقبة مرهونة فالأصل أن حق الانتفاع إذا عاد إلى صاحب الرقبة أو إذا ملك المنتفع الرقبة المرهونة تعدى الرهن إلى حق الانتفاع لأن الرقبة هي الأصل وحق الانتفاع تبعاً لها فيشملها الرهن. وكذلك احتاط المشروع فنص على أن حق الانتفاع لا يعد منتهياً إن كان للمالك مصلحة في بقاءه، وتكون له هذه المصلحة إذا كانت الرقبة مرهونة فيبقى حق الانتفاع منفصلاً عن الرقبة حتى لا يتعدى إليه الرهن". إلا أن لجنة المراجعة رأت حذفها "لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة"⁽²⁾.

48- انتهاء حق الانتفاع بفسخ حق مقرر الانتفاع:

(1) محمد كامل مرسى ص 332 وما بعدها - رمضان أبو السعود ص 530.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 55 الهامش وما بعدها.

إذا كان حق مقرر الانتفاع على العين محل الانتفاع قابلاً للفسخ أو البطلان أو للرجوع فيه أو للإلغاء، فإنه ينتقل إلى المنتفع بهذا الوصف لأنه ليس للإنسان أن ينقل إلى غيره حقوقاً أكثر مما له. ومن ثم فإن هذا الحق إذا فسخ أو أبطل أو تم الرجوع فيه أو إلغاؤه، انتهى تبعاً لذلك حق الانتفاع⁽¹⁾.



2- حق الاستعمال وحق السكنى

مادة (996)

نطاق حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار ما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته لخاصة أنفسهم، وذلك دون إخلال بما يقرره السند المنشئ للحق من أحكام.

الشرح

49- المقصود بحق الاستعمال والسكنى:

حقا الاستعمال والسكنى كلاهما من الحقوق العينية التى تنقرر لشخص على شئ مملوك لغيره.

وحق الاستعمال (droit d' usage) هو فرع من حق الانتفاع، ينطوى على أحد عنصرى حق الانتفاع فقط.

فحق الانتفاع يخول لصاحبه سلطتى الاستعمال والاستغلال، ولكن حق الاستعمال لا يخول صاحبه سوى سلطة الاستعمال فقط.

فهو يخول صاحبه سلطة استعمال الشئ المملوك لغيره لنفسه ولأسرته فقط. وإن كانت تلك السلطة قد تؤدى إلى حصول صاحبها على ثمار الشئ، فإنه لا يستحق من هذه الثمار إلا ما يسد حاجته وأسرته. ويقصد بالأسرة كل من يعولهم صاحب الحق من زوجة وأولاد وأقارب وخدم.

وهذا وقد يتضمن السند المنشئ للحق تحديدا له أضيق من ذلك.

أما حق السكنى فهو فرع أيضا من حق الانتفاع، ووجه من حق الانتفاع، ووجه من حق الاستعمال، فهو ليس سوى حق الاستعمال يرد على السكنى⁽¹⁾.

(1) السنهورى ص 1722 - رمضان أبو السعود ص 531 - نبيل سعد ص 248.

فحق السكنى يخول الشخص سكنى الشيء لنفسه ولأسرته. ولهذا فهذا الحق لايرد إلا على العقارات. أما حق الاستعمال ذاته فيرد على العقارات والمنقولات. غير أن المادة بعد أن نصت على أن نطاق حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار ما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته لخاصة أنفسهم، أردفت "وذلك دون إخلال بما يقرره السند المنشئ للحق من أحكام". فيجوز أن يصرح السند المنشئ لحق الاستعمال أو السكنى لصاحب الحق بأن يسمح لغيره بالاستعمال أو السكنى ويبنى على ذلك أنه إذا أوصى لشخص بسكنى دار مكونة من عدة طبقات أو شقق لم يكن له أن يسكن منها إلا القدر الكافي لسكنائه هو وأسرته، ما لم تقرر الوصية خلاف ذلك⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"حق الاستعمال وحق السكنى يتميزان عن حق الانتفاع بأنهما مقصوران على ما يكون صاحب الحق فى حاجة إليه هو وأسرته.... الخ".



مادة (997)

لا يجوز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى.

الشرح

50- النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى:

لا يجوز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى.

والسبب في حظر النزول عن هذين الحقين أنهما مقرران لسد حاجة المستفيد وأسرته فلهما طابع شخصي، فإذا رغب صاحب الحق في التصرف فيه، دل ذلك على عدم حاجته إليه ولذلك لم يجز له القانون النزول عنه.

وقد ورد حظر التنازل بالنص مطلقاً ومن ثم فإنه يستوى أن يكون التنازل بمقابل كالبيع أو المقايضة، أم بدون مقابل كالهبّة.

ويقاس على عدم جواز النزول، عدم جواز الإيجار⁽¹⁾، فإذا نزل الشخص عن الحق أو قام بتأجيله كان النزول أو الإيجار باطلاً.

ويترتب على عدم جواز النزول عن حق الاستعمال وحق السكنى عدم جواز رهنهما أو الحجز عليهما لأن مآل الرهن أو الحجز هو بيع الحق جبراً عند عدم الوفاء بحقوق الدائن المرتهن أو الحاجز.

ولكن يجوز استثناء النزول للغير عن حق الاستعمال وحق السكنى في

حالتين هما:

(الحالة الأولى)

(1) السنهوري ص 1723- مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص

558- محمد كامل مرسى في عقد الإيجار 1372 هـ - 1953م ص 48.

وجود شرط صريح:

يجوز النزول عن الحقين إذا وجد شرط صريح فى سند إنشائهما يجيز لصاحبهما التنازل عنهما واشترط النص أن يكون الشرط صريحا للتضييق من الحق فى النزول.

(الحالة الثانية)

وجود مبرر قوى:

يجوز النزول عن الحقين إذا وجد مبرر قوى لهذا النزول، فقد تظراً على صاحب الحق ظروف تجعل التمسك بمبدأ عدم جواز النزول مبعث حرج أو ضيق له. ومن أمثلة المبرر القوى الذى يجيز النزول أن يوصى شخص بسكنى بيت لأولاده، ثم يمر الزمن، فيضيق بهم البيت، أو يصبح غير لائق لسكناهم أو ينقلون إلى بلد آخر فلا يستطيعون سكناه⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"حق الاستعمال وحق السكنى يتميزان عن حق الانتفاع بأنهما مقصوران على ما يكون صاحب الحق فى حاجة إليه هو وأسرته، فلا يجوز له النزول عنهما إلى الغير إلا إذا اشترط ذلك صراحة، أو وجد مبرر قوى لهذا النزول. وقد أدخل المشروع بهذا الاستثناء شيئاً من المرونة على حق السكنى بنوع خاص لأن المبرر القوى كثيراً ما يتحقق فى حق السكنى بأن تقدم الدار الموصى بسكنائها أو تصبح غير لائقة لسكن المنتفع، فيكون له فى هذه الحالة أن يؤجرها. ويتميز هذان الحقان أحدهما عن الآخر بأن حق السكنى تخصيص لحق الاستعمال إذ هو استعمال بطريق السكنى"⁽²⁾.

(1) نبيل سعد ص 249 - محمد لبيب شنب ص 402.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 557 وما بعدها.

مادة (998)

فيما عدا الأحكام المتقدمة تسرى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين.

الشرح

51- الأحكام التي تسرى على حق الاستعمال والسكنى :

فيما عدا الأحكام التي ذكرناها سلفاً، تسرى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على هذين الحقين متى كانت لا تتعارض مع طبيعتهما.

ويخلص ذلك فيما يلي :

1- أن حق الاستعمال والسكنى ينشأ بالعقد والوصية والتقادم، وهى الطرق التي ينشأ بها حق الانتفاع.

إلا أنهما لا ينشآن - على خلاف حق الانتفاع - بالشفعة لأن الشفعة تقتضى بيع المشفوع والحقان لا يجوز بيعهما.

2- يلتزم صاحب حق الاستعمال والسكنى بما يلتزم به المنتفع من واجبات، فهو ملزم بحفظ العين وصيانتها وبالتكاليف المعتادة، ولكنه لا يلزم بذلك إلا بنسبة ما يحصل عليه من ثمار.

وهو ملزم بجرد المنقول وتقديم الكفالة قبل تسلمه.

ولكن لا يجوز فى حق السكنى أن ينتزع القاضى الدار من يد صاحب الحق ليسلمها لأمين كما يفعل فى حق الانتفاع وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة 988 مدنى⁽¹⁾.

(1) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ6 ص 559- السنهاورى ص 1725- محمد كامل مرسى ص 341 - نبيل سعد ص 250.

3- يسرى على حقى الاستعمال والسكنى أسباب الانقضاء التى ينقضى بها

حق الانتفاع.

52- حق التخلّى:

حظر النزول عن حقى الاستعمال والسكنى إلا بناء على شرط صحيح أو

استنادا إلى مبرر قوى، لا يمنع صاحب الحق فى أن يتخلّى عن حقه، فينقضى

الحق بهذا التخلّى، وتصبح الملكية تامة غير مثقلة بحق الاستعمال أو السكنى.

فالتصرف المحظور هو التصرف الحاصل لغير المالك. وهو ما عبر عنه الشارع

بالنزل للغير.



الفصل الثاني

في حق الحكر وحق القرار

1 - حق الحكر

مادة (999)

لا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة فإذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة اعتبر الحكر معقودا لمدة ستين سنة.

الشرح

53 - تعريف حق الحكر:

حق الحكر هو حق عيني يخول صاحبه الانتفاع بأرض موقوفة عن طريق البناء عليها أو الغراس أو لأي غرض آخر وذلك مقابل أجرة معينة. فالحكر حق من الحقوق المنقرعة عن الملكية، إذ أنه يخول صاحبه الانتفاع بالأرض الموقوفة مع بقاء رقبتهما لجهة الوقف. إلا أنه يختلف عن حق الانتفاع حيث أنه أطول منه مدة، فهو لا ينقضي بوفاة المنتفع، بل لا ينتهي إلا بانقضاء أجله الذي قد يصل إلى ستين سنة، ثم إنه يخول صاحبه حقوقاً أوسع من حقوق المنتفع⁽¹⁾. وتنظم حقوق طرفيه الشروط التي تذكر في العقد الصادر به. والحكمة التي من أجلها أجاز هذا العقد هي أن العين التي يقرر عليها الحكر تكون في حالة لا ينتفع بها، حتى أنه لا يوجد من يستبدل بها غيرها - كما سنرى - ولهذا السبب أباحت الشريعة الإسلامية للقاضي تحكيرها عند توافر شروط معينة⁽²⁾.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 288- محمد كامل مرسى شرح القانون المدني الجديد- الحقوق

العينية الأصلية الجزء الثاني 1368هـ- 1949 ص 342.

(2) محمد كامل مرسى ص 343.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... فالغرض من الحكر تسليم أرض فى حاجة إلى الإصلاح إلى شخص يصلحها وينتفع بها مدة طويلة حتى يتمكن من استثمار الأرض استثمارا يجرى ما أنفق فى إصلاحها.

ولذلك يغلب أن تكون الأرض المحكرة وقفا مخربا وإن كان يجوز تحكير الأعيان غير الموقوفة. والغرض من حق القرار إيجاد طريقة أكثر استقرارا من الإيجار لاستغلال الأرض بالبناء عليها أو بالغرس فيها.... الخ"⁽¹⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 560- ويعرف حق الحكر فى الفقه الإسلامى بأنه: "عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض للبناء والغرس أو لأحدهما" (م 700 من مرشد الحيران.

وجاء بالمادة 332 من قانون العدل والإنصاف للمرحوم محمد قدرى باشا أنه "إذا خربت دار الوقف وتعطل الانتفاع بها بالكلية، ولم يكن للوقف ريع تعمر به، ولم يوجد أحد يرغب فى استئجارها مدة مستقبلية بأجرة معجلة تصرف فى تعميرها، ولم يمكن استبدالها، جاز تحكيرها بأجر المثل، وكذلك الأرض الموقوفة إذا ضعفت الغلة، وتعطل انتفاع الموقوف عليهم بالكلية، ولم يوجد من يرغب فى استئجارها لإصلاحها أو من يأخذها مزارعة، جاز تحكيرها".

وقد عرفت محكمة النقض حق الحكر - فى ظل التقنين القديم الذى أخذ بأحكام الفقه الإسلامى - بأنه:

1- "الاحتكار من وضع فقهاء الشرع الإسلامى وهو عندهم "عقد إيجار يعطى للمحتكر حق البقاء والقرار على الأرض المحكورة مادام يدفع أجرة المثل" وتقدير أجرته يكون: (أولا) على اعتبار أن الأرض حرة خالية من البناء. و(ثانيا) لا يلاحظ فيه سوى حالة الصقع (أى الجهة والناحية) الذى فيه الأرض المحكورة ورغبات الناس فيها. وأن يصرف النظر عن التحسين اللاحق بذات الأرض أو بصقع الجهة بسبب البناء الذى أقامه المحتكر".

(طعن رقم 94 لسنة 3 ق جلسة 1934/6/14)

= 2- "الاحتكار من وضع فقهاء الشرع الإسلامى. وهو عندهم "عقد إيجار يعطى للمحتكر حق البقاء والقرار على الأرض المحكورة مادام يدفع أجرة المثل" وتقدير أجرته يكون (أولا)

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "من مقتضى عقد الحكر أن يتملك المستحكر حق الانتفاع بالأرض المحكرة بالبناء، أو بالغراس بينما يحتفظ المحكر بملكية الرقبة المحكرة، كما أن للمستحكر أن يتصرف في حق المحكر بالبيع أو بغيره من التصرفات".

(طعن رقم 1415 لسنة 50 ق جلسة 1981/3/24)

2- "حق الحكر يعد حقا عينيا يرتب لصاحبه على أرض الغير ويراد به الانتفاع بالأرض مدة طويلة هي مدة الحكر فيكون للمحكر الاستقرار والبقاء فيها".

(طعن رقم 1169 لسنة 48 ق جلسة 1982/11/14)

3- "عقد الحكر ليس من شأنه أن ينقل إلى المحكر ملكية الأرض المحكرة أو حصة فيها، وإنما يعطيه حق القرار عليها مادام يدفع أجرة المثل، فإذا كان هذا الحق موقوفا وفقا لأهليا وأصبح ما انتهى فيه الوقف ملكا طبقا للمادة الثالثة من القانون رقم 180 لسنة 1952 بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات فإنه لا يؤول إلى المستحقين في هذا الوقف إلا حق الحكر ذاته ولا يكونون شركاء في ملكية الأرض المحكرة ولا لهم حق التصرف فيها".

(طعن رقم 1088 لسنة 48 ق جلسة 1984/5/24)

54 - الفرق بين الحكر وبين الإيجار:

يختلف حق الحكر عن الإيجار فيما يأتي:

1- الحكر حق عيني بينما الإيجار حق شخصي.

على اعتبار أن الأرض حرة خالية من البناء، و(ثانيا) لا يلاحظ فيه سوى حالة الصقع (أي الجهة والناحية) الذي فيه الأرض المحكرة ورغبات الناس فيها، وأن يصرف النظر عن التحسين اللاحق بذات الأرض أو بصقع الجهة بسبب البناء الذي أقامه المحكر".

(طعن رقم 1 لسنة 8 ق جلسة 1938/4/21)

- 2- حدد القانون أقصى مدى للحكر بستين عاما بينما لم يحدد مدة لعقد الإيجار، غير أنه لا يجوز أن يكون مؤبدا.
- 3- الأجرة فى الحكر هى أجرة المثل تزيد وتنقص تبعا لزيادة أو نقص أجرة المثل أما الأجرة فى عقد الإيجار فهى ثابتة.
- 4- الحكر يخول المحتكر ملكية المنشآت التى يقيمها على الأرض المحكرة ويجزله التصرف فيها مستقلة عن الأرض (م 1002 مدنى) فى حين أن الأصل فى الإيجار أنه لا يخول المستأجر ذلك.
- 5- أن إنهاء الحكر يكون بانتهاء مدته أو بطريقة معينة حددها القانون. أما عقد الإيجار فإنه ينتهى بانتهاء مدته.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

- 1- "إبرام العقد محل النزاع فى سنة 1928 فى ظل العمل بالتقنين المدنى القديم الذى خلت أحكامه من تنظيم خاص لحق الحكر، فإنه يتعين الرجوع إلى القواعد التى استقرت عليها الشريعة الإسلامية فى شأن الحكر باعتبارها هى منشأ هذا النظام، والتى كانت تجيز تحكير الوقف وغير الوقف على خلاف ما يقضى به التقنين المدنى الحالى الذى قصر الحكر على الأراضى الموقوفة وقد عرف الفقهاء الحكر بأنه عقد إيجار يبيح للمحتكر الحق فى الانتفاع بالأرض بكافة أوجه الانتفاع وله حق القرار فيها بالبناء أو الغراس، وللمحتكر أن يتصرف فى حق الحكر بجميع أنواع التصرفات فله أن يبيعه أو يهبه، أو يرتب عليه حق انتفاع، وله أن يؤجره للغير وينتقل عنه بالميراث، ومن المقرر فى قضاء هذه المحكمة- أن للمحتكر حق عينى تتحمله العين المحكرة فى يد كل حائز لها، ولذلك فلا محل لقياس حالته على حالة المستأجر صاحب الحق الشخصى الذى يقيم بناء على الأرض التى استأجرها، ومفاد ما تقدم أن عقد الحكر يختلف عن عقد الإيجار فى أمور جوهرية فهو ينشأ مؤبدا أو لمدة طويلة، بينما الإيجار حق شخصى ينشأ لمدة

مؤقتة، والأجرة في الحكر هي أجرة المثل تزيد وتنقص تبعا لزيادة أو نقص أجرة المثل، أما في عقد الإيجار فالأجرة ثابتة".

(طعن رقم 1090 لسنة 55 ق جلسة 1990/2/28)

2- "لما كان ذلك وكان عقد التداعي قد أبرم في 1947/5/30 أى في ظل العمل بالقانون المدني الملغى الذى لم يتضمن نصوصا تحكم الأوضاع الخاصة بالحكر، وكان المستقر عليه أن منشأ نظام الحكر هو الشريعة الإسلامية ولبیان ماهيته وأحكامه يجب الرجوع إلى قواعدها وقد عرف الفقهاء الحكر بأنه عقد إيجار يبيح للمحتكر الانتفاع بالبناء المحكر إلى أجل غير مسمى أو إلى أجل طويل معين مقابل دفع أجرة الحكر وهى أجرة المثل التى قد تزيد أو تنقص أثناء سريان العقد، وأنه يرتب للمحتكر حقا عينيا على العقار المحكر، ويكون البناء أو الغراس الذى يقيمه المحتكر ملكا خالصا له أن يبيعه أو يهبه أو يرهنه أو يورثه، وكان الحكر على النحو المتقدم يختلف عن الإيجار الذى ينعقد فى الأصل لمدة محددة لقاء أجرة ثابتة ولا يرتب للمستأجر سوى حق شخصى، ولما كان البين فى عقد التداعي والذى أبيع فيه للمؤجر فسخه فى أى وقت يراه ونص فيه على أيلولة الأنقاض إلى المؤجر فى حالة فسخ العقد للتراخى فى دفع الأجرة وحيل فيه بين المستأجر وبين تأجير الأنقاض أو بيعها أو رهنها أو هبتها بغير إذن المؤجر وحددت فيه أجرة ثابتة لم تتغير إلا باتفاق طرفيه، فإن إرادة عاقيه قد انصرفت وكما تفصح عباراته إلى إبرام عقد إيجار ولم تتجه إلى تحكير الأرض لصالح مورث المطعون ضدهم السبعة الأول، ولا ينال من ذلك أن المتعاقدين قد أغفلا تحديد مدة للعقد إذ ليس من شأن ذلك وحده اعتبار العقد حكرا وإنما مفاده انصراف إرادتهما إلى أعمال نصوص القانون المدنى السارية وقت إبرامه والتى تقضى باعتبار الإيجار منعقدا للمدة المحددة لدفع الأجرة وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر العقد حكرا فإنه يكون معيبا بما يوجب نقضه".

(طعن رقم 210 لسنة 70 ق جلسة 2012/4/18)

ويجب أن يعتد في وصف العقد بما إذا كان عقد إيجار أم عقد حكر، بحقيقة الواقع، بصرف النظر عما يطلق عليه من تسمية.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن:

"لما كان القانون المدني القديم لم يقنن أحكام حق الحكر، وكان منشأ هذا الحق الشريعة الإسلامية فقد استقر الرأي على الأخذ بأحكامها التي تعطى للمحتكر الحق في الانتفاع بالعقار المحتكر إلى الأبد أو لمدة طويلة، وحق البناء عليه والتصرف في ذات الحق وفي البناء - وهو حق يعتبر من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة - وإذا كان من المقرر أن ناظر الوقف ليس له أن يعطى الوقف بالحكر بغير إذن القاضي، وكان العقد الذي استند إليه الطاعن قد صدر من ناظرة الوقف وتحددت مدته بثلاث سنوات وحرّم المحتكر من التصرف في حق الحكر وفيما يقيمه على العقار المحتكر من بناء، فإن تفسير محكمة الموضوع لعبارات العقد وتكييفها له بأنه عقد إيجار لا عقد حكر يكون صحيحاً في القانون، ولا ينال منه عنوان العقد بأنه عقد إيجار حكر ولا وصف المؤجر فيه بأنه محكر والمستأجر بأنه محتكر ولا النص في العقد على تجديده لمدة أخرى وسريانه على المحتكر وذريته طبقة بعد طبقة ومن يرثهم".

(طعن رقم 469 لسنة 35 ق جلسة 1970/1/8)

55- مصدر حق الحكر:

مصدر حق الحكر هو الشريعة الإسلامية. ولم يكن التقنين المدني القديم يتضمن تنظيمًا لحق الحكر. ولهذا كانت المحاكم ترجع إلى قواعد الشريعة الإسلامية. أما القانون المدني الجديد فقد أورد تنظيمًا لحق الحكر، قرر فيه أحكام الشريعة الإسلامية على الوجه الذي قرره القضاء في ظل التقنين المدني القديم. على أنه استرشد في الحكر بسياسة عامة في العمل على تحديد انتشاره والتضييق فيه، فهو قيد خطير على حق الملكية، بل هو ملكية تقوم على الملكية الأصلية. مما يجعل أمر الاستغلال والتصرف في الأرض المحكرة من الأمور غير الميسرة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه: " .. على أن المشروع استرشد فى الحكر بسياسة عامة هى العمل على تحديد انتشاره والتضييق فيه، فهو قيد خطير على حق الملكية، بل هو ملكية تقوم على الملكية الأصلية، مما يجعل أمر الاستغلال والتصرف فى الأرض المحكرة من الأمور غير الميسرة.... إلخ" (1).

56- نطاق الحكر فى التقنين المدنى الجديد :

ذكرنا فى البند السابق أن التقنين المدنى الجديد استرشد فى الحكر بسياسة عامة هى العمل على تحديد انتشاره والتضييق منه.

ويظهر ذلك فيما يلى :

1- لا يجوز منذ العمل بالقانون المدنى الجديد ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفة. وذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة 1008 الفقرة الثالثة. ويقضى النص المشار إليه بإنتهاء حق الحكر - حتى قبل حلول الأجل الذى حدده القانون - إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة، إلا إذا كان زوال هذه الصفة بسبب رجوع الواقف فى وقفه أو إنقاصه لمدته، ففى هذه الحالة يبقى الحكر رغم زوال هذه الصفة.

2- جعل التقنين المدنى الجديد أقصى مدة للوقف ستين سنة.

3- جعل التقنين الحق فى الشفعة لكل من مالك الرقبة والمحتكر إذا باع الآخر حقه.

4- ألزم التقنين كلا من مالك الرقبة والمحتكر أن يبيع حقه لصاحبه فى ظروف معينة.

5- ينص التقنين على سريان الأحكام الواردة به على الأحكار القائمة على

أرض غير موقوفة فى وقت العمل به (المادة 2/1092).

57- قصر حق الحكر على الوقف الخيرى بعد العمل بالمرسوم بقانون

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 563 وما بعدها.

رقم 180 لسنة 1952 بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات (١) :

ينص هذا المرسوم بقانون فى المادة الأول منه على أن "لايجوز الوقف على غير الخيرات".

وينص فى المادة الثانية على أن: "يعتبر منتهيا كل وقف لا يكون مصرفه فى الحال خالصا لجهة من جهات البر.

فإذا كان الوقف قد شرط فى وقفه لجهة بر خيرات أو مرتبات دائمة معينة المقدار أو قابلة للتعيين مع صرف باقى الربيع إلى غير جهات البر اعتبر الوقف منتهيا فيما عدا حصة شائعة تضمن غلتها الوفاء بنفقات تلك الخيرات أو المرتبات. ويتبع فى تقدير هذه الحصة وإفرازها.... الخ".

وتنص المادة الثالثة على أن: "يصبح ما ينتهى فيه الوقف على الوجه المبين فى المادة السابقة ملكا للواقف إن كان حيا وكان له الحق الرجوع فيه. فإن لم يكن آلت الملكية للمستحقين الحاليين كل بقدر حصته فى الاستحقاق. وإن كان الوقف مرتب الطبقات آلت الملكية للمستحقين الحاليين ولذرية من مات من ذوى الاستحقاق من طبقتهم كل بقدر حصته أو حصة أصله فى الاستحقاق.

ويتبع فى تعيين الحصة الأحكام المنصوص عليها فى المواد 36، 37، 38، 39 من القانون رقم 48 لسنة 1946 سالف الذكر".

وواضح مما تقدم أن المرسوم بقانون سالف الذكر قضى بحل الوقف الأهلى، وأصبح الوقف قاصرا على الوقف الخيرى.

وبذلك انتهت الأحكار التى كانت قائمة على هذه الأراضى بزوال صفة الوقف منها وهى الأحكار التى كانت تمثل الكثرة الغالبة. وقد أكدت المادة السابعة من المرسوم بقانون ذلك بنصها على أن: "يعتبر منتهيا بسبب زوال صفة الوقف كل حكر

(1) الوقائع المصرية العدد 132 مكرر (غير اعتيادى) بتاريخ 1952/9/14. وعمل به من تاريخ نشره (م10).

كان مترتباً على أرض انتهى وقفها وفقاً لأحكام هذا القانون. وفي هذه الحالة تتبع الأحكام المقررة في المادة 1008 وما بعدها من القانون المدني". وقد قصد بوجه خاص من مواد التقنين المدني المشار إليها، المادة 1010 التي تنظم تسوية حساب البناء أو الغراس الذي يكون قائماً بالأرض عند انتهاء الحكر.

ولهذا لم يبق إلا الأوقاف الخيرية، والأحكار التي كانت قائمة عليها، فضلاً عن الأحكار التي قامت من قبل على أراضي غير موقوفة حيث نص التقنين المدني الجديد على الإبقاء عليها.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كان الطاعن طلب أخذ أرض النزاع بالشفعة مستنداً إلى المادة 936 من القانون المدني وذلك باعتباره مستحكراً لتلك الأرض ومالكا للبناء المقام عليها بموجب عقد الحكر المؤرخ أول يناير سنة 1928. وكان الحكم الابتدائي الذي أيده الحكم المطعون فيه وأحال إلى أسبابه قد أقام قضاءه برفض طلبه تأسيساً على أن ملكية المطعون ضدها الأولى لأرض النزاع قد أصبحت خالصة لها بموجب المرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 الذي ألغى الوقف على غير الخيرات بما استتبع إنهاء كل حكر كان مترتباً عليها فإن هذا الذي أقام عليه الحكم قضاءه يكون صحيحاً في القانون".

(طعن رقم 389 لسنة 33 ق جلسة 1967/3/14)

58- تخويل وزير الأوقاف سلطة إصدار قرارات بإنهاء الأحكار القائمة

على الوقف الخيري:

رغبة من المشرع في إنهاء الأحكار القائمة على الوقف الخيري تمشياً مع سياسته في التضييق ما أمكن من نظام الحكر، خول وزير الأوقاف الحق في إصدار قرارات بإنهاء هذه الأحكار وفق تفصيلات معينة بالقوانين رقم 649 لسنة 1953، ثم رقم 295 لسنة 1954، ثم رقم 52 لسنة 1960.

59- إلغاء الأحكار على الأعيان الموقوفة بمقتضى القانون رقم 43

لسنة 1982:

صدر القانون رقم 43 لسنة 1982 فى شأن إنهاء الأحكار على الأعيان الموقوفة. وقد نص فى مادته الأولى على أن: "يعتبر حق الحكر منتهيا دون تعويض فى الأعيان الموقوفة الخالية من أى بناء أو غراس عند العمل بهذا القانون، وتعتبر الأرض ملكا خالصا لجهة الوقف ولا يعتد بأى بناء أو غراس تقام فى الأرض الفضاء المحكرة بعد العمل بهذا القانون".

وقضى فى مادته الثانية بأن "ينتهى حق الحكر على الأعيان الموقوفة المشغولة ببناء أو غراس بقرار يصدره وزير الأوقاف ويختص الوقف مالك الرقبة بثلاثة أرباع ثمن الأرض والمحتكر بباقى ثمنها وذلك بالإضافة إلى الأقل من ثمن البناء أو الغراس مستحقى الإزالة أو البقاء".

وبذلك تكون الأحكار التى كانت قائمة وقت صدور هذا القانون قد انتهت تماما⁽¹⁾.

(1) ونشر القانون كاملا فيما يلى للرجوع إليه فى التفصيلات:

قانون رقم 43 لسنة 1982

فى شأن إنهاء الأحكار على الأعيان الموقوفة

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه، وقد أصدرناه:

(المادة الأولى)

يعتبر حق الحكر منتهيا دون تعويض فى الأعيان الموقوفة الخالية من أى بناء أو غراس عند العمل بهذا القانون، وتعتبر الأرض ملكا خالصا لجهة الوقف ولا يعتد بأى بناء أو غراس تقام فى الأرض الفضاء المحكرة بعد العمل بهذا القانون.

(المادة الثانية)

ينتهى حق الحكر على الأعيان الموقوفة المشغولة ببناء أو غراس بقرار يصدره وزير الأوقاف ويختص الوقف مالك الرقبة بثلاثة أرباع ثمن الأرض والمحتكر بباقي ثمنها وذلك بالاضافة إلى الأقل من ثمن البناء أو الغراس مستحقى الإزالة أو البقاء.

(المادة الثالثة)

ينشر القرار الصادر بإنهاء الحكر فى الوقائع المصرية وفى جريدتين يوميتين ويلصق لمدة أسبوع على العقار ويعلن المحتكر أو واضع اليد الظاهر بقرار الإنهاء ويجب أن يتضمن الإعلان اسم الوقف مالك الرقبة والمحتكر طبقا لما هو ثابت فى سجلات الأوقاف أو واضع اليد الظاهر مع بيان العقار ومساحته ومنطقة الأوقاف التابع لها. ويخطر مكتب الشهر العقارى المختص بصورة من القرار المذكور لقيده فى سجل خاص.

(المادة الرابعة)

على محتكر العقار وكل ذى شأن أن يتقدم خلال شهرين من تاريخ نشر قرار إنهاء الحكر فى الوقائع المصرية إلى منطقة الأوقاف المصرية التابع لها العقار ببيان على الأنموذج المعد لذلك يشتمل على اسمه وصناعته وبيان العقار وما عليه من بناء أو غراس وحقوقه على العقار ورغبته فى فرز حصة له فى الأرض تعادل التعويض المقرر له أو استبدال باقى الأرض ويرفق بهذا البيان المستندات المثبتة لحقه.

وترسل المنطقة البيانات والمستندات المرفقة بها خلال خمسة عشر يوما من تاريخ ورودها إلى اللجنة المختصة ببحثها مشفوعة بمعلوماتها ووجهة نظرها.

(المادة الخامسة)

تشكل لجنة قضائية بكل منطقة من رئيس محكمة يندبه وزير العدل تكون له الرئاسة ومن أربعة أعضاء يمثلون كلا من الملكية العقارية والشىءون القانونية بهيئة الأوقاف المصرية والهيئة المصرية العامة للمساحة ومصلحة الشهر العقارى بحيث لا تقل درجة كل منهم عن الدرجة الثانية وتختار كل جهة من يمثلها وتختص هذه اللجنة دون غيرها بما يأتى:

- 1- تحديد المحتكر أو المنتفع الظاهر للأرض الذى انتقل إليه حق الحكر من المحتكر أو خلفه.
- 2- تقدير ثمن الأرض.

3- تقدير ثمن ما على الأرض من بناء أو غراس وفقا لما تقضى به المادة 1010 من القانون المدنى.

4- فرز حصة المحتكر من الأرض تعادل التعويض المقرر له إذا كانت الأرض تقبل القسمة عينا.

5- الفصل في كافة المنازعات التى تنشأ عن تطبيق هذا القانون.

وللجنة فى سبيل أداء مهمتها فحص وتحقيق المستندات وسماع أقوال من ترى لزوما لسماع أقوالهم ولذوى الشأن أن يحضروا أمام اللجنة بأنفسهم أو ينيبوا عنهم محاميا فى الحضور وللجنة الاستعانة بمن ترى الاستعانة بهم من العاملين الفنيين والإداريين أو غيرهم من ذوى الخبرة.

ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحا إلا بحضور رئيسها وثلاثة من أعضائها على الأقل وتصدر قراراتها بالأغلبية المطلقة وتكون مسببة.

ويعلن ذوى الشأن ورئيس هيئة الأوقاف المصرية بقرارات اللجنة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها.

وتبين اللائحة التنفيذية للقانون الإجراءات الواجب اتباعها أمام اللجنة للفصل فى الموضوعات التى تعرض عليها.

(المادة السادسة)

لذوى الشأن ورئيس مجلس إدارة هيئة الأوقاف المصرية الطعن فى قرارات اللجنة القضائية المنصوص عليها فى المادة السابقة أمام المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدورها.

ويكون الحكم الصادر فى الطعن من المحكمة الابتدائية نهائيا غير قابل للطعن بأى وجه من أوجه الطعن.

(المادة السابعة)

يجوز للمحتكر أن يطلب استبدال ثلاثة أرباع الأرض التى اختص بها الوقف بما يقابلها من الثمن الذى قدرته اللجنة المنصوص عليها فى المادة الخامسة وذلك بشرط أن يبدي رغبته فى الاستبدال خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدور قرار اللجنة إذا صدر فى حضوره، أو من تاريخ إعلانه به إذا صدر فى غيبته.

= وإذا تم الطعن فى قرار اللجنة فيتم تسوية باقى مستحقات كل من الوقف مالك الرقبة والمحتكر وفقا لما يصدر به الحكم النهائى طبقا للقواعد التى وضعها مجلس إدارة الهيئة.

(المادة الثامنة)

لهيئة الأوقاف المصرية الحق فى الاحتفاظ بالعقار كله إذا رأت المصلحة فى ذلك مع صرف ربع ثمن الأرض وقيمة البناء أو الغراس للمحتكر وذلك وفقا للقيمة التى قدرتها اللجنة المشار إليها فى المادة الخامسة على أن تبدى الهيئة رغبتها فى ذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ صيرورة قرار اللجنة نهائيا.

(المادة التاسعة)

يجوز لهيئة الأوقاف المصرية بيع الأرض الصادر عنها قرار إنهاء حق الحكر بالمزاد العلنى فى الأحوال الآتية:

- (أ) إذا لم يتقدم المحتكر بالبيان المنصوص عليه فى المادة (4).
- (ب) إذا أصدرت اللجنة القضائية قرارها بعدم ثبوت صفة المحتكر وأصبح هذا القرار نهائيا إما بقوات مواعيد الطعن فيه أو برفض الطعن من المحكمة الابتدائية.
- (ج) إذا لم يبد المحتكر رغبته فى الاستبدال ولم تر الهيئة الاحتفاظ بالعقار وكان العقار غير قابل للقسمة.

(د) إذا تعدد المحتكرون وتقدم بعضهم ببيانه ورغبته فى الاستبدال دون الآخرين ولم يكن من الممكن تجزئة الأعيان بسبب ضالة الأنصبة.

ويتم البيع بالمزاد العلنى وفقا للقواعد التى يضعها مجلس إدارة الهيئة ويشمل البيع ما على الأرض من بناء أو غراس، وإذا زاد أو نقص الثمن الراسى به المزاد للعقار جميعه عن التقدير الذى قدرته اللجنة المنصوص عليها فى المادة الخامسة وزع الفرق بين المنشآت والأرض بذات النسبة المقررة للثمن الأساسى الذى قد قدر لكل منهما.

ويودع نصيب المحتكر أو المنتفع الظاهر خزانة الهيئة على ذمته بعد تحصيل المصروفات الإدارية التى تحددها اللائحة التنفيذية على ألا تتجاوز 10% من المتحصل لصالح المحتكر.

(المادة العاشرة)

إذا قبل المحتكر أو المنتفع الظاهر الاستبدال فيوقف تحصيل مقابل الانتفاع من تاريخ سداد الثمن، أما إذا كان البيع مقسطا فيزداد الثمن وتقسط الزيادة مع الأقساط وفقا للقواعد التى يضعها مجلس إدارة الهيئة.

(المادة الحادية عشرة)

يتم الاستبدال بالتوقيع على العقد من وزير الأوقاف أو من ينيبه فى ذلك ويشهر العقد.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"النص فى المادة الأولى من القانون رقم 43 لسنة 1982 على أن "يعتبر حق

(المادة الثانية عشرة)

يتبع فى شأن الأحكام التى صدرت قرارات بإنائها قبل العمل بهذا القانون الإجراءات المنصوص عليها فى المواد السابقة وذلك فيما عدا الأحكام التى تمت إجراءاتها نهائيا وقام المحتكر بسداد الثمن أو معجله ويتم فى هذه الحالة الاستبدال بعقد يوقعه وزير الأوقاف أو من ينيبه فى ذلك.

(المادة الثالثة عشرة)

تحال جميع المواد التى كانت منظورة أمام اللجان المشكلة وفقا لأحكام القانون رقم 92 لسنة 1960 بإعادة تنظيم إنهاء الحكر على الأعيان الموقوفة إلى اللجان القضائية المنصوص عليها فى هذا القانون وذلك بالحالة التى تكون عليها. وعلى سكرتارية هذه اللجان إخطار ذوى الشأن بالميعاد الذى تحدد لنظرها. ولا تسرى أحكام الفقرة السابقة على المواد المنظورة أمام لجان القسمة إذا كانت مؤجلة لإصدار القرار.

(المادة الرابعة عشرة)

يصدر وزير الأوقاف قرار باللائحة التنفيذية لهذا القانون خلال ثلاثة أشهر من تاريخ العمل به.

(المادة الخامسة عشرة)

يلغى القانون رقم 92 لسنة 1960 بإعادة تنظيم الحكر على الأعيان الموقوفة كما يلغى كل نص يخالف أحكام هذه القانون على أن يستمر العمل باللائحة التنفيذية للقانون المذكور لحين صدور اللائحة التنفيذية المشار إليها فى المادة السابقة، وذلك فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون.

(المادة السادسة عشرة)

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية، ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره. يصمم هذا القانون بخاتم الدولة، وينفذ كقانون من قوانينها. صدر برئاسة الجمهورية فى 21 شعبان سنة 1402 (13 يونيه سنة 1982).

الحكر منتهيا دون تعويض في الأعيان الموقوفة الخالية من أى بناء أو غراس عند العمل بهذا القانون ويعتبر الأرض ملكا خالصا لجهة الوقف ولا يعتد بأى بناء أو غراس تقام في الأرض الفضاء المحكرة بعد العمل بهذا القانون والنص في المادة الثانية من ذات القانون على أنه "ينتهى حق الحكر على الأعيان الموقوفة المشغولة بناء أو غراس بقرار يصدره وزير الأوقاف..." يدل على أن حق الحكر ينتهى بقوة القانون دون اتخاذ أى إجراء متى كانت أعيان الوقف المرتب عليها حق الحكر فضاء غير مشغولة ببناء أو غراس عند بدء العمل بالقانون أما تلك المقام عليها بناء أو بها غراس فلا ينتهى حق الحكر فى شأنها إلا بقرار يصدره وزير الأوقاف يستوى فى ذلك أن يكون من أقام البناء أو غرس الغراس صاحب حق الحكر أم أحد غيره ذلك أن إنهاء حق الحكر بقوة القانون منوط بأن تكون أعيان الوقف المحكرة خالية وقت بدء سريان القانون سالف الذكر دون النظر إلى من شغلها سواء بالبناء أو الغراس ومن مقتضى ذلك أنه يتعين لانتهاك الحكر بقوة القانون أن يثبت أن الأرض الموقوفة المحكرة كانت خالية من أى بناء أو غراس عند بدء العمل بالقانون رقم 43 لسنة 1982 فى يوم 1982/6/25.

(طعن رقم 186 لسنة 53 ق جلسة 1983/11/13)

60- مدة الحكر:

تنص المادة على أنه: "لا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة". فقد وضعت المادة حدا أقصى لمدة الحكر هى ستون سنة ميلادية. فإذا عين المتعاقدان مدة أطول من ستين سنة أو أغفل تعيين المدة اعتبر الحكر معقودا لمدة ستين سنة.

ومعنى ذلك أن حق الحكر لا يكون باطلا إذا خلا الاتفاق عليه من تحديد مدة أو إذا حددت مدته بأكثر من ستين سنة.

على أن حق الحكر لا ينتهى بانقضاء هذه المدة إذا كان البناء أو الغراس لا يزال باقيا، بل يبقى الحق حتى يزول البناء أو الغراس أو حتى يبيع صاحب

الرقبة أو المحترق حقه لصاحبه وفقا للأحكام التى سنراها⁽¹⁾. وكانت الفقرة الثانية من المادة (1256) من المشروع التمهيدي المقابلة للمادة (999) من التقنين المدني تجعل أقصى مدة للحكر تسع وتسعين سنة، إلا أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عدلت المدة إلى ستين سنة. وقد راعت اللجنة فى هذا التعديل "أن تخفض المدة التى لا يجوز الاتفاق على مجاوزتها فى التحكير توخيا لإبراز معنى توقيت الحكر ولاسيما بعد أن أصبح تعمير العين المحكرة واستبدالها ميسورين فى مدة أقصر من المدة التى كان يقتضيها تحقيق هذين الغرضين فى الزمن الماضى"⁽²⁾. وكان حق الحكر فى التقنين القديم حقا دائما يبقى على العين ما بقى المحترق يدفع الأجرة، وذلك أخذا بأحكام الفقه الإسلامى التى تقضى بأن يكون الحكر لمدة غير محدودة. وفى هذه الحالة يكون مؤبدا، وللمحترق حق القرار فيه. ولكن يجوز أن يكون لأجل طويل معين.

وتنص المادة 702 من مرشد الحيران على أن: "لا يكلف المحترق برفع بنائه ولا قلع غراسه وهو يدفع أجر المثل المقرر على ساحة الأرض خالية من البناء والغرس" وتنص المادة 704 على أن: "يثبت للمستحكر حق القرار فى الأرض المحكرة ببناء الأساس فيها أو بغرس شجرة بها، ويلزم بأجر المثل مادام أن بنائه وغراسه قائما فيها، ولا تتزع منه حيث يدفع أجر المثل".

61- عدم سريان المدة المنصوص عليها فى المادة (999) على الأحكار

التي أنشئت قبل العمل بالتقنين المدني الجديد:

تنص المادة (999) على أنه: "لا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين

(1) مذكرة المشروع التمهيدي مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 569.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 569 وما بعدها.

سنة.... إلخ". ولكنها لم تتعرض للأحكام التي أنشئت قبل العمل بأحكام التقنين المدني الجديد في 1949/10/15.

إلا أن الواضح من نص المادة أن التحديد الوارد بها يتعلق بما يتم من أحكام بالنسبة للمستقبل. فالنص يقضى بأنه "لا يجوز التحكير" والذي يؤخذ من هذه العبارة أن التحكير الذى يتم فى ظل هذا النص ينبغى أن يتحدد طبقا لما نص عليه من حيث المدة. أما ما تم تحكيره من قبل فإنه يظل خاضعا للقواعد التى كانت تحكمه. فإذا كانت قد تحددت لها مدة فإنها تنتهى بانتهائها، وإلا بقيت مادام البناء أو الغراس قائما فى الأرض، ومادام المحكر يدفع مقابل الحكر⁽¹⁾ وهذا هو المستفاد من الأعمال التحضيرية للتقنين المدني⁽²⁾، وهو ما أخذت به محكمة النقض.

فقد جرى قضاؤها على أن:

"وحيث إن هذا النعى غير سديد ذلك أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن الاحتكار من وضع فقهاء الشريعة الإسلامية وهو عندهم عقد إيجار يعطى للمحكر البقاء والقرار على الأرض المحكورة مادام يدفع أجره المثل ونصوا على أنه لو خرب بناء المحكر أو جف شجرة ولم يبق لهما أثر فى أرض الوقف ومضت مدة الاحتكار وعادت الأرض إلى جهة الوقف ولم يكن للمحكر ولا لورثته حق البقاء وإعادة البناء ونصوا أيضا على أنه إذا لم يكن الانتفاع بالعين المؤجرة ينفسخ العقد وتسقط الأجرة عن المحكر عن المدة الباقية - لما كان ذلك، وكان

(1) السنهورى ص 1453 وما بعدها - توفيق فرج ص 366 - محمد على عمران ص 402.

(2) كان المشروع التمهيدي يورد نصا يتعلق بتحديد المدة فى الأحكام القائمة وقت العمل به، وينظم العلاقة بين المحكر والمحكر. ولكن انتهى الأمر فى لجنة الشيوخ إلى حذف ما جاء بهذا الصدد حتى لا تقطع بالرأى فى مسألة تعارضت فيها المصالح والحقوق تعارضا يستعصى على التوفيق، ويحسن أن تترك هذه الحقوق والمصالح على حالها إلى أن يصدر فى شأنها تشريع خاص" (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ 6 ص 1605 الهامش وما بعدها).

البين من الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الحالى أن النص فى المادة 999 منه على توقيت الحكر وتحديد مدته إنما يسرى على الأحكار الجديدة التى تنشأ فى ظل العمل به اعتبارا من 15/10/1949 أما الأحكار السابقة على هذا التاريخ فلم ينص على كيفية انتهائها وتركها إلى أن يصدر فى شأنها تشريع خاص بعد أن تعارضت مصالح وحقوق المحكرين تعارضا استعصى على التوفيق وبذلك تبقى هذه الأحكار خاضعة لقواعد الشريعة الإسلامية التى كانت تحكمها وقت إنشائها، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم بهذه الأحكام إذ استند فى قضائه برفض الدعوى - على ما بين من مدوناته- إلى أن إقامة المطعون عليها البناء الجديد على الأرض المحكرة لا يعد تخريبا للبناء الذى كان قائما من قبل بالمعنى الذى قصده فقهاء الشريعة الإسلامية ينتهى معه حق الحكر وإنما هو ضرب من ضروب الاستثمار والانتفاع بتلك الأرض يبقى به حق الحكر الذى كان قد انتقل إليها فإنه يكون قد وافق صحيح القانون وبضحى هذا النعى على غير أساس".

(طعن رقم 645 لسنة 54 ق جلسة 1988/5/25)⁽¹⁾

(1) وعكس ذلك: نقض طعن رقم 871 لسنة 60 ق جلسة 1994/11/23 وقد جاء به: "وحيث إن هذا النعى غير سديد ذلك أن النص فى الفقرتين الأولى والثانية من المادة 1012 من القانون المدنى على أنه (1) من وقت العمل بهذا القانون لا يجوز ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفة وذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة 1008 الفقرة الثالثة (2) الأحكار القائمة على أرض غير موقوفة وقت العمل بهذا القانون تسرى فى شأنها = الأحكام المبينة فى المواد السابقة. يدل على أن المشرع اتجه إلى تضيق نطاق الحكر فيقع الاحتكار على الأراضى غير الموقوفة وبذلك يكون قد قصر ترتيب حق الحكر منذ تاريخ العمل بهذا القانون فى 15 أكتوبر 1949 على الأراضى الموقوفة وقفا خيريا بعد إلغاء الوقف الأهلى وأخضع المشرع الأحكار القديمة على أرض غير موقوفة والقائمة وقت العمل بأحكام هذا القانون لنص المادة 999 منه التى حددت الحد الأقصى لمدة التحكير جعلها ستين سنة فإذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة اعتبر الحكر معقودا لمدة

ستين سنة، لما كان ذلك وكان الحكر موضوع النزاع ترتب على أرض غير موقوفة فإنه يخضع في انتهائه للمدة سالفة الذكر، وإذا خلص الحكم المطعون فيه إلى انتهاء مدة عقد الحكر بانقضاء ستين سنة على بدئه منذ عام 1325 هجرية فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ويصحى النعى بسببيه على غير أساس".

مادة (1000)

لا يجوز التحكير إلا لضرورة أو مصلحة وبإذن من المحكمة الابتدائية الشرعية التي تقع في دائرتها الأرض كلها أو أكثرها قيمة، ويجب أن يصدر به عقد على يد رئيس المحكمة أو من يحيله عليه من القضاة أو الموثقين، ويجب شهره وفقا لأحكام قانون تنظيم الشهر العقاري.

الشرح

62- قصر التحكير على وجود ضرورة أو مصلحة :

رغبة من المشرع في تضيق نطاق الحكر. فقد قصر إنشاء حق الحكر على حالة وجود ضرورة أو مصلحة.

وهذه الضرورة أو المصلحة يبررها المسئول عن الوقف وهو ناظر الوقف، كما لو كانت العين المراد تحكيرها خربة، وليس لدى الوقف ما يمكنه من إصلاحها، أو يكون المحتكر أقدر من الوقف على استصلاح الأعيان المراد تحكيرها، ولم يوجد من يرغب في استئجارها مدة مستقبلية بأجرة معجلة تصرف في عمارتها.

وفي هذا جاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويجب أن يقدم الناظر (ناظر الوقف) مبررا للتحكير بأن يثبت أن إنشاء الحكر أمر تقتضيه المحافظة على العين الموقوفة، ويكون ذلك عادة بإثبات أن الوقف مخرب ولا يكفى ريعه لإصلاحه، فيحكر حتى يستصلحه المحتكر"⁽¹⁾.

63- الإذن بإنشاء الحكر من رئيس المحكمة :

اشتترطت المادة لإنشاء حق الحكر الحصول على إذن من (المحكمة الابتدائية الشرعية) التي تقع في دائرتها الأرض كلها أو أكثرها قيمة".

وقد ألغيت المحاكم الشرعية بمقتضى القانون رقم 462 لسنة 1955 وانتقل الاختصاص للمحكمة الابتدائية (العادية).

والحكمة من إذن المحكمة بالتحكير، أن تتولى المحكمة تقدير الضرورة أو المصلحة التى تبرر التحكير، فإذا رأت وجود الضرورة أو المصلحة أذنت به، فإذا لم تجدها رفضت الإذن بالتحكير. لأن الحكر لن يتم إلا على أرض موقوفة ولمدة طويلة، وهو حق عينى ينشأ على الأرض الموقوفة، وهو بهذا يعد تصرفاً على نحو معين فى العين الموقوفة⁽¹⁾.

وهذا التصرف يتعين أن يكون بإذن القاضى.

64 - إنشاء الحكر بعقد رسمى :

إذا أذنت المحكمة بالحكر، تعين أن يصدر بالحكر عقد رسمى على يد رئيس المحكمة أو من يحيله عليه من القضاة أو الموثقين.

فلا تكفى هنا الرسمية العادية، بل لابد من استصدار حجة من المحكمة المختصة سواء على يد رئيس المحكمة التى أذنت بالحكر، أو على يد أحد القضاة أو الموثقين الذين تحيل إليهم المحكمة الأمر. فالحكر إذن عقد شكلى لا يتم إلا فى الشكل الذى رسمه القانون على هذا النحو⁽²⁾.

(1) فقد قضت محكمة النقض بأن:

"لما كان القانون المدنى القديم لم يقنن أحكام حق الحكر، وكان منشأ هذا الحق الشريعة الإسلامية فقد استقر رأى على الأخذ بأحكامها التى تعطى للمحتكر الحق فى الانتفاع بالعقار المحتكر إلى الأبد أو لمدة طويلة، وحق البناء عليه والتصرف فى ذات الحق وفى البناء - وهو حق يعتبر من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة... إلخ".

(طعن رقم 469 لسنة 35 ق جلسة 1970/1/8)

(2) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء السادس المجلد الثانى

ص 1445 - توفيق فرج ص 363.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يكون الحكر بورقة رسمية إشعارا بخطرته، والرسمية شرط للانعقاد. فإن كانت العين موقوفة، وهو الغالب، فلا تكفى الرسمية العادية، بل يجب أن يستصدر ناظر الوقف من المحكمة الشرعية التى تقع فى دائرتها الأرض الموقوفة حجة شرعية، لأن الحكر ضرب من ضروب التصرف ولا يجوز التصرف فى الوقف إلا بإذن من القاضى"⁽¹⁾.

65- شهر حق الحكر:

حق الحكر حق عينى أصلى، فإنه عملا بالمادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى لا ينشأ لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل. ومن ثم فإنه يجب تسجيل الصك الصادر بإنشاء حق الحكر. فإذا لم يسجل فإنه لا يرتب سوى الترامات شخصية بين عاقدية.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ 6 ص 572 وما بعدها - وقد قضت محكمة النقض بأن عدم قيام وزارة الأوقاف بتنفيذ الحكم الصادر بفسخ الحكر منذ سنة 1941 وقبولها بقاء المستحكر ينتفع بالعين يتضمن تنازلها عن هذا الحكم، وبالتالي لا تكون هناك حاجة لإبرام عقد جديد يفرغ فى الشكل الذى تطلبته المادة 100 من التقنين المدنى الجديد.

إذ جرى قضاءها على أن:

1- عدم قيام الطاعنة - وزارة الأوقاف - بتنفيذ الحكم الصادر بفسخ الحكر، وقبولها بقاء المستحكر ينتفع بالعين المحكرة مقابل الأجرة المبينة بعقد الحكر المقضى بفسخه حتى تم استبدالها سنة 1962، يتضمن تنازلها عن التمسك بالحكم الصادر بالفسخ، وبالتالي فإنه لا تكون هناك حاجة لإبرام عقد جديد يجب إفراغه فى الشكل الذى تطلبه القانون المدنى فى المادة 1000 منه ."

مادة (1001)

للمحتكر أن يتصرف فى حقه وينتقل بالميراث.

الشرح

66- تصرف المحتكر فى حق الحكر:

عقد الحكر ينشئ للمحتكر حقا عينيا أصليا فى الأرض المحتكرة، هو حق الحكر. ومن ثم فإن للمحتكر التصرف فى حق الحكر، سواء كان التصرف بعوض كالبيع أو بغير عوض كالهبة والوصية. وله أن يرتب عليه حق انتفاع أو حق ارتفاق وله أن يؤجره. وله أن يحكر حقه فيكون هناك حق حكر على حق الحكر.

وله أن يرهن حق الحكر رهنا رسميا، ما لم يكن هذا الحق موقوفا. وكما ذكرنا سلفا يجب تسجيل أى تصرف ناقل للملكية حتى يكون حجة بين طرفيه وبالنسبة للغير عملا بالمادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"ولما كان للمحتكر هذا الحق العينى، فله أن يتصرف فيه بالبيع أو بغيره من التصرفات، كما ينتقل منه بالميراث. ويجوز له أن يقفه، فإذا كان الحكر قائما على أرض موقوفة كان كل من الحكر والرقبة موقوفا. وللمحتكر دعاوى الملكية والحياسة ككل حق عينى"⁽¹⁾.

وللمحتكر حق الأخذ بالشفعة عملا بالمادة 936 مدنى التى تجرى على أن: "لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة"، فيكون ذلك سببا من أسباب انقضاء حق الحكر عن طريق اتحاد الذمة. وهذا الحق يتميز به المحتكر عن المستأجر وهو صاحب حق شخصى.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إنه وإن كان للمحتكر وفق النظام المقرر فى الشريعة الإسلامية أن يشفع ببنائه إلا أنه لا يصح أن تقاس حالته على حالة المستأجر الذى يقيم بناء على الأرض التى استأجرها، ذلك أن المحتكر طبقا للنظام المشار إليه له حق عينى تتحمله العين فى يد كل حائز لها، ويراد به استبقاء الأرض للبناء تحت يد المحتكر مادام قائما بدفع أجر المثل، فهو مالك لمنافع العين ملكا أبديا بدوام دفعه أجره المثل بخلاف المستأجر فإن عقد الإيجار لا يخوله إلا حقا شخصيا قبل المؤجر ولا يعطيه حق البقاء والاستقرار على الدوام فلا يثبت له حق الشفعة بوصفه جارا مالكا للبناء".

(طعن رقم 10 سنة 22 ق جلسة 1955/2/3)

67- انتقال الحكر بالميراث :

حق الحكر خلاف حق الانتفاع ينتقل بالميراث فهو لا ينقضى بوفاة المحتكر، مع ملاحظة ما تنص عليه المادة 2/1008 مدنى من أنه إذا مات المحتكر قبل أن يبنى أو يغرس انتهى الحكر إلا إذا طلب جميع الورثة بقاء الحكر.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مقتضى عقد الحكر أن المحتكر له - فوق التصرف فى حق الحكر بجميع أنواع التصرفات - حق الانتفاع بالأرض المحكرة وإقامة ما يشاء من المباني عليها وله حق القرار ببنائه، وملكية ما يحدثه فى المباني زيادة وتعديلا ملكا تاما، وينتقل عنه هذا الحق إلى خلفه العام أو الخاص، كما أنه يعطى للمحتكر الحق فى حيازة العقار المحتكر والانتفاع به دون غيره بكافة وجوه الانتفاع ما لم يرتب هو لغيره حقا يجيز له الحيازة والانتفاع إذ أن حق القرار حق عينى أصلى تتحمله العين المحكرة فى يد كل حائز لها طالما بقى الحكر قائما ومن ثم فإنه يقوم إلى جانب حق الرقبة- الذى هو للمحكر - حق المنفعة المطلق للمحتكر ويستتبع ذلك

أن يكون لهذا الأخير رفع دعاوى الملكية واسترداد العقار المحكور ممن يغتصبه. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد ذهب في قضائه إلى رفض طلب الطاعنة إزالة المنشآت محل الدعاى أو تثبيت ملكيتها لها مستحقة الإزالة أو البقاء وطلبها طرد المطعون عليه الأول منها على قوله إنه ".... وقد ثبت من الأوراق أن عقد البذل لم يحرر ولم يتم شهره فإن.... "الطاعنة" ... لم تعد مالكة بعد لرربة أرض النزاع فلا يكون لها طلب إعمال المواد 924، 925، 926 من القانون المدني الخاصة بإزالة المنشآت المقامة على تلك الأرض إذ أن هذا الطلب لا يكون إلا لمالك الرقبة وعلى أساس قواعد الالتصاق المقررة للمالك الأمر الذى يتضح منه أن دعاوها أقيمت قبل الأوان". وكان هذا القول من محكمة الاستئناف خطأ فى فهم الأساس القانونى الصحيح الواجب بناء حكمها عليه وفضلا عن أنه لا يواجه كل الطلبات المطروحة فى الدعوى فإن الطاعنة لم تستند إلى عقد الاستبدال، وملكية حق الرقبة فى طلباتها وإنما ركنت فيها إلى حق الحكر وما يخوله لها من حق القرار وملكية ما أحدثه مورثها من منشآت على الأرض المحكرة ملكا تاما وانتقل إليها من بعده، فيكون لها حق حيازتها والانتفاع بها بكافة الأوجه. هذا إلى أن لها بمقتضاه حقا عينيا تتحملة العين المحكرة فى يد كل حائز لها يراد به استبقاؤها للبناء تحت يد المحتكر مادام الحكر قائما. لما كان ما تقدم وكان البين من الأوراق وعلى ما حصله الحكم المطعون فيه وبما لا خلاف عليه بين الخصوم أن الحق فى الحكر على عين الدعاى لازال قائما للطاعنة بما كان يتعين معه على محكمة الموضوع تكليف الدعوى تكييفا صحيحا وإعمال أثر قيام هذا الحق المقرر للطاعنة وطبقا لطلباتها فى الدعوى - على ما قام به المطعون عليه الأول - وحسبما كشفت عنه وقائعها - من أعمال من مقتضاها المساس بحقوق المحكرة والاعتداء على حقها فى القرار دون مسوغ أو سند، وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض دعاوها برمتها بما اشتملت عليه من طلبات على نحو ما سلف بيانه تأسيسا على عدم تملكها الرقبة فتحجب بذلك عن

الفصل فى هذه الطلبات فإنه يكون قد أخطأ فى القانون بما يستوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 1766 لسنة 61 ق جلسة 1996/4/14)



مادة (1002)

يملك المحتكر ما أحدثه من بناء أو غراس أو غيره ملكا تاما وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحق الحكر.

الشرح

68- ملكية المحتكر للبناء والغراس وحقه في التصرف فيه :

ذكرنا سلفا أن للمحتكر حقا عينيا على الأرض المحكرة، هو حق الحكر. وهذا الحق يخول للمحتكر الانتفاع بالأرض المحكرة انتفاعا من شأنه تعميرها واستصلاحها، وأكثر ما يتحقق ذلك عن طريق البناء أو بالغرس فيها. والبناء والغراس الذي يحدثه المحتكر يكون ملكا خالصا له. ويجوز له التصرف فيه، سواء كان التصرف بعوض أو على سبيل التبرع. وهو بذلك يكون له حق الحكر على الأرض وحق الملكية على البناء والغراس.

وإن كان الغالب أن يتصرف المحتكر في حق الحكر والبناء والغراس مجتمعين، لأن كل منهما مكمل للآخر.

إلا أنه يجوز له التصرف في كل من: حق الحكر والبناء والغراس على استقلال كأن يبيع البناء لمشتري ويكتفي بأن يؤجر له حق الحكر. فيكون على العقار في هذه الحالة أصحاب حقوق ثلاثة: صاحب الرقبة والمحتكر وصاحب البناء وفي المحتكر بأجرة الحكر لصاحب الرقبة ويستوفي الأجرة المشتركة من صاحب البناء.

وقد يتصرف المحتكر في حق الحكر دون البناء أو الغراس، ويصبح هو المستأجر لحق الحكر في هذه الحالة مع بقائه مالكا للبناء أو الغراس⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "من مقتضى عقد الحكر أن للمحتكر إقامة ما يشاء من المباني على الأرض المحكرة وله حق القرار ببناؤه حتى ينتهى حق الحكر، كما أن له أن يحدث فى المباني زيادة وتعديلا، وله ملكية ما أحدثه من بناء ملكا تاما يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحق الحكر، وينتقل عنه هذا الحق إلى ورثته. ولكنه فى كل هذا تكون حيازته للأرض المحكرة حيازة وقتية لا تكسبه الملك إلا إذا حصل تغيير فى سبب حيازته يزيل عنها صفة الوقتية، ولا يكفى فى ذلك مجرد تغيير الحائز الوقتى لنيته بل يجب أن يقترن تغيير النية بفعل إيجابى ظاهر يجابه به مالك الحق بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية وبديل دلالة جازمة على أن ذا اليد الوقتية مزعم إنكار الملكية على صاحبها والاستئثار بها دونه".

(طعن رقم 218 لسنة 29 ق جلسة 1964/2/20)

2- "من مقتضى عقد الحكر - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن للمحتكر إقامة ما يشاء من المباني على الأرض المحكرة وله حق القرار ببناؤه حتى ينتهى حق الحكر، وله ملكية ما أحدثه من بناء ملكا تاما، يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحق الحكر، وينتقل عنه هذا الحق إلى ورثته لكنه فى كل هذا تكون حيازته للأرض المحكرة حيازة وقتية لا تكسبه الملك".

(طعن رقم 122 لسنة 37 ق جلسة 1972/3/7)

3- "من مقتضى عقد الحكر أن يملك المستحكر حق الانتفاع بالأرض المحكرة بالبناء أو الغراس بينما يحتفظ المحكر بملكية الرقبة المحكرة، كما أن للمستحكر أن يتصرف فى حق الحكر بالبيع أو بغيره من التصرفات".

(طعن رقم 1415 لسنة 50 ق جلسة 1981/3/24)

4- "عقد الحكر يجيز للمحتكر إقامة ما يشاء من المباني على الأرض

المحكرة، باعتبار أن له حق القرار إلى أن ينتهي الحكر، وحق ملكية ما أحدثه من بناء ملكا تاما يتصرف فيه وحده وينتقل منه إلى ورثته مادام يدفع أجر المثل".

(طعن رقم 2522 لسنة 63 ق جلسة 2000/5/30)

5- "لما كان الثابت بالأوراق أن دفاع هيئة الأوقاف الطاعنة جرى في شق منه بأن المطعون ضده يضع يده على قطعة الأرض موضوع النزاع ويسدّد مقابل انتفاعه بها، وفي شق آخر بأنه غاصب للأرض، في حين جاء بتقرير الخبيرة المندوبة في الدعوى، وفي ردّها على اعتراضات الطاعنة على هذا التقرير أن تلك الأرض كانت محكرة من الإصلاح الزراعي منذ عام 1964، وأن المطعون ضده أقام عليها مبان بالطوب الأحمر في المدة السابقة على عام 1972، ثم استبدلها بمبان بالطوب الأحمر والخرسانة المسلحة في عام 1979،.... وكان البين من الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه برفض الدعوى على سند مما ورد بتقرير الخبير المندوب فيها من أن هيئة الأوقاف لم تقدم المستندات التي تلزم المطعون ضده بعدم إقامة مبان خرسانية على الأرض محل النزاع، ولم يعن بتحديد طبيعة العلاقة التي تربط بين طرفي الدعوى، وبيان ما إذا كانت تلك الأرض محكرة، أم مؤجرة، أم أن المطعون ضده كان يضع يده عليها بطريق الغصب، الأمر الذي يبين منه أن محكمة الموضوع لم تحدد واقعة الدعوى تحديدا كافيا يكشف عن أنها فهمت هذا الواقع فهما صحيحا مستمدا من أصول ثابتة في الأوراق، فإن حكمها يكون معيبا بقصور يبطله".

(طعن رقم 2522 لسنة 63 ق جلسة 2000/5/30)

69- الأهلية اللازمة للتصرف في الحكر:

يترتب على أن حق الحكر حق عيني، أن عقد الحكر يعتبر من أعمال التصرف، بعكس الإيجار فهو من أعمال الإدارة. ولذلك يلزم للتصرف في حق

الحكر أهلية التصرف أى الأهلية الكاملة، كما يلزم فى الوكالة فى التصرف الوكالة الخاصة.

(راجع نقض طعن 469 لسنة 35 ق جلسة 1970/1/8 - منشور بيبند 54)

70- الدعاوى التى تحمى حق الحكر:

حق الحكر تحميه - كسائر الحقوق العينية - دعاوى الحق ودعاوى الحياة أيضا⁽¹⁾.

71- هل يجوز كسب حق الحكر بالتقادم؟

ذهب رأى إلى أنه لا يجوز كسب حق الحكر بالتقادم بعد العمل بالتقنين المدنى الجديد لأن هذا الحق لا يتقرر إلا بموجب عقد شكلى. والأصل أن الحق الذى لا ينشأ إلا بعد مراعاة إجراءات شكلية موضوعه لا يكسب بالتقادم، كما هو الحال فى الرهن الرسمى وفى الوقف⁽²⁾.

بينما ذهب رأى آخر إلى أنه يجوز كسب الحكر بالتقادم بوضع اليد على أرض الوقف ودفع الأجرة كمحتكر وتمام مدة التقادم⁽³⁾.

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن مادة (محذوفة) برقم 1258 تنص على أن: "يجوز أن يكسب حق الحكر بالتقادم".

وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"1- كسب الحكر بالتقادم مبدأ سار عليه القضاء المختلط. فإذا وضع شخص يده على أرض موقوفة باعتباره محتكرا دون أن يكون له هذا الحق،

(1) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 576 - محمد كامل

مرسى ص 349 - عبد المنعم البدرولى ص 293.

(2) السنهاورى ص 1447.

(3) محمد كامل مرسى ص 366 وما بعدها.

واستمر يدفع أجره الحكر ثلاثاً وثلاثين سنة كسب حق الحكر بالتقادم. أما إذا كانت الأرض غير موقوفة فإنه يملك حق الحكر بالتقادم في خمس عشرة سنة، أو بالتقادم القصير في خمس سنوات (استثناء مختلط 15 مايو 1901 ب 13 ص 308، وأول فبراير 1917 ب 29 ص 195 و 31 يناير 1918 ب 3 ص 193).

2- على أن كسب الحكر بالتقادم فيه نظر، لأن الحق في الأرض الموقوفة لا ينشأ إلا بعد استصدار حجة شرعية ولا ينشأ في الأرض غير الموقوفة إلا بعقد رسمي، وفقاً لأحكام المشروع. والأصل أن الحق الذي لا ينشأ إلا بعد مراعاة إجراءات شكلية موضوعه لا يكسب بالتقادم، كما هو الحال في الرهن الرسمي وفي الوقف.

وقد أصبح هذا الأصل أولى بالاتباع بعد أن قرر المشروع الرسمية في تقرير الحكر حتى على أرض غير موقوفة. (لذلك يحسن أن يحذف هذا النص من المشروع، ويستبدل به نص ييسر إثبات الحكر إذا كان قديماً فيفي بعض الأغراض التي أريد تحقيقها بالنص القائم"، إلا أن النص المذكور حذف في لجنة المراجعة ويبدو أن ذلك استجابة لما أوضحت به مذكرة المشروع التمهيدية⁽¹⁾. ونرى الأخذ بالرأى الأول.

أما بالنسبة للأحكار القديمة التي أنشئت على أعيان غير موقوفة فيجوز اكتسابها بالتقادم.

وإذا كسب شخص حق الحكر من المالك الحقيقي بالتقادم، فلا يجوز له أن يكسب ملكية العقار نفسه بالتقادم بمجرد امتناعه عن دفع أجره الحكر، لأنه وضع يده على العقار كمحتكر لا كمالك.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 571 هامش (1) وما بعدها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "الإقرار بالاستحكار مانع من تملك الأرض المحكرة، مهما طالّت مدة سكوت المحكر عن المطالبة بالحكر السنوى".

(طعن رقم 11 لسنة 2 ق جلسة 1932/6/2)

2- "وضع يد المحتكر وورثته من بعده هو وضع يد مؤقت مانع من كسب الملكية مما ينطبق عليه نص المادة 79 من القانون المدنى التى تنص على عدم إمكان ثبوت ملكية العقار" لمن كن واضعا يده عليه بسبب معلوم غير أسباب التملك سواء كان ذلك السبب مبتدأ منه أو سابقا ممن آلت منه إليه".

(طعن رقم 1 لسنة 5 ق جلسة 1935/10/31)



مادة (1003)

- 1- على المحكر أن يؤدي الأجرة المتفق عليها إلى المحكر.
- 2- وتكون الأجرة مستحقة الدفع في نهاية كل سنة ما لم ينص عقد التحكير على غير ذلك.

الشرح

72- التزام المحكر بأداء الأجرة إلى المحكر:

يلتزم المحكر بأداء الأجرة المتفق عليها إلى المحكر. ولتزام المحكر بأداء الأجرة التزام شخصي وتحميه دعوى شخصية. وتختص بنظر دعوى المطالبة بالأجرة محكمة موطن المدعى عليه ويجب استصدار أمر أداء بها إذا توافرت شروط استصداره. وينتقل الالتزام بأداء الأجرة إلى خلف كل من المحكر والمحكر، سواء كان خلفا عاما أو خاصا طبقا للقواعد العامة⁽¹⁾. وتخضع الأجرة للقواعد العامة التي تسرى على الأجرة بصفة عامة، من حيث أحكام الوفاء بها والتقادم الخمسى باعتبارها من الديون الدورية المتجددة إلا أنه يستثنى من القواعد العامة ما ورد نص بخصوصه على نحو ما سنرى في موضعه.

(1) وكانت الفقرة الأولى من المادة (1262) من المشروع التمهيدى المقابلة للفقرة الأول من المادة (1003) من التقنين المدنى تنص على أن: "على المحكر أو من يخلفه أن يؤدي الأجرة المتفق عليها إلى المحكر أو من يخلفه" إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ خذفت عبارتي "أو من يخلفه في حق الحكر" و "أو من يخلفه" الواردتين بهذه الفقرة "لأن القواعد العامة تقضى دائما بالتزام الخلف بما يلتزم به السلف أى جاء الحذف اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 580 وما بعدها).

73- استحقاق الأجرة فى نهاية كل سنة:

حددت الفقرة الثانية من المادة ميعادا لدفع الأجرة المتفق عليها، هو نهاية كل سنة. بمعنى أن تكون الأجرة مؤجلة لا معجلة، على خلاف القواعد العامة وذلك ما لم يتفق على غيره.

ويترتب على ذلك أنه لا تجوز مطالبة المحتر بالأجرة قبل ميعاد السنة المذكور أما إذا تأخر المحتر فى الوفاء بالأجرة عن هذا الميعاد كان للمحتر مطالبته بها والتنفيذ عينا مع التعويض إن كان له مقتضى.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"1- تعرض هذه النصوص (المواد 1262 - 1266) لأهم التزام على المحتر وهو دفع أجرة الحكر فعليه أن يؤدى لصاحب الرقبة الأجرة المتفق عليها فى نهاية كل سنة إلا إذا حدد ميعاد آخر للدفع... الخ"⁽¹⁾.



مادة (1004)

- 1- لا يجوز التحكير بأقل من أجره المثل.
- 2- وتزيد هذه الأجرة أو تنقص كلما بلغ التغيير في أجره المثل حداً يجاوز الخمس زيادة أو نقصاً، على أن يكون قد مضى ثمانى سنوات على آخر تقدير.

الشرح

74- عدم جواز التحكير بأقل من أجره المثل :

الخاصية الجوهرية في أجره الحكر هي وجوب أن تكون أجره المثل من مبدأ التعاقد. وهذا الحكم مأخوذ من الشريعة الإسلامية، وهو ينطبق على الأحكار السابقة على تاريخ العمل بالتقنين المدني الجديد في 15 أكتوبر سنة 1949، كما ينطبق على الأحكار التي أنشئت منذ العمل بهذا القانون.

ولهذا فإنه عند إعطاء المحكمة الإذن بالتحكير ينبغي أن تدخل في اعتبارها ألا تقل الأجرة عن ذلك مراعاة لمصلحة الحكر.

وهذا لا يمنع من أن تصحح المحكمة خطأها فيما بعد إذا كانت قد أذنت بالتحكير بأقل من أجره المثل⁽¹⁾.

وأجرة المثل هذه هي عادة أجره زهيدة بالنظر إلى أن الأرض الموقوفة تكون غالباً خربة أو بحاجة إلى إصلاح كبير مما يتطلب نفقات باهظة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن ما قرره الشرع والقانون (لائحة الأوقاف) من أن تقدير أجره الحكر يكون على مثل أرض الوقف يقتضى معرفة ماذا كانت عليه حالة أرض الوقف عند التحكير. والمحتكر هو المكلف بإثبات حالتها تلك القديمة. وقاضى الموضوع

متى تحرى وتحقق وقرر للأرض حالة أصلية خاصة، أو متى قدر الخبير لها حالة خاصة واعتمدها القاضي، وبين فى حكمه علة اعتباره إياها على هذه الحالة الخاصة فى مبدأ التحكير، كان رأيه فى ذلك طبعاً من مسائل الموضوع التى لا رقابة عليه فيها لمحكمة النقض".

(طعن رقم 94 لسنة 3ق جلسة 1934/6/14)

2- "إذا لم تهتد محكمة النقض إلى الطريقة التى تكون قد راعتها محكمة الموضوع فى تقدير الحكر، وهل كانت متمشية مع المبادئ القانونية المتقدمة الذكر أم لا، وهل للطاعن ظلامة أم لا نقضت الحكم المطعون فيه لقصوره".

(طعن رقم 94 لسنة 3ق جلسة 1934/6/14)

3- "محكمة الموضوع غير ملزمة بوقف الدعوى المتعلقة بالمطالبة بمقابل التحكير أو بمقابل الانتفاع أو بالقيمة الإيجارية إلا إذا أثبتت المنازعة حول ملكية العين الوارد عليها هذا الطلب، أما إذا أثبتت وفصل فيها بقضاء قطعى فإن المنازعة لا تكون لها محل بعد هذا القضاء ولا يكون لمن صدر عليه الحكم بذلك أن يعود لمناقشة المسألة التى تم الفصل فيها كما لا يجوز ذلك للمحكمة حتى لو قدمت لها أدلة جديدة قاطعة فى مخالفة الحكم السابق ومتى احتوى الحكم بنسب خبير فى أسبابه على القضاء بصفة قطعية فى شق من الخصومة فإنه لا يجوز إعادة النظر فى هذا القضاء لدى ذات المحكمة".

(طعن رقم 203 لسنة 44ق جلسة 1979/1/24)

4- "يلتزم المحتكر بمقتضى المواد 1003، 1004، 1005 من القانون المدنى بأداء المقابل المتفق عليه إلى المحكر وعلى أن يكون هذا المقابل مستحق الدفع فى نهاية كل سنة ما لم ينص عقد التحكير على غير ذلك ويزيادة المقابل وفقاً لأجر المثل وصقع المكان وذلك بخلاف إيجار الوقف إذ العبرة فيه بأجرة المثل وفقاً لنص المادة 632 من القانون المدنى بالوقت الذى أبرم فيه عقد الإيجار فلا يقيد بما يستجد من ظروف اقتصادية بعد ذلك ترفع من قيمة المقابل".

(طعن رقم 1074 لسنة 53ق جلسة 1984/6/20)

ولا يقتصر الأمر على تحديد الأجرة وقت إنشاء حق الحكر بما لا يقل عن أجرة المثل، وإنما يجب أن تبقى أجرة المثل طوال المدة، فتزيد أو تنقص كلما بلغ التغيير في أجرة المثل حدا كبيرا زيادة أو نقصا كما سنرى في البند التالي.

75 - زيادة الأجرة وإنقاصها:

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن: "وتزيد هذه الأجرة أو تنقص كلما بلغ التغيير في أجرة المثل حدا يجاوز الخمس زيادة أو نقصا على أن يكون قد مضى ثمانى سنوات على آخر تقدير".

ويبين من هذا النص أنه يشترط لزيادة الأجرة على أجرة المثل التى قدرت بعقد التحكير أو إنقاصها عن هذه الأجرة توافر شرطين:

- 1- أن تبلغ زيادة الأجرة على أجرة المثل أو يبلغ نقصها عن أجرة المثل ما يزيد على خمس أجرة المثل، وقدر النص هذه النسبة قياسا على الغبن الفاحش⁽¹⁾.
- 2- أن يكون قد مضى ثمانى سنوات على آخر تقدير لأجرة المثل. والحكمة فى ذلك هو أن يكون هناك شئ من الاستقرار فى التعامل، فلا تكون الأجرة عرضة للتغيير فى كل وقت. وحدد المشرع المدة بثمانى سنوات تمشيا مع المقرر فى إعادة تقدير الضرائب الخاصة بالعقارات⁽²⁾.

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن:

"أجرة الحكر - طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية - تتغير تبعا لتغير أجرة المثل متى بلغ هذا التغيير حدا كبيرا زيادة أو نقصا، فهي بطبيعتها قابلة للتغيير".

(طعن رقم 411 لسنة 37 جلسة 1972/6/13)

- (1) ولم تكن الفقرة الثانية من المادة (1263) من المشروع التمهيدى المقابلة للفقرة الثانية من المادة (1004) من التقنين المدنى تحدد مدة يجب انقضاؤها على آخر تقدير. وفى لجنة المراجعة رأت اللجنة اشتراط مضى ثلاث سنوات على آخر تقدير. إلا أن هذه المدة زيدت فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ إلى ثمانى سنوات، بعد أن رأت فى البداية جعلها ست سنوات (مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 582 وما بعدها).

وزيادة الأجرة أو نقصانها كلما بلغ التغيير قدرا معيناً، هو ما يطلق عليه "تصقيع الحكر".

وهو نظام مستمد من الشريعة الإسلامية، وإن كان الفقه الإسلامي لم يحدد مدة معينة يجب انقضاؤها على آخر تقدير، لإجراء الزيادة أو النقصان.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"ما تشترطه المادة 1004 من القانون المدنى القائم لقبول طلب تعديل أجرة الحكر من مضى ثمانى سنوات على آخر تقدير هو حكم مستحدث وليس فى أحكام الشريعة الإسلامية ولا فى القواعد التى قررها الفقه والقضاء قبل صدور هذا القانون ما كان يقيد طلب تصقيع الحكر بوجود مضى مدة معينة على آخر تقدير بل إن ما تقضى به أحكام الشريعة هو أن المحتكر تلزمه الزيادة كلما زادت أجرة المثل زيادة فاحشة. ولقد كان من المقرر فى ظل القانون المدنى الملغى أن تقدير ما إذا كان التغيير الذى طرأ على أجرة المثل بلغ الحد الذى يبرر طلب الزيادة أو لم يبلغه من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع".

(طعن رقم 382 لسنة 29 ق جلسة 1964/4/16)

76- لا يجوز الاتفاق على عدم زيادة الأجرة:

لا يجوز الاتفاق مع المحتكر على عدم زيادة الأجرة فمثل هذا الاتفاق يقع باطلا لا يقيد المحتكر، ذلك أن حكم المادة يتعلق بالنظام العام، إذ من المبادئ المقررة أن الحكر يتغير تبعا للزمان والمكان⁽¹⁾.



مادة (1005)

يرجع في تقدير الزيادة أو النقص إلى ما للأرض من قيمة إيجارية وقت التقدير، ويراعى في ذلك صقع الأرض ورغبات الناس فيها بغض النظر عما يوجد فيها من بناء أو غراس، ودون اعتبار لما أحدثه المحتكر فيها من تحسين أو إتلاف في ذات الأرض أو في صقع الجهة، ودون تأثر بما للمحتكر على الأرض من حق القرار.

الشرح

77- كيفية التقدير عند النظر في تصقيع الحكر:

يتضح من النص أنه عند النظر في تصقيع الحكر، أنه يقتصر الأمر على النظر إلى القيمة الإيجارية للأرض وقت التقدير.

ويراعى في ذلك صقع الأرض (أى الجهة والناحية) ورغبات الناس فيها. أى أنه ينظر إلى الأرض باعتبارها خالية من البناء والغراس وعند إنشاء الحكر. فإذا كان الحكر على أرض موات فأحيائها المحتكر بعمله فينظر إلى تقديرها وقت أن كانت مواتا. وإذا كانت بركة أو منخفضا أو تلالا فردمها المحتكر أو أزال التلال وأصلحها فإنه ينظر إلى تقديرها باعتبار أصلها عند مبدأ التحكير. ولا اعتبار في ذلك لما يوجد فيها من بناء أو غراس، أو لما أحدثه المحتكر فيها من تحسين أو إتلاف في ذات الأرض أو في صقع الجهة.

وحق القرار الثابت للمحتكر، وإن كان لا تأثير له في تقدير قيمة الحكر، إلا أن البناء الذى يقيمه المحتكر فى أرض الوقف من شأنه أن يقلل من قيمة الحكر وهى أجرة المثل إذا كان له دخل ما فى تحسين صقع الجهة التى فيها أرض الوقف.

ولما كان كثيرا من الأوقاف المحتكرة يصعب معرفة أصل حالتها عند التحكير

لمضى الزمن فالمحتكر هو المكلف بإثبات حالتها القديمة، إذ هي من قبله دعوى مخالفة للظاهر من الأمر. وقاضى الموضوع متى تحرى وحقق وقدر للأرض حالة أصلية خاصة، أو متى قدر الخبير لها حالة خاصة واعتمدها القاضى، وبين فى حكمه علة اعتباره إياها على هذه الحالة الخاصة فى مبدأ التحكير، كان رأيه من مسائل الموضوع التى لا رقابة عليه فيها⁽¹⁾.

وما تضمنه النص تقنين لما أخذت به محكمة النقض فى ظل القانون القديم فى حكمها الصادر بتاريخ 1934/6/14 فى الطعن رقم 94 لسنة 3ق⁽²⁾ (منشور فيما يلى).

(1) محمد كامل مرسى ص 360.

(2) وقد كانت طريقة تصقيع الحكر محل خلاف شديد فبينما ذهب المحتكرون إلى تقدير ذلك على أساس نظرية معروفة تعرف بنظرية "النسبة" راعوا فيها مصلحتهم. ويتم التقدير وفقا لهذه النظرية بالرجوع إلى النسبة بين أجرة الحكر وقت التحكير وقيمة الأرض فى ذلك الوقت، ثم تزداد الأجرة بالنسبة التى زادت بها قيمة الأرض وقت التصقيع. فإذا كانت الأجرة جنيها واحدا وقت التحكير. وكانت قيمة الأرض ألف جنيه مثلا، فإن زيادة قيمة الأرض بعد ذلك ولتكن مثلا عشرة آلاف جنيه ترتب عليه زيادة الأجرة إلى عشرة جنيهات. وهى زيادة طفيفة لا تضر المحتكرين ولا تعم بفائدة ملموسة على المحكرين. وإذا كان هو ما ذهب إليه المحتكرون، فقد ذهب المحكرون وعلى رأسهم وزارة الأوقاف إلى غير ذلك، ويتلخص ما ذهبوا إليه فى أن يقدر الحكر وهو حق مالك الرقبة بالثلث، وحق المحتكر وهو صاحب المنفعة بالثلثين، وذلك من قيمة أجرة الأرض المحكرة خالية من البناء، وأن تحسب هذه الأجرة باعتبار 5% من ثمن الأرض حرة، وألا يعدل عن هذه القاعدة إلا فى الأحوال التى يقضى فيها صقع الأرض والرغبة فيها بالزيادة أو النقص عن القدر المتقدم ذكره. وفى المثل سالف الذكر، وقد بلغت قيمة الأرض وقت التصقيع عشرة آلاف من الجنيهات تحسب الأجرة بمقدار 5% من هذه القيمة فتكون خمسمائة جنيه. ويكون نصيب حق المحكر من هذه الأجرة هو الثلث، فتكون أجرة الحكر بعد التصقيع هى 166 وثلثين جنيها بدلا من 10 جنيهات بحسب نظرية المحتكرين.

(السنهورى ص 1461 وما بعدها - محمد على عمران ص 43 هامش 1).

= وقد قضت محكمة النقض بأن:

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "الاحتكار من وضع فقهاء الشرع الاسلامى، وهو عندهم" عقد إيجار يعطى للمحتكر حق البقاء والقرار على الأرض المحكورة مادام يدفع أجره المثل". وتقدير أجرته يكون: (أولاً) على اعتبار أن الأرض حرة خالية من البناء. (ثانياً) لا يلاحظ فيه سوى حالة الصقع (أى الجهة والناحية) الذى فيه الأرض المحكورة ورغبات الناس فيها. وأن يصرف النظر عن التحسين اللاحق بذات الأرض أو بصقع الجهة بسبب البناء الذى أقامه المحتكر".

(طعن رقم 94 لسنة 3ق جلسة 1934/6/14)

2- "إن حق القرار الذى للمتحر لا تأثير له فى تقدير قيمة الحكر، لكن البناء الذى يقيمه المحتكر فى أرض الوقف من شأنه أن يقلل من هذه القيمة وهى أجر المثل، إذا كان له دخل ما فى تحسين صقع الجهة التى فيها أرض الوقف، بحيث إن قاضى الموضوع متى اقتطع من أجر المثل قدر ما، مقرر أنه ثبت له أن بناء المحتكر قد زاد فى الصقع بقدر هذه الحطيطة التى يقطعها، فلا رقابة لأحد عليه".

(طعن رقم 94 لسنة 3ق جلسة 1934/6/14)

3- "إذا لم تهتد محكمة النقض إلى الطريقة التى تكون قد راعتها محكمة الموضوع فى تقدير الحكر، وهل كانت متمشية مع المبادئ القانونية المتقدمة الذكر أم لا، وهل للطاعن وجوه ظلامة أم لا نقضت الحكم المطعون فيه لقصوره".

(طعن رقم 94 لسنة 3ق جلسة 1934/6/14)

4- "إن حكم القانون فى تقدير أجره الحكر - على ما سبق أن قرره محكمة

"حجية الحكم الذى قضى بوجوب اتباع قاعدة النسبة فى تقدير أجره الحكر عند طلب تصحيحه، لا تتعدى فى هذا الخصوص نطاق الدعوى التى صدر فيها".

(طعن رقم 411 لسنة 37ق جلسة 1972/6/13)

النقض - هو أنه لا يعتبر فيه بحق البقاء والقرار الذى للمحتكر فإن حق البقاء والقرار هو فى مقابل أجرة الأرض المحكرة وصاحبه لا يحصل عليه إلا بهذا المقابل، فلا يمكن أن يكون لهذا الحق أثر فى تقدير المقابل له. ومن ثم يكون المحتكر ملزماً دائماً ولا بد بأجرة المثل كاملة غير منقوصة. أما القول بتقدير القيمة على أساس نسبة الثلث إلى الثلثين من قيمة الأرض، على ما ورد فى قانون رسم الأبلولة على التركات، فمحله إنما يكون عند تقدير قيمة حق كل من المحكر والمحتكر بعد أن يكون المحتكر قد حصل على حق البقاء والاستقرار مقابل الأجرة سواء لتحصيل الضريبة المستحقة عليهما أو فى حالة استبدال الأرض المحكرة".

(طعن رقم 61 لسنة 15 ق جلسة 1946/4/11)

5- "الاحتكار من وضع فقهاء الشرع الإسلامى. وهو عندهم" عقد إيجار يعطى للمحتكر حق البقاء والقرار على الأرض المحكورة مادام يدفع أجرة المثل "وتقدير أجرته يكون: (أولاً) على اعتبار أن الأرض حرة خالية من البناء، (ثانياً) لا يلاحظ فيه سوى حالة الصقع (أى الجهة والناحية) الذى فيه الأرض المحكورة ورغبات الناس فيها، وأن يصرف النظر عن التحسين اللاحق بذات الأرض أو بصقع الجهة بسبب البناء الذى أقامه المحتكر".

(طعن رقم 1 لسنة 8 ق جلسة 1938/4/21)

6- "إن حق القرار الذى للمحتكر لا تأثير له فى تقدير قيمة الحكر، لكن البناء الذى يقيمه المحتكر فى أرض الوقف من شأنه أن يقلل من هذه القيمة وهى أجر المثل إذا كان له دخل ما فى تحسين صقع الجهة التى فيها أرض الوقف، بحيث أن قاضى الموضوع متى اقتطع من أجر المثل قدر ما مقرراً أنه ثبت له أن بناء المحتكر قد زاد فى الصقع بقدر هذه الحطيطه التى اقتطعها فلا رقابة لأحد عليه".

(طعن رقم 1 لسنة 8 ق جلسة 1938/4/21)

7- "إذا لم تهتد محكمة النقض إلى الطريقة التى تكون قد راعتها محكمة الموضوع فى تقدير الحكر، وهل كانت متمشية مع المبادئ القانونية المتقدمة

الذكر أم لا، نقضت الحكم المطعون فيه لقصوره".

(طعن رقم 1 لسنة 8 ق جلسة 1938/4/21)

8- "القاعدة الصحيحة الواجبة الاتباع في تقدير أجره الحكر عند طلب

تصقيعه هي- على ما قرره محكمة النقض - أخذاً من المبادئ الشرعية- في حكمها الصادر في 14 من يونيو سنة 1934 وجرى عليه قضاؤها- أن يكون التقدير على اعتبار أن الأرض حرة خالية من البناء وألا يلاحظ فيه سوى حالة الصقع الذي فيه الأرض المحكرة ورغبات الناس فيها وأن يصرف النظر عن التحسين اللاحق بذات الأرض وبصقع الجهة بسبب البناء الذي أقامه المحكر، وألا يكون لحق البقاء والقرار الذي للمحكر تأثير في التقدير. وقد صرحت محكمة النقض في حكمها سالف الذكر بأنها ترفض الأخذ بنظرية "النسبة" التي تقضى بالمحافظة على النسبة بين أجره الحكر وقت التحكير وقيمة الأرض في ذلك الوقت وقالت عنها أنه لا أصل لها في الشريعة الإسلامية وأن أجره الحكر يجب أن تكون دائماً هي أجره المثل. ولقد أخذ التقنين المدني بالقاعدة التي قررتها محكمة النقض وقتئذ بما نص عليه في المادة 1005 منه ونبذ نظرية النسبة وذلك على ما يبين من الأعمال التحضيرية وإذا كانت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى قد تضمنت عبارات صريحة تفيد الأخذ بهذه النظرية وإسنادها خطأ إلى محكمة النقض فقد نسخ ذلك ما جرى بعدها من تعديلات أدخلتها لجنة الشيوخ على النص الذي كان وارداً في المشروع التمهيدى وما ظهر جلياً من اتجاه هذه اللجنة إلى عدم الأخذ بنظرية النسبة وفات واضعو المشروع بعد إدخال هذا التعديل أن يصححوا على مقتضاه ما تضمنته المذكرة في هذا الخصوص".

(طعن رقم 382 لسنة 29 ق جلسة 1964/4/16)

9- "المحكر هو المكلف بإثبات الحالة القديمة للأرض المحكرة إن ادعى

أنها لم تكن وقت تحكيرها أرضاً فضاء- كما اعتبرتها المحكمة عند تصقيع الحكر بل كانت بركة وأصلحها على نفقته. إذ هذه من قبله دعوى مخالفة للظاهر

من الأمر، وإذا لم يدع المحتكر هذه الدعوى أمام محكمة الموضوع فإنه لا يجوز له أن يتحدى بهذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض لما يخالطه من واقع".

(طعن رقم 382 لسنة 29 ق جلسة 1964/4/16)

10- "القاعدة الصحيحة الواجبة الاتباع، فى تقدير أجره الحكر عند طلب تصقيعه. هى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أخذ من المبادئ الشرعية أن يكون التقدير على اعتبار أن الأرض المحكرة حرة خالية من البناء وأن لا يلاحظ فيه سوى حالة الصقع الذى فيه الأرض المحكرة ورغبات الناس فيها، وأن يصرف النظر عن التحسين اللاحق بذات الأرض، وبصقع الجهة بسبب البناء الذى أقامه المحتكر وأن لا يكون لحق البناء والقرار الذى للمحتكر تأثير فى التقدير، وأنه لا محل للأخذ بنظرية "النسبة" التى تقضى بالمحافظة على النسبة بين أجره الحكر وقت التحكير، وقيمة الأرض فى ذلك الوقت إذ لا أصل لها فى الشريعة الإسلامية وأن أجره الحكر يجب أن تكون دائما هى أجره المثل. وقد أخذ المشرع بهذه القاعدة وقننها بما نص عليه فى المادة 1005 من القانون المدنى".

(طعن رقم 268 لسنة 36 ق جلسة 1971/1/5)

11- "تقدير القيمة الايجارية للأرض المحكرة طبقا لنص المادة 1005 من القانون المدنى لا يكون إلا على اعتبار أنها حرة خالية من البناء أو الغراس ولا يراعى فيه غير صقع الأرض ورغبات الناس فيها، ولا يجوز أن يتأثر بما للمحتكرين عليها من حق القرار".

(طعن رقم 442 لسنة 36 ق جلسة 1971/4/8)

مادة (1006)

لا يسرى التقدير الجديد إلا من الوقت الذي يتفق الطرفان عليه، وإلا فمن يوم رفع الدعوى.

الشرح**78- بدء سريان التقدير الجديد للأجرة:**

إذا كان الطرفان هما اللذان اتفقا على التقدير الجديد لأجرة الحكر على النحو الذي بينته المادة السابقة، فإن التقدير الجديد يسرى من وقت اتفاقهما. أما إذا لم يتفقا على التقدير، ورفع المحكر دعوى طالب فيها بالزيادة، أو رفع المحتكر الدعوى طالبا فيها النقصان، فإن قضاء المحكمة في الزيادة أو النقصان يسرى من تاريخ رفع الدعوى.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ولا يسرى التقدير الجديد إلا من الوقت الذي يتفق فيه الطرفان عليه، وإن لم يتفقا فمن يوم رفع الدعوى"⁽¹⁾.



مادة (1007)

على المحتكر أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لجعل الأراضي صالحة للاستغلال مراعيًا في ذلك الشروط المتفق عليها، وطبيعة الأرض، والغرض الذي أعدت له، وما يقضى به عرف الجهة.

الشرح

79- التزام المحتكر بجعل الأرض صالحة للاستغلال:

يلتزم المحتكر بأن يتخذ من الوسائل ما يلزم لجعل الأرض صالحة للاستغلال. ذلك أن المحكر لم يكن ليقبل تثقيب الأرض بحق الحكر، وهو حق خطير يكاد يستغرق حق الملكية، في مقابل أجرة زهيدة كأجرة الحكر، إلا لأن المحتكر سيقوم باتخاذ الوسائل اللازمة لجعل الأرض صالحة للاستغلال⁽¹⁾. فالغرض من التحكير هو إصلاح الأرض التي يقوم عليها الحكر وتعميرها. وعلى ذلك يلتزم المحتكر بردم الأرض إن كانت منخفضة وتحتاج إلى الردم. أو تسويتها لجعلها صالحة للزراعة إذا كانت أرضاً زراعية ويرمم البناء إذا كان في حاجة إلى ترميم، ويعيد بناء الأرض إذا كانت خربة .

ويتم تنفيذ هذا الالتزام طبقاً للشروط المتفق عليها بين المحكر والمحتكر. فإذا لم تكن هناك شروط وجب عليه أن يراعى طبيعة الأرض، فالأرض الزراعية غير أرض البناء، وأن يراعى الغرض الذي أعدت له، كأن تكون الأرض معدة لزراعتها بالحاصلات الحقلية فلا يقوم بغرسها حدائق. كما يراعى ما يقضى به عرف الجهة، كأن يقضى العرف باتخاذ طريقة خاصة في الاستغلال فيجب عليه مراعاتها⁽²⁾. ولا يجوز التحدى لأول مرة أمام محكمة النقض بوجود عرف معين.

(1) السنهورى ص 148- محمود جمال الدين زكى ص 622.

(2) نبيل سعد ص 257.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"... وكان يبين من الأوراق أن الطاعن لم يدع أمام محكمة الموضوع بوجود عرف يمنع أن يتقاضى أى فوائد من والدته وشقيقته فإنه لا يجوز التحدى بهذا العرف لأول مرة أمام محكمة النقض... الخ".

(طعن رقم 445 لسنة 38 ق جلسة 1975/2/5)

80- جزاء مخالفة الالتزام :

إذا لم يقم المحتكر بتنفيذ التزامه باتخاذ ما يلزم من الوسائل لجعل الأرض صالحة للاستغلال، جاز للمحكر - طبقاً للقواعد العامة - أن يطلب التنفيذ العيني، أو فسخ عقد التحكير مع التعويض في الحالتين عما يكون قد لحقه من أضرار⁽¹⁾. وكان المشروع التمهيدى يورد نصاً في هذا الصدد (المادة 1270) ينص على أنه: "إذا وقع من المحتكر إهمال جسيم فى القيام بما يجب عليه من تحسين الأرض، فللمحكر أن يطلب فسخ العقد" - وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أن: "الالتزام الثانى على المحتكر هو أن يتخذ الوسائل اللازمة لجعل الأرض صالحة للاستعمال، مراعيًا فى ذلك الشروط المتفق عليها والعرف وطبيعة الأرض والغرض الذى أعدت له. ولا يجوز للمحتكر أن يهمل الأرض أو أن يتركها دون استغلال، وهذا أمر جوهري فى الحكر كما تقدم" إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذه المادة اكتفاء بحكم المادة (1007)⁽²⁾. وبذلك أصبح لا يشترط للفسخ وقوع إهمال جسيم.

(1) السنهورى ص 1481 - محمود جمال الدين زكى ص 623 - عبد المنعم البدر اوى ص 294.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 592 وما بعدها.

مادة (1008)

- 1- ينتهى حق الحكر بحلول الأجل المعين له.
- 2- ومع ذلك ينتهى هذا الحق قبل حلول الأجل إذا مات المحتكر قبل أن يبني أو يغرس، إلا إذا طلب جميع الورثة بقاء الحكر.
- 3- وينتهى حق الحكر أيضا قبل حلول الأجل إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة، إلا إذا كان زوال هذه الصفة بسبب رجوع الواقف فى وقفه أو إنقاصه لمدته، ففي هذه الحالة يبقى الحكر إلى انتهاء مدته.

الشرح

81- انتهاء حق الحكر بانتهاء الأجل المعين له :

ينتهى حق الحكر بانتهاء الأجل المحدد له. فإذا كانت المدة المعينة لحق الحكر ستين سنة أو أقل، فإنه ينقضى بانقضاء المدة المعينة له. أما إذا كانت المدة أطول من ستين سنة أو أغفل تعيين المدة، فإن الحكر ينتهى حتما بانقضاء ستين سنة (م999 مدنى).

ولا يسرى هذا الحكم على الأحكار التى كانت قائمة عند العمل بالقانون المدنى الجديد، أى قبل 15 أكتوبر سنة 1949، فإنها تبقى خاضعة بالنسبة للمدة، للأحكام التى كانت سارية وقت إنشائها، سواء كانت على أرض موقوفة أو على أرض غير موقوفة. فيجوز أن تكون مدة الحكر مؤبدة فلا تنتهى بانقضاء أجل ما. ويجوز أن تكون لمدة محددة، كما يجوز ألا تكون هناك مدة معينة. وفى الحالتين لا ينتهى الحكر حتى لو انقضت المدة المحددة، مادام البناء أو الغراس قائما فى الأرض ومادام المحتكر قائما بدفع الأجرة. وهذا كله ما لم يتفق على غيره⁽¹⁾.

(راجع شرح المادة 999).

82 - انتهاء حق الحكر بموت المحتكر قبل البناء أو الغراس :

ينتهي حق الحكر ولو لم يحل أجله إذا مات المحتكر قبل أن يبنى أو يغرس، إلا إذا طلب جميع الورثة بقاء الحكر.

فإذا كان الأصل أن الحكر ينتهى بانتهاء الأجل المحدد له، وأن شخص المحتكر ليس محل اعتبار في الحكر، كما هو الشأن في حق الانتفاع، فإن القانون قد خرج على ذلك بالحكم المذكور في حالة موت المحتكر قبل أن يبنى أو يغرس. فإذا مات المحتكر قبل البناء أو الغراس انتهى الحكر، أما إذا بنى أو غرس، ثم مات ظل الحكر قائما، وانتقل إلى ورثته طبقا لما تنص عليه المادة (1001 مدنى). وقد راعى الشارع في هذا أن الورثة في حالة عدم البناء أو الغراس قد تتضرر من بقاء الحكر إما لعجزهم عن البناء أو الغراس، وإما لعدم اتفاقهم على ذلك. ولذلك ترك الخيار لهم، فإذا طلبوا جميعا بقاء الحكر، فإنهم يحلون محل مورثهم في الالتزام بالبناء أو الغراس، وإذا لم يجمعوا على هذا الطلب انتهى حق الحكر بموت المحتكر وقبل انقضاء أجل الحكر.

83 - انتهاء حق الحكر بزوال صفة الوقف عن الأرض المحكرة :

تنص الفقرة الثالثة من المادة على أن: "وينتهى حق الحكر أيضا قبل حلول الأجل إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة، إلا إذا كان زوال هذه الصفة بسبب رجوع الواقف في وقفه أو إنقاصه لمدته، ففي هذه الحالة يبقى الحكر إلى انتهاء مدته".

فالحكر ينتهى قبل انتهاء الأجل المحدد له، إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة، سواء كان الحكر قد نشأ قبل العمل بالقانون المدني الجديد أم بعد العمل به. وقد نص الشارع على انقضاء حق الحكر في هذه الحالة تمشيا مع سياسته في الحد من نطاق الحكر بصفة عامة.

ومع هذا فقد استثنى المشرع حالة ما إذا كان زوال صفة الوقف بسبب رجوع الواقف في وقفه، أو إنقاصه لمدته، إذ في هذه الحالة يبقى الحكر.

إذ يعدد الواقف ناقضا لما تم من جهته فيتعين أن يرد عليه سعيه⁽¹⁾، ففي هاتين الحالتين يظل الحكر قائما، رغم زوال صفة الوقف، إلى أن تنتقضى مدته أو ينتقضى لسبب آخر⁽²⁾.

ولما صدر المرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات، نص في مادته الثانية على أن: "يعتبر منتهيا كل وقف لا يكون مصرفه في الحال خالسا لجهة من جهات البر" فزالت بذلك صفة الوقف عن جميع الأراضي الموقوفة وفقا أهليا، واستتبع ذلك انتهاء الأحكار التي كانت قائمة على هذه الأراضي بزوال صفة الوقف عنها.

وقد أكدت المادة السابعة من المرسوم بقانون المذكور هذا الحكم بنصها على أن: "يعتبر منتهيا بسبب زوال صفة الوقف كل حكر كان مرتبا على أرض انتهى وقفها وفقا لأحكام هذا القانون. وفي هذه الحالة تتبع الأحكام المقررة في المادة 1008 وما بعدها من القانون المدني" - وقد قصد بوجه خاص من المواد المشار إليها، المادة (1010) التي تنظم تسوية حساب البناء أو الغراس الذي يكون قائما بالأرض عند انتهاء الحكر. وهو ما عرضنا له في موضعه من الكتاب.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"مقتضى أحكام المادتين الثانية والسابعة من المرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 - بإنهاء الوقف على غير الخيرات - الذي صدر وعمل به في 1952/9/14 والمادة 3/1008 من القانون المدني وعلى ما جرى به قضاء هذه

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 296 - توفيق فرج ص 382 وما بعده.

(2) والفقرة الثالثة من المادة لم تكن واردة بالمشروع التمهيدى، وقد أضافتها لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ وجاء بتقريرها ما يأتى: "أضافت اللجنة فقرة ثالثة إلى هذه المادة نصها "....." وقد راعت اللجنة فى هذه الإضافة أن تجعل زوال صفة الوقف مفضيا إلى زوال حق الحكر، ولكنها استثنت حالة زوال هذه الصفة بسبب رجوع الواقف فى وقفه أو إنقاصه لمدته وهو بهذا يكون ناقضا لما تم من جهته فيتعين أن يرد عليه سعيه"(مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 595 وما بعدها).

المحكمة - هو انتهاء الأحكار القائمة على الأراضى التى كانت موقوفة وقفا أهليا بزوال صفة هذا الوقف ويتعين على المحتكر تبعا لانتهاء الحكر فى 14/9/1952 أن يرد الأرض المحكرة التى تحت يده إلى المحكر ليستغلها على الوجه الذى يراه، فإن هو بقى فى العين بغير سند فإنه يلزم بريعتها للمحكر تعويضا عما حرمه من ثمار، وليس له أن يتحدى فى هذا الخصوص بالأجرة التى حددتها قوانين الإيجار لأن هذه القوانين لا تحكم سوى العلاقة الإيجارية التى تقوم بين طرفى العقد، وهما المحكر والمستأجر منه دون العلاقة بين المحكر والمحتكر".

(طعن رقم 389 لسنة 33 ق جلسة 14/3/1967)



مادة (1009)

يجوز للمحكر إذا لم تدفع له الأجرة، ثلاث سنين متوالية أن يطلب فسخ العقد.

الشرح

84 - فسخ العقد لعدم دفع الأجرة ثلاث سنين متوالية:

الأصل المقرر في القواعد العامة أن عدم دفع المستأجر الأجرة في الميعاد المتفق عليه يجيز للمؤجر طلب الفسخ. ويخضع القضاء بالفسخ لتقدير القاضى. غير أن المادة استثنت حق المحكر من حكم القواعد العامة ولم تجز للمحكر طلب فسخ العقد بسبب عدم دفع الأجرة، إلا إذا استطال عدم الدفع إلى ثلاث سنوات متوالية، فلا يجوز له طلب الفسخ إذا لم يدفع المحكر الأجرة لمدة ثلاث سنوات غير متوالية، كأن يمتنع عن الدفع سنة واحدة، ثم يدفع الأجرة في السنة التالية، ثم يمتنع عن الدفع سنتين أخريين. وقد حدا الشارع إلى هذا الاستثناء - أن المحكر يختلف عن الإجارة العادية في أنه حق عينى يكلف المحكر نفقات كثيرة ومن ثم لا يصح أن يهدد بالفسخ إلا بعد هذه الفترة الملائمة من الزمن⁽¹⁾.



(1) رد معالى السنهاورى باشا حال مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ على اعتراض سعادة العشماوى باشا على تعليق طلب الفسخ على عدم دفع الأجرة ثلاث سنين قائلًا إن هذه المدة طويلة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 598).

مادة (1010)

- 1- عند فسخ العقد أو انتهائه يكون للمحكر أن يطلب، إما إزالة البناء والغراس أو استبقاءهما مقابل دفع أقل قيمتيهما مستحقى الإزالة أو البقاء، وهذا كله ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره.
- 2- وللمحكمة أن تمهل المحكر فى الدفع إذا كانت هناك ظروف استثنائية تبرر الإمهال، وفى هذه الحالة يقدم المحكر كفالة لضمان الوفاء بما يستحق فى ذمته.

الشرح

85 - وضع البناء والغراس عند فسخ العقد أو انتهائه :

إذا فسخ عقد الحكر أو انتهى الحكر بانقضاء الأجل المحدد له أو بزوال صفة الوقف عن الأرض المحكرة أو لأى سبب آخر يكون للمحكر الحق فى أن يطلب أحد أمرين: إما إزالة البناء والغراس، وإما استبقاء البناء أو الغراس. وفى الحالة الأولى إذا اختار إزالة البناء أو الغراس تعود إليه الأرض خالية. وفى الحالة الثانية إذا اختار استبقاء البناء أو الغراس فإنه يلتزم بأن يدفع إلى المحكر أقل القيمتين: قيمة البناء أو الغراس مستحقة الإزالة أو قيمتها فى حالة البقاء. وتكون قيمة البناء أو الغراس مستحقى الإزالة أقل - فى العادة - من قيمتيهما مستحقى البقاء فيختارها المحكر. ومع ذلك قد تكون قيمتيهما مستحقى البقاء أقل من قيمتيهما مستحقى الإزالة وذلك إذا كانت متخلفات البناء أو الأشجار بعد الهدم أو القلع لها قيمة وهى مفصولة عن الأرض أعلى من قيمتها وهى باقية فيها⁽¹⁾.

(1) السنهورى ص 1487 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص 625 وكانت المادة (1271) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (1010) مدنى تنص على أنه: =

وهذا الحكم لا يطبق إذا وجد اتفاق على خلافه فقد يتفق الطرفان على أن يترك المحتكر البناء أو الغراس دون تعويض، أو يتفقان على تعويض أكبر أو أقل مما يقرره القانون.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لما كانت الفقرة الأولى فى المادة 1010 من القانون المدنى التى تواجه تسوية حساب البناء أو الغراس عند انتهاء الحكر تجعل للمحكر الخيار بين أن يطلب إما إزالة البناء أو الغراس أو استبقاءهما مقابل دفع أقل قيمتهما مستحقى الإزالة أو البقاء، وكان الثابت فى الأوراق أن المطعون ضدها الأولى قد طلبت - استعمالا لحقها فى الخيار - إزالة البناء وقضى لها بهذا الطلب فإن الحكم إذ لم يستجب لطلب ندب خبير لتقدير قيمة البناء تأسيسا على أن

= 1- عند فسخ العقد أو انتهائه، يجوز للمحكر أن يطلب إزالة البناء والغراس، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك.

2- فإذا كان من شأن الإزالة أن تلحق ضررا جسيما بالأرض، فله أن يستبقى البناء والغراس فى مقابل دفع قيمتهما مستحقى الإزالة، وللمحكمة أن تمهله فى الدفع إذا كانت هناك ظروف استثنائية تبرر ذلك".

إلا أن المادة عدلت بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ. وجاء بتقريرها: "عدلت اللجنة الفقرة الأولى من هذه المادة وجعلت للمحكر عند فسخ العقد أو انتهائه أن يطلب إما إزالة البناء والغراس أو استبقاءهما مقابل دفع أقل قيمتهما مستحقى الإزالة أو البقاء، وقد رأت اللجنة أن تقر هذا الخيار لتيسر الانتفاع بما أقامه المحتكر فى الأرض وخالفت المشروع فى قصر حق المحكر فى استبقاء البناء أو الغراس على الحالة التى يكون فيها من شأن الإزالة أن تلحق ضررا جسيما بالأرض، وعلى هذا الأساس رأت اللجنة أن تعدل الفقرة الثانية من المادة نفسها وأن تقصر حكمها على تخويل المحكمة حق إهمال المحكر فى الدفع إذا كانت هناك ظروف تبرر الإهمال وأوجبت فى هذه الحالة أن يقدم المحكر كفالة لضمان ما يجب عليه أدائه للمحكر".

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 599 الهامش وما بعدها).

المطعون ضدها الأولى قد اختارت طلب الإزالة لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 389 لسنة 33 ق جلسة 1967/3/14)

86 - جواز إمهال المحكر في الدفع:

أجازت الفقرة الثانية من المادة للمحكمة أن تمهل المحكر في دفع أقل القيمتين: قيمة البناء والغراس مستحقى الإزالة أو الإبقاء إلى المحكر، إذا كانت هناك ظروف استثنائية تبرر الإمهال، كما يكون لها من باب أولى أن تقسط أقل القيمتين. وفي هذه الحالة بشرط أن يقدم للمحكر كفالة أو رهنا لضمان الوفاء بما يستحق في ذمته.



ينتهي حق الحكر بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة، إلا إذا كان حق الحكر موقوفاً فينتهى بعدم استعماله مدة ثلاث وثلاثين سنة.

الشرح

87 - انتهاء الحكر بعدم الاستعمال :

يعتبر حق الحكر من الحقوق المتفرعة على الملكية ولما كان المشرع يعمل على جمع عناصر الملكية، ما استطاع إلى ذلك سبيلاً، فإن هذا النوع من الحقوق يسقط بعدم الاستعمال. وإعمالاً لهذه الفكرة نصت المادة على انتهاء حق الحكر بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة، وهذا بغض النظر عما إذا كان حق الحكر وارداً على أرض موقوفة أو غير موقوفة، لأن الحق نفسه هو الذى ينتهى بعدم الاستعمال.

فإذا كان حق الحكر نفسه موقوفاً، فإنه لا ينتهى بعدم الاستعمال بمرور الزمن العادى أى بخمس عشرة سنة، ولكن بمرور ثلاث وثلاثين سنة. فالعبرة فى هذا الصدد بحق الحكر نفسه. إذ قد يكون حق الحكر غير موقوف، وهذا هو الوضع العادى. وقد يكون هذا الحق موقوفاً، بغض النظر عن الأرض التى يتقرر عليها، إذ يمكن تصور قيام حكر غير موقوف على أرض موقوفة، كما يتصور قيام حق حكر موقوف، ولو كان ذلك على أرض غير موقوفة. فالعبرة بحق الحكر نفسه⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وينتهى الحكر أخيراً بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة فإن كان موقوفاً فلا ينتهى إلا بثلاث وثلاثين سنة (م 1276 من المشروع).

أسباب أخرى لانتهاء الحكر طبقاً للقواعد العامة

(1) السنهورى ص 1495 وما بعدها - توفيق فرج ص 384 وما بعدها.

88- (أ) انتهاء الحكر باتحاد الذمة :

كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن مادة برقم (1272) تنص على أن: "ينتهى حق الحكر باتحاد الذمة، إذا تملك صاحب الرقبة المنفعة، أو إذا تملك صاحب المنفعة الرقبة"- وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه: "وينتهى الحكر أيضا باتحاد الذمة، كأن يشتري المحتكر الرقبة أو يشتري مالك الرقبة الحكر، أو أن يرث أحدهما الآخر".

إلا أن هذه المادة حذفت بلجنة المراجعة "لأنها تطبيق لأحكام اتحاد الذمة"⁽¹⁾. وعلى ذلك، فإنه تطبيقا للقواعد العامة ينتهى حق الحكر باتحاد الذمة. كأن يشتري المحتكر الرقبة أو يشتري مالك الرقبة الحكر، أو أن يرث أحدهما الآخر، أو أن يشفع أحدهما فيما يبيعه الآخر. وقد نصت المادة 936/ج على أن حق الشفعة يثبت لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة⁽²⁾.

89- (ب) انتهاء الحكر بهلاك الأرض المحكرة أو نزع ملكيتها :

كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا برقم (1275) يقضى بأن: "1- ينتهى حق الحكر بهلاك الأرض المحكرة. 2- وإذا نزعت ملكية الأرض المحكرة للمنفعة العامة، يوزع التعويض بين حق الرقبة وحق الحكر بنسبة كل منهما محسوبة على الأساس المبين بالمادة السابقة، وعلى هذا الأساس يوزع التعويض عن أى ضرر يلحق الرقبة والحكر على السواء".

وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وينتهى الحكر أيضا بهلاك الأرض المحكرة، والصورة العملية لذلك أن تنزع

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 599 الهامش وما بعدها.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 297 - محمد على عمران ص 407.

ملكية الأرض للمنفعة العامة، فتقدر قيمتها وقفا للأسس التي تقدم بيانها، وتوزع هذه القيمة على الرقبة والحكر، للرقبة الثلث وللحكر الثلثان". إلا أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ رأت حذف المادة "لأن في القواعد العامة ما يغنى عن الأحكام الواردة بها"⁽¹⁾.

وتقضى القواعد العامة بانتهاء الحكر بهلاك العين المحتكرة، سواء كان هذا الهلاك ماديا كأن يكون النهر قد طغى عليها أو كان هلاك معنويا بأن تنتزع ملكيتها للمنفعة العامة فتدخل الأرض في الملكية العامة. وهنا يعرض صاحب الأرض عن أرضه كما يعرض صاحب البناء أو الغراس.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إنه لما كانت الشريعة تقضى بأنه إذا خرب البناء المحتكر، أو جف شجره، ولم يبق لهما أثر في أرض الوقف، ومضت مدة الاحتكار، فإن الأرض تعود إلى جهة الوقف، ولا يكون للمحتكر ولا لورثته حق البقاء وإعادة البناء، وبأنه إذا لم يمكن الانتفاع بالعين المؤجرة فإن العقد يفسخ وتسقط عن المحتكر أجرة المدة الباقية - لما كان ذلك كان نزع ملكية الأرض المحكورة هي وما عليها من بناء للمنفعة العامة يترتب عليه حتما أن يفسخ عقد الاحتكار ويسقط ما كان للمحتكر من حق البقاء والقرار، ولا يكون له إلا ثمن بنائه. أما الوقف فيكون له كل ثمن الأرض".

(طعن رقم 63 لسنة 9 ق جلسة 1940/1/11)

2- "إذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن الاحتكار من وضع فقهاء الشريعة الإسلامية وهو عندهم عقد إيجار يعطى للمحتكر حق البقاء والقرار على الأرض المحكورة مادام يدفع أجر المثل ونصوا على أنه لو خرب بناء المحتكر أو جف شجره ولم يبق لهما أثر في أرض الوقف ومضت مدة الاحتكار عادت الأرض إلى جهة الوقف ولم يكن للمحتكر ولا لورثته حق البقاء وإعادة البناء ونصوا

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 606 الهامش وما بعدها.

أيضا على أنه إذا لم يمكن الانتفاع بالعين المؤجرة يفسخ العقد وتسقط الأجرة عن المحتكر عن المدة الباقية. وأنه تطبيقا لهذه النصوص يبين أن العقار المحكر وقد نزع ملكيته واستولت عليه الحكومة قد أصبح لا يمكن الانتفاع به وبذلك انفسخ عقد الحكر وبانفساخه تعود الأرض للوقف خالية من حق البقاء والقرار ويكون للوقف وحده حق الحصول على ثمن الأرض... وأن هذه القواعد لا تختلف في روحها عما نصت عليه المادة 270 من القانون المدني - القديم - إذ ورد بها أنه إذا هلك العين المؤجرة هلاكا كلياً يفسخ عقد الإيجار حتماً ولاشك أن نزع الملكية نوع من الهلاك التام ومادام أن عقد الاحتكار لا يخرج عن كونه نظير عقد إيجار فإن نزع ملكية الأرض المحكرة وما عليها من بناء يترتب عليه حتماً فسخ عقد الاحتكار ويسقط بذلك ما كان للمحتكر من حق البقاء والقرار ولا يكون له في هذه الحالة إلا ثمن بنائه وأما الوقف فله كل ثمن الأرض، فإن هذا الذي أقيم عليه الحكم لا مخالفة فيه للقانون على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ولا محل لقياس حالة نزع الملكية للمنفعة العامة على حالة الاستبدال لأنه يراعى عند تقدير ثمن الأرض في الحالة الأخيرة أن الأرض مثقلة بما للمحتكر من حق البقاء والقرار عليها وهو عيب ينقص من قيمتها أما في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة فإن حق البقاء يزول بفسخ عقد الإيجار".

(طعن رقم 143 لسنة 24 ق جلسة 1958/12/25)

3- "نزع ملكية الأرض المحكرة هي وما عليها من بناء للمنفعة العامة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يترتب عليه حتماً أن يفسخ عقد الحكر ويسقط ما كان للمحتكر من حق البقاء والقرار، ولا يكون له إلا ثمن بنائه، أما الوقف فيكون له كل ثمن الأرض".

(طعن رقم 384 لسنة 43 ق جلسة 1977/1/18)

مادة (1012)

- 1- من وقت العمل بهذا القانون لا يجوز ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفة، وذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة 1008 الفقرة الثالثة.
- 2- والأحكام القائمة على أرض غير موقوفة وقت العمل بهذا القانون تسرى في شأنها الأحكام المبينة في المواد السابقة.

الشرح

90 - عدم جواز ترتيب حق الحكر على أرض غير موقوفة :

لا يجوز منذ العمل بأحكام التقنين المدني الجديد في 15/10/1948 ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفة. ومن ثم أصبح إنشاء حق الحكر ابتداء من التاريخ المذكور قاصرا على الأراضي الموقوفة ثم أصبح منذ العمل بالمرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 قاصرا على الأراضي الموقوفة وفقا خيريا، لأنه نرتب على إلغاء الوقف الأهلي بمقتضى المرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 زوال صفة الوقف الأهلي.

وقد ترتب على تخويل وزير الأوقاف سلطة إنهاء الوقف الخيري على نحو ما سلف بيانه، ثم صدور القانون رقم 43 لسنة 1982 في شأن إنهاء الأحكار على الأعيان الموقوفة على عقارات الوقف الخيري، عدم ترتيب أحكار على هذا الوقف - من الناحية العملية - ذلك أنه ليس من المنطقي أن تنهى الأحكار القائمة فعلا على الوقف الخيري بموجب قانون، ثم يسعى الوقف الخيري بعد أن ذلك إلى ترتيب أحكار جديدة.

91 - عدم الإخلال بحكم الفقرة الثالثة من المادة (1008) مدني :

بعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة على أنه من وقت العمل بهذا القانون (التقنين المدني الجديد) لا يجوز ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفة أردفت "وذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة 1008 الفقرة الثالثة".

وقد رأينا أن الفقرة المذكورة تنص على أن: "وينتهى حق الحكر أيضا قبل حلول الأجل إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة، إلا إذا كان زوال هذه الصفة بسبب رجوع الواقف في وقفه أو إنقاصه لمدته، ففي هذه الحالة يبقى الحكر إلى انتهاء مدته".

92 - سريان الأحكام الواردة بالتقنين المدني على الأحكام القائمة على أرض غير موقوفة وقت العمل بالقانون :

تسرى الأحكام الواردة في التقنين المدني بشأن الحكر على الأحكام القائمة على أرض غير موقوفة وقت العمل بالتقنين بتاريخ 15/10/1948. أي الأحكام التي تدرجت قبل التاريخ المذكور، ومن ثم لا تخضع هذه الأحكام التي كانت سارية في ظل التقنين المدني القديم. وهذا على نقيض ما تقضى به المبادئ العامة في تنازع القوانين في الزمان إلا ما كان من تلك القواعد متعلقا بالنظام العام⁽¹⁾.

ولا يستثنى من ذلك سوى مدة الحكر، فلا يسرى على تلك الأحكام ما نصت عليه المادة (999) من أنه لا يجوز أن تزيد مدة الحكر على ستين سنة. وقد سبق أن عرضنا لذلك تفصيلا في شرح المادة الأخيرة.



بعض أنواع الحكر:

مادة (1013)

- 1- عقد الإيجارتين هو أن يحكر الوقف أرضا عليها بناء فى حاجة إلى الإصلاح مقابل مبلغ منجى من المال مساو لقيمة هذا البناء وأجرة سنوية للأرض مساوية لأجر المثل.
- 2- وتسرى عليه أحكام الحكر إلا فيما نصت عليه الفقرة السابقة.

الشرح

93 - عقد الإيجارتين:

عرفت الفقرة الأولى من المادة عقد الإيجارتين بأن يحكر الوقف أرضا عليها بناء فى حاجة إلى الإصلاح مقابل مبلغ منجى من المال مساو لقيمة هذا البناء وأجرة سنوية للأرض مساوية لأجر المثل.

فناصر عقد الإيجارتين كالاتى:

- 1- أنه يرد على أرض موقوفة.
 - 2- أن يكون بالأرض بناء فى حاجة إلى إصلاح.
 - 3- أن يشتري صاحب الإيجارتين البناء بمبلغ منجى من المال مساو لقيمتة. وبذلك يصبح مالكا للبناء عن طريق الشراء بثمن المثل، الذى يعتبر استبدالاً للبناء الموقوف أذن به القاضى ضمنا بإذنه بعقد الإيجارتين.
 - 4- أن يؤدى صاحب الإيجارتين أجرة سنوية للأرض هى أجرة المثل، مقابل لحق الحكر الذى ترتب على هذه الأرض.
- فالمحتكر يعتبر مالكا للبناء عن طريق الشراء بثمن المثل وصاحب حق حكر فى الأرض الموقوفة يدفع فى مقابل أجرة المثل⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"خاصية عقد الإيجارتين أن الأرض المحتكرة لا بد أن تكون أرضاً موقوفة وعليها بناء فى حاجة إلى الإصلاح، فيشتري صاحب الإيجارتين البناء بمبلغ منجز مساو لقيمته، ثم يدفع أجرة سنوية مساوية لأجر المثل، ويتبع فى تصقيع الإيجارتين ما سبق بيانه فى الحكر، كما تتبع سائر الأحكام التى تقدم ذكرها، كإنشاء الحق بحجة شرعية، ويترتب على الإيجارتين ما يترتب على الحكر من الآثار"⁽¹⁾.

94 - الفرق بين عقد الإيجارتين وعقد الحكر :

عقد الإيجارتين هو عقد حكر من نوع خاص. وعقد الإيجارتين يشبه الحكر فى أنه يخول حقا عينيا يجوز بمقتضاه للمستأجر أن يتصرف فى حقه بمقابل أو بغير مقابل وينتقل هذا الحق إلى ورثته، وفى أن الأجرة تزيد وتتنقص على حسب الزمان والمكان ويختلفان فيما يأتى:

1- محل عقد الإيجارتين عقار مبنى دائما فى حاجة إلى إصلاح فليس له أن يهدمه، أما الحكر فمحله كما رأينا قد يكون عقارا مبنيا متهدما أو أرض فضاء، سواء كانت زراعية أو أرض بناء، ويكون للمحتكر أن يهدم البناء القائم على الأرض ثم يعيده.

2- يدفع المستأجر فى عقد الإيجارتين مبلغا منجزا من المال مساو لقيمة البناء وكذلك يدفع أجرة سنوية للأرض مساوية لأجر المثل. أما فى الحكر فيدفع المحتكر أجرة المثل فقط⁽²⁾.

95 - الأحكام التى تسرى على عقد الإيجارتين :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن: "وتسرى عليه (عقد الإيجارتين) أحكام الحكر إلا فيما نصت عليه الفقرة السابقة".

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 617.

(2) السنهاورى ص 1497 - محمد كامل مرسى ص 372.

ومن ثم فإن عدا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة وتناولناه بالشرح فيما تقدم، يسرى على عقد الإيجارين أحكام الحكر، ومنها إنشاء العقد وشروط إنشائه الموضوعية والشكلية وتصقيعه، وأسباب انتهائه.

ويترتب على عقد الإيجارين ما يترتب على حق الحكر من آثار.



مادة (1014)

- 1- خلو الانتفاع عقد يؤجر به الوقف عينا ولو بغير إذن القاضى مقابل أجرة ثابتة لزمن غير معين.
- 2- ويلتزم المستأجر بمقتضى هذا العقد أن يجعل العين صالحة للاستغلال، ويحق للوقف أن يفسخ العقد فى أى وقت بعد التنبيه فى الميعاد القانونى طبقا للقواعد الخاصة بعقد الإجارة على شرط أن يعرض الوقف المستأجر عن النفقات طبقا لأحكام المادة 179.
- 3- وتسرى عليه الأحكام الخاصة بإيجار العقارات الموقوفة دون إخلال بما نصت عليه الفقرتان السابقتان.

الشرح

96 - المقصود بعقد خلو الانتفاع:

عرفت المادة عقد خلو الانتفاع بقولها إنه عقد يؤجر به الوقف عينا ولو بغير إذن القاضى مقابل أجرة ثابتة لزمن غير معين.

فعقد خلو الانتفاع هو عقد إيجار للوقف من نوع خاص، وليس بعقد حكر أصلا. ولذلك لا يترتب للمستأجر أى حق عيني، وإنما يكون له حق شخصى كأى مستأجر.

وهو لا يقع إلا على عين موقوفة سواء كانت أرضا مبنية أو أرضا فضاء للبيع أو أرضا زراعية.

والعين المؤجرة تحتاج إلى إصلاح فيلتزم المستأجر بإصلاحها. ويؤدى المستأجر أجرة ثابتة لا تتغير، ومدة العقد غير محددة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

يتميز خلو الانتفاع عن الحكر بما يأتى:

"(1) لا يكون خلو الانتفاع إلا فى أرض موقوفة، وهو حق شخصى لا عينى فلا حاجة فيه لإذن القاضى.

(2) ليس لخلو الانتفاع أجل محدد، فللوقف أن يفسخ العقد فى أى وقت بعد التنبيه فى المواعيد القانونية (وهى المواعيد التى سبق بيانها فى عقد الإيجار م761 من المشروع).

(3) ولو أن صاحب خلو الانتفاع يلتزم باستصلاح الأرض الموقوفة كالمحتكر إلا أنه يسترد عند انتهاء حقه ما أنفقه فى الاستصلاح وفقا لقواعد الإيجار".

97 - أحكام عقد خلو الانتفاع :

1- عقد خلو الانتفاع لأنه عقد إيجار فلا يحتاج إلى إذن القاضى. كما أنه لا يحتاج إلى الشهر.

2- يلتزم المستأجر بموجب العقد أن يجعل العين صالحه للاستغلال، ذلك أن محل العقد عين فى حاجة إلى الإصلاح.

3- الأجرة فى العقد ليست هى أجرة المثل كالشأن فى الحكر، بل هى أجرة ثابتة لا تتغير.

4- ليس للعقد أجل محدد. وللطرفين إنهاء العقد فى أى وقت بعد مراعاة التنبيه فى المواعيد القانونية طبقا لأحكام الخاصة بعقد الإيجار، وبذلك يحتفظ الوقف بحق استرداد العين فى أى وقت.

5- إذا فسخ الوقف العقد التزم بتعويض المستأجر عن النفقات التى بذلها فى إصلاح العين طبقا للمادة 179 مدنى⁽¹⁾، الخاصة بالإثراء بلا سبب، فيلتزم الوقف

(1) استبدلت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى الفقرة الثانية من المادة بعبارة "على شرط أن يرد النفقات" التى وردت بأصل المشروع المقدم للبرلمان، عبارة "على شرط أن يعوض الوقف المستأجر عن النفقات طبقا لأحكام المادة 179. وقد جاء بتقرير اللجنة عن ذلك: "استعاضت اللجنة فى الفقرة الثانية بعبارة "على شرط أن يعوض الوقف المستأجر عن النفقات طبقا لأحكام المادة 179" عن عبارة "على شرط أن يرد النفقات" =

بأن يرد إلى المستأجر أقل القيمتين: قيمة ما عاد عليه من منفعة بسبب الإصلاح وقيمة ما أنفقه المستأجر.

6- فيما عدا ما تقدم، تسرى على عقد خلو الانتفاع أحكام إيجار الوقف الواردة في التقنين المدني.



= حتى يكون أساس التقدير واضحاً منضبط الحدود، وقد روعي في التعديل أن يواجه النص حالة النفقات التي ينفقها المستأجر ويكون قد استفاد منها إلى حد ما فإطلاق النص على قيام جهة الوقف بدفع النفقات قد يؤدي إلى تحميل الوقف وفاء كل النفقات المطالب بردها ورؤى أن تستند القاعدة في رد النفقات إلى أحكام الإثراء المقررة في المادة 179- مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 620.

الفصل الثالث

حق الارتفاق

مادة (1015)

الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر. ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذى خصص له هذا المال.

الشرح

98 - تعريف حق الارتفاق:

عرفت المادة حق الارتفاق بأنه حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر. أى هو خدمة مقررة لعقار على عقار آخر مملوك للغير. ويسمى العقار المقرر لفائدته هذا الحق العقار المرتفق أو المخدم ويسمى العقار المقرر عليه التكليف العقار المرتفق به أو الخادم. ومضمون الارتفاق أن يكون لمالك العقار المرتفق أن يستعمل العقار المرتفق به على نحو معين، أو أن يمنع صاحب العقار المرتفق به من استعمال بعض سلطاته.

والارتفاقات تختلف فيما بينها من حيث موضوعها، وتكون غالبا مما نص عليه فى القيود القانونية التى ترد على حق الملكية كحق شرب أو مجرى أو مطل أو مرور أو غير ذلك، ومن أجل ذلك سميت هذه القيود بحقوق الارتفاق القانونية.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"حق الارتفاق هو خدمة مقررة لعقار على عقار آخر، وتكون هذه الخدمة غالبا شيئا مما نص عليه فى القيود القانونية التى ترد على حق الملكية كشرب أو مجرى أو مسيل أو مطل أو مرور أو غير ذلك، ومن أجل ذلك سميت هذه القيود

بحقوق الارتفاق القانونية.

والخدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق، أما صاحب العقار المرتفق به فلا يلتزم شخصياً بشئ، إلا أن يكون عملاً إضافياً يقتضيه استعمال حق الارتفاق على الوجه المألوف كإصلاح حق المرور... الخ⁽¹⁾.
فمن شأن الارتفاق إذن الحد من منفعة العقار الخادم. ولذلك يترتب عليه إنقاص من قيمته، ومن شأنه من ناحية أخرى جلب فائدة للعقار المخدم، ولذلك فهو يزيد من قيمته⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1 - "حق الارتفاق طبقاً للمادة 1015 من القانون المدني هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الأول ويجعله مثقلاً بتكليف لفائدة الثانى، وهو وإن لم يحرم مالك العقار الخادم من ملكيته إلا أنه ينتقص من نطاقها فيحرمه من القيام بأعمال فى عقاره كان له الحق فى أن يقوم بها لولا وجود حق الارتفاق، كما أنه يوجب عليه ألا يمس فى استعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق فلا يعوق استعماله أو ينقصه أو يجعله أكثر مشقة".

(طعن رقم 724 لسنة 42 ق جلسة 1977/5/10)

2- "مفاد النص فى المادة 1015 من القانون المدني أن الارتفاق كحق عينى هو تكليف يثقل به عقار خادم لفائدة عقار آخر مخدم، والشفعة لا تقوم على الجوار من حد واحد فى غير العقارات المبنية والأراضى المعدة للبناء إلا "إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة" طبقاً لنص البند الثانى من الفقرة هـ من المادة 936 من القانون المدني مما يتعين معه أن يقع حق الارتفاق على عاتق الأرض المشفوع بها أو الأرض المشفوع فيها ويخدم الأخرى. ولا يكفى فى هذا الخصوص أن تشترك

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 624.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 302.

الأرضان في الاستفادة من حق ارتفاق واحد طالما لا يثقل إحداهما".

(طعن رقم 1723 لسنة 50 ق جلسة 1981/6/3)

3- "حق الارتفاق طبقا لنص المادة 1015 من القانون المدني - وعلى ما

جرى به قضاء هذه المحكمة - هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الأول ويجعله متقلا بتكليف لفائدة الثاني وهو إن لم يحرم مالك العقار الخادم من ملكيته إلا أنه ينقص من نطاقها ويوجب عليه ألا يمس في استعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق".

(طعن رقم 463 لسنة 49 ق جلسة 1982/6/9)

كما قضت بأن:

1- "الحكم بثبوت حق الارتفاق يجب أن يبين فيه جميع العناصر الواقعية

اللازمة لثبوته من وضع اليد ومظهره ومبدئه. وذلك لكي تتمكن محكمة النقض من مراقبة صحة تطبيق القانون، فإذا اقتصر الحكم الصادر بثبوت حق الارتفاق بالرى من ترعة على القول بأنه تبين من تقرير الخبير أن "الأرض الوقف سواقي ومراوى تأخذ المياه من هذه التريعة، وأن حالتها تدل على أنها عملت من زمن قديم جدا، فحق الرى إذن من هذه التريعة قد ثبت قانونا لأرض الوقف منذ كانت هذه التريعة مروى قبل أن توسعها الحكومة" فهذا الحكم يكون مشوبا بالقصور متعينا نقضه".

(طعن رقم 22 لسنة 10 ق جلسة 1941/1/23)

2- "لما كان الثابت أن المطعون عليهما أقاما الدعوى بطلب تقرير حق ارتفاق

بالمرور لعقاريهما على أرض الطاعة بتخصيص المالك الأصلي تطبيقا لنص المادة 1017 من القانون المدني، وطلبا احتياطيا الحكم بإنشاء ممر قانونى فى أرض الطاعة للوصول من أرضهما للطريق العام عملا بما تقضى به المادة 812 من القانون المذكور من أن مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام أو التى لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف يكون له حق المرور فى الأراضى المجاورة بالقدر

اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف وذلك في نظير تعويض عادل، وإذ قضت محكمة أول درجة برفض الطلب الأصلي مع الاحتفاظ للمطعون عليهما برفع دعوى مبتدأة بالطلب الاحتياطي. فقد استأنفا الحكم الابتدائي طالبين إلغائه والحكم لهما بالطلب الأصلي أو بالطلب الاحتياطي، ولما كان موضوع الطلبين سالفى الذكر لم يتغير وهو حق المرور، وإن تغير مصدر الحق فيهما وهو الاتفاق في حالة ترتيب حق المرور بتخصيص المالك الأصلي، والقانون في حالة الطلب الخاص بإنشاء الممر القانوني، ولا تعد المطالبة بأيهما في دعوى واحدة جمعا بين دعويين مختلفتين في الموضوع، وكانت المادة 3/411 من قانون المرافعات السابق الذى رفع الاستئناف فى ظله قد أجازت للخصوم فى الاستئناف مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله تغيير سببه والإضافة إليه، لما كان ذلك فإن تخطى محكمة أول درجة عن الفصل فى الطلب الاحتياطي لا يؤثر على قبوله أمام محكمة الاستئناف، وإذ قضى الحكم المطعون فيه فى هذا الطلب بإيجاد ممر قانونى فى أرض الطاعنة ليصل أرض المطعون عليهما بالطريق العام، فإنه لا يكون قد خالف القانون ويكون النعى عليه بأنه فصل فى الدعوى بإنشاء الممر دون أن يصدر فيها قضاء من محكمة أول درجة مخالفا بذلك نظام التقاضى على درجتين فى غير محله".

(طعن رقم 401 لسنة 39 قى جلسة 1974/12/31)

99 - الفرق بين حق الارتفاق والقيود القانونية على حق الملكية :

حق الارتفاق وإن كان يتضمن قيودا يرد على ملكية العقار المرتفق به، إلا أنه قيد استثنائي. يرد على العقار المرتفق به فيحد من المنفعة التى كان للمالك أن يحصل عليها من عقاره طبقا للقواعد العامة. وهذا القيد لا يتقرر بنص فى القانون، إنما يتقرر بفعل الأفراد، إما بالعمل القانوني وإما بالتقادم، فيعتبر العقار المرتفق به محملا بعبء استثنائي لا تحتمله العقارات الأخرى. أما القيود القانونية

فمصدرها القانون - لا إرادة الأفراد - وترد على كافة الملكيات التى تتوافر فيها شروطها، وبذلك يكون القيد القانونى قيذا عاديا، يشترك فى تكوين النطاق القانونى للملكية العقارية. فالقيود القانونية هى التى تحدد النطاق القانونى لحق الملكية⁽¹⁾.

ويترتب على ما تقدم أن الارتفاقات بالمعنى الدقيق طالما أنها تنتقرر بفعل الأفراد فإنها لا تقع تحت حصر، إذ لا يحد من إنشائها إلا اعتبارات النظام العام. وهذه التفرقة بين حقوق الارتفاق بالمعنى الدقيق وبين القيود القانونية كفيلة بتفسير ما بين أحكام كل من الطائفتين من اختلاف:

1- من ذلك أن المادة 444 من التقنين المدنى تجيز لمشتري العقار الرجوع على البائع بدعوى ضمان الاستحقاق إذا كانت العين المباعة مثقلة بتكليف. ولاشك فى أن هذه المادة واجبة التطبيق فى حالة ما إذا وجد ارتفاق بالمعنى الدقيق على العقار المباع، ولكنها لا تنطبق إذا كانت ملكية البائع مقيدة بأحد القيود القانونية كحق الشرب طبقا للمادة 808 أو المرور القانونى طبقا للمادة 812، وذلك حتى فى حالة ما إذا كان المشتري قد اشترط فى العقد أن يكون العقار خاليا من كل ارتفاق. إذ أن تلك القيود إنما تكون الوضع العادى للملكية العقارية.

2- لما كان الارتفاق قيذا استثنائيا فإن عدم استعماله مدة 15 سنة يقتضى إرجاع الحالة إلى الوضع العادى. ولذلك تنص المادة 1027 على انتهاء حقوق الارتفاق بعدم استعمالها مدة خمس عشرة سنة.

وهذا النص لا ينطبق على القيود القانونية وإنما يجب لسقوط القيود القانونية، إما أن يتغير الوضع المادى الذى اشترطه القانون لتقريرها، كما إذا زالت حالة الانحباس عن الطريق العام التى هى شرط لحق المرور القانونى طبقا للمادة 812، وإما أن يكتسب بالتقادم ارتفاق مخالف للقيد القانونى⁽²⁾.

100- شروط حق الارتفاق:

(1) اسماعيل غانم ص 22 وما بعدها.

(1) اسماعيل غانم ص 24.

يجب أن يتوافر فى حق الارتفاق الشروط الأربعة الآتية:

الشرط الأول:

أن يوجد عقاران:

يفترض الارتفاق وجود عقارين يتقرر على أحدهما وهو العقار الخادم أو المرتفق به خدمة للعقار للآخر وهو العقار المخدم أو المرتفق. ويجب أن يكون العقاران الخادم والمخدم من العقارات بطبيعتها من أرض وبناء فقط كما سنرى.

ولا يهم أن يكون العقاران فى المدن أو القرى.

ولا يشترط أن يكون العقاران متلاصقين، وإن كان هذا هو الغالب، فالجوار أو التلاصق ليسا شرطين لازمين لوجود الارتفاق. ولذلك فإنه من الجائز أن يتقرر حق الارتفاق على عقار لمصلحة عقار بعيد عنه كارتفاق المجرى وحق الشرب، وحق اغتراف المياه⁽¹⁾.

الشرط الثانى:

أن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين:

الارتفاق هو حق عينى مقرر على مال الغير، ولذلك يجب أن يكون العقار المرتفق مملوكا لغير صاحب العقار المرتفق به. فالإنسان لا يكون له ارتفاق على شئ يملكه.

فإذا استعمل المالك أحد عقاراته لخدمة عقار آخر يملكه فهو لا ينشئ بهذا حق ارتفاق لأحدهما على الآخر، وإنما هو يفعل ذلك بمقتضى ما له من حق ملكيته على العقار يخوله استعماله على النحو الذى يراه. غير أنه يصح أن يكون هناك عقاران مملوكان لشخص واحد، وقد خصص المالك أحد العقارين لتقديم فائدة للعقار الآخر. ولكن تقاضى هذه الفائدة لا يكون استعمالا لحق ارتفاق، وإنما هو

(2) عبد المنعم البدر اوى ص 302 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 386.

استعمال لحق الملكية مادام العقاران مملوكين لشخص واحد.
أما إذا انفصلت ملكية هذين العقارين وأصبح كل منهما مملوكا لشخص غير مالك العقار الآخر. فهنا يقوم حق ارتفاق بين العقارين ويترتب حق الارتفاق في هذه الحالة بتخصيص المالك الأصلي كما سنرى (م 1017 مدنى)⁽¹⁾.
وإذا كان المالك فى عقار على الشيوع مالكا ملكية مفرزة لعقار آخر، جاز أن يتحمل أى من العقارين بارترفاق لصالح الآخر لاختلاف المالكين⁽²⁾.

الشرط الثالث:

أن يكون التكليف واقعا على العقار لا مفروضا على الشخص:

يشترط لوجود حق الارتفاق أن يكون التكليف الناشئ منه مقررا على العقار نفسه لا على الشخص. فمالك العقار الخادم لا يلتزم أن يؤدي عملا ما لصالح العقار المخدم. أما إذا كان محل الحق عملا يؤديه الشخص لم تكن بصدد حق ارتفاق، وإنما كنا بصدد حق شخصى أى التزام.
ولما كانت المنفعة تتقرر لصالح العقار المخدم نفسه لا لصالح مالك العقار، فإنها تظل ملازمة له، حتى ولو تغير مالكه.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كان الحكم - حين قضى بأحقية المدعى فى الرى والصرف من مسقى ومصرف معينين استنادا إلى اتفاق غير مسجل محرر بين المدعى عليه وبين ملاك الأطنان الأصليين الذين ألت عنهم الملكية إلى المدعى - قد أسس ذلك على أن الحق موضوع هذا الاتفاق منشأ له أو مقررا، إن هو إلا من توابع الأطنان

(1) السنهورى ص 1728 - عبد المنعم البدروى ص 304 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص 632 وما بعدها.

(2) توفيق فرج ص 394 هامش (1) - عبد المنعم البدروى ص 403.

ينتقل معها إلى من تؤول إليهم ملكيتها، وأن هذا الاتفاق يعتبر اشتراطاً لمصلحة الغير ممن تؤول إليهم ملكية الأطيان يترتب عليه نشوء الحق مباشرة للمشتراط بلا حاجة إلى نقله بطريق الحوالة، وذلك دون أن يبين الحكم أن المدعى عليه مالك أو غير مالك لمجرى المصرف والمسقى، وهل هو صاحب حق في مياهما أم لا، فإن كان مالكا أو صاحب حق فهل الاتفاق المذكور منشىء للحق الذى هو محله فيكون تسجيله لازماً لإنشاء الحق بين العاقدین أنفسهم، أم مقرر له فلا يلزم تسجيله، أما إن لم يكن مالكا ولا صاحب حق فيكون ذلك الاتفاق مجرد تعهد بعدم التعرض من جانب المدعى عليه فيما ليس له حق فيه يكون القضاء للمدعى بالحق فى الرى والصرف غير متوقف على وجوده وعلى تسجيله - فهذا الحكم يكون معدوم الأساس معجزاً محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون".

(طعن رقم 135 لسنة 16 ق جلسة 1948/3/11)

فالارتفاق هو كالانقاع من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، ولذلك فهو يقع مباشرة على الشيء ولا يصح أن يكون محله عملاً يؤديه المالك. ولهذا نجد نوعين من الارتفاقات: ارتفاقات إيجابية، وهى التى تخول صاحبها القيام بعمل على عقار الغير كالمجرى أو المرور، وهذه لا تلزم مالك العقار الخادم إلا بترك المنتفع بالارتفاق يقوم بهذه الأعمال على عقاره. وارتفاقات سلبية توجب على صاحب العقار الخادم الامتناع عن استعمال ملكه على نحو معين كالارتفاق بعدم البناء أو بعدم التعليق. ولكن لا يمكن تصور حق ارتفاق يكون محله عملاً يقوم به مالك العقار⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- (أ) - "مناطق التفرقة بين حق الارتفاق كحق عيني وبين مجرد الحق الشخصى هو ما إذا كان التكليف على العقار مقرراً لفائدة عقار آخر فيكون حق

ارتفاق أم لفائدة شخص بعقد لا ينشئ إلا حقوقا شخصية فيكون حقا شخصيا لما كان ذلك وكان التخصيص من المالك الأصلي من أسباب كسب الارتفاقات الظاهرة، فإن مجرد إقامة العلامة الظاهرة بين العقارين وإنشاء علاقة تبعية بينهما من شأنه أن يدل على وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين ولا يدل على أن التكليف مقرر لفائدة شخص. كما أن النص على الارتفاق فى عقود الإيجار أو عدم لزومه لزوما ضمنيا للعقار المخدم لا يغير من طبيعته العينية".

(ب) - "الفصل فيما إذا كان الوضع الذى أنشأه المالك قد قصد به خدمة شخصية مؤقتة أو إخضاع أحد العقارين لخدمة الآخر على وجه الدوام هو مما يستقل به قاضى الموضوع دون رقابة من محكمة النقض".

(طعن رقم 431 لسنة 45 ق جلسة 1978/12/13)

2- (أ) - "عرف الشارع الارتفاق فى المادتين 1015، 1017 من القانون المدنى ومفاد هذا أن علاقة التبعية التى ينشئها المالك بين العقارين تدل عليها واقعة مادية أجاز المشرع إثباتها بأى طريق من طرق الإثبات هى إقامة المالك الأصلي للعقارين علامة ظاهرة تنبئ فى وضوح عن أن أحد العقارين يخدم الآخر، بحيث تبدو هذه التبعية مؤدية تأدية تامة للجهة الاقتصادية للارتفاق الذى لم يبرز وجوده قانونا بسبب اتحاد المالك، ذلك أن هذه العلاقة لا تشكل فى حد ذاتها ارتفاق بالمعنى القانونى المنصوص عليه فى المادة 1015 من حيث كونه مرتبا على عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر وإنما تظل فى أداء مهمته إلى أن ينشأ من الناحية القانونية عندما يصبح العقاران مملوكين لمالكين مختلفين مع بقائهما على حالهما".

(طعن رقم 1813 لسنة 57 ق جلسة 1993/1/21)

(ب) - "إن مناط التفرقة بين حق الارتفاق كحق عينى وبين مجرد الحق الشخصى هو ما إذا كان التكليف على العقار مقرر لفائدة عقار آخر فيكون حق

ارتفاق أم لفائدة شخص بعقد لا ينشئ إلا حقوقا شخصيا فيكون حقا شخصيا".

(طعن رقم 1813 لسنة 57 ق جلسة 1993/1/21)

3- "إذا كان البت فيما إذا كان الوضع الذي أنشأه المالك قصد به خدمة شخصية مؤقتة أو إخضاع أحد العقارين لخدمة الآخر على الدوام هو من الدفع القانونية التي يختلط بها واقع، وكان دفاع الطاعن أمام محكمتي الموضوع اقتصر على أن حديقة النزاع هي جزء من العين المؤجرة له أو في الأقل القليل إحدى ملحقاتها ولم يثر الطاعن أمام محكمة الموضوع دفاعا يتعلق بالمادة 1017 من القانون المدني التي قصدها في وجه النعى مما يدل على أن الطاعن تمسك بدفاع جديد يخالطه واقع لم يسبق التحدى به أمام محكمة الموضوع فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 1813 لسنة 57 ق جلسة 1993/1/21)

الشرط الرابع:

أن يكون التكليف مقررًا لصالح العقار لا الشخص:

يشترط أن يكون التكليف مرتبا لمنفعة العقار المرتفق، وهذه المنفعة قد تكون إيجابية كحق المرور، وقد تكون سلبية كارتفاق عدم البناء.

ويترتب على هذا الشرط نتيجتان:

1- أن مزية الارتفاق باعتبارها متعلقة بالعقار المرتفق، تظل ملازمة له وتنتقل معه، مهما انتقلت ملكيته من شخص إلى آخر، فكل من ملك العقار المرتفق أو ترتب له حق انتفاع عليه، جاز له الاستفادة من حقوق الارتفاق المقررة للعقار. فهو يمثل - اقتصاديا - زيادة في قيمة العقار المرتفق، يفيد منها كل مالك له.

2- أن المنفعة الناجمة عن الارتفاق يجب أن تكون مسخرة للعقار المرتفق، لا لشخص ماله. ولئن أفاد هذا الأخير من الارتفاق - من حيث المآل - فإنه يفيد

منه باعتباره مالكا للعقار، لا باعتبار الارتفاق تكليفا مسخرا لشخصه، ولذلك فهذه الإفادة تثبت لكل مالك لهذا العقار.

فإذا منح مالك عقار جاره حق التنزه فى أرضه، أو قطف الأزهار منها أو حق الصيد منها أو حق الرعى، فإن هذا لا يعد حق ارتفاق، لأنه مسخر لمنفعة الجار الشخصية لا لمنفعة عقاره.

غير أن الاتفاق يكون منشئا لحق ارتفاق إذا كانت الخدمة متصلة اتصالا مباشرا وثيقا بطريقة استعمال العقار المخدم واستغلاله. كما لو اتفق صاحب مصنع مع مالك منجم مجاور على أن يكون له الحق فى أن يأخذ من المنجم المواد الخام التى يحتاج إليها وعلى الخصوص مواد الوقود⁽¹⁾. لأن حق أخذه هذه المواد لا يفيد من تقرر له إلا بصفته صاحب مصنع يحتاج إلى استعمال هذه المواد، فنحن هنا بصدد خدمة أو فائدة مقررة للعقار وليست خدمة لشخص المالك. ومثل ذلك أيضا نقل القوة المائية الناتجة من مسقط مياه بعد تحويلها إلى قوة كهربائية يجوز أن يكون محلا لحق ارتفاق لصالح مصنع مجاور، مهما تكن الطريقة التى تتقل بها هذه القوة⁽²⁾.

وكذلك إذا كان العقار فندقا وترتب له حق إيداع سيارات نزلائه فى حظيرة موجودة بأرض جاره، فإن هذا الحق يمكن أن يعتبر حق ارتفاق حيث أن المنفعة هنا منفعة عينية مقرره للعقار باعتباره فندقا وليست مقررة لصاحبه. وقد أورد المشرع - كما سنرى - تطبيقا تشريعيًا لذلك، فنصت المادة 1/1018 مدنى على أنه: "إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف شاء كأن يمنع من تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات التى فرضت لمصلحتها

(1) محمد وحيد الدين سوار ص 824 وما بعدها - نبيل سعد ص 263 وما بعدها.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 309 وما بعدها.

هذه القيود. هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغيره⁽¹⁾.

وتفهم كلمة "فائدة" الواردة بالنص بمعناها الأعم، فتشمل كل خدمة حالية أو مستقبلية تعود على العقار، فيجوز الاتفاق أثناء بناء منزل، على تقرير ارتفاق - كحق مطل - لمصلحة هذا المنزل⁽²⁾.

ويصح أن تكون الفائدة احتمالية، فيكون صحيحا الاتفاق الذي يقرر حق ارتفاق لفائدة عقار لم يشيد بعد، أو لمصلحة عقار ينوى شخص شراؤه⁽³⁾. وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص هو المادة 1287 من المشروع يقضى بأن:

"1- يجوز أن يربط حق الارتفاق لتحقيق فائدة مستقبلية للعقار المرتفق 2- وإذا كان العقار المرتفق أو العقار المرتفق به بناء مزمعا إقامته أو عقارا مزمعا تملكه، فإن الارتفاق لا يتقرر إلا عند تمام البناء أو تحقق الملك". وجاء عنه فى مذكرة المشروع التمهيدى أنه: "الأصل أن تكون الخدمة حالة، ولكنها قد تكون مستقبلية، كحق ارتفاق يقرر على بناء مزمعا إقامته، فيتفق صاحب العقار المرتفق مع صاحب البناء المستقبل على تقرير حق مطل مثلا على هذا البناء عند تمامه، وكحق ارتفاق يقرر على عقار مزمعا تملكه فيتفق صاحب العقار المرتفق مع الشخص الذى يملك هذا العقار على أن يكون له حق مرور عليه عند تملكه"⁽⁴⁾. إلا أن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة دون أن تبين أسباب الحذف، ويبدو أن ذلك يرجع إلى تجنب التفصيلات⁽⁵⁾.

101 - خصائص حق الارتفاق:

(1) نبيل سعد ص 264.

(2) محمد كامل مرسى ص 385 - السنهورى ص 1730.

(3) محمد كامل مرسى ص 385 .

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 623 الهامش وما بعدها.

(2) السنهورى ص 1730 هامش (1).

يتميز حق الارتفاق بالخصائص الآتية:

(1) أنه حق عيني عقارى:

فهو حق عيني لأن محله شئ من الأشياء وليس عملا أو امتناعا عن عمل. وهو حق عقارى لأنه لا يرد إلا على العقارات. وهو بذلك يختلف عن حق الانتفاع الذى يرد على العقارات والمنقولات ولصاحب حق الارتفاق سلطة على العقار الخادم يحتج بها قبل جميع من تنتقل إليهم ملكية هذا العقار.

(2) أنه حق تابع:

حق الارتفاق ليس حقا قائما بذاته، بل هو حق تابع للعقار المرتفق بحيث لا يمكن فصله عنه فينتقل معه كلما انتقلت ملكيته من شخص لآخر، سواء كان ذلك بمقابل كالبيع والمقايضة أو بدون مقابل كالهبة والوصية. كذلك إذا ترتب على العقار حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى فإن هذا الحق لا يخل بحق الارتفاق. وليس لمالك العقار المرتفق أن يلحق الارتفاق بعقار آخر، أو أن يتصرف فيه من غير العقار، كما أنه لا يجوز لمالك العقار المقرر عليه الارتفاق أن ينقل الارتفاق إلى عقار آخر.

ولكن يصح للمالك تغيير محل الارتفاق، إذا كان هذا التغيير لا يجعل استعمال حق الارتفاق أشق على صاحب هذا الحق مما كان قبل التغيير (المادة 1023 مدنى). وسنعرض لذلك بالتفصيل فى موضعه.

وبما أن حق الارتفاق لا يوجد من غير العقارين المرتفق والمرتفق به، فلا يجوز بيعه أو إجارته أو رهنه أو حجزه مستقلا، فهو حق لا يجوز التصرف فيه للغير.

ولكن إذا كان العقار المقرر لمصلحته حق الارتفاق مرهونا فإن الرهن يشمل حق الارتفاق باعتباره من ملحقات العقار.

كذلك إذا كان حق الارتفاق مقررا لمصلحة عقار، وحجز دائنو المالك على هذا العقار، فإن حق الارتفاق يدخل في الحجز، فيباع مع العقار، ولكن لا يمكن حجزه مستقلا عن العقار كما تقدم.

ولاتكون حقوق الارتفاق محلا لحق الامتياز.

وعلى ذلك فمالك العقار المرتفق به الذى يخول ارتفاعا مقابل مبلغ من المال لا يكون ممتازا بالمبلغ المستحق له إذا بيع العقار المرتفق⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - "إن من آثار البيع نقل ملكية المبيع إلى المشتري بما يكملها وبما يحددها، ولما كان الارتفاق المقرر لمنفعة العقار المبيع من مكملات ملكيته كان لا موجب للتخصيص عليه بالذات فى عقد البيع كى يمكن للمشتري التحدى به".

(طعن رقم 3 لسنة 18 ق جلسة 1949/1/13)

(ب) - "إن المبيع ينتقل إلى المشتري بالحالة التى حددها الطرفان فى عقد البيع، وإذ كان الثابت أن البائعتين للطاعة قد صرحتا فى عقد البيع بنفى وجود أى حق ارتفاق للعقار المبيع. فإن القول بانتقال هذا الحق إلى المشتري رغم وجود النص المانع يكون على غير أساس".

(طعن رقم 459 لسنة 35 ق جلسة 1970/1/15)

(ج) - "عقد البيع العقارى - ولو لم يكن مشهرا - ينقل إلى المشتري جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به بما فى ذلك طلب نفى حق الارتفاق".

(طعن رقم 513 لسنة 37 ق جلسة 1973/1/25)

(د) - "علاقة التبعية التى ينشئها المالك بين العقارين تدل عليها واقعة مادية

(1) محمد كامل مرسى ص 387 وما بعدها - محمد وحيد الدين سوار ص 826 - محمود جمال الدين زكى ص 633.

أجاز المشروع إثباتها بأى طريق من طرق الإثبات - هى إقامة المالك الأصلى للعقارين علامة ظاهرة تنبئ فى وضوح عن أن أحد العقارين يخدم الآخر، بحيث تبدو هذه التبعية مؤدية تأدية تامة للمهمة الاقتصادية للارتفاق الذى لم يبرز وجوده قانونا بسبب اتحاد المالك، فإذا كان من أقام العلامة الظاهرة ليس هو المالك للعقارين فإن استبقاء الأخير للوضع الفعلى القائم كما هو بعد أن تلقاه قائما يتحقق به قيام التبعية بين العقارين لىخدم أحدهما الآخر، تلك العلامة التى لا تشكل فى حد ذاتها ارتفاقا بالمعنى القانونى المنصوص عليه فى المادة 1015 مدنى من حيث كونه مرتبا على عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر وإنما تظل فى أداء مهمته إلى أن ينشأ من الناحية القانونية عندما يصبح العقاران مملوكين لمالكين مختلفين مع بقائهما على حالهما وذلك على أساس أن العلامة الظاهرة الدالة على تبعية العقارين كانت ماثلة أمام مالك العقار المرتفق به فلم يبد اعتراضا عليها مما يعد رضا ضمنيا بنشوء حق ارتفاق على عقاره، وهو لا يشترط لنشوءه أن يكون لازما لزوما ضمنيا للعقار المخدم".

(طعن رقم 431 لسنة 45 قى جلسة 1978/12/13)

(3) أنه حق دائم:

الارتفاق حق دائم مثل الملكية المتعلق بها. وهذه نتيجة كونه حقا تابعا. ويختلف الارتفاق بهذا عن جميع الحقوق العينية التى تنفرع عن الملكية. غير أن الدوام، إذا كن من طبيعة الارتفاق، إلا أنه ليس مع ذلك من مستلزماته. ويجوز من ثم الاتفاق على تحديد حق ارتفاق بمدة معينة إنما لا يجوز لصاحب العقار المرتفق به، وفى مقابل مقدمة مالية التخلص منه دون رضا مالك العقار المرتفق.

كما يمكن أن ينتهى حق الارتفاق بأسباب أخرى منها انقضاء الأجل المحدد

له وعدم الاستعمال وتغير وضع الأشياء وفقد الارتفاق منفعته للعقار المرتفق⁽¹⁾.

(4) أنه حق غير قابل للتجزئة:

حق الارتفاق غير قابل للتجزئة. ولهذه الخاصية معنى مزدوج:

(أ) فهو يعنى أولاً أن الارتفاق يرتب لمنفعة كل جزء من أجزاء العقار المرتفق، ويترتب على كل جزء من أجزاء العقار المرتفق به وعلى ذلك فلا يجوز إنشاؤه على حصة شائعة، ولا لمنفعة حصة شائعة في عقار مشترك. وإذا كان مقرراً على عقار مشترك فلا يقع على حصة دون أخرى من ذلك العقار، بل يقع على العقار كله.

(ب) أنه إذا جزئ العقار المرتفق بقي حق الارتفاق لكل جزء من أجزائه، دون أن يزيد العبء من جراء ذلك على العقار المرتفق به. وأن العقار المرتفق به إذا جزئ بقي الارتفاق بكامله جاثماً على كل جزء من أجزائه، كما لو كان العقار المرتفق به مثقلاً بعدم البناء وانتقل إلى عدة ورثة، واقتسموه فإن حصة كل شريك من الشركاء تظل مثقلة بهذا الحق بالرغم من فرزها⁽²⁾.

وإذا كانت هذه هي القاعدة إلا أنه عند تجزئة العقار قد يبدو أن الارتفاق لا يفيد إلا جزءاً معيناً منه، أو أنه لا يستعمل إلا على بعض أجزائه. ولذلك فإنه من المنطقي القول بتجزئة الارتفاق في هاتين الحالتين أي بحصره في أجزاء دون أجزاء. وهو ما تنبه له المشرع في المادتين 1024، 1025 مدني.

فالمادة 1024 بعد أن نصت في فقرتها الأولى على أنه إذا جزئ العقار المرتفق بقي الارتفاق مستحقاً لكل جزء منه "على ألا يزيد ذلك في العبء الواقع على العقار المرتفق به"، أضافت في فقرتها الثانية قولها: "غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يستعمل في الواقع على بعض هذه الأجزاء ولا يمكن أن يستعمل عليها، فلمالك كل

(1) محمد كامل مرسى ص 388 - السنهوري ص 1732 وما بعدها - محمود جمال الدين زكي ص 634.

(2) محمد وحيد الدين سوار ص 828 - محمود جمال الدين زكي ص 634 وما بعدها.

جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذى يملكه"⁽¹⁾.

(أنظر فى التفصيل شرح المادتين 1024، 1025)

102 - الأشياء التى يرد عليها حق الارتفاق:

تنص الفقرة الأولى من المادة 1015 على أن: "الارتفاق حق يحد من منفعة عقار ..."، ومفاد هذا أن الارتفاق لا يرد إلا على عقار. ومن ثم لا يرد الارتفاق على المنقول.

ولما كان استعمال حق الارتفاق هو عن طريق القيام بأعمال مادية، فإن العقار الذى يصلح أن يكون محلا لذلك يجب أن يكون عقارا بطبيعته⁽²⁾. والعقار بطبيعته الذى يصلح لأن يرد الارتفاق عليه أو يتقرر لفائدته، هو الأرض والمباني والمنشآت.

فالأرض سواء كانت زراعية أو أرض فضاء، فى المدن أو القرى، تصلح أن تكون محلا لحق الارتفاق.

والمباني والمنشآت تصلح أيضا أن تكون محلا للارتفاق لأنها عقار بطبيعته لاندماجها فى الأرض، ولا تصبح عقارا إلا إذا شيدت فاندمجت فى الأرض، وأصبحت ثابتة مستقرة، فلا يمكن تحويلها أو نقلها إلا إذا هدمت. ويشمل ذلك المساكن والمكاتب والحوانيت والقناطر والسدود والخزانات⁽³⁾.

أما الأشجار ولو أنها عقارا بطبيعته إلا أنها ليست دائمة بطبيعتها ولا يمكن

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 314.

(2) السنهورى ص 1734 - عبد المنعم البدرأوى ص 302.

(3) السنهورى ص 1735 - محمود جمال الدين زكى ص 630.

أن يركز عليها حق الارتفاق الذي هو دائم بطبيعته⁽¹⁾.

وينبنى على ما تقدم أن الارتفاق لا يتقرر على العقارات بالتخصيص، لأن العقارات بالتخصيص هي بطبيعتها أشياء منقولة، وإنما اكتسبت صفة العقار افتراضا بالتبعية بحكم كونها مخصصة لخدمة عقار.

ولا يمكن أن يتقرر الارتفاق على الأموال العقارية أى الحقوق العقارية - كحق الانتفاع والرهن الرسمي، وكحق الارتفاق ذاته، فلا يصلح أن يكون محلا لحق ارتفاق آخر يترتب عليه. لأن طبيعة الارتفاق تقتضى لاستعماله القيام بأعمال مادية لا يمكن أن تتصور إلا بالنسبة للعقارات المادية أى الأشياء العقارية دون الحق.

103 - ترتيب الارتفاق على المال العام إذا كان لا يتعارض مع

الاستعمال الذي خصص له :

الأصل أنه يجب فى العقار الذى يرد عليه حق الارتفاق أن يكون قابلا للتعامل.

غير أن المادة 1015 مدنى نصت فى عجزها على أن: "ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذى خصص له هذا المال". فإذا كان الارتفاق لا يتعارض مع الاستعمال الذى خصص له المال العام، فإنه يجوز ترتيب حق ارتفاق عليه.

وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

"لقاضى الموضوع السلطة التامة فى بحث ما يقدم من أدلة الدعوى على وجه صحيح وفى موازنة بعضها ببعض وترجيح ما تظمن نفسه إلى ترجيحه منها. فإذا

(1) السنهورى ص 1735 - عبد المنعم البدرأوى ص 303- محمود جمال الدين زكى

ص 630- وعكس ذلك محمد كامل مرسى ص 390- محمد وحيد الدين سوار ص 825-

اسماعيل غانم ص 30.

كان الأساس الذى بنيت عليه دعوى التعويض هو أن وزارة الأشغال قطعت مصرفا كان يستعمله المدعى لصرف مياه أطيان له، وأن هذا الفعل قد ترتب عليه بوار أطيانه، وقضى الحكم الابتدائى برفض الدعوى استنادا إلى أن الحكومة لم يقع من جانبها خطأ مستوجب للتعويض، وأمام محكمة الاستئناف عرض أساس آخر للدعوى وهو اكتساب وجود حق ارتفاق بالصرف على أرض الحكومة اكتسبه المدعى بالتقادم فقضت له بالتعويض بناء على ذلك. وعلى أن الوزارة قطعت المصرف عند إنشائها التربة التى أنشأتها، وكانت الأدلة التى ساقها الحكم لإثبات اكتساب حق الارتفاق بالتقادم تنحصر فى أن الوزارة لم تنكر على طالب التعويض دعواه به إلا أمام محكمة الاستئناف، وسكنت عن الدفع بعدم وجوده طوال المدة التى استغرقتها الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى، وكذلك فى أقوال طالب التعويض الذى قرر أن المصرف أنشئ فى سنة 1893. وفيما قرره خبير إثبات الحالة من أنه وجد فى الطبيعة مصرفين مارين بها من زمن بعيد. فإن هذه الأدلة لا تؤدى إلى النتيجة التى استخلصتها المحكمة منها. وذلك لأن سكوت الوزارة أمام محكمة الدرجة الأولى لا يؤخذ منه تسليمها بحق الارتفاق، إذ الدفاع وقتئذ لم يكن دائرا حول وجود هذا الحق أو عدم وجوده وإنما كان دائرا حول ما إذا كان إنشاء التربة التى أنشأتها الوزارة قد ترتب عليه ضرر لأرض طالب التعويض أو لم يترتب، ولأن قول المدعى أن المصرف أنشئ فى سنة 1893 لا يمكن اعتباره دليلا فى هذا الصدد لصدوره من نفس المدعى بالحق المتنازع عليه، ولأن ما قرره الخبير ليس إلا عبارة مجهلة لا يمكن أن يؤخذ منها توافر شرط تكامل المدة اللازمة لاكتساب حق الارتفاق بالتقادم وإذن فإن هذا الحكم يكون قد لحقه العيب فى الاستناد والقصور فى الأسباب ويتعين نقضه".

(طعن رقم 56 لسنة 9 ق جلسة 14/3/1940)

وتجب هنا التفرقة بين فروض ثلاثة :

1- أن يكون التكليف المراد تقريره على العقار المعتبر من الأموال العامة،

لمصلحة عقار مجاور، يخالف تخصيص العقار الأول. أى لا يتفق مع الاستعمال الذى أعد له فإنه لا يمكن تقرير حق الارتفاق عليه.

فالمالك المجاور للطريق العام أو الميدان العام لا يستطيع اكتساب الحق فى أن تكون له أكشاك أو أرائك أو مجرى ماء.

وإنه وإن كان للحكومة أن تسمح ببعض أعمال الاستعمال، فإن لها أن تقف هذه الأعمال بدون أن يكون للمالك الذى يجريها حق طلب ثمة تعويض.

2- أن يكون التكليف المراد تقريره على المال العام متفقا مع تخصيص العقار، فإنه يجوز ترتيب هذا الارتفاق، ومثل ذلك أن يفتح الجار نوافذ أو أبواب على الطريق العام، وكارتفاقات الرى المترتبة على الترع والمصارف العامة وحق الشرب والمسيل للأراضى الزراعية المجاورة للترع العامة والمصارف العامة.

3- أن يكون التكليف المراد تقريره على المال العام ليس مطابقا لتخصيص العقار الداخلى فى الملك العام، ولكنه لا يتعارض مع هذا التخصيص. ومثل ذلك أن يحصل مالك الدار على ممر تحت الطريق العام للوصول إلى داره، وأن يحصل مالك المقهى المجاورة للطريق العام على حق وضع كراسى ملاصقة لمقهاه فوق الرصيف⁽¹⁾.

104 - الأثر المترتب على ترتيب حق الارتفاق فى الحالتين الثانية

والثالثة:

التكليف الذى يترتب على العقار المعتبر من الأموال العامة فى الحالتين الثانية والثالثة سألقتى الذكر بالبند السابق هو حق ارتفاق إدارى عملا بنص المادة 1015 ولأصحاب حقوق الارتفاق الإدارية هذه أن يحتجوا بها على الغير عن طريق دعوى الإقرار بالحق ولهم رفع دعاوى الحيازة، والمطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية أو بموجب الادعاء مدنيا فى دعوى مخالفات الطريق

(1) محمد كامل مرسى ص 390 وما بعدها - السنهورى ص 1736 وما بعدها.

العام أو برفع دعوى المخالفة المباشرة⁽¹⁾.

غير أنه لما كان للحكومة الحق دائماً في تغيير حالة الأمانة وإزالة صفة الملك العام عن الطرق، فإن ذلك يؤدي ولا محالة إلى زوال حق الملاك أصحاب الارتفاقات على الملك العام، طالما يتفق ذلك والمصلحة العامة. غير أنه يجب في حالة إنهاء الحكومة للارتفاق، أن تعوض صاحب حق الارتفاق.

كما يجوز للحكومة إذا أنهت تخصيص الطريق العام للمنفعة العامة أن تلزم المشتري باحترام حقوق الارتفاق التي ترتبت على الطريق أو بتعويض أصحابها. ويجب إذا ألغت الحكومة التخصيص للمنفعة العامة، ألا ينطوى ذلك على مخالفة للقانون، أو تعسف في استعمال السلطة⁽²⁾.

أقسام حقوق الارتفاق:

تنقسم حقوق الارتفاق إلى ثلاثة أقسام هي:

105 - القسم الأول:

الارتفاقات المستمرة وغير المستمرة:

يكون الارتفاق مستمرا إذا كان من الممكن أن يستمر استعماله دون تدخل الإنسان.

ومنها ما لا يحتاج إلى تدخل الإنسان أصلاً، مثل الارتفاق بعدم التعليق أو الارتفاق بعدم البناء، وهو ارتفاق سلبي كما سنرى.

ومنها ما يحتاج إلى القيام ببعض الأعمال، إلا أنها متى أنشئت هذه الأعمال أمكن استعمال حق الارتفاق دون تدخل الإنسان. ومثال هذه الارتفاقات المطلات. فكل ما تستلزمه المطلات هو إقامة فتحاتها فقط، أما استعمالها فلا يستلزم تدخل

(1) السهوري ص 1740 وما بعدها - رمضان أبو السعود 535 وما بعدها.

(2) السهوري ص 1741 - رمضان أبو السعود ص 536.

صاحب العقار المرتفق.

وأيضاً حق المجرى، وهو جلب المياه اللازمة للرى من قناة تمر فى أرض الغير، فمتى أنشئت القناة استطاع صاحب العقار المرتفق أن يستفيد من الارتفاق دون حاجة إلى عمل جديد مكرر⁽¹⁾.

أما حقوق الارتفاق غير المستمرة فهى التى يلزم لاستعمالها عمل الإنسان أى التدخل الحالى للإنسان بأعمال متوالية من جانب مالك العقار المرتفق. ومثال ذلك حق المرور فلا يتصور الإفادة من الارتفاق إلا بمرور الإنسان على العقار المقرر عليه الارتفاق. وأيضاً حق اغتراف المياه، إذ يقتضى قيام المالك بعمل إيجابى هو اغتراف المياه. وحق الشرب إذ يقتضى قيام المالك بالحصول على المياه⁽²⁾.

فالفكرة الجوهرية فى التمييز بين الارتفاقات المستمرة وغير المستمرة ليست فى استمرار الحق بما لهذا اللفظ من معنى معروف، ولكنها تدور حول ضرورة تدخل الإنسان لاستعمال الارتفاق أو عدم ضرورة ذلك. وتظهر أهمية هذا التقسيم فيما يتعلق باحتساب مدة التقادم المسقط عند انتهاء حق الارتفاق بعدم الاستعمال. فسنرى أن مدة السقوط بالنسبة لحق الارتفاق غير المستمر تبدأ فى السريان من آخر وقت قام فيه صاحب العقار المرتفق بعمل من أعمال استعمال الارتفاق، ذلك أن هذا النوع من حقوق الارتفاق يستلزم لاستعماله كما ذكرنا تدخلاً مستمراً من جانب المستفيد منه فى كل مرة يريد فيها استعمال الارتفاق. أما الارتفاق المستمر فإن مدة سقوطه بعدم الاستعمال لا تبدأ فى السريان إلا من اليوم الذى يمنع فيه صاحبه من استعماله بعمل مضاد يقوم به صاحب العقار المرتفق.

106 - القسم الثانى:

الارتفاقات الظاهرة والارتفاقات غير الظاهرة:

(1) محمد كامل مرسى ص 402 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 402.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 318 - نبيل سعد ص 266.

تنقسم الارتفاقات إلى ارتفاقات ظاهرة وارتفاقات غير ظاهرة. وحقوق الارتفاق الظاهرة، هي التي يكون لها مظهر مادي خارجي يدل على وجودها أى يكون لها علامة ظاهرة تدل على وجود حق الارتفاق. فحقوق الارتفاق الظاهرة هي التي يتوافر فيها شرط الإعلان الذي يتطلبه وضع اليد. فيجب أن يظهر حق الارتفاق لمالك العقار المرتفق به وأن يعلن بطريقة محققة لا لبس فيها وجود هذا الارتفاق.

والعلامة في الارتفاق الظاهر قد تكون بالعقار المرتفق به، كما هو الحال في حق المرور إذا دل عليه تخطيط الطريق، أما إذا لم يكن الطريق مخططاً، فإن حق المرور يكون ارتفاقاً غير ظاهر⁽¹⁾. أو تكون العلامة نافذة مفتوحة في بناء، كما لو قام مالك بناء بفتح نافذة فيه تطل على بناء مملوك لآخر دون ترك المسافة القانونية مما يوحي بوجود حق ارتفاق بالمطل⁽²⁾.

والعلامة في الارتفاق الظاهر قد تكون بالعقار المرتفق إذا كانت واضحة لمالك العقار المرتفق به.

ويجب أن يكون مالك أحد العقارين هو الذى أقام هذه العلامة، فإذا أقامها شخص غيرهما دون تفويض منهما، كمستأجر مثلاً فلا نكون بصدد علامة ظاهرة⁽³⁾.

أما ظهور الارتفاق في سند مسجل فلا يكفي لجعله ظاهراً بهذا المعنى⁽⁴⁾. أما حقوق الارتفاق غير الظاهرة، فهي التي لا يكون لها مظهر مادي خارجي يدل على وجودها، فلا يكون لها ثمة علامة تميزها.

ومثل ذلك الارتفاق بعدم البناء أو عدم التعلية عن ارتفاع معين، وبصفة عامة

(1) اسماعيل غانم ص 25.

(2) محمد لبيب شنب ص 414.

(3) محمد لبيب شنب ص 414.

(4) عبد المنعم البدرأوى ص 320 هامش من (3).

جميع حقوق الارتفاق السلبية.

ولئن كان الاستمرار أو عدم الاستمرار بالنسبة إلى كل ارتفاق صفة غير متغيرة تعين له مكانا ثابتا، فإن الحال بخلاف ذلك بالنسبة إلى الظهور وعدمه. فنفس الارتفاق قد يكون تارة ظاهرا وتارة غير ظاهر. فمثلا حق المجرى الذي يستعمل بواسطة أنابيب موضوعة على سطح الأرض يكون ظاهرا، في حين أن الأنابيب إذا دفنت في الأرض فإن ذلك يجعله غير ظاهر. وحق المرور يكون ظاهرا إذا دل على وجوده طريق من الحجر أو ممر مخطط أو باب، ويكون غير ظاهر إذا لم يوجد أثر يدل عليه⁽¹⁾.

وتبدو أهمية التفرقة بين الارتفاقات الظاهرة والارتفاقات غير الظاهرة في

المسائل الآتية:

1- حقوق الارتفاق الظاهرة هي وحدها التي يمكن كسبها بالتقادم، دون الارتفاقات غير الظاهرة (مادة 2/1016 مدنى).

2- حقوق الارتفاق الظاهرة هي التي يصح أن ترتب بتخصيص المالك الأصلي (رب الأسرة)، وذلك على خلاف الارتفاقات غير الظاهرة (مادة 1/1917 مدنى).

3- في عقد البيع افترض القانون أن البائع قد اشترط عدم الضمان بالنسبة لحق الارتفاق إذا كان هذا الحق ظاهرا (مادة 2/445 مدنى)⁽²⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 407 وما بعدها - محمد وحيد الدين سوار ص 832 - توفيق فرج ص 298.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 320.

107 - تداخل التقسيمين السابقين :

التقسيمان السابقان متداخلان وإن كان كل منهما متميزا عن الآخر، فالارتفاق المستمر قد يكون ظاهرا وقد يكون غير ظاهر. فمثلا الارتفاق بالمطل المنشأ في غير المسافة القانونية هو ارتفاق مستمر وظاهر في ذات الوقت، لأنه لا يستلزم تدخلا من الإنسان لاستعماله، ولأنه ظاهر بعلامة مادية هي النافذة. وارتفاق المجرى بأنابيب غير ظاهرة هو ارتفاق مستمر غير ظاهر. وبالمثل فإن الارتفاق غير المستمر قد يكون ظاهرا وقد يكون غير ظاهر كما رأينا بالنسبة لحق المرور⁽¹⁾.

108 - القسم الثالث :

الارتفاقات الإيجابية والارتفاقات السلبية :

حقوق الارتفاق الإيجابية هي تلك التي تمنح أصحابها الحق في إجراء أفعال على العقار المقررة عليه مما تدخل عادة ضمن حق المالك في استعمال الشيء أو استغلاله، مثل حق المرور، وحق المرعى، وحق اغتراف المياه. أما حقوق الارتفاق السلبية فهي التي لا تسمح لأصحابها بإجراء أعمال مباشرة، بل تمنع مالك العقار المقررة عليه من الحق في إجراء بعض الأعمال، مثل عدم فتح مناور أو مطلات على العقار المجاور، أو عدم البناء، أو عدم التعلية أكثر من ارتفاع معين. وكل حقوق الارتفاق السلبية مستمرة وغير ظاهرة⁽²⁾.

القسم الرابع :

الارتفاقات القانونية والارتفاقات الاتفاقية :

راجع بند (99).

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 321.

(2) محمد كامل مرسى ص 409 وما بعدها - رمضان أبو السعود ص 536.

مادة (1016)

- 1- حق الارتفاق يكسب بعمل قانوني أو بالميراث.
- 2- ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور.

الشرح

109 - أسباب كسب حق الارتفاق:

أسباب كسب حق الارتفاق هي أسباب كسب حق الملكية، إلا أن يكون سبب كسب الملكية متعارضاً مع طبيعة حق الارتفاق. فيخرج بذلك الالتصاق والشفعة ويبقى العمل القانوني (العقد والوصية) والميراث والتقادم⁽¹⁾. ونعرض فيما يلي لهذه الأسباب.

110 - السبب الأول:

العقد والوصية:

ينشأ حق الارتفاق بالعقد والوصية. فالعقد والوصية تصرف منشئ للحق ابتداء وليس ناقلاً له من شخص إلى آخر. والعقد هو الغالب في إنشاء هذا الحق. والعقد قد يكون معاوضة، بيعاً مثلاً بمقتضاه ينشئ مالك العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق في مقابل مبلغ من النقود، أو يكون مقايضة، فبدلاً من أن يحصل مالك العقار المرتفق به من مالك العقار المرتفق على الثمن، يتفق معه على ترتيب حق ارتفاق على عقار الأخير لفائدة عقاره هو، كأن يرتب كل من المالكين حق مرور على عقاره لفائدة العقار الآخر. وقد يكون العقد وفاء بمقابل حيث يقبل الشخص ترتيب حق ارتفاق على عقاره لفائدة عقار آخر وفاء لدين في ذمته لصاحب العقار المرتفق. وقد ينشأ حق الارتفاق عن طريق الاحتفاظ بهذا الحق، كأن يبيع مالك عقاره

(1) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص628.

لشخص ويحتفظ فى عقد البيع بحق ارتفاق يترتب على العقار المبيع لفائدة عقار آخر يملكه البائع.

ويصح أن يكون العقد تبرعا (هبة) فيحصل صاحب حق الارتفاق على هذا الحق دون مقابل، ويكون الشيء الموهوب هو حق الارتفاق.

أما الوصية فهي تصرف قانونى واحد لا يتنوع، وتصدر من الموصى وهو مالك العقار المرتفق به، يترتب بموجبها حق ارتفاق على عقاره لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق، ويكون مالك هذا العقار المرتفق هو الموصى له.

والتصرف القانونى - أيا كانت نوعه - ينشئ حق الارتفاق أيا كان نوعه، إيجابيا أو سلبيا، مستمرا أو غير مستمر، ظاهرا وغير ظاهر.

أما بعض الأسباب الأخرى لكسب حق الارتفاق (التقادم المكسب وتخصيص المالك الأصلى كما سنرى) فلا ينشئ إلا الارتفاقات الظاهرة الإيجابية.

غير أنه يراعى أن إنشاء حق الارتفاق بالعقد والوصية مقيد بأن يكون هذا الحق فى حدود القانون والنظام العام والآداب.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "النص فى المادة 1016 من القانون المدنى على أن "حق الارتفاق يكسب بعمل قانونى أو الميراث" يدل على أن للأفراد أن يتفقوا على إنشاء حقوق الارتفاق التى يختارونها سواء كانت إيجابية أم سلبية مع مراعاة أن تكون فى حدود القانون والنظام العام والآداب".

(طعن رقم 724 لسنة 42 ق جلسة 1977/5/10)

2- "إن مؤدى نص المادتين 1016، 1019 من القانون المدنى أن للأفراد أن يتفقوا على إنشاء حقوق الارتفاق التى يختارونها سواء كان إيجابية أو سلبية متى كانت فى حدود القانون والنظام العام والآداب، وأن سند إنشاء هذا الحق هو الذى يحدد آثاره لأن الإرادة هى مصدر الحق وهى التى تبين مداه وترسم حدوده بما لا يتعارض مع عرف الجهة، ويفسر القاضى مدى هذا الحق للمتعاقدین طبقا

للقواعد المقررة لتفسير الإرادة بأن يوفق بين فائدة العقار المرتفق وبين إلقاء أقل عبء على العقار المرتفق به".

(طعن رقم 530 لسنة 67 ق جلسة 2010/3/28)

3- "إذ كان الواقع الثابت من الأوراق أن عقود البيع الصادرة من ملاك الأرض البائعين للطاعنين والمطعون ضده الثانى قد تضمنت النص على أن يترك المشترون من الجهة البحرية أربعة أمتار ليكون شارعاً ويتعهدون بعدم البناء على هذه المساحة أو التصرف فيها إلا لمن يدعى لعدم وجود مطل للأرض المملوكة له على الشارع العمومى، وهذا النص صريح فى إنشاء حق ارتفاق على هذه المساحة لمصلحة العقارات التى فرضت هذه القيود لمصلحتها، بما لا يجوز معه لغيرها فتح أبواب على هذا الشارع إذ إنه مقصور على كل مشتر من هذه القطع المقسمة وتكون هذه القطع محملة بحق الارتفاق لفائدة أية قطعة من هذه القطع دون سواها ولا يكون للعقارات الأخرى المجاورة الانتفاع بهذا الشارع، وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ورفض الدعوى (دعوى الطاعنين بإلزام المطعون ضده الأول بسد مطله على الشارع المملوك لهم) على سند من أن للمطعون ضده الثانى الحق فى التصرف للمطعون ضده الأول بجزء من الشارع مع أنه شارع خاص بهذه القطع دون غيرها وغير مستطرق للكافة فإنه يكون معيباً".

(طعن رقم 530 لسنة 67 ق جلسة 2010/3/28)

111 - الأحكام الشكلية للتصرف القانونى :

يجب مراعاة الأوضاع الشكلية التى يتطلبها القانون فى التصرف المنشئ لحق الارتفاق.

فإذا كان التصرف معاوضة كالبيع، فإنه ينعقد بالتراضى، إذ ليس لهذا التصرف شكل خاص.

وإذا كان التصرف هبة أو وصية تعين إفراغه فى الشكل الذى يتطلبه القانون.

112 - الأحكام الموضوعية للتصرف القانوني :

تسرى القواعد العامة على الأحكام الموضوعية التي يخضع لها التصرف القانوني المنشئ لحق الارتفاق.

فإذا كان التصرف معاوضة سرت أحكام المعاوضات، وإذا كان تبرعا سرت أحكام التبرعات.

فإذا كان التصرف معاوضة وجب أن يكون صادرا من مالك العقار المرتفق به أو من نائب عنه. فإذا لم يكن من صدر منه التصرف مالكا أو نائبا عن المالك فلا ينشأ حق الارتفاق إلا إذا توافرت شروط الاشتراط لمصلحة الغير⁽¹⁾، كما يجب أن يكون المالك أهلا للتصرف وإذا كان العقد الذي رتب الارتفاق من عقود التبرع، تعين أن يكون أهلا للتبرع.

ويجوز لمالك الرقبة أن يرتب على أرضه حق ارتفاق بشرط ألا يضار به صاحب حق الانتفاع.

ويجوز ترتيب حق الارتفاق على عقار ترتبت عليه حقوق عينية أخرى، كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن رسمي.

وفى هذه الحالة لا يجوز أن يضار أصحاب الحقوق العينية السابقة بحق الارتفاق الجديد، إذا كانوا قد قاموا بشهر حقوقهم قبل شهر حق الارتفاق⁽²⁾.

أما صاحب حق الانتفاع، فقد ذهب رأى إلى أنه يجوز له أن يرتب حق ارتفاق على العين ذاتها بحيث ينقضى بانقضاء حق الانتفاع. فتقرير ارتفاق مؤقت ليس إلا تصرفا فى منفعة الشيء مما يجوز للمنتفع القيام به⁽³⁾.

بينما ذهب رأى الغالب إلى أنه لا يجوز للمنتفع أن يرتب حق ارتفاق لا على العقار لأنه لا يملك رقبته، ولا على حق الانتفاع لأن حق الارتفاق إنما

(1) اسماعيل غانم ص 32.

(2) السنهورى ص 1761.

(3) اسماعيل غانم ص 31.

يترتب على الرقبة. وكل ما يملك هو أن يرتب في ذمته التزاما شخصيا نحو مالك العقار الآخر⁽¹⁾.

ونظرا لأن حقوق الارتفاق لا ترد إلا على عقارات فيجب تسجيل التصرفات القانونية المنشئة لها سواء كانت هذه التصرفات عقودا أو وصايا، فإذا لم تسجل هذه التصرفات فإن حقوق الارتفاق لا تنشأ لا فيما بين ذوى الشأن، ولا بالنسبة للغير، تطبيقا للمادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري⁽²⁾.

113 - الارتفاق الذي يرتبه المالك على الشيوع:

ليس لأحد الشركاء على الشيوع أن يقرر ارتفاق على العقار الشائع من غير رضا سائر الشركاء. وإذا فعل فإنه لا يجوز استعمال الارتفاق إلا إذا أجاز به باقي الشركاء، أو إذا حصلت القسمة، ووقع العقار المقرر عليه الارتفاق أو جزء منه في نصيبه، فيصح عندئذ استعمال حق الارتفاق على العقار أو على الجزء الذي اختص به. أى أن حق الارتفاق الذي يرتبه الشريك في الملك على عقار شائع من غير رضا باقي الشركاء في الملك يكون صحيحا كحق معلق على شرط، ولا ينتج أثره إلا بعد القسمة إذا وقع العقار المحمل بالارتفاق في نصيب منشئه وبالقدر الذي يكون له، فهو لا يثقل الأجزاء التي تقع في نصيب باقي الشركاء بموجب القسمة⁽³⁾.

114 - الارتفاق الذي يرتبه المالك تحت شرط:

للمالك تحت شرط فاسخ أو واقف أن يرتب حقوق الارتفاق، ولكنها تكون معلقة على تحقق الشرط⁽⁴⁾.

(1) السنهاورى ص 1761 - محمد كامل مرسى ص 416 - رمضان أبو السعود ص 538 .

(2) محمد ليبب ص 412 - نبيل سعد ص 268 - محمد جمال الدين زكى ص 643 .

(3) محمد كامل مرسى ص 417 - السنهاورى ص 1760 - رمضان أبو السعود ص 538 .

(1) محمد كامل مرسى ص 417 - السنهاورى ص 1761 .

115 - الارتفاق الذى يرتبه مالك العقار المرهون :

يصح لمالك العقار المرهون أن يقدر على عقاره حق ارتفاق، ولكن يجب ألا يضر ذلك بحقوق الدائنين المرتهنيين.

116 - الأهلية اللازمة لترتيب حق الارتفاق :

إذا كان ترتيب حق الارتفاق قد تم معاوضة، وجب أن يكون منشئ حق الارتفاق أهلاً للتصرف، وإذا ترتب حق الارتفاق تبرعاً وجب أن تتوفر لديه أهلية التبرع⁽¹⁾.

أما المنتفع بالارتفاق فيجب أن يكون مالكا للعقار المرتفق ولكن ليس من اللازم أن يكون أهلاً للتصرف، فيكفى توافر أهلية التعاقد، إلا إذا كان تلقى حق الارتفاق بعوض فتشترط فيه أهلية التصرف.

وبما أن الارتفاق يزيد فى قيمة العقار المرتفق أو فى منفعته، فيجوز لناقضى الأهلية ولواضعى اليد حسنئ النية أو سيئئ النية إنشاء حقوق الارتفاق لعقارهم على غيره⁽²⁾.

117 - السبب الثانئ :

اكتساب حقوق الارتفاق بالتقادم المكسب :

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة 1016 مدنى تنص على أن: "ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور". فالارتفاقات التى تكسب بالتقادم هى الارتفاقات الظاهرة فقط بما فيها حق المرور، أما الارتفاقات غير الظاهرة فلا تكسب بالتقادم.

وقد أسلفنا أن الارتفاق غير الظاهر هو الارتفاق الذى ليست له علامة خارجية تتم عن وجوده، وذلك كالارتفاق بعدم البناء وكالارتفاق بالمرور إذا لم يكن

(2) محمد كامل مرسئ ص 418 - السنهورئ ص 1760 - محمود جمال الدين زكئ ص 643.

(3) محمد كامل مرسئ ص 418.

للطريق الذى يباشر فيه هذا الحق معالم ظاهرة⁽¹⁾.

وعلى ذلك فالظهور فى حق الارتفاق يختلف عن الظهور فى الحياة. فقد تكون حياة الارتفاق ظاهرة بأن يباشر المرور علنا وأمام الكافة وبالذات فى مواجهة مالك العقار المرتفق به، ومع ذلك يكون هذا الارتفاق بالمرور غير ظاهر إذا لم يكن للطريق معالم ظاهرة.

وينتقد معظم الفقهاء ما اشترطه المشرع من وجوب توافر شرط الظهور فى الارتفاق وأنه لا يصح تعليل هذا الاشتراط بما ورد بمذكرة المشروع التمهيدى من أنه:

"اشتراط فى كسب حق الارتفاق بالتقادم أن يكون ظاهرا، وذلك حتى لا يشوب

(1) قصرت المجموعة المدنية الفرنسية إمكان كسب الارتفاق بالتقادم على حقوق الارتفاق الظاهرة المستمرة (مادة 691). فلكى يكتسب الارتفاق بمضى المدة يلزم إذن أن يكون ظاهرا ومستمرا فى نفس الوقت.

ولا يستند هذا الحكم إلا على أسباب تاريخية ترجع إلى القانون الفرنسى القديم، وأريد به تقرير حل وسط بين العرف الذى كان يجيز فى بعض المقاطعات كسب جميع الارتفاقات بالتقادم، والعرف الذى كان يمنع فى مقاطعات أخرى، كسب أى ارتفاق به.

وقد كان ذلك هدفا لنقد الفقه الفرنسى، لأن الارتفاق غير المستمر كحق المرور يمكن أن يكون محلا لحياة مستمرة، كما أن الارتفاق غير الظاهر كحق الشرب يجوز أن يكون محلا لحياة ظاهرة، ومن ثم لا يوجد ما يعوق قانونا كسب أيهما بالتقادم.

ولم يتضمن التقنين المدنى القديم فى مصر قواعد خاصة لكسب حقوق الارتفاق بالتقادم. ومع ذلك ذهب بعض الأحكام تأثرا بالقانون الفرنسى بأن حقوق الارتفاق التى يجوز تملكها بمضى المدة هى حقوق الارتفاق الظاهرة المستمرة. وبذلك لا يمكن كسب حق المرور بالتقادم لأنه وإن كان ظاهرا إلا أنه غير مستمر.

غير أنه رأى الراجح فى الفقه والقضاء لم يقيّد بحكم القانون الفرنسى وسلم بخضوع جميع حقوق الارتفاق للتقادم المكسب مادامت قابلة للحياة، كحق المرور. وسنرى فى المتن أن الشارع فى التقنين المدنى الجديد خرج على الحكم الذى أخذ به القانون الفرنسى تمشيا مع الراجح فى ظل التقنين القديم.

الحيازة عيب الخفاء". فمثل هذا التعليل يخلط ما بين الظهور فى الارتفاق ومعناه فى الحيازة. فالارتفاق الظاهر هو الذى تدل عليه علامة خارجية، أما الحيازة الظاهرة ففيها يباشر الحائز الأعمال المادية للحيازة على نحو تكون فيها ظاهرة للكافة. وبناء على ذلك فقد يكون حق الارتفاق غير ظاهر (لا توجد علامة عليه) ومع ذلك تكون حيازته ظاهرة، فالارتفاق بالمرور قد لا يمارس فى طريق مخطط ولا توجد علامة خارجية عليه ومع ذلك يكون ظاهرا غير خفى إذا كان الحائز يمر علنا على نحو ظاهر للكافة. وبالتالي لا يوجد ما يمنع من كسبه بالتقادم. ولكن يبدو أن المشرع فى التقنين المدنى الجديد أراد ظهورا أوضح بالنسبة لحق الارتفاق، بحيث يجب أن يكون من الظهور بدرجة كافية ولا يكون ذلك إلا بوجود معالم ظاهرة له⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"وحيث إن هذا النعى سديد، ذلك أن المادة 819 من القانون المدنى تنص على أنه "(1) لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذى فيه المطل أو من حافة المشربة أو الخارجية. (2) وإذا كسب أحد بالتقادم الحق فى مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن متر، فلا يحق لهذا الجار أن يبنى على أقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها وذلك على طول البناء الذى فتح فيه المطل". مما مفاده أن المطل إذا كان مفتوحا على مسافة أقل من متر وظل على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة وكانت الحيازة مستوفية لشرائطها وليست على سبيل التسامح فإن صاحب المطل يكسب حق ارتفاق بالمطل بالتقادم ويكون له الحق فى استبقاء مطله مفتوحا على أقل من المسافة القانونية كما هو، وليس لصاحب العقار المجاور أن يعترض، حتى لو كان المطل مفتوحا فى حائط مقام على الخط الفاصل بين العقارين بل ليس له فى هذه الحالة أن يقيم حائطا فى ملكه إلا بعد أن يبتعد عن

الخط الفاصل بمسافة متر وذلك حتى لا يسد المطل المكتسب بالتقادم لما كان ذلك، وكان حق الارتفاق إذا توافر له شرطا الظهور والاستمرار بنية استعمال هذا الحق جاز كسبه بالتقادم إعمالا لما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 1016 من القانون المدني، ولما كان الواقع في الدعوى أخذا من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن تمسك بدفاع مؤداه أن كسب حق المطل بالتقادم وطلب تحقيقه على النحو الوارد في دفاعه، فإن الحكم المطعون فيه إذ طرح - دون تحقيق - هذا الوجه من الدفاع على سند أنه جاء مرسلا ولا دليل عليه في الأوراق وهو ما لا يكفي بذاته للرد على هذا الدفاع الذي إن صح لتغيير وجه الرأى في النزاع، وهو ما يعيبه بالقصور في التسييب والإخلال بحق الدفاع ويوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة".

(طعن رقم 297 لسنة 66 ق جلسة 1997/12/10)

118 - كسب حقوق الارتفاق الظاهرة المستمرة وغير المستمرة

بالتقادم:

إذا كان المشرع قد بين ما يمكن اكتسابه بالتقادم من حقوق الارتفاق، وقصره على الارتفاقات الظاهرة، فإنه قد خص منها حق المرور والواقع أن المشرع في هذا الصدد يقصد أن يكون من الممكن كسب حقوق الارتفاق الظاهرة، سواء كان الحق مستمرا أو غير مستمر، ولما كان حق المرور مستمرا فقد حرص المشرع على تأكيد إمكان اكتسابه بالتقادم⁽¹⁾.

وهذا - كما أسلفنا - على خلاف التقنين المدني الفرنسي الذي يوجب في حق الارتفاق الذي يجوز كسبه بالتقادم أن يكون مستمرا.

وعلى ذلك إذا فتح شخص في حائط منزله مطلا على أقل من المسافة القانونية، وظل هذا المطل مفتوحا المدة اللازمة لكسبه بالتقادم، فإنه يكسب ارتفاقا

(1) مذكرة المشروع التمهيدي مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 628.

بالمطل.

فالارتفاق هنا ظاهر له علامات محددة وهو مستمر لا يحتاج في مباشرته لأعمال الإنسان، ويحق لصاحبه الاحتفاظ به مفتوحاً على أقل من المسافة القانونية وليس لجاره المطالبة بسده، بل إن أراد البناء فعليه الارتداد عن الخط الفاصل بين العقارين بمقدار المسافة القانونية حتى لا يسد المطل الذي كسبه بالتقادم وحق المرور وهو ارتفاق غير مستمر لأنه يحتاج في استعماله لعمل الإنسان، يجوز اكتساب ملكيته بالتقادم. وغنى عن البيان أنه إذا كان لم يشترط استمرار حق الارتفاق أى وجوب تدخل عمل الإنسان في استعماله، فإن الاستمرار في المعنى العام في الحياة واجب حتى يكسب حق المرور بالتقادم. فيجب أن يكون صاحب العقار المرتفق مدواماً على المرور في العقار المرتفق به، وفي الطريق المعد لذلك.

وإذا كان من الجائز كسب حق الارتفاق الظاهر بالتقادم، فإنه من باب أولى يجوز أن يكسب بالتقادم أيضاً طريقة استعماله. فإذا كسب شخص ارتفاقاً بالمطل على ملك جاره على أقل من المسافة القانونية في حدود نافذة واحدة في طابق معين، فإنه إذا فتح نافذة أخرى بخلاف الأولى أو في طابق آخر واستمر المدة اللازمة للتقادم فإنه يكسب بالتقادم ما أدخله من تعديل على حق ارتفاقه الأصلي⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "لما كان حق الارتفاق إذا توافر له شرط الظهور والاستمرار بنية استعمال هذا الحق جاز كسبه بالتقادم إعمالاً لما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 1016 من القانون المدني".

(طعن رقم 6726 لسنة 63 ق جلسة 2010/6/12)

2- "لما كان الحكم المطعون فيه قد استند في خصوص نفي ادعاء الطاعنين باكتساب حق ارتفاق بالمطل على أرض المطعون ضده الأول إلى عدم تقديم

(1) السنهوري ص 1822 - رمضان أبو السعود ص 541.

الدليل عليه بالنسبة لمطلات الدور الأرضى وعدم اكتمال مدته بالنسبة لمطلات الدور الأول العلوى أخذاً من تقرير الخبير المنتدب وأقوال الشهود الواردة به، وكان البين من هذا التقرير أن تلك المطلات قد تم إقامتها منذ أكثر من ثلاثين سنة وهو ما تأكد من أقوال الشهود الذين استمع إليهم الخبير بالنسبة لمطلات الدور الأرضى، وإذ أعرض الحكم عن الأخذ بهذا التقرير كدليل فى الدعوى وخلت مدوناته من الرد على ما جاء به من حجج فإنه يكون قد عابه القصور، هذا إلى أن الحكم المطعون فيه قد أيد الحكم الابتدائى لأسبابه فى قضائه بخصوص نفى حق الارتفاق بالمطل على سند من أن مجرد فتح المطلات على الأرض القضاء يعد تسامحاً من مالكة لا يكسب جاره هذا الحق مهما طال مدته، دون أن يبين المصدر الذى استخلص منه ثبوت واقعة التسامح، وكان مؤدى هذا أن الحكم قد أقام قضاءه على ثبوت هذه الواقعة دون أن يكون من شأن ما ساقه أن يؤدى إلى هذا الثبوت، فإنه يكون معيباً بالفساد فى الاستدلال بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن".

(طعن رقم 6736 لسنة 63 ق جلسة 2010/6/12)

119 - الحياة التى تكسب حق الارتفاق بالتقادم:

الحياة التى تكسب حق الارتفاق بالتقادم هى ذات الحياة التى تكسب حق الملكية بالتقادم.

وهذه الحياة لها عنصران: عنصر مادى وعنصر معنوى.

والعنصر المادى يتحقق باستعمال حق الارتفاق عن طريق أعمال مادية يقتضيها مضمون هذا الحق، كالمرور فى أرض الجار فى الارتفاق المرور أو بفتح نافذة فى حائط على مسافة أقل من المسافة القانونية تطل على عقار جاره فى الارتفاق بالمطل.

ويجب أن تكون هذه الحياة خالية من العيوب التى قد تشوبها، فلا يصح أن تقترن بإكراه أو أن تحصل خفية أو يكون فيها لبس، بمعنى أن تكون هذه الحياة

مستمرة ظاهرة هادئة غير غامضة. فإذا شابها أحد هذه العيوب لم يكن لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب (م/949/2 مدنى).

وقد سبق أن تناولنا ذلك تفصيلا فى شروط الحيازة.

وقد قدمنا أن هناك معنى خاصا لحق الارتفاق المستمر ولحق الارتفاق الظاهر، وهذا المعنى غير مطلوب فى الشرطين العامين للاستمرار والظهور فى الحيازة. فقد تكون حيازة حق الارتفاق مستمرة مع أن حق الارتفاق نفسه غير مستمر، والعبرة فى هذه الحالة باستمرار الحيازة. فإذا كانت الحيازة مستمرة بالمعنى العام، جاز كسب حق الارتفاق بالتقادم، حتى لو كان هذا الحق غير مستمر بالمعنى الخاص. وكذلك الظهور فى الحيازة، غيره فى حق الارتفاق، ولكننا هنا يطلب القانون الظهور بمعناه الخاص فى حق الارتفاق، أى أن يكون لهذا الحق معالم ظاهرة، حتى تودى الحيازة إلى كسب حق الارتفاق بالتقادم⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كان المفهوم من الحكم أن النافذة التى قضى استئنافيا بتأييد الحكم الصادر بإعادة فتحها قد فتحها صاحبها فى الدور الأرضى من منزله على مسافة بضعة سنتيمترات فقط من نهاية ملك جاره، وأنه فتحها فى فرصة تهدم سور الجار أمامها، وأن الجار بعد ذلك قد أقام السور وزاد نصف متر فى ارتفاعه حتى حجب النافذة كلها ومنع مجال النظر أمامها عن أن يمتد إلى ما وراء السور كما كان من قبل، فهذه الحالة لا يصح وصفها بأنها وضع يد لو استطالت مدته لأكسبت صاحب اليد الحق الذى يدعيه. وذلك لعدم انتفاء الإبهام الذى يكتنفها من ناحية تصرف صاحب النافذة وقت فتحها وبعده، ولعدم تحقق وصفى الهدوء وعدم النزاع من الجار".

(1) السهنورى ص 1823 وما بعدها.

(طعن رقم 35 لسنة 6ق جلسة 1937/3/18)

2- "إن حقوق الارتفاق، ومنها حق الشرب، إنما يجوز اكتسابه بالتقادم إذا ما توافرت أركان وضع اليد المكسب للملكية المقررة بالمادة 76 من القانون المدني. فإذا قضت المحكمة باكتساب حق الشرب بالتقادم وجب عليها أن تبين في حكمها العناصر الواقعية اللازمة لثبوته، من وضع اليد وصفته ومظهره واستمراره طوال المدة المكسبة له، حتى يتيسر لمحكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون، فإذا كان الحكم الذى قضى بثبوت ذلك الحق خاليا من بيان العناصر الواقعية التى تفيد أن مدعيه كان يستعمل الفتحة المتنازع عليها لرى أرضه من مياه الرى، وأن استعماله لها فى هذا الغرض كان ظاهرا غير غامض، ومستمر مدة خمس عشرة سنة، فهذا يكون قصورا فى التسبيب يعيبه ويستوجب نقضه".

(طعن رقم 8 لسنة 15ق جلسة 1945/5/31)

3- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن حقوق الارتفاق ومنها حق المطل إنما يجوز اكتسابها بالتقادم إذا ما توافرت أركان وضع اليد المكسب للملكية المقرر بالمادة 76 من القانون المدني القديم والمادة 968 من القانون المدني الحالى، فإذا قضت المحكمة باكتساب حق الارتفاق بالمطل وجب عليها أن تبين فى حكمها جميع العناصر الواقعية اللازمة لثبوته من وضع اليد ومظهره ومبدئه واستمراره طوال المدة المكسبة له حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون".

(طعن رقم 319 لسنة 51ق جلسة 1981/12/31)**120 - يشترط ألا تقوم الحياة على رخصة من المباحات؛**

رأينا - سلفا عند تناول الحياة - أن الفقرة الأولى من المادة 949 مدنى تقضى بألا تقوم الحياة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات..... إلخ. وهذه القاعدة لها أهمية كبيرة على الخصوص فى موضوع حقوق الارتفاق، فلا يمكن اكتساب حق ارتفاق إذا كان العمل الذى يأتيه الشخص

مجرد رخصة من المباحات.

وقد رأينا أن العمل يكون مجرد رخصة من المباحات إذا كان عملا يقوم به الشخص لأنه من الأعمال التي يبيحها له القانون باعتبار أنها داخلية في نطاق حقه، ولا يستطيع أحد منعه منها، ومن ثم لا تقوم الحيابة بإتيان هذه الرخصة لتخلف عنصرها المادى والمعنوى، وبهذا تنتفى الحيابة لحق الارتفاق فمثلا لو فتح أحد الملاك منورا على حافة ملكه بحيث كان هذا المنور يلاصق ما يعلو أرض الجار. ثم أراد الجار أن يقيم البناء على حدود ملكه، لم يكن لصاحب المنور منعه من ذلك، بمقولة إن فتح هذا المنور يعتبر استعمالا لحق ارتفاق اكتسبه بمضى المدة لأن فتح المناور ليس سوى استعمال لحق الملكية وليس فيه اعتداء على ملك الغير حتى يقال بتوافر حيابة لحق ارتفاق.

وكذلك إذا كان مالك البناء يتمتع بالنظر إلى البحر أو إلى أى منظر جميل آخر عابرا بنظره أرضا فضاء مجاورة، لم يكن له الحق فى أن يدعى، بعد مضى خمس عشرة سنة، أنه قد اكتسب ارتفاقا على هذه الأرض، فيمنع صاحبها من البناء عليها حتى لا يحجب عنه المنظر لأن إطلاله على هذا المنظر لم يكن فيه اعتداء على ملك الغير بل مجرد استعمال لملكيته.

وقد رأينا سلفا أنه يجوز أن تنقلب الأعمال التي يستعملها الشخص بواسطة رخصة من المباحات، إلى أعمال حيابة صحيحة تتوافر فيها عنصرا الحيابة المادى والمعنوى، فتتغير صفة هذه الأعمال، فبعد أن كانت أعمالا لا تقوم بها الحيابة، تصبح أعمالا لا تتم بها الحيابة فتصير صالحة لأن تؤدي إلى التقادم.

121 - يشترط ألا تقوم الحيابة على عمل من أعمال التسامح:

رأينا سلفا عند تناول الحيابة - أن الفقرة الأولى من المادة 949 مدنى تقضى بألا تقوم الحيابة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح. فأعمال التسامح تتضمن نوعا من المضايقة أو الاعتداء على حق الغير، إلا أن هذه المضايقات قد أجازها الغير ضمنا حفظا لعلاقات حسن الجوار

التي توجد بين الجيران عادة. فالمصلحة الخاصة للجيران والمصلحة العامة أيضا توجبان على الجيران مراعاة قدر من التسامح فى علاقتهم بعضهم ببعض، ولا يجوز أن يترتب على هذا التسامح اكتساب حق أو تحمل تكليف. والقول بخلاف ذلك يجعل علاقات الجوار علاقات خلاف وشغب مستمرين بشكل لا يطاق.

فالحياة هنا تكون قد تجردت من عنصرها المعنوى وهو عنصر القصد. فمن يصرح لجاره بالمرور على أرضه رعاية منه لعلاقة الجوار وآدابه، أو من يترك جاره يفتح مطلا على أرضه الفضاء دون مراعاة المسافة القانونية، وإنما يفعل ذلك تسامحا ورعاية منه لرابطة الجوار، ولذلك لا يجوز أن يحتج عليه بعد مضى خمس عشرة سنة بتحول هذا التسامح إلى حق.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن كل ما قصده الشارع من المادة 39 من القانون المدنى إنما هو تقييد حرية صاحب الأرض المعدة للبناء فى أن يقيم البناء على نهايتها إذا كان يريد فتح مطلات له على ملك جاره. وهو لم يقصد بحال أن يجعل العقار المجاور خادما للعقار الذى فتح فيه المطل على المسافة القانونية من يوم فتحه بحيث يكون محملا بحق ارتفاق سلبى لا يمكن معه لصاحب العقار أن يقيم بناء على حدود ملكه أو أن يسوره ويتصرف فى سوره بالهدم والبناء مرة بعد مرة وفى كل آن. وذلك لأن هذا الارتفاق السلبى ليس مما يكتسب بمضى المدة وإنما هو لا يكون إلا بالاتفاق عليه. فالمطل لا يعتبر ارتفاقا للعقار المطل على العقار المطل عليه متى كان مفتوحا على المسافة القانونية. أما فتح المطل على أقل من المسافة القانونية فهو أصلا من التصرفات التى يملكها كل مالك فى ملكه، له نفعه وعليه خطره. ولابد لاعتباره مبدأ لوضع يد على حق ارتفاق بالمطل يكسب بالتقادم، من انتفاء مظنة العفو والفضل من جانب صاحب العقار المجاور انتفاء شبهة الاقتصار فى الانتفاع بالمطل على القدر الذى تركه فاتحه من ملكه بينه هو

وجارِه. وهذه الشبهة وتلك المظنة تتأكدان بإقامة سور فاصل بين الملكين ومن شأنه الحد من مجال النظر من المطل. فإذا فتح المالك فى ملكه نوافذ على أقل من المسافة القانونية مع وجود سور للجار يقابلها، فإنه مهما يكن فى هذا السور من فجوات تسمح بمد النظر على ملك الجار - إنما يكون مخاطرا فى فتحه هذه النوافذ من جهة لقصور عمله هذا فى الدلالة على معنى التعدى الذى هو شرط لازم لنشوء حالة وضع اليد بالمعنى القانونى على حق ارتفاق بالمطل يراد اكتسابه بمضى المدة على ملك الغير ومن جهة أخرى لوضوح الدلالة المستفادة من قيام السور على عدم تهاون صاحبه فى أن تطل على ملكه تلك النوافذ وعلى احتفاظه بحقه فى البناء على نهاية ملكه فى كل وقت. ولايرد على ذلك بأن صاحب السور بتراخيه فى ترميمه وسد فجواته قد أسقط حقه فى هذا الترميم. وأنه مكن الجار بامتناعه عن إجرائه من اكتساب حق عليه، إذ حق المالك فى ترميم ملكه لا يسقط بعدم الاستعمال ولا ينقيد صاحبه فيه بغير اتفاق صريح".

(طعن رقم 35 لسنة 6ق جلسة 1937/3/18)

2- "متى كان يبين من الأوراق أن الطاعن تمسك فى كافة مراحل التقاضى بأن المطلات المشار إليها فى طعنه لا يمكن أن تكتسب حق ارتفاق المطل والنور والهواء لأنها مفتوحة على أرض فضاء ومتروكة من طريق التسامح وأن التسامح لا يكسب حقا وكان هذا الدفاع من شأنه لو ثبت أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى وكان الحكم خلوا من التحدث عنه، فإنه يكون قد شابه قصور يطله فى هذا الخصوص".

(طعن رقم 359 لسنة 20ق جلسة 1952/10/30)

3- "مفاد المادة 819 من القانون المدنى أن المطل إذا كان مفتوحا على مسافة أقل من متر وظل على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة، وكانت الحياة مستوفية لشرائطها وليست على سبيل التسامح، فإن صاحب المطل يكسب حق ارتفاق بالمطل بالتقادم ويكون له الحق فى استبقاء مطله مفتوحا على أقل من

المسافة القانونية كما هو وليس لصاحب العقار المجاور أن يعترض حتى لو كان المطل مفتوحاً في حائط مقام على الخط الفاصل بين العقارين بل ليس له في هذه الحالة أن يقيم حائطاً في ملكه إلا بعد أن يبتعد عن الخط الفاصل بمسافة متر وذلك حتى لا يسد المطل المكتسب بالتقادم. لما كان ذلك وكان حق الارتفاق إذا توافر له شرطاً الظهور والاستمرار بنية استعمال هذا الحق جاز كسبه بالتقادم إعمالاً لما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 1016 من القانون المدني، وكان يبين من تقارير خبراء الدعوى المقدمة صورها الرسمية بأوراق الطعن والتي أخذت بها محكمة الموضوع. أن مطلات منزل المطعون عليهم عبارة عن نوافذ بالجهة الشرقية بالطوابق الأرضى والمسروق والأول والثانى العلويين وأن تاريخ فتحها يرجع إلى مدة لا تقل عن تسع عشرة سنة وكان البين من حكم محكمة أول درجة الذى أخذ بتقريرى خبير الجدول ومكتب خبراء وزارة العدل والمؤيد بالحكم المطعون فيه أن هناك حق ارتفاق بالمطل لعقار المطعون عليهم على عقار الطاعن قد اكتسب بالتقادم بعد أن توافرت شروطه إذ أن علامة هذا الحق الظاهرة هى تلك النوافذ المفتوحة على عقار الطاعن وكان الطاعن لم يتحد بأنه تمسك بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع بأن المطلات موضوع التداعى كانت على سبيل التسامح فإن النعى بما جاء بهذا الوجه يكون غير مقبول.

(طعن رقم 490 لسنة 49 ق جلسة 1980/12/4)

وقد رأينا سلفاً أنه يجوز أن تنقلب الأعمال التى التى يقوم بها الشخص على سبيل التسامح من الجار، إلى أعمال حيازة صحيحة يتوافر فيها عنصر الحيازة المادى والمعنوى. فتتغير صفة هذه الأعمال، فيعد أن كانت أعمالاً لا تقوم بها الحيازة، تصبح أعمالاً تتم بها الحيازة فتصير صالحة لأن تؤدي إلى كسب الارتفاق بالتقادم.

122 - مدة التقادم:

تنص الفقرة الثانية من المادة 1016 مدنى - كما رأينا - على أن: "ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة، بما فيها حق المرور" ولم تفرق بين اكتساب

الارتفاقات الظاهرة بالتقادم المكسب الطويل أو التقادم المكسب القصير، وبذلك يجوز اكتساب ملكية حق الارتفاق الظاهر بالتقادم الطويل (خمس عشرة سنة) وبالتقادم القصير (التقادم الخمسى) إذا توافرت شروط كل منهما.

وهذا عكس الحال فى القانون المدنى الفرنسى حيث تنص المادة 690 مدنى على أن حق الارتفاق يكسب بالحيازة المدة الطويلة.

وعلى ذلك تكون المدة القانونية اللازمة لاكتساب الارتفاق بالتقادم هى نفس المدة اللازمة لكسب الملكية، فهى خمس عشرة سنة إذا لم يكن واضع اليد مستندا إلى سبب صحيح أو لم يكن حسن النية (م 968)، وهى خمس سنوات إذا كان له سند صحيح وكان حسن النية (969).

فإذا كان العقار موقوفا فلا يكتسب حق الارتفاق عليه إلا بمضى ثلاث وثلاثين سنة (م 970)⁽¹⁾.

123 - السبب الثالث:

اكتساب ملكية حقوق الارتفاق بالميراث:

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة 1016 مدنى تنص على أن حق الارتفاق يكسب بعمل قانونى أو بالميراث.

ويرى الفقه أن ذكر الميراث ضمن أسباب ملكية حق الارتفاق عمل غير دقيق، لأن حق الارتفاق لا ينتقل بالميراث استقلالا من شخص لآخر، وإنما هو ينتقل مع العقار المرتفق باعتباره حقا تابعا له، ومن ثم فلا يرى سببا لتخصيص الإرث بالذكر من بين الأسباب الناقلة للملك. ومن ثم فالواجب إذن قصر المادة 1016 على أسباب كسب حق الارتفاق ابتداء⁽²⁾.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 229 وما بعدها - السنهاورى ص 1831 وما بعدها.

(1) السنهاورى ص 1755 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 321 وما بعدها - محمود

جمال الدين زكى ص 642- نبيل سعد ص 268.



مادة (1017)

- 1- يجوز فى الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضا بتخصيص من المالك الأصلي.
- 2- ويكون هناك تخصيص من المالك الأصلي إذا تبين بأى طريق من طرق الإثبات أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة، فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين، ففي هذه الحالة إذا انتقل العقاران إلى أيدى ملاك مختلفين دون تغيير فى حالتهم، عد الارتفاق مرتبا بين العقارين لهما وعليهما ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك.

الشرح

124 - إنشاء حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي:

تنص المادة على طريقة خاصة تنفرد بها حقوق الارتفاق الظاهرة، إذ أجازت ترتيب حقوق الارتفاق الظاهرة بالتخصيص من جانب المالك الأصلي، أو تخصيص رب الأسرة كما يسميها الشراح الفرنسيون. وهذه المادة مأخوذة عن نص المواد 692، 963، 694 من المجموعة المدنية الفرنسية⁽¹⁾.

(1) الوضع فى ظل التقنين المدنى الملغى :

لم يتضمن التقنين المدنى الملغى نصا على إنشاء الارتفاق عن طريق تخصيص المالك الأصلي.

وقد قضت إحدى المحاكم بأنه أمام سكوت القانون لا يمكن الحكم بوجود ارتفاق بالمطل مرتب بتخصيص رب الأسرة، وأنه وإن كان القانون يجيز للقاضى اتباع ما تقضى به قواعد القانون الطبيعى وقواعد العدالة فإنه لا يمكن أن يعتبر من قواعد القانون الطبيعى، =

وتخصيص الارتفاق الظاهر من جانب المالك الأصلي أو رب الأسرة يفترض أن بين عقارين مملوكين لنفس الشخص علاقة تبعية ظاهرة بحيث لو لم يكن هذان العقاران مملوكين لنفس الشخص لقليل بأن لأحدهما على الآخر حق ارتفاق. ومادام العقاران مملوكين لنفس الشخص فإنه لا يمكن القول بأن لأحدهما على الآخر حق ارتفاق، لأن الإنسان لا يجوز أن يكون له ارتفاق على عقار مملوك له .

ولكن هذا الوضع قد يؤدي في يوم من الأيام إلى إنشاء حق ارتفاق إذا أصبح، لأي سبب من الأسباب، لكل من العقارين مالك يختلف عن مالك الآخر. فلو فرض أن مالكا لبناعين متجاورين قام، بقصد إدخال النور والهواء إلى أحد البناعين، بفتح نافذة في أحدهما مطلة على الآخر، ثم مات هذا المالك وجرت القسمة في العقارين، أو انتقلت ملكية أحدهما لشخص آخر بناء على أي سبب من أسباب الملك، ففي هذه الحالة يبقى هذا المطل لصالح العقار المستفيد منه ويكون

= ذلك الافتراض القانوني الخاص بتشريع أجنبي مع أنه مختلف فيه، كما لا يمكن أن تعتبر قاعدة من قواعد العدالة تلك التي تخلق قرينة صارمة من غير مراعاة لظروف الأحوال المختلفة (استئناف مختلط 7 يونية 1900).

ورأى معظم المحاكم الأهلية والمختلطة أنه لا يوجد قانونا ما يمنع من الأخذ بنظرية القانون الفرنسي، وتقرير حق الارتفاق المرتب بتخصيص رب الأسرة إذا توافرت الشروط اللازمة لوجوده (استئناف مصر 3 ديسمبر 1931 - استئناف مصر 17 ديسمبر 1931 - ميت غمر الجزئية 31 مايو 1926 - مصر الابتدائية استئنافي 22 نوفمبر 1926).

وقد أخذت بهذا الرأي الغالب محكمة النقض إذ قضت بأن:

"إن المادة 611 من القانون المدني لم تكن توجب تسجيل العقود المقررة لحقوق الارتفاق، بل كانت تنص على تسجيل العقود المنشئة لتلك الحقوق. فإذا كان حق الارتفاق مرتبا من قبل بتخصيص رب الأسرة، ومنصوصا على وجوب احترامه في عقد آخر مسجل تسجيليا كليا، فالعقد الذي يجيء مقرر له لا يكون واجبا تسجيله".

(طعن رقم 8 لسنة 11 ق جلسة 1941/4/24)

حينئذ حق ارتفاق لصالحه. فنحن فى هذا المثال أمام حق ارتفاق مرتب بتخصيص من المالك الأصلى.

وإذا كان شخص يملك عقارين متجاورين، فإنشأ على أحدهما منزلاً، وكان تتبع فى الآخر عين، فأنشأ قناة فى هذا العقار يجرى فيها ماء العين إلى المنزل. فلا يوجد حق ارتفاق لمنفعة المنزل مادام الشخص مالكا للعقارين. ولكن إذا انفصل العقاران بأن باع أحدهما واحتفظ بالآخر، أو مات وترك وارثين اقتسما التركة، فخص كل منهما عقار، ففي هذه الحالة يوجد حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى.

والقول فى هذه الصورة ومثيلاتها بوجود حق ارتفاق لصالح أحد العقارين على الآخر عند انفصالهما يحقق بدون شك غاية اقتصادية.

فيجب ألا يفضى تقسيم العقارات - وعلى الخصوص العقارات الزراعية - إلى تعطيل استغلالها أو إعاقة الانتفاع بها. ولن يتحقق هذا إلا إذا استمر هذا الاستغلال كما كان عندما كان العقاران فى يد نفس المالك.

وزيادة على هذا التبرير الاقتصادى فإن الشراح يجدون تبريراً قانونياً لهذه الطريقة من طرق إنشاء حقوق الارتفاق. فيرون أو نشوء الارتفاق فى هذه الصورة يستند إلى الإرادة الضمنية أى الاتفاق الضمنى المؤكد لذوى الشأن وقت انفصال ملكية العقارين، على إبقاء الحالة على الوجه الذى رتبته المالك الأصلى⁽¹⁾. وهذا الاتفاق الضمنى ليس إلا عقداً، وبالتالي فإن الارتفاق الذى ينشأ بتخصيص المالك الأصلى إنما ينشأ بمقتضى تصرف قانونى.

وهذا ما أخذت به محكمة النقض كما سنرى.

(أنظر البند التالى).

(1) السنهورى ص 1798 - عبد المنعم البدرأوى ص 337- محمد لبيب شنب ص 413 وما بعدها- محمود جمال الدين زكى ص 653 وما بعدها.

ولذلك يتناول الشراح تخصيص المالك الأصلي للارتفاقات الظاهرة عند تناول التصرف القانوني لكسب حق الارتفاق.

وقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"2- ويدخل فى الاتفاق الضمنى لكسب حق⁽¹⁾ الارتفاق ما يسمى بتخصيص المالك الأصلى".

الشروط الواجب توافرها لترتيب حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى :

يشترط لترتيب حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى توافر الشروط الآتية:

125 - الشرط الأول :

وجود عقارين مملوكين لشخص واحد :

فيكون المالك الواحد مالكا لعقارين منفصلين: أرضين منفصلتين، أو بنائين منفصلين، أو أرض وبناء.

ويستوى أن يكون العقاران منفصلين من الأصل أو كانا عقارا واحدا وحصلت تجزئته لأن علاقة التبعية كما يجوز أن تنشأ بين عقارين منفصلين يصح أن تنشأ بين جزئين من عقار واحد. وهذا ما يجب التسليم به⁽²⁾.

ولا يشترط أن يكون العقاران متلاصقين⁽³⁾، بل ليس من الضرورى أن يكون هناك عقاران مستقلان منفصل كل منهما عن الآخر، بل يصح أن ترتب حقوق

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 629.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 339 - محمود جمال الدين زكى ص 654.

(3) وكانت المادة (1290) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (1018) تنص على أن: "... فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات المجاورة، هذا ما لم هناك اتفاق يقضى بغيره". إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رأيت أن تستبدل بكلمة "المجاورة" عبارة "التي فرضت لمصلحتها هذه القيود" حتى لا يقتصر الأمر على مجرد الجوار وإنما يتناول العقارات التى تقع فى الحى الذى فرضت هذه القيود لمصلحته من حيث التنسيق أو الأوضاع الصحية وما إليها (مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص 631 وما بعدها).

الارتفاق بتخصيص المالك على أجزاء نفس العقار الواحد، إذ أصبحت مملوكة لأكثر من مالك، ولو أن النص لم يذكر إلا الارتفاقات المرتبة بتخصيص المالك على عقارين. لأن الظاهر أن الشارع اكتفى بذكر الحالة العادية، أو أنه نظر إلى الوقت الذي يتجزأ فيه العقار الواحد فيصبح أكثر من عقار⁽¹⁾. فإذا كان شخص يملك أرضاً زراعية واسعة، وقد أنشأ في جانب منها مسقاة لرى كل الأرض، ثم باع الجزء من الأرض الذي لا توجد فيه المسقاة، جاز للمشتري أن يتمسك بنشوء حق ارتفاق بالشرب للجزء الذي اشتراه مصدره تخصيص المالك الأصلي.

126- الشرط الثاني :

جعل أحد العقارين يخدم بالفعل العقار الآخر :

يعنى هذا الشرط أن ينشئ مالك العقارين حالة واقعية أو ترتيباً معيناً من شأنه جعل أحد العقارين أو أحد جزئى العقار فى خدمة الآخر، فيحمل أحد العقارين عبئاً لفائدة العقار الآخر.

أما إذا كان قصد المالك من ترتيب هذه الحالة الواقعية مجرد توفير أسباب الراحة لنفسه إشباعاً لحاجات شخصية مؤقتة، فلا يتحقق الشرط.

ولهذا قضت المحاكم الفرنسية بأنه لا ينشأ حق ارتفاق بتخصيص رب الأسرة إذا لجأ مالك منزلين متجاورين يسكنهما معاً إلى فتح باب فى حائط بينهما بقصد تسهيل المرور من أحدهما إلى الآخر، فإذا باع المنزلين منفصلين لم ينشأ لأحدهما على الآخر حق ارتفاق لمجرد وجود الباب⁽²⁾.

وقاضى الموضوع هو الذى يفصل دون رقابة من محكمة النقض فيما إذا كانت الحالة الواقعية قد قصد منها خدمة شخصية مؤقتة للمالك أم قصد بها

(1) محمد كامل مرسى ص 429 وما بعدها - السنهورى ص 1800 - رمضان أبو السعود ص 543.

(2) نقض فرنسى 7 مارس 1867 مشار إليه بمؤلف عبد المنعم البدرأوى ص 340 هامش (1).

إخضاع أحد العقارين بشكل دائم لخدمة العقار الآخر⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مفاد ما نصت عليه المادة 1017 من القانون المدني أن على من يتمسك بأنه اكتسب حق ارتفاق بتخصيص المالك الأصلي أن يثبت أن العقار المملوك له والعقار الذى يدعى أنه اكتسب عليه حق ارتفاق كانا مملوكين لمالك واحد وأنه أثناء اجتماع ملكية العقارين أقام المالك الأصلي علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تعتبر ارتفاقا ظاهرا لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين، وأن هذه العلاقة بين العقارين استمرت إلى ما بعد انفصال ملكيتهما".

(طعن رقم 699 لسنة 47 ق جلسة 1981/1/15)

ويجب أن يكون المالك الأصلي للعقارين هو الذى أنشأ هذا التخصيص. فلا يكفى أن يكون هذا التخصيص من فعل المنتفع أو المحتكر أو المستأجر مثلا، إلا إذا أقر المالك هذا العمل⁽²⁾.

والحكمة فى ذلك أن الارتفاق المرتب بتخصيص المالك الأصلي إنما هو قائم على أساس أن العقارين قد ربط بينهما على نحو معين بشكل دائم. وإنشاء هذه الرابطة الدائمة لا يمكن أن يتم إلا بواسطة المالك⁽³⁾.

وإذا كان المالك قد تلقى العقارين بهما حق الارتفاق، واستبقى الارتفاق، ترتب حق الارتفاق بالتخصيص.

وإذا لم يكن لمالك العقارين على أحدهما إلا حق قابل للفسخ أو الإبطال، وفسخ الحق أو أبطل، فإن حق الارتفاق لا يوجد فى هذه الحالة، لأنه بسبب الأثر

(1) السنهورى ص 1801 وما بعدها - رمضان أبو السعود ص 543.

(2) محمد كامل مرسى ص 430 - السنهورى 1803 - محمود جمال الدين زكى ص 655.

(3) عبد المنعم البدرأوى ص 340.

الرجعى للفسخ أو الإبطال يعتبر العقاران أنهما لم يجتمعا معا فى يده⁽¹⁾. وإذا كان الارتفاق قد أنشئ فى عقارين مملوكين على الشيوع، ثم انقضى الشيوع بالقسمة فاختص كل من الشريكين بعقار، فإنه إعمالا للأثر الرجعى للقسمة يكون كل منهما غير مالك العقار الذى يختص به وقت إنشاء الارتفاق، وبالتالي كأن العقارين لم يجتمعا فى يد مالك واحد.

127- الشرط الثالث :

وجود علامة ظاهرة تدل على وجود الارتفاق :

تنص الفقرة الأولى من المادة 1017 مدنى على أنه: "يجوز فى الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضا بتخصيص من المالك الأصلى". ومفاد هذا أن ترتيب حق الارتفاقات بتخصيص المالك الأصلى لا تكون إلا فى الارتفاقات الظاهرة.

وعرفنا سلفا أن حقوق الارتفاقات الظاهرة، هى التى يكون لها مظهر مادى خارجى يدل على وجودها أى علامة تدل عليها كالطريق فى حق المرور أو المجرى فى حق المسيل أو الصرف، أو النافذة فى حق المطل والحكمة فى قصر إنشاء الارتفاق بتخصيص المالك على الارتفاقات الظاهرة، أن لها علامة خارجية ظاهرة تدل عليها، أى أن إنشاء الارتفاق بهذه الطريقة إنما يقوم على أساس افتراض الحالة الواقعية إلى حق ارتفاق عند انفصال ملكية العقارين، ولا يمكن القول بهذا الافتراض إلا إذا كان الارتفاق ظاهرا. وعلى ذلك لا يمكن أن ينشأ بهذه الطريقة ارتفاق عدم البناء أو ارتفاق عدم التعلية لكونهما من الارتفاقات غير الظاهرة⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(1) محمد كامل مرسى ص 430.

(2) محمد كامل مرسى ص 432 - عبد المنعم البدرأوى ص 340.

1- "مفاد نص المادة 1017 من التقنين المدني أن الارتفاق لا ينشأ بتخصيص المالك الأصلي إلا إذا كان إرفاقاً ظاهراً بأن تكون له علامة خارجية ظاهرة تنم عن وجوده على سبيل الجزم واليقين، وتعلن إعلاناً محققاً لا يحتمل الشك على أن المالك الأصلي أنشأ علاقة تبعية بين العقارين على وجه دائم ومستقر وأن تبقى هذه العلاقة قائمة حتى وقت انفصال العقارين. وإذا كان مجرد وجود ممر بين عقارى الطاعن والمطعون ضده لا يتحقق به شرط الظهور الذى استلزمه القانون حتى ولو كان هذا الارتفاق قد بوشر فى علانية من سكان عقار المطعون ضده بإذن المالك الأصلي، لأن العلامة المادية الظاهرة والماثلة وقت انتقال العقار المرتفق به إلى مالكة هى الطريق الوحيد الذى اختاره المشرع للتدليل على وجود الارتفاق الظاهر. وإذا كانت هذه العلامة يجب أن تظهر فى العقار المرتفق أو العقار المرتفق به حيث يتحدد نطاق استعمال الارتفاق ولا يجوز استخلاص هذا الارتفاق من وجود علامة فى عقار ثالث، فإن الحكم المطعون فيه بتقريره أن لعقار المطعون ضده حق ارتفق بالمرور على ممر النزاع استناداً إلى الأسباب التى أوردها يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 281 لسنة 37 ق جلسة 1972/4/8)

2- "وجود بربخ فى باطن أرض الممر - حتى بفرض أن له صلة بعقار المطعون ضده لا يعتبر علامة ظاهرة فى حكم المادة 1017 من القانون المدني، لأن وجود أنابيب أو مواسير مدفونة فى باطن الأرض ولا يراها الناس، وليس لها أى مظهر خارجى لا يعتبر ارتفاقاً ظاهراً، ولا يمكن ترتيبه بتخصيص المالك الأصلي. وإذا كان ذلك فإن الحكم بقضائه بوجود ارتفاق باستعمال باطن الممر لعقار المطعون ضده يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 281 لسنة 37 ق جلسة 1972/4/8)

ويجب أن تظل العلامة الظاهرة التى تدل على وجود الارتفاق إلى الوقت الذى ينشأ فيه حق الارتفاق قانوناً بأن يملك العقارين مالكان مختلفان، لأن حق

الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي يقوم - كما ذكرنا سلفا - على أساس أن هناك اتفاقا ضمنيا بين المالكين للعقارين على إنشاء هذا الحق، وأن العلامة الظاهرة على الوضع الفعلي الذي ترتب عليه حق الارتفاق هي الشاهدة على وجود هذا الارتفاق الضمني⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي - وعلى ما يستفاد من نص المادة 1017 من القانون المدني - لا ينشأ في وقت تملك المالك الأصلي للعقارين. وجعله أحدهما يخدم الآخر، وإقامته بينهما علامة ظاهرة من شأنها أن تنشئ علاقة تبعية بينهما، وإنما ينشأ هذا الحق من وقت أن يصبح العقاران مملوكين لمالكين مختلفين مع بقائهما على هذا الوضع، إذ في استيفاء المالكين لهذا الوضع ما يدل على أنهما أرادا أن يبرز حق الارتفاق إلى الوجود. وقد كان كامنا ويعطله عن الظهور أن العقارين مملوكان لمالك واحد، أما وقد أصبحا مملوكين لمالكين مختلفين فلم يعد هناك ما يمنع من ظهوره ولا يشترط لنشوءه أن يكون لازما لزوما حتميا للعقار المخدم".

(طعن رقم 128 لسنة 40 ق جلسة 1975/1/8)

2- "متى كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من أوراق الدعوى أن والد المطعون ضده باعتباره مالكا أصليا قد أقام المنزلين، وترك أرضا فضاء منحصرة بينهما محدودة بمبانيهما ومباني الغير، ولا توجد وسيلة للوصول إليها إلا من داخل هذين المنزلين، وأنه ثبت من معاينة الخبير وجود مطلات بمنزل المطعون ضده على تلك الأرض فيكون المالك قد خصص تلك الأرض لمنفعة هذين المنزلين وأنشأ بها علاقة تبعية بينهما تدل على وجود حق ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين وهو استخلاص سائغ ومقبول. فإنه يكون قد طبق القانون

(1) السنهاورى ص 1806.

على وجهه الصحيح، ولا يغير من ذلك كون إنشاء منزل المطعون ضده وفتح المطلات فيه على الأرض المجاورة سابقا على تملك والده لتلك الأرض وبنائه منزل الطاعن عليها، لأن فتح المطلات على الأرض في مذهب الحكم ليس هو العلامة الظاهرة التي أنشأ بها المالك الأصلي علاقة التبعية بين العقارين وإنما العلامة الظاهرة التي عناها الحكم هي ترك جزء من الأرض محصورا بين المنزلين مع بقاء مطلات في منزل المطعون ضده تقع عليه، وهذا الوضع تم في وقت تملك والد المطعون ضده للعقارين، وعندما اختلف الملاك بتصرف والد المطعون ضده في منزل الأخير استبقى المالك ذلك الوضع فبرز حق الارتفاق".

(طعن رقم 128 لسنة 40 ق جلسة 1975/1/8)

3- "متى كانت الطاعنة - شركة المطاحن - قد تمسكت أمام محكمة الاستئناف بأن للمطحن حق ارتفاق بالصرف في أرض المطعون عليهم، وأن هذا الحق هو من تخصيص المالك الأصلي - المطعون عليه الأول - وقت أن كانت الأرض والمطحن على ملكه، وأن هذا الحق يعد طبقا للمادة 1017 من القانون المدني مرتبا للمطحن على أرض المطعون عليهم بعد انتقال ملكيته بالتأميم إلى مؤسسة المطاحن في سنة 1962، ولما كان ما أورده الحكم المطعون فيه ليس من شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها وهي نفى وجود حق الارتفاق - إذ أن إنكار المطعون عليهم لهذا الحق أو عدم تمسك الطاعنة به أمام محكمة أول درجة لا يفيد في ذاته عدم وجود هذا الحق، وإذ اكتفى الحكم بهذا القول في نفى قيام حق الارتفاق المذكور دون أن يعنى بتحقيقه، فإنه يكون معيبا بالفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب".

(طعن رقم 389 لسنة 43 ق جلسة 1976/1/9)

4- "علاقة التبعية التي ينشئها المالك بين العقارين تدل عليها واقعة مادية أجاز المشروع إثباتها بأى طريق من طرق الإثبات - هي إقامة المالك الأصلي للعقارين علامة ظاهرة تنبئ في وضوح عن أن أحد العقارين يخدم الآخر، بحيث

تبدو هذه التبعية مؤدية تأدية تامة للمهمة الاقتصادية للارتفاق الذى لم يبرز وجوده قانونا بسبب اتحاد المالك فإذا كان من أقام العلامة الظاهرة ليس هو المالك للعقارين فإن استبقاء الأخير للوضع الفعلى القائم كما هو بعد أن تلقاه قائما يتحقق به قيام التبعية بين العقارين لىخدم أحدهما الآخر تلك العلامة التى لا تشكل فى حد ذاتها ارتفاقا بالمعنى القانونى المنصوص عليه فى المادة 1015 مدنى من حيث كونه مرتبا على عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر وإنما تظل فى أداء مهمته إلى أن ينشأ من الناحية القانونية عندما يصبح العقاران مملوكين لمالكين مختلفين مع بقائهما على حالهما وذلك على أساس أن العلاقة الظاهرة الدالة على تبعية العقارين كانت ماثلة أمام مالك العقار المرتفق به فلم يبد اعتراضا عليها مما يعد رضا ضمنيا ينشئ حق ارتفاق على عقاره، وهو لا يشترط لنشوءه أن يكون لازما لزوما ضمنيا للعقار المخدوم".

(طعن رقم 431 لسنة 45 جلسة 1978/12/13)

5- "من المقرر قانونا أن الوقف هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى فلا يملكها أحد من العباد، وناظر الوقف هو صاحب الولاية عليه المفوض فى القيام بمصالحه واستغلاله على أصلح وجه، وأنه وحده - فى نطاق هذه الولاية وعدم وجود مالك للوقف - الذى يمثل جهة الوقف ومصلحة كل من أعيانه فإذا اقتضى حسن الاستغلال وضع عقار من عقاراته فى خدمة عقار آخر وإقامة علامة ظاهرة تدل على ذلك فإن ناظر الوقف وحده هو الذى يملك إقامتها دون أن يكون ذلك تقرير لحق ارتفاق بل إقامة العلاقة بين العقارين ينشأ بها علاقة التبعية بينهما ويكون ذلك بمثابة التخصيص من المالك للعقارين المنصوص عليه فى المادة 1017 مدنى، وإذ كان الثابت من تقريرى الخبيرين المنتدبين أمام لجنة القسمة ومحكمة أول درجة وجود ممر أسفل العقار (.....) يوصل إلى مدخل العقار (.....) ووجود علامات ظاهرة تنبئ عن تخصيص هذا الممر للدخول إلى العقار الأخير منذ مدة سابقة على سنة 1936 إبان اجتماع ملكيتهما للوقف، وأن

هذا الوضع الفعلى ظل قائما من بعد إلغاء الوقف الأهلى فى سنة 1952 وأيلولة ملكية أعيانه للمستحقين فاستبقوه كما هو حتى انتقلت ملكية أحد العقارين للطاعن والآخر للمطعون ضده دون تغيير فى حالتهماء، فإن الارتفاق بالمرور يكون قد نشأ لصالح عقار المطعون ضده على عقار الطاعن دون أن يعوق نشوء وجود مدخل آخر للعقار المخدوم".

(طعن رقم 431 لسنة 45 قى جلسة 1978/12/13)

128- الشرط الرابع:

صيرورة العقارين مملوكين لمالكين مختلفين:

لا ينشأ حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى إلا إذا صار العقاران مملوكين لمالكين مختلفين. لأن علاقة التبعية التى أوجدها المالك بين العقارين لا تشكل ارتفاقا بالمعنى القانونى لما يتطلبه القانون فى الارتفاق من أن يكون مرتبا على عقار لفائدة عقار آخر يملكه شخص آخر، والارتفاق يقوم على اتفاق ضمنى بين المالكين وقت صيرورة العقارين مملوكين لمالكين مختلفين على نحو ما أوضحنا سلفا.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"مفاد نص المادة 1017 من التقنين المدنى - التى عرفت الارتفاق الذى يترتب بتخصيص من المالك الأصلى - أن علاقة التبعية التى أوجدها المالك بين العقارين لا تشكل ارتفاقا بالمعنى القانونى إلا عندما يصبح العقاران مملوكين لشخصين مختلفين ومنذ هذا الوقت فقط . أما قبل ذلك فإن هذه العلاقة وإن كانت تقوم فعلا إلا أنها لا تعتبر ارتفاقا وذلك لما يتطلبه القانون فى الارتفاق من أن يكون مرتبا على عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر (م 1015 مدنى)".

(طعن رقم 278 لسنة 31 قى جلسة 1965/12/30)

ويقع انفصال ملكية العقارين بأسباب شتى:

ومثل ذلك:

- 1- تصرف المالك فى أحد العقارين، أو فى أحد جزئى العقار معاوضة كالبيع أو المقايضة، أو تبرعا كالهبة والوصية.
 - 2- نزع ملكية أحد العقارين جبرا للمنفعة العامة أو بيعه بالمزاد الجبرى وفاء لدين فى ذمة المالك الأصلى.
 - 3- موت المالك وقسمة العقارين بين الورثة.
- ولا يحتاج هذا الارتفاق لنشؤه إلى تسجيل، لأنه يقوم على واقعة مادية هى إقامة العلاقة المادية بين العقارين⁽¹⁾.

129- الشرط الخامس:**عدم وجود شرط صريح يستبعد وجود الارتفاق:**

بعد أن نصت المادة 1017 على ترتيب المالك الأصلى لحق الارتفاق أردفت فى عجزها "مالم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك".

فيجب ألا يوجد فى السند الذى حصل الانفصال بمقتضاه ما يخالف القرينة القانونية لوجود الارتفاق، لأن هذه القرينة لا توجد إذا ثبت أن قصد المتعاقدين يخالف وجودها، إذ أن السبب فى تقرير الارتفاق هو افتراض القصد⁽²⁾.

وتتنفى هذه القرينة بوجود شرط صريح فى السند الذى حصل الانفصال فى الملكية بمقتضاه، على إنهاء الحالة الواقعية التى كانت قائمة بين العقارين.

فإذا كان السند الذى أدى إلى الفصل بين العقارين من حيث الملكية كالبيع أو القسمة أو الهبة لم يذكر شيئا عن الأعمال التى قام بها المالك السابق، والتى من شأنها أن تعد ارتفاقا، أو أنه ذكر أن تلك الأعمال تعد ارتفاقا لأحد العقارين على الآخر اعتبرت كذلك.

(1) محمد كامل مرسى ص 433 وما بعدها - محمد لبيب شنب ص 415.

(2) محمد كامل مرسى ص 433 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 341.

أما إذا تبين من السند المذكور أن المشتري مثلاً لأحد العقارين، ليس له أى حق على تلك الأعمال التى من شأنها أن تكون ارتفاقاً فلا يعتبر ما قام به المالك السابق ارتفاقاً.

ولكن يتعين فى هذه الحالة أن يكون الشرط الذى يتعلق بهذا فى السند الذى يفصل بين العقارين، شرطاً صريحاً، أى يتعين أن يذكر الطرفان صراحة أنهما لا يريدان الإبقاء على علاقة التبعية بين العقارين⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "تقضى المادة 1017 من القانون المدنى بأن الارتفاق الذى يترتب بتخصيص المالك الأصلى يعتبر بعد انفصال ملكية العقارين مرتباً بينهما لهما وعليهما مالم يوجد شرط صريح يخالف ذلك - والمقصود بالشرط الصريح أن يذكر الطرفان صراحة أنهما لا يريدان الإبقاء على علاقة التبعية القائمة بين العقارين ومن ثم فإن تضمين عقد بيع أحد العقارين أن البائع يضمن خلو العقار المبيع من كافة الحقوق العينية أصلية كانت أو تبعية وظاهرة وخفية - هذا النص لا يعتبر شرطاً صريحاً بالمعنى المقصود فى المادة 1017 سالف الذكر".

(طعن رقم 278 لسنة 31 قى جلسة 1965/12/30)

2- "تقضى المادة 1017 من القانون المدنى بأن على من يتمسك بأنه اكتسب حق ارتفاق بتخصيص المالك الأصلى أن يثبت أن العقار المملوك له والعقار الذى يدعى أنه اكتسب عليه حق ارتفاق كانا مملوكين لمالك واحد وأنه أثناء اجتماع ملكية العقارين أقام المالك الأصلى علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تعتبر ارتفاقاً ظاهراً لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين وأن هذه العلاقة بين العقارين استمرت إلى ما بعد انفصال ملكيتهما وذلك مالم يتضمن التصرف

(1) توفيق فرج ص 410 - محمود جمال الدين زكى ص 653 - محمد لبيب شنب ص 415.

الذى ترتب عليه انفصال ملكيه العقارين شرطا صريحا يخالف ذلك".

(طعن رقم 269 لسنة 33 ق جلسة 1967/2/7)

3- "حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي إنما ينشأ بموجب اتفاق ضمنى بين المالكين المختلفين للعقارين منذ أن أصبح العقاران مملوكين لمالكين مختلفين، فيخرج حق الارتفاق إلى الوجود بعد انقضاء ملكية المالك الأصلي ويبقى ثابتا لمصلحة العقار المرتفق، ولا ينفيه إلا أن يتضمن السند، الذى ترتب عليه انفصال ملكية العقارين، شرطا صريحا مخالفا لبقاء الارتفاق".

(طعن رقم 516 لسنة 35 ق جلسة 1970/6/2)

4- "من المقرر أن حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي يخرج إلى الوجود طبقا لنص المادة 1017 من القانون المدنى - بعد انقضاء ملكية المالك الأصلي للعقارين الخادم والمخدوم وأيلولتهما إلى مالكين مختلفين ويبقى تابعا لمصلحة العقار المرتفق ولا ينفيه إلا أن يتضمن السند الذى ترتب عليه انقضاء ملكية المالك الأصلي للعقارين شرطا صريحا مخالفا لبقاء الارتفاق، كما أن نطاق هذا الارتفاق يتحدد بالتخصيص الذى وقع عليه هذا الاتفاق الضمنى بين المالكين إذ أنه بمثابة السند الذى يبين مدى الارتفاق برسم حدوده".

(طعن رقم 801 لسنة 46 ق جلسة 1981/5/5)

130- إثبات توافر شروط إنشاء الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي :

يقع عبء إثبات توافر شروط إنشاء الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي على صاحب المصلحة الذى يتمسك بهذا الارتفاق. وله إثبات ذلك بجميع الطرق القانونية، بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"تقضى المادة 1017 من القانون المدنى بأن على من يتمسك بأنه اكتسب حق ارتفاق بتخصيص المالك الأصلي أن يثبت أن العقار المملوك له والعقار

الذى يدعى أنه اكتسب عليه حق ارتفاق كانا مملوكين لمالك واحد وأنه أثناء اجتماع ملكية العقارين أقام المالك الأصلى علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تعتبر ارتفاقا ظاهرا لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين وأن هذه العلاقة بين العقارين استمرت إلى ما بعد انفصال ملكيتهما وذلك مالم يتضمن التصرف الذى ترتب عليه انفصال ملكيه العقارين شرطا صريحا يخالف ذلك".

(طعن رقم 269 لسنة 33 ق جلسة 1967/2/7)

(راجع أيضا طعن رقم 699 لسنة 47 ق جلسة 1981/1/15)



مادة (1018)

1- إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف شاء، كأن يمنع من تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات التى فرضت لمصلحتها هذه القيود. هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغيره.

2- وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة بإصلاحها عينا، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك.

الشرح

131- قيود البناء الاتفاقية :

تنص المادة على قيود البناء الاتفاقية، وهى قيود ذائعة فى بيوع الأراضى المقسمة التى تقوم بها شركات بيع الأراضى، وكذلك فى بيوع الحكومة لأراضيها فى بعض الأحياء المتميزة. قاصدة من ذلك إنشاء أحياء سكنية على مستوى معين، كالسكن الراقى، أو فى نظام معين، لقصره على المساكن العائلية أو الفيلات.

وتتضمن عادة عدم التجاوز بالبناء عن ارتفاع معين، أو عدم البناء فى الأرض إلا على جزء معين، أو البعد عن حافة الشارع مسافة معينة، أو أن يراعى شروطا صحية معينة فى بناء المطابخ ومحلات الغسيل والمراحيض والمواسير المتصلة بها.

ونظرا لخلو التقنين المدنى القديم من نص مماثل لنص المادة (1018) فقد ثار الخلاف فى ظله على تكليف مثل هذه الاتفاقات والشروط. إلا أن محكمة النقض حسمت هذا الخلاف. واعتبرت هذه القيود حقوق ارتفاق⁽¹⁾.

(1) فقد قضت بأن:

1- "اشترى شخص قطعه أرض من أملاك الحكومة بجهة الزمالك بالشروط المعروفة التى =

= وضعتها هي لذلك ثم باع هذا الشخص القطعة الى شخص آخر بموجب عقد تعهد فيه باحترام الاشتراطات المدونة بعقد البيع الأصلي الصادر من الحكومة مقرا بمعرفتها تمام المعرفة، ووصفت هذه الشروط في عقد البيع الصادر له بأنها حقوق ارتفاق وقيود، ثم أقام على هذه القطعة دكاكين. فرفعت مصلحة الأملاك دعوى عليه طلبت فيها الحكم بإلزامه بإقفال تلك الدكاكين، لما في هذا البناء من مخالفة لشروط البيع الصادر منها الى المشتري الأول، فقضى برفض هذه الدعوى على اعتبار أن الالتزام الوارد في عقد البيع بالامتناع عن عمل دكاكين على العين المباعة إنما هو التزام شخصي صادر لمصلحة الحكومة من المشتري الأول فلا يربط غيره ممن آلت إليه ملكية هذه القطعة، وأنه حتى مع التسليم بأن هذا العقد ينص على تقرير ارتفاق فإن الحكومة تنازلت عنه بتقريرها عوائد مبان على الدكاكين وتحصيلها فعلا.

ومحكمة النقض قالت أن القيود والشرائط الواردة بعقد البيع الأصلي - وقد وصفت في عقد الشراء الثاني بأنها حقوق ارتفاق وقيود - كان لا بد من اعتبارها مقررّة لتكاليف مستمرة ينطبق عليها نص المادة 30 من القانون المدني. فتجاهل الحكم هذا الذي تدون بالعقد وإغفاله الأخذ به، مع وجوبه لعدم المنازعة في معناه، فيه مخالفة للاتفاق ولنص المادة 30 المذكورة. أما عده ربط العوائد على الدكاكين المطلوب إغلاقها تنازلا من الحكومة عن حقوقها المشروطة فخطأ كذلك، إذ التنازل لا يكون صحيحا إلا إذا صدر ممن يملكه، وفقا لنص المادة 180 مدني، ومصلحة الأموال المقررة المنوط بها ربط العوائد وتحصيلها من وظيفتها التعرض لعقود تملك الممولين ولا شأن لها بما اتفق عليه العاقدون".

(طعن رقم 89 لسنة 2 ق جلسة 1933/2/9)

2- "إذا كانت المحكمة قد بنت تكييفها للقيود والشروط التي قيدت بها الملكية في الحى الذى أوجدته شركة جزيرة نيل لاند بالزمالك بأنها حقوق ارتفاق متبادلة، ورتبت ذلك على ما ثبت لها من أن تلك القيود كانت معلومة لجميع المشتريين لأراضى هذا الحى ومشرطة عليهم جميعا فى عقود الشراء المشهورة بالتسجيل، وأنها تسرى على الخلف سريانها على السلف فى التعاقد، وأنه لولاها لما رضيت الشركة ولا من اشتروا منها بالبيع، وأن للشركة ولهؤلاء البائعين الحق فى أن يلزموا المشتري وخلفاءه باحترامها بكل دقة وإلا كان الجزاء الهدم حالا بدون تعويض، فإنها لا تكون مخطئة. إذ بموجب ما ذكرته تكون =

= كل قطعة مبيعة من أراضى الشركة مرتفقا بها لمنفعة مجموع القطع. وذلك تحقيقا للغرض

وقد قننت المادة (1018) ما جرى عليه قضاء محكمة النقض فى ظل القانون القديم. فيجب تفسير الشروط المتضمنة لأمثال هذه القيود على أنها منشئة لحقوق

المقصود من تقرير هذه التكاليف المستمرة على جميع الأراضى المبيعة وهو إنشاء حى خاص تتوافر فيه لجميع سكانه أسباب الراحة والهدوء والتمتع بالشمس والهواء".

(طعن رقم 70 لسنة 12 ق جلسة 1943/4/22)

3- "ليس ثمة ما يمنع قانونا أن يكون سبب التزام المتعاقد فى عقد موجودا فى التزام يفرضه عقد آخر لصالحه ولصالح غيره من المتعاقدين مع الشركة وخلفائها فى هذا الحى، ما دامت هذه الالتزامات معلومة لهم جميعا وقت التعاقد والتزموا بها جميعا فى عقودهم، فإن كل مشتر منهم فى الواقع لم يقبل أن يقيد أرضه. بما قيدها بها من حقوق الارتفاق إلا لأن المشترين الآخرين قيدوا أراضيهم هم أيضا بذلك ومن ثم يكون السبب فى التزام هذا المشتري بما تعهد به فى عقده مع الشركة أو خلفائها هو التزام الآخرين بترتيب ارتفاقات لأرضه على أراضيهم فى عقودهم مع الشركة أيضا أو خلفائها بقصد إنشاء حى الممتاز الذى ينشده كل واحد منهم".

(طعن رقم 70 لسنة 12 ق جلسة 1943/4/22)

4- "إذا كان الحكم المطعون فيه قد استعرض الشروط الواردة بعقد البيع الأصيل الصادر من الشركة المطعون عليها وما نص عليه فى قائمة الشروط الملحقه به من وجوب ترك منطقة فضاء تغرس بالنباتات بعرض ستة أمتار ومن أن هذا القيد يعتبر حق ارتفاق منقول بقطعة الأرض المبيعة وأنه فى حالة مخالفة المشتري لهذا القيد يكون للشركة الحق فى هدم ما يجريه المشتري فى هذه المنطقة الممنوع فيها البناء، ثم أشار الحكم إلى أن الشارع فيما استحدثه من نصوص بالمادة 1018 من القانون المدنى الجديد قد أقر اعتبار هذه القيود التى تحد من حق المالك فى البناء حقوق ارتفاق، فإن هذا الذى قرره الحكم المطعون فيه لا يفيد أنه قد طبق القانون الجديد على واقعة الدعوى - وإنما يدل على أن القانون الجديد قد تلاقى مع القانون القديم فى تكييف هذه القيود والاشتراطات، ومن ثم يكون النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون - لأعماله أحكام القانون المدنى الجديد على نزاع نشأ عن تعاقد أبرم قبل العمل به - فى غير محله".

(طعن رقم 280 لسنة 25 ق جلسة 1960/2/25)

ارتفاع لفائدة العقارات التي فرضت لمصلحتها. وقد تكون هذه الشروط مفرغة في قالب الاشتراط لمصلحة الغير. كل هذا مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك. وعلى ذلك تكون كل قطعة محملة بحقوق ارتفاع لفائدة كل قطعة من القطع الأخرى، وأصبح لها في الوقت ذاته نفس حقوق الارتفاع على كل قطعة من هذه القطع.

فيمكن القول أيضا بأن البائع قد اشترط على كل مشتر باعته له قطعة من الأرض لمصلحة جميع الذين سبقوه والذين سيتلونهم حقوق الارتفاع التي تضمنتها هذه الاشتراطات.

ولسنا بعد ذلك في حاجة إلى نظرية الاستخلاف للقول بوجوب احترام هذه القيود بواسطة كل خلف خاص⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"تعتبر قيود البناء هذه حقوق ارتفاع لفائدة العقارات المجاورة. وقد تكون مفرغة في قالب الاشتراط لمصلحة الغير. ومهما يكن من أمر فإن لأصحاب العقارات المجاورة أن يطالبوا صاحب العقار المرتفق به بهذا الحق. وفي هذا تبسيط للموضوع دون حاجة للالتجاء إلى نظرية الاستخلاف، فيما إذا كلفت هذه القيود بأنها التزامات شخصية تنتقل إلى الخلف الخاص"⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "تنص المادة 1018 من القانون المدني على أنه "إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء كأن يمنع من تجاوز حد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقعته فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاع على هذا العقار لفائدة العقارات التي فرضت لمصلحتها هذه القيود وبهذا جعل المشرع لأصحاب العقارات المقررة لفائدتها حقوق الارتفاع التي من هذا النوع أن يطالبوا

(1) السنهاورى ص 1789 - البدراوى ص 326.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 631.

بها صاحب العقار المرتفق به دون حاجة للالتجاء إلى أحكام الاشتراط لمصلحة الغير أو لنظرية الاستخلاف. فإذا كان الثابت بعقد البيع المسجل الصادر من المالك الأصلي أنه قد نص فيه على أن يترك المشتري على نهاية الحد البحري للمبيع مساحة فضاء يتعهد بعدم البناء عليها كما تعهد البائع بأن يترك مساحة أخرى ملاصقة لها بغير بناء لتكون المساحتان طريقا خاصا لهما ولأى مشتر آخر للأرض المبيعة أو لجزء من باقى العقار ملك البائع، فإن هذا النص صريح فى إنشاء حق ارتفاق على هذه المساحة لمصلحة العقار المبيع ولمصلحة العقار الآخر المملوك للبائع ويكون لهذه العقارات جميعها ارتفاق بالمرور على الطريق محل النزاع كما يكون لك مشتر لقطعة فيها ولمن يخلفه ومهما تعاقد هؤلاء الخلفاء أن يطالب أى مشتر آخر وخلفاءه بتنفيذ ذلك الارتفاق ومنع ما يحول دون الانتفاع به إذ أن كل قطعة تنتقل من مشتر إلى آخر محمله بحق الارتفاق لفائدة أية قطعه أخرى وفى الوقت نفسه بما لها من هذا الحق بمعنى أن كل عقار منها يعتبر مرتفقا ومرتفقا به فى الوقت ذاته".

(طعن رقم 403 لسنة 34 ق جلسة 1968/5/9)

2- "النص فى الفقرة الأولى من المادة 1018 من القانون المدنى على أن "إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف شاء، كأن يمنع من تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات التى فرضت لمصلحتها هذه القيود" - يدل على أن هذه القيود لا تمثل التزامات شخصية ترد فى عقود البيع، وإنما هى حقوق ارتفاق عينية تتبع العقار وتنتقل معه إلى كل من آل إليه ملكيته، باعتبارها مقررة لتكاليف مستمرة ينطبق عليها النص، ومن ثم فإن العقار ذاته ينتقل محملا بما له أو عليه من حقوق الارتفاق المقررة على العقارات الأخرى وبالتالي فحسب الحكم أن يستقى من مصدر صحيح فى أوراق الدعوى أن العقارين المرتفق والمرتفق به محملان بتلك الحقوق مهما تعدد البائعون أو المشترون".

(طعن رقم 4347 لسنة 68 ق جلسة 1999/11/30)

3- "إذ كان البين من الحكم المطعون فيه أنه استخلص من تقرير الخبيرة المندوبة في الدعوى أن شركة المعادى - المالكة الأصلية لقطعة الأرض التى أقام عليها الطاعن البناء موضوع النزاع - ضمنت عقد البيع الصادر منها قيذا يمنع من تجاوز ارتفاع البناء خمسة عشر مترا بما يعادل أربعة طوابق، وأن الطاعن خالف هذا القيد، وإذ كان هذا الاستخلاص سائغا له أصل ثابت فى الأوراق، فإن النعى بهذا الوجه (القصور فى التسبيب) يكون على غير أساس".

(طعن رقم 4347 لسنة 68 ق جلسة 1999/11/30)

4- "وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أن المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن إغفال الحكم بحث دفاع أبداه الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان هذا الدفاع جوهريا ومؤثرا فى النتيجة التى انتهى إليها إذ يعتبر ذلك الإغفال قصورا فى أسباب الحكم الواقعية يقتضى بطلانه، بما مؤداه أنه إذ اطرح على المحكمة دفاع كان عليها أن تتظر فى أثره فى الدعوى فإن كان منتجا فعليها أن تقدر مدى جديته حتى إذا ما رأته متسما بالجدية مضت إلى فحصه لتقف على أثره فى قضائها فإن لم تفعل كان حكمها قاصرا، وأن قيود البناء الاتفاقية المنصوص عليها فى المادة 1018 من القانون المدنى تعتبر حقوق ارتفاق متبادلة مقرر لفائدة جميع العقارات التى تقام فى حى معين إذ يترتب عليها أن تصبح كل قطعة من الأرض مرتفقا بها لمنفعة جميع القطع الأخرى فى الحى ذاته بحيث إذا خالفها غالبية الملاك أصبح الآخرون فى حل من الالتزام بها لانقضاء سبب هذا الالتزام والحكمة منه، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن الطاعنين تمسكوا أمام محكمة الموضوع بأن الشركة المطعون ضدها الأولى وملاك العقارات فى المنطقة الواقع بها عمار التداعى قد ألفوا مخالفة قيود الارتفاق التبادلية وأقاموا أبنية بالمخالفة لها وأن ذلك يجعلهم فى حل من الالتزام بتلك القيود والاشتراطات وإذ التفت الحكم المطعون فيه عن تناول هذا الدفاع بما يقتضيه من البحث والتحصيص للوقوف

على أثره ولم يواجهه بما يصلح ردا عليه رغم أنه دفاع جوهري من شأنه إن صح أن يؤثر على الحكم فى الدعوى وأهدر دلالة المستندات المؤثرة والمؤيدة لدفاعهم مع ما قد يكون لها من دلالة فى واقع الدعوى فإنه يكون قد عاره قصور مبطل يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 6240 لسنة 70 ق جلسة 2012/2/15)

132- جزاء مخالفة القيود الاتفاقية للبناء:

تنص الفقرة الثانية من المادة 1018 على أن: "وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة بإصلاحها عينا، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك".

وهذا النص هو المطبق فى نطاق الحقوق الشخصية والتي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 203 بقولها: "على أنه إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاب للمدين، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى. إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما".

فيجوز لأى مشتري مطالبة المشتري الذى خالف القيود الاتفاقية للبناء بتنفيذ هذه القيود عينا. وذلك بطلب إزالة البناء المخالف على نفقة المشتري المخالف. وبالتعويض إن كان له مقتض.

غير أنه قد يترتب على التنفيذ العينى إرهاب صاحب العقار المرتفق به، كما إذا كان البناء ضخما قد تكلف نفقات كثيرة وكانت المخالفة يسيره - لم ينجم عنها ضرر كبير. فيجوز فى هذه الحالة الاكتفاء بالتعويض إذا وجد القاضى أن هذا جزاء عادل فيه الكفاية⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"والأصل المطالبة بتنفيذ هذه القيود عينا، ولكن قد يترتب على ذلك إرهاب

صاحب العقار المرتفق به، إذا طلب منه إزالة بناء ضخم أقامه مخالفا لما فرض عليه من القيود. فيجوز في هذه الحالة الاكتفاء بالتعويض إذا وجد القاضي أن هذا جزاء عادل فيه الكفاية. وقد سبق أن قرر المشروع (م279) هذه القاعدة في تنفيذ الالتزام إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين، والآن ينتقل المشروع بالقاعدة من دائرة الحق العيني⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بإلزام الطاعن بإزالة المباني التي استحدثها في المنطقة المحظورة البناء عليها فإنه لا يجدى تمسكه بنص الفقرة الثانية من المادة 1018 من القانون المدني الجديد طالما أن هذا النص يجعل الحكم بالإزالة أو التعويض أمرا تقديريا لمحكمة الموضوع".

(طعن رقم 820 لسنة 25 ق جلسة 1960/2/25)

2- "إذا كان الحكم المطعون فيه قد قرر أن الطاعن لا يناله من الحكم بالإزالة إرهاب أو ضرر جسيم فإن هذا يفيد أن الشركة المطعون عليها لم تكن متعسفة في طلب الإزالة".

(طعن رقم 820 لسنة 25 ق جلسة 1960/2/25)

3- "لا يجيز القانون الحكم بالتعويض طبقا للفقرة الثانية من المادة 1018 من القانون المدني إلا في الأحوال التي يجوز فيها المطالبة بإصلاح الضرر الناتج عن مخالفة القيود المفروضة عينا والتي ترى فيها المحكمة أن في الحكم بالإصلاح عينا إرهابا لصاحب العقار المرتفق به - وإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أنه لا حق للطاعنين في طلب الإصلاح عينا لتنازلهما وغيرهما من أصحاب العقارات التي فرضت لمصلحتها تلك القيود عنها، فإن رفض طلب التعويض لا يكون مخالفا للقانون".

(طعن رقم 133 لسنة 36 ق جلسة 1962/1/25)⁽¹⁾

4- مفاد نص المادة 1/1018، 2 من القانون المدنى أن القانون وقد اعتبر قيود البناء الاتفاقية حقوق ارتفاع، جعل لمالكى العقارات المرتفعة أن يطالبوا بتنفيذها عينا عن طريق طلب الإصلاح العينى للمخالفة غير أن المشرع رأى أنه قد يترتب على ذلك إرهاب صاحب العقار المرتفق به إذا طلب منه إزالة بناء ضخم أقامة لما فرض عليه من القيود، فأجاز فى هذه الحالة الاكتفاء بالتعويض إذا وجد القاضى أنه هذا جزاء عادل فيه الكفاية وذلك على غرار ما قرره المشرع فى المادة 203 فى شأن تنفيذ الالتزام إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاب للمدين. ومتى كان المشرع قد جعل الحكم بالتعويض بديلاً عن الحكم بالإصلاح العينى للمخالفة فإن القضاء بالتعويض لا يكون إلا حيث يطالب صاحب العقار المرتفق مالك العقار المرتفق به بهذا الإصلاح العينى أما إذا رفعت الدعوى ابتداء من مالك العقار المرتفق به بطلب تمكينه من إقامة بناء مخالف لما فرض عليه من القيود أو تكملة هذا البناء، فلا يكون للقاضى أن يصرح له بذلك مقابل تعويض يدفعه لأصحاب العقارات المقررة هذه القيود لمصلحتها ما داموا هم قد تمسكوا بوجوب احترامها باعتبارها حقوق ارتفاع تبادلية وذلك لما ينطوى عليه هذا القضاء من تصريح بارتكاب مخالفة لما تقع أو باستعمال مخالفة بدئ فيها، ولم يقصد المشرع من إيراد حكم المادة 2/1018 من القانون المدنى تخويل القاضى الحق فى مخالفة حقوق الارتفاع هذه وإنما كل ما قصده هو عدم إرهاب مالك العقار المرتفق به بإزالة

(1) كما قضى هذا الحكم بأن:

"التمسك بأن قيود البناء الواردة فى عقد البيع الصادر من الشركة المطعون عليها يعتبر من شروط الإذعان التى لا سبيل للمشتري عند توقيعه إلى المناقشة فيها، لا يصح التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض مادام أنه لم يسبق طرحه من قبل أمام محكمة الموضوع".

المباني المخالفة لما فرض عليه من قيود فى حالة وقوع هذه المخالفة فلا قبل أن يرفع الأمر إلى القاضى فإذا لم تطلب هذه الإزالة، فلا يكون هناك محل للحكم ببديلها وهو التعويض".

(طعن رقم 219 لسنة 33 ق جلسة 1968/2/29)

5- "مفاد نص الفقرة الثانية من المادة 1018 من القانون المدنى أن القانون قد جعل الحكم بالتعويض بديلا عن الحكم بالإصلاح العينى - عند مخالفة أحد الملاك لقيود البناء الاتفاقية - فى الأحوال التى تجوز فيها المطالبة بإصلاح المخالفات عينا، والتى ترى فيها المحكمة أن فى ذلك إرهاقا لصاحب العقار المرتفق به المالك المخالف - ففى هذه الأحوال يجوز للمحكمة الاكتفاء بالحكم بالتعويض".

(طعن رقم 130 لسنة 42 ق جلسة 1976/5/25)

133- هل يجوز الإغفاء من القيود الاتفاقية للبناء؟

لا يجوز للبائع إغفاء مشتريا دون الباقيين من القيود الاتفاقية للبناء كلها أو بعضها، وإن جاز ذلك بموافقة باقى المشتريين. ذلك بأن كل قطعة أصبحت مقررا لها أو عليها حقوق الارتفاق التى تتضمنها هذه الشروط. غير أنه ليس فى القانون ما يمنع التنازل عن حقوق الارتفاق هذه ممن يملك التنازل عنها، سواء كان التنازل صريحا أو ضمنيا. ويكون هذا التنازل صحيحا. وإذا خالف هذه القيود أغلب المشتريين أصبح صاحب العقار المرتفق به فى حل من الالتزام بها لانتفاء سبب هذا الالتزام أو الحكمة منه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "ليس فى القانون ما يمنع التنازل عن قيود البناء الاتفاقية المقررة لمنفعة كافة العقارات فى منطقة معينة ممن يملك التنازل عنها سواء كان هذا التنازل صريحا أو ضمنيا إذ لم يشترط القانون لتحقيقه صورة معينة فمتى استخلصت

محكمة الموضوع هذا التنازل ولو كان ضمنيا استخلاصا سائغا من وقائع تؤدي إليه فلا معقب على حكمها في ذلك لتعلقه بأمر موضوعي".

(طعن رقم 133 لسنة 26 ق جلسة 1962/1/25)

2- "تعتبر قيود البناء الاتفاقية حقوق ارتفاع متبادلة مقررة لفائدة جميع العقارات التي تقام في حى معين إذ يترتب عليها أن تصبح كل قطعة من الأرض مرتقفا بها لمنفعة جميع القطع الأخرى التي في نفس الحى بحيث إذا خالفها بعض الملاك أصبح الآخرون في حل من الالتزام بها لانتفاء سبب هذا الالتزام أو الحكمة منه".

(طعن رقم 133 لسنة 26 ق جلسة 1962/1/25)

3- "يجوز التنازل عن حقوق الارتفاع، وقد يكون هذا التنازل صريحا أو ضمنيا والقانون لا يشترط لتحقيقه صورة معينة، فإذا كان الثابت بتقريرات الحكم المطعون فيه أن الشركة الطاعنة أقامت دعواها بالتعويض والإزالة تأسيسا على أن قيود البناء الواردة في شروط البيع هي حقوق ارتفاع عينية مقررة على قطعة الأرض محل عقد المطعون عليه لمنفعة باقى القطع في المنطقة واستخلص الحكم تنازل الطاعنة الضمنى عن حقوق الارتفاع المقررة على عقار المطعون عليه بشروط البيع من تجاوزها عن مخالفات كثيرة لقيود البناء المقررة على العقارات الأخرى بالمنطقة ومن تنازل الجيران الملاصقين لعقار المطعون عليه صراحة عن هذه الحقوق. فإن استخلاص الحكم للتنازل على هذا النحو هو استخلاص سائغ تؤدي مقدماته إلى النتيجة التي انتهى إليها ويترتب عليه أن يصبح المطعون عليه في حل من الالتزام بحقوق الارتفاع المقررة على عقاره لانتفاء سبب هذا الالتزام والحكمة منه. ولا عبرة في هذا الخصوص بالأسباب التي دعت الشركة إلى التنازل لبعض الملاك عن هذه الاتفاقات".

(طعن رقم 102 لسنة 34 ق جلسة 1967/11/14)

4- "نص المادة 1018 من القانون المدنى في فقرتها الأولى، يدل على أن

قيود البناء الاتفاقية التي تدرج عادة في بيوع الأراضي المقسمة وتلزم المشتري لهذه الأراضي بالبناء على مساحة محددة وعلى نمط معين أو بعدم تجاوز ارتفاع محدد أو غير ذلك، تكون منشئة لحقوق ارتفاق متبادلة لفائدة جميع العقارات، ما لم يقر الدليل على أن الطرفين قصدا إلى غير ذلك، ويكون لأصحاب العقارات المقررة لها هذه الحقوق أن يطالبوا صاحب العقار المرتفق به بالالتزام بها ولا يجوز باتفاق بين البائع وأحد المشتريين دون موافقة الباقي الإغفاء منها كلها أو بعضها إلا أنه إذا ما ألف أغلب ملاك الأراضي مخالفة تلك القيود ودرجوا على ذلك، أصبح صاحب العقار المرتفق به في حل من الالتزام بها لانتفاء سبب الالتزام".

(طعن رقم 130 لسنة 42 ق 1976/5/25)

5- "إذ كان الثابت من تقرير الخبير - الذي استند إليه الحكم المطعون فيه - أن قطع الأرض الخاضعة للتقسيم تبلغ تسعة وسبعين قطعة خالف أصحاب أربعة عشرة منها شروط التقسيم بعدم تركهم المسافات المقررة مع إقامة دكاكين، كما خالف أصحاب ست منها الارتفاع المسموح به - وأن نسبة المخالفين للقيود خمسة وعشرين في المائة وهو عدد قليل بالنسبة لمن لم يخالف قيود التقسيم، وإذا استخلص الحكم أن غالبية الملاك لم تتنازل عن القيود الاتفاقية المذكورة وأن من حقها التمسك بها قبل من خالفها وأن من خالفها لا يعدو أن يكون عددا ضئيلا، وأن المطعون عليه - أحد الملاك - لم يتنازل عنها صراحة أو ضمنا، وهو استخلاص سائغ من وقائع تؤدي إليه ولا معقب عليه لتعلقه بأمر موضوعي، لما كان ذلك وكان الحكم قد انتهى إلى أن للمطعون عليه وهو ممن التزم بقيود التقسيم الحق في مطالبة الطاعن - وهو جار ملاصق أدخل بشروط التقسيم - بالتنفيذ العيني أو التعويض - فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم 130 لسنة 42 ق 1976/5/25)

6- "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن قيود البناء الاتفاقية تعتبر حقوق ارتفاق متبادلة مقررة لفائدة جميع العقارات التي تقام في حي معين إذ يترتب عليها

أن تصبح كل قطعة من الأرض مرتقفا بها لمنفعة جميع القطع الأخرى التى فى نفس الحى بحيث إذا خالفها بعض الملاك أصبح الآخرون فى حل من الالتزام بها لانقضاء سبب هذا الالتزام أو الحكمة منه".

(طعن رقم 230 لسنة 52 ق جلسة 1983/1/27)

7- "مفاد نص المادة 1018 من القانون المدنى يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن قيود البناء الاتفاقية التى تدرج عادة فى بيوع الأراضى المقسمة وتلزم المشترين لهذه الأراضى بالبناء فى مساحة محددة وعلى خط معين أو بعدم تجاوز ارتفاع محدد أو غير ذلك تكون منشئة لحقوق ارتفاع متبادلة لفائدة جميع العقارات ولا يجوز باتفاق بين البائع وأحد المشترين دون موافقة الباقيين الإغفاء منها كلها أو بعضها، إلا أنه إذا ما ألف أغلب ملاك الأراضى مخالفة تلك القيود ودرجوا على ذلك أصبح صاحب العقار المرتفق به فى حل من الالتزام بها لانقضاء سبب الالتزام وإذا كان الطاعن أقام بناء تجاوز فيه الارتفاع المتفق عليه بقائمة شروط البيع وكان الخبير أثبت فى محاضر أعماله وجود حالات مماثلة فى المخالفة وقريبة من عقار النزاع لم تتخذ الشركة المطعون ضدها قبل معظمها أية إجراءات ولم يحص الحكم أثر هذه المخالفات على طلب الإزالة ولم يبين ما إذا كانت تلك المخالفات تشكل عرفاً فى الخروج على قيود البناء الاتفاقية من عدمه بحيث يكون الطرف الآخر فى حل من الالتزام بها من عدمه. وقضى رغم ذلك بإلزام الطاعن بإزالة المخالفة دون أن يفصح عن سبب الإلزام فإن هذا القضاء يكون معيباً بالقصور.

(طعن رقم 1775 لسنة 60 ق جلسة 1995/4/26)

8- "وحيث إن هذا النعى فى محله، ذلك أن المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن إغفال الحكم بحث دفاع أعباء الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان هذا الدفاع جوهرى، ومؤثراً فى النتيجة التى انتهى إليها، إذ يعتبر ذلك إغفال

قصورا فى أسباب الحكم الواقعية يقتضى بطلانه، بما مؤداه أنه إذا طرح على المحكمة دفاع كان عليها أن تنتظر فى أثره فى الدعوى فإن كان منتجا فعليها أن تقدر مدى جديته حتى إذا ما رأته متسما بالجدية، مضت إلى فحصه لتقف على أثره فى قضائها، فإن لم تفعل كان حكمها قاصرا، وأن قيود البناء الاتفاقية المنصوص عليها فى المادة رقم 1018 من القانون المدنى - تعتبر حقوق ارتفاق متبادلة مقررة لفائدة جميع العقارات التى تقام فى حى معين، إذ يترتب عليها أن تصبح كل قطعة من الأرض مرتفقا بها لمنفعة جميع القطع الأخرى فى الحى ذاته بحيث إذا خالفها غالبية الملاك أصبح الآخرون فى حل من الالتزام بها لانقضاء سبب هذا الالتزام والحكمة منه، لما كان ذلك وكان الثابت فى الأوراق، وفى تقرير الخبيرة المندوبة فى الدعوى أن الطاعن وإن كان قد خالف قيود البناء السالفة الذكر إلا أن هناك مخالفات عديدة مماثلة ارتكبها ملاك آخرون لعقارات تقع فى الحى نفسه الذى يقع به عقار الطاعن، وإذ التفت الحكم المطعون فيه عن هذا الدفاع، ولم يعن بحثه وتمحيصه، ولم يرد عليه بما يفنده، مع أنه دفاع جوهرى يترتب على تحققه - إذا صح - تغيير وجه الرأى فى الدعوى، فإنه يكون قد عاره قصور مبطل يوجب نقضه لهذا الوجه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 4347 لسنة 68 ق جلسة 1999/11/30)

مادة (1019)

تخضع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة فى سند إنشائها ولما جرى به عرف الجهة وللأحكام الآتية.

الشرح

134- مضمون الارتفاق يحدده مصدره:

إن مضمون الارتفاق أو مداه إنما يتحدد بالسند الذى أنشأ الارتفاق، فإليه يجب الرجوع أولا لمعرفة مدى ما يخوله الارتفاق من حقوق لمالك العقار المرتفق،

ومدى ما يفرضه من أعباء يتحملها مالك العقار المرتفق به.

وذلك على التفصيل الآتى:

1- إذا كان الارتفاق مرتبا بواسطة القانون وجب فى تحديد مضمونه الرجوع إلى النصوص القانونية المنشئة له، فهى التى تحدد كيفية استعماله. ففى تحديد حقوق الارتفاق المتعلقة بالانتفاع بالمياه مثلا يجب الرجوع إلى نصوص التقنين المدنى وإلى القانون رقم 12 لسنة 1984.

2- إذا كان مصدر حق الارتفاق هو العمل القانونى، وجب الرجوع إليه، سواء كان عقد معاوضة أو عقد تبرع أو وصية، لمعرفة مدى الارتفاق، ومعنى ذلك أنه يجب الرجوع إلى إرادة طرفى العقد المنشئ للارتفاق أو إلى إرادة مقرر هذا الحق إذا تم إنشاؤه بطريق الوصية.

وتتبع هنا القواعد العامة فى تفسير التصرفات القانونية. فللقاضى الموضوع السلطة المطلقة فى تفسير بنود التصرف بشرط ألا يؤدى هذا التفسير إلى فسخ إرادة ذوى الشأن. وقد يتبين من الاتفاق المنشئ لحق المثل أن الطرفين قصدا أيضا إلى أن يصطحب بارتفاق بعدم البناء، مع أنه فى العادة لا يستتبع سوى الالتزام بعدم البناء إلا بعد ترك المسافة القانونية⁽¹⁾.

وإذا كانت طريقة استعمال الارتفاق معينة فى الاتفاق الحاصل بين الطرفين فلا يجوز أن يطلب من القاضى تعيين طريق آخر للاستعمال.

على أنه يجب عدم التوسع فى التفسير، إذ أن الارتفاق هو قيد استثنائى⁽²⁾. وحق الارتفاق المنشأ بواسطة العمل القانونى قد يتغير مضمونه بعد ذلك بالاستعمال. فقد يتوسع فيه مالك العقار المرتفق فيكتسب حقوقا جديدة بالتقادم المكسب، كما أن عدم الاستعمال قد يؤدى إلى تضيق نطاق الحق. كما أن الارتفاق المنشأ بواسطة العقد قد يتعدل مضمونه على الرغم من إرادة الطرفين

(1) عبد المنعم البدرأوى ص342.

(2) السنهاورى ص1836 - عبد المنعم البدرأوى ص342.

المنشئين له، فيجوز التعديل في كيفية استعماله (م2/1023، 24، 2/1024، 2/1025) (انظر شرح هذه المواد).

3- إذا كان سبب حق الارتفاق هو تخصيص المالك الأصلي، فإن نطاقه ومداه يتحدد بالاتفاق الضمني الذي انعقد بين المالكين المختلفين للعقارين وقت انفصال ملكيتهما ببقاء هذين العقارين بالحالة الواقعية السابقة، وتحويلها إلى ارتفاق بمعناه القانوني. ومن ثم فإن نطاق هذا الارتفاق يتحدد بالتخصيص الذي وقع عليه هذا الاتفاق الضمني بين المالكين، فهو السند الذي يعين مدى حق الارتفاق ويرسم حدوده.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"حقوق الارتفاق - وفقا للمادة 1019 من القانون المدني - تخضع للقواعد المقررة في سند إنشائها، وإذا كان ترتيب حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي ليس مبنيا على مجرد نية المالك في الوقت الذي رتب فيه علاقة التبعية بين العقارين بحيث لو انفصلا لكان لأحدهما حق ارتفاق على الآخر، وإنما مبناه - على ما أوضحته مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الاتفاق الضمني الذي انعقد بين المالكين المختلفين للعقارين وقت انفصال ملكيتهما ببقاء هذين العقارين بالحالة الواقعية السابقة، وتحويلها إلى ارتفاق بمعناه القانوني، ومن ثم فإن نطاق هذا الارتفاق يتحدد بالتخصيص الذي وقع عليه هذا الاتفاق الضمني بين المالكين، وهو السند الذي يعين مدى حق الارتفاق ويرسم حدوده. وإذا كان استدلال الحكم على توسيع نطاق حق الارتفاق بالمطل وشموله لعقار من أربعة أدوار بما استظهره من نية المالك الأصلي هو استدلال غير صحيح اعتمد فيه الحكم على مصدر لا يؤدي إليه، ذلك لأن تحديد نطاق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي لا يكون بالتحري عن مكن إرادته وما انطوت عليه نيته، ولا يستدل عليه عن طريق الظن بما أضمره هذا المالك ولم يظهره، وإنما يجب

الرجوع إلى ذات الوضع الفعلي الذي هيأه المالك الأصلي ، وهو المظهر المادى الذى أحاط به مالكا العقارين فى تثبت وتلاقت عليه إرادتهما الضمنية ، ويكون تحديد نطاق الارتفاق بالتعرف على حكم هذا الواقع وإعمال هذه الإرادة بقدرها. وإذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن العقار الذى شيده المالك الأصلي بالفعل وانتقل بالقسمة إلى المطعون ضده إنما كان من بدروم ودور أرضى، ومن ثم فلا يمكن القول إلا بأن إرادة المالكين الضمنية قد تلاقت عند انفصال العقارين على بقاء حق الارتفاق بالمطل فى هذه الحدود وحدها، وليس لعقار كان مزعما تشييده من أربعة أدوار ولم يتم".

(طعن رقم 281 لسنة 37 ق جلسة 1972/4/8)

4- إذا كان الارتفاق قد اكتسب بالتقادم. فإن نطاق الارتفاق ومداه يتحدد على ضوء ما تمت فيه الحيابة. ولا يكون لصاحب العقار المرتفق أن يزيد من هذا النطاق الذى اكتسبه بمرور الزمن، كأن يكون قد فتح نافذة مثلا ومرت المدة القانونية فلا يكون له أن يفتح نافذة أخرى بعد ذلك.

وإذا كان الارتفاق حق مرور قد اكتسب نتيجة قيام مالك العقار المرتفق بالمرور على قدميه خلال العقار المرتفق به مدة خمس عشرة سنة، فإن مضمون الارتفاق يتحدد بمرور المالك راجلا، فلا يجوز له أن يمر راكبا⁽¹⁾.
وأساس ذلك القاعدة القائلة بأن الكسب بالتقادم يقاس بمدى الحياة⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"حقوق الارتفاق وفقا للمادة 1019 من القانون المدني تخضع للقواعد المقررة في سند إنشائها، وإذا كان سبب إنشاء الارتفاق بالتقادم، فإن الحياة التي كانت أساسا للتقادم هي التي تحدد مدى الارتفاق".

(طعن رقم 463 لسنة 59 ق جلسة 1982/6/9)

135- القواعد المكملة :

يتحدد نطاق الارتفاق - كما قدمنا - على ضوء المصدر المنشئ له. فإذا لم يكن هذا المصدر كافيا في هذا الخصوص، وجب الرجوع إلى العادات المرعية في جهة وجود العقارات. وأخيرا إلى الأحكام القانونية التي أوردها التقنين المدني في المواد من 1020 إلى 1025.

136- شمول الارتفاق مستلزمات استعماله :

لا يقتصر الأمر في تحديد نطاق حق الارتفاق ومداه على الرجوع إلى سند إنشائه، ولكنه يشمل فضلا عن ذلك ما يعد من مستلزماته.
وتنص المادة 696 مدني فرنسي على ذلك بقولها: "إذا رتب حق الارتفاق فالمفروض أنه تضمن كل ما هو ضروري لاستعماله، فالارتفاق باعتراف المياه من عين للغير يتضمن بالضرورة حق المرور". من ذلك مثلا حالة ما إذا تقرر حق السقيا من عين فإن هذا يتضمن حتما حق المرور في الأرض التي تقع فيها العين.

(1) محمد لبيب شنب ص 422.

(2) محمد كامل مرسى ص 435 - توفيق فرج ص 412.

وهذا أمر تفرضه طبيعة الأمور، ولا يحتاج إلى نص خاص، إذ الأمر يعلق بمستلزمات الحق، والقاعدة الشرعية أن من ملك شيئاً، ملك ما هو من ضروراته (م 49 من مجلة الأحكام العدلية)⁽¹⁾.



(1) توفيق فرج ص 412 وما بعدها.

مادة (1020)

- 1- لمالك العقار المرتفق أن يجرى من الأعمال ما هو ضروري لاستعمال حقه في الارتفاق، وما يلزم للمحافظة عليه، وأن يستعمل هذا الحق على الوجه الذي لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن.
- 2- ولا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة في عبء الارتفاق.

الشرح

137- إجراء الأعمال الضرورية لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه :

لمالك العقار المرتفق أن يجرى من الأعمال ما هو ضروري لاستعمال حقه في الارتفاق، وما يلزم للمحافظة عليه، ولو لم ينص في سند إنشاء الارتفاق على ذلك، حتى لو صرح العقد ببعض الأعمال فقط.

فلمالك العقار المرتفق أن يجرى على العقار المرتفق به بطبيعة الحال الأعمال اللازمة لاستعمال حقه وللمحافظة عليه.

فمن تقرر له حق مرور كان له أن يعبر الطريق الذي يمر به، كما يجوز له إقامة قنطرة على المجرى الذي يعترض طريق مروره.

ومن تقرر له حق ارتفاق بالمجرى وكان استعمال هذا الحق يقتضى أن يحفر قناة تجرى فيها المياه كان له حفر هذه القناة. وعلى مالك العقار أن يحتمل هذه الأعمال.

ويجوز لمالك العقار المرتفق أيضا أن يجرى من الأعمال ما هو ضروري للمحافظة على حقه في الارتفاق، فإذا كان هذا الحق حق مجرى، كان له أن يقوم بتطهير أو تعميق القناة أو المسقاة التي توصل المياه إلى عقاره، وإذا كان الحق

حق مرور كان للمالك رفع الأثرية منه، وإعادة تحديده إذا طمسته الرمال. أو يعيد رصف الطريق⁽¹⁾.

ويشترط فيما يقوم به صاحب العقار المرتفق أن يكون ضروريا، ولا يكفي أن يكون نافعا أو مفيدا لاستعمال الارتفاق⁽²⁾.

ومعرفة ما إذا كانت الأعمال ضرورية لاستعمال الارتفاق أو غير ضرورية مسألة تتعلق بالواقع، ويمكن الفصل فيها في غالب الأحوال بمعاونة أرباب الخبرة، وتكون مصروفاتهم على عاتق مالك العقار المرتفق⁽³⁾.

138- كيفية إجراء الأعمال الضرورية لاستعمال الارتفاق والمحافظة

عليه :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن: ".... وأن يستعمل هذا الحق على الوجه الذي لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن".

فيجب أن يكون إجراء مالك العقار المرتفق ما هو ضروري لاستعمال حقه في الارتفاق، وما يلزم للمحافظة عليه، بأقل ضرر ممكن للعقار المرتفق به. فإن استعمله على وجه يضر بالعقار المرتفق به ضررا كان يمكن تجنبه لو أنه استعمله على وجه آخر يعود عليه بالفائدة المستحقة، تحققت مسؤوليته⁽⁴⁾.

ذلك أن المشرع هنا يسلم بأن استعمال صاحب العقار المرتفق لحقه قد يضر بالعقار المرتفق به. ولهذا تطلب أن يكون هذا بأقل ضرر ممكن. فإذا تجاوز الضرر ذلك تحققت مسؤوليته، طالما كان من الممكن تلافيه. ولاشك أن تحديد الحد الفاصل بين مالم يكن في الإمكان تجنبه عند استعمال الحق، وما كان يمكن

(1) توفيق فرج ص 415 - محمد لبیب شنب ص 424.

(2) محمود جمال الدين زكى ص 657 - عبد المنعم البدر اوى ص 346.

(3) محمد كامل مرسى ص 437.

(4) السنهورى ص 1850.

تلافيه يعد من مسائل الواقع التي يقدرها قاضى الموضوع⁽¹⁾.
ويعتبر هذا القيد تطبيقاً لنظرية التعسف فى استعمال الحق⁽²⁾.
ولصاحب العقار المرتفق به أن يحدد ميعاداً معقولاً للفراغ من الأعمال التي يقوم بها صاحب العقار المرتفق⁽³⁾.

139 - عدم الزيادة فى عبء الارتفاق :

تنص الفقرة الثانية من المادة 1020 على أنه: "ولا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات المرتفق أى زيادة فى عبء الارتفاق".
فلصاحب العقار المرتفق حق عيني، أى سلطة على العقار المرتفق به تخول له أن يستعمل حقه، وأن يستوفى الخدمة المطلوبة من العقار المرتفق به، على وجه لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن للعقار المرتفق به. وهذا الحق يتحدد وقت إنشائه، ولا يجوز أن يزيد بزيادة حاجات العقار المرتفق إلا باتفاق جديد أو بحكم القانون⁽⁴⁾ فمن المحظور أن تؤدي هذه الحاجات إلى زيادة فى عبء الارتفاق.

ويترتب على ذلك ما يأتى :

(أولاً): لا يستطيع المالك أن يستعمل الارتفاق إلا للعقار المقرر له دون سواه. أما إذا كان للمالك عقارات أخرى اكتسبها قبل إنشاء الارتفاق أو بعده لم يجز له أن يستعمل هذا الارتفاق لصالحها.

ومع ذلك فإن المحاكم الفرنسية اتجهت إلى عدم التقيد بهذه القاعدة على إطلاقها، فى تلك الحالات التي لا يترتب على مخالفتها زيادة فى عبء الارتفاق على العقار المرتفق به. فقضت محكمة النقض الفرنسية بأنه ليس لمالك العقار

(1) توفيق فرج ص 416.

(2) محمود جمال الدين زكى ص 658.

(3) السنهاورى ص 1847.

(4) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 639.

المرتفق به. فقضت محكمة النقض الفرنسية بأنه ليس لمالك العقار المرتفق به أن يشكو من أن صاحب العقار الذى له حق ارتفاق بالمجرى على أرضه قد استعمل مياه الرى لعقار آخر غير العقار المخصص المجرى لخدمته فى الأصل، مادام أنه لم يترتب على هذا التغيير فى تخصيص الارتفاق زيادة عبء على العقار المرتفق به من حيث كمية المياه التى تمر فى أرضه أو من حيث الأعمال اللازمة لتسهيل مرورها⁽¹⁾.

ولكن إذا تترتب على مد الارتفاق لخدمة عقارات أخرى زيادة فى عبء الارتفاق كان هذا غير جائز. فلا يجوز لمن تقرر حق مرور لصالح منزل يسكنه أن يستعمل هذا الحق لخدمة منزلين آخرين اشتراهما وأوجد اتصالاً بينهما وبين المنزل الأول بأبواب، لأن فى هذا زيادة فى عبء الارتفاق، وخصوصاً إذا كان هذان المنزلان خصصا لعقد اجتماعات عامة⁽²⁾ وكذلك إذا تقرر حق ارتفاق بالمرور لفائدة منزل للسكن ثم استعمل جانب من هذا المنزل معهداً أو نادياً أو مستوصفاً، لم يجز أن يترتب على ما جد من حاجات المنزل بسبب وجود المعهد أو النادى أو المستوصف أية زيادة فى عبء الارتفاق. ويجب الاقتصار فى حق المرور على ما كان عليه حتى ولو لم يترتب على المجاوزة ضرر⁽³⁾.

(ثانياً): لا يجوز استعمال الارتفاق إلا للحاجة التى أنشئ من أجلها، إذا نشأ عن ذلك زيادة عبء على العقار المرتفق به. فإذا تحدد لشخص حق مرور فى موضع معين بالأقدام مثلاً، لا يكون له أن يمر بسيارة من موضع آخر، وإذا تقرر لشخص فتح نافذة، فلا يكون له فتح بلكون أو نافذتين ومجمل القول أنه ليس لصاحب العقار المرتفق أن يستعمل حق الارتفاق بطريقة يكون من شأنها أن تزيد

(1) نقض فرنسى 23 أبريل 1856 مشار إليه بمؤلف الدكتور عبد المنعم البدرأوى ص 350

هامش (2).

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 350.

(3) السنهورى ص 1849 وما بعدها.

العبء على العقار الخادم. ويرجع في تقدير ما يعد زيادة في العبء على العقار الخادم إلى تقدير القضاء، والمقصود في هذه الحالة أن يقوم صاحب العقار المخدم بما يزيد من العبء على العقار الخادم، حتى ولو ظل في حدود الارتفاق المقرر له، واستعمله بالكيفية المسموح بها⁽¹⁾.

140- جزاء الإخلال بالالتزام:

يترتب على مخالفة هذا الالتزام إزالة الأعمال المخالفة والحكم بالتعويض ولمحكمة الموضوع أن تقتصر على القضاء بالتعويض دون الإزالة حسبما يتبين لها من جسامة المخالفة وظروف الحال جميعا.

والالتزام بإزالة الأعمال المخالفة هو من الالتزامات العينية التي تتبع العين فيلتزم به من انتقلت إليه ملكية العقار المخدم، حتى ولو لم يكن هو المتسبب فيها.

أما الالتزام بالتعويض فهو التزام شخص مبنى على الفعل الضار، ولذلك لا يسأل عنه إلا من أخل بالالتزام السابق بنفسه دون سواه ممن قد تنتقل إليهم ملكية العقار المخدم⁽²⁾.

141- الدعاوى المخولة لمالك العقار المرتفق:

1- دعوى الإقرار بحق الارتفاق:

لصاحب حق الارتفاق وهو مالك العقار المرتفق الحق في رفع دعوى الإقرار بالحق (أو الاعتراف)، وهي دعوى عينية يرفعها بصفته صاحب حق عيني طالبا تقرير وجود هذا الحق وحمايته⁽³⁾ فهي في هذا تشابه دعوى الاستحقاق التي تحمي حق الملكية ويكفي لقبول هذه الدعوى أن يقوم عائق أيا كان يحول دون استعمال

(1) توفيق فرج ص 418.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 351 وما بعدها.

(3) وهذه الدعوى تختلف عن دعوى الإنكار وهي التي يرفعها المالك بقصد نفى تحمل ملكه بأى ارتفاق مزعوم لتضييق نطاقه.

الارتفاق أو يضايقه من جانب مالك العقار المرتفق به أو من يمثله، مادام هذا العائق حالا وفعليا⁽¹⁾.

ولصاحب العقار المرتفق أن يطلب فى هذه الدعوى هدم المنشآت التى أقيمت مخالفة لحق الارتفاق كإزالة المبانى فى حالة الارتفاق بعدم البناء، وكذلك الحكم بغرامة تهديدية لإجبار المدعى عليه على تمكينه من استعمال حق الارتفاق⁽²⁾.

ويقع على عاتق المدعى إثبات حق الارتفاق، أيا كان مصدره. فإذا تقرر الارتفاق بعمل قانونى وجب إثبات هذا العمل طبقا للقواعد العامة فى إثبات التصرفات القانونية المنصوص عليها فى قانون الإثبات. وإذا استند مالك العقار المرتفق فى دعوى الاعتراف إلى التقادم المكسب للارتفاق كان عليه أن يثبت شروطه.

ويجوز له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة. وأخيرا إذا اكتسب الارتفاق بتخصيص رب الأسرة، جاز إثبات توافر شروط التخصيص بكافة طرق الإثبات. وقد رأينا سلفا أن الفقرة الثانية من المادة 1017 مدنى تجيز الإثبات صراحة بكافة طرق الإثبات.

2- دعاوى الحيابة:

لمالك العقار المرتفق أيضا استعمال دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة، فهما من دعاوى الحيابة التى تحمى الحائز لأى حق عينى عقارى.

إلا أنه يتمتع على المالك رفع دعوى استرداد الحيابة، لأن هذه الدعوى - وهى تفترض غصب الحيابة - لا تعطى إلا إذا كان من غصب حيازته حائزا للعقار حيازة مادية.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص354.

(2) السنهاورى ص1855.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن دعوى استرداد الحيازة تستلزم بطبيعتها وقوع أعمال عنف وقوة مادية تكون قد سلبت حيازة مادية أيضا. وهى بهذه المثابة لا يمكن أن يكون موضوعها إعادة مسقى أو مصرف هدمهما المدعى عليه ويدعى المدعى أن له حق ارتفاق عليهما إذا كان هذا المسقى أو المصرف اللذان هما محل الارتفاق مقطوعا بأنهما فى يد المدعى عليه".

(طعن رقم 40 لسنة 6 ق جلسة 1936/10/22)

2- "إن حق الارتفاق المكتسب بالتراضى يجب أن يبقى ويستمر بشكله فى حدوده التى بدأ بها، فلا يملك أحد من المنتفعين به العبث به أو استعماله فى غير مصلحة له أو لمجرد العنت والإساءة إلى الغير. ففى دعوى بطلب الحكم بمنع تعرض المدعى عليه للمدعى فى صرف مياه أرضه فى مصرف معين وإزالة ما به من السدود والعوائق إذا دفع المدعى عليه الدعوى بأن المدعى وإن كان له حق الارتفاق بالصرف إلا أنه لم يدع حقه هذا على حالته وقت التعاقد بل إنه غير منه بأن أقام نضاحة على أطيانه ليستعين بها على صرف المياه ومادام هو قد فعل هذا فإنه يكون من حقه هو أن يمنعه من الصرف بوضع سدود فى المصرف - إذا دفع بهذا وحصلت المحكمة من وقائع الدعوى طريقة انتفاع الطرفين بحق الارتفاق المقرر باتفاقهما، وتبينت أن المدعى كان هو البادئ بإحداث التغيير فى طبيعة هذا الحق بإقامة النضاحة عليه وأن المدعى عليه لم يكن منه إلا أن وضع سدا فى المصرف أمام أرضه ليحول دون مرور مياه الصرف فيه حتى يحمى أرضه من الضرر الذى يلحقها من جراء ذلك، كما استظهرت أن المدعى لم يمتص على انتفاعه بالتغيير الذى أحدثه إلا فترة وجيزة لا تستأهل حماية وضع اليد، وبناء على ذلك قضت برفض الدعوى فإن حكمها يكون مطابقا للقانون".

(طعن رقم 32 لسنة 14 ق جلسة 1944/12/14)

وحقوق الارتفاق الظاهرة هى التى يمكن حمايتها بدعوى منع التعرض ودعوى

وقف الأعمال الجديدة، إذ أن هذه الحقوق هي التي يجوز كسبها بالتقادم وفقا لنص المادة 2/1016 كما رأينا. أما الارتفاقات غير الظاهرة فلا تحميها هاتين الدعويتين إلا إذا كان من يستعملها يستند إلى سند صادر من مالك العقار المرتفق به أو إلى نص في القانون أو تخصيص رب الأسرة. ولا يشترط أن يكون الارتفاق مستمرا بالمعنى المعروف في حقوق الارتفاق⁽¹⁾.

ويذهب رأى إلى أنه يجوز حماية الحيابة بدعوى استرداد الحيابة في الحالات التي يظهر فيها بوضوح أن عملا من أعمال العنف قد انتزع من صاحب حق الارتفاق حيابته لهذا الحق. فإذا كان حق الارتفاق هو ارتفاق بالمطل مثلا، وأقام مالك العقار المرتفق به حائطا محاذيا للنافذة فسدها سدا تاما، جاز اللجوء إلى هذه الدعوى⁽²⁾.



(1) عبد المنعم البدرأوى ص355 وما بعدها - السنهورى ص1856 وما بعدها.

(2) السنهورى ص1857.

مادة (1021)

لا يلزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بأى عمل لمصلحة العقار المرتفق إلا أن يكون عملاً إضافياً يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف ما لم يشترط غير ذلك.

الشرح

142- التزام مالك العقار المرتفق به بالعمل الإضافي :

الأصل ألا يلزم صاحب العقار المرتفق به بأى التزام إيجابى. فحق الارتفاق حق عينى يخول من يتقرر لصالح عقاره أن يباشر السلطات التى يقررها الحق، دون وساطة أحد. ولهذا يكون على صاحب العقار المرتفق به أن يحترم الحق العينى الذى يتقرر لصالح العقار المخدم. فليس له أن يعمل عملاً من شأنه أن يعوق استعمال حق الارتفاق. فإذا أخل بالتزامه وقام بعمل يتعارض مع الارتفاق، كان لصاحب الارتفاق أن يطلب منعه من ذلك، ويطالب بالتعويض إن كان لذلك ما يبرره. إذ كل هذا يتعارض مع التزامه بترك صاحب العقار المرتفق يستفيد بحقه على النحو المقرر قانوناً ومن ثم لا يجوز فرض التزام إيجابى على صاحب العقار المرتفق به إلا بالاتفاق. ولا يقوم العرف مقام هذا الاتفاق⁽¹⁾.

غير أن المادة أوجبت على صاحب العقار المرتفق به أن يقوم بعمل إيجابى لمصلحة العقار فى بعض الأحيان متى كان هذا العمل "عملاً إضافياً يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف". كأن يتطلب استعمال الارتفاق قيام صاحب العقار المرتفق به بعمل لازم لإمكان استعمال الارتفاق، مثل تطهير مجرى المياه الذى يستعمل فيه الارتفاق، أو إصلاح الطريق فى حالة الارتفاق بالمرور⁽²⁾.

(1) محمود جمال الدين زكى ص 666.

(2) توفيق فرج ص 425 وما بعدها.

وكل هذا مالم يوجد اتفاق آخر بين صاحب العقار المرتفق وصاحب العقار المرتفق به.

ولما كان التزام صاحب العقار المرتفق به التزام عيني، فإنه يجوز للأخير التخلص من هذا الالتزام بالتخلي عن ملكية الجزء المرتفق به.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... أما صاحب العقار المرتفق به فلا يلتزم شخصيا بشيء، إلا أن يكون عملا إضافيا يقتضيه استعمال حق الارتفاق على الوجه المألوف. كإصلاح حق المرور. وله على كل حال أن يتخلص من هذا الالتزام بتخليه عن ملكية الجزء المرتفق به"⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص624.

مادة (1022)

- 1- نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على مالك العقار المرتفق ما لم يشترط غير ذلك.
- 2- فإذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال على نفقته، كان له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق.
- 3- وإذا كانت الأعمال نافعة أيضا لمالك العقار المرتفق به، كانت نفقة الصيانة على الطرفين كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة.

الشرح

143- نفقات استعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه :

تكون نفقات الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه على عاتق مالك العقار المرتفق.

فتكون عليه نفقات تعبيد الطريق الذى يمر به وإقامة القنطرة التى يقيمها، وتطهير أو تعميق القناة أو المسقاة التى توصل المياه إلى عقاره.

وأساس هذا الحكم أن الارتفاق يتقرر لفائدة العقار المرتفق، فمن العدل أن يتحمل مالك هذا العقار النفقات اللازمة لتحقيق هذه الفائدة.

على أنه إذا كانت الأعمال الضرورية لاستعمال الارتفاق والمحافظة عليه نافعة أيضا لمالك العقار المرتفق به، فإن نفقة هذه الأعمال تكون على الطرفين: مالك العقار المرتفق ومالك العقار المرتفق به، كل بنسبة ما يعود عليه من فائدة.

ومثال ذلك أن يكون حق الارتفاق، ارتفاق بالمرور، وكان كل من المالكين يمر بالطريق وتعود عليه من هذا المرور فائدة تعادل تلك التى تعود على الآخر، فهنا تكون نفقات صيانة الطريق مناصفة بينهما والتزام مالك العقار المرتفق به فى

هذه الحالة يكون التزاما شخصيا يتحمله بسبب انتفاعه بالأعمال التي يقوم بها مالك العقار المرتفق. ومن ثم لا يجوز له كما جاز في حالة التزامه بالنفقات بموجب اتفاق خاص، أن يتخلص من المساهمة في النفقات بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه⁽¹⁾.

ولتزام مالك العقار المرتفق بنفقات الأعمال اللازمة لاستعمال الحق والمحافظة عليه، لا يتعلق بالنظام العام، فيجوز الاتفاق على خلافه، سواء بتحميل مالك العقار المرتفق به كل هذه النفقات أو بعضها. ويصح هذا الاتفاق سواء في سند إنشاء حق الارتفاق أو في وقت لاحق⁽²⁾.

144- تخلى مالك العقار المرتفق به عن العقار كله أو بعضه :

ذكرنا سلفا أنه إذا تحمل مالك العقار المرتفق به بنفقات الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه كلها أو بعضها، فإن ذلك يضحى التزاما عينيا إذ أن سبب الالتزام هنا هو ملكيته للعقار المرتفق به، ولذلك أجازت الفقرة الثانية من المادة لهذا الأخير دائما أن يتخلص من التزامه بهذه النفقات بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق.

وقد توحى عبارة "التخلي عن العقار المرتفق به ... لمالك العقار المرتفق"، أن التخلي من الأعمال الناقلة التي تستلزم قبول الطرف الآخر، وهو هنا مالك العقار المرتفق. ولكن مثل هذا النظر خاطئ. فالتخلي هو عمل قانوني يتم بإرادة منفردة، فهو نزول عن الحق لا يحتاج إلى قبول⁽³⁾.

والتخلي عن العقار كله، يكون إذا كان الارتفاق واقعا بطبعه على كل أجزائه كالارتفاق باستخراج الأحجار من محجر.

(1) السنهاورى ص 1854 وما بعدها.

(2) السنهاورى ص 1853 - محمد لبيب شنب ص 425 - توفيق فرج ص 419.

(3) السنهاورى ص 1854 هامش (1) - عبد المنعم البدرأوى ص 348.

ويكون التخلي عن بعض العقار إذا كان الارتفاق لا يستعمل إلا على جزء معين من العقار، كحق المرور مثلاً. فيكفى أن يتخلى مالك العقار المرتفق به عن هذا الجزء وحده فيتخلص من التكاليف الملقة على عاتقه.

أما عن أثر التخلي فإنه يؤدي إلى تخليص المالك من نفقات الاستعمال أو الصيانة ليس فقط ما يستحق منها مستقبلاً وإنما ما كان منها مستحقاً بالفعل وقت التخلي. فأثر التخلي ينصرف إلى المستقبل والماضي معاً.

ويجوز دائماً التخلص من هذا التكاليف عن طريق التخلي عن العقار المرتفق به حتى ولو وجد اتفاق يخالف ذلك والقول بغير ذلك من شأنه أن يجعل الالتزام بدفع نفقة الأعمال اللازمة للاستعمال أو الصيانة التزاماً شخصياً في حين أن القانون أراد أن يجعل منه تكليفاً عينياً كما أسلفنا.

ولفظ "دائماً" الوارد بالفقرة الثانية من المادة يؤيد النظر المتقدم، والتخلي الذي يجيزه النص هو مجرد مكنة فلا يسقط بالتقادم⁽¹⁾.



(1) محمد كامل مرسى ص 439 - السنهوري ص 1854 هامش (1).

مادة (1023)

- 1- لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئاً يؤدي إلى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق أو جعله أكثر مشقة.
- ولا يجوز له بوجه خاص أن يغير من الوضع القائم أو أن يبدل بالموضع المعين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق موضعاً آخر.
- 2- ومع ذلك إذا كان الموضع الذى عين أصلاً قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات فى العقار المرتفق، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار، أو إلى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبى إذا قبل أجنبى ذلك. كل هذا متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسوراً به فى وضعه السابق.

الشرح

واجبات مالك العقار المرتفق به :

145- (أ) عدم الانتقاص من استعمال حق الارتفاق وعدم جعله أكثر

مشقة :

لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئاً يؤدي إلى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق والتزامه هذا التزام سلبى. فعليه أن يمتنع عن مباشرة الأعمال المنافية لحق الارتفاق، وأن يترك مالك العقار المرتفق يقوم بالأعمال التى يجيزها حقه، كالمروور أو الرعى ... إلخ.

فلا يجوز لمالك العقار المرتفق به في حق المرور أن يزرع قطعة الأرض المقرر عليها الحق فيضييق حق المرور، أو أن يوجد ردمًا في الممر بحيث يجعل المرور عسيرًا أي أكثر مشقة.

غير أن ذلك لا يمنع مالك العقار المرتفق به من استعمال عقاره واستعمال الجزء الذي يرد عليه الارتفاق، طالما أن ذلك لا ينقص من حق صاحب العقار المرتفق من استعمال حق الارتفاق المخول له. فعلى سبيل المثال إذا كان الارتفاق حق مرور من طريق معين، كان لمالك العقار المرتفق به أن يقيم عليه من الأبنية ما يشاء، بشرط أن يترك مسافة كافية تسمح لصاحب حق الارتفاق بالمرور، وله أن يقيم بابًا على الممر بشرط أن يسلم صاحب العقار المرتفق مفتاحًا لهذا الباب.

وهذا لا يحول بين صاحب العقار المرتفق به والتصرف فيه للغير.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "حق الارتفاق طبقا للمادة 1015 من القانون المدني هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الأول ويجعله مثقلا بتكليف لفائدة الثانى، وهو وإن لم يجرّد مالك العقار الخادم من ملكيته إلا أنه ينتقص من نطاقها فيحرّمه من القيام بأعمال في عقاره كان له الحق في أن يقوم بها لولا وجود حق الارتفاق، كما أنه يوجب عليه ألا يمس في استعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق فلا يعوق استعماله أو ينقصه أو يجعله أكثر مشقة".

(طعن رقم 724 لسنة 42 ق جلسة 1977/5/10)

2- "حق الارتفاق طبقا لنص المادة 1015 من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الأول ويجعله مثقلا بتكليف لفائدة الثانى وهو وإن لم يجرّم مالك العقار الخادم من ملكيته إلا أنه ينتقص من نطاقها ويوجب عليه ألا يمس في استعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق".

(طعن رقم 463 لسنة 49 ق جلسة 1982/6/9)

3- "مفاد نص المادتين 1015، 1023 من القانون المدني، أن حق الارتفاق هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الأول ويجعله مثقلا بتكليف الثانى، ولا يترتب على ذلك حرمان مالك العقار الخادم من ملكه فيجوز له أن يباشر حقوقه عليه من استعمال واستغلال وتصرف وكل ما يجب عليه هو ألا يمس فى استعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق، فإذا أخل بهذا الالتزام، ألزم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، وبالتعويض إن كان له مقتضى، ومؤدى ذلك أن تصرف المالك فى العقار المرتفق به يقع صحيحا ولا يجوز لمالك العقار المرتفق طلب إبطاله أو محو تسجيله".

(طعن رقم 572 لسنة 53 ق جلسة 1987/4/8)

وينطبق ما تقدم سواء كانت طريقة استعمال الارتفاق منظمة فى السند المنشئ للارتفاق أم لا، وسواء كان الارتفاق مرتبا بسند، أم بالتقادم أو بتخصيص المالك الأصيل⁽¹⁾.

146- جزاء مخالفة الالتزام:

يترتب على مخالفة الالتزام السابق إزالة الأعمال المخالفة والحكم بالتعويض. على أن محكمة النقض الفرنسية تترك تقدير الجزاء المناسب لمحكمة الموضوع التى لها أن تقضى بالإزالة أو تقتصر على التعويض حسب ما يتبين لها من جسامه المخالفة وظروف الحال جميعا⁽²⁾.

وهذا الالتزام بإزالة الأعمال المخالفة هو من الالتزامات العينية التى تتبع العين فيلتزم به من انتقلت إليه ملكية العقار المخدم، حتى ولو لم يكن هو المتسبب فيها.

أما الالتزام بالتعويض فهو التزام شخصى مبنى على الفعل الضار، ولذلك لا

(1) محمد كامل مرسى ص 449.

(2) نقض فرنسى 18 مارس 1931.

يسأل عنه إلا من أخل بالالتزام السابق نفسه دون سواء فمن قد تنتقل إليهم ملكية العقار المخدم.

147- (ب) عدم تغيير موضع الارتفاق:

لا يجوز بوجه خاص لمالك العقار المرتفق به أن يغير من الوضع القائم أو أن يبذل بالموضع المعين أصلا لاستعمال حق الارتفاق موضعا آخر. فالأصل أن الموضع الذي عين لاستعمال حق الارتفاق يبقى كما هو دون تغيير، كطريق أعد لاستعمال حق المرور. وعلى ذلك يتمتع على مالك العقار المرتفق به تغيير هذا الموضع دون موافقة مالك العقار المرتفق، حتى ولو لم يترتب على هذا التغيير أية زيادة في عبء الارتفاق، لأن ذلك من قبيل مجاوزة حدود حق الارتفاق.

غير أنه يجوز استثناء لمالك العقار المرتفق به أن يطلب تغيير الموضع الأصلي لاستعمال حق الارتفاق في حالتين:

(الأولى): حالة ما إذا أصبح من شأن الموضع الذي عين أصلا للارتفاق، أن يزيد في عبء الارتفاق، أي أصبح ثقيل العبء ويشل حق ملكية. ومثال ذلك أن يكون الحق متعلقا بارتفاق بالمجرى، حفرت قناة لاستعماله، ثم أصبحت القناة في موضعها عائقا لتصريف المياه من الأرض المرتفق بها، فيكون لمالك الأرض المرتفق بها نقل مجرى القناة إلى مكان آخر لا يعوق تصريف المياه.

(الثاني): حالة ما إذا أصبح الارتفاق في عقاره الأصلي مانعا من تحسينات يمكن أن يقوم بها مالك العقار المرتفق به في عقاره.

كما لو أراد مالك العقار المرتفق به مثلا أن يحيطه بأسوار أو أن يقيم عليه أبنية مفيدة، ولكن الارتفاق بوضعه الأصلي يعوق القيام بذلك⁽¹⁾.

في هاتين الحالتين يكون على مالك العقار المرتفق أن يقبل الموضع الجديد

(1) السنهاورى ص 1865 وما بعدها - توفيق فرج ص 422 وما بعدها.

للارتفاق، طالما كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسورا لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان عليه من قبل.

ويستوى أن يكون الموضع الجديد فى العقار المرتفق به أو فى عقار آخر يملكه صاحب العقار المرتفق به، أو فى عقار يملكه أجنبى إذا قبل الأجنبى ذلك⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "يجب فى حق الارتفاق التبعى أن يكون ضروريا للانتفاع بحق الارتفاق الأسمى وبالقدر اللازم لتوافر هذا الانتفاع، وإذا كانت المادة 1023 من القانون المدنى - التى قننت ما كان مقررا فى ظل القانون المدنى القديم - قد أجازت، فى حالة ما إذا كان الموضع الذى عين أصلا لاستعمال حق الارتفاق قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق أو أصبح الارتفاق مانعا من إحداث تحسينات فى العقار المرتفق به، أن يطلب مالك هذا العقار نقل الارتفاق إلى موضع آخر متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسورا لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسورا فى وضعه السابق فإنه يتأدى من ذلك جواز تعديل حق الارتفاق الأسمى فى الأحوال المبينة بالمادة 1023 مدنى سالفه الذكر ومن باب أولى جواز تعديل حق الارتفاق التبعى فى تلك الأحوال. كذلك".

(الطعن رقم 111 لسنة 26 ق جلسة 1961/12/14)

2- "حق الارتفاق طبقا للمادة 1015 من القانون المدنى هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الأول ويجعله متقلا بتكليف لفائدة الثانى، وهو وإن لم يحرم مالك العقار الخادم من ملكه إلا أنه يوجب عليه ألا يمس فى استعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق، فلا يعوق استعماله أو ينقصه أو يجعله أكثر مشقة، ومع ذلك فقد أجازت له المادة 1023 من القانون المدنى فى

(1) ويرى البعض أنه إذا كان الاستعمال فى الوضع الجديد أقل يسرا من الاستعمال السابق، فإنه ينبغى أن يفاضل القضاء فى هذا الصدد بين مصالح ذوى الشأن.

حالة ما إذا كان الموضع الذى عين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات فى العقار المرتفق به، أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر، متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسوراً به فى وضعه السابق، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ونفى عن الحق الذى تدعيه الطاعنة صفة حق الارتفاق لمجرد أنه يؤدى إلى تعطيل حق مالك العقار الخادم من الانتفاع بملكه، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 389 لسنة 43 ق جلسة 1976/11/9)

وإذا رفض صاحب العقار المرتفق إجراء التغيير جاز إلزامه بذلك قضاء. وإنما هذا بشرط أن يكون مالك العقار الخادم قد سعى أولاً فى إجراء ما يلزم للوصول إلى اتفاق ودى⁽¹⁾.

ويراعى أنه إذا توافرت حالة من الحالتين سالفتي الذكر، ورفض صاحب العقار المرتفق نقل موضع الارتفاق، كان متعسفاً فى استعمال حقه⁽²⁾. وإذا تقرر تغيير موضع الارتفاق إلى موضع آخر سواء كان ذلك بالاتفاق أو بحكم القضاء، فإن مالك العقار المرتفق به وهو صاحب المصلحة فى هذا النقل، هو الذى يتحمل بتكاليفه⁽³⁾.

وطلب تغيير الموضع الأصلى لحق الارتفاق رخصة لمالك العقار المرتفق به، ومن ثم لا تسقط بالتقادم. وتبقى له هذه الرخصة حتى لو كان قد نزل عنها من قبل.

148- هل يجوز لمالك العقار المرتفق تغيير محل الارتفاق؟

رأينا أن القانون أجاز لمالك العقار المرتفق به (العقار الخادم) أن يطلب نقل

(1) محمد كامل مرسى ص 447.

(2) توفيق فرج ص 424 - محمد لبيب شنب ص 279.

(3) محمد كامل مرسى ص 447 - توفيق فرج ص 424 - السنهورى ص 1868.

الارتفاق إلى موضع آخر من العقار أو إلى عقار آخر إذا كان بقاء الارتفاق في موضعه الأصلي من شأنه زيادة العبء على العقار المرتفق به. ولكنه لم يتضمن نصا يخول مالك العقار المرتفق مثل هذا الحق.

ويذهب الفقه إلى عدم أحقية مالك العقار المرتفق في ذلك لأن نقل موضع الارتفاق هو تعديل للحق نفسه وخروج على حدوده، يؤيد هذا أن المادة (1107) من المشروع التمهيدي (المقابلة للمادة (1023) كانت تتضمن في نهاية الفقرة الثانية منها العبارة الآتية: "ويصح أيضا لمالك العقار المرتفق أن يطلب تغيير الموضع المعين لاستعمال حق الارتفاق إذا أثبت أن في هذا التغيير فائدة محسوسة له، دون أن يكون فيه إضرار بالعقار المرتفق به"، ولكن هذه العبارة الأخيرة من المادة حذفت في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ وقيل في تبرير هذا الحذف "أن في هذه العبارة توسعة لحق الارتفاق وهو حق ثقيل يجب أن يبقى في حدوده الضيقة"⁽¹⁾.

149- دعاوى مالك العقار المرتفق به :

1- دعوى إنكار حق الارتفاق :

وهي الدعوى التي يجوز لمالك العقار المرتفق به رفعها بطلب نفي وجود الارتفاق، تأسيسا على أن عقاره خال من ارتفاق يدعى الغير وجوده. أو بقصد إعادة الارتفاق الموجود إلى حدوده الحقيقية وهي تقابل دعوى الإقرار بحق الارتفاق، التي يرفعها مالك العقار المرتفق.

ويقع على عاتق مالك العقار إثبات ملكيته للعقار، إنما لا يكلف بإثبات خلو العقار من حق الارتفاق، ذلك أن المفروض أن هذا العقار خال من حق الارتفاق، إذ الأصل أن الملكية خالية من أى تكليف يثقلها. ويقع بعد ذلك على عاتق مدعى

(1) عبد المنعم البدرأوى ص352- مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص642 وما بعدها.

حق الارتفاق إثبات وجود هذا الحق على العقار، وذلك بإثبات سببه⁽¹⁾.

2- دعاوى الحيابة:

يجوز لحائز العقار الذى يدعى الغير وجود حق ارتفاق له عليه، أن يرفع ضده كافة دعاوى الحيابة إذا توافرت شروطها. وعلى الخصوص له رفع دعوى منع التعرض لمنع الغير من التعدى على ملكه باستعمال ارتفاق غير موجود أو باستعمال الارتفاق خارج الحدود المقررة له. وذلك أيا كان نوع الارتفاق. وقد يلجأ مدى حق الارتفاق هو إلى رفع دعاوى الحيابة، تأسيسا على حيازته للحق، فإذا قضى له بالحيابة، لا يكون أمام صاحب العقار المدعى بحق الارتفاق عليه إلا رفع دعوى إنكار حق الارتفاق.

مادة (1024)

1- إذا جزئ العقار المرتفق بقى الارتفاق مستحقا لكل جزء منه، على ألا

(1) السنهورى ص 1869 وما بعدها وقارن عبد المنعم البدرولى ص 362 فهو يميز بين حالتين (الأولى): حالة ما إذا كان المدعى عليه يستعمل الارتفاق بالفعل أى يحوزه، وحالة ما إذا لم يكن قد حاز الارتفاق المدعى به.

ففى الحالة التى نكون فيها، بصدد حيابة لحق الارتفاق، أى إذا كان المدعى عليه يستعمل بالفعل ارتفاقا ظاهرا، فمعنى هذا أن الظاهر يؤيده، والقاعدة أن البيئة على من ادعى خلاف الظاهر. ومعنى ذلك أن على المالك المدعى أن ينفى وجود هذا الارتفاق. ولهذا نصت المادة 964 من المجموعة المدنية على أن: "من كان حائزا للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل على العكس". والقاعدة الواردة فى هذه المادة يستفيد منها الحائز للشئ بصفته مالكا والحائز لحق الارتفاق كذلك.

(الثانية): إذا لم يكن المدعى عليه يستعمل الارتفاق بالفعل أى إذا لم يكن يحوز ارتفاقا من الارتفاقات الظاهرة، فالظاهر هنا لا يؤيده هنا وإنما يؤيد المالك، ويكون للمالك الاستناد عندئذ إلى قرينة براءة ملكيته من أى قيد أو تكليف، ويقع عبء الإثبات عندئذ على المدعى عليه إذا البيئة على من ادعى خلاف الظاهر.

يزيد ذلك فى العبء الواقع على العقار المرتفق به.

2- غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يفيد فى الواقع إلا جزءاً من هذه الأجزاء، فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى.

الشرح

حالة تجزئة العقار المرتفق :

150- بقاء حق الارتفاق واقعا على كل جزء على ألا يزيد العبء الواقع على العقار المرتفق به :

إذا حصل ما يؤدى إلى تجزئة العقار المرتفق، سواء كان ذلك نتيجة تصرف قانونى بمقابل كالبيع والمقايضة والوفاء بمقابل والقسمة، أو بغير مقابل كالهبة والوصية، أو عن طريق الميراث. بحيث أصبح العقار المرتفق يملكه أكثر من مالك، فإن الارتفاق يبقى مستحقاً لكل جزء من أجزاء العقار المرتفق، فيكون لمالك كل جزء استعمال الارتفاق كما كان يستعمله مالك العقار المرتفق قبل تجزئته.

إلا أنه يشترط لذلك ألا يزيد ذلك فى العبء الواقع على العقار المرتفق به. فإذا كان مضمون حق الارتفاق هو أخذ كمية من الرمل أو مقدار معين من الأحجار أو قطع كمية معينة من الأشجار، وتجزأ العقار، لم يجز أن يكون مجموع ما يؤخذ من الرمل أو الأحجار أو يقطع من الأشجار بعد تجزئة العقار المرتفق أكثر مما كان يؤخذ أو يقطع قبل تجزئة العقار، ويقسم هذا المقدار على الملاك الجدد كل بنسبة قيمة الجزء الذى آل إليه⁽¹⁾.

وإذا كان مضمون حق الارتفاق، المرور فى طريق معين، فإنه يتحتم على الملاك الجدد أن يستعملوه بنفس الموضع طالما أنه لا يزيد من العبء على العقار

المرتفق به⁽¹⁾.

151- طلب زوال حق الارتفاق عن أجزاء من العقار:

أجازت الفقرة الثانية من المادة لمالك العقار المرتفق به، إذا كان حق الارتفاق فى الواقع لا يفيد إلا جزء من الأجزاء التى انقسم إليها العقار المرتفق أن يطلب زوال حق الارتفاق عن الأجزاء الأخرى ومثال ذلك أن يكون مضمون حق الارتفاق هو أخذ الكمية اللازمة من الأسمدة من الأرض المرتفق بها لتسميد كل الأرض المرتفقة ثم تجزأت هذه الأرض الأخيرة إلى جزئين متساويين، فإن كل جزء يختص بنصف كمية الأسمدة التى كانت تؤخذ من قبل. فإذا كانت الأرض المرتفقة قد جزئت بين شريكين لكى يقيم أحدهما فى الجزء الذى اختص به مصنعا ويستبقى الشريك الآخر أرضه مخصصة للزراعة كما كانت، فإن حق الارتفاق يبقى بالنسبة لهذه الأرض الأخيرة فتأخذ من الأرض المرتفق بها مصنف كمية الأسمدة التى كانت تؤخذ من قبل. أما الجزء الذى خصص لبناء المصنع فلم يعد فى حاجة إلى السماد لأنه لم يبق أرضا زراعية، فيكون لمالك العقار المرتفق به فى هذه الحالة أن يطلب زوال حق الارتفاق بالنسبة لهذا الجزء⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"إذا جزئ العقار المرتفق به فيبقى حق الارتفاق واقعا على كل جزء منه، إلا إذا كان لا يستعمل، ولا يمكن استعماله، فى الواقع، على بعض الأجزاء فيزول بالنسبة لها"⁽³⁾.

وإذا ما تقرر زوال حق الارتفاق عن الأجزاء الأخرى، كان من اللازم اتخاذ الإجراءات اللازمة لمحو التسجيل عن حق الارتفاق بالنسبة للأجزاء التى تحرر

(1) توفيق فرج ص 413 - عبد المنعم البدروى ص 353.

(2) السنهورى ص 1842.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 646.



مادة (1025)

- 1- إذا جزئ العقار المرتفق به بقى حق الارتفاق واقعا على كل جزء منه.
- 2- غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يستعمل فى الواقع على بعض هذه الأجزاء ولا يمكن أن يستعمل عليها، فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذى يملكه.

الشرح

تجزئة العقار المرتفق به :

152- بقاء حق الارتفاق واقعا على كل جزء من العقار :

إذا جزء العقار المرتفق به لأى سبب من الأسباب التى ذكرناها سلفا، فإن ذلك لا يؤثر على حق الارتفاق الواقع عليه، ويبقى محملا بالارتفاق على كل جزء من أجزائه، فإذا كان مضمون الارتفاق عدم البناء فى الأرض المرتفق بها، فإن الوضع لا يتغير فى حالة تجزئة هذه الأرض، حيث يظل كل جزء من هذه الأجزاء محملا بحق الارتفاق.

وإذا كان مضمون حق الارتفاق هو أخذ كمية معينة من الأحجار من محجر هو العقار المرتفق به، وجزء هذا المحجر إلى ثلاثة أجزاء متساوية، فإن كل جزء منه يكون محملا بحق ارتفاق هو أن يؤخذ منه ثلث كمية الأحجار التى كانت تؤخذ من المحجر كله⁽¹⁾.

153- زوال حق الارتفاق عن أجزاء من العقار المرتفق به :

إذا جزئ العقار المرتفق به، وكان حق الارتفاق بعد التجزئة لا يستعمل فى الواقع على بعض هذه الأجزاء ولا يمكن أن يستعمل عليها، فقد أجازت الفقرة الثانية من المادة لمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذى

(1) السنهاورى ص 1844.

يملكه.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"إذا جزئ العقار المرتفق به فيبقى حق الارتفاق واقعا على كل جزء منه، إلا إذا كان لا يستعمل، ولا يمكن استعماله، في الواقع، على بعض الأجزاء فيزول بالنسبة لها"⁽¹⁾.

ومثال ذلك أن يكون مضمون حق الارتفاق، حق مرور من موضع معين في الأرض المرتفق بها، أو حق شرب من مسقاة في الأرض المرتفق بها، أو حق اغتراف المياه من عين في الأرض المرتفق بها، فإن الجزء الذي وقع فيه مكان حق الارتفاق هو وحده الذي يبقى محملا بحق الارتفاق كاملا كما كان قبل تجزئة العقار المرتفق به ولمالك كل جزء آخر من الأجزاء التي لا يقع فيها مكان الارتفاق أن يطلب زوال هذا الحق من الجزء الذي يملكه، لأن الحق لا يستعمل ولا يمكن أن يستعمل في هذا الجزء.

ولما كان مالك الجزء الذي يقع به مكان الارتفاق هو الذي تحمله وحده، فإنه يجب على باقى ملاك أجزاء العقار تعويضه عن ذلك⁽²⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص646.

(2) السنهورى ص1844 وما بعدها.

مادة (1026)

تنتهى حقوق الارتفاق بانقضاء الأجل المعين وبهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكاً تاماً وباجتماع العقارين فى يد مالك واحد، إلا أنه إذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالاً يرجع أثره إلى الماضى فإن حق الارتفاق يعود.

الشرح

154- انتهاء الارتفاق بانقضاء الأجل المعين:

فقد رأينا أنه يمكن تحديد مدة حق الارتفاق بأجل معين. فيجوز الاتفاق فى السند المنشئ لحق الارتفاق على أنه يدوم لمدة معينة، وإن كان هذا نادراً.

وعلى كل حال فإنه إذا حدد للارتفاق أجل فإنه ينقضى بانقضاء هذا الأجل، ولو ظل العقاران الخادم والمخدوم قائمين. فإذا لم يحدد أجل للارتفاق فإنه يظل طالما ظل العقاران قائمين ولم تتغير الظروف.

155- انتهاء الارتفاق بهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق

هلاكا تاما:

ينتهى الارتفاق بهلاك العقار المرتفق أو بهلاك العقار المرتفق به هلاكاً تاماً. ذلك أن الارتفاق يفترض وجود عقارين عقار خادماً وعقار مخدوم، فإذا هلك أحد العقارين هلاكاً تاماً انتهى حق الارتفاق. إذ نكون فى هذه الحالة أمام صورة استحالة استعمال الارتفاق لأنه صار غير ممكن إنفاذه لعدم وجود المحل.

والهلاك التام قد يكون مادياً كانهدام المنزل، أو احتراقه، وقد يكون قانونياً كنزع ملكية العقار للمنفعة العامة. وهذا هو الغالب.

أما إذا كان الهلاك جزئياً، فإن الارتفاق يظل بالنسبة للجزء الباقى، سواء تعلق

الأمر بهلاك العقار المرتفق أو العقار المرتفق به، لأن حق الارتفاق لا يتجزأ⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذ كان الحكم المطعون فيه قد عرض إلى مصدر حق الطاعن محل النزاع بقوله إن منشأ هذا الحق هو عقد شرائه للعقار المجاور وقد نص فيه على حق الركوب وانتهى في تكييفه لهذا الحق من واقع مصدره ومن العقد الصادر من وزارة الأوقاف التي تنظرت على الوقف المشمول بحراسة المطعون ضدها في إحدى الفترات وما صرحت به هيئة التصرفات بمحكمة مصر الابتدائية الشرعية من إجراء فتحيتين في حوائط الدكان وفتح ثقب في سقفه ليتمكن المستأجر من سلف الطاعن من الوصول إلى شقته بالملك المجاور إلى أنه حق ارتفاق مستندا إلى مبررات ساقها ومن شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها ورتب على ذلك انتهاء حق الارتفاق بهدم العقار الخادم طبقا للمادة 1026 من القانون المدني، وما قاله الحكم من ذلك صحيح ولا مخالفة فيه للقانون ذلك أن لقاضي الموضوع السلطة التامة في تعرف حقيقة الدعوى من وقائعها ومن الأدلة المقدمة إليه فيها كما أن له تلك السلطة في تفسير المشارطات والعقود وسائر المحررات على حسب ما يراه أدنى إلى نية عاقيدها أو أصحاب الشأن فيها مستهديا في ذلك بوقائع الدعوى وظروفها، ولما كان الحكم المطعون فيه قد خلص في حدود سلطة المحكمة الموضوعية إلى تكييف ذلك الحق أنه حق ارتفاق لا يتصور وجوده بغير العقار المرتفق، فإنه لا يكون قد خالف القانون، ولا محل بعد ذلك للحديث عن الملكية المشتركة أو ملكية الطبقات ويكون النعى - على الحكم المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون وتأويله - على غير أساس إذ لا يعدو أن يكون مجرد جدل في حق المحكمة في تفسير المشارطات والعقود".

(طعن رقم 297 لسنة 38 ق جلسة 1974/12/9)

(1) توفيق فرج ص 429 هامش (2).

2- "حق الارتفاق إذا توافر له شرطا الظهور والاستمرار بنية استعمال هذا الحق جاز كسبه بالتقادم إعمالا لما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 1026 من القانون المدني. وينتهي إعمالا لما تنص عليه المادة 1026 من القانون المدني بهلاك العقار المرتفق".

(طعن رقم 490 لسنة 49 ق جلسة 1980/12/4)

156- انتهاء الارتفاق باجتماع العقارين في يد مالك واحد :

ينتهي حق الارتفاق باجتماع العقارين في يد مالك واحد. ذلك أن الارتفاق - كما قدمنا - يفترض عقارين مملوكين لشخصين مختلفين. فإذا انتقلت ملكية أحد العقارين إلى مالك العقار الآخر، أو انتقلت ملكية العقارين معا إلى شخص آخر، أيا كان سبب انتقالها، انتهى الارتفاق بفقده عنصرا جوهريا فيه، إذ لا يمكن أن يكون لمالك ارتفاق على العقار الذي يملكه. فينتهي الارتفاق باتحاد الذمة⁽¹⁾. على أن انتهاء الارتفاق باتحاد الذمة ليس انقضاء نهائيا في جميع الأحوال، فيصح أن يعود الارتفاق إذا انتهى اتحاد الذمة.

وهنا تفصيل في هذه المسألة ، ونفرق بين حالتين :

(أ) - إذا كان انتهاء اتحاد الذمة، بانفصال ملكية العقارين له أثر رجعي، كما إذا فسخ العقد الذي بمقتضاه اجتمعت ملكية العقارين في يد شخص واحد، بتحقيق شرط فاسخ مثلا، فإنه بسبب الأثر الرجعي المترتب على تحقق الشرط، يعتبر أن حق الارتفاق لم ينقض، وحينئذ يبقى.

فإذا اشترى مالك العقار المرتفق به العقار المرتفق، فإن حق الارتفاق ينقضى بسبب اتحاد الذمة. ولكن إذا فسخ البيع لعدم الوفاء بالثمن، فإن حق الارتفاق يعود، وبعبارة أخرى يعتبر أنه لم ينقض قط، لأن البيع الذي أدى إلى اتحاد الذمة

(1) محمود جمال الدين زكي ص 670 - نبيل مسعد ص 281.

يعتبر غير موجود، فيزول، ويكون لزواله أثر رجعى بسبب الفسخ، ويزول معه اتحاد الذمة.

(ب) - أما إذا زال اتحاد الذمة من غير أثر رجعى فإن حق الارتفاق لا يعود، كما هو الحال إذا اشترى مالك العقار المرتفق العقار المرتفق به، ثم بعد ذلك باعه لغيره⁽¹⁾.

وإنما قد ينشأ ارتفاق جديد بالعمل القانونى أو بتخصيص المالك، وتلك إذا كان من اجتمعت ملكية العقارين فى يده قد استبقى علاقة التبعية بينهما، وكانت هناك علامة ظاهرة تدل على هذه التبعية واستمرت هذه العلاقة إلى وقت انفصال الملكية بالتصرف فى أحدهما⁽²⁾.

ولا يكون الانقضاء باتحاد الذمة إلا بالقدر الذى لا يمكن به استعماله على عقار الغير. فإذا اجتمع جزء فقط من أحد العقارين مع العقار الآخر فإن حق الارتفاق يبقى.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يزول حقوق الارتفاق بانقضاء أجله ويصح أن يكون مؤيدا تأييد الملكية، وبهلاك أحد العقارين، واتحاد الذمة كما إذا اشترى صاحب أحد العقارين العقار الآخر، ولكن إذا فسخ البيع كان لذلك أثر رجعى ويعود حق الارتفاق"⁽³⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 458 - إسماعيل غانم ص 39 وما بعدها.

(2) إسماعيل غانم ص 40 - عبد المنعم البدر اوى ص 365.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 648.

مادة (1027)

1- تنتهى حقوق الارتفاق بعدم استعمالها مدة خمس عشرة سنة، فإن كان الارتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ثلاثا وثلاثين سنة، وكما يسقط التقادم حق الارتفاق يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التى يستعمل بها.

2- وإذا ملك العقار المرتفق عدة شركاء على الشيوع فانتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقين، كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة سائرهم.

الشرح

157- انتهاء حق الارتفاق بعدم الاستعمال :

ينتهى حق الارتفاق بعدم الاستعمال المدة القانونية وهى خمس عشرة سنة، فإذا كان الارتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفة (وقفا خيريا) كانت المدة ثلاثا وثلاثين سنة. فقد افترض القانون فى ذلك أن مالك العقار المرتفق قد نزل عن حقه ببقائه زمنا طويلا من غير أن يستعمله.

فالارتفاق ينتهى بعدم الاستعمال شأن كل الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية، وذلك على خلاف حق الملكية ذاته الذى لا يسقط بعدم الاستعمال. وعدم الاستعمال معناه التقادم المسقط، وسمى بعدم الاستعمال لأنه يسقط الحقوق العينية كحق الارتفاق وحق الانتفاع، فإذا كان يسقط الحقوق الشخصية فإنه يسمى بالتقادم المسقط.

وتسقط كافة حقوق الارتفاق بعدم الاستعمال، سواء كانت قانونية أو اتفاقية⁽¹⁾. ارتفاقات مستمرة أو غير مستمرة، ظاهرة أو غير ظاهرة، إيجابية أو سلبية، وهذا

(1) توفيق فرج ص 931 هامش (2).

بخلاف التقادم المكسب لحق الارتفاق، فإنه لا يكون إلا بالنسبة لحقوق الارتفاق الظاهرة⁽¹⁾.

ويسقط حق الارتفاق بعدم الاستعمال، أيا كان سبب عدم الاستعمال، فيستوى أن يكون عدم الاستعمال بإرادة مالك العقار المرتفق، أو بالرغم منه، كما لو كان مالك العقار المرتفق به أو شخص من الغير هو الذى منع مالك العقار المرتفق من استعمال الارتفاق، أو حتى لو كان عدم الاستعمال راجعا إلى استحالة مادية أو قوة قاهرة، كما إذا نصب معين العين التى تغترف منها المياه. وقد يتعارض هذا مع ما افترضه القانون من أن مالك العقار المرتفق قد نزل عن حقه، إذا بقى زمنا طويلا من غير أن يستعمله. وهذا السبب لا يوجد إلا فى حالة عدم الاستعمال الاختيارى - إلا أن الحكم ينطبق أيضا فى حالة عدم الاستعمال القهرى، لأن القانون⁽²⁾ لا يفرق.

ومما يدل على أن عدم الاستعمال يؤدي إلى سقوط الارتفاق بمضى المدة حتى لو كان راجعا إلى استحالة مادية، نص القانون نفسه، فالمادة 1028 مدنى بعد أن قررت أن استحالة استعمال الارتفاق تنهى الارتفاق، أضافت فى فقرتها الثانية أن الاستحالة إذا زالت وعادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال حق الارتفاق عاد هذا الحق "إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال"، فيستفاد من هذا النص أن استحالة استعمال الارتفاق يترتب عليها سقوطه بعدم الاستعمال متى مضت عليه المدة القانونية⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"من المقرر قانونا بالمادة 1027 من القانون المدنى انتهاء حق الارتفاق بعدم

(1) محمد كامل مرسى ص 461 - عبد المنعم البدرأوى ص 367.

(2) محمد كامل مرسى ص 460 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 367 - السنهورى ص 1880.

(3) عبد المنعم البدرأوى ص 367 وما بعدها.

استعماله مدة خمس عشرة سنة وكانت الطاعنة قد تمسكت في جميع مراحل الدعوى بأنه قد مضى على إقامة المبنى محل النزاع ما يزيد على خمس عشرة سنة سابقة على رفع الدعوى بما يسقط حق المطعون ضدها في إقامتها ودلت على ذلك بورودها ضمن كشف المشتملات الرسمي في سنة 1963 وبعدم صحة ما نسب إليها من بنائها في سنة 1978 بدليل الحكم ببراءتها في الجنحة التي أقيمت عليها في هذا الخصوص.

وهو دفاع جوهرى يتغير بثبوت وجه الرأى في الدعوى ، ولا يكفى لرفضه ما ورد بتقرير الخبير الذى أحال إليه الحكم المطعون فيه من أن ما ورد بكشف الجرد سنة 1963 كان حجرة واحدة ومرحاضا بينما الموجود حاليا غرفتان الغرفة الثانية تعلو الأولى، ذلك أن حق الارتفاق يتعطل استعماله منذ إنشاء الحجرة السفلى والمرحاض بغض النظر عن تاريخ تعديل أو تعلية البناء وكان الحكم المطعون فيه لم يعرض لهذا الدفاع الجوهرى فإنه يكون معيبا بالقصور".

(طعن رقم 1353 لسنة 52 ق جلسة 1983/11/3)

158- مدة عدم الاستعمال :

مدة سقوط حق الارتفاق بعدم الاستعمال خمس عشرة سنة، أما إذا كان الارتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ثلاثا وثلاثين سنة، وذلك رعاية للوقف (الوقف الخيري الآن).

أما إذا كان الارتفاق مقررا على أرض موقوفة - في الحالات التي يجوز فيها ذلك - زال بعدم الاستعمال خمس عشرة سنة إذا كان العقار المرتفق عينا غير موقوفة⁽¹⁾.

ولا يجوز أن يسقط حق الارتفاق بالتقادم الخمسى. فلو حاز العقار المرتفق به شخص غير مالكة وتوفرت له جميع الشروط التي تؤدي إلى كسب الملكية بالتقادم

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص431 - محمد كامل مرسى ص459 - توفيق فرج

ص431 هامش (3).

الخمسى، فإنما هو يكتسب العقار بما عليه من حق ارتفاق. وعدم استعمال مالك العقار المرتفق لحق الارتفاق لا يسقط حقه إلا إذا مضى على عدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة⁽¹⁾.

159- حساب مدة التقادم:

مدة التقادم المسقط تبدأ فى السريان من الوقت الذى ينقطع فيه الاستعمال. ويفرق فى هذا الخصوص بين الارتفاقات المستمرة والارتفاقات غير المستمرة. فبالنسبة للارتفاقات غير المستمرة، وهى التى لا بد لاستعمالها من عمل متجدد، يبدأ احتساب مدة التقادم المسقط من آخر عمل من أعمال الاستعمال، فبالنسبة لحق المرور يبدأ احتساب المدة من آخر مرة تم فيها المرور بالفعل. أما بالنسبة للارتفاقات المستمرة وهى التى لا تقتضى عملاً متجدداً لاستعمالها، كالارتفاق بالمطل والارتفاق بعدم تجاوز ارتفاع معين فى البناء، فإن مدة التقادم المسقط تبدأ من الوقت الذى يقع فيه عمل مخالف لحق الارتفاق، كما لو سدت الفتحات التى تطل على العقار المرتفق به، أو أقيم بناء بالعقار المرتفق به يزيد ارتفاعه على الحد الأقصى. ولكن من الواضح أنه فى الحالة التى يكون فيها الارتفاق المستمر لم يستعمل أصلاً فإن مدة التقادم المسقط يبدأ سريانها فى الحال، أى من يوم نشأة الارتفاق. مثال ذلك حالة ما إذا لم يقيم مالك العقار المرتفق بفتح المطلات التى يخوله حق الارتفاق فتحها⁽²⁾.

وتسرى على التقادم المسقط لحق الارتفاق قواعد الانقطاع والوقف التى نصت عليها المواد 382 وما بعدها فى الفصل الخاص بالتقادم المسقط للالتزام. وذلك فى الحدود التى لا تتعارض فيها هذه القواعد مع طبيعة حق الارتفاق. فينقطع التقادم بأى عمل من أعمال الاستعمال، كالمرور على العقار المقرر

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 368.

(2) إسماعيل غانم ص 41 - محمود جمال الدين زكى ص 673 وما بعدها.

عليه ارتفاع بالمرور ولا يشترط أن يصدر هذا العمل من المالك، فيصح أن يصدر من المستأجر أو المنتفع أو حتى من زوار المالك. أو بأن يطالب مالك العقار المرتفق مطالبة قضائية بإزالة ما بناه مالك العقار المرتفق به مخالفا ما اتفق عليه من قيود. وينقطع أيضا باعتراف مالك العقار المرتفق به بحق الارتفاع قبل استكمال المدة.

وقد تعرضت الفقرة الثانية من المادة لحالة ما إذا كان العقار المرتفق مملوكا لعدة شركاء على الشيوع فنصت على أن "انتفاع أحدهم بالارتفاع يقطع التقادم لمصلحة الباقيين، كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة سائرهم" وتفسير هذه القاعدة أن الارتفاع لا يقبل التجزئة، فإذا كان باقيا لم يسقط فإنه يبقى بأكمله. وهذا من شأنه أن يؤدي إلى عدم سقوطه بصفة جزئية بالنسبة لبعض أجزاء العقار دون البعض الآخر، سواء كان هذا لصالح العقار الخادم أم على حساب العقار المخدم، ولهذا إذا ظل أحد الشركاء في الشيوع ينتفع به كان هذا قاطعا للتقادم لمصلحة الباقيين فلا يسقط بالنسبة لهم من جهة أخرى فإنه في حالة وقف التقادم لمصلحة أحدهم فقط، فإنه يصير موقوفا لمصلحة الباقيين نظرا لعدم التجزئة.

وكذلك إذا كان بين الشركاء قاصر ليس له نائب، فإن التقادم يوقف بالنسبة له وكذلك يوقف بالنسبة للآخرين كما يقع ذلك أيضا بين المدينين المتضامنين ويسرى الحكم المذكور ولو تمت القسمة ووقع العقار المرتفق جميعه في نصيب شريك آخر غير الشريك الذي انتفع وحده بالارتفاع أو أوقف التقادم بسببه، ولا يجوز الاستناد إلى الأثر الرجعي للقسمة للقول بأن من وقع العقار في نصيبه يعتبر أنه كان مالكا له وحده من بدء الشيوع، وأنه بناء على ذلك يعتبر التقادم المسقط قد سرى في مواجهته بغير وقف أو انقطاع. ذلك أنه يجب استبعاد المادة 843 مدنى فى كافة الأحوال التى لا يكون الأمر فيها متعلقا بحماية الشريك من تصرفات شريكه أثناء

الشيوع⁽¹⁾.

وإذا اكتملت مدة التقادم سقط حق الانتفاع بعدم الاستعمال إلا إذا لم يعترض صاحب العقار المرتفق به على ذلك وفسر عدم اعتراضه على أنه نزول منه عن حقه في التمسك بالتقادم.

ولا يمنع من سقوط حق الارتفاق بعدم الاستعمال من أن يعود صاحب الحق المرتفق إلى استعمال حق الارتفاق من جديد، وأن يستكمل مدة التقادم، فيتملكه ثانية بالتقادم⁽²⁾.

160- عدم الاستعمال الجزئي:

إذا كان عدم استعمال حق الارتفاق جزئياً، فإن حق الارتفاق ينقضى بمقدار الجزء الذي لم يستعمل، إذا مضت على عدم استعماله المدة القانونية⁽³⁾.

161- إثبات عدم الاستعمال:

إثبات عدم استعمال الحق في الارتفاق مدة خمس عشرة سنة يكون على مالك العقار المرتفق به إذا كان الارتفاق مستمراً، لأن عدم الاستعمال يفترض عملاً مخالفاً للارتفاق، أما إذا كان الارتفاق غير مستمر فإن مالك العقار المرتفق هو الذي يقع على عاتق عبء إثبات استعماله الحق.

ويجوز إثبات عدم الاستعمال، وكذلك الأفعال الخاصة بالاستعمال بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن⁽⁴⁾.

162- تعديل الكيفية التي يستعمل بها حق الارتفاق بالتقادم:

(1) إسماعيل غانم ص 43 - السنهوري ص 1883 - محمد كامل مرسى ص 465.

(2) السنهوري ص 1883 - محمود جمال الدين زكى ص 674.

(3) محمد كامل مرسى ص 466.

(4) محمد كامل مرسى ص 461 وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص 674 وما بعدها.

بعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة على انتهاء حقوق الارتفاق بعدم الاستعمال المدة القانونية أردفت "وكما يسقط بالتقادم حق الارتفاق يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التي يستعمل بها".
فكما يؤدي عدم الاستعمال إلى سقوط الارتفاق بالتقادم. فإن التقادم قد يؤدي أيضا إلى التعديل في الكيفية التي يستعمل بها.

ويجب هنا التمييز بين حالتين:

(الحالة الأولى): أن يكون صاحب حق الارتفاق قد استعمله استعمالا جزئيا وفقا لحاجاته دون أن يعوقه عن الاستعمال الكلى عائق.
ومثال ذلك أن يتقرر لمالك ارتفاقا بالمرور على أرض الغير، وكان هذا المرور يتضمن المرور راجلا وبدوابه وعرباته. ولكنه اقتصر مدة خمس عشرة سنة على المرور راجلا فقط لعدم حاجته إلى مرور دوابه وعرباته فإنه لا يترتب على ذلك تضيق نطاق الارتفاق ومنعه من المرور بدوابه وعرباته متى شاء⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"لا تزول يد صاحب الحق على العين بمجرد سكوته عن الانتفاع بها، بل يجب لذلك أن تكون قد اعترضتها يد للغير تتوافر فيها الشروط القانونية. فإذا كان صاحب الارتفاق على مروي لم يستعمل حقه في الرى منها منذ عشر سنوات فإن مجرد هذا الترك للاستغناء لا يكون له تأثير في وضع يده عليها. وإذن فمحاولة صاحب الأرض التي تمر فيها المروي إقامة سور عليها تعد تعرضا ليد صاحب الارتفاق معطلا لحقه".

(طعن رقم 77 لسنة 10 ق جلسة 1941/2/13)

(الحالة الثانية): أن يكون قد قام عائق مادي دون الاستعمال الكلى، كتضييق الطريق بشكل يمنع مرور الدواب والعربات - في المثال السابق -

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 370.

فاضطر صاحب حق المرور أن يمر ماشيا على الأقدام مدة خمس عشرة سنة. فإن حق المرور يضيق ويصبح مقصورا على مرور المشاة دون مرور الدواب والعربات.

وكما يضيق نطاق الارتفاق، فإن نطاقه يصح أن يتسع بالتقادم المكسب متى توافرت شروطه. فإذا كان حق المرور ينحصر في المرور ماشيا، ولكن صاحب الحق استعمل الطريق للسير بدوابه وعرباته لمدة خمس عشرة سنة، فإن حق المرور يكون قد اتسع ليشمل السير بالدواب والعربات في وقت واحد. وإذا كان الارتفاق بالمطل يخول الحق في فتح ثلاث نوافذ على ملك الجار ولكن صاحبه قام بفتح أربع نوافذ واستمر ذلك خمس عشرة سنة فإن نطاق حق ارتفاقه يتسع ليشمل فتح النوافذ الأربع⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وكما يزول حق الارتفاق بالتقادم يجوز أيضا أن يتعدل بالتقادم، كأن يستعمل حق المرور على وجه أقل أو أكثر مما هو ثابت بسنده، فينقضى الحق بالتقادم المسقط أو يزيد بالتقادم المكسب"⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن مجرد تعديل حالة الأمكنة أو طبيعة الأعمال المعدة لضمان استعمال الارتفاق لا يترتب عليه قانونا زوال حق الارتفاق إذا كان ذلك لم يتناول إلا طريقة الاستعمال فقط ولم يتعدها إلى الحق نفسه".

(طعن رقم 8 لسنة 11 ق جلسة 1941/4/24)

مادة (1028)

1- ينتهى حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح فى حالة لا

(1) السنهورى ص 1884 - عبد المنعم البدر اوى ص 370 - نبيل سعد ص 282 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 6 ص 650.

يمكن فيها استعمال هذا الحق.

2- ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق، إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال.

الشرح

163- استحالة الارتفاق؛

ينتهى حق الارتفاق إذا استحال استعماله بسبب تغير طارئ يتعلق بوضع الأشياء، سواء في العقار المرتفق (المخدوم)، أم في العقار المرتفق به (الخادم). واستحالة استعمال حق الارتفاق قد تكون نتيجة لبعض ظروف مادية تقع للعقار المرتفق أو للعقار المرتفق به. ويترتب عليها أن يصبح استعمال الارتفاق مستحيلا أو بدون فائدة ما.

ومثل ذلك أن تتحول الأرض الزراعية التي لها ارتفاق بالشرب أو بالمجرى أو بالمسيل إلى أرض للبناء، أو تنضب البئر أو العين التي تقرر عليها ارتفاق الشرب، أو كان الارتفاق ارتفاقا بالمطل، وهدم المنزل المرتفق فانهدمت بهدمه النافذة التي كانت تطل على العقار المرتفق به وأعيد بناؤه على نحو لم يعد فيه مطل، أو إذا كان الارتفاق ارتفاقا بالمرور، ثم انحبس العقار المرتفق به فأصبح لا يمكن الوصول منه إلى الطريق العام.

وقد يكون السبب في هذه الاستحالة حادثا جبريا أو قوة قاهرة، كأن تغمر مياه الفيضان أرضا مقررا عليها حق ارتفاق بالمرور أو المجرى. وقد يرجع سبب الاستحالة إلى فعل مالك العقار المرتفق أو مالك العقار المرتفق به أو إلى فعل الغير⁽¹⁾.

والاستحالة التي ينتهي بها حق الارتفاق هي الاستحالة التامة أو المطلقة، فلا يعتبر من قبيل الاستحالة ما قد يؤدي إلى أن يصبح استعمال الارتفاق أكثر مشقة،

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 371 - توفيق فرج ص 433.

أو أقل نفعا⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"النص في المادة 1028 من القانون المدني على أن "(1) ينتهى حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح فى حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق. (2) ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال"، إنما يدل فى فقرته الأولى على أن حق الارتفاق ينتهى إذا أصبح من المستحيل استعماله استحالة مطلقة وذلك نتيجة تغير حدث فى العقار المرتفق (المخدوم) أو فى العقار المرتفق به (الخادم) كهلاك أيهما مثلا على النحو المبين بالمادة 1026 من ذات القانون وسواء كانت هذه الاستحالة من حادث فجائى أو قوة قاهرة أو كانت من فعل صاحب العقار المرتفق أو صاحب العقار المرتفق به أو كانت من فعل الغير، وإذ كان مفاد الفقرة الثانية من نص المادة 1028 المشار إليه أن يعود الارتفاق إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق حتى ولو لم تكن الأمور قد عادت إلى وضعها الأصلى تماما مادامت فى وضع يمكن معه العودة إلى استعمال هذا الحق إلا أنه يلزم فى هذه الحالة ألا يكون الاستعمال أكثر مشقة".

(طعن رقم 3754 لسنة 62 ق جلسة 1999/2/18)

164- عودة حق الارتفاق :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه: "ويعود (أى حق الارتفاق) إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق، إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال".

ومفاد ذلك أن حق الارتفاق يعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق. وليس من الضروري أن تعود الأشياء إلى وضعها الأصلى، بل

(1) السنهورى ص 1887 - نبيل سعد ص 284 - محمد لبيب شنب ص 431.

يكفى أن ترجع إلى وضع يمكن معه العودة إلى استعمال حق الارتفاق. ويلزم في هذه الحالة ألا يكون الاستعمال أكثر مشقة⁽¹⁾.

وبناء على ذلك إذا انهدم العقار المرتفق بحق مطل، وأعيد بناؤه، فإن هذا الارتفاق بالمطل يعود للعقار الجديد، أو بعبارة أدق يمكن استعماله لخدمة العقار الجديد.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"تنص الفقرة الأولى من المادة 1028 من القانون المدني على أن حق الارتفاق ينتهى إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح فى حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق ومن ثم فإذا كان الثابت من الأوراق أن منزل الطاعن الذى كان مقررا لصالحه حق ارتفاق المطل - قد هدم وأعيد بناؤه بوضع أصبح معه لا يحتوى على مطلات أو مناور وأصبح فى حالة لا يمكن معها استعمال حق المطل وكان المطعون فيه قد أقام قضاؤه على أساس زوال ذلك الحق فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 111 لسنة 26 ق جلسة 1961/12/14)

غير أنه يلاحظ أن عودة حق الارتفاق يجب أن تقدر بقدرها، وأن تنقيد بمضمون الارتفاق الأصلى. وهذا بدعى فإذا كان الارتفاق الأصلى لا يستفيد منه إلا الطابق الأرضى فى العقار القديم، فلا يجوز تقريره لكافة الطوابق التى تعلو هذا الدور⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "من المقرر أنه إذا أنهدم العقار القديم وأعيد بناؤه فإن حق الارتفاق

(1) السنهورى ص 1887 - توفيق فرج ص 434 وما بعدها.

(2) محمد لبيب شنب ص 433 وهامش (44).

بالمطل يعود للعقار الجديد"مادة 1028 مدنى" إلا أن هذه العودة يجب أن تقدر بقدرها وأن تتقيد بمضمون الارتفاق الأصلى - وإذا كان الثابت أن الارتفاق الأصلى بالمطل لا يجاوز الدور الأرضى من العقار القديم فإن الحكم المطعون فيه بتقريره حق المطل لكافة الطوابق التى تعلو الدور الأرضى من عقار المطعون ضده الجديد يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 281 لسنة 37 ق جلسة 1972/4/8)

2- "إذ خلص (الحكم) إلى أن عقار المطعون ضدهم المقرر لصالحهم حق الارتفاق قد هدم وأعيد بناؤه بوضع أصبح معه فى حالة يمكن معها استعمال هذا الحق وذلك دون أن يبين كيف يستقيم هذا القول الذى انتهى إليه من إمكان استعمال حق الركوب مع خلو الأوراق ومنها تقرير الخبير مما يفيد ذلك وبالتالي يكون قد افترض هذا الأمر افتراضا دون أن يقيم عليها الدليل أو يبين المصدر الذى استقاه منه ومع إنكار الطاعنين له لدى محكمة الموضوع بدرجتها مما جعل الأسباب التى أقيم عليها ثعرة يتطرق منها التخازل إلى مقومات الحكم بحيث لا يتماسك معها قضاؤه".

(طعن رقم 3754 لسنة 62 ق جلسة 1999/2/18)

ويذهب الفقه - بحق - إلى أن التعبير "بانتهاى حق الارتفاق" وبعودته إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق (فقرة ثانية من المادة) ليس بالتعبير الدقيق. والصحيح أن حق الارتفاق لا ينتهى، بل يوقف استعماله إلى أن تزول هذه الاستحالة، فإذا ما زالت عاد استعماله إلى ما كان عليه ولكن حق الارتفاق نفسه يستمر باقيا، فهو لم يزل حتى يعود. وإذا كان حق الارتفاق ينتهى إذا استمرت استحالة استعماله خمس عشر سنة - فليست هذه الاستحالة

هى سبب انتهائه بل ينتهى بعدم الاستعمال طيلة هذه المدة⁽¹⁾.
 إنما إذا استمر المانع الذى أدى إلى استحالة استعمال الارتفاق مدة خمس عشرة سنة سقط الارتفاق، ولا يمكن أن يعود حتى لو عادت الأشياء إلى وضعها القديم بعد مضى هذه المدة. وسبب الانقضاء هنا ليس هو الاستحالة وإنما هو عدم الاستعمال أى التقادم المسقط. فإذا مضت مدة خمس عشرة سنة من وقت قيام الاستحالة انقضى الارتفاق نهائياً، ما لم يكن التقادم قد أوقف أو انقطع لأى سبب من الأسباب وفقاً للمبادئ العامة. وهو ينقطع على وجه الخصوص بإقرار صادر من مالك العقار المرتفق به أو بدعوى تثبت الحق (دعوى الاعتراف)⁽²⁾.



(1) السنهاورى ص 1886 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 371 - محمود جمال الدين زكى ص 678 - توفيق فرج ص 434 وما بعدها.

(2) السنهاورى ص 1888 - عبد المنعم البدرأوى ص 371 وما بعدها - توفيق فرج ص 434. فيذهبان إلى وقف التقادم خلال المدة التى يستحيل فيها استعمال الارتفاق.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"ينتهى حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح فى حالة لا يمكن فيها استعمال الحق، كما إذا انحبس العقار الذى تقرر عليه حق المرور لمصلحة عقار آخر فأصبح لا يمكن الوصول منه إلى الطريق العام. فإذا عاد العقار المرتفق به إلى حالته الأولى متصلًا بالطريق العام عاد حق الارتفاق، إلا أن يكون قد مضى على عدم استعماله المدة التى يسقط بها، ولا يحسب فى هذه المدة الوقت الذى تعذر فيه استعمال حق المرور بسبب حبس العقار المرتفق به".

مادة (1029)

لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق، أو لم تبقى له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به.

الشرح

165- انعدام الفائدة من حق الارتفاق:

أجازت المادة لمالك العقار المرتفق به التحرر من الارتفاق كله أو بعضه في حالتين:

الأولى: إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق. ذلك أنه إذا انعدمت تلك الفائدة لم يكن هناك مبرر لوجود الارتفاق. مثال ذلك: إذا كان مضمون حق الارتفاق، الارتفاق بالشرب لأرض زراعية ثم تحولت إلى أرض بناء، أو يكون حق الشرب مشروطاً فيه أن يحصل مالك المورد على حاجته من الماء أولاً، وحدث أن قل الماء بحيث لم يعد يكفي سوى مالكة، فهنا يصبح الارتفاق المقرر على هذا المورد بدون أية فائدة لمالك العقار المرتفق⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"وحيث إن مما ينهض الطاعن على الحكم المطعون فيه القصور في التسيب بيان ذلك يقول إنه تمسك أمام محكمة الموضوع بدفاع حاصله انتهاء الارتفاق لانعدام الفائدة منه تطبيقاً لحكم المادة 1029 من القانون المدني لما ثبت من تقرير خبير الدعوى أن المطعون عليه أعاد بناء منزله وفتح به مطلاً على الطريق العام لم يكن موجوداً من قبل بما يغني عن المطل موضوع النزاع غير أن الحكم المطعون فيه أغفل بحث هذا الدفاع الجوهرى ولم يرد عليه بما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى فى محله، وذلك أن المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن إغفال الحكم بحث دفاع أبداه الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان هذا الدفاع جوهريا ومؤثرا فى النتيجة التى انتهت إليها المحكمة إذ يعتبر ذلك الإغفال قصورا فى أسباب الحكم الواقعية بما يقتضى بطلانه، وأنه يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع برمته إلى محكمة الاستئناف بما سبق أن أبداه المستأنف عليه أمام محكمة أول درجة من دفوع وأوجه دفاع وتعتبر هذه وتلك مطروحة أمام محكمة الاستئناف ويتعين عليها أن تفصل فيها ولو لم يعاود المستأنف عليه التمسك بها طالما أنه لم يتنازل عنها، وكان مفاد نص المادة 1029 من القانون المدنى أن حق الارتفاق يجوز التحرر منه إذا فقد كل منفعة للعقار المرتفق أو أصبحت فائدته محدودة لا تتناسب البتة مع العبء الذى يلقيه على العقار المرتفق به. ففى هذه الحالة يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب التخلص من حق الارتفاق وتحرير عقاره منه ولو دون موافقة صاحب العقار المرتفق. لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الطاعن - فى مذكرتى دفاعه المقدمتين أمام محكمة أول درجة بتاريخ 1988/1/23، 1988/10/29 تمسك بتطبيق حكم المادة 1029 من القانون المدنى لانعدام الفائدة من المطل موضوع النزاع على سند من أن المطعون عليه فتح نافذة على الشارع الرئيسى بذات الحجرة التى يطالبه بحق المطل لها، ولم يثبت من الأوراق أنه تخلى عن هذا الدفاع أو تنازل عنه ومن ثم يبقى مطروحا على محكمة الاستئناف لتقول فيه كلمتها. لما كان ما تقدم - وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه - قد قضى بإلغاء الحكم الابتدائى وإزالة المبانى التى أقامها الطاعن وتحول دون انتفاع المطعون عليه بحق الارتفاق على عقار الطاعن - لم يشر إلى هذا الدفاع والتفت عن تناوله بما يقتضيه من البحث ولم يرد عليه، وكان هذا الدفاع جوهريا قد يتغير بتحقيقه وجه الرأى فى الدعوى، فإن الحكم يكون معيبا بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

الثانية: إذا لم تبق للارتفاق غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به.

ففى هذه الحالة لا تنعدم الفائدة من الارتفاق، ولكنها تتضاءل إلى حد كبير، بعد التغيير الذى يطرأ على العقار المرتفق، بحيث لا تتناسب مع العبء الذى يرد على العقار المرتفق به، كأن تشق ترعة بجوار أرض زراعية فيصبح حق المجرى الذى لها على الأرض المجاورة من الناحية الأخرى غير ذى أهمية.

أو إذا كان الارتفاق حق مرور ثم تيسر للعقار المرتفق طريق آخر أطول قليلا من الطريق الذى يمر خلال العقار المرتفق به، فهنا يكون للارتفاق بالمرور فائدة ولكنها فائدة محدودة لأن الفرق بين الطريقين فى الطول فرق ضئيل. فلا يكون هناك تناسب بينها وبين الأعباء التى يلقيها وجود الارتفاق على العقار المرتفق به.

ذلك أن من تقرر الارتفاق لصالح عقاره يكون متعسفا فى استعمال حقه إذا أصر على إبقاء الارتفاق فى ظل هذه الظروف، ولهذا تطبق أحكام التعسف فى استعمال الحق التى تقضى بها القواعد العامة.

ويبدو من نص القانون أن فقدان منفعة الارتفاق لا يؤدي إلى انتهاء الارتفاق بقوة القانون، وإنما ينشئ رخصة لمالك العقار المرتفق به تخوله أن يتحرر من الارتفاق. ويتم هذا التحرر إما بالتراضى مع مالك العقار المرتفق، وإما بحكم من القضاء. ويجوز للقاضى عندما يحكم بتحرير العقار من الارتفاق أن يقضى بتعويض لمالك العقار المرتفق إن وجد محلا لذلك. كما لو كان منفعة الارتفاق لم تنتف كلية. وإنما نقصت⁽¹⁾.

(1) مذكرة المشروع التمهيدي ج6 ص653 - محمد لبيب شنب ص433 - محمود جمال

الدين زكى ص679 - عبد المنعم البدروى ص366.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ينتهى حق الارتفاق أخيرا إذا لم يصبح له فائدة، أو أصبحت فائدته محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به، كما إذا كان الارتفاق حق مرور وانفتحت للعقار المرتفق سبل أخرى إلى الطريق العام أقرب وأيسر، فيجوز لصاحب العقار المرتفق به، فى هذه الحالة، أن يطلب تحرير عقاره من حق الارتفاق، على أن يدفع تعويضا مناسباً إذا كان هناك محل لذلك"⁽¹⁾.

وقد طبق المشرع هذه القاعدة فى حالة تجزئة العقار المرتفق، فقد نصت المادة 2/1024 - كما رأينا - على أنه: "إذا كان حق الارتفاق لا يفيد فى الواقع إلا جزءاً من هذه الأجزاء، فمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى"، وطبقها أيضاً فى حالة تجزئة العقار المرتفق به فنصت المادة 2/1025 على أنه: "إذا كان حق الارتفاق لا يستعمل فى الواقع على بعض هذه الأجزاء، ولا يمكن أن يستعمل عليها، فمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذى يملكه".

وقد تناولنا هذين النصين بالشرح تفصيلاً فيما سلف.

166- النزول عن حق الارتفاق :

تقضى القواعد العامة بانتهاء حق الارتفاق بنزول صاحب الحق فى الارتفاق عن حقه. وهذا النزول يتم بالإرادة المنفردة لصاحب حق الارتفاق، فلا يحتاج إلى قبول من صاحب العقار المرتفق به⁽²⁾ وإنما ينتج أثره بإعلانه لصاحب العقار المرتفق به⁽³⁾.

والتنازل الصريح هو الذى يصدر من صاحبه فى عبارة واضحة تدل على ذلك ولا تحتل التأويل.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج6 ص653.

(2) إسماعيل غانم ص39 - محمد كامل مرسى ص452.

(3) السنهورى ص1893.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"التنازل الصريح هو الذى يصدر من صاحبه فى عبارة واضحة تدل على ذلك ولا تحتتمل التأويل. وإذ كانت العبارة التى وردت فى عقد شراء سلف الطاعن أن العقار خال من أى حق من حقوق الارتفاق لم تصدر من سلف المطعون ضده - مدعى حق الارتفاق - وكل ما يمكن نسبته إلى ذلك السلف فى هذا الصدد أنه وقع كشاهد على العقد المتضمن لها، دون إجازة صريحة لما ورد فيه وهذا لا يعنى أنه قد تنازل صراحة عن حق الارتفاق المقرر لمنزله على العقار موضوع العقد، وكان التنازل الضمنى عن حق الارتفاق قد نفاه الحكم - بما له من سلطة تقديرية فى استخلاص القرائن متى كان استخلاصه سائعا بما قاله من أن عدم اعتراض سلف المطعون ضده على تعدى الطاعن لا يسقط حقه، وأن ليس فى الأوراق ما يفيد تنازله عن هذا الحق، وهو منه سائغ ومقبول، فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس".

(طعن رقم 128 لسنة 40 جلسة 1975/1/8)

ويكون التنازل ضمنيا إذا أذن مالك العقار المرتفق بعبارات صريحة مالك العقار المرتفق به فى أن يقيم بصفة دائمة أعمالا من شأنها أن تعوق استعمال حق الارتفاق، أو إذا اشترك معه فى إقامة هذه الأعمال. ولكن مجرد ترك مالك العقار المرتفق به يقيم مثل هذه الأعمال من غير احتجاج من مالك العقار المرتفق لا يمكن تفسيره بأنه نزول ضمنى عن الارتفاق، ولا ينقضى حق الارتفاق إلا إذا مضت المدة القانونية لسقوط الحق بعدم الاستعمال.

وإذا أقام صاحب حق الارتفاق على عقاره أعمالا تخالف استعمال الارتفاق فإن مجرد القيام بذلك لا يعتبر نزولا ضمنيا عن الارتفاق.

ورضاء مالك العقار المرتفق به ببيع العقار المرتفق لا يكفى لاستنتاج النزول. والنزول عن حق الارتفاق قد يكون عن كل الحق أو عن بعضه فقط، فيكون

الانقضاء تاماً أو جزئياً على حسب الأحوال⁽¹⁾.

ويعتبر من قبيل النزول الضمنى أن يشهد صاحب حق الارتفاق على عقد بيع واقع على العقار المرتفق به، إذا ورد فى شروط البيع أن العقار المبيع خال من أى حق ارتفاق، وذلك دون أن يتحفظ صاحب حق الارتفاق⁽²⁾. ويمكن استخلاص النزول الضمنى من العقود التبادلية.

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض بقولها :

1- "إن التنازل عن حقوق الارتفاق كما يكون صريحاً يجوز أن يكون ضمناً، إذ القانون لم يشترط لتحقيقه صورة معينة، فإذا استخلصت المحكمة هذا التنازل من أن الجار الذى يطالب جاره باحترام عقد شرائه وقيوده قد خالف هو الآخر شروط عقد شرائه وقيوده كما خالفها كثير من سكان هذا الحى مما يقوم معه العذر فى الاعتقاد بسقوط تلك الحقوق، فإنها تكون قد استخلصت هذا التنازل استخلاصاً سائعاً من وقائع تودى إليه، ولا يكون على حكمها معقب فى ذلك لتعلقه بأمر موضوعى".

(طعن رقم 70 لسنة 12 ق جلسة 1943/4/22)

2- "فى حقوق الارتفاق التبادلية يكون سبب التزام مالك العقار باحترام حق الارتفاق المقرر على عقاره لمصلحة عقار آخر التزام مالك هذا العقار الآخر باحترام الارتفاق المقابل المقرر لمصلحة مالك العقار الأول فإذا خرج أيهما عن الالتزام المفروض عليه وخالف شروط عقده أو قيوده فإنه يكون قد أسقط حقه فى إلزام جاره مالك العقار الآخر بتنفيذ التزامه الذى يغدو بلا سبب".

(طعن رقم 374 لسنة 30 ق جلسة 1965/4/29)

وإذا استخلصت محكمة الموضوع التنازل الضمنى استخلاصاً سائعاً من

(1) محمد كامل مرسى ص 453.

(2) السنهورى ص 1892.

مقدمات تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها فلا معقب عليها في ذلك لتعلقه بتقدير موضوعي من سلطتها المطلقة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"التنازل عن حقوق الارتفاق كما يكون صريحا يجوز أن يكون ضمنيا إذ القانون لم يشترط لتحقيقه صورة معينة. فمتى كانت المحكمة قد استخلصت هذا التنازل الضمني استخلاصا سائغا من مقدمات تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها فلا معقب عليها في ذلك لتعلقه بتقدير موضوعي من سلطتها المطلقة".

(طعن رقم 484 لسنة 29 ق جلسة 1964/5/28)

والتنازل سواء كان صريحا أو ضمنيا يعتبر ملزما للمتنازل بما يمنعه من توجيه طلبات إلى المتنازل إليه تتطوى على إنكار لهذا التنازل. ولا يغير من ذلك أن يكون التنازل مما يجب تسجيله إذ لا يترتب على عدم التسجيل سوى تراخي زوال الحق العيني للمتنازل عنه.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"التنازل سواء كان صريحا أو ضمنيا يعتبر ملزما للمتنازل بما يمنعه من توجيه طلبات إلى المتنازل إليه تتطوى على إنكار لهذا التنازل. ولا يغير من ذلك أن يكون التنازل مما يجب تسجيله إذ لا يترتب على عدم التسجيل سوى تراخي زوال الحق العيني للمتنازل عنه. فإذا كان الطاعنان قد أقاما دعواهما بطلب تعويض عن مخالفه المطعون عليه لقيود البناء وذلك بعد أن كانا قد تنازلا عن هذه القيود ضمنيا - على ما حصله الحكم المطعون فيه - مما يعتبر معه هذا الطلب إنكارا منهما للتنازل الصادر من جانيهما، فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتد بهذا التنازل ورتب عليه آثاره لا يكون مخالفا للقانون".

(طعن رقم 484 لسنة 29 ق جلسة 1964/5/28)

ولا يحتج بالنزول على من يكون قد كسب حقوقا عينية على العقار المرتفق

إلا بتسجيل العقد الذى يثبت النزول⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"لا يتم التنازل عن حق الارتفاق وفقا للقانون إلا إذا كان هذا التنازل قد حصل شهره وفقا لقانون الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946 الذى حصل التنازل وقت سريانه، وإذن فإنه يكون غير منتج النعى على الحكم بعدم الاعتراد بتنازل المشتري عن حق الارتفاق المقرر للعين المشفوع بها متى كان هذا التنازل لم يشهر سواء حصل قبل رفع دعوى الشفعة أم بعد رفعها".

(طعن رقم 117 لسنة 22 ق جلسة 1955/11/17)



(1) محمد كامل مرسى ص 453 - إسماعيل غانم ص 39 - السنهورى ص 1893.

(الكتاب الرابع)

الحقوق العينية التبعية

أو التأمينات العينية

مادة (1030)

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.

الشرح

167 - تعريف الرهن الرسمي :

عرفت المادة الرهن الرسمي بأنه: "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".

ويلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

1- أنه يتضمن مقومات الحق الذي يهدف العقد إلى إنشائه وهو حق الرهن

الرسمي.

والواقع أن مصطلح الرهن يطلق على العقد الرسمي وعلى الحق العيني الذي

ينشئه هذا العقد. فالرهن عقد يتم بين الراهن والدائن المرتهن.

ولفظ الرهن في لغة القانون يحتمل ثلاثة معان: فقد يقصد به تارة العقد الذي

يتولد عنه حق الرهن، ويقصد به تارة أخرى حق الرهن ذاته (فيقول الدائن أن له

رهنا على العقار)، وقد يقصد به تارة ثالثة الشيء المرهون (فيقول الدائن أن معه

رهنًا للوفاء بحقه أى يحتفظ بشئ على سبيل الرهن).

ويذهب الفقه إلى أنه عند تعريف الرهن الرسمى يجب إبراز الرهن باعتباره حقًا لأن العقد ليس إلا وسيلة لنشأة الحق، كما أن معالجة الرهن جاءت فى باب الحقوق العينية التبعية وليس فى باب العقد باعتباره مصدرًا للحق⁽¹⁾.

2- أن المشرع استخدم عبارة "مخصص للوفاء"، وهى تشعر أن العقار المرهون لا يضمن إلا الوفاء بالدين المضمون بالرهن، مع أن الواقع هو أن العقار المرهون يظل فى الذمة المالية للمدين ويحق للدائنين العاديين التنفيذ عليه ولكن يتقدمهم الدائن المرتهن عند استيفاء الحقوق. فالعقار المرهون لا يخصص لسداد حق الدائن وحده وإنما كل ما هنالك أنه يخوله حق التقدم⁽²⁾.

ولا يخفى فى واقع الأمر أن التخصيص يقصد به أن الرهن يقتصر على عقار معين، ولا يمتد إلى غيره من عقارات المدين، ولا يقصد به أن هذا العقار مخصص لوفاء حق الدائن دون غيره. والمشرع إذ يعرف الرهن لا يمس بالقواعد العامة الواردة فى أحكام الضمان العام للدائنين.

3- أنه يؤخذ على هذا التعريف أنه أشار إلى أن التقدم يكون على "ثمن العقار" مع أن التقدم لا يكون فقط على ثمن العقار المتحصل من بيعه بعد التنفيذ عليه، بل هو يكون أيضا على أى مبلغ يحل محل العقار كالتعويض ومبلغ التأمين (مادة 1056)⁽³⁾.

168- خصائص الرهن الرسمى:

(1) الدكتور حسام الدين كامل الأهوانى التأمينات العينية فى القانون المدنى المصرى طبعة 2003 - 2004 ص 47 وما بعدها - عبد الفتاح عبد الباقي ص 268.

(2) عبد الفتاح عبد الباقي ص 216 وما بعدها - حسام الدين الأهوانى ص 48.

(3) الدكتور عبد المنعم البدرأوى التأمينات العينية الطبعة الأولى 1969 ص 11- الدكتور منصور مصطفى منصور التأمينات العينية طبعة 1963 ص 17.

يتميز الرهن الرسمى بالخصائص الآتية:

1- أنه حق عينى، وقد صرح المشرع بذلك فى المادة (1030) التى عرفت الرهن الرسمى. فالرهن يخول صاحبه سلطة مباشرة على الشئ موضوع الحق يستعملها دون وساطة شخص آخر. على أن هذه السلطة - على خلاف الحال فى الحقوق العينية الأصلية - لا تخول حقا فى استعمال الشئ أو استغلاله، وإنما فقط فى اقتضاء الدائن المرتهن حقه من المقابل النقدى للشئ محل الحق بالأفضلية على غيره من الدائنين العاديين أو الدائنين المرتهنيين اللاحقين له فى المرتبة.

ولما كان حق الرهن الرسمى من الحقوق العينية فإنه يخول صاحبه حق التقدم وحق التتبع⁽¹⁾.

وترتبيا على ذلك قضت محكمة النقض بأن:

"إنه لما كانت المادة 208⁽²⁾ من القانون المدنى لا تنطبق، كما هو صريح نصها إلا على الديون أو التعهدات فإن حكمها لا يسرى على الرهن الرسمى الذى هو حق عينى، بل الذى يسرى عليه هو حكم المادة 118 التى أورد فيها القانون بيان أحوال زوال الحقوق العينية. ولما كان حق الرهن بحسب طبيعته لا يمكن اكتسابه بوضع اليد لأنه حق تبعى لا نتصور له وجودا إلا ضمانا لدين، والديون لا تكتسب بوضع اليد، فالاستثناء المنصوص عليه فى المادة 102 من القانون المدنى المختلط ليس إلا تقريرا لما هو مقرر، وإغفاله فى المادة 76 من القانون الأهلى لا يمكن أن يفيد أن هذا القانون جاء على خلاف القانون المختلط مجيزا اكتساب الرهن بوضع اليد. ولما كان عدم الاستعمال ليس من أسباب زوال الحقوق

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 12 - عبد الفتاح عبد الباقي ص 269.

(2) المادة 208 هى التى تقرر القاعدة العامة فى انقضاء الالتزامات بمضى خمس عشرة سنة.

العينية الواردة على سبيل الحصر فى المادة 88 فإن حق الرهن المحفوظ وفقا للقانون لا يمكن أن يسقط بمضى المدة استقلا لا عن الدين المضمون به".

(طعن رقم 117 لسنة 13 ق جلسة 1944/5/25)

2- أنه حق عيني تابع، يتبع الالتزام الأسمى الذى وجد لضمانه. والرهن ككل الحقوق التبعية لا يوجد مستقلا بنفسه، بل لابد أن يرتكز على التزام صحيح، حتى يوفر ضمان الوفاء به.

والأصل أن الرهن لا يوجد إلا بعد وجود الالتزام الأسمى المضمون. ولكننا سنرى فى بعض الأحوال ومراعاة لاعتبارات خاصة أن الرهن قد يوجد قبل تحمل ذمة المدين بالالتزام المضمون. ويترتب على فكرة التبعية أن الرهن يتبع الالتزام الأسمى فى وجوده وصحته وزواله.

3- أنه حق عقارى، فهو لا يرد إلا على العقار دون المنقول. وقد يرد الرهن استثناء على بعض المنقولات التى نظم القانون بالنسبة لها طريقة خاصة من طرق الشهر كالسفينة والمحل التجارى.

والسبب فى أن الرهن الرسمى لا يرد على المنقول أن هذا الرهن هو رهن غير حيازى، أى أن الحيازة فيه لا تنتقل إلى الدائن المرتهن بل يظل الشئ المرهون فى حيازة الراهن. وإذا كان من السهل تنظيم شهر للرهن فى العقار، حتى يستطيع الغير أن يعلموا به إلا أن هذا غير ميسور بالنسبة للمنقولات. وإنما تقوم الحيازة فى المنقول مقام إجراءات الشهر فى العقار، ولذلك لم يكن من الجائز رهن المنقول إلا رهنا حيازيا⁽¹⁾.

4- أنه حق غير قابل للتجزئة بمعنى أن العقار المرهون فى جملته وفى كل جزء منه ضامن لوفاء الدين كله وكل جزء منه.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 12 وما بعدها - محمد على إمام ص 227.

(أنظر شرح المادة 1041).

169- الشروط الموضوعية فى عقد الرهن الرسمى :

يشترط لانعقاد العقد كسائر العقود، وجود الرضا ووجود محل وسبب مستوفين الشروط القانونية. ويشترط لصحته أن يصدر الرضا سليما من العيوب من شخص تتوافر فيه الأهلية. وفيما يتعلق بالسبب لا يوجد ما يتخصص به الرهن عن سائر العقود.

الرضاء :

الرهن الرسمى عقد، فيجب توافق الإيجاب والقبول الصادرين من طرفيه. وطرفا عقد الرهن هما الراهن والمرتهن. ويغلب أن يكون الراهن هو المدين، ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يكون شخصا آخر يقرر على عقاره رهنا ضمانا للوفاء بدين على غيره. وهذا هو الكفيل العينى كما سنرى (م1/1032 مدنى). ويلزم تطبيقا للقواعد العامة أن يأتى رضاء الراهن والمرتهن صحيحا خاليا من العيوب التى تشوبه، وهى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال⁽¹⁾.

170- أهلية المرتهن والراهن :

أنظر شرح المادة (1032).

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن جاء فى المادة 76 من بيان للدعاوى المجهولة القيمة فى الفقرة الخامسة بشأن "دعاوى طلب الحكم بإلغاء الرهن أو الاختصاص أو شطبهما" فينبغى تفسيره بحسبانه استثناء من الأصل وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون (فى بيان المقصود بالدعاوى مجهولة القيمة فى الفقرة الثانية - الدعاوى والإشكالات التى تقدم لقاضى الأمور المستعجلة - ما يعنى أنها الإشكالات التى يأمر فيها قاضى التنفيذ بوقف التنفيذ حتى يفصل قاضى الموضوع فى النزاع، أما الإشكال الموضوعى فيعتبر من حيث الرسوم دعوى جديدة ويحصل عنه رسم عادى جديد وما جاء فى الفقرة العاشرة من المادة 76 من اعتبار -

المعارضة في نزع الملكية - التنبيه العقارى - إذا تعلقت المعارضة بإجراءات التنفيذ، ولا شبهة أخيرا في أن المقصود بإجراءات التنفيذ الوارد ذكرها في هذه الفقرة هي الإجراءات الشكلية التي تتعلق بصحة التنبيه أو بطلانه فتخرج من ذلك حالة ما إذا كان موضوع المعارضة تناول قيمة الدين أو الوفاء به ويقدر الرسم في هذه الحالة بحسب قيمة الطلب وهو ما يقطع بأنه عندما يكون هناك نزاع موضوعي =

= حول صحة التصرف أو صحة الرهن فإن الدعوى تكون معلومة القيمة وأن المقصود بما ورد في الفقرة الخامسة من المادة 76 من النص على أن (دعاوى طلب الحكم بإلغاء الرهن أو الاختصاص أو شطبهما تعتبر دعوى مجهولة القيمة) إنما تنصرف إلى الدعوى الشكلية المنصوص عليها في المادة 45 من القانون رقم 114 لسنة 1946 بشأن تنظيم الشهر العقارى من أنه (لا يجوز محو القيد إلا بمقتضى حكم نهائى أو برضاء الدائن ...) وذلك كأثر من آثار انقضاء الدين المقرون بالرهن بالوفاء أو الإبراء أو بصدور حكم سابق بالبطلان حيث يسقط الرهن وبالتالي ينبغى أن يحى الرهن بالتبعية أما إذا كان النزاع يدور حول صحة الرهن والدين أو زوالهما فهذه دعوى موضوعية تقدر بقيمة الحق المتنازع عليه، وإذا كانت الدعوى الأصلية المرددة بين الخصوم لم تكن بطلب إجراء شكلى وإنما منازعة موضوعية فإن النعى (بمخالفة الحكم المطعون فيه نص الفقرة الخامسة للمادة 76 من قانون الرسوم القضائية بإقامته قضاءه على أن الدعوى المتنازع على مقدار الرسوم فيها معلومة القيمة في حين أنها مقيدة بصريح ذلك النص مجهولة القيمة) يكون على غير أساس خليقا بالرفض".

الفصل الأول

إنشاء الرهن

مادة (1031)

- 1- لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية.
- 2- ونفقات العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك.

الشرح

171 - الرسمية ركن فى العقد :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن: "لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية".

ويبين من هذا النص أن الرهن الرسمى عقد شكلى لا يكفى لقيامه مجرد توافق الإرادتين، بل لابد من توافر الشكل الذى تطلبه المشرع لقيام العقد. فالرسمية ركن فى الرهن.

فالرسمية هى مميز الرهن الأساسى ، ولذلك سمي بالرهن الرسمى.

172 - حكمة الرسمية :

اشتراط المشرع الرسمية حماية للراهن وبقصد تنبيهه إلى خطورة التصرف الذى يجريه، إذ هو من غير أن تتغير سلطته على العقار يثقله بحق عينى غالبا ما يؤدي فى النهاية إلى ضياعه منه، ولعله أن يتروى ويتبصر قبل أن يبرم العقد⁽¹⁾. هذا والرسمية تحقق فائدة للدائن المرتهن أيضا، لأنها تزوده منذ إبرام العقد بسند تنفيذى يغنيه عن إجراءات التقاضى إذا امتنع المدين الراهن عن الوفاء بدينه

(1) سليمان مرقس ص 108 - محمد على إمام ص 276.

عند حلول الأجل.

والرسمية تحقق فائدة للرهن ذاته، وللائتمان العقاري بصفة عامة، لأنها تضمن إلى حد كبير أن يراعى في إبرام العقد الشروط اللازمة لصحته من شروط الأهلية، وملكية الراهن وتخصيص الرهن.

ومع ذلك فيلاحظ أنه قد يتأخر التخصيص عن إبرام العقد ذاته، ولهذا اشترط المشرع أن يتم التخصيص في هذه الحالة بورقة رسمية أيضا (م 2/1035⁽¹⁾).

وينتقد الشراح اشتراط الرسمية في الوقت الحاضر ويرون فيها مجرد شكل تقليدي لا مبرر له الآن خاصة بعد قيام نظام الشهر، هذا فضلا عن صعوبة تبريرها بالنسبة للرهن الرسمي مادام المشرع لم يستلزمها في كافة التصرفات التي من شأنها ترتيب الحقوق العينية على العقار وفي مقدمتها البيع. على أنه مع ذلك لا جدال في أن مالك العقار يقدر عند بيعه خطورة التصرف الذي يقدم عليه إذ هو يعرف تماما أنه سيخرج نهائيا من يده. أما في الرهن فإن الراهن في كل الحالات يقدم على رهن العقار ولديه الأمل الذي يكاد يرقى إلى مرتبة اليقين في أن سيوفى بالدين ويخلص عقاره من الحق العيني الذي رتبته عليه. على أنه غالبا ما تخيب الظروف هذا الظن وتنتهي الأمور إلى غير ما توقع. ولذلك كان اشتراط الرسمية له ما يبرره من حيث إشعار الراهن بخطورة العقد وحمله على التبصر في عواقبه فلا يقدم عليه إلا بعد تفكير وتدبير لنتائج⁽²⁾.

173 - هل تلزم الرسمية في رضا الدائن المرتهن ؟

لا خلاف في وجوب الرسمية في رضا الراهن، لأن الرسمية شرعت في المقام

(1) السنهوري ص 229 - سمير عبد السيد تناغو ص 140.

(2) محمد على إمام ص 276 - رمضان أبو السعود وهام محمد زهران ص 273 وما بعدها.

الأول حماية للراهن. فإذا كان الراهن والمرتهن حاضرين فى مجلس العقد أثبت رضاها فى العقد وانتهى الأمر بذلك.

أما إذا كان كل منهما فى جهة، فقد ذهب رأى فى الفقه إلى أن يكفى أن يدون رضا الراهن فى ورقة رسمية، وينعقد العقد بأى قبول يصدر من المرتهن سواء كان بورقة رسمية أو بورقة عرفية أو بغيرهما، وتعليه ذلك أن المشرع تطلب الرسمية حماية للراهن⁽¹⁾.

ويذهب رأى آخر إلى أن الظاهر من نصوص القانون أن الرسمية ضرورية فى كل من رضا الراهن ورضا الدائن المرتهن، فلا يكفى أن يكون رضا الراهن وحده رسميا إذا لم يكن رضا الدائن المرتهن رسميا أيضا. ذلك أن المشرع ينص على وجوب انعقاد الرهن فى ورقة رسمية، وانعقاد الرهن لا يتم إلا بإيجاب وقبول، مما يؤدى إلى القول بضرورة إفراغ رضا طرفى العقد فى الشكل الرسمى. هذا فضلا عن أنه لما كان تطلب الرسمية هنا وثيق الصلة بمبدأ تخصيص الرهن، فإنه يجب أن يتم رضا الراهن والمرتهن معا فى ورقة رسمية تتضمن البيانات اللازمة بشأن العقار المضمون والالتزام المضمون حتى يكتسب هذا الرضا الحجية التى تكفل تقادى ما قد يثور من منازعات احتمالية، فضلا عن أنه ليس صحيحا أن الرسمية قد تقررت حماية للراهن فقط ولمصلحته. فهى تحقق فائدة للمرتهن أيضا وللرهن ذاته⁽²⁾.

وهذا رأى هو الذى نرجحه.

وتكون الرسمية ضرورية فى الرهن دون القرض.

(1) سليمان مرقس ص 109 وما بعدها - محمد على إمام ص 277 - عبد المنعم البدرأوى ص 61 - عبد الفتاح عبد الباقي ص 284.

(2) السنهورى ص 229 - توفيق حسن فرج ص 133 وما بعدها - سمير عبد السيد تناغو ص 143 وما بعدها - الدكتور نعمان جمعه الحقوق العينية 1999-2000 ص 30.

فيجوز ثبوت الدين في ورقة عرفية على أن يكون الرهن بورقة رسمية.

174 - المقصود بالرسمية :

لم يشترط المشرع في المادة (1/1031) أن يتم الرهن في عقد رسمي، بل في ورقة رسمية، وهذا أعم من العقد. والورقة الرسمية حسب تعريف قانون الإثبات في المادة العاشرة منه هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.

ومع ذلك فهناك إجماع في الفقه على أنه ليست كل ورقة رسمية تصلح لإبرام الرهن، فالاتفاق على الرهن الثابت في محضر أمام القضاء لا يكفي لإنشاء الرهن الرسمي. بل لابد أن يتم الرهن في عقد رسمي⁽¹⁾، وهو عقد يتم بمكتب التوثيق طبقاً للإجراءات التي نص عليها قانون التوثيق (القانون رقم 68 لسنة 1947). ولعله مما يؤيد هذا الرأي من نصوص التشريع ذاته، أن المشرع استعمل لفظ العقد في اشتراطه في المادة (1/1035) أن يرد تخصيص الرهن "إما في عقد الرهن ذاته أوفى عقد رسمي لاحق، وإلا وقع الرهن باطلاً".

والمشرع يشترط الرسمية في عقد الرهن نفسه، وليس في عقد الدين المضمون بالرهن، ذلك أن الدين ينشأ بصفة مستقلة عن الرهن، ومن المتصور ألا يكون مصدره عقدياً على الإطلاق. كأن يكون ناشئاً عن عمل غير مشروع.

وإذا كان مصدره العقد فالغالب أن يكون عقد قرض وأن ينشأ الدين في نفس الوقت الذي ينشأ الرهن الضامن له، إلا أنه لا مانع من أن ينشأ الدين قبل الرهن، أو ينشأ مستقلاً عنه، ولا يشترط لنشأته على أي حال إفراغه في عقد رسمي.

(1) سمير عبد السيد تناغو ص 142 وما بعدها - نعمان جمعه ص 30 - حسام الأهواني ص

175 - عقد الرهن الرسمى الذى يبرم فى الخارج:

إذا عقد الرهن فى الخارج بالنسبة لعقار فى مصر جاز أن يوثق العقد أمام موظف مصرى فى إحدى القنصليات المصرية الموجودة فى الخارج. ولا يعترض على ذلك بنص المادة (20) من القانون المدنى التى تجيز إخضاع العقود فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه. إذ كما تقول مذكرة المشروع التمهيدي تعليقاً على هذا النص: "إن اختصاص القانون الذى يسرى على الشكل لا يتناول إلا عناصر الشكل الخارجية، أما الأوضاع الجوهرية فى الشكل وهى التى تعتبر ركناً فى انعقاد التصرف كالرسمية فى الرهن التأمينى، فلا يسرى عليها إلا القانون الذى يرجع إليه للفصل فى التصرف من حيث الموضوع". ولما كان قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العقود التى أبرمت فى شأن هذا العقار (مادة 2/19)، فإن عقد الرهن الرسمى إذا ورد على عقار كائن بمصر يجب أن يخضع من حيث الرسمية أيضاً لأحكام القانون المصرى⁽¹⁾.

176 - الجزء على تخلف الرسمية:

مادامت الرسمية - كما ذكرنا سلفاً - ركناً فى العقد فإنه لا ينعقد بدونها. فهى ليست مطلوبة لمجرد الإثبات بحيث يغنى عنها الإقرار مثلاً، وإنما هى شرط انعقاد، فإذا تخلفت وقع العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ولم يترتب عليه ثمة أثر. ويبطل العقد كذلك إذا لم يراع الموظف المختص الشروط التى يستلزمها القانون للورقة الرسمية والتى يترتب على مخالفتها البطلان. كما لا تتوافر الرسمية قانوناً ويبطل العقد بالتالى إذا حرره الموظف خارج نطاق اختصاصه⁽²⁾. ويجوز لأى من الطرفين ولكل ذى مصلحة التمسك ببطلان عقد الرهن.

(1) السنهورى ص 330 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 62.

(2) حسام الأهوانى ص 82.

وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها.

ولا ترد الإجازة على العقد الباطل.

ومتى كان عقد الرهن باطلا لتخلف الرسمية، فإن الدائن لا يستطيع أن يرفع دعوى بصحة عقد الرهن، ذلك أن العقد لم ينعقد أصلا ويستحيل بالتالي الحكم بصحته.

وتقضى القواعد العامة أن العقد الباطل لا ينتج أى أثر. ولكن المادة 144 من التقنين المدني التى قننت أحكام تحول العقد تنص على أنه: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتبار العقد الذى توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام العقد".

غير أنه لا يمكن القول بتحول عقد الرهن الباطل لتخلف الرسمية إلى عقد وعد بالرهن، فطبقا للقانون المدني إذا استلزم القانون شكلا معيناً لقيام العقد وجبت مراعاة هذا الشكل فى عقد الوعد به. كما أن القانون يستلزم لانعقاد الوعد بالعقد أن يعين فى الاتفاق المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه. والمدة التى يجب أن يبرم خلالها. ومن ثم فإن تخلف الشكلية والمدة فى العقد تمنع تحول الرهن الباطل إلى وعد بالرهن.

ولكن إذا كتب وعد بالرهن فى ورقة عرفية، فإن هذا الوعد يكون عقدا ملزما، غير أنه لا يكون عقد وعد بالرهن. وإنما يوجب على الواعد أن يحرر عقدا رسميا بوعد الرهن، فإن لم يفعل وجب عليه دفع التعويض لأن هذا هو الجزاء على تخلف الرسمية. كذلك يجوز تطبيقا للمادة 3/273 مدنى أن يعتبر الموعود له أن الواعد لم يقر بوعده، ولم يقدم ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات، ومن ثم يكون للموعود له وهو الدائن أن يطلب سقوط أجل الدين، فيصبح الدين حالا تجوز

المطالبة به فوراً⁽¹⁾.

177 - الوعد بعقد الرهن الرسمى :

تقضى القواعد العامة فى القانون المدنى بأنه إذا استلزم القانون أو الاتفاق شكلاً معيناً لقيام العقد وجبت مراعاة هذا الشكل فى عقد الوعد به، وفى الاتفاقات اللاحقة المعدلة لآثاره ما لم يقض القانون أو تسمح طبيعة المعاملة بغير ذلك (م 2/101 مدنى) ويجب لانعقاد العقد بالوعد تعيين كافة المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه والمدة التى يجب أن يبرم خلالها وإلا بطل الوعد (م 2/101). وإذا تم الوعد بالرهن فى الشكل الرسمى فإنه يكون نشأً صحيحاً ويرتب كافة آثاره.

وإذا تخلفت الرسمية فى عقد الوعد بالرهن، وقع الوعد باطلاً بطلاناً مطلقاً، ولكنه لا يخلو من كل أثر قانونى - كما ذكرنا سلفاً - وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه: "ومع ذلك، فالوعد بإبرام عقد رسمى، لا يكون خلواً من أى أثر قانونى، إذا لم يستوف ركن الرسمية. فإذا صح أن مثل هذا الوعد لا يؤدي إلى إتمام التعاقد المقصود فعلاً، فهو بذاته تعاقداً كاملاً يترتب التزامات شخصية، طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة. وهو بهذه المثابة، قد ينتهى عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن، أو على الأقل إلى قيام دعوى التعويض، بل وإلى سقوط أجل القرض الذى يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به"⁽²⁾. وظاهر أن ذلك تطبيقاً لنظرية تحول العقد المنصوص عليها فى المادة 144 من القانون.

(راجع البند السابق).

(1) السنهورى ص 230 - سمير عبد السيد تتاغو ص 151 وما بعدها - توفيق حسن فرج ص 138.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج2 ص 45 - عبد الفتاح عبد الباقي ص 289.

178 - الوكالة فى عقد الرهن الرسمى :

تنص المادة (700) من القانون المدنى على أنه: "يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى محل الوكالة، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك".

ونظرا لأن الشكل الواجب توافره فى عقد الرهن يشترط من ناحيتين:

الأولى: تحرير العقد فى ورقة رسمية. **والثانية:** تدوين البيانات المتعلقة بتخصيص الرهن من حيث العقار المرهون والدين المضمون، فإنه يجب أن يكون التوكيل بورقة رسمية، وأن يعين فيه العقار المراد رهنه والدين المراد ضمانه بالرهن. فلا يكفى أن يكون التوكيل رسميا إذا لم يتضمن تخصيص الرهن⁽¹⁾.

والوكالة فى الرهن لا تنشأ صحيحة سواء من جانب الراهن أو من جانب المرتهن - طبقا للرأى الذى رجحناه - إلا إذا أفرغت فى الشكل الرسمى.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"لما كان البين من الأوراق أن الطاعن أصدر إلى أخيه المطعون ضده الأول التوكيل الرسمى العام رقم 350 لسنة 1984 توثيق دمنهور يخوله التوقيع نيابة عنه على العقود فى بيع وشراء ورهن الأراضى الزراعية والقضاء وكافة العقارات وإدارة شركة التضامن القائمة بينهما وإذ أبرم المذكور عقد القرض المضمون بالرهن العقارى مع المطعون ضده الثانى باسم شركة التضامن التى تضمنه هو والطاعن - باعتباره شريكا متضامنا وهو مالا يمارى فيه الطاعن - كما رهن قطعة الأرض المملوكة للأخير ضمانا لهذا القرض بمقتضى التوكيل أنف البيان فإن الأثر المترتب على ذلك أن يصبح الطاعن - باعتباره شريكا فى شركة التضامن - مسئولا

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 68 - محمد كامل مرسى ص 133 - سمير عبد السيد تناغو ص 144 وما بعدها.

فى أمواله الخاصة عن ذلك القرض بالتضامن مع باقى الشركاء كما ينصرف إليه الرهن الذى أبرمه وكيله نيابة عنه فيعد بهذه المثابة كفيلا متضامنا وراهنًا حتى ولو كان الدين فى ذمة شركة التضامن وحدها".

(طعان رقما 348، 395 لسنة 61 قى جلسة 1999/2/28)

179- نفقات عقد الرهن الرسمى :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن: "ونفقات العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك".

فقد جعل النص نفقات عقد الرهن على الراهن، فالراهن هو صاحب مصلحة فى إتمام الرهن الذى بغيره ما كان المرتهن يقبل إعطاءه قرضًا. ومثال نفقات عقد الرهن، النفقات اللازمة لاستخراج الشهادات العقارية، وأتعاب المحامى، ورسوم التوثيق.

وهذه القاعدة لا تتعلق بالنظام العام، فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافها وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة فى عجزها بقولها: "إلا إذا اتفق على غير ذلك".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"... ونفقات العقد من كتابة ورسوم وقيد وغير ذلك تكون على الراهن، إلا إذا كان هناك اتفاق على شئ آخر"⁽¹⁾.



مادة (1032)

- 1- يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين كما يجوز أن يكون شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين.
- 2- وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه.

الشرح

180 - ممن يصدر الرهن؟

الراهن قد يكون هو المدين ذاته، وقد يكون شخصا آخر غير المدين، فيكون كفيلا عينيا يقدم عقاره ضمانا لدين على آخر. ويلزم في الحالتين أن يكون الراهن أهلا للتصرف في العقار المرهون وأن يكون مالكا له كما سنرى.

181 - ملكية الراهن للمال المرهون؛

أوجبت الفقرة الثانية من المادة أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون. ذلك أن مالك العقار بقبوله الرهن يوافق مقدما على بيعه بالمزاد العلني عند عدم الوفاء. ومثل هذا القبول لا تكون له أية فائدة إذا لم يكن الراهن مالكا للعقار⁽¹⁾.

(1) وحال مناقشة المادة (1438) من المشروع التمهيدى التى أصبحت المادة (1031) من التقنين المدنى اقترح بعض حضرات مستشارى محكمة النقض أن يضاف إلى الفقرة الأولى من المادة المذكورة العبارة الآتية "وصادرا من مالك" ليتفق النص مع حكم القانون الحالى. وليس من فائدة عملية تعود من وراء حكم البطلان النسبى فى رهن ملك الغير بخلاف الحال فى خصوص بيع ملك الغير. وخصوصا أن إقرار المالك الحقيقى للرهن هو بمثابة رهن جديد يجب أن يفرغ فى سند رسمى ولا يحتج به على الغير إلا من تاريخ قيده ومتى كان ذلك فلا موجب لتغيير حكم القانون الحالى".

182 - رهن حق الانتفاع وملكية الرقبة:

يصح رهن حق الانتفاع إذا ما ورد على عقار، لأنه يجوز بيعه بالمزاد العلني مستقلا عن ملكية الرقبة. وكذلك يصح رهن ملكية الرقبة، لأنه يجوز بيعها بالمزاد مستقلة عن حق الانتفاع.

ومن مستلزمات حق الانتفاع أن يكون واردا على ملك الغير، ومن ثم لا يصح لشخص أن يرهن حق المنفعة المقرر له على عقار، إلا إذا كانت ملكية الرقبة مقررة لشخص آخر غيره، فلا يجوز للمالك أن يرهن حق الانتفاع على عقار يملكه، إذ ليس له حق من هذا النوع، فكل ما له هو الملكية التامة. وما ذكرناه عن الانتفاع يسرى على ملكية الرقبة.

ورهن حق الانتفاع ينقضى بانقضاء موضوعه.

ولما كان من مستلزمات حق الانتفاع أن يكون مؤقتا، إذ هو ينقضى حتما بوفاء المنتفع ما لم يحدد لانقضائه أجل أقرب، فإن رهنه يقع نادرا في العمل. وإذا تصرف المنتفع في حق المنفعة، فإن ذلك لا يضر بالمرتهن لهذا الحق، طالما كان شهر الرهن سابقا على شهر التصرف، ولا يهم في ذلك ما إذا صدر التصرف لصالح الغير أو لصالح مالك الرقبة نفسه لأن حق الانتفاع لا ينقضى في هذه الحالة، ولكنه ينتقل من المنتفع إلى شخص آخر. وإذا ترتب على إساءة المنتفع استعمال الشيء، أن حكم القاضى بانتهاء حق الانتفاع، فإن ذلك لا يخل بحق المرتهن وتعود المنفعة إلى مالك الرقبة محملة بالرهن (م 2/988 مدني).

وإذا رهن حق الانتفاع ثم عادت المنفعة إلى مالك الرقبة بسبب غير انقضاء

= إلا أن اللجنة لم تر الأخذ بهذا الاقتراح لأن حكم التقنين الحالي منتقد في خصوص التفريق بين بيع ملك الغير ورهن ملك الغير فمنطق القانون لا يبيح مثل هذا التفريق وليس في الاعتبار العملية ما يبرره أيضا... الخ".

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 9 وما بعدها).

حق الانتفاع بانتهاء أجله، فإن الرهن لا يشمل إلا حق المنفعة، فهو لا يتعداه إلى ملكية الرقبة. أما إذا كانت ملكية الرقبة هي المحملة بالرهن، وانتهى أجل حق الانتفاع، فإن الرهن يشمل المنفعة، باعتبار أنها من توابع الرقبة ومصيرها النهائي إليها⁽¹⁾.

183 - أهلية مباشرة عقد الرهن:

(أ) بالنسبة للراهن:

نص المشرع صراحة في الفقرة الأولى من المادة على أنه يجب أن يكون الراهن أهلاً للتصرف سواء كان الراهن هو المدين أو غيره. ذلك أن الرهن حق عيني يثقل العين، وأهلية التصرف في الشيء لازمة كشرط لإنشاء أى حق عيني عليه. والرهن من ناحية أخرى يعتبر تصرفاً دائراً بين النفع والضرر بالنسبة للمدين الراهن.

ذلك أن المدين يرهن عقاره في مقابل حصوله على الائتمان الذي يطلبه من الدائن.

فيشترط إذن لصحة الرهن أن يصدر من كامل الأهلية وهو من بلغ واحداً وعشرين سنة ميلادية كاملة. فإذا صدر من ناقص الأهلية - كصبي مميز أو نحوه - كان قابلاً للإبطال بناء على طلبه أو طلب صاحب الولاية عليه.

أما إذا كان الراهن شخصاً غير المدين (وهذا هو الكفيل العيني) فإن العقد يعتبر بالنسبة له من التصرفات الضارة ضرراً محضاً أو الدائرة بين النفع والضرر تبعاً لما إذا كان قد رهن متبرعاً أو تقاضى مقابلاً. فإذا كان الكفيل العيني متبرعاً بالرهن أى لم يحصل على مقابل، اشترطت فيه أهلية التبرع أى لزم أن يكون كامل الأهلية، فإن باشر العقد وهو قاصر كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً. أما إذا تبين

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 298 وما بعدها.

أنه قدم الرهن بمقابل، كان العقد قابلاً للإبطال وليس باطلاً⁽¹⁾. وأهلية التصرف يجب أن تتوافر لدى الراهن سواء أكان شخصاً طبيعياً أم شخصاً معنوياً. فالشركة مثلاً لا يصح لها أن ترهن عقاراتها إلا إذا كان لها حق التصرف فيها طبقاً لعقد التأسيس. والذي يقوم بالرهن نيابة عنها في هذه الحالة هو ممثلها أو النائب عنها. إنما لا بد من تفويض خاص بالرهن.

(ب) بالنسبة للدائن المرتهن:

الرهن بالنسبة للدائن المرتهن مجرد ضمان أو تأمين لاستيفاء الدين، وهو لا يلقي على عاتقه أى التزام ما. ومن ثم فهو يعتبر نافعا له نفعا محضاً. وبينبى على ذلك أنه يكفى بالنسبة للدائن المرتهن توافر أهلية الاغتناء أى أن يكون أهلاً لقبول التبرعات، فيصح لكل من الصبى المميز والسفيه وذى الغفلة أن يرتهن

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 117 - محمد على إمام ص 235- رمضان أبو السعود وهمام زهران ص 216 - ويذهب الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ص 279 هامش (2) إلى أنه يجوز للقاصر البالغ الثامنة عشرة من عمره إذا أذنت له المحكمة فى تسلّم أمواله أو بعضها أن يباشر أعمال التصرف التى تقتضىها إدارة الأموال التى يتسلمها. وعلى ذلك يجوز للقاصر أن يرهن أمواله ضماناً للوفاء بالتزاماته الناتجة من إدارة أمواله، فيجوز له مثلاً أن يرهن عقاراته ضماناً للوفاء بثمن ما يشتريه لحاجة الزراعة، وهو يستند فى ذلك إلى أنه ورد فى المذكرة الإيضاحية لقانون المحاكم الحسبية أنه يدخل فى أعمال الإدارة "كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة ولو كان بيعاً أو شراءً أو رهناً".

إلا أن هذا الرأى لا يمكن التسليم به، إذ من الواضح أن نية المشرع لم تتصرف إطلاقاً إلى الإنن للصبى بمباشرة أعمال التصرف كبيع العقار أو رهنه، وإنما المقصود هو مباشرة التصرفات الملحقّة بأعمال الإدارة كشراء الأسمدة والبذور وبيع المحصول أو رهنه وبسند هذا الاعتراض نص المادتين 56، 57 من قانون الولاية على المال والمذكرة الإيضاحية التى تخرج من نطاق أعمال الإدارة أعمال التصرف التى يترتب عليها المساس بالأصل الرأسمالى أو ترتيب حق عينى عليه (رمضان أبو السعود وهمام زهران ص 216 هامش 2- محمد على إمام ص 235 - حسام الدين الأهوانى ص 74).

العقار رهنا رسمياً⁽¹⁾.

184 - الولاية اللازمة لمباشرة عقد الرهن :

الولاية وهى سلطة مباشرة التصرف عن الغير، تتطلب فى الولى الذى يباشر العقد نيابة عن الغير أن تكون لديه سلطة التصرف بمقابل أو تبرعا وفقا للأحكام العامة فى النيابة القانونية أو النيابة الاتفاقية.

وبالرجوع إلى المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 بشأن الولاية على المال يبين ما يأتى:

1- أن الأب يملك سلطة التصرف فى عقار القاصر وبالتالى رهنه من غير إجازة المحكمة إذا كانت قيمته لا تزيد على ثلثمائة جنيه (م7). وبشرط ألا يكون الرهن على سبيل التبرع حيث لا يجوز ذلك إلا لأداء واجب انسانى أو عائلى وبشرط إذن المحكمة (م5).

2- يستثنى مما تقدم إذا كان العقار قد آل إلى القاصر بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التبرع أو مستترا (م13).

3- أن الجد أو الوصى لا يجوز له التصرف فى عقار ناقص الأهلية إلا بإذن من المحكمة.

فلا يكون له رهنه بدون هذا الإذن (م 15).

4- لا يجوز للولى أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه (م6).

5- تسرى على القيم والوكيل عن الغائب الأحكام المقررة فى شأن الوصاية على القصر ويسرى على القامة والوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء (م 78).

أما فيما يتعلق بالارتهان، فيجوز للولى أو الوصى الارتهان لصالح المشمول

(1) توفيق حسن فرح ص 105 - محمد على إمام ص 234 - محمد كامل مرسى ص 133.

برعايته دون استئذان المحكمة، لأن الارتهاق من الأعمال النافعة نفعا محضا بالنسبة للدائن المرتهن.



مادة (1033)

- 1- إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن.
- 2- ويقع باطلا رهن المال المستقبل.

الشرح

185 - المقصود برهن ملك الغير:

رهن ملك الغير هو الرهن الصادر من شخص باسمه ولحسابه على عقار غير مملوك له، ويدخل في ذلك الرهن الصادر من مشتري العقار قبل تسجيله لأنه إلى حين التسجيل لا يعد مالكا. وكذلك يدخل في رهن ملك الغير الرهن الذي يعقده شخص على عقار ليس له عليه ولاية التصرف فيه.

وذلك شأن النائب الذي يقوم برهن عقار الأصيل متجاوزا حدود النيابة. ولكن يخرج عن رهن ملك الغير، الحالة التي يتعهد فيها شخص بأن يحمل مالك العقار على رهنه باعتبار أننا نكون أمام حالة تعهد عن الغير وليس رهننا لملكه.

حكم رهن ملك الغير:

186 - حكم رهن ملك الغير فيما بين المتعاقدين:

تقضى القواعد العامة باعتبار رهن ملك الغير صحيحا فيما بين المتعاقدين وغير نافذ في مواجهة المالك الحقيقي ما لم يقره. وكان من شأن هذه القواعد أن تجيز للدائن فسخ عقد الرهن لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه بإنشاء الرهن، والمطالبة بإسقاط أجل

الدين المضمون لعدم قيام المدين بتقديم ما وعد به من تأمين.
إلا أن المادة وحدت في الحكم بين بيع ملك الغير ورهن ملك الغير، فجعلت
رهن ملك الغير باطلا بطلانا نسبيا.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

".... فإن كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن الرهن يكون باطلا
بطلانا نسبيا، وقد انحرف المشروع في هذا الحكم عن التقنين الحالي (م
687/563) الذى يجعل رهن الأموال المستقبلية باطلا بطلانا مطلقا دون تمييز
بين عقار معين وبين عقار غير معين.

وقد أراد المشروع بجعل الرهن في العقار المعين غير المملوك للراهن باطلا
بطلانا نسبيا أن يوحد في الحكم ما بين بيع ملك الغير (م 632 من المشروع) ورهن
ملك الغير رهنا رسميا (م 1440 من المشروع) ورهن ملك الغير حيازة (م 1531
فقرة 2 من المشروع) لوحدة العلة وتحقيقا لاتساق التشريع. وفي هذه الفروض
الثلاثة يجيز العقد من تقرر البطلان لمصلحته (المشتري أو الدائن المرتهن) كما
يجيزه إقرار المالك الحقيقي أو انتقال الملكية منه إلى البائع أو الراهن"⁽¹⁾.

وعلى ذلك يجوز للدائن المرتهن وحده دون الراهن أن يطلب إبطال عقد الرهن
الرسمى لأن البطلان نسبى وضع لمصلحته، ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من
تلقاء نفسها⁽²⁾.

ويذهب جمهور الفقهاء إلى أن الحق في الإبطال يثبت للمرتهن سواء أكان
يجهل وقت إبرام الرهن أن العقار المرهون غير مملوك للراهن، أو كان يعلم ذلك،

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 14.

(2) عبد المنعم البدر اوى ص 31 وما بعدها - محمد على إمام ص 242.

وذلك قياسا على حق المشتري في إبطال بيع ملك الغير⁽¹⁾.

(3) السنهاورى ص 245 - همام زهران ص 349. وعكس ذلك أحمد سلامه ص 137 وما بعدها - محمد لبيب شنب ص 67.

= فيقول الدكتور أحمد سلامه إن الفقه المشار إليه بالمتن يقرر حجتين توصلان إلى ما يقول به، **الحجة الأولى:** ما ورد في الأعمال التحضيرية من أن المشرع أراد من اعتبار رهن العقار المعين غير المملوك للراهن باطلا بطلانا نسبيا أن يوحد في الحكم ما بين ملك الغير ورهن ملك الغير رهنا رسميا لوحدة العلة وتحقيقا لاتساق التشريع. **والحجة الثانية:** مستمدة من عبارة المادة 1033 التي تقتضض ضمنا أن الرهن يكون قبل إقرار المالك واكتساب الراهن الملكية قابلا للإبطال وغير نافذ في حق المالك وأنه يعتقد أن هاتين الحجتين قاطعتان، بل هما لا يؤديان إلى النتيجة التي التصقت بهما، فما ورد في الأعمال التحضيرية يفيد فقط أن المشرع أراد أن يوحد الجزاء بين بيع ملك الغير ورهن ملك الغير، بجامع أن كل منهما يصدر من غير مالك، ومن ثم فلا ينفذ أيهما في حق هذا الأخير.

أما القول بأنه يجوز للمشتري أن يطلب الإبطال في جميع الأحوال، وإن وجد ما يمكن اعتباره سندا له في نص المادتين 466، 467، فهو لا يجد أى سند بالنسبة للمرتهن، لأن نص المادة 1033 لا يوحى بشئ من ذلك، والقواعد العامة لا تسمح به. ومعلوم أن الأعمال التحضيرية لا تستطيع خلق استثناء على هذه القواعد. وإن يمكن القول بأن المرتهن لا يملك طلب الإبطال إلا إذا وقع في غلط، وعلى هذا المعنى تنصرف العبارة الواردة في الأعمال التحضيرية من أنه يكون لمن تقرر البطلان لمصلحته أن يجيز العقد (المشتري والمرتهن) فكيف يستساغ أمر صدور هذه الإجازة منه في غير هذه الصورة وإجازته على أية حال لا تقدم ولا تؤخر بالنسبة لعدم سريان العقد في حق المالك.

أضف إلى ذلك أنه قد ورد في الأعمال التحضيرية أن المشرع اقتبس النص من القانون الإبطالي، وإن فهذا القانون هو مصدره التاريخي. ووفقا للمادة 2822 منه لا يجوز إجراء قيد رهن ملك الغير إلا من الوقت الذى يصبح فيه الراهن مالكا لما رهن، فهو لم يعط إذن للمرتهن إبطال العقد، وإنما تعطيه له القواعد العامة حيث يكون قد وقع في غلط.

وكذلك الأمر بالنسبة للمادة 1/1033 مدنى مصرى فهى لا تفيد إعطاء المرتهن حق طلب إبطال العقد، وإنما نقول إن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا أقره المالك الحقيقى الأمر الذى لا علاقة له بإعطاء المرتهن طلب الإبطال، وإنما تعطيه إياه قواعد الغلط.

187 - تصحيح رهن ملك الغير:

يصحح رهن ملك الغير بإحدى طرق ثلاث هي:

(1) إجازة المرتهن عقد الرهن:

يزول حق إبطال رهن ملك الغير بإجازة المرتهن عقد الرهن إجازة صريحة أو

ضمنية (م 139 - 466 مدنى).

(2) التقادم:

ويستطرد أن الخلاصة أن الدائن المرتهن لا يستطيع أن يطلب الإبطال إلا إذا وقع فى غلط، أى كان يعتقد أن العقار مملوك للراهن، أما لو كان يعلم أن الراهن ليس مالكا لما يرهن فلا يكون له طلب الإبطال. وحيث لا يكون له طلب الإبطال لا يكون له أيضا أن =

يطلب إسقاط الأجل لعدم تقديم التأمين الموعود بتقديمه تطبيقا لنص المادة 2/273 مدنى. فسقوط الأجل حسب الفقرة الثالثة من المادة 273 يفيد أن الدائن كان قد اعتقد فى جدية وعد المدين ثم فوجئ فيما بعد بعدم تنفيذ هذا الوعد. أما لو كان يعلم أن المدين ليس فى مقدوره أن يقدم له التأمينات، وأن الأمر ليس فى يده فإنه يعتقد أن هذا يشكل مفاجأة غير سارة للدائن، الأمر الذى يستدعى سقوط الأجل... الخ.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"يشترط لصحة ونفاذ رهن العقار الصادر من غير مالك وفقا لنص المادة 79 مكررة من القانون المدنى القديم المقابلة للمادة 107 من القانون المختلط الملغى توافر شرطين، الأول - أن يكون الرهن قد صدر من شخص وضع يده على العقار المرهون مدة خمس السنوات السابقة على الرهن وضعا مستوفيا للشروط المؤدية إلى كسب الملك بالتقادم، بأن تكون حيازته ظاهرة هادئة مستمرة لا غموض فيها وبصفة مالك، والثانى - أن يكون المرتهن حسن النية، فلا يكفى أن يعتقد أن مدينه مالك، بل يجب أن يكون لديه أسباب قوية أوجبت اعتقاده ملكية الراهن. وإذن فمتى كان الرهن قد صدر من شخص يضع يده بسبب معلوم غير أسباب التملك كالنائب والمستأجر والمستعير فإن الرهن يكون باطلا ولا يسرى حكم المادة عليها".

يزول حق إبطال رهن ملك الغير بالتقادم عملاً بالمادة 140 مدني التي تقضى بأن:

"1- يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات.

2- ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي ينكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد".

(3) إقرار المالك الحقيقي للرهن:

ويستلزم القانون أن يكون إقرار المالك في هذه الحالة بورقة رسمية، وفي هذا لأن إقرار المالك رهناً أبرمه غيره يعتبر بمثابة تقريره رهناً جديداً فيشترط فيه من حيث الشكل ما يشترط في تقرير الرهن⁽¹⁾.

فإذا ما صدر الإقرار في الشكل المطلوب، كان له أثر رجعي، بمعنى أن الرهن يعتبر صحيحاً من وقت الانعقاد، مع عدم الإخلال بحقوق الغير التي اكتسبت من المالك قبل هذا الإقرار وأشهرت وفقاً للقانون.

فإذا كان المالك قد رتب للغير رهناً أو أي حق عيني على العقار، وتم شهر هذا الحق وفقاً للقانون ثم صدر إقراره بعد ذلك، فإن هذا الإقرار لا ينبغي أن يضر بحقوق الغير، ولا يسرى الرهن عليهم حتى ولو كان قيده سابقاً على شهر حقوقهم.

(4) اكتساب الراهن ملكية العقار المرهون:

فإذا آلت إلى الراهن ملكية العقار المرهون فإن حق الراهن ينشأ صحيحاً اعتباراً من هذا الوقت. وإذا كان حق الرهن ينشأ من وقت تملك الراهن للعقار، فإن

(1) سليمان مرقس ص 63.

هذا لا يضر بالحقوق التى ترتبت من المالك الأصلى فى الفترة بين انعقاد الرهن وتملك الراهن للعقار. وإذا كان حق الرهن لا ينشأ فيما بين المتعاقدين - وهما الدائن والراهن - إلا من هذا الوقت، فإنه اعتباراً من هذا التاريخ، لا يكون للدائن المرتهن التمسك بإبطاله⁽¹⁾.

188 - حكم رهن ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقى :

إعمالاً لمبدأ الأثر النسبى للعقود فإن العقود لا تتصرف آثارها إلا إلى المتعاقدين ولا تضر ولا تنفع غيرهما.

فرهن ملك الغير لا ينفذ فى مواجهة المالك الحقيقى إلا إذا أقره. ولما كان الرهن الرسمى من العقود الرسمية فإن القانون يستلزم أن يكون إقرار المالك للعقد بورقة رسمية.

ويترتب على إقرار المالك الحقيقى للرهن سقوط حق الدائن المرتهن فى طلب البطالان، ويسرى الرهن فى حق المالك، ويحق للدائن المرتهن أن يستوفى حقه من قيمة هذا العقار بالأولوية على الدائنين العاديين والدائنين المرتهنيين التالين له فى المرتبة.

والإقرار لا ينتج أثره إلا بصدوره فى الورقة الرسمية أى لا يكون له أثر رجعى. فالمالك عندما يصدر الإقرار فإنه يصدر قبوله بالرهن، والقبول لا يعتد به قانوناً إلا إذا صدر فى ورقة رسمية، ولهذا فإن الرهن الذى يكون المالك طرفاً فيه لا يكتمل ولا ينعقد إلا منذ إتمام الشكلىة اللازمة. فالرهن لا ينشأ إلا من تاريخ الإقرار ولا يكون بأثر رجعى. فتاريخ الإقرار هو تاريخ تحرير الورقة الرسمية ولا يمكن أن يرتد تاريخ الورقة الرسمية بأثر رجعى إلى تاريخ الورقة الرسمية التى حرر فيها الرهن الصادر من غير المالك.

(2) توفيق حسن فرج ص 117 وما بعدها - محمد لبيب شنب ص 65 وما بعدها.

ويجب تسجيل الإقرار عن طريق القيد، وإذا كان عقد الرهن الصادر من غير المالك قد سبق قيده فإنه يؤشر بإقرار المالك على هامش ذلك القيد. ولكن لا يحتج بالرهن على الغير إلا من تاريخ تسجيل إقرار المالك.

ومن ثم فإن تحديد مرتبة الرهن تكون من تاريخ تسجيل الإقرار وليس من تاريخ قيد عقد الرهن الصادر من غير المالك⁽¹⁾.

وإذا أقر المالك الرهن، فإن المالك يصبح هو الراهن. ولما كان المالك غير مدين للدائن المرتهن فإن المالك يصبح في الواقع كفيلا عينيا.

أما إذا لم يقر المالك الرهن فلا ينشأ حق الرهن بأى حال من الأحوال ولا تمس حقوقه على الشيء المرهون من قبل غير المالك. والمالك يصير أجنبيا عن العقد لا يضار به ولا ينتفع منه.

189 - رهن العقار المستقبلي:

تقضى القواعد العامة بجواز التعامل في الأشياء المستقبلية، ماعدا التركات المستقبلية.

على أن المشرع في باب الرهن خرج على هذا الأصل، وقرر في الفقرة الثانية من المادة أن رهن المال المستقبلي يقع باطلا.

والمقصود برهن المال المستقبلي، الرهن الذي يقع على عقار لم يعين بالذات وإنما ينصب الرهن على ما عسى أن يملكه الدائن في المستقبل من عقار لاعتقاده أنه سيملكه بطريق ما كالوصية أو الشراء.

فهو لا يرهن عقارا معيناً بالذات كما يفعل في رهن ملك الغير، وإنما يرهن ما عسى أن يملكه في المستقبل من عقار.

فإذا كان العقار موجودا فعلا ومملوكا للغير وحصل تعيينه تعيينا كافيا كان

(1) حسام الدين الأهواني ص 192 وما بعدها - محمد لبيب شنب ص 65.

الرهن باطلا بطلانا نسبيا لوروده على ملك الغير. فإذا كان العقار الموجود والمملوك للغير لم يعين تعيينا كافيا كان الرهن باطلا بطلانا مطلقا لا باعتبار موضوعه مالا مستقبلا ولكن لتخلف شرط التخصيص وهو من الشكلية لانعقاد الرهن كما سنرى⁽¹⁾.

ويفصح عن تعريف المال المستقبل على النحو السابق أن النص كان يتضمن في أصله الوارد بالمشروع التمهيدى أن الرهن يكون باطلا إذا وقع على أموال مستقبلية، ما لم يكن المرهون معينا بالذات فتسرى أحكام رهن ملك الغير. كما ورد بمذكرة المشروع التمهيدى في هذا الشأن أنه: "إذا كان العقار المرهون مستقبلا معينا بالذات وغير مملوك للراهن، فإن الرهن يكون باطلا بطلانا نسبيا. أما إذا كان الرهن واقعا على عقار لم يعين بالذات، واقتصر الراهن على رهن ما عسى أن يملكه في المستقبل من عقار، فإن الرهن يكون باطلا بطلانا مطلقا لأنه يتعارض مع مبدأ تخصيص الرهن ولم ير المشروع إدخال أى استثناء على هذا الحكم على خلاف ما ورد في التقنين الفرنسى (أنظر م 2130 - م 2131 من هذا التقنين)⁽²⁾.

ويلاحظ على أية حال أن رهن عقارات التركة المستقبلية رهنا رسميا يعتبر باطلا بطلانا مطلقا حتى ولو تضمن العقد تعيينها تعيينا كافيا.

190 - رهن المالك الظاهر:

المالك الظاهر، هو شخص لا يملك المبيع ولم يمنحه القانون أو الاتفاق سلطة رهنه، ولكنه يظهر عليه بمظهر المالك. فهو إذن عندما يرهن هذا الملك فإن يكون قد رهن ملك الغير، وكان الأصل أن يسرى على هذا الرهن أحكام رهن ملك الغير.

(1) حسام الدين الأهوانى ص 136 - محمد على إمام ص 263.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 15.

إلا أن الهيئة العامة للمواد المدنية التجارية والأحوال الشخصية فى حكمها الصادر بتاريخ 1986/2/16 فى الطعن رقم 826 لسنة 54 ق "هيئة عامة" قد وضعت نظرية عامة للوضع الظاهر - وهى تسرى بالطبع على المالك الظاهر من مقتضاها - إذا توافرت شروطها - فإن الرهن الصادر من المالك الظاهر لملك غيره يقع صحيحا نافذا فى حق المالك الحقيقى.

وتخلص هذه الشروط فيما يختص بالمسألة محل البحث فيما يأتى:

1- أن يظهر الراهن على الشئ المبيع بمظهر صاحبه أى بمظهر المالك الحقيقى.

2- أن يكون هذا المظهر من شأنه أن يولد الاعتقاد العام بأنه المالك الحقيقى.

3- أن يكون الدائن المرتهن حسن النية. بمعنى أن يعتقد أن الراهن هو مالك الشئ المرهون، فإذا كان سئ النية بمعنى أنه كان يعلم بعدم ملكية الراهن، فإنه لا يكون جديرا بالحماية التى تكفلها له نظرية الوضع الظاهر وعليه تحمل تبعه التصرف الذى أبرمه.

4- أن يكون المالك الحقيقى قد أسهم بخطئه فى ظهور الراهن بمظهر المالك الحقيقى.

فيشترط أن يكون المالك الحقيقى قد أسهم بخطئه - سلبا أو إيجابا - فى ظهور الراهن بمظهر المالك الحقيقى، مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه، للشواهد المحيطة بهذا المركز، والتى من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة.

وقد جاء بحكم الهيئة العامة سالف الذكر ما يأتى:

"وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة على

النحو السالف بيانه - نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية، فى مواجهة صاحب الحق، متى كان هذا الأخير قد أسهم بخطئه - سلبا أو إيجابا - فى ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز. والتي من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر، وحجب نفسه عن تمحيص دفاع الطاعنين آنف الذكر للتحقق من مدى توافر شروط الوضع الظاهر، وهو دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور فى التسبيب مما يستوجب نقضه لهذا السبب، دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن".

191 - رهن الأموال الموزعة تطبيقا لقوانين الإصلاح الزراعى :

الأراضى المستولى عليها والموزعة على صغار الفلاحين أو على خريجي المعاهد الزراعية حسب الأحوال طبقا لأحكام المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 بالإصلاح الزراعى، متى سجلت باسم الموزع عليه فإن الملكية تنتقل إليه دون انتظار للوفاء بثمرتها.

ومع ذلك فقد نصت المادة 16 من المرسوم بقانون المذكور على أنه: "لا يجوز لصاحب الأرض ولا لورثته من بعده التصرف فيها قبل الوفاء بثمرتها كاملا ولا يجوز قبل هذا الوفاء نزع ملكيتها سدادا لدين إلا أن يكون دينا للحكومة أو دينا لبنك التسليف الزراعى والتعاونى أو للجمعية التعاونية.

ومع ذلك إذا اقتضت الحال نزع ملكية أى جزء من الأرض للمنافع العامة جاز استثناء من حكم المادة الأولى من القانون رقم 5 لسنة 1907⁽¹⁾ بشأن نزع

(1) حل محله القانون رقم 77 لسنة 1954 تم القانون رقم 10 لسنة 1990 السارى الآن.

الملكية للمنافع العامة نزع الملكية بقرار من وزير الأشغال العمومية. ويكون لهذا القرار حكم المرسوم المنصوص عليه في المادة المذكورة".
ومن ثم فإن الرهن الذي يرتبه المالك الموزع عليه يكون باطلا رغم صدوره من مالك.

وقد يعترض على ذلك بأن الرهن يكون صحيحا ولكن لا يجوز للدائن أن ينزع الملكية قبل وفاء المالك بالثمن إلى الحكومة. ولكن حظر التنفيذ الذي نتحدث عنه المادة إنما يهدف إلى إبقاء الملكية للفلاح الصغير دون أن تثقل بأى قيد. يضاف إلى ذلك أن الرهن تصرف والتصرف محظور⁽¹⁾.

192 - رهن العقارات المشفوع فيها :

تنص المادة 947 مدنى على أن: "لا يسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أى بيع يصدر من المشتري ولا أى حق عينى رتبه أو ترتب ضده إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدى ما كان من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار". وإذن فمتى سجل الشفيع إعلان رغبته فى الشفعة فإن ملكية المشتري تصبح مقيدة لصالح الشفيع، إذ أن فى هذا التسجيل معنى أنه جاد فى تملك العقار بالشفعة، فلا يخول المشتري بمقتضى ملكيته التى أصبحت مهددة بالزوال بأن يضر به عن طريق تحميل العقار بحقوق عينية تبعية. وبديهي أن هذا القيد لا يتوافر إلا إذا كان عقد البيع قد سجل وإلا فإن الملكية تظل للبائع ولا يستطيع المشتري بالعقد غير المسجل أن يرتب رهنا على العقار، إذ فى هذه الحالة سوف يكون صدر عن غير مالك. أما إذا كان البيع قد سجل فيفارق بين حالتين:

أن يكون المشتري قد رتب رهنا وتم قيده قبل تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أو أن يكون قد فعل بعد هذا التسجيل. ولاشك أن الرهون التي تترتب في الأولى تنفذ في حق الشفيع. أما الرهون التي تتم بعد تاريخ تسجيل إعلان الرغبة فلا تسرى في حق الشفيع ومعنى عدم سريانها أنها لا تنفذ في حق الشفيع. فالشفيع من الغير ولايسرى الرهن الذي يرتبه الراهن في مواجهته إلا إذا كان قد قيد قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة. وعلاوة على ذلك فإن المادة 947 تطبق للمادة 1034 وسوف نرى أن شرط قيد المرتهن لرهنه متطلب لانطباقها. وينبني على ذلك نفاذ الرهون التي قيدت بحسن نية قبل تسجيل الرغبة في حق الشفيع. أما تلك التي قيدت بعد ذلك، أو قيدت قبله ولكن لم يتوافر لها شرط حسن النية فإنها تنتقل إلى ما يؤول للمشتري من ثمن العقار، فإذا لم يكن المشتري قد دفع الثمن، فلا يؤول إليه شيء وتنفذ هذه الطائفة من الدائنين كل ميزة للرهن⁽¹⁾.

193 - رهن الأموال المشترط عدم التصرف فيها:

تنص الفقرة الأولى من المادة (1/823 مدنى) على أنه: "إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً. يقضى بمنع التصرف فى مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيًا على باعث مشروع ومقصود على مدة معقولة".

كما تقضى المادة (824) على أنه: "إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد فى العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً". ومقتضى الشرط المانع أن يكون التصرف المخالف باطلاً بطلاناً إنما يتفق مع الغاية من تقرير المنع وهى حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص فليست كل مخالفة للشرط عن طريق الرهن يستتبع بطلان الرهن، فقد يحدث ألا يتنافر الغرض من الشرط مع رهن المال وحينئذ يصح الرهن فمثلاً حيث

يشترط البائع على المشتري عدم التصرف في العقار قبل الوفاء بالثمن، فإن مصلحته في الاشتراط تتمثل في تجنب إجراءات التتبع في مواجهة الغير بمقتضى حق الامتياز الثابت له.

فإذا اعتبرنا هذه المصلحة مشروعة وصح الشرط، فإنه لا يؤدي إلى منع المشتري من رهن العقار لأن المرتهن حين ينفذ على العقار عن طريق بيعه، يكون للبائع أن يستوفي حقه من الثمن دون أن يباشر إجراءات التتبع، وإن فالرهن لم يفوت على البائع مصلحته التي من أجلها ضمن عقد البيع الشرط المانع⁽¹⁾.
(راجع في التفصيل شرح المادة 824).

مادة (1034)

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

الشرح

194 - الرهن الصادر من المالك الذى زالت ملكيته :

تقضى القواعد العامة بأنه إذا أبطل سند الملكية أو فسخ أو زال فإن الملكية تزول بأثر رجعى، ويعتبر الشخص كأنه لم يكن مالكا للعقار المرهون. ويعتبر الرهن الصادر منه من قبيل رهن ملك الغير ومن ثم لا ينفذ فى مواجهة المالك الحقيقى.

وإن كانت هذه القواعد العامة تحقق مصلحة المالك الحقيقى الذى عادت إليه الملكية، فلا ينفذ فى مواجهته رهن لم يبرمه ولا شأن له به، إلا أن عدم نفاذ الرهن فى مواجهة المالك الحقيقى يصيب الدائن المرتهن حسن النية بأفدح الأضرار، فهو إذ أعطى الائتمان إلى المدين الراهن قد اعتمد على الرهن كضمان لحقه بل ولولا الرهن لما كان القرض مثلاً.

ولذا ارتأى المشرع التوفيق بين المصالح المتعارضة بحيث تكون مراعاة المالك الحقيقى فى الحدود التى لا تتعارض فيها مع الدائن المرتهن حسن النية، بالإبقاء على الرهن الذى صدر من مالك زالت عنه الملكية فيما بعد، وذلك إذا تحققت عدة شروط نعرض لها فيما يلى.

195 - الشروط الواجب توافرها لبقاء الرهن الصادر من المالك الذى

زالت ملكيته :

يشترط لبقاء الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو زواله لأى سبب آخر لمصلحة الدائن المرتهن توافر الشروط الآتية:

الشرط الأول:

أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون فى لحظة انعقاد الرهن الرسمى:

فالمادة صريحة فى أن الرهن يجب أن يصدر من مالك طبقا للقانون. وملكية الراهن للعقار كانت أهم عنصر جعلت الدائن يأمن إلى صحة التأمين العينى الذى تقرر لمصلحته ودفعه إلى منح المدين الائتمان المتفق عليه.

فإذا كان الراهن غير مالك، وهو الأمر الذى يسهل على الدائن تبينه، فإنه لا يلومن إلا نفسه إذا منح ائتمانه لراهن لملك الغير. وعدم نفاذ مثل هذا الرهن فى مواجهة المالك الحقيقى ليس من شأنه على الإطلاق المساس بالائتمان.

واشتراط ملكية الراهن للعقار وقت الرهن يستوجب أن يكون من شأن السند الذى بيد الراهن، أن يجعله مالكا طبقا لأحكام القانون. ومن ثم فإن كان السند عقدا باطلا بطلانا مطلقا فإنه لا يجعل من الراهن مالكا على الإطلاق. فالبطلان المطلق لا يرتب أى أثر قبل القضاء بالبطلان وبعده. ويجوز لكل ذى مصلحة التمسك بالبطلان كما أن للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها. كما أن الدائن المرتهن الذى يمنح الائتمان لمن كان سند ملكيته باطلا بطلانا مطلقا يرتكب خطأ فى حق نفسه ولا يمكن أن يدفع ثمنه المالك الحقيقى، فينقضى الرهن إذا كان سند الملكية قد بطل لانعدام الأهلية أو لعدم توافر الشكل أو لعدم مشروعية المحل أو السبب.

وكذلك الشأن إذا كان سند الراهن مزورا أو عقدا صحيحا ولكن لم يسجل. وينطبق حكم المادة إذا كان عقد المالك قابلا للإبطال، فالعقد القابل للإبطال هو عقد صحيح فى الحال ومرتب لكل آثاره، ولكن مصيره مزعزع فإن قضى

بالبطلان زال بأثر رجعى.

ولا يلزم أن يكون سند الملكية عقدا بل يمكن أن يكون تصرفا انفراديا مثل الوصية. فإذا كان الرهن صادرا من الموصى إليه بما يزيد على ثلث التركة وأبطلت الوصية فى الزيادة وكانت العين مرهونة فإن الرهن يظل مثقلا للجزء الذى أبطل من الوصية⁽¹⁾.

الشرط الثانى:

أن يكون الدائن المرتهن حسن النية:

يجب أن يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت إبرام عقد الرهن. ويعتبر الدائن المرتهن سئ النية إذا كان يعلم وقت إبرام الرهن، أو كان فى مقدوره أن يعلم أن ملكية الراهن للعين المرهونة مهددة بالزوال بأى سبب وهذا يقتضى من الدائن المرتهن أن يبذل ما ينبغى من عناية لكشف السبب الذى يترتب عليه زوال الملكية بأثر رجعى⁽²⁾.

ويجب أن تتوافر حسن النية وقت إبرام الرهن. فإذا علم المرتهن بعد الرهن بما يهدد سند الراهن بالزوال فلا تأثير له.

وتطبيقا للقواعد العامة، فإن الأصل أن حسن النية يفترض فى الدائن المرتهن حتى يقوم الدليل على العكس.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"حسن النية الذى تقتضيه الحماية التى أضفاها المشرع فى المادة 1034 من القانون المدنى على الدائن المرتهن فى حالة إبطال أو فسخ سند ملكية الراهن ينتفى متى كان هذا الدائن يعلم وقت إبرام الرهن أو كان فى مقدوره أن يعلم بأن

(1) حسام الدين الأهوانى ص 195 وما بعدها - توفيق حسن فرج ص 119.

(2) سليمان مرقس ص 95 وما بعدها.

ملكية الراهن للعين المرهونة مهددة بالزوال لأى سبب من الأسباب. واستخلاص قاضى الموضوع لسوء النية لا يخضع لرقابة محكمة النقض إلا من جهة مطابقته للتعريف القانونى لسوء النية. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من تضمين عقد البيع المسجل - سند ملكية الراهن - وجود باق من الثمن قدره أربعة آلاف من الجنيهات لم يدفع وأن البنك المرتهن كان فى مكنته أن يعلم بأن هذا العقد مهدد بالزوال عن طريق الفسخ إذا ما تخلف المشتري (الراهن) عن الوفاء بهذا المبلغ وأنه لذلك يعتبر البنك سئ النية غير جدير بالحماية المقررة فى المادة 1034 من القانون المدنى، فإن الحكم يكون قد أقام استخلاصه لسوء نية البنك المرتهن على أسباب من شأنها أن تؤدى عقلا إلى ما انتهى إليه فى هذه الخصوص".

(طعان رقما 523، 524 لسنة 29 ق جلسة 1964/11/12)

أما إذا رفع المدعى دعوى إزالة ملكية الراهن بأثر رجعى قبل أن يقيد الدائن المرتهن رهنه وأشهر المدعى دعواه على هامش تسجيل سند ملكية الراهن. فإن المادة (15) من قانون الشهر العقارى تفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس أن الدائن المرتهن يعلم برفع الدعوى، فإذا حكم فيها لمصلحة المدعى كان هذا الحكم حجة على الدائن المرتهن. فتنص المادة 15 سالف الذكر على أنه: "يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر. بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع، فإذا كان المحرر الأصيل لم يشهر، تسجل تلك الدعاوى" وتنص المادة 17 من ذات القانون بالقانون رقم 25 لسنة 1976 على أنه: "يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة 15 والتأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبقا للقانون، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو

التأشير بها.

ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما فى الفقرة السابقة.

ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التى يتم التأشير بها بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول". وعلى ذلك يتوقف الأمر على الوقت الذى قيد فيه حق الرهن الرسمى. فإذا كان هذا الوقت سابقا على التأشير بدعوى المدعى فى هامش تسجيل سند الرهن، كان المفروض أصلا أن الدائن المرتهن حسن النية وقت إبرام عقد الرهن، أى لا يعلم بأن ملكية الرهن مهددة بالزوال بأثر رجعى، إلا إذا ثبت وجود سبب للشك فى هذا الأمر فعندئذ يكلف الدائن المرتهن بإثبات حسن نيته. أما إذا كان الوقت لاحقا لتأشير المدعى بدعواه فى هامش تسجيل سند الرهن. فإن هذه قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس بأن الدائن المرتهن يعلم برفع الدعوى. فإذا حكم فيها لصالح المدعى، كان هذا الحكم حجة على الدائن المرتهن⁽¹⁾.

الشرط الثالث:

زوال ملكية الرهن بأثر رجعى:

يشترط أن تزول ملكية الرهن للعقار المرهون بأثر رجعى. ويجب أن يكون زوال الملكية بأثر رجعى بناء على ما يقرره القانون وليس بناء على اتفاق الأطراف. وفى الإقالة وهى التى تتم برضاء المتعاقدين بعد انعقاد العقد ينقضى العقد ويكون أثرها بمثابة الفسخ فى حق المتعاقدين. والفسخ يكون بأثر رجعى. ولكن الأثر الرجعى فى حالة الإقالة يكون نتيجة لاتفاق على الإقالة

(1) السهنورى ص 256 وما بعدها - سليمان مرقس ص 98 وما بعدها.

نفسها. ولا يصح أن يضار الدائن المرتهن بناء على اتفاق لاحق لإبرام الرهن. وبناء عليه فإن زوال العقد بالإقالة لا يمس بحقوق الدائن المرتهن الناشئة قبل الإقالة فيظل نافذاً فى حق المالك أى البائع دون حاجة لإعمال المادة 1034.

فالدائن المرتهن المقصود بالحماية هو من كان يسرى فى حقه الأثر الرجعى الذى يقرره القانون لزوال الملكية لو لم يوجد نص المادة 1034 مدنى. وعبارة النص من العمومية بحيث يسرى حكمه متى أبطل أو زال سند الملكية أياً كان سبب كسب الملكية وأياً كانت طبيعة السند.

فقد تزول الملكية عن الراهن بتحقق الشرط الفاسخ الذى لم يعلمه الدائن المرتهن. وتتنطبق فى هذه الحالة أحكام المادة 1034. وإن كان يصعب تحقيق هذه الصورة بسبب توافر قواعد الشهر التى تؤدى إلى عدم توافر شرط حسن النية. وإذا كان الشرط قد ورد فى اتفاق لم يسجل فإنه لا يحتج به فى مواجهة الدائن المرتهن⁽¹⁾.

وقد تزول الملكية عن الراهن أيضاً بإبطال القسمة لعيب من عيوب الرضا أو نقص الأهلية أو فسخها للغبن، وكذلك تزول فى الهبة برجوع الواهب فى هبته.

196 - أثر توافر شروط المادة (1034) :

إذا توافرت الشروط الثلاثة التى ذكرناها بالبند السابق، عاد العقار إلى مالكه الأول محملاً بالرهن ودون أى رضا من جانبه.

غير أنه يجب اعتبار المالك الحقيقى للعقار، لا الشخص الذى صدر منه الرهن هو الراهن. والذى يتخذ الدائن المرتهن ضده إجراءات نزع الملكية أو يستمر فى اتخاذها إذا كان قد بدأ هذه الإجراءات فى مواجهة من صدر منه الرهن⁽²⁾.

(1) حسام الدين الأهوانى ص 198.

(1) أحمد سلامه ص 155 وما بعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويلاحظ فى هذا الصدد أن الشخص قد يجد عقاره مرهونا فدين ليس فى ذمته. ويتدرج مركز هذا المالك من شخص هو الذى رتب الرهن، وهذا هو الكفيل العينى، إلى شخص لم يرتب الرهن ولكن الرهن نشأ والعقار فى ملكيته. وهذا هو مركز المالك الذى يسرى فى حقه الرهن الصادر من غير مالك كما فى الفرض المتقدم، إلى شخص لم يرتب الرهن ولم ينشأ الرهن والعقار فى ملكيته بل انتقلت إليه ملكية العقار وهو مرهون، وهذا هو الحائز للعقار. ويحسن تمييز هذه الحالات بعضها عن بعض، فقد تختلف الأحكام التى تطبق فى كل حالة"⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 20- وكانت المادة (1441) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (1034) مدنى تتضمن فقرة ثانية تنص على أن: "ويكون صحيحا كذلك الرهن الصادر من غير المالك، إذا ثبت أن الراهن كان وقت الرهن حائزا للعقار المرهون منذ خمس سنوات، على أن يثبت الدائن المرتهن أن لديه أسبابا معقولة كانت تجعله يعتقد أن الراهن مالك للعقار المرهون".

إلا أن لجنة المراجعة حذفت الفقرة المذكورة لأن حكمها متطرف فى مخالفة القواعد العامة لمجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 19 وما بعدها).

مادة (1035)

1- لا يجوز أن يرد الرهن الرسمي إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك.

2- ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني، وأن يكون معينا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق، وإلا وقع الرهن باطلا.

الشرح

197 - وجوب ورود الرهن الرسمي على عقار:

تنص المادة على أنه لا يجوز أن يرد الرهن الرسمي إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك.

فالرهن الرسمي لا يقع إلا على العقار أما المنقول استقلالا فلا يكون محلا للرهن الرسمي.

وقد عرفت المادة (83) مدنى المال العقارى بأنه كل حق عينى يقع على عقار بما فى ذلك حق الملكية، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عينى على عقار.

ونصت المادة (82) مدنى على أن كل شئ مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن

نقله منه دون تلف فهو عقار. وكل ما عدا ذلك من شئ فهو منقول.

ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص، المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار

يملكه، رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله.

ويلاحظ أن المادة (1035) إذ نصت على أنه لايجوز أن يرد الرهن الرسمي إلا على عقار، إنما قصدت أنه لايرد إلا على مال عقارى، لأن الرهن لايرد على الأشياء فى ذاتها، بل على الحقوق المقررة عليها سواء كانت تلك الحقوق حقوق ملكية أو حقوق ارتفاق أو بعبارة أدق على قيمة هذه الحقوق المالية⁽¹⁾.

والسبب فى اشتراط هذا الشرط أن المنقولات لاتخضع لنظام الشهر عن طريق القيد فى الدفاتر الرسمية، نظرا لكثرتها وتمائلها وسرعة انتقالها من يد إلى يد ومن مكان إلى مكان. هذا فضلا عن أن الرهن الرسمى لايسلب المدين حيازة الشئ المرهون، ولو بقى المنقول المرهون فى يده لكان من السهل عليه أن يتصرف فيه تصرفا يضر بحق الدائن المرتهن. لهذا لم يجز رهن المنقولات إلا رهنا حيازيا تنتقل فيه الحيازة إلى الدائن المرتهن أو عدل ينوب عنه. فيكون هذا الانتقال من ناحية شهرا للرهن، ويكون من ناحية أخرى ضمانا يحول دون تصرف المدين فى الشئ وتسليمه إلى الغير إضرارا بحقوق الدائن المرتهن.

وأى عقار بطبيعته يجوز رهنه، سواء أكان أرضا أم بناء. ويجوز أن يرهن البناء مع الأرض أو مستقلا عنها، وسواء أكان البناء مملوكا لصاحب الأرض أم مملوكا للغير كما سنرى (م1038 مدنى).

وإذا كان العقار مقررا عليه حق انتفاع جاز رهن الرقبة من جانب مالكها. وعندئذ تكون الرقبة وحدها هى المرهونة.

فإذا انقضى الانتفاع وعاد إلى مالك الرقبة امتد الرهن إليه على اعتبار أنه من توابع الرقبة ومصيره النهائى إليها.

كما يجوز أيضا للمنتفع أن يرهن حق الانتفاع متى كان مقررا على عقار.

(1) سليمان مرقس ص 35 وما بعدها.

ويتبع الرهن الانتفاع في مصيره. فهو ينقضى بانقضاء أجله أو بموت المنتفع. ولذلك كان رهن الانتفاع نادرا. ولكن إذا انقضى الانتفاع بحكم القضاء بسبب إساءة المنتفع استعمال الشيء، فإن ذلك لا يخل بحق المرتهن، فيعود الانتفاع إلى مالك الرقبة محملا بالرهن (م 2/988). ويجوز عندئذ للدائن المرتهن أن يحجز على الانتفاع ويبيعه بالمزاد واقتضاء حقه من ثمنه.

وكذلك إذا انقضى حق الانتفاع بالنزول عنه لمالك الرقبة لم يضر هذا النزول بالرهن الذي قرره المنتفع قبل تسجيل النزول.

كذلك إذا انقضى الانتفاع باتحاد الذمة فإن الرهن لا ينقضى. فإذا رهن المنتفع حقه ثم آلت إليه الرقبة، فإن هذا لا يؤثر على حق الدائن المرتهن رغم أن الانتفاع يكون قد انقضى في هذه الحالة لأن العقار أصبح مملوكا ملكية تامة للراهن.

وللمحتكر على العقار حق عيني يجوز رهنه رهنا رسميا. كما أنه يملك ما ينشئه من بناء أو غراس في الأرض المحكرة، ومن ثم يصح له أن يرهنه وحده أو مقترنا بحق الحكر (م 1002)⁽¹⁾.

198 - الأصل عدم جواز رهن الأموال المنقولة :

رأينا أنه لا يجوز أن يرد الرهن الرسمي إلا على عقار. ومن ثم فإن الأصل أنه لا يجوز رهن الأموال المنقولة رهنا رسميا فإذا رهننت وقع رهنها باطلا لوروده على محل غير صالح له قانونا.

ويستوى أن تكون الأموال المنقولة حقوقا عينية واردة على أشياء منقولة كملكية ساعة أو سيارة أم كانت حقوقا شخصية أيا كان محلها، أي سواء كان محلها القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء ولو كان ذلك الشيء عقارا.

(1) عبد المنعم البدر أوى ص 23 وما بعدها - سليمان مرقس ص 35 وما بعدها.

وتطبيقاً لذلك لا يجوز رهن الديون رهناً رسمياً لأنها حقوق شخصية وبالتالي أموال منقولة. ولا رهن حق المستأجر لأنه حق شخصي ولو كان الشيء المؤجر عقاراً، ولا رهن حق المستحق في وقف لأن حقه حق شخصي بالرغم من أن المال الموقوف عقار.

199 - رهن بعض المنقولات استثناءً:

رأينا أن المادة (1035) نصت في فقرتها الأولى على أنه لا يجوز أن يرد الرهن الرسمي إلا على عقار مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك. ومفاد هذا أنه يجوز بنص خاص إجازة رهن المنقول رهناً رسمياً.

ومن أمثلة ذلك في القانون ما يأتي:

(1) رهن المحل التجاري:

فقد أجاز القانون رقم 11 لسنة 1940 رهن المحل التجاري. وجاء تنظيم رهن المحل التجاري على غرار الرهن الرسمي، فتبقى حيازة المحل للراهن، ويشهر العقد في سجل يخصص لهذا الغرض في مكتب السجل التجاري بالمحافظة الكائن بدائرتها المحل.

(2) رهن السفينة:

أجاز قانون التجارة البحرية رقم 8 لسنة 1990 رهن السفينة إذ تنص المادة 41 منه على أن لا ينعقد رهن السفينة إلا بعقد رسمي.

وعلى غرار نظام رهن السفن البحرية عرف نظام رهن السفن النهرية⁽¹⁾.

200- وجوب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالميزاد

العلنى:

اشتترطت المادة فى العقار المرهون أن يكون مما يصح التعامل فيه وبيعه

بالمزاد العلنى:

والجوهري فى هذا الشرط هو وجوب أن يكون العقار مما يصح بيعه بالمزاد العلنى، ذلك أن العقارات التى لا يصح التعامل فيها لا يجوز أن تكون محلا لأى

تعامل، فلا ينفرد الرهن باشتراط أن يكون محله مما يصح التعامل فيه.

ويعزى اشتراط أن يكون العقار مما يصح بيعه بالمزاد العلنى، أن الغرض

الأساسى من الرهن، تمكين الدائن المرتهن من التنفيذ بالحجز على العقار المرهون استيفاء لحقه من ثمنه فى حالة عدم وفاء المدين بدينه، فإذا كان العقار مما لا يصح بيعه بالمزاد العلنى، فلا فائدة من إجازة رهنه.

والراجح أنه يقصد باشتراط أن يكون العقار مما يصح بيعه بالمزاد العلنى، أن

يكون من الممكن الحجز على هذا العقار وبيعه استقلالا، أى دون ارتباط ببيع عقار آخر⁽¹⁾.

ويذهب بعض الشراح إلى أن أحد الشرطين كان يغنى عن الآخر، لأن كل ما

يجوز التعامل فيه، يجوز بيعه بالمزاد العلنى، والعكس صحيح أيضا⁽²⁾.

بينما ذهب البعض الآخر - بحق - إلى أنه وإن صح أن كل ما يمكن بيعه

بالمزاد يدخل فى دائرة التعامل، إلا أن العكس غير صحيح، فهناك أشياء تدخل

فى دائرة التعامل ومع ذلك لايمكن بيعها بالمزاد كحق الارتفاق⁽³⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يجب أن يكون المال الذى أصبح رهنه رهنا رسميا عقارا يجوز التعامل فيه،

(1) محمد لبيب شنب ص 32 - توفيق حسن فرج ص 109.

(2) سمير عبد السيد تناغو ص 175.

(3) أحمد سلامه ص 132.

فلا يجوز رهن الوقف، كذلك يجب أن يكون جائزا ببيعه فى المزاد العلنى، فلا يجوز رهن العقار المشروط عدم التصرف فيه⁽¹⁾.

وعلى ذلك إذا كان العقار غير قابل للتعامل فيه فإنه لايجوز رهنه ومثل ذلك:

1- العقارات المملوكة للدولة أو أى شخص اعتبارى عام والتى تكون مخصصة للنفع العام بالفعل أو بمقتضى القانون والعقارات الموقوفة.

أما أملاك الدولة الخاصة فلئن كان يجوز التصرف فيها فإن المقرر عدم إمكان الحجز عليها لما هو معلوم من أن الدولة موثوق ببسارها فضلا عن تعارض الحجز والبيع مع قواعد الميزانية والحسابات العامة. ويترتب على ذلك عدم إمكان رهنها رسميا⁽²⁾.

2- حقوق الارتفاق مستقلة عن العقارات المقررة لفائدتها لأنه لايصح بيع تلك الحقوق مستقلة عن هذه العقارات⁽³⁾.

3- رهن حق الاستعمال وحق السكنى، لأن هذه الحقوق لا يصح بيعها مستقلة عن هذه العقارات⁽⁴⁾.

4- رهن الحقوق العينية التبعية مستقلة عن الالتزام الذى تضمن الوفاء به، لأنه لا يمكن بيعها مستقلة عن هذا الالتزام، بل هى لا توجد أصلا ما لم تستند إلى هذا الالتزام. وعلى ذلك لا يصح رهن الرهن الرسمى أو حق الاختصاص أو حق الرهن الحيازى أو حقوق الامتياز. ولكن إذا رهن الالتزام المضمون رهنا

(4) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 122.

(1) سليمان مرقس ص 259.

(2) السنهاورى ص 280- محمد لبيب شنب ص 32.

(3) عبد الفتاح عبد الباقي ص 297- محمد لبيب شنب ص 32.

حيازيا، كان للمرتهن أن يستفيد من الرهن الضامن له⁽¹⁾.

5- العقار المحمل بشرط يمنع مالكة من التصرف فيه. فقد يحول هذا الشرط دون جواز رهنه. وذلك إذا كان بيع العقارات بالمزاد العلني يفوت الغرض المقصود من الشرط، كما لو كان المنع مقصودا به تحقيق مصلحة للشخص الممنوع من التصرف، إما إذا كان المقصود من شرط المنع من التصرف هو مصلحة المشتري كالبائع الذي يشترط على المشتري عدم التصرف في البيع حتى يتم الوفاء بكل الثمن، فإن الشرط لا يمنع من رهن هذا المبيع، لأنه إذا حجز الدائن المرتهن على العقار المبيع فإن البائع يستوفى حقه من الثمن من البيع الجبري بالأولوية على المرتهن بما له من حق امتياز⁽²⁾.

ويلاحظ أن القانون رقم 513 لسنة 1953 الخاص بعدم جواز التنفيذ على الملكية الزراعية في حدود خمسة أفدنة لا يجيز توقيع الحجز على الأملاك الزراعية التي يملكها الزراع الذين ليس لهم من الأقطان إلا خمسة أفدنة، أو أقل. ومن الواضح أنه رغم هذا الحظر يجوز الرهن إذ من الجائز ألا يتمسك المدين بنص القانون، كما يجوز أن تؤول إليه أملاك أخرى عند إجراء التنفيذ فتزيد ملكيته على خمسة أفدنة، أو يتصرف في العقار فتؤول ملكية الأرض إلى حائز ينفذ الدائن في مواجهته، وفي كل هذه الحالات لا ينطبق الحظر فيستفيد الدائن المرتهن من الرهن، ومن ثم يلزم القول بصحة الرهن⁽³⁾.

201 - وجوب أن يكون العقار معيناً معيناً دقيقاً (مبدأ تخصيص

(4) عبد الفتاح عبد الباقي ص 297- السنهوري ص 280- حسام الدين الأهواني ص 98 وما بعدها.

(1) محمد لبيب شنب ص 32 وما بعدها - حسام الدين الأهواني ص 113 وما بعدها - سمير عبد السيد تناغوص 175 وما بعدها.

(2) سمير تناغو ص 177.

الرهن):

بعد أن أوجبت المادة أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني أوجبت كذلك أن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أوفى عقد رسمي لاحق وإلا وقع الرهن باطلاً.

ويجرى تخصيص العقار المرهون بوصف العقار وصفاً دقيقاً من حيث طبيعته ومن حيث موقعه، وذلك في عقد الرهن الرسمي أو في عقد رسمي لاحق. فيذكر فيه مثلاً ما إذا كان المرهون أرضاً زراعية أو أرضاً من أراضي البناء (طبيعة العقار) ويذكر بالنسبة للأولى اسم البلد واسم الحوض ورقم القطعة وحدودها، ويذكر بالنسبة للثانية اسم الشارع ورقم المرهون في الشارع فضلاً عن اسم البلد والحي.

وبيان ما إذا كان التخصيص كافياً أو غير كافٍ متروك لقاضي الموضوع. وشرط التخصيص هو شرط شكلي يقوم ويكمل الشرط الموضوعي في تعيين محل العقد. ولكن هذا لا يغني عن ذلك⁽¹⁾.

ومن الواضح أن المشرع يتشدد في تعيين محل الرهن بحيث يكون محدداً تحديداً دقيقاً منذ البداية، خلافاً لما تقضى به القواعد العامة من أنه يكفي أن يكون المحل قابلاً للتعيين.

ذلك أن الرهن يجب أن يخصص بمحل معين بذاته منذ تقريره، كما يجب أن يكون مقصوراً على ضمان دين معين بالذات ومحدد المقدار، وهذا هو ما يعرف بتخصيص الرهن، وإلا كان باطلاً.

ويهدف المشرع من وراء تخصيص الرهن إلى حماية الراهن حتى يقدم من

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 70 وما بعدها - توفيق حسن فرج ص 19 وما بعدها.

عقاراته ما يكفي لضمان الدين، ويحتفظ بالباقي من أمواله خاليا من الرهن، فيستطيع الاقتراض عليها بسهولة إذا لزم الأمر، كما يرمى إلى حماية من يتعاملون مع الراهن فيما بعد بتمكينهم من معرفة حقيقة مركز عقاراته، وما يتقل كل منها من ديون وما يمكن أن تتحمله بعد ذلك.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"وتقتضى قاعدة تخصيص الرهن أن يكون العقار المرهون معينا تعيينا دقيقا من حيث الطبيعة والموقع، فإذا لم يرد في العقد هذا التحديد أمكن تكملته في ورقة لاحقة تكون هي أيضا رسمية، وتعتبر ملحقا لعقد الرهن"⁽¹⁾.

مادة (1036)

يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقارا ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك، ما لم يتفق على غير ذلك مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه في المادة 1148.

الشرح

202 - مشتملات الرهن:

يترتب على رهن العقار رهنا رسميا اعتبار ملحقاته مرهونة مثله في نفس الدين وذلك دون حاجة إلى نص خاص في العقد.

وليس هذا سوى مجرد تطبيق للمبدأ العام في العقود من أن التعامل على شئ من الأشياء بالبيع أو الرهن أو الإيجار يشمل ملحقاته وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله (مادتان 432، 566 مدنى).

على أن طبيعة الرهن تتنافى مع أن يكون محله مالا منقولاً. وعلى ذلك فالرهن لا يشمل من ملحقات العقار المرهون إلا ما يعتبر عقارا.

ومن ناحية أخرى شمول الرهن للملحقات مبناه اتجاه إرادة المتعاقدين إلى ذلك، فإذا ثبت أن إرادتهما اتجهت فعلاً إلى خلافه وجب العمل باتفاقهما. وعبء إثبات قيام مثل هذا الاتفاق يقع على عاتق من يدعيه.

فإذا كانت الملحقات تعتبر من العقارات وتعود منفعتها على المالك فإن الرهن يشملها دون حاجة لنص خاص في العقد طالما لم يتفق على خلاف ذلك وبشرط عدم الإضرار بحقوق الغير. ويستوى في ذلك أن تكون هذه الملحقات قد وجدت

وقت الرهن أو نشأت بعد قيامه، وأن تكون من فعل الراهن أو غيره أو حصلت بغير تدخل شخص ما.

وإذا فقدت هذه الملحقات وصفها كعقار بالتخصيص وعادت لها صفتها كمنقولات فلا يشملها حق الدائن المرتهن وإن كان ينتقل على المبالغ التي قد تحل محلها.

كذلك لا يشمل الرهن الملحقات إلا إذا كانت منفعتها تعود على المالك، فهو لا يشمل المباني المقامة عليه بمعرفة الغير طالما كانت ملكيتها لهذا الأخير.

وأخيرا فإن شمول الرهن للملحقات لا يضر بحقوق الغير كامتياز المقاولين والمهندسين المعماريين وامتياز بائع المنقول والتعويض الواجب لمن قام بإنشاء الملحقات بأمواله الخاصة.

والملاحقات التي نصت عليها المادة (1036) هي حقوق الارتفاق، والعقارات بالتخصيص، والتحسينات والإنشاءات.

ومن الواضح أن ذكر هذه الملحقات لم يرد على سبيل الحصر ذلك أن المادة تقضى بأن: "... ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص... الخ".

فتشمل أيضا على سبيل المثال حق الانتفاع وحق الحكر. كما سنرى أن المادة (1037) تنص على ملحقات أخرى هي الثمار والإيراد⁽¹⁾.

ويجب مراعاة أن لإرادة المتعاقدين دورها في تحديد ما يشمل الرهن، إذ يكون لهما أن يتفقا على ذلك، سواء في عقد الرهن نفسه، أم في عقد لاحق، بحيث يتعين ما يشمل الرهن تعيينا دقيقا نافيا للجهالة، فإذا لم يتضح من إرادة الطرفين

ما يشمل عليه الرهن، سرت الأحكام الواردة فى المادة (1036)، وانصرف الرهن إلى العقار وملحقاته التى تعتبر عقارا، فإذا لم تكن هذه الملحقات عقارا فلا تلحق به⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"يلحق بالعقار فى الرهن، فيكون مرهونا مثله فى نفس الدين، دون حاجة إلى ذكره فى العقد، كل ما يكون من ملحقات العقار المرهون ويعتبر عقارا. مثل ذلك ما يكون للعقار المرهون من حقوق الارتفاق، ومثل ذلك أيضا العقارات بالتخصيص التى أعدها المالك لخدمة العقار، سواء كانت معدة قبل الرهن أو أعدت بعده، ومثل ذلك أخيرا ما أدخل على العقار، ولو بعد الرهن، من تحسينات مهما زادت فى قيمته، وما أقيم من منشآت تعود بالمنفعة على المالك كما إذا أقام المالك على الأرض المرهونة بناء فإن الرهن يشملهما مهما كان كبيرا، كذلك لو أقام الغير بناء على أرض مرهونة وملك الراهن البناء بالالتصاق، فإن الرهن يشمل البناء. وتطبيقا لما تقدم إذا كان المرهون هو حق الرقبة، ثم آل حق الانتفاع إلى المالك، شمل الرهن حق الانتفاع باعتباره تابعا للرقبة، مع مراعاة حقوق الغير كما لو كان حق الانتفاع نفسه مرهونا واشتراه مالك الرقبة المرهونة فإن الرهن على الرقبة يشمل حق الانتفاع ولكنه يتأخر عن الرهن الذى رتب على حق الانتفاع من قبل، وكذلك الأمر فى ملحقات العقار المرهون إذا كان للغير حقوق عليها، فإن الرهن الذى يمتد إلى هذه الملحقات لا يؤثر فى هذه الحقوق، فلو اشترى مالك الأرض المرهونة مواشى لم يدفع ثمنها وخصصها لخدمة الأرض فإن الرهن يشملها، ولكنه يتأخر عن امتياز بائع المواشى"⁽²⁾.

(2) توفيق حسن فرج ص 112 - أحمد سلامة ص 177 وما بعدها.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 7 ص 24 وما بعدها.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"تعتبر العقارات بالتخصيص وفقا لنص المادة 688 من القانون المدني المختلط داخلة ضمن الملحقات المشار إليها في المادة المذكورة، وتباع مع العقار المرهون ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك، ويقع عبء إثبات هذا الاتفاق على من يدعيه. وإذا فتمى كان الطاعن بوصفه "مدعيا" هو المكلف بإثبات أن المنقولات موضوع النزاع لا يشملها عقد الرهن الصادر منه، فإنه كان لزاما عليه هو أن يقدم هذا العقد إلى محكمة الموضوع في سبيل إثبات دعواه، وإذا هو لم يفعل فلا يقبل منه النعي عليها بالخطأ في تطبيق المادة المشار إليها".

(طعن رقم 121 لسنة 21 ق جلسة 1954/1/14)

غير أنه لا يترتب على شمول الرهن المنقول باعتباره عقارا بالتخصيص الإضرار بحقوق الغير المترتبة على المنقول. وعلى الأخص امتياز بائع المنقول الذي لا يزول لمجرد تخصيصه لخدمة العقار. وبناء على ذلك إذا اشترى مالك الأرض المرهونة مواشى لم يدفع ثمنها وخصصها لخدمتها فإن الرهن يشملها، ولكن يتأخر عن امتياز بائع المواشى.

ونعرض في البند التالى للملحقات المنصوص عليها بالمادة.

203- الملحقات المنصوص عليها بالمادة:

(1) حقوق الارتفاق:

يشمل الرهن حقوق الارتفاق الإيجابية المقررة لخدمة العقار المرهون. وهذه الحقوق لا يجوز رهنها استقلالا، ولكن رهن العقار المخدم يمتد إلى الحقوق المقررة لخدمته. ولا أهمية لتاريخ نشأة حق الارتفاق، فالرهن يمتد إليه سواء كان مقررا وقت نشأة الرهن أو تقرر بعد هذا التاريخ.

(2) العقارات بالتخصيص:

تنص الفقرة الثانية من المادة (82) مدنى على أنه يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار. وبناء على ذلك يعتبر المنقول الملحق بالعقار المرهون عقارا بالتخصيص إذا كان ملكا للراهن وخصصه هذا الأخير لخدمة العقار. ومتى اكتسب المنقول صفة العقار بالتخصيص فإنه يصبح من ملحقات العقار المرهون ويشمله الرهن. ومثل ذلك آلات الرى والحراث، ومواشى الزراعة وآلات المصانع وآثاث الفنادق، إذا كان ذلك كله مملوكا لصاحب العقار.

ويستوى أن تكون هذه الأشياء قد وجدت وقت الرهن أو ألحقت به بعد ذلك. فإذا زال عن هذه العقارات صفتها عن طريق فصلها عن العقار والتصرف فيها استردت صفتها المنقولة وزال عنها الرهن.

على أنه يلاحظ أن الراهن لا يجوز له أن يستعمل حقه فى فصل العقارات بالتخصيص إضرارا بالدائن المرتهن، ولهذا الأخير أن يعترض على تصرف الراهن وأن يمنعه من نقل المنقولات من العقار طالما أنها لم تنقل فعلا، بل هو يستطيع فى حالة نقلها أن يلزمه بإعادتها إليه فتعود لها صفتها كعقارات بالتخصيص يشملها الرهن ما لم يصطدم حق الدائن فى ذلك مع حق الحائز حسن النية الذى يستطيع أن يتمسك بقاعدة الحيابة فى المنقول سند الملكية.

وبناء على ذلك إذا بيع المنقول المخصص لخدمة العقار لشخص حسن النية يجهل حق الدائن المرتهن وسلم إليه فعلا، فإن المشتري يستطيع أن يتمسك بقاعدة الحيابة فى المنقول سند الملكية، ولذلك لا يستطيع الدائن فى هذه الحالة المطالبة بإعادة المنقول إلى العقار، وكل ما له هو حق التقدم على الثمن.

فإذا كان المشتري سئ النية أو كان لم يتسلم المنقول أو كان قد سلم إليه دون أن ينقل فعلا من العقار المرهون كما إذا بيع لمستأجر العقار، فإن حق الدائن المرتهن لا يتأثر بالاتفاق الذى تم بين الراهن والغير. كما أن المشتري لا يستطيع

أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، ولهذا يكون للدائن الحق في أن يمنع خروج المنقول من العقار وأن يطالب بإعادته إليه إذا كان قد نقل منه. كذلك للدائن من باب أولى أن يطالب بإعادة المنقول إذا كان الراهن قد رفعه من العقار وأبقاه تحت يده أو أجره أو أودعه أو أعاره إلى الغير⁽¹⁾.

(3) التحسينات والإنشاءات:

المقصود بهذا ما يلحق العقار المرهون من زيادة مادية بفعل الطبيعة، أو الإنسان.

وهذه الزيادة تعود بمنفعة على المالك.

ومن أمثلة التحسينات بفعل الطبيعة، أن تزيد مساحة الأرض المرهونة بتراكم طمي النيل إلى جوارها. ومن أمثلة التحسينات بفعل الإنسان أن يقوم مالك الأرض المرهونة بالبناء عليها أو بالزيادة في البناء الموجود من قبل، أو إقامة غراس عليها.

وينطبق هذا الحكم أيا كانت قيمة الإنشاءات، ولو زادت قيمتها على قيمة العقار المرهون أصلا. فإذا بنى مالك الأرض المرهونة على هذه الأرض مبان تخطت قيمتها ثمن الأرض، فإن حق الدائن يمتد إلى هذه المباني.

أما الزيادة في القيمة الاقتصادية للعقار المرهون، نتيجة لتقلبات الحياة الاقتصادية في المجتمع أو نتيجة لتنفيذ مشروعات عامة بحوار العقار المرهون، كمشروعات الري والصرف والكهرباء، فإن الدائن يستفيد من هذه الزيادة في القيمة الاقتصادية دون حاجة إلى نص⁽²⁾.

ويشترط أن يكون مالك العقار المرهون هو مالك الإنشاءات الجديدة، فإذا

(1) محمد على إمام ص 265 وما بعدها.

(1) سمير عبد السيد تناغو ص 169 - عبد المنعم البدرأوى ص 52.

كان مالك الأرض قد أذن للغير فى إقامة مبان على أرضه وتملكها، فإن الرهن الصادر من مالك الأرض لا يمتد إلى هذه المباني. ومع ذلك عندما تعود ملكية المبنى إلى مالك الأرض فإن الرهن يمتد إليها فى هذه الحالة، لتحقيق شرط وحدة المالك.

وإذا رهن مالك الأرض أرضه، وامتد الرهن بعد ذلك إلى المبنى التى أنشئت بعد الرهن، فإن هذا لا يعتبر رهنا لمال مستقبل بالنسبة للمبنى، رغم أنها لم تكن موجودة وقت الرهن، لأنها امتداد للعقار وهو نفسه كان موجودا وقت الرهن. إلا أنه إذا كان مالك الأرض غير مالك المبنى، وأراد مالك المبنى أن يرهنها قبل إنشائها فإن هذا يعتبر رهنا لمال مستقبل بالنسبة لهذه المبنى. وحق الدائن المرتهن يمتد إلى الإنشاءات الجديدة، بنفس مرتبة الرهن حتى ولو أقيمت هذه الإنشاءات بعد نشأة الرهن وقيده بفترة طويلة.

204- عدم الإخلال بامتياز المقاولين أو المهندسين المعماريين:

وإن كان الرهن يشمل ما يحدث فى العقار المرهون من التحسينات والإنشاءات، كما ذكرنا سلفا، إلا أن هذا الرهن لا يخل بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه فى المادة (1148 مدنى). وهذه المادة تنص - كما سنرى - على أن: "1- المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم فى تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو فى إعادة تشييدها أو فى ترميمها أو فى صيانتها. يكون له امتياز على هذه المنشآت، ولكن بقدر ما يكون زائدا بسبب هذه الأعمال فى قيمة العقار وقت بيعه.

2- ويجب أن يقيد هذا الامتياز وتكون مرتبته من وقت القيد". فإذا رهن شخص أرضا ثم لجأ إلى مقاول أو مهندس معمارى لتشييد منزل عليها، فإن الرهن يشمل البناء ولكن يتقدم المقاول أو المهندس على المرتهن فى استيفائه للمبالغ

المستحقة له. وذلك في حدود ما يترتب على عمل المقاول أو المهندس من الزيادة في قيمة العقار وقت بيعه بالمزاد⁽¹⁾.
(أنظر أيضا شرح المادة 1148).

205- امتداد الرهن إلى ملحقات العقار قاعدة مفسرة لإرادة المتعاقدين؛

القاعدة التي تقرر امتداد الرهن إلى ملحقات العقار وتوابعه، أيا كانت هذه الملحقات والتوابع، هي قاعدة مفسرة لإرادة المتعاقدين. ولذلك فلا يوجد ثمة ما يمنع من الاتفاق على عدم امتداد الرهن إلى ملحقات العقار أو بعضها.



(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 333 - سمير عبد السيد تناغو ص 171 وما بعدها.

مادة (1037)

يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التي أعقبت التسجيل ويجرى في توزيع هذه الغلة ما يجرى في توزيع ثمن الثمار.

الشرح

206- الثمار والإيرادات:

الأصل أن الثمار لا تعتبر من ملحقات العقار المرهون ولا يتعلق بها حق الدائن المرتهن لسببين: الأول: أنها ليست عقارا أو حقا عقاريا. الثاني: أن الرهن الرسمي يبقى للراهن حيازة العقار المرهون وإدارته وقبض ثماره (م 1044 مدنى).

فالرهن لا يسلب الراهن سلطته فى استعمال واستغلال العقار المرهون. فله أن يقبضها ويتصرف فيها - بعد قبضها - دون أن يكون للمرتهن حق تتبعها ما لم يتوافر فى التصرف شروط دعوى عدم نفاذ التصرف. بل له أن يتصرف فيها قبل قبضها شأن التصرف فى الثمار الطبيعية قائمة على أصولها وقطفها وشأن قبض الثمار المدنية بصفة معجلة قبل استحقاقها أو حوالة الحق فيها. ومع ذلك فإن المشرع ألحق هذه الثمار بالعقار المرهون بما من شأنه تعلق حق الدائن المرتهن بها تعلقه بالعقار المرهون نفسه وبذات مرتبته، من تاريخ البدء فى التنفيذ على العقار المرهون لبيعه بالمزاد العلنى.

ولئن ذكر النص الثمار بجانب الإيرادات مع أن الثانية صورة من الأولى. فالمقصود بالإيرادات إحدى صورتى الثمار وهى الثمار المدنية أى ما يغله العقار من دخل نقدى، ومن ثم فلا تترتب من هذه الناحية أية نتيجة عملية فى التفرقة

بين الثمار والإيرادات⁽¹⁾.

وتفسير إلحاق الثمار بالعقار المرهون من هذا التاريخ، هو أنه إذا كان مرد ثبوت حق الراهن في القبض والتصرف في الثمار هو ملكيته وحيازته للعقار المرهون، فإنه إذ يشرع الدائن المرتهن في اتخاذ إجراءات تجريد الراهن من ملكيته للعقار تمهيدا للتنفيذ بحقه على ثمن المبيع، فمن الطبيعي أن يمتد حق الدائن المرتهن من هذا الوقت إلى ثمار العقار المرهون وتغل يد الراهن في خصوصها.

وعلى اعتبار أن بداية إجراءات التنفيذ على العقار المرهون قبل المالك الراهن، تكون من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية، فإن الثمار تلحق بالعقار من هذا التاريخ، سواء كانت الغراس والثمار موجودة وقت الرهن أو وجدت بعده وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية. وعلى اعتبار أن التنفيذ على العقار المرهون قبل الحائز (م1060 مدنى) يقضى إنذاره بالدفع أو التخلية، فإن الثمار تلحق بالعقار المرهون فى هذه الحالة من هذا التاريخ فإذا تركت الإجراءات مدة ثلاث سنوات، فلا يرد الحائز الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد. حيث ورد نص المادة (1079 مدنى) بأنه: "على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية. فإذا تركت الإجراءات مدة ثلاث سنوات، فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد". كما ورد بالمادة 411 مرافعات ما نصه: "إذا كان العقار مثقلا بتأمين عيني وآل إلى الحائز بعقد مسجل قبل تسجيل التنبيه وجب إنذاره بدفع الدين أو تخلية العقار وإلا جرى التنفيذ فى مواجهته.

ويجب أن يكون الإنذار مصحوبا بتبليغ التنبيه إليه وإلا كان باطلا.

ويترتب على إعلان الإنذار فى حق الحائز جميع الأحكام المنصوص عليها فى المواد من 406 إلى 410 مرافعات.

(1) أحمد سلامة ص 180 وما بعدها.

وحيث تلحق الثمار بالعقار المرهون من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية أو الإنذار بالدفع أو التخلية بحسب الأحوال - على التفصيل السابق - يتعلق حق الدائن المرتهن بهذه الثمار تعلقه بالعقار المرهون ذاته وبذات مرتبته، بحيث يجرى فى توزيع ثمنها ما يجرى فى توزيع ثمن العقار المرهون.

والحاق الثمار بالعقار المرهون على هذا النحو يتم بالنسبة لجميع أنواع الثمار سواء كانت مدنية كإيرادات العقار أو مادية شأن الثمار الطبيعية الناتجة بفعل الطبيعة كالكلأ ونتاج الحيوان وشأن الثمار المستحدثة بفعل الإنسان كالمحصولات الزراعية.

وعلى اعتبار أن الثمار المدنية تعتبر مقبوضة يوما فيوما (م2/978 مدنى) فإن ما يلحق منها بالعقار هو ما يستحق منها عن المدة التالية لتسجيل التنبيه أو الإنذار بالدفع أو التخلية إلى وقت رسو مزاد العقار المرهون. أما ما يستحق منها عن المدة السابقة على هذا التاريخ فإنها تكون من حق صاحب العقار المرهون ولو لم يتم الوفاء بها إلا بعد تسجيل التنبيه أو الإنذار بالدفع أو التخلية⁽¹⁾.

ولكن ثار الخلاف بشأن الثمار الطبيعية (أو المستحدثة) والصناعية فقد ذهب رأى مرجوح إلى أن العبرة بالجنى، فإذا كانت قد جنى قبل التسجيل فإنها تخرج عن نطاق الرهن، وإلا فهي تلحق بالعقار المرهون ولا عبرة بالمدة التى بقيت فيها هذه الثمار قائمة بالأرض قبل التسجيل وبعده. ذلك أن الثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر طبقا للقانون المدنى مقبوضة من يوم فصلها أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما⁽²⁾.

ويذهب رأى الراجح إلى أن ما يلحق بالعقار من الثمار الطبيعية هو الجزء

(1) همام محمد زهران ص 302 - عبد المنعم البدرأوى ص 53 وما بعدها.

(2) الدكتور شفيق شحاته النظرية العامة للتأمين العينى الطبعة الثانية 1953 ص 110.

المقابل للفترة التالية للتسجيل منسوباً إلى المدة المقررة لبقائها في العقار، فإذا كنا أمام ثمار طبيعية مما تمكث في الأرض أربعة أشهر، وتم نضجها وجنيها بعد شهر من تسجيل طلب الحجز فلا يسرى الإلحاق إلا على ربعها أما ما يقابل المدة الباقية فيقسم بين الدائنين دون تمييز في شأنها للدائن المرتهن أو صاحب حق الامتياز⁽¹⁾.

ويستند هذا الرأي إلى أن المادة (1037) تلحق بالعقار الثمار "عن المدة التي أعقبت التسجيل" وأن الرأي العكسي يؤدي إلى تفرقة لا مبرر لها بين الثمار المدنية والثمار الطبيعية أو المستحدثة وقد أيدت صياغة الفقرة الأولى من المادة 406 من قانون المرافعات من أنه: "تلحق بالعقار ثماره وإيراداته عن المدة التالية لتسجيل التنبيه، وللمدين أن يبيع ثمار العقار الملحقة به متى كان ذلك من أعمال الإدارة الحسنة".

كما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يلحق أيضاً بالعقار المرهون، ويوزع ثمنه كما يوزع ثمن العقار، الغلة عن المدة التي أعقبت تسجيل تنبيه نزع الملكية. ولكن يجب لإلحاق الثمار بالعقار اتخاذ إجراءات معينة كالتنبيه على مستأجر العقار بعدم دفع الأجرة (م 546، 624 مرافعات) أو الحجز على الثمار حجزاً تنفيذياً أو على ثمنها تحت يد الغير. وإذا باع الراهن الثمار قبل تسجيل التنبيه، ثم جنيته بعد التسجيل، فالعبرة بالبيع لا الجنى، ولا يلحق بالعقار من الثمار إلا بقدر المدة التي أعقبت التسجيل"⁽²⁾.

(3) السنهوري ص 290 - حسام الدين الأهواني ص 123 - أحمد سلامة ص 181 وما بعدها

- سمير عبد السيد تناغو ص 174 - محمد على إمام ص 270.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 7 ص 27.



مادة (1038)

يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المباني، ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المباني وفقا للأحكام الخاصة بالالتصاق.

الشرح

207- رهن المباني القائمة على ملك الغير:

الأصل وفقا للقرينة النسبية المقررة بالمادة 922 مدنى فى فقرتها الأولى، أن مالك الأرض هو الذى أقام على نفقته ما عليها أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى فيكون مالكا لها بالإضافة إلى ذلك فإن إقامة الغير الدليل على أنه هو الذى أقام هذه المنشآت - على أرض الغير - على نفقته، لا يكسبه بذاته ملكيتها- مالم يقيم الدليل على أن مالك الأرض قد خوله إقامتها وتملكها (م922/2 مدنى) بل يملكها صاحب الأرض بالالتصاق على اعتبار أنها من توابع وملحقات أرضه، وتسوى علاقتها طبقا للأحكام الواردة فى المادتين (924، 925 مدنى).

فإذا سلمنا بأن الغير الذى يبنى على أرض غيره لا يعتبر مالكا للبناء الذى أقامه، فإنه كان من الطبيعى أن ننتهى إلى عدم السماح له برهنه سواء لضمان دين عليه أو على غيره، وإلا كان رهننا لملك الغير وتسرى عليه أحكامه (م1033 مدنى).

إلا أنه لما كانت قواعد الالتصاق غير متعلقة بالنظام العام، إذ ورد بالفقرة الثانية من المادة (922) أنه: "يجوز أن يقيم الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خول له الحق فى إقامة هذه المنشآت

وتملكها".

ومن ثم فإذا رخص مالك الأرض للغير، كالمستأجر أو صاحب الانتفاع بالبناء وبتملك ما يقيمه لأجل معين، فإنه تثبت لهذا الغير - الباني - ملكية مؤقتة على هذا البناء، ويحكم علاقتهما في نهاية الأجل المحدد ما بينهما من اتفاق سواء اتفق على أيلولة المبنى لمالك الأرض بمقابل يحدونه أو بغير مقابل وفي حالة سكوتهما عن وضع تنظيم اتفاقي انطبق التنظيم الوارد في المادة (926).

وعلى ذلك فإن لمالك البناء خلال المرحلة السابقة على أيلولة ملكيته لمالك الأرض أن يرهنه، وعندئذ تتحدد حقوق الدائن المرتهن بحقوق الراهن نفسه.

ومن ثم فالأمر يقتضي التمييز بين فرضين:

- الفرض الأول: مصير الرهن خلال مدة بقاء الملكية المؤقتة للراهن.
- الفرض الثاني: مصير الرهن بعد أيلولة ملكية المبنى لمالك الأرض.

وفي الفرض الأول نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: التي يحل فيها أجل الدين والعقار مازال على ملكية الراهن، وفيها ينفذ الدائن المرتهن بحقه على المبنى تحت يد الراهن ويقتضى حقه من ثمنه. وتنتقل ملكية المبنى بالمزاد العلني باعتبارها ملكية مؤقتة.

والحالة الثانية: تأخر حلول أجل الدين إلى ما بعد تصرف الراهن في البناء المرهون.

وفي هذه الحالة ينفذ الدائن المرتهن بحقه قبل الحائز للعقار المرهون طبقاً للقواعد المقررة (م 1060 وما بعدها).

الفرض الثاني: مصير الرهن بعد أيلولة المبنى لمالك الأرض:

ونقصد الحالة التي تنتهي فيها مدة الملكية المؤقتة للراهن قبل حلول أجل الدين أو قبل التنفيذ من جانب المرتهن، كما لو انتهت مدة حق الانتفاع أو حق

الإيجار الذى على أساسه تملك الراهن المبانى على أرض الغير عندئذ يمتنع على الدائن المرتهن أن يتتبع البناء فى يد مالك الأرض كما يمتنع عليه أن يمنع أيلولة المبنى لصاحب الأرض، لأن حقه قد تعلق بملكية مؤقتة وليس له حقوق أكثر مما للراهن نفسه. وإنما يتعلق حقه بما يثبت للراهن مقابلاً لأيلولة ملكية البناء إلى صاحب الأرض بحسب اتفاقهما - الراهن وصاحب الأرض - أو من ثمن الأنقاض بحسب أحكام الالتصاق⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"إذا رهن المبانى صاحبها يقع الرهن عليها محددًا بحقوقه، فيبقى الرهن ما بقيت المبانى قائمة ولم تنتقل ملكيتها بالالتصاق إلى صاحب الأرض، فإذا انتقلت الملكية بالالتصاق انتقل الرهن إلى التعويض المستحق لصاحب المبانى، وإذا نزعت المبانى فى الحالات التى يجوز فيها ذلك كان للمرتهن حق التقدم على ثمن الأنقاض.

وهذه حالة من حالات الحلول العينية التى نص عليها المشروع"⁽²⁾.



(1) همام محمد زهران ص 324 وما بعدها - عبد الفتاح عبد الباقي ص 314 - عبد المنعم البدرأوى ص 39 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 7 ص 28.

مادة (1039)

1- يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته.

2- وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءا مفرزا من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل. ويعين هذا القدر بأمر على عريضة ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة. ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين.

الشرح

رهن العقار المملوك على الشيوع:

208 - الرهن الصادر من جميع الشركاء:

إذا صدر الرهن من جميع الملاك لعقار شائع أو من أغليبتهم الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباعه، وقع الرهن صحيحا أيا كانت نتيجة القسمة.

فإذا اختص كل شريك بحصة مفرزة تحملت الحصص جميعها بالرهن. وإذا وقع العقار كله في نصيب واحد منهم فقط أو في نصيب بعضهم دون الآخرين، ظل الرهن نافذا أيضا ذلك أنه حينما قام الشركاء جميعا برهن العقار، كان لكل منهم ملكية شائعة على العقار كله. ولهذا يظل تصرفهم صحيحا نظرا لصدوره ممن كانت له ولاية التصرف وقت إجرائه. وبظل الأمر هكذا حتى ولو آل العقار إلى نصيب واحد منهم أو بعضهم، ولا يقال أن هذا يتنافى مع العدالة، لأن من وقع العقار في نصيبه قد رضى بالرهن، وكان عليه أن يتوقع هذه النتيجة سلفا.

وإذا كان الرهن الصادر من جميع الشركاء على الشيوع يبقى نافذا على هذا النحو أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار، فإنه يبقى نافذا كذلك في حالة بيع العقار لعدم إمكان قسمته. فإذا بيع العقار لعدم إمكان قسمته ظل الرهن نافذا في مواجهة من آلت إليه الملكية. ولا تثار في هذا الصدد صعوبة ما لأننا نكون بصدد تصرف صادر من جميع الشركاء ترتب عليه نقل الملكية فيكون للدائن المرتهن أن يتتبع العقار في يد من انتقلت إليه الملكية.

209 - الرهن الصادر من أحد أو بعض الشركاء :

إذا قام أحد الشركاء أو بعضهم ممن لا يملكون ثلاثة أرباع العقار الشائع برهن العقار، فإن حكم هذا الرهن يختلف في حالة رهن الشريك أو بعض الشركاء لحصة شائعة تعادل حصتهم، وبين رهنهم لجزء مفرز من العقار الشائع أو لحصة شائعة تزيد على حصتهم.

(أ) رهن أحد الشركاء أو بعضهم لحصة شائعة :

إذا رهن أحد الشركاء أو بعضهم حصته شائعة في العقار تعادل الحصة التي يملكونها، فإن رهنهم يكون صحيحا ونافذا، لأنهم يملكون هذه الحصة ملكا تاما ولهم أن يتصرفوا فيها بجميع أنواع التصرفات ومنها الرهن (م 826 مدني).

فإذا حل أجل الدين المضمون بالرهن وكان العقار لا يزال شائعاً، كان للدائن المرتهن أن ينفذ على الحصة المرهونة وأن يبيعها بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات قانون المرافعات.

وتنتقل ملكية هذه الحصة إلى الراسي عليه المزاد بتسجيل حكم مرسى المزاد، ويصبح هذا الشخص شريكاً على الشيوع حالاً بذلك محل الراهن. ولا يمكن لسائر الشركاء طلب تملك هذه الحصة بالشفعة حيث لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا حصل البيع بالمزاد وفقاً لإجراءات رسمها القانون (939 مدنى).

أما إذا تمت القسمة قبل التنفيذ على الحصة الشائعة واختص الراهن أو الراهنون بجزء مفرز من العقار الشائع، فإن الرهن يصبح واقعاً على هذا الجزء المفرز، فيتعين محله بهذا الجزء بعد أن كان معيناً بحصته - من العقار الشائع، فلا يكون للدائن إلا التنفيذ على الجزء الذى اختص به الراهن أو الراهنون دون غيره من أجزاء العقار.

ولكن قد يحدث ألا يقع فى نصيب الراهن أو الراهنين عند القسمة أى جزء من العقار الشائع، كما لو كان الراهن شريكاً على الشيوع فى عقارين: أرض ومنزل، فرهن أو رهنوا حصة فى الأرض ولكن القسمة لم تعطه شيئاً من الأرض بل أعطته المنزل أو جزءاً من هذا المنزل. فى هذه الحالة ينتقل الرهن من حصة الأرض إلى المنزل. فيحل هذا المنزل محل الأرض فى ترتب الرهن عليه حلولا عينياً. ونظراً لأن قيمة المنزل الذى آل إلى الراهن بالقسمة قد تزيد على قيمة الحصة الشائعة التى رهنها، فقد أوجب القانون تعيين القدر الذى ينتقل إليه الرهن من ذلك العقار.

ويتم هذا التعيين بأمر على عريضة يصدره القاضى بناء على طلب الدائن المرتهن.

ولإعلام الغير بانتقال الرهن على النحو المتقدم، أوجب القانون على الدائن

المرتتهن أن يجرى قيدها جديدا للرهن يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن. فإذا تم هذا القيد الجديد خلال تسعين يوما من وقت إخطار الدائن المرتتهن بتسجيل القسمة، فإن الرهن يظل محتفظا بمرتبه التي اكتسبها من تاريخ القيد الأول الوارد على الحصة الشائعة.

أما إذا تأخر الدائن المرتتهن في إجراء القيد الجديد عن موعد التسعين يوما فلا يكون للرهن مرتبة إلا من تاريخ القيد الجديد⁽¹⁾.

على أن المادة نصت صراحة على ألا يضر انتقال الرهن على الوجه المتقدم برهن صدر من جميع الشركاء، ولا بامتياز المتقاسمين.

وعلى ذلك إذا رهن زيد حصته الشائعة في أرض، ثم اشترك مع شركائه في رهن منزل يملكونه ملكية شائعة كذلك وتمت القسمة فاختص زيد بكل المنزل ولم يأخذ شيئا من الأرض، فإن الرهن الوارد على حصة شائعة من الأرض ينتقل إلى المنزل، ولكن مرتبته تكون متأخرة عن مرتبة رهن المنزل الصادر عن جميع الشركاء ولو قام الدائن المرتتهن بعمل القيد الجديد خلال تسعين يوما من تاريخ إخطاره بتسجيل القسمة.

أما إذا أسفرت القسمة عن عدم وقوع أى جزء من العقار الشائع في حصة الشريك الراهن وإنما خصص له منقول، فقد ذهب رأى إلى أن الرهن ينتقل إلى هذا المنقول مع تحوله إلى رهن حيازي، وتتحدد مرتبة الدائن حسب القيد الذي أجراه للرهن الرسمي، ويكون له أن يطلب من القضاء إلزام الراهن بتسليمه العين ليحوزها، أو ليحوزها غيره، ويكون له أن يبيعها فوراً ليستوفي حقه من ثمنها إذا كان مستحق الأداء، أو ينتظر حتى يصبح كذلك، وهنا يحل المنقول محل العقار

(1) محمد ليبب شنب ص 45 وما بعدها - توفيق حسن فرج ص 126 وما بعدها.

الذى كان مرهونا حلولا عينيا⁽¹⁾.

بينما يذهب الرأى السائد إلى أن الدائن فى هذه الحالة يفقد حق رهنه على العقار المرهون لأنه وقع فى نصيب شريك لم يرهنه، ولذلك لا ينتقل رهنه الرسمى إلى المنقول الذى وقع فى نصيب الشريك الراهن لأن المنقول لا يصح أن يكون محلا للرهن الرسمى⁽²⁾.

وإذا وقع فى نصيب الشريك مبلغ من النقود، فإن الدائن المرتهن يحتفظ بحق التقدم فى استيفاء حقه من هذا النقود⁽³⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"يجوز رهن العقار الشائع: فإذا رهن المالك نصيبه شائعا كان الرهن صحيحا، حتى إذا أفرز النصيب الشائع بعد ذلك انتقل الرهن إلى النصيب المفرز"⁽⁴⁾.

(ب) رهن أحد الشركاء أو بعضهم لجزء مفرز:

إذا رهن أحد الشركاء أو بعضهم جزءا مفرضا من العقار لا ينفذ هذا الرهن فى مواجهة الشركاء الآخرين، لأن حق كل منهم يتعلق بهذا الجزء ولا يختص الشريك أو الشركاء الراهنون دونهم بسلطة التصرف فيه، فإذا كان المرتهن لا يعلم بحالة الشيوع فله أن يطلب إبطال التصرف للغلط.

أما إذا كان يعلم بحالة الشيوع كان الرهن صحيحا لأنه صادر من مالك على أى حال، ولكن يظل نافذا موقوفا على حدوث القسمة.

(1) أحمد سلامه ص 166. همام محمد زهران ص 341.

(2) السنهورى ص 265 - حسام الدين الأهوانى ص 221.

(3) السنهورى ص 265 - سمير عبد السيد تتاغو ص 212 - عبد الفتاح عبد الباقي ص 323.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 7 ص 31.

فإذا كانت نتيجة القسمة وقوع الجزء المرهون في نصيب الراهن أصبح الرهن نافذا في مواجهته.

وإذا وقع الجزء المرهون في نصيب شريك آخر لم ينفذ هذا الرهن في مواجهته ومع ذلك إذا انتقل إلى الراهن بمقتضى القسمة مال آخر فإن هذا المال هو الذي يصبح مثقلا بالرهن بمقتضى فكرة الحلول العينية.

وهو ما نص عليه المشرع في القواعد العامة للتصرف في الملكية الشائعة في الفقرة الثانية من المادة 826 مدنى التى تجرى على أن: "إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة. وللمتصرف إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة فله الحق فى إبطال التصرف".

وقد طبق المشرع هذه القاعدة بنص خاص فى الرهن هو نص الفقرة الثانية من المادة (2/1039)⁽¹⁾.

وهذا النص يوحد فى الحكم بين رهن الجزء المفرز ورهن الحصة الشائعة فى الفترة اللاحقة على القسمة من حيث تطبيق فكرة الحلول العينية.

وتنطبق الأحكام السابقة فى حالة قيام الشريك برهن كل العقار الشائع أو برهن حصة شائعة تزيد على حصته، فلا ينفذ هذا الرهن فى مواجهة سائر الشركاء ويكون للدائن المرتهن أن يطلب إبطال الرهن للغلط إذا كان يجهل أن الراهن لا يملك كل العقار الشائع أو أنه رهن ما يزيد على حصته⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

(1) سمير عبد السيد تتاغو ص 209 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 26 وما بعدها.

(2) السنهورى ص 266 - محمد لبيب شنب ص 51.

"كذلك لو رهن المالك وهو فى الشيوع جزءا مفرزا فوق فى نصيبه بالقسمة أصبح الرهن باتا، أما إذا لم يقع فى نصيبه فإن الرهن ينتقل إلى جزء مفرز وقع فى نصيبه تعادل قيمته قيمة العقار الذى كان مرهونا فى الأصل. ويجب إذا انتقل الرهن إلى العقار المفرز الذى وقع فى نصيب الراهن، أن يقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل إليه الرهن، ويكون إجراء هذا القيد الجديد فى خلال تسعين يوما من الوقت الذى يصله فيه إخطار بتسجيل القسمة من أى ذى شأن، كشريك متقاسم أو دائن آخر أو الراهن نفسه، ولا يضر هذا القيد بامتياز المتقاسمين، ويتبين مما تقدم أن المشروع لجأ إلى تطبيق مبدأ الحلول العينية فيسر كثيرا من أمر الرهن فى الشيوع، ولم يقتصر على ذلك، بل أضاف حكما آخر نقله عن التقنين الفرنسى، فقرر أن الرهن إذا صدر من جميع الملاك على الشيوع كان صحيحا، حتى لو وقع المال بعد ذلك فى نصيب واحد منهم أو بيع لأجنبى لعدم إمكان القسمة"⁽¹⁾.

210- رهن أحد الشركاء للعقار كله :

الراهن لا يملك رهن العقار الشائع كله، ولهذا فتصرفه يعتبر تخطيا لحدود سلطته فى التصرف. ومع ذلك فلا يعتبر هذا رهنا لملك الغير، لأن الراهن يملك حصة شائعة فى هذا العقار، غاية الأمر أن الرهن لا ينفذ فى حق الشركاء الآخرين ويظل مصيره متوقفا على نتيجة القسمة. فإذا آل العقار كله للراهن زال كل عائق على نفاذ الرهن.

وإذا آل للراهن جزء مفرز من هذا العقار تركز على هذا الجزء. وإذا كان نصيب الراهن فى القسمة مبلغا من النقود كان للدائن المرتهن أن يباشر حقه فى الأفضلية على هذا المبلغ.

ويلاحظ أن الدائن المرتتهن إذا كان لا يعلم بأن الراهن غير مالك للعقار كله ملكية مفرزة فله أن يطلب إبطال العقد للغلط بمقتضى نص المادة (2/826 مدنى)⁽¹⁾.



(1) سمير تناغو ص 213.

مادة (1040)

يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل 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.

الشرح

211 - جواز قيام الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو احتمالي :

لا يلزم في الالتزام المضمون بالرهن أن يكون التزاما منجزا، بل من الجائز أن يكون موصوفا بشرط واقف أو فاسخ أو بأجل.

وفي حالة قيام الرهن ضمانا لدين معلق على شرط، يرتبط مصير الرهن بمصير الالتزام الأصلي، بمعنى أن نفاذه يتعلق بتحقق الشرط الواقف أو تخلف الشرط الفاسخ.

كذلك لا يلزم أن يكون الالتزام المضمون موجودا فعلا عند قيام الرهن، بل يصح أن يكون مجرد دين مستقبل أو احتمالي.

ومثل الدين المستقبل أن يكون الرهن ضمانا لاعتماد مفتوح أو لما يتم من مشتريات أو توريدات في خلال فترة معينة أو في حدود مبلغ معين. ومثال الدين الاحتمالي الحساب الجاري.

على أنه يلزم في هذه الحالة تطبيقا لمبدأ تخصيص الرهن من حيث الالتزام المضمون أن يحدد مبلغ الدين أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه، ولا بد أن يرد هذا التحديد في عقد الرهن ذاته أو في ورقة رسمية لاحقة. فإذا تضمن الرهن تعيين

الدين المستقبل أو الاحتمالي أو حده الأقصى تعيينا كافيا على هذا النحو كان العقار المرهون ضامنا له في الحدود السابقة بغض النظر عن الوقت الذي تحقق فيه الدين. على أنه قد يتضمن العقد تحديد مدة ينشأ فيها الدين المستقبل أو الاحتمالي، وفي هذه الحالة لا يضمن الرهن إلا ما ينشأ في خلال المدة المعينة وبشرط ألا يتجاوز الحد الأقصى الوارد بالعقد.

وينطبق هذا الحكم حتى ولو اتفق الراهن والمرتهن على امتداد الميعاد المعين بالعقد، إذ أن حقوق الغير لا تتأثر بمثل هذا الاتفاق⁽¹⁾.

وتحسب مرتبة الرهن أيا كان نوع الالتزام - كما سنرى - من وقت قيده، حتى لو تم هذا القيد قبل تاريخ ثبوت الالتزام في ذمة المدين شأن الالتزام المستقبل. على أن يكون مفهوما أن الدائن لن يستطيع أن يفيد مما تقرر له من رهن إلا بعد تحقق دينه.

(أنظر شرح المادة 1057).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يجب أن يكون الدين المضمون محددًا تحديدًا دقيقًا، وهذا هو الشرط الثانى من مبدأ تخصيص الرهن. على أن تحديد الدين لا يمنع من أن يكون معلقا على شرط أو أن يكون دينًا مستقبلا أو دينًا احتماليا، وتطبيقا لذلك يجوز أن يكون الدين اعتمادا مفتوحا وهذا هو الدين المستقبل، أو حسابا جاريا وهذا هو الدين الاحتمالي. ولكن يجب فى كل حال أن يتحدد مبلغ الدين المضمون، فإن لم يمكن تحديده. وجب أن يعين حد أقصى ينتهى إليه"⁽²⁾.

(1) محمد على إمام ص 272 وما بعدها - رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 205 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 33.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"العبرة فى تكييف العقد هى بحقيقة الواقع وبالنسبة المشتركة التى اتجهت إليها إرادة العاقدين. وإذ كان مؤدى ما حصله الحكم الابتدائى الذى أحال إليه الحكم المطعون فيه أن العقد الرسمى سند التنفيذ هو عقد فتح اعتماد مضمون برهن عقارى، فإنه يجوز التنفيذ بمقتضاه على الوجه المبين بالمادة 2/460 من قانون المرافعات السابق، ومن شأن هذا العقد عدم التفرقة بين الرهن فى حد ذاته وبين الدين المكفول به، ولا يغير من ذلك أن العقد معنون بأنه كفالة عقارية، أو أن الشركة المرتهنة لم تتعهد صراحة بالإقراض أو التوريد، واحتفظت بحقها فى الامتناع عن ذلك وقتما تشاء، مادام أن العقد قاطع الدلالة فى أن هناك عمليات ائتمان صادفت محلها فعلا عند التعاقد، ومن حق الشركة المرتهنة أن تتدبر موقفها المالى مستقبلا".

(طعن رقم 257 لسنة 36 ق جلسة 1971/1/19)

212- عدم جواز قيام الرهن ضمانا لالتزام طبيعى :

لا يجوز أن يقوم الرهن ضمانا لالتزام طبيعى، إذ هو يفترض وجود التزام يمكن للدائن أن يقتضيه جبرا على المدين وليس هذا شأن الالتزام الطبيعى. على أنه من الجائز أن يصدر من المدين تعهد ضمنى من جانبه بالوفاء بالالتزام الطبيعى، ومن ثم يتحول إلى التزام مدنى. وقد يستفاد ذلك من قيامه برهن عقاره ضمانا لالتزامه الطبيعى. والرهن فى مثل هذه الحالة يصح باعتبار أن الدين المضمون هو التزام مدنى ثابت فى ذمة المدين. وقد يكون مقدم الرهن هو الكفيل العينى الذى قصد بكفالاته التعهد بحمل المدين على أن يحول التزامه من طبيعى إلى مدنى، فضلا عن ضمان الوفاء به. ومن ثم فهو يصبح مسئولا عن التزام

مدنى يقوم فى ذمته بصفة أصلية، ويصبح الرهن صحيحا على هذا الأساس⁽¹⁾.



(1) محمد على إمام ص 273 وما بعدها.

مادة (1041)

كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك.

الشرح

213 - عدم تجزئة الرهن:

حق الرهن لا يتجزأ، فكل جزء من العقار أو العقارات المرهونة يضمن كل الدين، كما أن كل جزء من الدين يكون مضمونا بالعقار أو العقارات المرهونة كلها.

ويترتب على قاعدة عدم تجزئة الرهن، أنه إذا تصرف الراهن بعد قيد الرهن في جزء من العقار المرهون، فإن الأجزاء الباقية في ملك الراهن تظل ضامنة لكل الدين، كما أن الجزء المتصرف فيه يظل ضامنا لكل الدين، وبالتالي يكون للدائن المرتهن أن يتتبع هذا الجزء لينفذ عليه تحت يد من اكتسب ملكيته (الحائز).

كذلك فإن كل جزء من الدين يكون مضمونا بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، فإذا استوفى الدائن جزءا من دينه، فلا يترتب على ذلك تحرير جزء من العقارات المرهونة من الرهن، بل يبقى الرهن قائما على كل العقار أو العقارات المرهونة ضمانا للباقي من الدين⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"هناك نوع آخر من الارتباط ما بين العقار المرهون والدين المضمون، مبنى على عدم التجزئة، فإن الرهن لا يتجزأ.

(1) محمد ليبب شنب ص 113 - السنهاورى ص 298 وما بعدها.

ولهذه القاعدة معنيان: فهي تعنى أولاً أن أى جزء من العقار المرهون ضامن لكل الدين، فلو باع الراهن جزءاً من العقار المرهون أو أحد العقارات المرهونة، كان للدائن المرتهن أن يرجع بكل الدين على العقار المبيع فى يد الحائز، ولا يقتصر على الجزء من الدين الذى يتناسب مع قيمة هذا العقار. وهى تعنى ثانياً أن أى جزء من الدين مضمون بكل العقار المرهون، فلو وفى المدين الجزء الأكبر من الدين فإن كل العقار أو العقارات المرهونة تبقى مع ذلك ضامنة للجزء الباقي، ولا يتخلص من الرهن بنسبة ما وفى من الدين⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"مفاد ما تنص عليه المادة 1040 من القانون المدنى من أن كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ما لم ينص القانون أو يقضى الاتفاق بغير ذلك، ذلك أن الرهن الرسمى على العقار حق غير قابل للتجزئة، سواء بالنسبة إلى العقار المرهون أو بالنسبة إلى الدين المضمون، فإذا انقضى جزء من هذا الدين بقى العقار المرهون ضامناً لما بقى من الدين، فلا يخلص منه ما يقابل ما انقضى من الدين. لما كان ذلك، فإنه يكون للبنك الدائن المرتهن أن ينفذ على العقار المرهون بكل الدين أو بما بقى منه، على أن يكون التنفيذ فى مواجهة المورث وشريكه فى الدين المضمون اللذين اشتريا العقار المرهون باعتبارهما مسئولين مسئولية شخصية عن الدين، لا باعتبارهما حائزين للعقار، لأنهما حلا محل البائع فى سداد الدين ويشترط فى الحائز طبقاً لنص المادة 2/1060 من القانون المدنى، أن يكون غير مسئول شخصياً عن الدين، ولا يحول دون ذلك أن يكون للتركة عند التنفيذ على العقار بكل الدين حق الرجوع على المدين الآخر بمقدار حصته فيه،

لأن المعول عليه فى تحديد وعاء الضريبة فى التركات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- انشغال ذمة المتوفى بالدين قبل الدائن، وليس بحصته فيه، قبل باقى المدينين. وإذ انتهى الحكم إلى أن دين بنك الأراضى، غير قابل للانقسام فى علاقة الدائن بالمورث وشريكه فى الدين المضمون، ورتب على ذلك وجوب خصم الدين كله من أصول التركة، فإنه لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 75 لسنة 36 قى جلسة 1973/7/11)

214 - قاعدة عدم تجزئة الرهن لا تتعلق بالنظام العام:

عدم قابلية الرهن للتجزئة إنما يرجع إلى مصلحة الدائن المرتهن، فإذا لم توجد هذه المصلحة جازت تجزئة الرهن.

فهذه القاعدة إذن لا تتعلق بالنظام العام.

ولذلك فإنه يجوز استبعادها بنص القانون أو الاتفاق.

ومثال استبعادها بنص القانون، حالة تطهير العقار المرهون (أنظر شرح

المواد 1064 - 1070 مدنى).

أما بالاتفاق، فيجوز الاتفاق فى عقد الرهن الرسمى ذاته أو فى اتفاق لاحق على أن يكون الرهن قابلاً للتجزئة، بحيث ينحل الرهن عن العقار أو العقارات المرهونة بقدر ما ينقضى من الدين. ويصح هذا الاتفاق ولو تم قبل استيفاء الدائن المرتهن لشيء من حقه. فله أن يتنازل عنه كله أو بعضه اكتفاء بالضمان العام لمدينه، فضلاً عن أنه إذا كان للدائن المرتهن أن يبرأ مدينه فله من باب أولى أن يتنازل عما هو استيثاق وضمان للوفاء به لأن من يملك الأكثر يملك الأقل⁽¹⁾.

وهذا التنازل قد يكون صريحاً أو ضمناً والتنازل الصريح يتفق عليه وقت

إنشاء العقد. أما التنازل الضمنى فإنه قد يبدو من سلوك الدائن بما يدل على قبوله

تجزئة الرهن، ويعتبر الدائن متنازلاً عن الإفادة من هذه القاعدة متى قبل القائمة التى تبين مرتبته فى استيفاء الدين ولا تضعه إلا على أحد العقارات المرهونة لضمان الوفاء مجتمعة⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"على أن قاعدة عدم تجزئة الرهن ليست من النظام العام، فقد يتفق المتعاقدان على تجزئته فى عقد الرهن نفسه أو بعد العقد، وقد يقضى بتجزئته نص فى القانون، كما هو الأمر فى تطهير العقار من الرهن"⁽²⁾.



(1) توفيق حسن فرج ص 102.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 7 ص 35.

مادة (1042)

- 1- لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تابعا له فى صحته وفى انقضائه، ما لم ينص القانون على غير ذلك.
- 2- وإذا كان الراهن غير المدين كان له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين.

الشرح

215- ارتباط مصير الرهن بمصير الدين المضمون:

يرتبط مصير الرهن بمصير الدين المضمون. ويشارك الرهن فى ذلك باقى الحقوق العينية التبعية.

فإذا كان العقد المنشئ للالتزام المضمون بالرهن صحيحا فإن الرهن ينشأ صحيحا كذلك. أما إذا كان يشوبه سبب من أسباب البطلان أو الإبطال فإن مصير الرهن يكون هو نفس مصير العقد.

فإذا كان الدين المضمون صحيحا فإن الرهن يكون صحيحا أيا كان موضوع الالتزام المضمون أو مصدره، فقد يكون الالتزام بمبلغ من النقود ناشئ عن عقد قرض، وقد يكون الالتزام بالقيام بعمل مثل ضمان قيام المقاول بعمله على أكمل وجه وقد يكون الالتزام بالامتناع عن عمل كما قد ينشأ الالتزام عن غير العقد، والرهن يضمن الوفاء بالمبالغ التى يلتزم بها المدين فى الالتزامات السابقة.

وإذا كان العقد المنشئ للالتزام المضمون باطلا لأى سبب كانعدام أهلية المدين، أو عدم مشروعية المحل أو السبب أو عدم توافر الشكل فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا. ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وإذا بطل العقد

بطل الرهن بالتالى.

وإذا كان العقد المنشئ للالتزام قابلاً للإبطال بسبب نقص الأهلية أو لعيب من عيوب الرضاء فيجوز لمن تقرر البطلان لمصلحته طلب البطلان فإذا أبطل بطل الرهن بالتبعية وإذا صحح العقد بالإجازة تأكدت صحة عقد الرهن.

ووحدة المصير تستلزم انقضاء الرهن بانقضاء الدين المضمون، فالدين إذ ينقضى فإن الرهن يصبح بلا محل ومن ثم ينقضى بالتبعية⁽¹⁾.

ولكن يلاحظ أحياناً أن الرهن قد يبقى بالرغم من انقضاء الدين فقد نص المشرع على بقاء الرهن فى حالة الوفاء بالدين من غير المدين فى الحالات الواردة فى المادة 326 مدنى، وخول الموفى فى هذه الحالة أن يستخدم دعوى الحلول ويحل محل الدائن المرتهن حلولا قانونيا أو اختياريا (م327) فيرجع على الراهن بدعوى الرهن التى حل فيها محل الدائن المرتهن (م329).

وإذا اصطنع المدين دينا سوريا ورتب رهنا ضمانا له، فيجوز للغير حسن النية أن يكشف بكافة الطرق حقيقة التصرف توصلا إلى اعتبار الرهن كأن لم يكن تطبيقا للقواعد العامة (م244).

وإذا انقضى الالتزام بالتجديد فإن الالتزام القديم ينقضى بتوابعه وتتصرف التوابع إلى الرهن بطبيعة الحال. ولا ينتقل الرهن إلى الالتزام الجديد إلا بنص القانون أو إذا تبين أن النية قد انصرفت إلى ذلك وفى حالة انتقال الرهن إلى الالتزام الجديد فإن ذلك لا ينفذ فى حق الغير إلا إذا كان الاتفاق على الانتقال قد تم وقت الاتفاق على التجديد وبشرط عدم الإضرار بالغير مع مراعاة قواعد التسجيل.

(1) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 312 - حسام الدين الأهوانى ص 158 وما بعدها.

ومن مقتضى التبعية أنه في حالة انتقال الدين المضمون فإن الرهن ينتقل معه، فطبقاً للمادة (307) ينتقل الحق إلى المحال له بصفاته وتأميناته. كما أنه في حالة حلول الموفى محل الدائن يكون له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات. كما أن الرهن يتبع الحق إذا انتقل إلى الورثة بطريق الميراث أو إذا انتقل إلى الموصى لهم.

ولكن لا تمتد الصفة التبعية للرهن إلى طبيعة الرهن من حيث كونه حقا عقاريا دائما، ولا يتأثر بطبيعة الدين في هذا المجال.

فالرهن حق عقارى ولو كان ضامنا لدين أى حق شخصى حيث يعتبر منقولاً. وتبدو في هذا المجال أهمية تكييف الرهن من حيث كونه حقا عينيا أم مجرد وصف للالتزام المضمون. فلو أخذنا بالرأى الأخير لكان يجب اعتباره ذا طابع منقول شأنه شأن الدين⁽¹⁾.

216 - حق الكفيل في التمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين:

إذا كان الراهن غير المدين أى الكفيل العينى، كان له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يتمسك بما للمدين من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ويبقى له هذا الحق ولونزل عنه المدين، لأن التمسك بها يثبت له باعتبارها حقا خاصا له يستخدمه باسمه ولحسابه توصلا للتخلص من التزامه بالضمان فبالنسبة لأوجه الدفع المتعلقة بالدين، فإنه إذا كان الدين قابلا للإبطال للغلط مثلا، ونزل المدين عن التمسك بإبطال الدين، فإن هذا النزول لا يمنع الكفيل العينى من التمسك بإبطال الدين، حتى يستطيع أن يبطل الرهن المعقود على العقار الذى قدمه. ولا يوجد ما يمنع من أن يطبق في شأن الكفيل العينى ما نص عليه المشرع فى شأن الكفيل الشخصى فى حالة إبرام الكفالة بسبب نقص الأهلية إذ يعتبر

الكفيل العيني مدينا أصليا لا يتأثر مركزه كراهن ببطلان الالتزام (م 777 مدنى).
وحالة علم الكفيل بنقص الأهلية وقت التعاقد (م 872)⁽¹⁾.

أما بالنسبة لأوجه الدفع الخاصة بالكفيل العينى، فله التمسك بالدفع الخاصة به والمستمدة من عقد الرهن الذى أبرمه مع الدائن المرتهن رغم صحة الدين المضمون، فيتخلص من الرهن الذى عقده مع بقاء المدين الأصلي ملتزما بالدين. ومثل ذلك تمسكه بأن عقد الرهن المبرم بينه وبين الدائن المرتهن باطل أو قابل للإبطال.

وقد ترجع الدفع التى يتمسك بها الكفيل العينى إلى أوصاف التزامه بتقديم الرهن، كعدم تحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ. فيتمسك بأن الرهن الذى عقده لم ينشأ لأنه كان معلقا على شرط واقف ولم يتحقق هذا الشرط أو كان معلقا على شرط فاسخ وتحقق هذا الشرط.

وكذلك قد ترجع الدفع الخاصة بالكفيل العينى إلى أن الرهن قد انحل عن عقاره دون أن ينقضى الدين المضمون. وهو ما يتحقق إذا نزل الدائن المرتهن عن الرهن فينقضى دون أن يبرأ المدين من دينه⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"الارتباط ما بين الرهن والدين المضمون هو ارتباط التابع بالمتبوع، إذا كان الدين صحيحا صح الرهن، وإلا فهو باطل، وإذا انقضى الدين انقضى الرهن تبعا له. كل هذا حتى ولو كان الراهن غير المدين، فللكفيل العينى أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين من بطلان أو انقضاء حتى لو تنازل المدين عنها، وهذا إلى

(2) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 214.

(1) السنهورى ص 303 وما بعدها - رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 215.

جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به⁽¹⁾.



(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 37.

الفصل الثاني

(آثار الرهن)

1 - أثر الرهن فيما بين المتعاقدين

بالنسبة إلى الراهن:

مادة (1043)

يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، وأى تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن.

الشرح

217- حق الراهن في التصرف في العقار المرهون:

الأصل أن للراهن كل أعمال التصرف في العقار المرهون لأنه مالكه، والتصرف من مميزات الملكية. بيد أنه يجب ألا يترتب على عمل الراهن ضرر بالمرتهن، فحقوق الراهن على العقار إنما تنقيد بما لا يضر المرتهن. ويترتب على ذلك أنه يكون للراهن أن يجرى التصرفات القانونية على العقار كأن يبيعه أو يهبه أو يقايض عليه أو يقرر عليه حق انتفاع أو ارتفاق أو يرهنه رهنا آخر.

ولدائى الراهن أن يرتبوا على العقار حق اختصاص بل يجوز أن يترتب على العقار حق امتياز، لأن كل ذلك لا يضر المرتهن، إذ هذه التصرفات لا تؤثر في حقه إذا كان قد سبق في قيد رهنه، فله أن يتتبع العقار عندما يأتى وقت التنفيذ عليه فى أى يد وجد وله أن يطلب بيعه على اعتبار خلوه من التكاليف التى قررت عليه بعد الرهن.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"لا يفقد الراهن فى الرهن الرسمى ملكية العقار المرهون ولا حيازته ولا حق التصرف فيه. فهو يستطيع أن يبيع العقار أو يقايض عليه أو يهبه. ولكن الملكية تنتقل مثقلة بالرهن، مادام الرهن قد قيد قبل تسجيل البيع أو المقايضة أو الهبة. كذلك يستطيع الراهن أن يقرر على العقار حقا عينيا أصليا كحق انتفاع أو حق ارتفاق، ولكن هذه الحقوق لا تنفذ قبل الدائن المرتهن، وله أن ينفذ على العقار خاليا من هذه الحقوق.

ويستطيع الراهن أخيرا أن يرتب على العقار المرهون حق رهن آخر، رسميا كان أو حيازيا، كما يستطيع دائن له أن يأخذ على العقار حق اختصاص، بل يجوز أن يترتب على العقار حق امتياز كما لو دخل فى أعيان قسمت وترتب عليها امتياز المتقاسم، ولكن حق الرهن الأول يتقدم على كل هذه الحقوق... الخ"⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن مؤدى نص المواد 1030، 1043، 1052 مدنى أن الرهن الرسمى عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون ... فالرهن عقد يتم بين الراهن والدائن المرتهن ويعطى لهذا الأخير حقا عينيا عقاريا على العقار المخصص لوفاء الدين بجميع ما ينتج عن هذا الحق من مزايا وضمانة عينية كما يعطى له حق التتبع فى يد من تنتقل إليه ملكية العقار المرهون والراهن يبقى مالكا للعقار المرهون وحائزا له ويحتفظ بحقه فى التصرف فيه ولا يتقيد فى ذلك إلا بعدم الإضرار بحق الدائن

المرتهن ويستوى في ذلك أن يتصرف الراهن في كل العقار المرهون أو في 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 في يد المشتري كما يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وحلول أجله في أن يملك العقار المرهون في 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.

(طعن رقم 9352 لسنة 66 ق جلسة 2009/7/7)

218- هل يجوز للراهن بيع العقار المرهون أجزاء متعددة إلى عدة مشتريين؟

ذهبت طائفة من الشراح إلى أنه لا يجوز للراهن أن يبيع العقار المرهون أجزاء متعددة إلى عدة مشتريين، لأن هذا من شأنه أن يلزم الدائن المرتهن بمباشرة إجراءات التنفيذ في مواجهة أشخاص متعددين لا شخص واحد وفي هذا مافيه من جهد ونفقة. وأنه إذا حدث ذلك كان للمرتهن الحق في المطالبة بدينه فوراً على اعتبار أن تصرف الراهن على هذا النحو يضعف من تأمينه ومن ثم يترتب عليه سقوط أجل دينه.

غير أن الرأي السائد بين الشراح أنه ليس للدائن أن يعترض على شيء من ذلك، فالرهن لا يترتب عليه حرمان الراهن من التصرف.

والقول بالرأي الأول من شأنه تقييد غير مبرر لسلطة الراهن في التصرف، فيما لا يلحق الضرر بحق المرتهن في الضمان، وهو ما يتأيد بنظرية عدم جواز التعسف في استعمال الحق (2/5 مدنى) بما تؤدي إليه من تغليب المصلحة الراجحة على المصالح القليلة الأهمية. فضلاً عن أن إجراءات التتبع تعد من

مستلزمات الحق في الرهن التي لا يجوز للمرتهن أن يتضرر منها⁽¹⁾.

219- تعلق حق الراهن في التصرف في العقار المرهون من النظام

العام:

يذهب الرأي السائد إلى أن حرية الراهن في مباشرة سلطة التصرف في العقار المرهون فيما لا ينتقص من الضمان المقرر للمرتهن - على النحو الذي فصلناه سلفاً - من النظام العام، الذي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه باعتبار أن هذه الحرية من الخصائص الأساسية لنظام الرهن ذاته. فضلاً عن أن المصلحة المشروعة التي يحققها المنع من التصرف للدائن المرتهن - متمثلة في تجنيبه إجراءات تتبع العقار في يد الغير - لا تتناسب مع الضرر الذي يلحق الراهن من تقييد سلطته في التصرف في ملكه. كما أن هذا الشرط المانع للراهن من التصرف من شأنه أن يضر بالائتمان العقاري للراهن⁽²⁾. ومن ثم فإنه لا يجوز أن يقع الاتفاق بين الراهن والدائن المرتهن على منع الأول من التصرف في المال المرهون.

وقد أخذت بهذا الرأي مذكرة المشروع التمهيدي إذ جاء بها:

".. وحرية الراهن في أن يتصرف في العقار المرهون على النحو المتقدم لا يجوز أن يقيد بها اتفاق مع الدائن المرتهن، ويكون باطلاً تعهد الراهن للدائن المرتهن بألا يتصرف في العقار المرهون (أنظر م 1136 من التقنين

(1) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 296 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 126 - عبد الفتاح عبد الباقي ص 374.

(1) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 297 - عبد المنعم البدرأوى ص 125 عبد الفتاح عبد الباقي ص 375 - توفيق حسن فرج ص 141.

الألماني⁽¹⁾.



(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 39.

مادة (1044)

للمرهن الحق في إدارة العقار المرهون وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار.

الشرح

220 - حق المرهن في إدارة العقار وقبض ثماره:

إن الرهن الرسمي لا يسلب المدين حيازة العقار المرهون، ولا ينقص من سلطاته عليه كمالك. وبناء على هذا يحتفظ المرهن بحقه في استعمال العقار المرهون واستغلاله.

ولا يحد من سلطات المرهن إلا ما يقتضيه التزامه بضمان سلامة الرهن من الامتناع عن أى عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمان الدائن المرتهن إنقاصا كبيرا.

فللمرهن استعمال العقار بنفسه وله أن يقبض ثماره الطبيعية إن كان ينتج ثمارا، كما أن له استغلاله عن طريق التأجير، فيقبض الأجرة ويتصرف فيها. وهو إذا باع الثمار أو قبضها لم يكن للدائن حق الاعتراض على هذا.

ويظل حق المرهن في قبض الثمار والتصرف فيها إلى ذلك الوقت الذى تلحق فيه هذه الثمار بالعقار بتسجيل تنبيه نزع الملكية فمئذ ذلك التاريخ يتقيد حق المرهن فى التصرف فى الثمار. وهذا القيد ليس فى الواقع نتيجة لحق الرهن، بل هو نتيجة للحجز على العقار. ولذلك فهو يرد حتى لو كان الدائن مباشر التنفيذ دائنا عاديا حتى ولو لم يكن العقار مرهونا.

فتسجيل تنبيه نزع الملكية يترتب عليه إلحاق الثمار بالعقار فيتعلق بها حق الدائن المرتهن ويمتد إليها الرهن كما رأينا من قبل. وفى هذا تقرر المادة (406)

من قانون المرافعات الجديد أنه:

"تلتحق بالعقار ثماره وإيراداته عن المدة التالية لتسجيل التنبية، وللمدين أن يبيع ثمار العقار الملحقة به متى كان ذلك من أعمال الإدارة الحسنة. ولكل دائن بيده سند تنفيذي أن يطلب بعريضة من قاضي التنفيذ أمرا بتكليف أحد المحضرين أو الدائنين أو غيرهم حصاد المحصولات وجنى الثمار وبيعها. وتباع الثمار والمحصولات في كلتا الحالتين بالمزاد أو بأية طريقة أخرى يأذن بها القاضي ويودع الثمن خزانة المحكمة".

وتضيف المادة (407) مرافعات ما يأتي: "إذا لم يكن العقار مؤجرا اعتبر المدين حارسا إلى أن يتم البيع ما لم يحكم القاضي بعزله من الحراسة أو بتحديد سلطته، وذلك بناء على طلب الدائن الحاجز أو دائن بيده سند تنفيذي.

وللمدين الساكن في العقار أن يبقى ساكنا فيه بدون أجره إلى أن يتم البيع. وإذا كان العقار مؤجرا اعتبرت الأجرة المستحقة عن المدة التالية لتسجيل التنبية محجوزة تحت يد المستأجر وذلك بمجرد تكليفه من الحاجز أو أى دائن بيده سند تنفيذي بعدم دفعها للمدين.

وإذا وفى المستأجر الأجرة قبل هذا التكليف صح وفاؤه وسئل عنها المدين بوصفه حارسا".

والنصان السابقان الواردان في قانون المرافعات يوضحان تفصيلا ما أجمله القانون المدني في المادة (1044).

وحيث يكون العقار مؤجرا فإن البحث يثور حول مسألتين:

الأولى: مدى نفاذ حق الإيجار في حق الدائن المرتهن، إذ أن وجود الإيجار قد ينتقص من قيمة الإيجار⁽¹⁾، وهذا ما تناولته المادة (1045 مدنى) كما سنرى.

(1) عبد المنعم البدر اوى ص 129 وما بعدها.

والثانية: مدى الاحتجاج بالمخالصات بالأجرة المعجلة والحوالة بها مقدما فى حق الدائن المرتهن، وهذا ما تنظمه المادة (1046) كما سنرى.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"يستبقى الراهن حق التصرف فى العقار المرهون، ويستبقى كذلك عنصرى الملكية الآخرين، حق الاستعمال وحق الاستغلال، فله أن يستعمل العقار المرهون بنفسه وله أن يستغله فيجنى ثمراته"⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 41.

مادة (1045)

1- الإيجار الصادر من الراهن لا ينفذ فى حق الدائن المرتهن إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية. أما إذا لم يكن الإيجار ثابت التاريخ على هذا الوجه، أو كان قد عقد بعد تسجيل التنبيه ولم تعجل فيه الأجرة، فلا يكون نافذاً إلا إذا أمكن اعتباره داخلاً فى أعمال الإدارة الحسنة.

2- وإذا كان الإيجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته على تسع سنوات، فلا يكون نافذاً فى حق الدائن المرتهن إلا لمدة تسع سنوات، ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن.

الشرح

221- مدى نفاذ عقد الإيجار فى حق الدائن المرتهن :

ينظم هذا النص أحكام سريان تأجير العقار المرهون فى مواجهة الدائن المرتهن. فالأصل هو حرية المدين فى إدارة أمواله. ولهذا يحق له تأجيرها. ولكن تلك الحرية يجب ألا تؤدى إلى الإضرار بحقوق الدائن المرتهن ويتمثل الإضرار فى أن يكون من شأن تأجير العقار الحط من قيمته عند البيع بالمزاد العلنى. فقد يكون من شأن وجود عقد إيجار عدم الإقبال على شراء العقار.

ولكن يجب ألا يؤدى ذلك إلى حرمان المدين من حقه فى التأجير. والحقيقة أن التأجير الذى يؤثر فى قيمة العقار ويثنى عن التقدم لشرائه هو الذى لا يتفق مع حسن إدارة المال. وفى مقدمة ذلك التأجير لمدة طويلة حيث يؤدى عادة إلى النفور من شراء العقار. ولذلك ينطوى على إهمال من جانب المدين فى المحافظة على حقوقه أو ينبئ عن تواطؤ بين الراهن والمستأجر للإضرار بالدائن بالتأثير

على قيمة العقار وقت البيع.

والمادة (1045) تحقق توازنا بين مصلحة المدين فى تأجير عقاره، وبين رعاية مصلحة الدائنين كما سنرى⁽¹⁾.

فالأصل أن للراهن أن يقبض أجرة العقار إذا كان مؤجرا فى المدة السابقة على تسجيل تنبيه نزع الملكية، أى يكون الإيجار ساريا قبل الدائن المرتهن. أما بالنسبة للمدة التالية لتسجيل تنبيه نزع الملكية، فإن الإيجار لا يسرى على الدائن المرتهن أو حتى على الدائن العادى الذى باشر إجراءات التنفيذ، ولا يكون للراهن الحق فى قبض الإيجار عن المدة التالية. ومع ذلك فإن القانون يورد استثناءين على هذا الأصل.

الاستثناء الأول:

إذا كان الإيجار ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه فإنه يسرى على الدائن المرتهن لمدة لا تتجاوز تسع سنوات من تاريخ تسجيل التنبيه، وإذا زادت المدة على تسع سنوات أنقصت المدة إلى تسع، ما لم يكن عقد الإيجار مسجلا قبل قيد الرهن، وفى هذه الحالة يسرى لكل مدته.

ومعنى هذا أن الدائن المرتهن يعتبر من الغير فى معنى قانون الشهر العقارى بالنسبة للإيجار الذى تزيد مدته على تسع سنوات، فلا يسرى فى حقه فيما زاد على تلك المدة إلا إذا كان مسجلا قبل قيد الرهن. ذلك أن الإيجار الذى تزيد مدته على تسع سنوات يبدو خطيرا جدا بحيث يمس القيمة الحقيقية للعقار.

الاستثناء الثانى:

حالة ما إذا كان من الممكن اعتبار الإيجار من أعمال الإدارة الحسنة، وهو يكون كذلك إذا تم بأجرة المثل أو أكثر منها، وللمدة العادية، وهى المدة التى يقدرها

(1) حسام الدين كامل الأهوانى ص 292 وما بعدها.

القاضي وفقا لما يجرى فى تأجير مثل العقار المرهون والسائد أن المدة المعتادة فى هذا الخصوص ثلاث سنوات فى الأرض الزراعية وسنة فى المباني.

وفى هذه الحالة يسرى الإيجار ولو لم يكن ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، أو إذا عقد حتى بعد تسجيل التنبيه.

ويشترط النص فى هذه الحالة لنفاذ الإيجار ألا تكون الأجرة عجلت كلها أو بعضها، ومع ذلك فإن قانون المرافعات يكتفى بالنص فى المادة 408 على أنه فى حالة عقود الإيجار غير ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه، لا ينفذ فى حق الحاجزين والدائنين المشار إليهم فى المادة 417 (مرافعات) ومن حكم بإيقاع البيع عليه، إلا إذا كانت من أعمال الإدارة الحسنة.

والسائد هو العمل بحكم قانون المرافعات لأنه لاحق على صدور القانون المدنى، فلا يشترط لنفاذ الإيجار عدم تعجيل الأجرة⁽¹⁾.

وفى جميع الأحوال التى ينفذ فيها الإيجار فى حق الدائن بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية، يجوز للمستأجر أن يقوم بوفاء الأجرة إلى المالك. فوفاء المستأجر للمالك بالأجرة يبرئه، مادام لم يوقع حجز تحت يده على هذه الأجرة.

وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (407) مرافعات على أن الأجرة المستحقة عن المدة التالية لتسجيل التنبيه تعتبر محجوزة تحت يد المستأجر بمجرد تكليفه من الحاجز أو أى دائن بيده سند تنفيذى بعدم دفعها للمدين. فإذا وفى المستأجر بالأجرة قبل هذا التكليف صح وفاؤه وسئل عنها المدين بوصفه حارسا (م4/407 مرافعات).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أخص ما يتصل باستغلال العقار المرهون إيجاره ومثل أجرته:

(1) توفيق حسن فرج ص 142 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 131 وما بعدها.

أما الإيجار، فإن كانت مدته تزيد على ثلاث سنوات (فى التقنين الحالى تسع سنوات) فلا ينفذ فى حق الدائن المرتهن إلا إذا كان مسجلا قبل قيد الرهن، فإن لم يكن مسجلا أنزل إلى ثلاث سنوات بشرط أن يكون تاريخه الثابت سابقا على تسجيل تنبيه نزع الملكية، وإلا فلا ينفذ إلا إذا أنزل إلى مدة يمكن اعتباره فيها داخلا فى أعمال الإدارة الحسنة ولم تعجل فيه الأجرة، فينزل إلى السنة أو السنتين أو الثلاث حسب الظروف. أما إذا كان الإيجار لا تزيد مدته على ثلاث سنوات فينفذ فى حق الدائن المرتهن ولو غير مسجل، مادام ثابت التاريخ وسابقا على تسجيل تنبيه نزع الملكية، فإن لم يكن كذلك أنزل إلى حدود الإدارة الحسنة على النحو الذى تقدم، والحكمة فى هذه القيود أن الإيجار إذا زادت مدته على ثلاث سنوات صار أقرب إلى أعمال التصرف، فوجب أن يكون معروفا للدائن المرتهن من طريق التسجيل، وذلك قبل أن يقيد الرهن. ويجب من ناحية أخرى، أن يسبق الإيجار مهما كانت مدته تسجيل تنبيه نزع الملكية، لأن الثمار تلحق بالعقار من ذلك الوقت، والإيجار تصرف فى الثمار فلا يسمح به بعد تسجيل التنبيه إلا إذا أمكن اعتباره نافعا للدائنين، بأن كان داخلا فى أعمال الإدارة الحسنة ولم تعجل فيه الأجرة⁽¹⁾.



مادة (1046)

- 1- لا تكون المخالصة بالأجرة مقدما لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ولا الحوالة بها كذلك نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية.
- 2- أما إذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات، فإنها لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن ما لم تكن مسجلة قبل قيد الرهن، وإلا خفضت المدة إلى ثلاث سنوات مع مراعاة الحكم الوارد في الفقرة السابقة.

الشرح

222- قبض الأجرة وحوالتها:

أخص ما يتصل باستغلال العقار المرهون، تأجيده وقبض أجرته، ويلحق بقبض الأجرة حوالتها.

فالأجرة هي الثمار المدنية للعقار.

والأصل أنه يحق للمدين الحصول على الثمار إلى وقت التحاقها بالعقار. ولكن هذا الحق قد يكون مصدرا لخطر داهم يلحق بالدائنين إذا ما ترتب عليه ترك العقار غير منتج لأي ثمار طوال فترة ممتدة من الزمن.

فيترتب على ذلك إنقاص قيمة العقار إنقاصا كبيرا وحرمان الدائن في نفس الوقت من الحصول على أي أجرة تضاف إلى ضمان الدائنين وتوزع عليهم كما يوزع الثمن.

وهذه الخطورة تتوافر في حالتى ما إذا حصل المدين على الأجرة مقدما عن مدة طويلة أو قام بحوالة حقه في الأجرة إلى الغير. ولهذا فقد قيد المشرع سلطة

المدين المالك فى هذه الصدد مراعاة لمصلحة الدائن المرتهن.

ولايضاح نطاق تطبيق المادة (1046) يجب التفرقة بين ثلاث

حالات:

الحالة الأولى:

أن تكون المخالصة بالأجرة أو حوالتها صادرة بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية:

تكون المخالصة بالأجرة وحوالتها بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية غير نافذة فى مواجهة الدائن المرتهن. فمنذ تسجيل التنبيه تلتحق الأجرة بالعقار وتدخل فى ضمان الدائنين أى توزع عليهم طبقا لقواعد توزيع ثمن العقار المبيع. وبهذا يختلف الوضع عن حالة الإيجار المبرم بعد تسجيل التنبيه، فقد رأينا أنه طبقا للمادة (1045) مدنى ينفذ إذا كان من أعمال الإدارة الحسنة. وترجع التفرقة إلى أن تسجيل الأجرة أو حوالتها لا تعتبر من قبيل الإدارة الحسنة. كما أنه بالرغم من نفاذ الإيجار طبقا للمادة (1045) فإن الأجرة نفسها تدخل فى ضمان الدائنين. أما الحالة المنصوص عليها فى المادة (1046) فتفترض خروج الأجرة عن يد الدائنين سواء بسبق قبض المدين لها أو حوالتها للغير. ولهذا فإنه بعد تسجيل التنبيه لا تنفذ أى مخالصة بأجرة معجلة أو الحوالة بها مقدما.

الحالة الثانية:

أن تكون المخالصة بالأجرة أو حوالتها قد صدرت قبل تسجيل التنبيه ولكن عن مدة لا تمتد إلى ما بعد تسجيل التنبيه. أى تمت مثلا حوالة أجرة عن مدة خمس سنوات، وبدأت هذه المدة واكتملت قبل تسجيل التنبيه.

فهذه التصرفات تكون نافذة في حق الدائن المرتهن. فمن جهة، فإن الثمار تكون من حق المدين قبل تسجيل التنبيه ولا حق للدائن عليها. ومن جهة أخرى، لا تنثور المشكلة إطلاقاً لأن الثمار لن تلحق بالعقار إلا بعد تسجيل التنبيه وحيث تكون في هذه الصورة، الأجرة غير معجلة. فالتعجيل والحوالة المقصودة في المادة (1046) هي التي تتعلق بمدة لاحقة على تسجيل التنبيه.

الحالة الثالثة:

المخالصة مقدماً بالأجرة وحوالتها الصادرة قبل تسجيل التنبيه ويمتد أثرها إلى ما بعد تسجيل التنبيه:

وفى هذه الحالة تقرر المادة (1046) بين المخالصة بالأجرة مقدماً لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات، وتلك التي تزيد على ثلاث سنوات.

فإذا لم تزد مدة المخالصة بالأجرة أو الحوالة بها على ثلاث سنوات فإنها تنفذ في مواجهة الدائن المرتهن إذا كانت هذه التصرفات ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه وتنفذ عن المدة كلها والتي يبدأ احتسابها من تاريخ التصرف نفسه ويمتد النفاذ بطبيعة الحال إلى ما بعد تسجيل التنبيه لتكملة مدة ثلاث السنوات.

ويلاحظ أن المادة (1046) تنطوي على استثناء على القواعد العامة في مجال حجية المخالصات والواردة في المادة 15 من قانون الإثبات حيث يجوز للقاضي أن يعتبر المخالصة غير ثابتة التاريخ حجة على الغير. أما المادة (1046) فإنها تقيد سلطة القاضي في هذا الشأن حيث يجب لنفاذ المخالصة في مواجهة الدائن المرتهن أن تكون ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه.

ونفاذ هذه المخالصات والحوالة متى كانت ثابتة التاريخ يرجع إلى أنها تدخل في أعمال الإدارة التي يحق للمالك القيام بها. وعدم زيادة المدة على ثلاث سنوات ليس من شأنه إنقاص قيمة العقار عن بيعه إنقاصاً كبيراً.

أما إذا ازدادت مدة المخالصة المعجلة أو الحوالة على ثلاث سنوات فلا تنفذ بكامل مدتها في حق الدائن، إلا إذا كانت قد سجلت قبل قيد الرهن. فمثل هذه التصرفات تعتبر من قبيل أعمال التصرف ولهذا يجب تسجيلها لنفاذها في حق الدائن.

وإذا لم تكن مسجلة ولكنها ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فإنها تسرى لمدة ثلاث سنوات فقط، أى يعتد بها في القدر الذى يتفق مع حسن الإدارة. ويسرى حكم المادة على المخالصة بالأجرة وحوالتها أيا كان جنس الأجرة، سواء كان مبلغا نقديا أو أى شئ آخر غير النقود كجزء من المحصول في الإيجار بالمزارعة⁽¹⁾.

ويقتصر حكم المادة على حوالة الأجرة مقدما، ولا يمتد إلى حوالة الحق في الحصول على الثمار الطبيعية. فلا ينفذ في حق الدائن المرتهن حوالة الحق في الحصول على الثمار أو المحاصيل لعدة جنيات مستقبلية باعتبار أن تلك الحوالة لا تعتبر من قبيل أعمال الإدارة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أخص ما يتصل باستغلال العقار المرهون إيجاره وقبض أجرته:

أما قبض الأجرة (وتلحق به الحوالة بالأجرة) فيجوز دون قيد إذا كانت الأجرة قد استحققت.

ولكن قبض الأجرة مقدما هو الذى يخشى منه على الدائن المرتهن إذا كانت المدة التى قبضت عنها الأجرة تالية لتسجيل تنبيه نزع الملكية، أى للوقت الذى تلحق فيه الثمار ويصبح حكم الأجرة هو حكم العقار المرهون بالنسبة للدائنين المرتهن. لذلك لا تكون المخالصة بالأجرة مقدما لمدة لا تزيد على سنة واحدة

(1) السنهورى ص 322 وما بعدها - حسام الدين الأهوانى ص 303 وما بعدها.

(وتصحح المادة 1454 من المشروع فتستبدل بعبارة "ثلاث سنوات" حيث يوجد في نص المادة عبارة "سنة واحدة" حتى يتحقق التنسيق بين المادة 1454 والمادة 1371، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك) نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا كانت سابقة في تاريخها الثابت على تسجيل تنبيه نزع الملكية، أما إذا لم تكن ثابتة التاريخ فلا تنفذ مهما كانت مدتها لأن الأجرة متى ألحقت بالعقار، فلا يجوز قبضها ولا التصرف فيها بعد ذلك. فإن كانت المخالصة عن فترة تزيد على سنة، فإنها تكون أقرب إلى التصرف فيها إلى الإدارة. ويجب أن يعلم بها الدائن والمرتهن، ولذلك لا تنفذ في حقه إلا إذا كانت قد سجلت قبل قيد الرهن، وإلا خفضت إلى سنة على أن تكون ثابتة التاريخ وسابقة على تسجيل تنبيه نزع الملكية⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 46 وما بعدها.

مادة (1047)

يلتزم الراهن، بضمان سلامة الرهن، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصا كبيرا، وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وله أن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك.

الشرح

223- التزام الراهن بضمان سلامة الرهن:

عقد الرهن الرسمي وهو من عقود الضمان يعتبر من مستلزماته التزام الراهن بضمان سلامة الرهن بحالته وقيمه التي ارتضاها المرتهن (م 2/148 مدنى). وهو يقابل التزام البائع فى عقد البيع بضمان التعرض والاستحقاق، بحيث لا يجوز له أن يقوم أو أن يمتنع عما من شأنه إنقاص ضمان الدائن المرتهن.

ويتمثل التزام الراهن بضمان سلامة الرهن فى التزامه بضمان تعرضه الشخصى للمرتهن وكذا ضمان تعرض الغير له.

فمقتضى ضمان تعرضه الشخصى، التزامه بالامتناع عن كل عمل مالى أو قانونى - إيجابى أو سلبى (تقصير) - من شأنه أن يربط انتقاصا كبيرا للضمان المقرر للدائن المرتهن⁽¹⁾.

(1) وكانت المادة (1455) من المشروع التمهيدي المقابلة للمادة (1047 مدنى) تنص على أن: "يلتزم الراهن بضمان الرهن. وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل يكون من شأنه إنقاص ضمانه...".

إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أضافت عبارة "إنقاصا كبيرا" بعد عبارة "إنقاص ضمانه" وجاء بتقريرها أنها قصدت بذلك تقييد تدخل الدائن المرتهن لضمان سلامة الرهن حتى لا يعرض المدين إلى الإرهاق والعنت من جراء هذا التدخل.

ولقد عنى المشرع بقصر التزام الراهن بالضمان على ما يمثل انتقاصا كبيرا لضمان الدائن لما فى تحويل المرتهن من الرجوع بالضمان عن كل ما يمثل انتقاصا لضمانه من إرهاب وعنت وتقييد لحرية الراهن فى مباشرته لسلطات ملكيته على العقار المرهون. كما أن فى ذلك تعسفا فى استعمال الحق من جانب المرتهن. وكل ما من شأنه أن يقضى إلى عدم كفاية الضمان يعد من قبيل الانتقاص الكبير للضمان المثير لمسئولية الراهن. فمن قبيل الأعمال المادية التى يضمنها الراهن ما يصدر منه من أفعال التخريب أو هدم العقار وكذلك تركه يتخرب بعدم صيانتة وحفظه.

ويقصد بالأعمال القانونية التى يضمنها الراهن، التصرفات التى تتعارض مع حق الدائن المرتهن أو يكون من شأنها أن تؤثر فيه، أى التى تؤدى إلى خروج كل العقار المرهون أو بعضا من ملحقاته من ضمان المرتهن أو تحمله بحقوق مثقلة، كأن يسارع الراهن قبل قيد المرتهن لحقه بترتيب حق للغير على هذا العقار وبحيث يشهر هذا الحق قبل قيد الرهن⁽¹⁾. سواء ببيعه أو بترتيب حق ارتفاق عليه أو بتقرير رهن ثان أو بيع العقارات بالتخصيص التى كانت مخصصة لخدمة العقار المرهون أو بيع العقار باعتباره منقولاً بحسب المآل أو قطع أشجار لم تكن معدة للقطع.

ويضاف إلى ذلك أن الراهن يضمن للمرتهن ما يحصل له من تعرض قانونى صادر من الغير، والتعرض القانونى الصادر من الغير يتخذ صورة الادعاء بحق لو ثبت لترتب عليه المساس بحق المرتهن، كادعائه ملكية العقار المرهون أو ملكية المنقول الموضوع فيه أو أنه صاحب حق انتفاع أو ارتفاق متى كان الرهن

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج 7 ص 50).

(1) رمضان أبو السعود وهام محمد زهران ص 285 وما بعدها - أحمد سلامة ص 199 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 117 وما بعدها.

قد تم على أساس أنه ليس للغير شئ من ذلك. فإذا لم يتدخل الراهن ويدفع دعوى الغير اعتبر مخلا بالتزامه بضمان الاستحقاق.

أما التعرض المادى الصادر من الغير فلا يضمنه الراهن، بل يكون للمرتهن أن يتولى دفعه بنفسه وقد أعطته المادة (1048) مدنى - كما سنرى - هذا الحق.

224 - جزاء مخالفة الراهن بالتزامه :

إذا خالف الراهن التزامه بضمان سلامة الرهن، كان الجزاء وفقا للقواعد العامة - هو التنفيذ العينى أو التنفيذ بمقابل.

ومعنى التنفيذ العينى هو إزالة كل عمل أدى إلى إنقاص الرهن أو عرض حقوق الدائن المرتهن للخطر وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه.

فإذا استحال التنفيذ العينى، كما لو ثبت للأجنبى على العقار حق يتعارض مع حق الدائن المرتهن أو تعذر التنفيذ العينى أو كان فى رفعه إرهاب جسيم، كان الجزاء هو التنفيذ بمقابل أى التعويض. ويكون التعويض عن طريق طلب تأمين تكميلى يعادل ما نقص من قيمة العقار المرهون ويحل محله.

وبدلا من التنفيذ العينى أو التنفيذ بمقابل يجوز الحكم بسقوط الأجل وحلول الدين فورا، نظرا لأن المدين قد أضعف بفعله التأمينات الضامنة للوفاء، ويكون الخيار فى هذا للدائن (م 2/273 مدنى)⁽¹⁾.

على أن المشرع لم يكتف بهذه الجزاءات، بل حمى الدائن المرتهن من جهة بأن خوله الحق فى اتخاذ وسائل للحفاظ على حقه. وتخلص هذه الوسائل فيما يلى:

1- اتخاذ جميع الإجراءات الضرورية لحفظ العقار المرهون ومنع حدوث نقص فى قيمته، كأن يطلب تعيين حارس على العقار المرهون للمحافظة عليه

على نفقة الراهن.

2- الاعتراض على تصرف الراهن لدى الأشخاص الذين يزمع أن يتصرف لهم في منقولات ينتزعها من العقار المرهون أو الذين تصرف لهم في هذه المنقولات دون أن يسلمهم إياها ليجعلهم بهذا الاعتراض سيئى النية فلا يجوز لهم التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية.

3- الحجز على ثمن المنقولات التى فصلت وبيعت وسلمت إلى مشتريها بحسن نية واستعمال حق التقدم عليه باعتبار أن هذا الثمن قد حل فى الرهن محل المنقولات التى بيعت حلولا عينيا (م 1049 مدنى)⁽¹⁾.

4- للدائن المرتهن فى حالة الاستعجال القيام بترميم العقار صيانة له من التلف والرجوع بما أنفق على الراهن (209 - 1047).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

1- "يلتزم الراهن بترتيب حق الرهن على العقار المرهون لمصلحة الدائن المرتهن كما يلتزم البائع بنقل حق الملكية إلى المشتري، ويظهر ذلك بوضوح فى رهن ملك الغير، فإن الراهن لا يستطيع أن يقوم بالتزامه من ترتيب حق الرهن، فإذا أجاز الدائن المرتهن جاز له بعد ذلك فسخه لعدم قيام الراهن بالتزامه.

2- ويلتزم، كالبائع أيضا، بضمان التعرض والاستحقاق، فلا يجوز له أن يقوم بأى عمل يكون من شأنه إنقاص ضمان الدائن المرتهن، كأن يخرب العقار المرهون أو أن يتركه يتخرب.

وللدائن المرتهن أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية، كأن يقيم حارسا، ويرجع على الراهن بما أنفق، وإذا نزع الراهن شيئا من العقار المرهون أو من ملحقاته، كما إذا هدم جانباً منه وباع الأنقاض أو باع مواشى كانت خصصت لخدمة الأرض

(1) سليمان مرقس ص 123 - عبد المنعم البدروى ص 120.

المرهونة، فوقع في حيازة مشتر حسن النية، ملكها بالحيازة خالصة من الرهن، ويكون للدائن المرتهن حق الرجوع على الراهن بالضمان، إما إذا لم يتسلمها المشتري أو تسلمها وهو سئ النية، فإنها تبقى مثقلة بحق الرهن⁽¹⁾.

مادة (1048)

- 1- إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه، كان الدائن المرتهن مخيرا بين أن يقتضى تأميننا كافيا أو أن يستوفى حقه فورا.
- 2- فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين. كان المدين مخيرا بين أن يقدم تأميننا كافيا أو أن يوفى الدين فورا قبل حلول الأجل. وفي هذه الحالة الأخيرة إذا لم يكن للدين فوائد فلا يكون للدائن حق إلا في استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصا منها الفوائد بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين.
- 3- وفي جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان، كان للدائن أن يطلب إلى القاضي وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر.

الشرح

225- تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه :

إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه. كان الدائن المرتهن مخيرا بين أن يقتضى تأميننا كافيا أو أن يستوفى حقه فورا. ومبرر ترك الخيار للدائن، أن سبب التعرض الذي أدخل بحق المرتهن راجع لخطأ الراهن نفسه، ذلك أن ما يحدثه الراهن يعتبر من قبيل التعرض المادى الذى يضمه الراهن، وجاءت المادة (1048) تطبيقا لما ورد فى المادة (2/273) من التقنين المدنى التى تقضى بأن: "يسقط حق المدين فى الأجل:

.....

2- إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين.....".

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"فإذا هلك العقار أو تلف بخطأ الراهن، كان الدائن المرتهن مخيرا بين اعتبار حقه قد حل فوراً فيقتضيه أو طلب تأمين كاف يحل محل العقار المرهون. أما إذا كان الهلاك بخطأ الدائن المرتهن فليس له أن يطلب شيئا، بل يجب أن يدفع هو تعويضا عما أتلّفه بخطئه وينتقل حق الرهن إلى هذا التعويض"⁽¹⁾.

226- هلاك أو تلف العقار المرهون بسبب أجنبي :

يقصد بذلك الحالة التي يكون فيها هلاك العقار المرهون أو تلفه بسبب أجنبي عن المدين وعلى حد تعبير المادة (273 مدنى) "إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه"، سواء كان راجعا لفعل شخص أجنبي أو بسبب قوة قاهرة.

وتعتبر المادة (1048) فى ذلك تطبيقا للمادة (2/273) التى تنص على أنه: "... أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا".

والحكم فى هذه الحالة أن يكون المدين مخيرا بين أن يقدم تأمينا كافيا أو أن يوفى الدين فوراً قبل حلول الأجل، وذلك إذا لم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين. وسبب تخيير المدين يرجع إلى عدم مسئوليته عن سبب الهلاك أو التلف.

وتقدير كفاية ما حل محل العقار المرهون كتأمين بديل مما يخضع عند النزاع لتقدير قاضى الموضوع.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 52 وما بعدها .

وإذا اختار المدين أن يوفى الدين فوراً قبل حلول الأجل ولم يكن للدين فوائد اتفاقية، فإن المدين يستتزل من الدين قبل دفعه الفوائد بالسعر القانوني (4% في المسائل المدنية، 5% في المسائل التجارية) عن المدة ما بين وفاء الدين للدائن وحلول أجل الدين في ميعاده الأصلي. لأن المدين لم يستفد من الدين عن هذه المدة⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وإذا كان الهلاك بسبب أجنبي كان المدين هو المخير بين وفاء الدين فوراً قبل حلول الأجل بعد انتقاصه الفائدة محسوبة بالسعر القانوني إذا لم تكن هناك فائدة اتفاقية أو تقديم تأمين كاف. وكل هذه الأحكام تتفق مع المبادئ الخاصة بسقوط الأجل لإضعاف التأمينات (مادة 396 من المشروع)"⁽²⁾.

227- حق الدائن فى طلب وقف الأعمال التى تعرض العقار للهلاك أو

التلف :

إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان، سواء كان ذلك نتيجة خطأ الراهن أو نتيجة سبب أجنبي، كان للدائن أن يطلب إلى القاضى وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر.



(1) السنهورى ص 309 - رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 291 وما بعدها - عبد

المنعم البدرأوى ص 121 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 53.

مادة (1049)

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

الشرح

228 - حق الدائن على ما يستحق من مبالغ فى حالة هلاك الشئ

المرهون:

تشير المادة إلى المبالغ التى تستحق للراهن نتيجة هلاك الشئ المرهون ماديا أو قانونيا.

كما إذا هلك العقار ماديا بفعل الغير وقضى للمالك بالتعويض، أو كان مؤمنا عليه ضد الحريق واستحق له عوض التأمين أو هلك بكارثة عامة عوضت عنها الدولة. ففي هذه الحالة يستعمل الدائن المرتهن حقه على التعويض أو عوض التأمين. وكذلك إذا باع الراهن المنزل المرهون أنقاضا وهدم العقار فعلا ولا يزال فى ذمة المشتري ثمن الأنقاض كله أو بعضه، أو فصل من العقار بعض المنقولات الثابتة بالتخصيص وسلمها إلى مشتر حسن النية ومازال ثمنها فى ذمته. وكذلك الحال فى حالة الهلاك القانونى، ويقصد به انتقال ملكية العقار المرهون دون أن يكون للدائن المرتهن حق فى تتبعه، مثل نزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة. ففي هذه الحالة يستعمل الدائن المرتهن حقه على مبلغ التعويض.

ويستوى أن يكون الهلاك كلياً أو جزئياً وهذا الحكم هو تطبيق لمبدأ الحلول

العيني إذ يحل المقابل محل العقار فيما كان عليه من حق للدائن المرتهن⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"فى جميع الأحوال التى يحل فيها محل العقار المرهون أو محل جزء منه شئ آخر، كتعويض أو مبلغ تأمين أو ثمن يرسو به المزاد أو ثمن ملحقات يتم تسليمها، فإن الرهن ينتقل إلى هذا الشئ الآخر، ويستوفى الدائن منه الدين بحسب مرتبته وهذا مثل آخر للحلول العيني"⁽²⁾.



(1) سليمان مرقس ص 126 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 122.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 54 وما بعدها .

بالنسبة إلى الدائن المرتهن :

مادة (1050)

إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك.

الشرح

229- رجوع المرتهن على الكفيل العيني :

إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين وهى حالة الكفيل العيني، فإن الدائن المرتهن لا يكون له الضمان العام على أموال الراهن، ومن ثم فهو لا يجوز له التنفيذ على شئ من مال الراهن إلا ما رهن .

والأصل أن الكفيل العيني ليس له أن يدفع تنفيذ الدائن بطلب تجريد المدين أولاً من أمواله إلا إذا اتفق على غير ذلك.

أما إذا كان العقار الذى قدمه الكفيل العيني غير كاف للوفاء بكامل حقه، فلا يكون أمام الدائن المرتهن إلا الرجوع بالباقي على المدين بماله قبله من ضمان عام.

وإذا قرر الدائن المرتهن التنفيذ على العقار المرهون المقدم من الكفيل العيني، كان عليه بعد تكليف المدين بالوفاء وفقاً للمادة (281) مرافعات أن يعلن التنبيه بنزع ملكية العقار إلى الراهن (401 فقرة أخيرة مرافعات).

والحكمة من توجيه التنبيه بنزع الملكية إلى الكفيل العيني دون المدين أن العقار الذى يتم التنفيذ عليه مملوك للكفيل وليس للمدين.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات أنه :

"فمن العبث تسجيل تنبيه نزع الملكية باسم المدين إذ لا علاقة للمدين به ولا

يتصور أن يتعامل مع أحد ومن ناحية أخرى، فإن حماية الغير تقتضى ألا يكون العقار محجوزا إلا بإجراء مشهر باسم الكفيل العيني. ذلك أنه لو سجل التنبيه باسم المدين واعتبر العقار بهذا محجوزا فإن الغير قد يشتري العقار من الكفيل العيني دون أن يكون فى استطاعته أن يعلم بسبق الحجز عليه. لهذا رأت أن يكون التنفيذ بتنبيه نزع الملكية وتسجيل التنبيه باسم الكفيل العيني دون أن يكون فى استطاعته أن يعلم بسبق الحجز عليه. وبهذا التسجيل وليس بإجراء قبله أيا كان تترتب آثار الحجز. على أنه يجب تكليف المدين قبل هذا بالوفاء، لأنه هو المسئول شخصيا عن الدين".

ويترتب على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزا (م404 مرافعات). ولا ينفذ تصرف الكفيل العيني - وعموما من سجل التنبيه باسمه مدينا أو حائزا - ولا ينفذ كذلك ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز فى حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ولا فى حق الدائنين المشار إليهم فى المادة (417) مرافعات ولا من حكم بإيقاع البيع عليه إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية (م405 مرافعات).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"وسلطة الدائن المرتهن على العقار المرهون واحدة سواء كان العقار المرهون مملوكا للمدين نفسه كما هو الغالب، أو كان مملوكا لكفيل عيني. فيرجع الدائن على العقار المرهون المملوك للكفيل، ولا يرجع من مال هذا الكفيل إلا على هذا العقار.

وهذا ما تقتضى به المادة 1459 فقرة 2، فهى تنص على أنه إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال.

وقد احتاط النص فلم يقل إن التنفيذ لا يجوز إلا على ما رهن الكفيل، بل قال إن التنفيذ لا يجوز على مال الكفيل إلا ما رهن، حتى لا ينفى جواز التنفيذ على مال المدين بما للدائن من ضمان عام، ولكن لا يجوز للكفيل العيني أن يجبر الدائن أن يرجع أولاً على مال المدين (وهذا هو حق التجريد) لأن عقار الكفيل مرهون فى الدين، ويجوز للدائن إذن أن يبدأ التنفيذ على هذا العقار حتى لو كان فى مال المدين عين أخرى مرهونة فى نفس الدين، وللدائن أن يبدأ التنفيذ على أى من العينين المرهونتين⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 62.

مادة (1051)

1- للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه في المواعيد ووفقا للأوضاع المقررة في قانون المرافعات.

2- وإذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين، جاز له أن يتفادى أى إجراء موجه إليه إذا هو تخلص عن العقار المرهون وفقا للأوضاع وطبقا للأحكام التى يتبعها الحائز فى تخلية العقار.

الشرح

230- وجوب التنبيه بالوفاء على المدين قبل التنفيذ على العقار المرهون؛

لا يجوز للدائن المرتهن مباشرة إجراءات التنفيذ الجبرى أى بيع العقار بالمزاد إلا بعد أن ينبه على المدين بالوفاء. ويسمى هذا التنبيه بتنبيه نزع الملكية أو التنبيه العقارى.

والمقصود بهذا التنبيه هو إعدار المدين بأنه إذا لم يدفع الدين فإنه يسجل التنبيه وبيع العقار جبرا.

وقد استلزم المشرع التنبيه على المدين، مع أن إجراءات التنفيذ تجرى فى هذه الحالة ضد الحائز، لأن المدين هو المسئول الأول عن الدين، ولأن الحائز سيرجع عليه إذا نزعت ملكيته أو قام بوفاء الدين، فوجب إعداره أولاً بالوفاء عن طريق هذا التنبيه حتى تتحقق مسؤوليته عن عدم الوفاء.

231- بيانات التنبيه :

يجب أن يتضمن التنبيه فضلا عن البيانات المنصوص عليها فى المواد 9

مرافعات وما بعدها البيانات الآتية:

1- بيان نوع السند التنفيذي وتاريخه ومقدار الدين المطلوب الوفاء به وتاريخ إعلان السند.

2- إعداز المدين بأنه إذا لم يدفع الدين يسجل التنبيه ويباع عليه العقار جبرا.

3- وصف العقار مع بيان موقعه ومساحته وحدوده وأرقام القطع وأسماء الأحواض وأرقامها التي يقع فيها وغير ذلك مما يفيد في تعيينه وذلك بالتطبيق لقانون الشهر العقارى.

وللدائن أن يستصدر بعريضة أمرا بالترخيص للمحضر بدخول العقار للحصول على البيانات اللازمة لوصف العقار ومشتملاته. وله أن يستصحب من يعاونه في ذلك ولايجوز التظلم من هذا الأمر.

4- تعيين موطن مختار للدائن المباشر للإجراءات فى البلدة التى بها مقر محكمة التنفيذ.

وإذا لم تشتمل ورقة التنبيه على البيانين 1، 3 من هذه المادة كانت باطلة. فإذا كان التنفيذ على عقار مرهون من غير المدين أعلن التنبيه إلى الراهن بعد تكليف المدين بالوفاء وفقا للمادة 281.

ويعلن التنبيه إلى المدين لشخصه أو لموطنه (م401 مرافعات).

232- تسجيل تنبيه نزع الملكية:

يسجل تنبيه نزع الملكية فى مكتب من مكاتب الشهر التى تقع فى دائرتها العقارات المبينة فى التنبيه.

وإذا تبين سبق تسجيل تنبيه آخر فلا يجوز المضى فى الإجراءات على سبيل التعدد على العقار الواحد وتكون الأولوية فى المضى فى الإجراءات لمن أعلن

التنبيه الأسبق في التسجيل.

ومع ذلك يجوز لمن أعلن تنبيهها لاحقاً في التسجيل أن يطلب من قاضى التنفيذ أن يأذن له في الحلول محله في السير بالإجراءات (م402 مرافعات).

وإذا تبين سبق تسجيل تنبيه عن العقار ذاته قام مكتب الشهر بالتأشير بالتنبيه الجديد على هامش تسجيل التنبيه الأول مبيناً تاريخ التنبيه الجديد واسم من أعلنه وسند تنفيذه وأشار كذلك على أصل التنبيه الجديد بعد تسجيله بما يفيد وجود التنبيه الأول وبتاريخ تسجيله واسم من أعلنه وسند تنفيذه.

ويحصل التأشير بأمر القاضى بالحلول على هامش تسجيل التنبيه السابق والتنبيه اللاحق وذلك بمجرد طلبه بعريضة تقدم إلى مكتب الشهر (م403 مرافعات).

ونحيل إلى قانون المرافعات في بيان الإجراءات التفصيلية الخاصة بالتنفيذ على العقار المرهون وبيعه.

233- تخلى الراهن غير المدين عن العقار المرهون :

إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين (الكفيل العينى) جاز له أن يتفادى أى إجراء موجه إليه إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التى يتبعها الحائز فى تخلية العقار. ذلك أن الكفيل العينى غير مسئول عن الدين إلا فى حدود العقار المرهون، ومن ثم أجاز له المشرع توقي إجراءات التنفيذ بالتخلى عن العقار الذى رهنه كما يتخلى الحائز للعقار المرهون. ويتبع فى ذلك ما يتبعه الحائز من أوضاع، ويسرى عليه ما يسرى على الحائز من أحكام.

وقد أوردت أحكام تخلى الحائز عن العقار المرهون المادة (1071) من التقنين المدنى، ونحيل إلى شرح هذه المادة فى هذا الصدد.



مادة (1052)

1- يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله أن يملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان، أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن.

2- ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه.

الشرح

234- شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء:

لا يجوز الاتفاق بين الدائن المرتهن والراهن، مدينا كان أو كفيلا عينيا، على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يكون للدائن المرتهن الحق في تملك العقار المرهون. ويحظر ذلك سواء كان التملك بثمن هو الدين المستحق أى باعتبار أن ثمن العقار يعادل مبلغ الدين، وهذا هو الغالب أو كان التملك بأى ثمن آخر حتى ولو كان أكبر من الدين بحيث يدفع الدائن المرتهن للمدين الفرق الزائد بين مبلغ الدين و ثمن العقار⁽¹⁾.

ويحظر الشرط وكل شرط يؤدي إلى الوصول إلى نفس النتيجة. فيحظر الشرط الذى بمقتضاه يملك الدائن المرتهن عند عدم الوفاء عقاراً آخر من عقارات المدين. ويحظر كذلك شرط حصول الدائن على ثمن العقار كله عند بيعه حتى ولو كان أكثر من الدين المضمون. فالحظر يشمل كل اتفاق على تملك الدائن للعقار المرهون أيا كان المقابل وأيا كانت طريقة تحديد الثمن أى حتى ولو كان عن

(1) حسام الدين الأهوانى ص 317- عبد الفتاح عبد الباقي ص 389.

طريق طرف ثالث أو خبير .

ويحظر الشرط سواء ورد فى عقد الرهن ذاته أو بعد إبرام العقد وقبل حلول أجل الدين. فالفقرة الأولى من المادة صريحة فى حظر الشرط حتى ولو كان قد أبرم بعد الرهن، فالاتفاق اللاحق يكون باطلا كالاتفاق المعاصر. فإذا اتفق على مثل هذا الشرط كان باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته قاعدة أمره تتعلق بالنظام العام.

والحكمة من بطلان هذا الشرط ترجع إلى ما يأتى:

- 1- أن المدين يكون فى مركز اقتصادى ضعيف نظرا لحاجته للمال ومن ثم فإن قبوله لهذا الشرط لا يكون إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة بقدر ما هو انصياع من جانب الضعيف لما يمليه عليه القوى.
 - 2- أن هذا الشرط قد يخفى فوائد ربوية تتمثل فى الفارق بين الثمن المتفق عليه للعقار والقيمة الحقيقية للعقار. فالدائن يحصل على العقار مقابل الدين باعتبار أن قيمة العقار تعادل مبلغ الدين، بالرغم من أن قيمة العقار تزيد فى الغالب على قيمة الدين.
 - 3- أن هذا الشرط يخل بالتوازن الذى راعاه المشرع بين الصوالح المختلفة لأصحاب الشأن عند تنظيمه للرهن الرسمى. وهذه الأحكام تعتبر متعلقة بالنظام العام. فشرط التملك يعتبر ضمانا جديدة لم يكفلها القانون للدائن المرتهن فهو يؤدى عملا إلى إخراج العقار من الضمان العام للدائنين بتمليكه للدائن المرتهن وذلك من غير الطريق الذى رسمه القانون والذى يكفل عن طريقه حماية مصالح أصحاب الشأن جميعا.
- وإذا كان البطلان متعلقا بالنظام العام، فهو بطلان مطلق يجوز لكل ذى

مصلحة التمسك به، وللحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها. ولا يزول بالإجازة⁽¹⁾. وبطلان الشرط لا يمس عقد الرهن الرسمي نفسه. فإذا كان العقد باطلاً في شق أو في شرط من شروطه فإن ذلك لا يؤثر في صحة العقد. فيظل الرهن قائماً لمصلحة الدائن المرتهن وله أن يتخذ الإجراءات القانونية للتنفيذ على عقار المدين، وأن يدخل المزايدة وقد يملكه عن هذا الطريق.

أما إذا كان الشرط من الدوافع الباعثة للتعاقد أى إبرام الرهن فإن عقد الرهن يبطل أيضاً⁽²⁾. وذلك عملاً بالمادة 143 مدنى التى تقضى بأن: "إذا كان العقد فى شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"الدائن المرتهن صفتان :

(أ) صفته باعتباره دائناً كسائر الدائنين، أموال المدين ضمان عام له، فله أن ينفذ عليها جميعاً دون أن يكون له حق فى التقدم، وبراعى فى التنفيذ القيود العامة، وأهمها أنه لا ينفذ على مال غير مرهون قبل التنفيذ على المال المرهون (مادة 328 من المشروع) وأنه لا ينفذ على مال تكون قيمته أكبر بكثير من حقه (مادة 329 من المشروع).

(ب) صفته باعتباره دائناً مرتهناً، وحق الرهن يتركز فى العقار المرهون، وهو سلطة تخول الدائن أن يستوفى حقه من هذا العقار طبقاً للإجراءات التى نص عليها تقنين المرافعات، مع مراعاة ألا ينفذ على العقار إلا بالقدر الذى يفى بالحق (مادة 329 من المشروع). فالدائن المرتهن لا يستوفى إذن حقه من العقار

(1) محمد على إمام ص 334.

(1) السنهورى ص 332 وما بعدها - حسام الدين الأهوانى ص 319 وما بعدها.

المرهون إلا طبقاً لإجراءات معينة تنتهى آخر الأمر إلى بيع العقار جبراً فى المزاد، وكل اتفاق على غير ذلك يكون باطلا لمخالفته للنظام العام، لأن الإجراءات التى فرضها القانون قد وضعت لضمان حق كل من الدائن المرتهن والراهن بما يحقق التوازن بين المصالح المتعارضة، فالإخلال بشئ من ذلك لا يقره القانون ولو ارتضاه المتعاقدان إذ يخشى أن يكون الدائن المرتهن قد استغل حاجة الراهن وانتزع منه رضاه. فيقع باطلا كل اتفاق يعطى الدائن الحق، إذا لم يستوف الدين عند حلول أجله، فى أن يملك العقار المرهون بأى ثمن كان، وهذا هو شرط التملك عند عدم الوفاء (pacte comissoire) أو فى أن يبيعه دون أن يراعى الإجراءات التى فرضها القانون، وهذا هو شرط الطريق الممهد (clause de voie parée) سواء أبرم الاتفاق فى عقد الرهن ذاته، أو أبرم بعده مادام قد تم قبل حلول الدين. أما إذا حل الدين فقد انعدمت شبهة استغلال الدائن المرتهن لحاجة الراهن وأصبح هذا على بينة من الأمر. فيجوز الاتفاق حينئذ على أن ينزل الراهن للدائن عن العقار المرهون وفاء للدين، أو على أن يشتري الدائن العقار بثمن أكبر أو أقل من الدين، أو على أن يباع العقار بالممارسة لا بالمزاد العلنى، وقد يكون فى هذه الاتفاقات مصلحة للراهن نفسه إذ يتجنب المصروفات التى تنجم عن بيع العقار بالمزاد⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مفاد المادة 1052 من القانون المدنى أن اتفاق الراهن مع الدائن المرتهن على تملك هذا الأخير العقار المرهون إذا لم يتم الوفاء بالدين يقع باطلا متى أبرم هذا الاتفاق وقت إنشاء الرهن أو قبل حلول أجل الدين، أما بعد حلول الدين أو قسط منه فإنه يجوز للراهن أن ينزل للدائن عن العقار المرهون ويكون هذا

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 61 وما بعدها.

التصرف ببيعاً صحيحاً سواء كان الثمن هو ذات الدين أو ما يزيد أو يقل عنه".

(طعن رقم 1344 لسنة 48 ق جلسة 1982/4/15)

235- جواز النزول عن العقار المرهون بعد حلول الدين أو قسط منه :

أجازت الفقرة الثانية من المادة بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه وذلك بشرط أن يرد هذا الاتفاق صحيحاً وفقاً للقواعد العامة.

والحكمة التي توخاها المشرع من هذا الاستثناء هي أنه إذا حل أجل الدين أو قسط منه، انعدمت شبهة استغلال المرتهن لحاجة الراهن وعوزه، وأصبح هذه الأخير على بينة من الأمر.

ويجب لكي يقع الاتفاق على تملك المرتهن للعقار المرهون صحيحاً أن يحصل حقيقة بعد حلول أجل الالتزام المضمون أو قسط منه، فإذا حصل قبل ذلك وآخر إظهاره، وقع باطلاً⁽¹⁾.

(راجع نقض طعن رقم 1344 لسنة 48 ق جلسة 1982/4/15)

المنشور بالبند السابق).

236- شروط بيع العقار المرهون دون مراعاة الإجراءات التي فرضها

القانون :

يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يبيع العقار دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون. ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن.

وهذا الشرط يطلق عليه شرط "الطريق الممهد".

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 389 وما بعدها - محمد على إمام ص 334.

فحق الدائن المرتهن مقصور على طلب بيع العقار المرهون باتباع الإجراءات التى يفرضها قانون المرافعات. فالاتفاق الذى يكون له بمقتضاه أن يبيع هذا العقار بغير اتباع تلك الإجراءات، يقع باطلا. فلا يجوز مثلا الاتفاق على منح الدائن الحق فى بيع العقار المرهون وديا أو بطريق المزاد الحاصل بغير تدخل القضاء. وكما هى الحال فى شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء، يقع شرط الطريق الممهد باطلا بطلانا مطلقا، ولا يؤثر بطلان شرط الطريق الممهد على عقد الرهن ذاته، ويكون حق المرتهن مقصورا على طلب بيع العقار باتباع الإجراءات التى يفرضها القانون. ويبطل الشرط سواء اتفق عليه عند إبرام العقد أم بعد ذلك، طالما أن أجل الوفاء بالالتزام المضمون لم يحل بعد أو لم يحل أجل الوفاء بقسط منه. وإنما يثور التساؤل عما إذا كان هذا الشرط يجوز إذا حصل الاتفاق عليه بعد حلول أجل الالتزام المضمون أو بعد حلول أجل قسط منه.

والملاحظ أن المشرع لم يفصح عن ذلك، كما فعل بالنسبة إلى شرط تملك المال المرهون عند عدم الوفاء. ومع ذلك يذهب الفقه إلى وقوع هذا الاتفاق صحيحا، لأنه إذا أجاز القانون نزول الراهن للمرتهن عن العقار المرهون بعد حلول الأجل، فهو يجيز من باب أولى الاتفاق الحاصل بعد هذا الوقت الذى بمقتضاه يباع العقار المرهون بغير اتباع الإجراءات القانونية⁽¹⁾، فضلا عن ذلك فالأعمال التحضيرية للقانون قاطعة فى جواز هذا الاتفاق. **فقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه:**

"... أما إذا حل الدين فقد انعدمت شبهة استغلال الدائن المرتهن لحاجة الراهن وأصبح هذا على بينة من الأمر، فيجوز الاتفاق حينئذ على أن ينزل الراهن للدائن عن العقار المرهون وفاء للدين، أو على أن يشتري الدائن العقار بثمن معين

أكبر أو أقل من الدين، أو على أن يباع العقار بالممارسة لا بالمزاد العلني، وقد يكون في هذه الاتفاقات مصلحة للراهن نفسه إذ يتجنب المصروفات التي تنجم عن بيع العقار بالمزاد⁽¹⁾.

أثر الرهن بالنسبة إلى الغير:

مادة (1053)

- 1- لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس.
- 2- لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي .

الشرح

237- عدم نفاذ الرهن في حق الغير إلا بالقيد:

تقدم أن حق الرهن لا يخول صاحبه شيئاً من مزايا الملكية على العقار المرهون، وإنما يخوله فقط حق استيفاء دينه من ثمن العقار قبل غيره من الدائنين إذا ما بيع العقار على ذمة الراهن، وحق تتبع هذا العقار في أي يد كانت - إذا ما خرج من ملكية الراهن - لبيعه واستعمال حق التقدم على ثمنه.

ومزيتا التقدم والتتبع موجّهتان ضد الغير لا ضد الراهن. وقد رأى المشرع أن العدالة تقتضى ألا يسمح للدائن المرتهن أن يتذرع بمزيتي التقدم والتتبع ضد الغير إلا إذا كان فى وسع الغير وقت أن كسب حقه أن يعلم بوجود حق الرهن، فاشتراط قيد الرهن لنفاذه قبل الغير⁽¹⁾. ونعرض فيما يلى للمقصود بالغير فى شأن نفاذ الرهن الرسمى، ثم لأحكام قيد الرهن الرسمى.

238- المقصود بالغير فى شأن نفاذ الرهن الرسمى :

يقصد بالغير فى هذا المقام كل شخص له حق يضار من وجود الرهن الرسمى، وعلى ذلك تشمل طائفة الغير ما يلى:

(1) كل شخص له حق عينى تبعى على العقار المرهون :

تتضمن هذه الفئة دائئا آخر مرتهنا رهنا رسميا أو له حق اختصاص على العقار المرهون أو مرتهنا العقار المرهون رهن حيازة، أو له حق امتياز على العقار المذكور. ووجه الضرر لهم أنه بنفاذ الرهن فى مواجهتهم، يتقدم الدائن المرتهن عليهم فى استيفاء حقه من ثمن بيع العقار المرهون.

(2) كل شخص اكتسب حقا عينيا أصليا على العقار المرهون :

ومثل ذلك من انتقلت إليه ملكية العقار أو اكتسب عليه حق انتفاع. ووجه الضرر، أن نفاذ الرهن قبلهم يمكن المرتهن من التنفيذ على العقار المرهون تحت يدهم على تقدير عدم وجود حقوقهم.

(3) الدائنون العاديون :

وجه الضرر أن قاعدة المساواة التى تحكمهم فى التنفيذ على العقار المرهون

(1) سليمان مرقس ص 147 وما بعدها - محمد على إمام ص 335 وما بعدها.

باعتباره داخلا ضمن الضمان العام لمدينهم يعرقلها نفاذ الرهن فى مواجهتهم، بما يخول للمرتهن من حق التقدم عليهم⁽¹⁾.

239- وجوب قيد الرهن الرسمى لنفاذه قبل الغير:

القيد هو الإجراء الذى رسمه المشرع لشهر الرهن الرسمى والحقوق العينية التبعية عموما والاحتجاج بها تجاه الغير.

فمن وقت إجراء القيد يستطيع الدائن المرتهن أن يحتج بحقه فى مواجهة الدائنين العاديين وكذا الدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية التالية له فى المرتبة كما يستطيع أن يحتج بحقه فى مواجهة من اكتسب على العقار المرهون حقا عينيا أصليا لاحقا لقيد حقه. وتتحدد درجة الرهن من تاريخ قيده فإذا أجرى قيد عدة رهون فى يوم واحد، ثم التفاضل بينها بحسب الساعة التى أجرى فيها (م1057) ولكى ينتج القيد أثره لا بد أن يستند إلى عقد رهن صحيح. فالقيد - والشهر عموما - لا يظهر العقد مما اعتوره من عيوب. فإذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لم يترتب على القيد أى أثر. وإذا كان قابلا للإبطال وحكم ببطلانه سقط الرهن وكذا القيد تبعا له.

ولقد أحال القانون المدنى إلى قانون تنظيم الشهر العقارى فى شأن القواعد المنظمة للقيد (القانون رقم 114 لسنة 1946).

فإذا تنازع الدائن المرتهن رهنا رسميا مع الغير كانت العبرة بقيد حقه العينى التبعى أو تسجيل حقه العينى الأسمى، فإذا كان القيد أو التسجيل قد تم قبل أن يقيد الدائن المرتهن رهنا رسميا حقه، فقد فات هذا الحق على الدائن المرتهن، إذ يتقدم عليه الغير الذى قيد حقه أو سجله قبل قيد الرهن الرسمى. أما إذا كان قيد الرهن الرسمى قبل قيد الحق العينى التبعى أو قبل تسجيل الحق العينى الأسمى،

(1) السنهورى ص 335 وما بعدها - همام محمد زهران ص 432 وما بعدها.

أو وقع قيد الرهن الرسمي مطلقاً وذلك بالنسبة إلى الدائنين العاديين، فعند ذلك يتقدم الدائن المرتهن رهناً رسمياً على صاحب الحق العيني التابعى وعلى الدائن العادى، وكذلك يتتبع العقار المرهون فى يد من انتقلت إليه ملكية⁽¹⁾.

والأحكام السابقة لا تخل بالأحكام المقررة فى الإفلاس.

(أنظر فى التفصيل شرح المادة التالية).

240- تحويل حق مضمون بقيد والحق الناشئ عن الحلول والتنازل

عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر:

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن: "لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن فى هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر إلا إذا حصل التأشير بذلك فى هامش القيد الأسمى".

فإذا تمسك الدائن المرتهن بتحويل حقه فى الرهن للغير، وجب عليه أن يؤشر بهذا التحويل فى هامش القيد الأسمى لرهنه، وكذلك يجب التأشير فى هامش القيد الأسمى للرهن بحلول شخص آخر محل الدائن المرتهن رهناً رسمياً حلولاً قانونياً أو حلولاً اتفاقياً، وكذلك بالتنازل عن مرتبة القيد الأسمى لمصلحة دائن آخر متأخر فى المرتبة أو دائن عادى.

وعلى هذا تنص المادة 19 من القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقارى على أن: "لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد أو برهنه ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن فى هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ولا التمسك كذلك بمحو القيد أو بالتنازل عن مرتبة القيد إلا إذا حصل التأشير بذلك فى هامش القيد الأسمى".

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"تنص المادة 2/1053 من القانون المدني على أنه لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد، ولا التمسك بالحق الناشئ عن حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي، وهو نفس المعنى الذى تنص عليه المادة 19 من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946، ومفاد هذا النص أن من يحل محل الدائن المرتهن فى الحق المضمون بالرهن لا يجوز له أن يتمسك بالرهن فى مواجهة الغير إلا بالتأشير على هامش القيد الأصلي بما يفيد هذا الحل، ولا شأن لذلك بنفاذ الحل فى مواجهة الغير".

(طعن رقم 388 لسنة 43 ق جلسة 1977/3/22)



مادة (1054)

يتبع فى إجراء القيد وتجديده ومحوه وإلغاء المحو والآثار المترتبة على ذلك كله، الأحكام الواردة بقانون تنظيم الشهر العقارى.

الشرح

241- الرجوع فى أحكام القيد إلى قانون تنظيم الشهر العقارى:

أحالت المادة إلى قانون تنظيم الشهر العقارى فى بيان إجراء القيد وتجديده ومحوه وإلغاء المحو والآثار المترتبة على ذلك كله. وقانون تنظيم الشهر العقارى السارى الآن هو القانون رقم 114 لسنة 1946 (المعدل).

ونعرض لهذه الأحكام فى البنود التالية.

242- كيفية إجراء القيد:

(1) الجهة المختصة بإجراء القيد:

الجهة المختصة هى مكتب الشهر العقارى الكائن فى دائرته العقار. فإذا كان العقار المرهون واقعا فى دوائر عدة مكاتب، وجب إجراء القيد فى كل مكتب منها (م5 من القانون رقم 114 لسنة 1946). ولا يكون للقيد الحاصل فى أحد هذه المكاتب أثر إلا بالنسبة للعقارات أو أجزاء العقارات الواقعة فى دائرة اختصاصه.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"مفاد المادة 616 من قانون المرافعات السابق والتى اتخذت إجراءات التنفيذ فى ظله - والتى تقابلها المادة 405 من القانون القائم أن العبرة فى نفاذ تصرف المدين فى العقار المنفذ عليه أو عدم نفاذه فى حق الحاجزين عموما ومن حكم بإيقاع البيع عليه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو بشهر التصرف

أو عدم شهره قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية فإذا ما شهر التصرف قبل تسجيل التنبيه كان نافذاً، فى حق هؤلاء أما إذا لم يشهر إلا بعد تسجيل التنبيه أو لم يشهر على الإطلاق فلا يسرى فى حقهم ولو كان ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه إلا أن مناط ذلك أن يكون تسجيل التنبيه قد تم وفقاً لما رسمه القانون ومن ذلك أن يحصل - وفق ما تنص عليه المادة 3/613 من قانون المرافعات السابق والتي تقابلها المادة 1/402 من القانون القائم - فى مكتب الشهر الذى يقع فى دائرته العقار المبين فى التنبيه، لأنه إذا كان العقار لا يعتبر محجوزاً إلا من يوم تسجيل التنبيه فقد أوجب المشرع أن يتم ذلك فى مكتب الشهر العقارى الذى يتبعه العقار ورائد المشرع فى هذا هو حماية الغير الذى يتعامل فى العقار مع المحجوز عليه بعد الحجز فيستطيع أن يقف بمجرد اطلاعه على السجل فى مكتب الشهر الذى يقع فى دائرته العقار وتم فيه تسجيل التنبيه على أن العقار قد حجز وأن التصرف الحاصل بشأنه من المحجوز عليه لا يكون نافذاً الأمر الذى يترتب عليه أن تسجيل التنبيه فى غير هذا المكتب يجعله هابط الأثر ولا يحتج به على من تعامل مع المدين المنفذ ضده بشأن هذا العقار بعد التسجيل وهو ما أكدته قانون تنظيم الشهر العقارى الصادر برقم 1946/114 بعد ما أسند فى الفقرة الأولى من المادة الخامسة منه إلى كل مكتب من مكاتب الشهر دون غيره شهر المحررات المتعلقة بالعقارات التى تقع فى دائرة اختصاصه حيث نص فى الفقرة الثالثة منها على أنه "ولا يكون للشهر الذى يتم فى أحد هذه المكاتب أثره إلا بالنسبة إلى العقارات أو أجزاء العقارات التى تقع فى دائرة اختصاصه".

(طعن رقم 1584 لسنة 60 ق جلسة 1997/2/27)

243 - من الذى يطلب القيد ؟

تنص المادة (20) من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن: "تتم إجراءات

الشهر في جميع الأحوال بناء على طلب ذوى الشأن أو من يقوم مقامهم".

وذو الشأن في طلب القيد هم:

1- الدائن المرتهن أو من ينوب عنه، سواء بوكالة اتفاقية أو نيابة قانونية كالولى أو الوصى أو القيم أو قضائية كأمين التفليسة.

ويصح الاستناد للوكالة العامة لإجراء القيد لأنه لا يعد من أعمال التصرف (م 701، 202 مدنى). كما يجوز لدائى الدائن المرتهن أن يطلبوا قيد الرهن المقرر لمصلحته بما لهم من حق فى استعمال حقوق مدينهم، إذا هو قعد عن استعمالها حيث تتوافر شروط مباشرة الدعوى غير المباشرة (م 235 مدنى). وكذلك لورثة الدائن المرتهن أن يطلبوا - بوصفهم خلفا عاما له - إجراء القيد.

وإذا حول الدين المضمون بالرهن جاز للمحال إليه طلب القيد باسمه. كما يجوز للراهن أن يطلب القيد على اعتبار أنه يفيد من قيده من جهة اتساع سلطاته فى التصرف فى العقار المرهون دون خشية الرجوع عليه بالضمان. ويجوز أن يتم القيد بواسطة فضولى إذا توافرت شروط الفضالة. غير أنه لا يجوز لمكتب الشهر العقارى أن يجرى القيد من تلقاء نفسه. ولا يشترط الأهلية الكاملة فى الدائن طالب القيد، لأنه عمل نافع نفعا محضا ومن ثم فيكتفى فيمن يجريه أن يكون مميزاً⁽¹⁾.

244- ضد من يكون القيد ؟

القيد يجرى فى ظل نظام الشهر الشخصى منسوباً إلى الشخص الذى صدر منه التصرف.

(1) همام محمد زهران ص 435 - الدكتور نعمان محمد جمعه الحقوق العينية 1999 - 2000 ص 36.

ومن ثم يجرى قيد الرهن - فى ظل النظام الشخصى على اسم الراهن، سواء كان هو المدين أو الكفيل العينى. وإذا توفى الراهن قبل القيد، كان على المرتهن قيد الرهن على اسم ورثته (الخلف العام).

وذلك على عكس النظام العينى للشهر الذى يتم القيد فيه منسوباً للعقار محل التصرف بغض النظر عن مالكه أو المتصرف بحيث يخصص لكل عقار صحيفة عينية تقيد فيها جمع التصرفات الواردة عليه ومن مجموع هذه الصحائف يتكون السجل العينى.

245 - كيفية القيد:

لإتمام القيد لابد من المرور بمرحلتين: المرحلة التمهيديّة والمرحلة النهائية:

(أ) المرحلة التمهيديّة:

وتتم أمام مأمورية الشهر العقارى. وفيها يتم إعداد المحرر المطلوب شهره والتأكد من صلاحيته للشهر (مقبول للشهر).

فيقدم طلب القيد على النموذج المعد لذلك موقعا عليه من الطالب. (م 20 من القانون رقم 114 لسنة 1946).

وتدون الطلبات على حسب تواريخ وساعات تقديمها بدفتر معد لذلك بالمأمورية (م 25).

وتعيد المأمورية للطالب نسخة من الطلب مؤشرا عليها برأيها فى إجراء الشهر أو ببيان ما يجب أن يستوفى فيه، فإذا لم يتقدم الطالب لتسلم هذه النسخة خلال ثلاثة أيام من تاريخ التأشير عليها أرسلت إليه فى محل إقامته المبين فى الطلب بكتاب موصى عليه مصحوب بإخطار وصول (م 26).

وإذا قدم للمأمورية أكثر من طلب فى شأن عقار واحد وجب عليها أن تبحث

هذه الطلبات وفقا لأسبقية تدوينها فى الدفتر المعد لذلك وأن تنتضى بين إعادة الطلب السابق مؤشرا عليه بالقبول وإعادة الطلب اللاحق مؤشرا عليه بذلك فترة معادلة للفترة التى تقع بين ميعاد تدوين كل منهما. وعلى ألا تجاوز هذه الفترة سبعة أيام. وإذا قدم للمأمورية أكثر من مشروع محرر فى شأن عقار واحد وجب أن تنتضى بين إعادة مشروع المحرر السابق مؤشرا عليه بصلاحيته للشهر وإعادة مشروع المحرر اللاحق مؤشرا عليه بذلك فترة معادلة للفترة التى تقع بين ميعاد تدوين كل منهما، على ألا تجاوز هذه الفترة خمسة أيام.

وتحسب الفترات المتقدم ذكرها عند إرسال نسخة الطلب أو مشروع المحرر مؤشرا لصاحب الشأن بالبريد من تاريخ الإرسال (م33).

ولمن أشر على طلبه باستيفاء بيان لا يرى وجها له ولمن تقرر سقوط أسبقية طلبه بسبب ذلك أن يتقدم بالمحرر نفسه أو بالمحرر مصحوبا بالقائمة على حسب الأحوال وذلك فى خلال عشرة أيام من وقت إبلاغ قرار الاستيفاء أو السقوط إليه ويطلب إلى أمين المكتب إعطاء هذا المحرر أو القائمة رقما وقتيا بعد أداء الرسم وتوثيق المحرر أو التصديق على التوقيعات فيه إن كان من المحررات العرفية وبعد إيداع كفالة قدرها نصف فى المائة من قيمة الالتزام الذى يتضمنه المحرر على ألا يزيد مقدار هذه الكفالة على عشرة جنيهات ويجب أن تبين فى الطلب الأسباب التى يستند إليها الطالب.

وفى هذه الحالة يجب على أمين المكتب إعطاء المحرر أو القائمة رقما وقتيا فى دفتر الشهر المشار إليه فى المادة 21 ودفاتر الفهارس وأن يرفع الأمر إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية التى يقع المكتب فى دائرتها.

ويصدر القاضى بعد سماع إيضاحات صاحب الشأن ومكتب الشهر العقارى قرارا مسببا خلال أسبوع من رفع الأمر إليه بإبقاء الرقم الوقتى بصفة دائمة أو بإلغائه تبعا لتحقيق أو تخلف الشروط التى يتطلب القانون توافرها لشهر المحرر أو القائمة.

ويكون القرار الصادر فى هذا الشأن نهائيا (م 35).

(ب) المرحلة النهائية:

متى أشر على الطلب بقبول إجراء الشهر. يقدم صاحب الشأن مشروع المحرر المراد شهره للمأمورية المختصة ومعه الصورة المؤشر عليها من هذا الطلب ويعد بالمأمورية دفتر تدون فيه مشروعات المحررات على حسب تواريخ وساعات تقديمها.

وتؤشر المأمورية على مشروع المحرر بصلاحيته للشهر بعد التثبت من مطابقة البيانات الواردة فيه لبيانات الطلب الخاص به، فإذا لم يتقدم صاحب الشأن لتسلم مشروع المحرر فى خلال ثلاثة أيام من تاريخ التأشير عليه أرسل إليه فى محل إقامته المبين فى الطلب بكتاب موصى عليه مصحوب بإخطار وصول (م28).

ثم تقدم لمكتب الشهر المختص المحررات التى تم التأشير على مشروعاتها بصلاحيته للشهر بعد توثيقها (م29).
ويجب أن يقرن بالمحرر عند تقديمه لمكتب الشهر قائمة تشتمل على البيانات المنصوص عليها بالمادة (30).

(أنظر هذه البيانات بالبند التالى).

ويتم قيد الرهن فى دفتر الشهر الذى تثبت فيه المحررات والقوائم على حسب الأحوال بأرقام متتابعة وفقا لتواريخ وساعات تقديمها (م31).

وتنص المادة (21) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الشهر العقارى على أن: "يقوم مكتب الشهر بحفظ أصول المحررات أو القوائم التى تم بشهرها بحسب أرقامها المتتابعة. وإذا كان المكتب مختصا بالنسبة إلى أكثر من مديرية أو محافظة وجب أن تفرد أرقام متتابعة قائمة بذاتها لكل مديرية أو محافظة.

ويحصل التأشير بما يفيد الشهر على قوائم القيد، ويتم التصوير والحفظ وغير ذلك من الإجراءات طبقاً للائحة التنفيذية (م 32).

وقد كفلت اللائحة التنفيذية للقانون كيفية التعرف على ما يشهر من حقوق فى شأن العقارات. فأوجب أن يعد بكل مأمورية مجموعة من أحدث طبعة من الخرائط الخاصة بكل ناحية أو مدينة داخلية فى دائرة اختصاصها وتبين فى هذه الخرائط العقارات التى شهرت فى شأنها محررات ابتداء من أول يناير سنة 1924 وكذلك العقارات التى قدمت عنها طلبات ولم يتم شهر المحررات المتعلقة بها.

ونصت المادة (11) على أن يؤشر فى الخرائط المشار إليها فى المادة السابقة بأرقام وسنة طلبات الشهر التى تقدم للمأموريات فى الجزء الذى يتعلق الطلب بها.

وبعد إتمام شهر المحرر الذى قدم الطلب فى شأنه يؤشر فى الخرائط برقم شهر المحرر والسنة التى تم فيها.

ويستعمل فى هذين النوعين من التأشير من مدادان مختلفا اللون. ويقوم بإجراء التأشير سالف الذكر قلم الاستعلامات الهندسى بناء على طلب المأمورية وتحت إشرافها (م 12).

246- البيانات الواجب ذكرها فى القائمة المقترنة بطلب القيد :

نصت على هذه البيانات المادة (30) من قانون تنظيم الشهر العقارى وهى:

- 1- اسم الدائن ولقبه وصناعته ومحل إقامته ومحل المختار فى دائرة المحكمة فإن لم يختار له محلا صح إعلان الأوراق إليه فى قلم كتاب المحكمة. ولايغنى عن اتخاذ الدائن لمحل مختار له فى دائرة المحكمة أن يكون له موطن عام فى ذات دائرة المحكمة، إذ قد يغير الدائن هذا المحل الحقيقى فلا يعيب التغيير هذا المحل المختار.

والغرض أيضا من اختيار المحل المختار تيسير إعلان الدائن بما يراد إعلانه به، كما لو أراد الحائز أن يوجه له إعلانا برغبته فى تطهير العقار (م 1065 مدنى) أو تخليته (م 1071 مدنى) بغير اضطرار إلى متابعة الدائن فى موطنه العام الذى قد يتغير فى غفلة منه.

ويجوز للدائن المرتهن أن يغير محله المختار بآخر فى دائرة العقار المرهون، إذا أشر بهذا التغيير فى هامش القيد، ويجوز ذلك أيضا لمن حول إليه الدين المضمون⁽¹⁾.

2- اسم المدين أو المالك الذى رتب الحق على ملكه إذا كان غير المدين، ولقبه وصناعته ومحل إقامته:

وأهمية هذا البيان ترجع إلى أن دفاتر الشهر العقارى منظمة على أساس شخصى لا عينى على عكس السجل العينى - فالتصرفات تثبت فيها على أسماء من صدرت منهم لا على العقارات ذاتها، وكل نقص أو تحريف فى الاسم يؤدي إلى عدم الاستدلال على التصرف عند البحث عنه، فيجب أن يكمل البيان الخاص بالراهن المنصوص عليه بالمادة 1/22 من قانون تنظيم الشهر العقارى، وهو ذكر اسمه ولقبه وسنه وجنسيته ومحل إقامته واسم أبيه وجده لأبيه⁽²⁾.

وإذا تم القيد على اسم ورثة المدين الراهن فإنه يجب ذكر أسمائهم واحدا واحدا وذكر البيانات الخاصة بكل منهم، على اعتبار أن معرفة اسم المالك هو وحده الذى يعين على الكشف عن الحالة القانونية للعقار وما يثقله.

3- تاريخ السند والجهة التى تم أمامها أو صدر منها:

والغرض من ذكر تاريخ السند التحقق من توافر أهلية التصرف للراهن وقت

(1) السنهورى ص 348 - همام محمد زهران ص 440 وما بعدها.

(2) سليمان مرقس ص 158.

الرهن، وذكر الجهة التي تم أمامها أو صدر منها يفيد في التحقق من اختصاص تلك الجهة بتحرير عقد الرهن.

4- مصدر الدين المضمون ومقداره كاملا وميعاد استحقاقه:

وذكر مصدر الدين المضمون يحقق تخصيص الدين المضمون في قائمة القيد كما خصص في عقد الرهن. إذ أن تحديد مصدر الدين ييسر التحقق من صحته وبقائه لما هو معلوم من أن الرهن ينقضى تبعا لانقضاء الدين المضمون. كما يفيد بيان مصدر الدين المضمون في تحديد ذاتية الدين المضمون عند تعدد الديون بين الراهن والمرتهن ويفوت على المدين فرصة محاباة أحد دائنيه ممن هو مدين لهم بأكثر من دين من مصادر مختلفة، أحدهم مضمون برهن سدده المدين حيث قد يدعى الراهن عدم سداد الدين المضمون بالرهن ويسمح للمرتهن باستخدام الرهن ضمانا لدين من الديون الأخرى التي تسدد بالمخالفة لأحكام المادتين 1041، 1042 مدني⁽¹⁾.

وفائدة بيان مقدار الدين كاملا، بذكر أصله وملحقاته مثل الفوائد المستحقة وقت القيد، تظهر أهمية بالنسبة للمتعاملين مع الراهن سواء كان دائنا جديدا يطلب المدين ائتمانه مقابل تقرير رهن له على عقار سبق رهنه ضمانا لدين آخر فيعنيه معرفة صلاحية العقار لتقديم ضمان فعال لدينه أو سواء كان مشتريا لعقار مرهون ويفيده معرفة قدر الديون التي يضمنها العقار حيث أجاز له القانون أن يقضيها عن المدين ويحل محل الدائنين فيها⁽²⁾.

وفائدة بيان ميعاد الاستحقاق أن يعلم الغير ما إذا كانت هناك فوائد حالة أو على وشك الحلول. كما يتيح لمن يطلع على الرهن معرفة مصير الدين

(1) همام محمد محمود زهران ص 441 هامش (3).

(2) السنهوري ص 350 همام محمد زهران ص 441 هامش (3) وما بعدها.

والتحقق من أن المدين قد قام بالوفاء به.

5- بيان يتضمن تعيين العقار الذى رتب عليه الحق تعيينا دقيقا:

وهذا البيان فصلته المادة 22 من قانون تنظيم الشهر العقارى بنصها على البيانات اللازمة والمفيدة فى تعيين العقار وعلى الأخص بيان موقعه ومساحته وحدوده فإن كان من الأراضى الزراعية وجب ذكر اسم الناحية والحوض ورقم القطعة وإن كان من أراضى البناء أو من العقارات المبنية فيها وجب ذكر اسم القسم والشارع والحارة والرقم إن وجد".

ويلاحظ أن ما جاء خاصا بالعقار المرهون والدين المضمون يعتبر تطبيقا لمبدأ تخصيص الرهن. على أن التخصيص الوارد فى عقد الرهن لا يغنى عن ذكر هذه البيانات فى قائمة القيد، ففى عقد الرهن التخصيص شرط لازم لانعقاده، أما فى قائمة القيد فالبيانات واجبة لسريان الرهن على الغير.

كما يجب فى جميع البيانات التى تذكر فى قائمة القيد أن تكون مطابقة لما ورد فى عقد الرهن، وإلا فلا يعول عليها. ولذلك أوجب القانون إرفاق صورة عقد الرهن التنفيذية بطلب إجراء القيد (م30)⁽¹⁾.

247- جزاء إغفال بيانات قائمة القيد أو الخطأ فيها:

تنص المادة 41 من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن:

"لا يترتب على إغفال بيان أو أكثر من البيانات المنصوص عليها فى المادة الثلاثين بطلان القيد إلا إذا نتج عن ذلك ضرر للغير.

ولايجوز أن يطلب البطلان إلا من وقع عليه الضرر بسبب إغفال البيانات أو بسبب عدم ضبطها وللمحكمة أن تبطل أثر القيد أو تنقص من أثره تبعا لطبيعة الضرر ومداه".

وعلى ذلك لا يترتب على إغفال بيان أو أكثر من البيانات المنصوص عليها في المادة (30) بطلان القيد إلا إذا نتج عن ذلك ضرر للغير. ومثال ذلك إذا لم يذكر لقب الراهن أو صناعته ولم يترتب على هذا شبهة حول ذاتيته. والقاضي هو الذى يقدر مدى الضرر المدعى به.

وإغفال بيان أو الخطأ فيه لا يترتب عليه بطلان القيد بقوة القانون، بل يجب أن يتمسك به من لحقه ضرر والذى عليه إثبات ما يدعيه كما يجوز لورثته أو دائنيه التمسك به⁽¹⁾.

والبطلان ليس جزاء وجوبيا على إغفال البيان أو الخطأ فيه، فللمحكمة بدلا من القضاء بالبطلان أن تنقص من أثر العقد تبعا لطبيعة الضرر ومداه. فيقتصر مثلا على بعض العقارات المرهونة دون البعض أو على ما ذكر من مقدار للدين أقل من الدين الحقيقى الوارد بالعقد، حتى ولو كان الغير يعلم بمقدار الدين الحقيقى (م42)، لأن الشهر هو الوسيلة القانونية الوحيدة التى يثبت بها علم الكافة بما يتقل العقار من أعباء.

ولما كان المقصود من القيد - المستوفى للبيانات المستلزمة قانونا - إعلان الغير بالحق المضمون بالرهن وبنطاق الضمان المقدم، فإن الجزاء على تخلف أو الخطأ فى بيان من بياناته، يتحدد بحسب تأثيره على تحقيق القيد لوظيفته بالنسبة للغير، بحيث لا يحتج على الغير إلا بما وفره له القيد من علم عن الحق المشهر وبحيث لا يضار من الخطأ فى القيد⁽²⁾.

248- جزاء عدم الدقة فى ذكر مقدار الدين المضمون :

(2) همام زهران ص 443- الدكتور محمود شوقى الشهر العقارى علما وعملا إعداد وتقديم فتحى جابر العقيلى سنة 1990 ص 151.

(1) همام محمد زهران ص 444.

تنص المادة 42 من قانون تنظيم الشهر العقاري على أن: "يقتصر أثر القيد على المبلغ المبين بالقائمة أو المبلغ المستحق أيهما أقل".

وهذا النص خاص بالخطأ أو عدم الدقة في ذكر مقدار الدين المضمون. فإذا كان مبلغ الدين المضمون بالرهن هو 5000 جنيه وذكر هذا المبلغ على حقيقته في قائمة القيد، تطابقت القائمة مع الحقيقة ووجب الأخذ بهذا المبلغ كما هو. وإذا ذكر في القائمة مبلغ أقل من 5000 جنيه، كأن ذكر مثلاً مبلغ 4000 جنيه كانت العبرة بما ذكر في القائمة واعتبر مقدار الدين بالنسبة إلى الغير هو 4000 جنيه فقط.

وإن ذكر في القائمة مبلغ أكثر بأن ذكر مثلاً 6000 جنيه كانت العبرة هنا بمقدار الدين الحقيقي المستحق على المدين وهو 5000 جنيه⁽¹⁾.

249- تصحيح البيانات الخاطئة:

الوسيلة الوحيدة لتصحيح أو تدارك ما أغفل من بيانات، هي إجراء قيد جديد. ولكن مثل هذا القيد لا يكون له أثر إلا بالنسبة إلى المستقبل فلا يكون له أثر رجعي بالنسبة إلى القيد السابق.

وإذا حوى القيد المصحح كل البيانات المطلوبة للقيد فإن قوته تكون مستقلة عن القيد الأول، خصوصاً بالنسبة إلى ميعاد عشر السنوات التي يسقط بها⁽²⁾.

250- ميعاد القيد:

لم يحدد القانون للدائن المرتهن ميعاداً لإجراء القيد فيجوز إجراء القيد في أي وقت بعد انعقاد الرهن، غير أن مصلحة الدائن المرتهن توجب عليه المبادرة إلى إجراءاته حتى لا يسبقه إليه غيره من الدائنين المرتهنين فيكسبون أولوية عليه، بل إن

(2) السنهاورى ص 351 وما بعدها - محمد شوقي ص 153.

(1) محمد كامل مرسى ص 186.

هناك خطراً يهدده إذا أبطأ في طلب القيد، إذ قد يقع في هذه الأثناء حادث من الحوادث التي توقف إجراء القيد أو تمنع نفاذه⁽¹⁾.

251- الحوادث التي توقف إجراء القيد أو تمنع نفاذه:

يقف إجراء القيد أو يمتنع نفاذه - في حق بعض الأشخاص على الأقل - إذا وقع قبل إجرائه أحد الحوادث الآتية:

- 1- تسجيل تصرف ناقل لملكية العقار المرهون.
- 2- تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المرهون.
- 3- شهر إفلاس الراهن.
- 4- شهر إعسار الراهن.
- 5- موت الراهن.

ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يلي:

(1) تسجيل تصرف ناقل لملكية العقار المرهون:

إذا تصرف الراهن في العقار المرهون وسجل التصرف قبل قيد الرهن، ترتب على ذلك خروج العقار المرهون من ملك الراهن وانتقاله إلى المتصرف إليه خالصاً من الرهن. وكذلك إذا بيع العقار جبراً وسجل حكم مرسى المزاد قبل قيد الرهن، وقيد الدائن رهنه بعد ذلك لم يكن للقيد أى أثر بالنسبة للمتصرف إليه.

وقد رأينا أن المادة (1053) تنص على أن: "لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار...".

ومتى كان قيد الرهن غير مجد، وجب منعه حتى لا تشحن السجلات

والفهارس بقيود معدومة الأثر لا يكون من ورائها سوى تعقيد البحث فى السجلات عن القيود ذات الأثر.

ويلاحظ أنه إذا تم قيد الرهن وتسجيل التصرف الناقل الملكية فى يوم واحد، نفذ المتقدم منهما فى الترتيب دون الآخر.

ولكى يسهل تطبيق ذلك نصت المادة 31 من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن:

"يعد بالمكتب دفتر للشهر تثبت فيه المحررات وقوائم القيد على حسب الأحوال بأرقام متتابعة وفقا لتواريخ وساعات تقديمها".

(2) تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المرهون:

عند قيام الدائن الحاجز بتسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المرهون، تمهيدا لبيعه بالمزاد، فإن كل قيد لأى حق عينى يتم بعد هذا التاريخ، لا يكون ساريا فى حق الدائن الحاجز ولا فى حق أى دائن أصبح طرفا فى الإجراءات.

وبالتالى فإن الدائن المرتهن الذى تراخى فى قيد الرهن حتى تم تسجيل تنبيه نزع الملكية، لا يستطيع الادعاء بأى أفضلية فى مواجهة الدائنين الحاجزين أو الدائنين الذين يعتبرون طرفا فى الإجراءات. ومن ثم فلا جدوى من القيد.

وقد نصت المادة (405) مرافعات على أن:

"لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز أو الكفيل العينى فى العقار ولا ينفذ كذلك ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز فى حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ولا فى حق الدائنين المشار إليهم فى المادة 417 ولا من حكم بإيقاع البيع عليه إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية".

252 - شهر إفلاس الراهن:

1- لا يجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين بكل رهن أو تأمين اتفاقي آخر وكذلك كل اختصاص يتقرر على أموال المدين ضمانا لدين سابق على التأمين، وذلك إذا قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع وقبل الحكم بشهر الإفلاس. إذ تنص المادة 598 من قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999 على أنه: "لا يجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين بالتصرفات التالية إذا قام بها المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع وقبل الحكم بشهر الإفلاس... (د) كل رهن أو تأمين اتفاقي آخر وكذلك كل اختصاص يتقرر على أموال المدين ضمانا لدين سابق على التأمين".

2- حقوق الرهن أو الامتياز أو الاختصاص المقررة على أموال المدين يجوز الحكم بعدم نفاذها في مواجهة جماعة الدائنين إذا قيدت بعد تاريخ التوقف عن الدفع، وبعد انقضاء ثلاثين يوما من تاريخ تقرير الرهن أو الامتياز أو الاختصاص.

(م 1/601 من قانون التجارة).

3- إذا حكم بعدم نفاذ أى تصرف في حق جماعة الدائنين التزم المتصرف إليه بأن يرد إلى النقليسة ما حصل عليه من المفلس بمقتضى هذا التصرف أو قيمة الشيء وقت قبضه، كما يلزم بدفع عوائد ما قبضه أو ثماره من تاريخ القبض. (م 1/602 من قانون التجارة).

4- شهر إعسار الراهن:

نظم القانون المدني الجديد الإعسار بما يكفل المساواة فعلا بين الدائنين. فنص في المادة 257 منه على أنه: "متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار فلا يسرى في حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته، كما لا يسرى في حقهم أى وفاء يقوم به المدين".

ونص في المادة 2/256 على أنه: "لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين

يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل".

ويؤخذ من هذين النصين أن كل تصرف يصدر من المدين بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ويكون من شأنه تسوئ حالة المدين وكل اختصاص يؤخذ على عقارات المدين بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا يكون نافذاً فى حق دائئيه الذين كانت لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار. ولأن الرهن لا يختلف عن الاختصاص يمكن القول أن قيد الرهن بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا ينفذ فى حق الدائئيين الذين ترجع حقوقهم إلى ما قبل ذلك التسجيل⁽¹⁾.

ولكن لا ينبى على ذلك أن قيد الاختصاص وقيد الرهن بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار يكونان عديمى الجدوى أصلاً حتى يقال بوقف إجرائهما، بل تبقى لهما فائدة فيما إذا انتهت حالة الإعسار وكان المدين قد التزم بديون جديدة بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار. فإن حق الاختصاص وحق الرهن اللذين قيذا بعد ذلك التسجيل ينفذان فى حق الدائئيين الجدد، كما ينفذ الرهن والاختصاص اللذان يقيدان بعد شهر إفلاس التاجر فى حق دائئيه الذين يستجدون بعد الصلح. لذلك ينبغى القول بأن تسجيل صحيفة دعوى الإعسار - ولو أنه لا يقف إجراء قيد الرهن والاختصاصات - يمنع نفاذ القيود الجديدة فى حق الدائئيين الذين لهم حقوق سابقة على ذلك التسجيل ولو كانوا دائئيين عاديين⁽²⁾.

ولكن ثار الخلاف فى الفقه حول مدى نفاذ حق الرهن الذى سبق أن رتبته المدين المعسر قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ولكن تأخر قيده إلى ما بعد

(1) سليمان مرقس ص 166 وما بعدها - السنهورى ص 360 - نعمان جمعه ص 43 - همام محمد زهران ص 456.

(1) سليمان مرقس ص 167 وما بعدها - نعمان جمعه ص 43 وما بعدها.

تسجيل صحيفة دعوى الإعسار، في حق الدائنين.

فذهب رأى إلى أن هذا الرهن لا ينفذ في حق هؤلاء الدائنين قياساً على ما قرره الفقرة الثانية من المادة 256 فيما قضت به من عدم جواز الاحتجاج بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار.

غير أن الرأى الغالب فى الفقه يذهب إلى نفاذ هذا الرهن فى مواجهة الدائنين أصحاب الحقوق السابقة - الثابتة التاريخ - على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار. وذلك استناداً إلى ما يأتى:

1- ما جاء بالمادة 1/256 من السماح للدائنين من اتخاذ إجراءات فردية ضد المدين "رغم شهر الإعسار"، مقتضاه حق كل منهم فى اتخاذ الإجراءات التنفيذية وصولاً لاقتضاء حقه. وفى نفس الوقت امتناع السماح لأى منهم بأن يسعى للحصول على حق عينى تبعى لم يكن له قبل شهر الإعسار فيتميز به عن غيره. ولما كان الفرض الذى أمامنا أن الدائن حصل فعلاً على حقه فى الرهن قبل شهر الإعسار، فإن إجراءاته للقيد لاحقاً لحصول شهر الإعسار لايعتبر سعياً منه للحصول على ميزة لم تكن له.

2- أن المادة 257 مدنى تمنع أن يصدر عن المدين بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار كل ما من شأنه إنقاص حقوقه أو زيادة التزامه أو الوفاء الاختيارى بدين من ديونه أو تقرير ضمانته لأحد دائنيه - لم تكن له - تميزه على غيره لدى اتخاذه الإجراءات التنفيذية.

أما الفرض الذى أمامنا فإن الرهن سبق ترتيبه قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار فى وقت لم يكن هناك ما يمنع سواء المدين أو الدائن من الحصول على ضمان خاص. أما ما تم لاحقاً لذلك فهو القيد فقط، وهو يتم من جانب المرتهن وليس الراهن حتى يسوغ القول بعدم سريانه فى مواجهة باقى الدائنين.

وبحيث لا ينعى على الراهن إن صدر منه بعد إعساره ما يقصد به الإضرار

ببأقى الدائنين.

3- أن ما ورد بالفقرة الأولى من المادة 256 من أنه لايجوز أن يحتج به على الدائنين الذين لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل"يقصد به الحالة الغالبة فى العمل التى يسعى فيها الدائن صاحب الحق الثابت التاريخ قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار إلى التميز عن غيره من الدائنين بالسعى - بمقتضى ما تحت يده من سند تنفيذى - للحصول على حق اختصاص على عقار من عقارات مدينه الذى أشهر إعساره. بحيث يتم الحصول على الاختصاص وقيد جميعا بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار.

يؤيد ذلك أن "تعبير أخذ حق الاختصاص"لايصدق على قيده وإنما يصدق على تقريره وترتيبه. ولما كان ذلك هو الفرض الذى قصد إليه المشرع فإنه لا يصح استخدام القياس توصلًا لمنع قيد الرهن السابق الحصول عليه قبل شهر الإعسار⁽¹⁾.

253- موت الراهن:

إذا كسب الدائن حق الرهن فى حياة الراهن ولم يقيد ومات الراهن، فقد انقسم الرأى فيما إذا كان قيد الرهن بعد وفاته يحتج به فى مواجهة سائر دائنى المورث من عدمه.

فذهب البعض إلى أنه إذا توفى الراهن، فإنه طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية تبقى التركة على حالتها التى كانت أثناء حياة المورث، فلا تتعلق بها حقوق لم تكن موجودة قبل الوفاة ولايستطيع أحد الدائنين أن ينشأ لصالحه أولوية لم تكن له فيما مضى. ومن ثم فإن الدائن المرتهن إذا لم يكن قد قام بقيد حقه قبل وفاة الراهن لايمكن أن يستفيد من القيد الحاصل بعد ذلك ولا يكسبه أولوية على الدائنين

(1) همام محمد زهران ص 457 وما بعدها.

العاديين.

وأن المشرع قد طبق هذا المبدأ في حالة الاختصاص فنص في الفقرة الثانية من المادة (1085) على أنه:

"لا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ الاختصاص على عقار في التركة"⁽¹⁾.
بينما ذهب رأى آخر إلى أن حق الرهن الذى سبق تقريره قبل وفاة الراهن لا يمتنع قيده بعد الوفاة وينفذ بمقتضى هذا العقد فى مواجهة سائر دائئى المورث⁽²⁾.
واستندوا فى ذلك إلى الأسباب الآتية:

1- أنه لا يجوز القياس على ما ورد فى الفقرة الأولى من المادة (1085) لأن هذا النص يواجه الفرض الذى يسعى فيه الدائن بعد وفاة مدينه إلى الحصول على حق اختصاص على عقارات من عقارات مدينه المتوفى لىتميز عن غيره من الدائنين وهو ما منعه المشرع. لكنه لم يمنع قيد الاختصاص السابق الحصول عليه قبل الوفاة ومن ثم من غير الجائز منع المرتهن من قيد حقه فى الرهن استنادا لهذا النص. لأن الدائن المرتهن لا يسعى للحصول على اكتساب أفضلية بسبب لاحق على الوفاة بل إن أفضليته فى الحقيقة مستندة لسبب سابق على الوفاة وما القيد إلا إجراء لشهره ولنفاذه وليس للاستحصال عليه.

2- أنه ليس من شأن وفاة المدين التسوية بين جميع الدائنين بل يظل كل منهم محتفظا بأفضليته التى اكتسبها قبل الوفاة.

3- أنه ليس فقط للدائن المرتهن أن يقيد حقه بل له أن يستعين بالراهن فى كل ما يلزم لتيسير إجرائه.

وهذا الالتزام ينتقل إلى ورثة الراهن بعد وفاته باعتبارهم خلفا عاما لمورثهم الراهن.

(1) محمد على إمام ص 296 - سليمان مرقس ص 168 .

(2) السنهورى ص 362 وما بعدها - رمضان أبو السعود وهام زهران ص 356 وما بعدها - أحمد سلامة ص 218 وما بعدها.

ومن ثم فإن وفاة الرهن لا تمنع استمرار حق المرتهن على العقار ولا تحول بينه وبين قيده بما يجعله نافذا في مواجهة جميع دائئي الرهن⁽¹⁾.

254- القيود التي يقف إجراؤها أو يمتنع نفاذها بعد وقوع تلك

الحوادث السابقة :

لأن الحكمة من وقف القيود أو منع نفاذها في الأحوال التي أوردناها في البند السابق هو منع الدائن الذي لم يشهر حقه قبل وقوع أحد هذه الحوادث التي يترتب عليها تعلق حق الغير بالعقار المرهون من أن يكسب أولوية على غيره بشهر هذا الحق بعد وقوع الحادث، فالقيود التي يمتنع إجراؤها إن هي القيود الجديدة أي التي يترتب عليها شهر حق لم يكن مشهرا من قبل.

وبناء على ذلك لا يقف قيد التجديد ولا قيد الفوائد.

أما قيد التجديد فيجوز إجراؤه حتى بعد وقوع أحد هذه الحوادث. وذلك لأنه لا يشهر حقا جديدا بل يقتصر أثره على أن يحتفظ للحق السابق قيده مرتبته التي كسبها بالقيود الأول بشرط حصوله قبل سقوط القيد الأول.

أما قيد الفوائد التي تستحق بعد وقوع الحادث الذي يقف القيد، فإنه لا يمتنع إلا في حالة تسجيل تصرف الرهن في العقار المرهون لأن انتقال ملكية هذا العقار إلى المتصرف إليه يمنع تحميله بديون نشأت في ذمة الرهن مادام لم يكن محملا بها وقت انتقال الملكية.

أما في أحوال إفلاس الرهن أو إعساره أو موته أو تسجيل تنبيه نزع الملكية على العقار المرهون، فيجوز قيد الفوائد لأن العقار يكون باقيا على ملك الرهن ولأن هذه الحوادث لا تمنع سريان الفوائد لمصلحة الدائنين، ولأن الفوائد يكون منصوصا في قيد الدين الأصلي على استحقاقها فيكون قيدها تجديدا لذلك

(1) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 356 وما بعدها.

الاستحقاق لا قيда جديدا، وأخيرا لأن الدائن لا يمكن أن ينسب إليه الإهمال في عدم قيد الفوائد قبل ذلك لأنها لم تكن مستحقة⁽¹⁾.

255- أثر القيد:

إذا تم القيد صحيحا على النحو الذى عرضناه فإنه ينتج أثره من حيث سريان الرهن فى حق الغير. ويترتب على ذلك أن الدائن المرتهن تكون له مرتبته من تاريخ القيد وساعته. فيفضل على من يلحقه فى الشهر ويلحق من سبقه. هذا فضلا عن تقدمه على الدائنين العاديين. والمادة (1056) تنص على ذلك حيث تقرر أنه: "يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذى حل محل هذا العقار بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد فى يوم واحد".

وتحسب مرتبة الرهن من وقت قيده، حتى ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط أو دينا مستقبلا أو احتماليا. وهذا ما تقضى به المادة (1057). وبالطبع يضمن الرهن بمرتبته كل ما ذكر فى القائمة من أصل وفوائد وملحقات، ولكن بشرط أن يكون مستحقا للدائن عند التوزيع. فإذا كان قد استوفى منه شيئا اقتصر أثر القيد على المبلغ المستحق عند التوزيع. وهذا ما تقضى به المادة 42 من قانون الشهر العقارى إذ تنص على أنه: "يقتصر أثر القيد على المبلغ المبين بالقائمة أو المبلغ المستحق أيهما أقل". وإذا حصل قيد تكميلى للفوائد أو غيرها من الملحقات كانت له مرتبته من يوم إجرائه⁽²⁾.

وإذا كان أثر القيد هو جعل حق الرهن ساريا فى مواجهة الغير، فهو لا يتعدى هذا الأثر. فإذا كان عقد الرهن باطلا فلا يصححه القيد. وإذا كان المرهون عقارا

(1) سليمان مرقس ص 170 وما بعدها.

(1) محمد على إمام ص 303 وما بعدها.

معينا، وذكر في القيد أن الرهن يقع على هذا العقار وعلى غيره، فلا يكون للقيد أثره إلا بالنسبة إلى العقار المرهون. وإذا كان الدين المضمون بالرهن هو ألف جنيه وذكر في القيد أنه ألف وخمسمائة جنيه فلا يكون الرهن ساريا إلا بالنسبة إلى المبلغ المحدد في العقد (م42 من قانون تنظيم الشهر العقاري)⁽¹⁾.

تجديد القيد

256 - وجوب تجديد القيد كل عشر سنوات :

أحالت المادة (1054) مدنى فى شأن إجراء تجديد القيد وآثاره إلى قانون تنظيم الشهر العقارى.

وتنص المادة 43 من القانون الأخير على أن:

"يسقط القيد إذا لم يجدد فى خلال عشر سنوات من تاريخ إجرائه على أن للدائن أن يجرى قيда جديدا إن أمكن ذلك قانونا تكون مرتبته من وقت إجرائه. وكل تجديد لا يكون له أثر إلا لمدة عشر سنوات من التاريخ الذى أجرى فيه".

ومفاد هذا النص أن القيد يفقد أثره بمضى عشر سنوات ميلادية.

ولا يحسب فى هذه المدة اليوم الأول ويحسب اليوم الأخير ولو كان عطلة رسمية فلو أن صاحب المصلحة لم يقم بتجديد القيد قبل مرور هذه المدة لما أصبح الرهن حجة قبل الغير ولو كان عالما بوجود الرهن.

أى أن المرتهن يفقد أفضليته ولا يكون له حق تتبع العقار تحت يد الحائز.

وحكمة سقوط القيد إذا لم يتم تجديده، هو أن مرور عشر سنوات دون القيام بإجراء التجديد يكون قرينة على انتهاء الرهن بوفاء الدين المضمون أو بأى سبب آخر. وبالتالي فإن سقوط القيد هنا يعتمد على إرادة ضمنية بشطب القيد. وكذلك يستند سقوط القيد هنا إلى ناحية عملية. وهى تسهيل مهمة البحث فى دفاتر الشهر العقارى لإعطاء بيانات عن الضمانات العينية المقيدة.

فسقوط القيد بعد مضى عشر سنوات يعنى عدم الحاجة إلى البحث فى دفاتر يزيد تاريخ القيد فيها على عشر سنوات. إذن على كل ذى مصلحة، يرغب فى بقاء أثر القيد أن يقوم بتجديده فى خلال مدة عشر السنوات المذكورة.

وهذا التجديد يترتب عليه استمرار سريان الرهن فى مواجهة الغير وذلك

اعتباراً من تاريخ القيد الأول. وبالتالي فكل تسجيل أو قيد يقع بين القيد وتجديده. يظل لاحقاً في المرتبة لهذا الحق الذي تجدد قيده.

ومع كل فائتفاء الدين المضمون أو الرهن الذى يضمه بأى سبب من أسباب الانقضاء (تصرف قانونى أو واقعة قانونية) يترتب عليه عدم الحاجة إلى تجديد القيد. فاستمرار أثر القيد بتجديده يصبح غير ذى موضوع ولا يترتب عليه أى أثر قانونى⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إن عدم تجديد قيد الرهن فى الميعاد يجعله معدوم الأثر، وليس يغنى عن التجديد أن يكون الحق المضمون بالرهن ثابتاً بحكم فإن حجية الأحكام لا تتعدى أطرافها، وهى فى حد ذاتها من غير تسجيل لا تنشئ حقوقاً عينية يحتج بها على الكافة. كذلك لا يغنى أن يكون الغير عالماً بحصول الرهن لأن القانون أوجب بصفة مطلقة إجراء التجديد لى يبقى للرهن أثره فى حق الغير، ولم يستثن إلا الحالة الواردة بالمادة 570 مرافعات وهى الخاصة ببيع العقار أمام المحكمة بعد مضى المواعيد التى تجوز فيها زيادة العشر. وإذن فلحائز العقار إذا لم يجدد القيد أن يتمسك بسقوط الرهن بالنسبة له ولو كان عالماً به".

(طعن رقم 68 لسنة 11 ق جلسة 11/6/1942)

ولا يحول دون تجديد الرهن تصرف الراهن فى العقار المرهون وتسجيله لهذا التصرف أو أن يكون الراهن قد أشهر إفلاسه أو أن يكون أحد الدائنين - ولو كان عادياً - قد باشر إجراءات التنفيذ على العقار بتسجيل تنبيه نزع الملكية. لأن التجديد لا ينشئ وضعاً جديداً للمرتهن بل يحافظ على ما يترتب له القيد الأصلى من نفاذ لحقه وما ينشئه من مرتبة.

(1) نعمان محمد جمعه ص 44 وما بعدها. محمد لبيب شنب ص 119.

ولكنه لا يكون واجبا إذا انقضى الحق سواء بالوفاء أو الإبراء أو التقادم أو غير ذلك إذ ينقضى الرهن بالتبعية لانقضاء الدين، كذلك الحال لو أن الدين لم ينقض بعد ولكن الرهن ذاته انقضى، ويتحقق ذلك في حالة تطهير العقار بمعرفة الحائز أو اتخاذ إجراءات نزع الملكية وبيعه بالمزاد العلني جبرا على مالكه أو نزع ملكيته للمنفعة العامة.

وفي حالة اتخاذ إجراءات نزع الملكية يلزم التجديد ما دام ميعاد زيادة العشر لم ينته بعد⁽¹⁾.

وفي هذا تنص المادة (44) من قانون تنظيم الشهر العقاري على أن: "تجديد القيد واجب حتى أثناء الإجراءات التي تتخذ لنزع ملكية العقار المنقل بالحق العيني ولكنه لا يكون واجبا إذا انقضى الحق أو طهر العقار وبوجه خاص إذا بيع العقار قضاء وانقضى ميعاد زيادة العشر".

257 - إجراءات التجديد:

لم يوضح قانون تنظيم الشهر العقاري إجراءات التجديد، ومن ثم يسرى في هذا الشأن ما نص عليه في شأن إجراءات القيد الأصلي نفسه.

فيقوم بالتجديد ذات الأشخاص الذين لهم حق طلب القيد الأصلي ابتداء. وإذا حول الحق المضمون بالرهن إلى آخر وقع عبء التجديد على المحال إليه. ويحصل التجديد ضد الراهن، وإذا انتقل العقار - قبل التجديد - إلى الخلف العام أو الخلف الخاص، جاز عند تجديد القيد ضد الراهن تجديده أيضا ضد هذا الخلف⁽²⁾.

(1) محمد على إمام ص 307 وما بعدها.

(2) السنهوري ص 372 - همام محمد زهران ص 468 - سليمان مرقس ص 180 - ويذهب الدكتور سليمان مرقس إلى أنه كان ينبغي النص على وجوب التجديد ضد الخلف أيضا، وأنه يظهر أهمية ذلك في الفرض الآتي:

258- بيانات التجديد:

لم يوضح القانون البيانات الواجب ذكرها في تجديد القيد.
ومن ثم لا يلزم ذكر نفس البيانات الواجب ذكرها في القيد. وإنما يجب على
أى حال أن يذكر في التجديد أنه حاصل تجديدا لقيد سابق، وأن يبين فيه تاريخ
هذا القيد المراد تجديده.
وهذا البيان من الأهمية بمكان، ومن ثم يجب أن يوضح بطريقة ظاهرة لاتقبل
الشك.

وإذا تكرر التجديد فإنه يكتفى بأن يشار في كل مرة إلى القيد السابق، من
غير حاجة إلى الإشارة إلى القيد الأصلي.
وإذا لم يذكر في التجديد أنه حاصل تجديدا لقيد سابق، وقع باطلا باعتباره
تجديدا لقيد قديم، ولكنه يصح باعتبار أنه قيد مستقل بشرط أن تتوافر فيه شروط

رهن (أ) عقاره إلى (ب) ثم باعه إلى (ج) بعد خمس سنوات من الرهن، وباعه (ج) إلى (د)
بعد عشرين سنة من شرائه، فإذا فرض أن (ب) جدد قيد رهنه مرتين متواليتين ضد (أ)، فإن
الرهن يكون نافذا ضد (د)، مع أن (د) لم يعلم به لأنه عند شرائه من (ج) اكتفى بملكية=
هذا الأخير مدة 20 سنة والكشف عن تصرفاته في خلال هذه المدة، فلو أن القانون كان يلزم
(أ) بتجديد القيد ضد (ج) لأمكن (د) أن يعثر على هذا التجديد عند الكشف عن تصرفات (ج)
أما والقانون لم يوجب ذلك فإن مشترى العقار لا يتسنى له أن يطمئن إلى عدم رهنه من أحد
مالكيه السابقين إلا بالكشف عن تصرفات جميع هؤلاء المالكين مهما تعددوا منذ أن وجد نظام
القيد والتسجيل. ومعنى ذلك أن من يتعامل على ثلثي حق عيى عقارى لا يستطيع أن يقف في
البحث عن تصرفات الملاك السابقين عند حد مدة معينة، أيا كانت هذه المدة ولو بلغت
خمسين أو ستين سنة، بل لابد له من تعقب تسلسل الملكية عليه منذ وجود نظام القيد والتسجيل
والكشف عن تصرفات كل مالك طوال مدة ملكيته. وفي هذا إرهاب للمتعاملين وتعويق
للمعاملات يحسن تفاديها بالزام الدائن بالتجديد ضد خلف الراهن. وقد نصت على ذلك المادة
460 من التقنين الإيطالى الجديد (ص 180 هامش (3) وما بعدها).

القيد الأصلي، على أنه لا يحفظ للرهن هنا مرتبته إلا من تاريخ حصوله⁽¹⁾.
ولا حاجة إلى أن يرفق بطلب التجديد صورة عقد الرهن التنفيذية⁽²⁾.
وسنرى أن مصروفات التجديد على الراهن ما لم يتفق على غير ذلك (م)
1055 مدنى).

259- إجراء قيد جديد :

سقوط القيد بمضى عشر سنوات لا يستتبع سقوط الحق فى الرهن الذى يبقى صحيحا، ويجوز للدائن المرتهن أن يجرى به قيда جديدا بحيث تتحدد مرتبته من تاريخ القيد الجديد. ما لم يحل دون إجرائه حادث من الحوادث السابق ذكرها التى توقف القيد أو تمنع نفاذه.

وقد نصت المادة (43) من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن:
"يسقط القيد إذا لم يجدد فى خلال عشر سنوات من تاريخ إجرائه على أن للدائن أن يجرى قيда جديدا إن أمكن ذلك قانونا تكون مرتبته من وقت إجرائه. وكل تجديد لا يكون له أثر إلا لمدة عشر سنوات من التاريخ الذى أجرى فيه"⁽³⁾.

محو القيد :

260- المقصود بمحو القيد :

محو القيد ويعرف أيضا بشطب القيد هو إجراء الغرض منه الإشهاد على أن قيда معيناً لم يعد قائماً، ويتم التأشير على هامش هذا القيد بمعرفة مكتب الشهر العقارى المختص، مع ذكر السند الرسمى أو الحكم الذى انبنى عليه، فالمحو أو الشطب إذن ليس معناه محو القيد أو شطبه ماديا، وإنما التأشير على هامشه مع

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 363 - السنهورى ص 372.

(2) سليمان مرقس ص 171.

(1) محمود شوقى ص 158.

ترك القيد نفسه فى الدفاتر ويكون ذلك على حساب الراهن ما لم يتفق على العكس⁽¹⁾.

261- أسباب محو القيد :

تنص المادة (45) من قانون تنظيم الشهر العقارى على أنه:
 "لا يجوز محو القيد إلا بمقتضى حكم نهائى أو برضاء الدائن بتقرير رسمى منه ومع ذلك يكتفى فى إجراء المحو فى حالة رهن الحياة العقارى وحقوق الامتياز العقارية بإقرار عرفى مصدق على التوقيع فيه".
 ومفاد هذا أن المحو إما أن يتم بالتراضى أو بحكم نهائى من القضاء ونعرض لذلك تفصيلا فيما يلى:

(1) المحو الرضائى :

المحو الرضائى يكون بإرادة الدائن المرتهن أو من حل محله فى الدين المضمون بالرهن كالوارث أو المحال له. ويكون كذلك حتى ولو استند على اتفاق بينه وبين المدين، فالدائن هو الذى يطلب المحو تماما كما يطلب القيد. والدائن يرضى بالمحو إذا كان قد استوفى حقه المضمون ومع ذلك يحدث أن يرضى به حتى ولو لم يكن قد استوفاه إذا أراد أن يدعم انتمان المدين عن طريق تحرير عقاره من القيد. وهذا أمر بديهى من حيث جوازه، فلئن كان فى استطاعة الدائن أن يتنازل عن الدين نفسه، فإن تنازله عن القيد فقط يجوز بالأولى. ويلزم فى المحو الاختيارى باعتباره عملا إراديا أن تتوفر لدى طالبه الأهلية اللازمة وأن تكون إرادته خالية من عيوب الرضا. والأهلية اللازمة هى بلوغ سن الرشد القانونى 21 عاما ولو كان المحو فى

مقابل قبض الدين⁽¹⁾.

وإذا صدر المحو من نائب عن الدائن، فإذا كان النائب وكيلًا فتكفى الوكالة العامة إذا كان محو القيد في مقابل قبض الدين، لأن استيفاء الدين يدخل في أعمال الإدارة.

أما إذا كان المحو دون مقابل فلا بد من وكالة خاصة. وإذا كان النائب وصيًا فهو يملك قبض الدين الذي للقاصر، فيملك أيضًا محو قيد الرهن إن كان في مقابل قبض الدين. وإلا فلا بد من إذن المحكمة طبقًا للمادة 1/39 من قانون الولاية على المال. وهي تقضى بوجوب الحصول على إذن المحكمة للتنازل عن التأمينات وإضعافها، وإذا كان النائب وليًا جاز له محو القيد، ولو دون قبض الدين، ودون الحصول على إذن المحكمة⁽²⁾.

ويجب بصريح النص أن يتم المحو بتقرير رسمي أى أن رضا الدائن يجب أن يكون مفرغًا في ورقة رسمية. فلا يكفي حصوله بورقة عرفية إلا إذا كان وارداً على قيد الرهن الحيازي أو حقوق الامتياز الخاصة العقارية.

وترجع العلة في ذلك إلى وجهين:

الأول: وجه مصلحي وهو منع الغش الذي يحتمل وقوعه حيث يكتفى بالرضا

(1) السنهوري ص 378 - سليمان مرقس ص 186 وكانت المادة (1471) من المشروع التمهيدى تنص على أن:

"1- محو القيد محو اختياريًا يكون بتقرير في قلم كتاب المحكمة يصدر من الدائن أو من خلفه.
2- ولا يجوز أن يصدر المحو الاختياري من شخص لا يكون أهلاً لإبراء ذمة المدين، إلا إذا تدخل في ذلك من يوجب القانون تدخله لصحة هذا الإبراء". - إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذه المادة اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 73 الهامش وما بعدها).

(1) السنهوري ص 378 وما بعدها - سليمان مرقس ص 187.

العرفى. **والثانى:** وهو وجه فنى إذ تطلب الرسمية هنا تطبيقاً لقاعدة الشكل المقابل والتي من مقتضاها أنه إذا كانت الرسمية ضرورية لاكتساب الحق فإنها ضرورية أيضاً لإنهائه، وأن رهن الحيازة العقارى وحقوق الامتياز الخاصة العقارية لا تشترط الرسمية فى المحررات المرتبة لها وعلى ذلك لا يمكن أن يقع الشطب بناء على ورقة عرفية. ولو فرض وتم التأشير بمقتضاها فإن المحو يقع باطلاً. على أن بطلان المحو أو عدم إمكان إجرائه فى هذه الحالة لا يعنى البتة بطلان الورقة العرفية ذاتها، ومن ثم يجوز أن يستند عليها المحو القضائى كما سنرى⁽¹⁾.

ثانياً: المحو القضائى:

المحو القضائى هو الذى يصدر به حكم نهائى من القضاء. ويتحقق ذلك فى حالة امتناع الدائن المرتهن أو من حله محله فى الرهن عن إجراء المحو الرضائى رغم عدم وجود مبرر لبقاء القيد فيلجأ صاحب المصلحة فى المحو كالراهن أو الحائز أو الدائن المرتهن صاحب المرتبة اللاحقة إلى رفع الدعوى ضده بطلب المحو.

وترفع الدعوى أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقار المرهون. فإذا صدر حكم بمحو القيد وأصبح هذا الحكم نهائياً أى غير قابل للطعن فيه بالاستئناف أمكن التقدم لمكتب الشهر العقار للتأشير به على هامش القيد.

262 - الأثر المترتب على المحو:

يترتب على المحو إزالة أثر القيد فيعتبر كأن لم يكن. ولكن ليس معنى ذلك زوال الرهن ذاته، فيجوز للدائن المرتهن أن يجرى قيда آخر طالما أن الرهن قائم لم يسقط. إلا إذا اتضح من تقرير الدائن أو من الحكم القضائى النهائى أنه أريد بمحو القيد زوال الرهن ذاته. وعند الشك يعتبر المحو وارداً على القيد دون

الرهن (1).

وكانت المادة (1474) من المشروع التمهيدي تنص على أنه: "لا يترتب على محو القيد في ذاته انقضاء حق الرهن، فيجوز إجراء قيد جديد تحسب مرتبته من وقت إجرائه إلا إذا كان حق الرهن قد انقضى" إلا أن لجنة المراجعة رأت حذف هذه المادة (2). ويعلل هذا الحذف بالرغبة في تطبيق القواعد العامة. ومصروفات المحو يلزم بها الراهن كما سنرى (م1055 مدنى).

263 - إلغاء المحو:

يجوز إلغاء محو القيد بعد حصوله إذا وجد سبب يبطل ذلك ومن الأسباب التي تبرر إلغاء المحو أن يكون قد شاب رضاء الدائن غلط أو إكراه أو تدليس أو كان الدائن غير أهل للرضاء به أو قبل الطعن بالنقض أو الالتماس المقدم عن الحكم الصادر بالمحو.

وإلغاء المحو لا يكون إلا بحكم قضائي نهائي. وترفع الدعوى أمام محكمة العقار ممن يهيمه المحو وقد يكون الدائن أو المدين. وترفع على الراهن لأنه هو الخصم الحقيقي في دعوى يراد بها إبقاء الرهن. وإذا كانت الأموال المرهونة واقعة في أكثر من مقر محكمة واحد: ففي هذه الحالة يجب على طالب محو القيد أن يرفع دعواه في الجهات المختلفة بالنسبة إلى الأموال المرهونة، لأنه وإن كان الرهن حصل بعقد واحد فإن هذا لا يمنع أن يكون القيد حاصلًا عن العقارات في دفاتر جهات مختلفة بحسب موقع العقارات. ويجب أن يحصل طلب محو القيد أمام هذه المحاكم المختلفة (3).

(1) السنهوري ص 380- عبد الفتاح عبد الباقي ص 366.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 175 الهامش.

(1) محمد كامل مرسى ص 196.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إن القانون جعل شهر الحقوق العينية عن طريق تسجيلها إعلاما لكل أحد بوجود الحق العيني الذى شهر بحيث يكون حجة على جميع أرباب الحقوق الذين تلقوا حقوقهم وهو مقيد بالسجل، إذ أنهم حينئذ يعتبرون قانونا عالمين بوجوده، ولا حجية له على الذين تلقوا حقوقهم وهو غير مقيد بالسجل، لأنهم حينئذ لم يكونوا عالمين به. ومن ثم فإنه إن محى قيد الحق العيني من السجل ثم ألغى المحو عادت إلى القيد مرتبته الأصلية التى كانت له قبل محوه ولكن بدون أن يكون حجة على التسجيلات التى حصلت فى الفترة بين المحو وإلغائه".

(طعن رقم 37 لسنة 15 ق جلسة 1946/1/31)

264- التأشير الهامشى بإلغاء المحو:

إذا صدر حكم نهائى بإلغاء المحو وجب التأشير بحصول الإلغاء على هامش القيد الذى أشر عليه بالمحو. ولا يلزم إجراء قيد جديد لما له من مضار، إذ يجوز أن يكون الراهن قد أفلس وقت إجراء القيد الجديد أو أن يكون العقار المرهون قد اشتراه حائز وسجل، ولذلك لا يستطيع الدائن أن يجرى القيد الجديد فتضيع حقوقه⁽¹⁾.

وكانت المادة (1475) من المشروع التمهيدي تنص فى فقرتها الأولى على

أن:

"يكون إلغاء المحو بالتأشير به فى الهامش، إذا كان المحو قد أجرى بناء على سند قضى بتزويره أو بطلانه أو بمقتضى حكم إلغاء حكم آخر" إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رأت حذف المادة بأكملها⁽²⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 196 وما بعدها - السنهورى ص 383.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 7 ص 75 الهامش وما بعدها.

265- آثار إلغاء المحو:

يترتب على إلغاء المحو اعتباره كأن لم يكن، وبالتالي اعتبار القيد قائماً وأنه لم يمح في وقت من الأوقات، ولذلك تعود للقيد مرتبته الأصلية. ويحتج بالرهن وفقاً لهذه المرتبة على من كسب حقاً على العقار المرهون قبل المحو. فإلغاء المحو يكون إذن بأثر رجعي بالنسبة لهذا الشخص.

أما من كسب حقه في الفترة ما بين المحو وإلغائه، فلا يكون للمحو أثر رجعي بالنسبة له، وذلك لأنه وقت كسب حقه اعتمد على عدم وجود قيد، إذ كان هذا القيد قد تم محوه، ومن شأن تطبيق فكرة الأثر الرجعي لإلغاء المحو الإضرار بمثل هذا الشخص، ولذلك قررت المادة 46 من قانون تنظيم الشهر العقاري أنه: "إذا ألغى المحو عادت للقيد مرتبته الأصلية ومع ذلك لا يكون لإلغائه أثر رجعي بالنسبة إلى القيود والتسجيلات التي أجريت في الفترة ما بين المحو والإلغاء"⁽¹⁾. وهذا النص يتفق مع الحل الذي أيدته محكمة النقض قبل صدور قانون الشهر العقاري.

فقد راعى الشارع أن القاعدة التي وضعها وهي أن يترتب على إلغاء المحو إعطاء الرهن مرتبة القيد الأصلية، قد تكون مجحفة بمن شهر حقه في الفترة ما بين المحو والإلغاء، لأن هذا الشخص عندما يقوم بإشهار حقه لا يتبين أثراً للقيد، وهو لذلك معذور كل العذر إذا ما اعتقد عدم وجود الرهن الذي يضمه هذا القيد، ومقتضى ما تقدم أن الدائن المرتهن الذي يمحى قيده ثم يلغى هذا المحو فيما بعد يتقدم على الدائنين المقيدين بعده وقبل محو القيد، وكذلك على الدائنين المقيدين

(1) وتقابلها المادة 97 من قانون السجل العيني رقم 142 لسنة 1964 وهي تنص على أنه: "إذا ألغى المحو عاد لقيد الحق العيني التبعي مرتبته الأصلية في السجل العيني. ومع ذلك لا يكون لإلغائه أثر رجعي بالنسبة للقيود التي أجريت في الفترة ما بين المحو والإلغاء".

بعد إلغاء المحو ولكنه يتأخر عن الدائنين المقيدين قبل قيده الأصلي، وكذلك المقيدين بعد المحو وقبل إلغاء هذا المحو أى فى الفترة بين حصول المحو وإلغائه. ويطبق نفس الحكم على حائز العقار وكل من تلقى حقا عينيا عليه.



مادة (1055)

مصرفات القيد وتجديده ومحوه على الراهن ما لم يتفق على غير ذلك.

الشرح

266- مصرفات القيد وتجديده ومحوه:

مصرفات القيد وتجديده ومحوه على الراهن، ما لم يتفق على غير ذلك. وهذا تطبيق للقاعدة العامة التي تقضى بأن المدين هو الذى يتحمل مصرفات الدين.

وإذا دفع المرتهن مصرفات القيد أو التجديد والمحو حق له استردادها من المدين، ويكون الرهن ضامنا لها، ويكون لها نفس مرتبة الرهن ولو لم تذكر فى قائمة القيد كما سنرى (م/1058 مدنى)⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"مصرفات القيد وتجديده ومحوه تكون على الراهن، ما لم يتفق على غير ذلك.

وقد تقدم أن مصرفات عقد الرهن نفسه تكون على الراهن أيضا. وهذا تطبيق للقاعدة العامة التي تقضى بأن المدين هو الذى يتحمل مصرفات الدين"⁽²⁾.



(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 347 - همام محمد زهران ص 468 - محمود شوقي ص 159.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 79.

حق التقدم وحق التتبع:

مادة (1056)

يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون، أو من المال الذى حل محل هذا العقار بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد فى يوم واحد.

الشرح

267- حق التقدم:

يثبت للدائن المرتهن بمقتضى نفاذ رهنه - بالقيد - الحق فى التقدم والحق فى التتبع.

والحق فى التقدم (الحق فى الأفضلية) يقصد به حق الدائن المرتهن فى استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون أو من المال الذى حل محله متقدما فى ذلك على الدائنين العاديين والدائنين الممتازين التالين له فى المرتبة. وتظهر أهمية حق التقدم عندما يكون مقابل العقار أى ثمن بيع العقار غير كاف للوفاء بكافة الديون المستحقة. إذ يلزم فى هذه الحالة تسوية التزام بين الدائنين. وهنا تبرز أهمية حق التقدم الذى يتمتع به الدائن الذى يسمح له باستيفاء حقه قبل الدائنين العاديين بل وقبل الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة التالين له فى المرتبة⁽¹⁾.

268 - موضوع حق التقدم:

الأصل أن حق المرتهن فى التقدم يباشر على ثمن العقار المرهون بعد بيعه. ولكن إذا حل مال محل العقار المرهون، بوشر حق التقدم على هذا المال أو على

ثمنه تطبيقاً لقاعدة الحلول العينية.

فإذا هلك العقار المرهون أو تلف ودفع عن هذا الهلاك تعويض، أو كان العقار مؤمناً عليه ثم هلك أو تلف ودفع المؤمن مبلغ التأمين، أو تصرف الراهن في بعض مشتملات العقار المرهون بعد فصلها عنه وكان الثمن لم يدفع، في كل هذه الأحوال وما يماثلها ينتقل حق التقدم إلى المال الذي حل محل العقار المرهون، أي مبلغ التعويض أو التأمين أو ثمن المشتملات في الأمثلة السابقة⁽¹⁾.

269- كيفية مباشرة المرتهن حقه في التقدم:

حق التقدم - كما ذكرنا سلفاً - يستلزم بطبيعته أن ثمن محل الرهن لا يفي بكافة ديون الدائنين فتوجد مزاحمة بين الدائنين.

والدائن المرتهن إما أن يتزاحم مع الدائنين العاديين أو مع غيرهم من الدائنين ذوي الحقوق على العقار.

والقاعدة أن المرتهن يتقدم على جميع الدائنين العاديين أيأ كان مصدر ديونهم أو تاريخ تحمل ذمة المدين بها.

أما إذا تزاحم المرتهن رهناً رسمياً مع غيره من المرتهنين رهناً رسمياً لنفس العقار، ثبتت الأولوية للسابق في تاريخ القيد، دون مراعاة لتاريخ عقد الرهن تطبيقاً لقاعدة أن السابق في التاريخ يتقدم في القانون. والأسبقية في القيد لا تتحدد فقط بحسب اليوم وإنما بساعة التقديم فمن كان أسبق في الساعة قدم على المتأخر. ولو تقدم اثنان في ساعة واحدة تساويًا ولو كان أحدهما متأخراً بدقائق عن الآخر⁽²⁾.

ولذلك تنص المادة 31 من قانون تنظيم الشهر العقاري على أن:

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 466 وما بعدها - سليمان مرقس ص 192 وما بعدها.

(2) السنهوري ص 386 - عبد الفتاح عبد الباقي ص 466 وما بعدها.

"يعد بالمكتب دفتر للشهر تثبت فيه المحررات وقوائم القيد على حسب الأحوال بأرقام متتابعة وفقا لتواريخ وساعات تقديمها".

وإذا تزامن الدائن المرتهن رهنا رسميا مع صاحب حق الاختصاص أو مع المرتهن رهنا حيازيا، تثبت الأولوية للأسبق فى تاريخ القيد، كما سنرى فى موضعه.



مادة (1057)

تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط، أو كان ديناً مستقبلاً أو احتمالياً.

الشرح

270- احتساب مرتبة الرهن من وقت قيده:

تحدد مرتبة الدائن المرتهن من وقت القيد. فإذا تقدم للقيد مع دائنين آخرين في يوم واحد، كان الأسبق منهم في القيد هو المتقدم. ولا ينال من ذلك أن يكون الدين المضمون بالرهن معلقاً على شرط، أو كان ديناً مستقبلاً أو احتمالياً.

فإذا علق الدين على شرط فاسخ، فهو دين موجود حقا ولكنه يزول إذا تحقق الشرط الفاسخ. فلا يحرم الدائن المعلق حقه على شرط فاسخ من الاشتراك بحسب مرتبة رهنه، من الحصول على نصيبه في التوزيع. وقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا على إلزام هذا الدائن بتقديم ضمان يكفل رد ما استوفاه، إذا تحقق الشرط الفاسخ. وفي هذه الحالة يعاد توزيع ما رده الدائن تحت شرط فاسخ على سائر الدائنين⁽¹⁾.

أما إذا كان الدين معلقاً على شرط واقف، فإن معنى ذلك أن وجود الدين مجرد احتمال.

ومن ثم لا يحق للمرتهن أن ينفذ وأن يتمتع بأسبقيته. ومن ثم فالحل هو أن ثمن العقار يوزع على الدائنين دون حجز نصيب لصاحب الحق الاحتمالي. وتحسب للمرتهن حصة احتمالية يكون من حقه استردادها من الدائنين التاليين له

(1) السنهاوري ص 387 - نعمان محمد جمعه ص 71.

فى المرتبة عند تحقق الشرط الواقف. ففى هذا الفرض يعاد نظريا توزيع ثمن العقار، ويعاد تسوية الوضع بين الدائنين بما يحفظ لهذا المرتته أسبقيته. ولكن حفاظا على حق المرتته الذى يستند إلى حق احتمالى فإنه يجب على الدائنين التالين له فى المرتبة أن يقدموا له تأمينا كافيا وقت إتمام التوزيع السابق على تحقيق الشرط⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"1- تتحدد مرتبة الدائن المرتته من وقت القيد حتى لو كان حقه معلقا على شرط أو كان حقا مستقبلا أو كان حقا احتماليا. فإذا تقدم للقيد مع دائنين آخرين فى يوم واحد، كان الأسبق منهم فى القيد هو المتقدم. فإذا تقدموا جميعا فى وقت واحد من اليوم الواحد قيدوا تحت رقم واحد واعتبروا فى مرتبة واحدة.

2- ومتى تحددت مرتبة الدائن المرتته على النحو المتقدم، استوفى حقه طبقا لهذه المرتبة من ثمن العقار عند بيعه فى المزاد، أو من الحق الذى حل محل العقار كالتعويض أو مبلغ التأمين أو ثمن ملحقات العقار"⁽²⁾.

أما لو كان الدين مستقبلا، كما لو كان حسابا جاريا أو فتح اعتماد مصرفى، فإن الدين لا يتحدد إلا بقطع الرصيد وإقراره.

ومن ثم لايجوز اشتراك المصرف فى التوزيع رغم تقدمه فى المرتبة على باقى الدائنين، ويقتصر التوزيع على هؤلاء بشرط أن يقدموا تأمينا كافيا يرضاه المصرف يضمن له الوفاء بالمبلغ الوارد بالقيد والذى يتحدد بمبلغ معين أو بالحد الأقصى للحساب، ويجوز إرجاء التوزيع على أصحاب المرتبة التالية متى كان أجل الدين قريبا بالنسبة لصاحب المرتبة الأسبق. ويجب ذلك فى حالة عدم تقديم التأمين الكافى الذى

(1) نعمان محمد جمعه ص 71.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 88 وما بعدها.

يرضاه صاحب المرتبة الأسبق، وقد يكون التأمين عينيا أو شخصا أو بخطاب ضمان، وفي حالة المنازعة في كفايته يكون الحكم للقاضي⁽¹⁾.

مادة (1058)

- 1- يترتب على قيد الرهن إدخال مصروفات العقد والقيود والتجديد إدخالاً ضمناً في التوزيع وفي مرتبة الرهن نفسها.
- 2- وإذا ذكر سعر الفائدة في العقد فإنه يترتب على قيد الرهن أن يدخل في التوزيع مع أصل الدين وفي نفس مرتبة الرهن فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التي تستحق من هذا التاريخ إلى يوم رسو المزاد، دون مساس بالقيود الخاصة التي تؤخذ ضمناً لفوائد أخرى قد استحققت والتي تحسب مرتبتها من وقت إجرائها. وإذا سجل أحد الدائنين تنبيه نزع الملكية انتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل.

الشرح

- 271- إدخال مصروفات العقد والقيود والتجديد في التوزيع وفي مرتبة الرهن:

رأينا أن القيد يضمن بمرتبته أصل الدين والملحقات الواردة بالقائمة. كما أنه يجوز إجراء قيد لاحق أو تكميلي للملحقات فتكون لها مرتبتها من يوم حصوله.

إلا أن المادة تقضى بأن يضمن القيد بمرتبته دون حاجة لنص خاص في القائمة مصروفات كل من عقد الرهن والقيود وتجديده، وهى المصروفات التي يدفعها الدائن المرتهن ويكون له الرجوع بها على الراهن.

وأأنواع المصروفات المنصوص عليها قد وردت على سبيل الحصر وذلك لأن حق التقدم ينطوى على خروج على القواعد العامة التي تقيم مبدأ المساواة بين

الدائنين، فإن تفسير نص المادة (1058) يجب أن يكون تفسيراً ضيقاً فتشمل هذه المصروفات مصروفات العقد ويقصد بها مصروفات إبرام العقد الرسمي أى الرسوم التى تستحق لإتمام إبرام العقد الرسمي. فلا تشمل نفقات العقد الأخرى مثل أتعاب المحاماة، كما لا يدخل فى المصروفات مصاريف الدعوى بين الدائن والمدين وكذلك مصروفات قيد الرهن وتجديده باعتبارها المصروفات اللازمة للمحافظة على حقوق الدائن الناشئة عن الرهن.

والأصل أن الدائن هو الذى يقوم بالقيد والتجديد.

وغنى عن البيان أن الدائن لا يتقدم بهذه المبالغ إذا كان يلتزم هو بدفعها بناء على اتفاقه مع المدين. فإن كان يلتزم بسدادها فهو ليس دائناً بها ولا يمكن أن تعتبر من ملحقات أصل الدين. فإذا كان الأصل طبقاً للمادة 1055 أن مصروفات القيد والتجديد على عاتق الراهن إلا أن هذه القاعدة مكملة يجوز الاتفاق على ما يخالف حكمها.

ولا يشمل التقدم مصروفات محو الرهن لأن القانون لم ينص عليها. فإذا كان الدائن قد دفع هذه المصروفات فإن الرهن لا يضمنها بقوة القانون.

ويكون توزيع المصروفات طبقاً لمرتبة الرهن نفسها شأنها فى ذلك تماماً شأن أصل الدين. أى تضاف قيمتها إلى قيمة أصل الدين ويتقدم الدائن بقيمتها لاستيفاء حقه طبقاً لمرتبة رهنه.

وإذا كان الدين احتمالياً أو مستقبلاً فإن حق التقدم لا يشمل بقوة القانون وبمجرد قيد الرهن وبمرتبه المصروفات إلا إذا كان لا يترتب على إضافتها تخطى الحد الأقصى المحدد للدين المضمون بالرهن.

ولا يوجد ما يمنع من أن يضمن الرهن أى مبالغ أو مصروفات ولكن لابد من أن تكون قد قيدت وتكون مرتبتها من تاريخ قيدها وليس من تاريخ قيد الرهن. فالمصروفات الواردة فى المادة (1058) هى فقط التى تدخل فى التوزيع حتى ولو

لم ترد في القائمة والتي تكون مرتبتها من تاريخ قيد الرهن⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"ورتبة الرهن تتناول مبلغ الدين المذكور في القيد سواء كان أصلاً أو فوائد وتتناول أيضاً دون ذكر في القيد، مصروفات العقد والقيد والتجديد وفوائد أخرى غير الفوائد التي ذكرت في القيد هي فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التي تستحق من هذا التاريخ إلى يوم رسو المزاد بشرط أن يذكر سعر الفائدة في العقد"⁽²⁾.

272 - احتساب الفوائد في مرتبة الرهن :

الفوائد قد تكون مستحقة وقت القيد وتذكر فيه فيضمنها بمرتبته. وقد تستحق بعد ذلك ويجرى عنها قيد تكميلي فتكون لها مرتبة هذا القيد الأخير، وبالطبع لايجوز إجراء قيد بها إلا بعد استحقاقها. وفضلاً عن ذلك فهناك فوائد يضمنها القيد بقوة القانون دون حاجة لنص خاص في القائمة وتكون لها مرتبة الالتزام الأصلي ذاته. وهي فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التي تستحق من هذا التاريخ إلى يوم رسو المزاد وحتى لا يرهق المدين بمصروفات غير لازمة نص المشرع على أن تسجيل تنبيه نزع الملكية الحاصل من أحد الدائنين حتى ولو كان دائناً عادياً يستفيد منه جميع الدائنين فيما يتعلق بضمان الرهن بمرتبته للفوائد على النحو السابق⁽³⁾.

أما بالنسبة للفوائد عن المدة التالية لرسو المزاد فقد نصت المادة (230) من التقنين المدني على أنه: "عند توزيع ثمن الشيء الذي بيع جبراً لا يكون الدائنون

(1) حسام الدين كامل الأهواني ص 439 وما بعدها.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 89.

(2) محمد على إمام ص 305.

المقبولون في التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفائدة تأخير عن الأنصبة التي تقدرت لهم في هذا التوزيع إلا إذا كان الراسى عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن، أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فائدة في هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسى عليه المزاد أو خزانة المحكمة. وهذه الفائدة تقسم بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء".



مادة (1059)

للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه فى حدود الدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار، ويجوز التمسك قبل هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التى يجوز التمسك بها قبل الدائن الأول، عدا ما كان منها متعلقاً بانقضاء حق هذا الدائن الأول إذا كان هذا الانقضاء لاحقاً للتنازل عن المرتبة.

الشرح

273 - المقصود بالتنازل عن مرتبة الرهن :

يختلف النزول عن مرتبة الرهن عن النزول عن الرهن. إذ قد ينزل المرتهن عن حقه فى الرهن سواء بما يؤدى إلى انقضاء الرهن ذاته مع بقاء الدين بغير ضمان أو بما يؤدى إلى انتقال الرهن إلى غيره تبعاً لانتقال الحق المضمون من المرتهن لشخص آخر كما هو الحال فى حوالة الحق حيث ينتقل الحق المحال بجميع ضماناته ومنها الرهن للمحال إليه (م 307 مدنى)، وكما هو الحال فى حالة الوفاء مع الحلول - القانونى أو الاتفاقى - حيث يحل الموفى محل الدائن المرتهن فيما له من رهن بنفس مرتبته (م 329 مدنى).

فالنزول عن مرتبة الرهن، يكون قاصراً على مرتبة الدائن فى الرهن دون حق الرهن نفسه.

والنزول عن المرتبة لاجوز إلا لصالح من يكون له رهن مقيد على نفس العقار. فهو لاجوز لصالح مرتهن آخر ولو كان مملوكاً لنفس المدين، وهو لا يجوز للدائن العادى.

وإذا كان نص المادة يقصر النزول عن المرتبة للدائن المرتهن رهناً رسمياً

ولصالح مرتتهن رسمي آخر، إلا أن الراجح استنادا إلى مفهوم النص واتحاد العلة تطبيق نفس الحكم أى إجازة التنازل على صاحب حق الاختصاص والمرتهن رهنا حيازيا وصاحب حق الامتياز الخاص العقارى سواء حصل النزول عن المرتبة منه أو لصالحه⁽¹⁾.

ومصلحة الدائن المتأخر فى ذلك ظاهرة. أما الدائن المتقدم فيجوز أن يكون نزوله عن ترتيبه لقاء ثمن معين مضاربة منه على كفاية العقار المرهون أو عدم كفايته لسداد جميع الديون المرهون لها. أو على إمكان الطعن فى الديون التى تكون مرتبتها بين مرتبة المتنازل ومرتبة المتنازل إليه، واعتمادا منه على رهن آخر مقرر له على آخر⁽²⁾.

274- وجوب أن يكون النزول عن مرتبة الرهن فى حدود دين المتنازل :

يجب لصحة النزول عن مرتبة الرهن، أن يكون النزول فى حدود دين المتنازل.

فإذا كانت قيمة الدين ألف جنيه وكان دين المتنازل إليه عن مرتبة الرهن ألفين، فإن التنازل لا يسرى إلا فى حدود ألف جنيه، لأنه لو انتفع المتنازل إليه بمرتبة الرهن الأولى فى استيفاء الألفين قبل غيره من الدائنين لأضر ذلك بالدائنين التالين له فى المرتبة.

275- التمسك ضد المتنازل له بالدفع التى كان يمكن التمسك بها

ضد المتنازل :

لكى يرتب النزول عن الرهن أثره، وهو حلول الدائن المتأخر فى المرتبة محل الدائن المتقدم عنه، يجب أن يكون رهن الدائن المتنازل موجودا وناظدا. فإذا كان

(1) السنهاورى ص 404 - همام محمد زهران ص 484 - عبد الفتاح عبد الباقي ص 468.

(2) سليمان مرقس ص 195 - السنهاورى ص 404.

هذا الحق قد انقضى قبل النزول أو كان غير نافذ، فإنه يجوز للغير أن يتمسك بذلك لأقبل المتنازل فحسب، بل وقبل المتنازل له.

وعلى ذلك إذا استوفى الدائن الأول حقه، ثم نزل عن مرتبة رهنه لدائن آخر متأخر، كان للدائنين المتوسطين أن يتمسكوا ببطلان هذا النزول لأن حق الرهن المقرر للدائن الأول المتنازل قد انقضى بالوفاء قبل النزول.

وكذا إذا أهمل الدائن الأول تجديد قيده، ثم نزل عن مرتبته لآخر، كان للدائن المتوسط أن يتمسك ضد المتنازل بعدم تجديد القيد، وبالتالي بعدم نفاذ رهن المتنازل في مواجهته.

إلا أن الدفوع التي يمكن التمسك بها في مواجهة المتنازل بسبب انقضاء حقه بعد النزول عن المرتبة، لا يجوز التمسك بها ضد المتنازل له. وعلى ذلك إذا نزل الدائن الأول عن مرتبة رهنه للدائن الثالث وشهر هذا النزول بالتأشير على هامش القيد الأصلي، ثم استوفى الدائن الأول حقه من المدين فانقضى رهنه بهذا الاستيفاء، فلا يجوز للدائن المتوسط (ذو المرتبة الثالثة) أن يتمسك قبل المتنازل له بانقضاء حق المتنازل توصلًا إلى إبطال النزول ذاته⁽¹⁾.

3- يجب ألا يضر التنازل بالدائنين الذين لهم مرتبة متوسطة:

فإذا أضر التنازل بهؤلاء الدائنين، جاز لهم أن يطلبوا عدم نفاذه في حقهم. فمثلاً إذا كان زيد يملك رهناً أولاً على العقارين (أ، ب) وكان بكر يملك رهناً ثانياً على كل من العقارين، وعمر يملك رهناً ثالثاً على العقار (أ) وليس له أي حق على العقار (ب). وكان مقدار دين كل من الدائنين الثلاثة ألف جنيه وقيمة كل من العقارين المرهونين ألف جنيه، فإن نزول زيد عن مرتبة رهنه على العقار (أ) إلى عمر سيترتب عليه أن عمراً يأخذ وحدة قيمة العقار (أ) ولا يأخذ بكر ولا

(1) محمد ليبب شنب ص 163 وما بعدها - سمير عبد السيد تناغو ص 262 وما بعدها.

زيد شيئاً منه، ولكن زيدا يستطيع أن يأخذ دينه من قيمة العقار (ب) أما بكر فلا يأخذ شيئاً من أى العقارين فى حين أنه لولا نزول زيد عن مرتبة رهنه إلى عمر لاستوفى بكر دينه كاملاً من العقار الذى لا يستوفى منه زيد. ففى هذه الحالة يجوز لبكر أن يطعن فى نزول زيد إلى عمر لحصوله إضراراً به، وأن يطلب عدم نفاذه فى حقه. فيجبر زيدا على أن يستوفى حقه فى المرتبة الأولى من أحد العقارين وأن يترك له المرتبة الأولى على العقار الآخر، وذلك استناداً إلى القاعدة العامة التى تقضى بأن العقود لا يترتب عليها ضرر لغير عاقد بها⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أجاز هذا النص نزول الدائن المرتهن، لا عن الرهن ذاته كما فى الحلول الشخصى، بل عن مرتبة الرهن إلى دائن آخر تال فى المرتبة، فيصبح كل منهما فى مرتبة الآخر وذلك بقيددين:

(1) أن الدائن الذى يحل فى المرتبة لا يحل فى حق أكبر من الحق الذى كانت له هذه المرتبة، وهذا بديهى.

(2) أن تقبل ضد الدائن الذى حل فى المرتبة كل الدفع التى كانت تقبل ضد الدائن الذى كانت له هذه المرتبة، إلا إذا كان الدفع متعلقاً بانقضاء حق هذا الدائن فى تاريخ لاحق للنزول عن المرتبة، وهذا أيضاً ظاهر"⁽²⁾.



(1) سليمان مرقس ص 197 - السنهاورى ص 401 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 91.

مادة (1060)

1- يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار، إلا إذا اختار الحائز أن يقضى الدين أو يظهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه.

2- ويعتبر حائزا للعقار المرهون كل من انتقلت إليه بأى سبب من الأسباب ملكية هذا العقار أو أى حق عيني آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولاً مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن.

الشرح

276 - حق التتبع:

المقصود بحق الدائن المرتهن فى تتبع العقار المرهون، حقه فى اتخاذ إجراءات التنفيذ على هذا العقار فى أى يد يكون. فلا يشترط أن يبقى العقار فى ملكية الراهن حتى يتمكن الدائن المرتهن من التنفيذ عليه. بل إن الراهن قد يتصرف فى العقار المرهون فينقل ملكيته إلى شخص آخر دون أن يؤثر هذا فى حق الدائن المرتهن.

وعلى هذا فحق الدائن المرتهن فى التتبع مرتبط بحق الراهن فى التصرف فى العقار المرهون.

ولا يتصور قيام أحد الحقين بدون الآخر. وإلا انتقصنا من حق الراهن فى الملكية أو من حق المرتهن فى الرهن.

وتقرير حق رهن على عقار لا ينتقص من ملكية الراهن، ولا يمنعه بصفة خاصة من حقه فى التصرف فى العقار المرهون (م1043) ومع ذلك فأى تصرف يصدر منه لا يؤثر فى حق الدائن المرتهن.

والتصرف في العقار المرهون كان يؤثر في حق الدائن المرتهن لو امتنع عليه كما هو الشأن بالنسبة للدائن العادي أن يتخذ إجراءات التنفيذ على مال خرج من ذمة المدين قبل التنفيذ. أما وأن الدائن المرتهن يستطيع أن ينفذ على العقار المرهون حتى بعد خروجه من ذمة المدين الراهن فهذا يفسر على السواء، حق الراهن في التصرف وحق المرتهن في التتبع ويبين ما بين الحقين من ارتباط. والحق في التتبع مظهر من مظاهر نفاذ الرهن في مواجهة الغير، مترتب على كون الرهن حقا عينيا. فمن آثار الحقوق العينية جميعا حق صاحبها في تتبع محلها لمباشرة مضمونها.

والرهن حق عيني تبعي. وسلطة التتبع أكثر وضوحا في الحقوق العينية التبعية عنه في الحقوق العينية الأصلية. ولعل السبب في ذلك أن صاحب الحق العيني التبعي لا يحتفظ بسلطة التصرف في الشيء محل الحق، بل تبقى هذه السلطة لشخص آخر هو المالك، وتصرفات هذا الشخص هي التي تحقق الحالات العملية التي يلجأ فيها صاحب الحق العيني التبعي إلى تتبع الشيء في يد المتصرف إليه.

أما في الحقوق العينية الأصلية فلا يوجد هذا الازدواج في السلطة، أي لا يوجد شخص آخر بجانب صاحب الحق العيني الأصلي يحق له أن يتصرف في الشيء محل الحق تصرفا يمس هذا الحق في حدود مضمونه. ومن هنا تظهر الصعوبة في الكشف عن أمثلة عملية يباشر فيها صاحب الحق العيني الأصلي سلطته في التتبع.

وفي نطاق الحقوق العينية التبعية وبالنسبة للرهن الرسمي بصفة خاصة، فإن التتبع يعتبر من أهم آثاره، إلا أنه لا يعبر عن جوهره. فجوهر الرهن هو الحق في الأفضلية والتقدم. حق الدائن المرتهن في أن يفضل غيره عن الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء دينه من المقابل النقدي للعقار المرهون.

وهو يباشر هذا الحق دون حاجة إلى تتبع العقار المرهون على الإطلاق، ويكون هذا في الحالات الكثيرة التي لا يتصرف فيها الراهن في العقار ويظل محتفظاً بملكيته إلى وقت التنفيذ عليه. في هذه الحالة ينفذ الدائن المرتهن على العقار المرهون كأثر مباشر للرهن فيما بين المتعاقدين، وليس تتبعاً للعقار في مواجهة الحائز. أى أن الدائن قد يحقق كل غايته من الرهن ويتقدم على غيره من الدائنين دون أن يلجأ إلى تتبع العقار في مواجهة الغير. إلا أن الأفضلية وهي جوهر الحق تظل مهددة إذا لم يساندها الحق في التتبع. فبدون هذا الحق الأخير تتعدم كل قيمة للأفضلية بمجرد تصرف الراهن في العقار المرهون لشخص آخر لا يستطيع الدائن المرتهن أن يتخذ إجراءات التنفيذ في مواجهته. ولهذا فالوضع الصحيح للتتبع أنه حق مساعد يلجأ إليه الدائن المرتهن إذا تصرف الراهن في العقار المرهون⁽¹⁾.

277- شروط مباشرة حق التتبع:

ترجع هذه الشروط إلى الدائن المرتهن المباشر للحق في التتبع وإلى الحائز الذي يباشر الحق في التتبع في مواجهته.

أولاً: الشروط الواجب توافرها في الدائن المرتهن:

(1) حلول أجل الالتزام:

الغرض من حق التتبع - كما رأينا - هو التنفيذ على العقار بين يدي الحائز له. فيجب أن يكون هذا التنفيذ ممكناً، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان أجل الدين المضمون قد حل.

والدين يحل بحلول أجله، أو للأسباب الأخرى لسقوط الأجل وهي إفلاس

(1) سمير عبد السيد تناغو ص 364 وما بعدها.

المدين أو إعساره أو فى حالة إضعاف التأمينات لدرجة كبيرة، أو عدم تقديم ما وعد من تأمينات (م 273 مدنى).

ويفيد الحائز من الأجل الممنوح للمدين ولو كان أجل ميسرة منح من القاضى.

وإذ يباشر الدائن المرتهن إجراءات التنفيذ فى مواجهة الحائز فليس لهذا الأخير حق التمسك بالدفع بتجريد المدين على خلاف الكفيل الشخصى غير المتضامن الذى له ذلك⁽¹⁾.

(2) نفاذ الرهن فى مواجهة الحائز:

يجب أن يكون الرهن نافذا فى مواجهة الحائز. وهذا يتطلب أن يكون قيد الرهن سابقا على اكتساب الحائز لحقه، أى قبل تسجيل السند المنشئ لحقه فى الملكية أو غيره من الحقوق العينية الأصلية وإلا ما كان للرهن أية حجية فى مواجهة الحائز.

فإذا سجل الحائز حقه قبل قيد الرهن، لم يكن الرهن ساريا فى مواجهته، فلا يستطيع الدائن المرتهن تتبع العقار فى هذه الحالة فى مواجهة الحائز وإذا سجل الحائز حقه بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية، لم ينفذ التصرف للحائز، واستطاع الدائن أن ينفذ على العقار المرهون وهو لا يزال فى ملكية الراهن⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

(أ) - "تقضى المادة 616 من قانون المرافعات السابق - الذى اتخذت إجراءات التنفيذ فى ظله - بأن تصرف المدين أو الحائز فى العقار لا ينفذ فى

(1) همام محمد زهران ص 488 - عبد الفتاح عبد الباقي ص 393 وما بعدها.

(2) السنهورى ص 409 وما بعدها - عبد الفتاح عبد الباقي ص 394 - همام محمد زهران ص

489 وما بعدها.

حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ولا فى حق الراسى عليه المزداد إذا كان التصرف قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية. مما مفاده - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن القانون قد جعل العبرة فى نفاذ التصرف الصادر من المدين أو عدم نفاذه فى حق الحاجزين عموما والراسى عليه المزداد هى بشهر التصرف أو عدم شهره قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، فإذا شهر التصرف قبل تسجيل التنبيه كان نافذا فى حق هؤلاء أما إذا لم يشهر إلا بعد تسجيل التنبيه أو لم يشهر على الإطلاق فإنه لا يسرى فى حقهم ولو كان ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه وبذلك يكون تسجيل التنبيه هو الحد الفاصل بين التصرفات التى تنفذ فى حق الدائنين وبين تلك التى لا تنفذ فى حقهم أيا كان الشخص الذى يصدر منه التصرف مدينا كان أو حائزا ودون تفرقة بين الحاجزين دائنين عاديين كانوا أو من أصحاب الحقوق المقيدة، ذلك أن ما اشترطه القانون المشار إليه لنفاذ التصرف فى حق الدائن العادى الحاجز من أن يكون هذا التصرف مشهرا قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية إنما قصد به إلى مخالفة ما كان يجرى عليه القضاء فى ظل قانون المرافعات السابق عليه من الإكتفاء بالنسبة لهذا الدائن بثبوت تاريخ التصرف قبل تسجيل التنبيه".

(ب) - "إذ كان قانون المرافعات - السابق - الذى يحكم واقعة الدعوى قد اعتبر التصرف الذى لم يشهر قبل تسجيل التنبيه نافذا فى حق الحاجز، فإن صدور حكم بصحة هذا التصرف لا يكون من شأنه نفاذ التصرف المذكور ما دام هذا الحكم لم يشهر قبل تسجيل التنبيه أو يؤشر بمنطوقه فى هامش تسجيل صحيفة الدعوى المرفوعة بصحة هذا التصرف إذا كانت قد سجلت قبل تسجيل التنبيه، إذ أن الحكم بصحة ونفاذ العقد هو قضاء بانعقاده صحيحا ونافذا بين طرفيه ولكنه لا يعطى لأى منهما مزية فى المفاضلة مع حق سابق مشهر كالحق المترتب للحاجز على تسجيل التنبيه، وعلى ذلك فلا يصح لمن لم يسجل عقد

شرائه للعقار أن يحتج بعقده على نازع الملكية استناداً إلى القول بأنه مادام البيع حجة على البائع فهو حجة على دائئه العادى المعتبر خلفاً عاماً، ولما كان الثابت من قرارات الحكم المطعون فيه أن عقد شراء الطاعنة للمنزل الذى تستند إليه فى دعواها - بثبوت ملكيتها له - لم يشهر كما لو يشهر الحكم الصادر بصحته ونفاذه فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه بعدم قبول دعواها على أن هذا التصرف لا ينفذ فى حق الدائن نازع الملكية لعدم شهره قبل تسجيل نزع الملكية فإنه يكون قد طبق القانون فى هذا الخصوص تطبيقاً صحيحاً".

(طعن رقم 161 لسنة 39 ق جلسة 1974/4/30)

ثانياً: الشرط الواجب توافرها فى الحائز للعقار:

الحائز للعقار هو من يباشر الدائن المرتهن فى مواجهته حقه فى التمتع. واصطلاح الحائز هنا مستعمل فى معنى خاص يختلف عن المعنى المألوف لهذا الاصطلاح، فلا يقصد بالحائز هنا من تكون له الحيازة العرضية للعقار كمستأجره ولا من تكون له حيازة هذا العقار كواضع اليد بل الحائز هنا كما عرفتة الفقرة الثانية من المادة (1060) كل من انتقلت إليه بأى سبب من الأسباب ملكية هذا العقار أو أى حق عينى آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولاً مسئولية شخصية عن الدين المضمون ويمكن إرجاع الشروط التى يجب توافرها فى الشخص لى يعتبر حائزاً إلى ما يأتى:

1- يجب أن تنتقل إليه ملكية العقار المرهون أو على الأقل حق عينى عليه يمكن رهنه، وبمعنى آخر يمكن بيعه بالمزاد العلنى لأن الحقوق التى يمكن بيعها بالمزاد العلنى هى وحدها التى تكون قابلة لأن ترهن.

والحكمة من ذلك هى أن الغرض من مباشرة حق التمتع هو التنفيذ على الحق

فى يد الحائز ذلك التنفيذ الذى ينتهى ببيع العقار بالمزاد العلنى.

والحقوق العينية التي يمكن بيعها بالمزاد العلني هي الملكية وحق الانتفاع وملكية الرقبة.

وعلى ذلك لا يعتبر حائزا من اكتسب على العقار حق ارتفاق، لأن حق الارتفاق لا يمكن بيعه مستقلا عن العقار المخدم، ولا يعتبر حائزا من قرر له على العقار حق استعمال أو حق سكنى، لأنهما حقان شخصيان لصاحبيهما فلا يمكن بيعهما، ولا يعتبر كذلك حائزا المرتهن حيازيا، إذ لا يمكن بيع حق الرهن بالمزاد مستقلا عن الالتزام المضمون.

ومع ذلك فالدائن المرتهن يحتج بحقه في مواجهة أصحاب الحقوق السابقة ويكون مظهر هذا الاحتجاج لا تتبع هذه الحقوق، ولكن التنفيذ على العقار في مواجهة المدين الراهن مع تجاهل هذه الحقوق. أما إذا كان الحق الذي ترتب للغير من الحقوق العينية التبعية كالرهن فنكون بصدد مباشرة الحق في التقدم وليس الحق في التتبع⁽¹⁾.

وانتقال الملكية أو الحق العيني قد يكون بأى سبب من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية فيصح أن يكون مصدره العقد كالبيع أو المقايضة أو الهبة أو الشركة، كما يجوز أن ينشأ عن تصرف من جانب واحد كالوصية. ويجوز أن يكون مبناه عمل من جانب الحائز ذاته كالشفعة أو التقادم. كذلك لا يهم أن يكون انتقال الملكية بمقابل أو بغير مقابل، ولا أن يكون بين الأحياء أو بسبب الوفاة⁽²⁾.

وتفصح عن ذلك صراحة الفقرة الثانية من المادة (1060) التي تجرى على أن: "يعتبر حائزا للعقار المرهون كل من انتقلت إليه بأى سبب من الأسباب ملكية

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 394 وما بعدها - سمير عبد السيد تناغو ص 270 وما بعدها.

(2) السنهوري ص 409 - عبد الفتاح عبد الباقي ص 399 - محمد على إمام ص 346 - محمد كامل مرسى ص 206.

هذا العقار أو أى حق عيني آخر عليه قابل للرهن...".

وهذا ما أخذت به محكمة النقض - دون نص - فى ظل القانون المدنى

القديم إذ قضت بأن:

(أ) "إذا وضع شخص يده على عقار مرهون المدة الطويلة المكسبة للملكية فإن تملكه للعقار لا يستتبع حتما انقضاء الرهن بل يكون للدائن المرتهن الحق فى نزع ملكية العقار وفاء لدينه ولا يصح القول بأن وضع اليد على ذلك العقار المدة الطويلة يكسب ملكية العقار وملكية الرهن إذ هذا يؤدى إلى إهدار حق الدائن المرتهن الذى كفله نص المادة 554 من القانون المدنى من استيفاء دينه بالأولوية والتقدم على الدائنين الآخرين من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون، كما أن فيه إجازة لسقوط حق الرهن استقلالا عن الدين المضمون به مع أنه تابع له لا ينقضى إلا بانقضائه".

(ب) - "إذا كان حائز العقار المرهون لم يتلق الملكية من المدين بل تلقاها عن غير طريقه سواء أكان ذلك بطريق الشراء من آخر أو بطريق وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية فلا على الدائن المرتهن إذا هو لم ينذره أن يتخذ إجراءات نزع الملكية فى مواجهته عملا بالمادة 697 مدنى مختلط التى تحكم واقعة الدعوى".

(طعن رقم 288 لسنة 22 ق جلسة 1956/3/8)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"إذا انتقلت ملكية العقار المرهون أو أى حق عيني على هذا العقار قابل للرهن، إلى شخص غير الراهن، بأى سبب من أسباب كسب الملكية، ولو كان من طريق التقادم، وكان هذا الشخص غير مسئول شخصياً عن الدين، فإنه يسمى، الحائز للعقار، ويتلقى العقار مثقلا بالرهن، وللدائن المرتهن حق تتبع العقار وهو

فى ملكيته، ويستطيع أن ينفذ عليه، فيتحمل الحائز إجراءات نزع الملكية إلا إذا اختار أن يدفع الدين أو أن يطهر العقار من الرهن، أو أن يتخلى عن العقار المرهون⁽¹⁾.

ولا يعتبر الوارث حائزاً، إذ يترتب على مبدأ ألا تركة إلا بعد سداد الديون، أن العقار المرهون لا ينتقل إلى الوارث إلا بعد سداد الدين المضمون بالرهن، أى بعد زوال الرهن، وعلى ذلك فلا يكون الوارث مالكا لعقار مرهون.

وإذا صفت التركة وفقاً للأحكام التى أوردها التقنين المدنى الجديد (876-914) وكان الدين المضمون بالرهن لم يحل أجل الوفاء به بعد ولم تحكم المحكمة بحلول هذا الأجل وفقاً لحكم المادة (894)، ووزعت المحكمة العقار المرهون على الورثة، فإنها توزع عليهم كذلك الدين المضمون بالرهن بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون فى نتيجته معادلاً لصافى حقه فى الإرث (المادة 1/895)، وعلى ذلك لا يعتبر الوارث الذى يقع العقار المرهون فى نصيبه حائزاً، لأنه يكون ملتزماً شخصياً بالدين⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويلاحظ أن الوارث فى القانون الفرنسى، وهو مسئول شخصياً عن دين المورث، لا يكون حائزاً للعقار المرهون، أما الوارث فى الشريعة الإسلامية فلا يعتبر هو أيضاً حائزاً للعقار المرهون، ولكن لسبب آخر، فهو وإن لم يكن مسئولاً شخصياً عن دين المورث، إلا أن المبدأ القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين من شأنه ألا يجعل ملكية العقار المرهون تنتقل إليه من المورث إلا بعد سداد الدين المضمون بالرهن أى بعد زوال الرهن، فلا محل إذن لأن يكون حائزاً لعقار

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 94.

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 397.

مرهون. وإذا صفت التركة وفقاً للإجراءات التي نظمها المشروع، ووقع في نصيب الوارث عقار مرهون وتحمل ما عليه من الدين طبقاً للقواعد التي سبق ذكرها في تقسيم الديون المؤجلة على الورثة، فإن الوارث يكون في هذه الحالة مسئولاً شخصياً عن الدين، فلا يجوز اعتباره حائزاً للعقار المرهون.

أما الموصى له والشفيع ومن ملك بالتقادم فإن هؤلاء جميعاً يعتبرون حائزين للعقار، لهم حق الخيار المتقدم⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"الحائز في التنفيذ العقاري الذي أوجبت المادة 626 من قانون المرافعات السابق إنذاره بدفع الدين أو تخلية العقار هو - كما عرفته المادة 2/1060 من القانون المدني - كل من انتقلت إليه بأى سبب من الأسباب ملكية العقار المرهون أو أى حق عيني آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولاً مسئولية شخصية عن الدين، مما مؤداه - وعلى ما قرره الأعمال التحضيرية للقانون المدني أن الوارث لا يعتبر حائزاً للعقار المرهون من المورث لأن المبدأ القاضي بألا تركة إلا بعد سداد الديون من شأنه ألا يجعل ملكية العقار المرهون تنتقل إليه من المورث إلا بعد سداد الدين المضمون وزوال الرهن، ولما كانت الطاعنة من ورثة المدين فلا تعتبر حائزة للعقار المرهون موضوع التنفيذ بحيث يلزم إنذارها كمقتضى المادة 626 سالفة الذكر".

(طعن رقم 371 لسنة 39 قى جلسة 1974/10/22)

والكفيل العيني ولو أنه غير مسئول شخصياً عن الدين لا يعتبر حائزاً إذ هو يملك العقار المرهون من الأصل، ولذلك لايجوز له تطهيره من الرهن⁽²⁾.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 94 وما بعدها .

(1) محمد على إمام ص 345 - سمير عبد السيد تناغو ص 273.

2- أن يكون الحائز قد انتقلت إليه الملكية بعد قيد الراهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، فإذا سجل الحائز حقه قبل قيد الرهن فالرهن لا يسرى في مواجهته. ذلك أن المادة 405 من قانون المرافعات تقضى بأن:

"لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز أو الكفيل العيني في العقار ولا ينفذ كذلك ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز في حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ولا في حق الدائنين المشار إليهم في المادة 417 ولا من حكم بإيقاع البيع عليه إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل بعد شهر تسجيل تنبيه نزع الملكية".

وقد قضت محكمة النقض بأن:

(أ)- "حائز العقار المشار إليه بالمادة 574 من القانون المدني لا يمكن مبدئياً أن يكون إلا من آلت إليه من المدين ملكية العقار أو حق انتفاع عيني عليه، فأصبح بمقتضى ماله من الملكية أو حق الانتفاع صاحب مصلحة في الدفاع عنه ومنع بيعه إذا استطاع. والذي تدل عليه عبارة تلك المادة أن إنذار الحائز إنما يكون واجباً في صورة ما إذا كان لهذا الحائز وجود في ذلك الظرف الزمني الذي ينبه فيه الدائن المرتهن على مدينه بالوفاء وينذره بنزع الملكية".

(طعن رقم 18 لسنة 5 ق جلسة 19/12/1935)

(ب)- "لا يلزم أن يكون عقد الحائز مسجلاً قبل تاريخ إعلان التنبيه على المدين بنزع الملكية، بل يكفي أن يكون تسجيل عقده حاصلًا قبل حصول تسجيل التنبيه المذكور حتى يعتبر حائزاً واجباً على الدائن المرتهن إنذاره قبل رفع دعوى نزع الملكية كمقتضى المادة 574 بحيث لو كان تسجيل عقده حاصلًا بعد تسجيل ذلك التنبيه فليس على هذا الدائن إنذاره بل له المضي في الإجراءات وتكون إجراءاته صحيحة كما تقدم".

(طعن رقم 18 لسنة 5 ق جلسة 1935/12/19)

(ج) - "الحائز في التنفيذ العقاري هو من اكتسب ملكية عقار مرهون أو حقا عينيا عليه بموجب سند مسجل سابق في تسجيله على تسجيل تنبيه نزع الملكية ودون أن يكون مسئولا شخصيا عن الدين المضمون بالرهن. ولا يكفي أن يستند مدعى هذه الصفة في ملكيته للمباني المتخذ بشأنها إجراءات التنفيذ إلى عقود عرفية غير مسجلة ليس من شأنها أن تنقل الملكية".

(طعن رقم 96 لسنة 33 ق جلسة 1966/12/27)

(د) - "مفاد نص المادة 2/1060 من القانون المدني والمادة 1/626 من قانون المرافعات السابق، أن الحائز في التنفيذ العقاري هو من اكتسب ملكية عقار مرهون أو حقا عينيا عليه يجوز رهنه وذلك بموجب سند مسجل سابق في تسجيله على تسجيل تنبيه نزع الملكية دون أن يكون مسئولا شخصيا عن الدين المضمون، وأن إنذار الحائز وما يترتب على الإنذار وعدمه لا شأن له - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلا بالنسبة للدائن المرتهن أو الدائن صاحب حق الإختصاص الذي حكمه حكم المرتهن، بما له من حق تتبع العقار في أي يد يكون، أما الدائن العادي ففكرة الحيابة الواجب إنذار صاحبها منتقية بالنسبة له تماما، ذلك أنه متى كان المدين قد تصرف في العقار تصرفا شهما قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، فإن التصرف ينفذ في حق هذا الدائن العادي، ولا يجوز له وهو لا يملك حقا عينيا على العقار المذكور يحتج به على من تنتقل إليه الملكية، أن يتخذ إجراءات التنفيذ على ذلك العقار الذي خرج من ملكية مدينه".

(طعن رقم 115 لسنة 36 ق جلسة 1970/4/28)

(هـ) - مفاد نصوص المواد 1030، 1060، 1072 من القانون المدني والمادة 411 من قانون المرافعات المماثلة للمادة 626 من قانون المرافعات السابق أن للدائن المرتهن حقا عينيا على العقار المرهون يخوله مزية التتبع فيحق

له عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار. والحائز هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - كل من اكتسب ملكية العقار المنقول بحق عيني تبعي أو حقا عينيا عليه بموجب سند سابق في تسجيله على تسجيل تنبيه نزع الملكية دون أن يكون مسئولا شخصيا عن الدين المضمون، ومادام هذا الحائز قد تم إنذاره بالدفع أو التخلية طبقا للقانون فلم يختار أيهما فإن للدائن المرتهن أن ينفذ على العقار المرهون تحت يده".

(طعن رقم 75 لسنة 41 ق جلسة 1983/11/24)

3- أن يكون الحائز قد شهر حقه بعد قيد الرهن، فإذا لم يكن قد شهر حقه أصلا فلا يعتبر حائزا، فالمشتري بعقد غير مسجل لا يعتبر حائزا، والتنفيذ على العقار يتخذ في مواجهة البائع. أما إذا كان الغير قد شهر حقه قبل قيد الرهن ففي هذه الحالة لا يحتج بالرهن في مواجهته ولا يمكن تتبع العقار تحت يده كما ذكرنا من قبل. فمتى يعتبر الغير حائزا ينبغي أن يكون قد شهر حقه بعد شهر حق الرهن.

أما إذا كان انتقال ملكية العقار المرهون بسبب قانوني غير قابل للتسجيل كتملكه بوضع اليد المدة الطويلة فلا يتصور التسجيل.

4- أن يكون الحائز غير ملتزم شخصيا بالدين إذ هو لو كان مسئولا عن الدين في ذمته لكان للدائن أن ينفذ على العقار الذي يملكه بناء على حق الضمان العام ودون حاجة لاستعمال حق التتبع. هذا فضلا عن أن الحائز يملك تخلص العقار من الرهن عن طريق التطهير حتى ولو لم يستوف الدائن كل حقه أو استوفاه قبل حلول الأجل، كما أنه يستطيع تفادي إجراءات نزع الملكية بالتخلي عن العقار، وكل ذلك لا يمكن تصوره إذا كان ملتزما شخصيا بالدين.

وعلى ذلك لا يعتبر حائزا مشتري العقار الذي يلتزم شخصيا بالدين سواء

باعتباره شريكا في الدين متضامنا أو غير متضامن⁽¹⁾ مع المدين أو حتى باعتباره كفيلا شخصيا أو عينيا.

ولا يجوز لهؤلاء تطهير العقار، وإنما أجاز للكفيل العيني التخلية لأنه غير مسئول عن الدين إلا في حدود العقار المرهون فيمكنه أن يتخلى عنه⁽²⁾.

278- زوال سلطة التتبع عن سند الحائز:

هناك حالات تنتقل فيها ملكية العقار المرهون من المدين إلى الغير بعد قيد الرهن، ومع هذا يفقد الدائن المرتهن حقه في تتبع العقار. فمثل هذه التصرفات تؤدي إلى انقضاء حق التتبع، وإن كان ذلك لا يمس حق الدائن في التقدم على الثمن. فحق التقدم يمتد إلى ما بعد انقضاء حق التتبع.

وقد يرجع زوال سلطة التتبع عن سند الحائز إلى طبيعة الأموال المتصرف فيها والتي كان يشملها الرهن. مثل العقارات بالتخصيص، وما يتم التصرف فيه باعتباره منقولا بحسب المآل. فإذا تم التصرف فيها بصفة مستقلة عن العقار المرهون وفصلت منه وتم تسليمها إلى المتصرف إليه حسن النية فإنه يستطيع أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. ومن ثم تخلص له ملكيتها خالية تماما مما كان يثقلها من قيود. ومعنى هذا خلوها من الرهن وما يترتب عليه من آثار كحق التتبع. ولكن إذا كان المشتري لم يسدد الثمن إلى الراهن فإن الدائن يملك ممارسة حق التقدم على الثمن على التفصيل السابق دراسته⁽³⁾.

كما أن هناك بعض التصرفات التي يترتب عليها تطهير العقار مما يثقله رهون بقوة القانون. فهذه التصرفات في حد ذاتها تطهر العقار وتحرره مما يثقله

(1) محمد كامل مرسى ص 207 - محمد على إمام ص 347 - همام محمد زهران ص 495.

(2) السنهوري ص 410 - محمد كامل مرسى ص 207.

(1) حسام الدين الأهواني ص 471 وما بعدها.

من رهون.

ففى مجال نزع الملكية للمنفعة العامة، فإن الغرض من نزع الملكية هو تخصيص العقار للمنفعة العامة، ومن ثم فإن بيعه جبريا يتعارض مع هذا الغرض. ولهذا ينقضى حق التتبع فلا تعتبر الدولة حائزة للعقار ومن ثم لايجوز تتبعه تحت يدها وتنتقل حقوق الدائنين إلى الثمن حيث لهم ممارسة حق التقدم على مقابل نزع الملكية.

كما يتحقق ذلك فى حالة استيلاء الحكومة على القدر الزائد من الأراضى الجائز تملكها بناء على قانون الإصلاح الزراعى. وتقضى المادة السابعة من هذا القانون على أنه: "إذا كانت الأرض التى استولت عليها الحكومة مثقلة بحق رهن أو اختصاص أو امتياز، استنزل للحكومة من قيمة المستحق لصاحب الأرض ما يعادل كامل الدين المضمون بهذا الحق، وللحكومة، إذا لم تحل محل المدين أن تستبدل بها سندات عليها بفائدة تعادل فائدة الدين، على أن تستهلك هذه السندات فى مدة لا تزيد عن ثلاثين سنة... الخ".

وفى حالة بيع العقار المرهون بيعا جبريا، فإن تسجيل حكم مرسى المزاد يترتب عليه تطهير العقار وينصب حق الدائن على الثمن الذى رسا به المزاد (م450 مرافعات).

مادة (1061)

يجوز للحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاته بما في ذلك ما صرف في الإجراءات من وقت إنذاره. ويبقى حقه هذا قائما إلى يوم رسو المزاد. ويكون له في هذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون، كما يكون له أن يحل محل الدائن الذي استوفى الدين فيما له من حقوق إلا ما كان منها متعلقا بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين.

الشرح

279- قضاء الحائز للدين أو تطهيره للعقار أو تخليه عنه :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة (1060) تنص على أنه يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار، إلا إذا اختار الحائز أن يقضى الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه.

فالحائز يستطيع الحيلولة بين الدائن المرتهن ونزع ملكية العقار المرهون

بإحدى وسائل ثلاث هي:

- 1- قضاء الحائز للدين.
- 2- تطهير الحائز للعقار من الرهن.
- 3- تخلى الحائز عن العقار.

وسنعرض في البند التالي لقضاء الحائز للدين، أما الوسيلتين الأخريين

فسنتناولهما في موضعهما.

280- قضاء الحائز للدين :

كثيرا ما يجد الحائز أن قيامه بوفاء الدائن المرتهن هو السبيل الذي يتفق مع

مصلحته. ويتحقق ذلك على الأخص فى حالة ما يكون الحائز قد اشترى العقار بئمن يزيد على مبلغ الدين أو يوازيه وكان هذا الثمن باقيا فى ذمته لم يدفعه بعد. فهو إذا وفى الدين فى هذه الحالة أمكنه تخليص عقاره من الرهن وبرئت ذمته فى الوقت نفسه قبل البائع بمقدار ما دفعه للدائن من الثمن. كذلك قد يكون الدين المطلوب للدائن أكثر من ثمن العقار أو الباقي منه فى ذمة الحائز أو قد يكون العقار آل إلى الحائز من غير عوض، فيقوم هذا الأخير رغم ذلك بوفاء الدين نظرا لأن قيمة العقار تزيد على مقدار الدين أو لأنه يرغب فى الاحتفاظ بهذا العقار مهما كانت الظروف. ومما يشجعه على ذلك اطمئنانه إلى أنه سوف يستوفى ما يدفعه زيادة عما هو مستحق فى ذمته، وذلك عن طريق الرجوع على المسئول قبله بالضمان وكذلك الرجوع على المدين المسئول عن الدين والحلول محل الدائن قبله والاستفادة بالتالى من العقارات الأخرى المرهونة.

281- ما يجب دفعه :

إذا أراد الحائز تفادى إجراءات نزع الملكية التى تهدده، وجب عليه أن يوفى الدائن جميع الديون المضمونة بالرهن أو بالرهن المرتبة على العقار الذى آل إليه.

وهذه الديون تشمل أصل الدين والملحقات التى يضمنها القيد كالفوائد التى يضمنها القيد الأصلى، والفوائد التى أجرى بها قيد خاص قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، ومصرفات الرهن والقيد والتجديد والتنبيه والإنذار وما تم من إجراءات بعد الإنذار.

ويجب على الحائز أن يوفى الدائن بذلك كله لأن الرهن غير قابل للتجزئة وللدائن أن ينفذ على العقار لاستيفاء أى جزء يبقى من الدين ولو كان يسيرا، هذا فضلا عن أن من حقه أن يرفض الوفاء الجزئى، وينبنى على ذلك أن الحائز إذا

رغب في تفادي إجراءات نزع الملكية عن طريق الوفاء بالدين وجب عليه أن يدفع للدائن المرتهن كل المبالغ المضمونة بالرهن فضلا عن مصاريف الإجراءات من يوم الإنذار.

وإذا كان الحائز لا يرغب في قضاء كل الديون التي تثقل العقار فإنه يستطيع الوفاء بدين واحد أو أكثر من الدائنين المتقدمين في المرتبة دون بقية الدائنين المرتهنين ويحل بذلك محلهم في المرتبة المتقدمة بما يؤدي عملا إلى إحجام الدائنين المتأخرين عن اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار⁽¹⁾.

والحائز لا يحتاج في ذلك إلى رضا المدين أو الدائن. ولا يستطيع الأخير أن يلزمه بوفاء الدين إلا في الحالة المنصوص عليها بالمادة (1063) كما سنرى⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يختار الحائز أن يدفع الدين إذا كان أقل من الثمن المستحق، أو كان على العقار رهون متعددة، وكانت قيمة الرهن الأول (أو بعض الرهون الأولى) تعدل قيمة العقار إذا بيع في المزاد دون أن تزيد على الثمن المستحق، فيؤثر في هذه الحالة أن يدفع الدين المضمون بالرهن الأول ويحل محل الدائن المرتهن في هذا الرهن وفي غيره من تأمينات أخرى، يكون المدين قد قدمها. ولكن لا يحل محل الدائن المرتهن ضد كفيل عيني، بخلاف الكفيل العيني، فإنه يرجع على الحائز. فإذا أراد الدائنون المرتهنون التالون، أن ينزعوا ملكية العقار. وجدوا أمامهم الحائز وقد حل محل الدائن المرتهن الأول بحق مقدم على حقوقهم يجعل إجراءاتهم لا فائدة فيها وهذه الطريقة عملية للتخلص من الدائنين المرتهنين. لذلك يجب على

(1) محمد على إمام ص 356 - سليمان مرقس ص 242.

(2) محمد على إمام ص 335 وما بعدها.

الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذى حل فيه محل الدائن، وأن يجدد هذا القيد عند الاقتضاء إلى أن تمحى القيود التى كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند الحائز، أما القيود التى تأتى بعد هذا التسجيل فلا تنفذ فى حقه⁽¹⁾.

282- الوفاء يكون عند حلول الأجل :

لا يلتزم الحائز بالوفاء بقيمة الدين وملحقاته إلا عند حلول أجل الدين. وعلى هذا تنص المادة صراحة. كما أنه مجرد تطبيق للقواعد العامة التى من مقتضاها أن الحائز يستفيد من الأجل الممنوح للدين كما يحرم من كل أجل يضيع عليه.

283- وقت قضاء الدين :

لا يتعين على الحائز قضاء ديون الدائنين المرتهنيين بمجرد إنذاره بذلك، ولم يعين القانون له أجلا يقوم فيه بالوفاء، بل أجاز له ذلك فى أى وقت ولو كان الدائنون المرتهنون قد ساروا فى إجراءات نزع الملكية مادام لم يصدر الحكم برسو المزاد ولم يصبح هذا الحكم نهائيا بانقضاء ميعاد زيادة العشر دون التقرير بها. غير أن الحائز من مصلحته المبادرة بالوفاء ليتفادى التحمل بالمصروفات المتمثلة فى فوائد الديون ومصروفات الإجراءات التى يتخذها الدائن بعد إعلانة بالإذار بالدفع أو التخلية⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"ومادام العقار المرهون لا يزال فى ملكية الحائز، أى إلى يوم رسو المزاد، يستطيع هذا أن يختار دفع الدين مع عرض ما صرف فى الإجراءات، من وقت إنذاره، ويرجع بذلك على المدين. وإذا كان الراهن غير المدين فله أن يرجع على

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 101.

(1) سليمان مرقس ص 357 - همام محمد زهران ص 511 وما بعدها.

الراهن أيضاً⁽¹⁾.

284- رجوع الحائز بما يوفيه من دين :

إذا كان الحائز مدينا بدين الثمن وقام بوفاء الدائنين المرتهنيين فى حدود ما يلتزم هو به بسبب اكتسابه العقار المرهون، فهو لا يرجع بعد ذلك بشئ على المدين الراهن. لأنه فى نفس الوقت الذى وفى فيه دين الراهن قام بوفاء دينه هو أيضاً قبله.

أما إذا كان الحائز غير مدين بسبب امتلاك العقار المرهون، بأن كان قد دفع الثمن، أو كانت الديون التى وفاها للدائنين تزيد على دين الثمن، فله الرجوع بما دفعه زيادة على ما يلتزم هو به أصلاً. وهو يرجع إما بدعوى شخصية أو دعوى الضمان أو دعوى الحل محل الدائنين، وذلك بالتفصيل التالى.

(1) الدعوى الشخصية على المدين :

إذا كان ما وفاه الحائز سداداً للدين المضمون بالعقار ليس مدينا بما يعادله بسبب اكتسابه العقار من المدين، ثبت له الرجوع بما وفاه سداداً لهذا الدين على المدين بمقتضى دعوى الإثراء بلا سبب بأقل القيمتين: قيمة الإثراء وقيمة الافتقار على أساس أن المدين قد برئت ذمته - أثرى - دون أن يدفع شيئاً ودون أن يكون دائناً بما يعادله للحائز وفى نفس الوقت افتقر الحائز بسبب هذا الوفاء بالنظر لأنه لم يكن مديناً بشئ بسبب اكتسابه العقار. كما إذا آل إليه العقار بغير مقابل (هبة - وصية) أو بمقابل ثم دفعه فيما سبق أو بثمن يقل عما وفاه قضاءً للدين. وفى هذه الحالة يكون للحائز استيفاء لما هو دائن به أن ينفذ على جميع أموال المدين بمقتضى ماله من حق الضمان العام.

(2) رجوع الحائز على سلفه بدعوى الضمان :

للحائز الموفى الرجوع بدعوى الضمان على سلفه أى ضد من تلقى الملكية منه، سواء كان المدين أو غيره، بشرط أن يكون التصرف مما يوجب الضمان. إذ تجب التفرقة بين ما إذا كان الحائز قد تلقى الملكية بمقابل أو بدون مقابل. فإذا كان الحائز قد تملك بمقابل كان له أن يرجع على سلفه بضمان الاستحقاق وفقا للقواعد الواردة فى عقد البيع (م 443 - 444). وإذا كان قد تلقى الملكية تبرعا لم يكن له الرجوع على سلفه إلا إذا كانت الهبة بعوض أو كان قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق (1/494). ويلاحظ أنه إذا كان المدين هو المالك السابق (سلف الحائز) كان الحائز مخيرا بين الرجوع عليه على أساس ضمان الاستحقاق أو يطالبه بالدين بالدعوى الشخصية أو يرجع عليه بدعوى الحل محل الدائنين⁽¹⁾. أنظر أيضا شرح المادة (1080).

(3) رجوع الحائز بدعوى الحل محل الدائن :

تقضى المادة بأن يكون للحائز: "أن يحل محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق إلا ما كان متعلقا بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين". وهذا النص فيه خروج على حكم القواعد العامة فى الحل التى تقرر حلول الموفى محل الدائن فى حقه وما يكفل هذا الحق من تأمينات سواء كانت مقدمة من المدين أو غير المدين (مادة 329). وعليه يبدو مظهر الخروج الذى قرره المادة 1061 بالنسبة للكفالة الشخصية والكفالة العينية المقدمة لضمان الدين الذى قضاه الحائز، إذ لا يحل هذا الأخير محل الدائن بالنسبة لها. ويعلل هذا الخروج بأنه لو كان العقار قد بقى فى يد المدين لما كان للدائن أن يرجع على الكفيل، فلا

(1) نعمان أبو السعود وهمام زهران ص 413 وما بعدها.

يصح أن يسوء مركز الكفيل لمجرد قيام المدين بالتصرف في العقار للحائز. وبالعكس حيث يكون الكفيل هو الذى وفى فإنه يحل محل الدائن بالنسبة للحائز. وإذ كانت المادة (1061) قد قيدت حلول الحائز بالنسبة للكفلاء، فهذا الحلول أيضا يتقيد بالنسبة للحائزين الآخرين، ولكن مصدر القيد فى هذه الحالة هو القواعد العامة. فلقد نصت المادة (331) على أنه إذا أوفى حائز العقار المرهون كل الدين وحل محل الدائنين فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار. ولمثل هذا الحائز أن يرجع بدعوى الحلول على الحائزين الآخرين، سواء فى حالة تعدد العقارات المرهونة فى دين واحد، أو فى حالة تعدد المشترين للعقار المرهون ولكن ليس له أن يرجع على كل منهم إلا بقدر نصيبه فى الدين حسب قيمة ما يكون حائزا له⁽¹⁾.



مادة (1062)

يجب على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذي حل فيه محل الدائن وأن يجدده عند الاقتضاء، وذلك إلى أن تمحى القيود التي كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند هذا الحائز.

الشرح

285 - احتفاظ الحائز بقيد الرهن الذي حل فيه محل الدائن :

إذا حل الحائز محل الدائن فيما له من رهن على العقار تكون له نفس مرتبة الدائن، فيتقدم عليه من يكون أسبق منه ويلحق به الدائن المتأخر عنه. ومن واجبه أن يحتفظ بقيد الرهن الذي حل فيه محل الدائن، وأن يجدد هذا القيد عند الاقتضاء إلى أن تمحى القيود التي كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند الحائز، أما القيود التي تأتي بعد هذا التسجيل فلا تنفذ في حقه.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

".... لذلك يجب على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذي حل فيه محل الدائن، وأن يجدد هذا القيد عند الاقتضاء إلى أن تمحى القيود التي كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند الحائز، أما القيود التي تأتي بعد هذا التسجيل فلا تنفذ في حقه"⁽¹⁾.



مادة (1063)

1- إذا كان في ذمة الحائز بسبب امتلاكه العقار المرهون مبلغ مستحق الأداء حالا يكفى لوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار، فلكل من هؤلاء الدائنين أن يجبره على الوفاء بحقه بشرط أن يكون سند ملكيته قد سجل.

2- فإذا كان الدين الذى فى ذمة الحائز غير مستحق الأداء حالا، أو كان أقل من الديون المستحقة للدائنين، أو مغايرا لها، جاز للدائنين إذا اتفقوا جميعا أن يطالبوا الحائز بدفع ما فى ذمته بقدر ما هو مستحق لهم. ويكون الدفع طبقا للشروط التى التزم الحائز فى أصل تعهده أن يدفع بمقتضاها وفى الأجل المتفق على الدفع فيه.

3- وفى كلتا الحالتين لا يجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار، ولكن إذا هو وفى لهم فإن العقار يعتبر خالصا من كل رهن ويكون للحائز الحق فى طلب محو ما على العقار من القيود.

الشرح

286 - قضاء الحائز الدين جبرا:

رأينا أن وفاء الدين من جانب الحائز أمر اختياري متروك لتقديره، ومع ذلك فهناك من الحالات ما يبدو فيها أن قيام الحائز بوفاء الدين للدائن هو السبيل الطبيعي الذى يحقق مصالح كل ذى شأن، ومن ثم فقد أوجب المشرع على الحائز سداد هذا الدين.

ويبدو من النص أن قضاء الدين يصبح واجبا على الحائز فى حالتين:

(الحالة الأولى):

إذا كان مستحقا حالا فى ذمة الحائز بسبب اكتسابه ملكية العقار مبلغا - لم يتم الوفاء به بعد للبائع- كافيا بكامل الديون المضمونة بالعقار. وكان الحائز قد سجل سند ملكيته حتى لا يستجد بعد ذلك دائنون آخرون تتفد حقوقهم قبله إذ فى هذه الحالة لا مصلحة للحائز فى عدم الوفاء بالديون المقيدة ومن ثم يصبح مسئولا شخصا عن الوفاء بهذه الديون. ويملك كل واحد من الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة إجباره على وفاء ما هو مطلوب له، ويستطيع التنفيذ بذلك على المال المرهون وغيره من أموال الحائز (1).

(الحالة الثانية):

إذا كان الدين الذى فى ذمة الحائز بسبب اكتسابه ملكية العقار غير واجب الأداء حالا أو كان أقل من الديون المستحقة للدائنين أو مغايرا لها. واتفق الدائنون جميعا على أن يطالبوا الحائز بالوفاء لهم بما فى ذمته بقدر ما هو مستحق لهم وطبقا للشروط المتفق عليها فى أصل تعهده وفى الأجل المحدد أصلا للوفاء بالتزامه.

والحائز فى هذه الحالة لن يضار متى كان سيدفع طبقا للشروط التى التزم بها وفى الأجل المحدد. وإذا ما دفع تخلص من الرهون ولو كان ما دفعه أقل من الديون المضمونة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"والأصل أن دفع الحائز للدين أمر اختياري، ولكنه ينقلب إجبارياً، ويصبح للدائن المرتهن الحق فى استيفاء الدين من الحائز فى حالتين:

(1) توفيق حسن فرج ص 128 - محمد على إمام ص 360.

(أ) إذا كان المستحق في ذمة الحائز، بالسبب الناقل لملكية العقار، مبلغاً واجب الأداء حالا، ويكفى لوفاء الدين، ويشترط أن يكون الحائز قد سجل سند ملكيته حتى لا يستجد دائنون ينفذ حقهم قبله. ففي هذه الحالة لا مصلحة للحائز في أن يدفع المستحق في ذمته للراهن، ويجوز للدائن المرتهن أن يجبره على الوفاء له هو.

(ب) أما إذا كان المستحق في ذمة الحائز غير واجب الأداء حالا أو كان أقل من الدين المضمون أو مغايراً له، فللدائنين المرتهنين إذا اتفقوا جميعاً إجباره على الدفع لهم ولكن في الميعاد المحدد وبقدر ما في ذمته، فإذا دفع تخلص من الرهون ولو كان مادفعه أقل من الديون المضمونة.

ولا يجوز للحائز في الحالتين أن يتخلص من الدفع للدائنين بالتخلي عن العقار⁽¹⁾.

287- مسؤولية الحائز عن الدين مسؤولية شخصية :

في الحالتين السابقتين للوفاء الجبري، يصبح الحائز مسئولاً شخصياً عن الدين في مواجهة الدائنين، ويضمن الوفاء به كافة أموال الحاجز. ولا يجوز له أن يتخلى عن العقار، لأن من شروط التخلية ألا يكون الحائز مسئولاً شخصياً عن الدين، والتخلية لا تجوز إلا للمسئول عن الدين مسؤولية عينية⁽²⁾.

288- تطهير العقار من كل رهن :

قضاء الديون جبراً في الحالتين السابقتين يؤدي إلى تطهير العقار من كل رهن ويحق للحائز أن يطلب محو القيد على العقار. وهذا ما تنص عليه المادة صراحة. ويتطهر العقار من كل رهن حتى ولو لم يستوف الدائنون كل حقوقهم.

289- حالة ثالثة للوفاء الجبري طبقاً للقواعد العامة :

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 102.

(2) محمد على إمام ص 361 - حسام الدين الأهواني ص 492.

تتص القواعد العامة الواردة فى المادة 3/499 مدنى على أنه: "إذا كان الشىء الموهوب مثقلا بحق عينى ضمانا لدين فى ذمة الواهب أو فى ذمة شخص آخر، فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك". ونحيل فى تفصيل ذلك إلى شرح المادة (499).

مادة (1064)

1- يجوز للحائز إذا سجل سند ملكيته أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند.

2- وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين أو الإنذار إلى هذا الحائز، ويبقى هذا الحق قائماً إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع.

الشرح

تطهير العقار المرهون :

290 - المقصود بتطهير العقار :

يقصد بتطهير العقار purge تخليصه من كافة الرهون التي عليه وذلك بقيام الحائز بعرض قيمته على أصحاب الرهن المقيمة قبل تسجيل سند انتقال الملكية إليه، فإذا قبلها الدائنون دفعها لهم الحائز وتحرر العقار من كافة الرهون حتى ولو بقى شئ من الديون المضمونة، وإذا لم يقبلها كلهم أو بعضهم بيع العقار بالمزاد وترتب على ذلك في النهاية تخليصه من الرهون كذلك.

فالتطهير وسيلة يتقاضي بها حائز العقار ما يترتب على مباشرة حق التمتع من بيعه بالمزاد العلني. وتبدو مصلحته في إجرائه إذا كان الدين المضمون بالرهن أكثر من قيمة العقار، كما إذا كان المضمون 1500 جنيه. والعقار لا يساوي أكثر من 1000 جنيه. فهو لا مصلحة له في هذه الحالة في أن يوفى بكل الدين ويرجع بعد ذلك بما دفعه زيادة عما هو مستحق في ذمته، خاصة إذا لم تكن هناك أموال أخرى ضامنة لوفاء نفس الدين. بل الأفضل له أن يعرض قيمة العقار، لأن حق الدائن المرتهن منصب في الواقع على هذه القيمة وهي التي سيحصل عليها في

النهاية بعد اتخاذ إجراءات نزع الملكية. فإن قبلها الدائن وفر على نفسه إجراءات نزع الملكية ورجع على المدين بباقي الدين وتحرر العقار نهائيا من الرهن. وإن رأى الدائن أن القيمة المعروضة بخسة وأن هناك احتمال ارتفاع الثمن الذي يرسو به العقار في المزاد رفض القيمة التي عرضها الحائز وطلب بيع العقار في الحال ولو كان حقه لم يحل بعد⁽¹⁾.

291- مزايا التطهير وعيوبه :

يقدم التطهير مزايا عديدة سواء للحائز أو للمدين الراهن أو للدائن المرتهن. فالتطهير يمكن الحائز من تخليص العقار المرهون من الرهون التي تنقله بطريقة سهلة لا تكلفه أكثر من قيمة العقار نفسه أيا كانت قيمة الديون المضمونة فالحائز يعرض على الدائنين ثمن العقار الذي غالبا ما يكون في حدود الثمن الذي اتفق عليه مع المدين البائع. ويعرض عليهم هذا الثمن قبل الوفاء به إلى البائع. وتبدو أهمية التطهير بالنسبة للحائز إذا كانت قيمة الديون التي تثقل العقار تزيد على قيمة العقار نفسه، فهو قد لا يستطيع استرداد هذه الديون من المدين لو قام بسدادها إلى الدائنين. وبهذا يتفادى مخاطر الوفاء بالدين. كما أن التطهير يمكنه من تفادي بيع العقار جبرا لأنه يؤدي إلى تخليص العقار من الرهون ومن ثم يضمن الاحتفاظ بملكية العقار. كما أن التطهير يمكن الحائز من التخلص من الرهون فوراً ودون انتظار حلول أجل الديون المضمونة بالرهن.

ويحقق التطهير كذلك فائدة كبرى للراهن. فالتطهير يسهل على المدين العثور على مشتر لعقاره المرهون. فالمشتري إذ يعلم بإمكانية التطهير لن يحجم عن التعامل في العقار المرهون وما عليه إلا أن يبدأ بإجراءات التطهير قبل الوفاء بالثمن للبائع ويعرض على الدائنين هذا الثمن كمقابل للتطهير. ومن ثم تتحقق

مصلحة المدين في تيسير حقه في التصرف في عقاراته المرهونة كما يعود كذلك بالمصلحة على الاقتصاد القومي بتيسير تداول الأموال المرهونة.

ولا يخلو التطهير من فائدة بالنسبة للدائنين المرتهنيين، فهو يمكنهم من الحصول على قيمة العقار دون اللجوء إلى إجراءات البيع الجبرى. فضمان الدائن يتمثل في قيمة العقار، ومتى حصل الدائن على تلك القيمة فإن الرهن يحقق الهدف المرجو منه. ويقبل الدائنون التطهير بالرغم من أن القيمة المعروضة قد لا تقي بسداد الديون إذا كانوا لا يأملون أن يحقق البيع الجبرى الوصول لثمن أعلى. ولهم حق الرجوع على المدين بما يتبقى لهم من ديون.

وقد يكون الوفاء الجزئى خير من الانتظار الطويل لإتمام إجراءات البيع الجبرى، ويمكنهم من استثمار ما قبضوه من مبالغ قد تعوض أى نقص يسير في مقابل التطهير عما قد تصل إليه قيمة العقار في حالة بيعه جبرا، وقد يشجعهم إلى قبول التطهير ملء الذمة المالية للمدين بحيث يمكنهم الحصول على كامل حقوقهم أى ما يتبقى لهم من مبالغ في حالة عدم كفاية مقابل التطهير لسداد كامل ديونهم.

ولقد حرص المشرع على تنظيم التطهير بطريقة تحقق قدر الإمكان التوازن بين مصلحة الحائز والدائن المرتهن. فقد يخشى أن يعرض الحائز مقابلا منخفضا لا يمثل القيمة الحقيقية للعقار.

ولهذا أوجب المشرع اللجوء إلى البيع الجبرى. وهذا الإجراء يهدد أول ما يهدد الحائز، لأن البيع الجبرى قد يؤدي إلى عدم احتفاظه بملكية العقار فالبيع سيكون لمن يقدم أعلى سعر. كما أن الإلزام باللجوء إلى البيع الجبرى في حالة رفض الدائن للعرض يستهدف عدم لجوئه إلى المغالاة في قيمة العقار تعنتا مع الحائز. فالبيع الجبرى سيؤدي للوصول إلى الثمن الحقيقي وقد يكون أقل مما عرضه الحائز ولهذا قد يضار الدائن.

ولابد للدائن أن يوازى أموره بدقة قبل الرفض حتى لا يكون عرضة للندم كما وضع المشرع ضوابط للقيمة التى يقدرها الحائز للعقار .

ويحقق التطهير فائدة للدائنين بتيسير التصرف فى العقارات المرهونة. فالإقدام على شراء هذه العقارات يؤدى إلى الحفاظ على قيمتها مما يمكن المدين من الحصول على المقابل الذى يكفى للوفاء بحقوق الدائنين⁽¹⁾.

على أن ذلك كله لا ينفى أن التطهير قد يضر بالدائن المرتهن من ناحية أنه يجبره على قبول القيمة التى قدرها الحائز وهى غالبا ما تكون أقل من مقدار الدين وبذلك يلتزم بقبول الوفاء الجزئى وتجزئة الرهن على خلاف ما تقضى به القواعد العامة. هذا فضلا عن أن القيمة المعروضة قد تكون منخفضة بسبب حصول التطهير فى وقت غير ملائم وبذلك يحرم الدائن من زيادة قيمته فى المستقبل.

كما أنه يلزم الدائنين باستيفاء حقوقهم قبل حلول أجلها، إذ يستطيع الحائز أن يلجأ إلى التطهير ولو لم يحل أجل الدين المضمون بالرهن. وقد يكون هذا الدين منتجا لفوائد فيحرم منها الدائنون إذا تم التطهير قبل حلول أجل الدين.

وأنه إذا لم يقبل الدائنون القيمة التى يعرضها الحائز عليهم، فإنهم يلتزمون بطلب بيع العقار المطلوب تطهيره بيعا جبريا خلال مدة معينة، وقد تكون القيمة المعروضة عليهم من الحائز لا تكفى للوفاء بجميع الحقوق المقيدة على العقار، كما قد يكون الوقت غير مناسب لبيع العقار بيعا جبريا بالمزاد العلنى لانخفاض أسعار العقارات المماثلة⁽²⁾.

292- صاحب الحق فى التطهير:

التطهير مزية يقررها القانون لحائز العقار الذى سجل سند ملكيته. وبناء على

(1) حسام الدين كامل الأهوانى ص 494 وما بعدها - محمد على إمام ص 262 وما بعدها

(2) محمد لبيب شنب ص 143 وما بعدها.

ذلك يجوز التطهير للحائز ولو كان هو في الوقت ذاته أحد الدائنين المرتهنيين. وقد تقدم أن الحائز يشترط فيه بوجه عام حسب نص المادة (1060) ما يأتي:

- 1- أن يكون قد انتقلت إليه ملكية العقار المرهون أو أى حق عيني آخر من الحقوق القابلة للرهن، أيا كان سبب انتقال الملكية إليه.
- 2- أن يكون غير ملتزم شخصيا بالدين ولو كان التزامه عن غيره كالكفيل العيني.

وعلى ذلك يجوز التطهير لمشتري العقار كله أو بعضه وللموهوب له والموصى له والمقايض ومن إليهم.

ولمن تلقى حق الانتفاع بالعقار المرهون ولا يجوز لمن ترتب له حق ارتفاق أو حق استعمال أو حق سكنى لأن هذه الحقوق ليست قابلة للرهن ولا للبيع بالمزاد.

ولا يجوز للدائن المرتهن المتأخر لأن حقه على العقار ليس - وفقا للرأى الراجح - مما يقبل الرهن ولا البيع بالمزاد⁽¹⁾.

ولا يجوز التطهير لمن تلقى الملكية بشرط واقف لأنه لا يصير مالكا إلا بعد تحقق الشرط.

أما متلقى الملكية بشرط فاسخ فيجوز له التطهير مادام الشرط لم يتحقق، فإذا تحقق الشرط زالت الملكية بأثر رجعى.

ومع ذلك يبقى إجراء التطهير قائما باعتبار أن التطهير عمل مادي لا يؤثر فيه الفسخ. وعلى هذا تنص المادة (1083 مدنى) بقولها: "إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمى نهائيا، ولو زالت لأى سبب من الأسباب ملكية

الحائز الذى طهر العقار".

وقد اشترطت المادة أن يكون الحائز قد سجل سند ملكيته. سواء كان هذا السند بمقابل أو بدون مقابل. وسواء أكان التسجيل واجبا لنقل الملكية أم لا. وفائدة هذا الشرط تحديد الدائنين الذين يجب أن تتخذ ضدهم إجراءات التطهير. وقد تقدم أنه ابتداء من تسجيل التصرف الوارد على العقار المرهون يقف قيد الرهون الجديدة عليه.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يسجل الحائز سند ملكيته إذا كان سنداً قابلاً للتسجيل حتى لو لم يكن تسجيله واجباً. فالمشتري يسجل البيع والموهوب له يسجل الهبة، والشفيع يسجل حكم الشفعة (ويسجله قلم الكتاب من تلقاء نفسه) والموصى له يسجل الوصية (وهى غير واجبة التسجيل). والغرض من ذلك تحديد الرهون التى يجب تطهيرها، فإنه متى سجل الحائز سند ملكيته فلا يمكن بعد هذا التسجيل أن يستجد دائن مرتهن يكون رهنه نافذاً فى حق الحائز"⁽¹⁾.

أما إذا كان سند الملكية غير قابل للتسجيل بأن كان عملاً مادياً لا عملاً قانونياً، كالحائز الذى يملك العقار بالتقادم. فقد ذهب رأى إلى وجوب التسجيل فى هذه الحالة⁽²⁾.

بينما يذهب أغلب الفقه إلى أنه لا يلزم التسجيل فى هذه الحالة، لأن التقادم واقعة مادية تستعصى على التسجيل.

فضلاً عن أن التسجيل لا فائدة منه هنا، إذ من وقت تملك الحائز للعقار بالتقادم لا يكون لأى رهن يعطى على العقار من غير الحائز قيمة فى حق

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 117 وما بعدها.

(2) محمد لبيب شنب ص 143 وما بعدها.

الحائز. فاشتراط تسجيل الحائز يعتد به حالة ما يكون هذا السند قابلاً للتسجيل⁽¹⁾.

وبهذا الرأي أخذت مذكرة المشروع التمهيدى فقد جاء بها :

"أما إذا كان سند الملكية غير قابل للتسجيل بأن كان عملاً مادياً لا عملاً قانونياً، فلا سبيل للتسجيل فى هذه الحالة. فالحائز الذى ملك بالتقادم عقاراً مرهوناً ولم يسقط الرهن (انظر 1510 من المشروع) يستطيع تطهير العقار دون أن يسجل شيئاً، لأن التقادم واقعة مادية تستعصى على التسجيل. على أن التسجيل لا فائدة فيه هنا، فإنه من وقت تملك الحائز للعقار بالتقادم لا يكون لأى رهن يعطى على العقار من غير الحائز قيمة فى حق الحائز، سواء كان التملك بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير. وإذا كان السبب الصحيح فى التقادم القصير واجب التسجيل، وفقاً لأحكام المشروع، فإن التسجيل واجب لكسب الملكية نفسها بالتقادم وليس واجباً للتطهير، ذلك أن من يملك بالتقادم القصير لا يملك بالسبب الصحيح الناقل للملكية، وإنما يملك بواقعة مادية تستعصى على التسجيل، هى الحياة مقترنة بحسن النية وبهذا السبب الصحيح"⁽²⁾.

غير أنه إذا حصل مالك العقار بالتقادم على حكم بالملكية بسبب التقادم فإنه يجب تسجيل هذا الحكم وإلا ما جاز له التطهير خصوصاً أنه تنتفى هنا صعوبة التسجيل⁽³⁾.

ويعتبر التطهير من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر. ولذلك يجب

(3) السنهورى ص 427 - محمد لبيب شنب ص 145 هامش (1) - سمير عبد السيد تناغو

ص 495 - حسام الدين الأهوانى ص 507 وما بعدها.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 118.

(2) محمد كامل مرسى ص 223 هامش (1) - سمير عبد السيد تناغو ص 295 - حسام

الدين الأهوانى ص 508.

على الحائز الذى يسلك طريق التطهير أن يكون أهلاً لمباشرة هذه الأعمال⁽¹⁾.

293 - وقت التطهير:

يثبت حق إجراء التطهير للحائز بمجرد توافر صفة الحائز له أى بمجرد انتقال ملكية العقار المرهون إليه. فللحائز أن يطهر العقار ولو كان لازال مديناً لمملكه بسبب نقل الملكية إليه بدين لم يحل أجل الوفاء به بعد، بل له أن يطهر العقار دون حاجة إلى انتظار حلول أجل الالتزام المضمون بالرهن وتوجيه المرتهن إليه إنذاراً بالدفع أو التخلية.

ويبقى حق الحائز فى التطهير قائماً إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع. والحكمة من عدم إمكان الحائز إجراء التطهير بعد إيداع قائمة شروط البيع، هى أن معظم إجراءات التنفيذ على العقار المرهون تكون قد تمت ولم يبق سوى طرح العقار فى المزاد العلنى. فإذا أراد الحائز عرض قيمة العقار فما عليه إلا أن يقدم مزايداً⁽²⁾.



(3) محمد لبيب شنب ص 143 وما بعدها.

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 425 وما بعدها - محمد لبيب شنب ص 145 وما بعدها -

سمير عبد السيد تناغو ص 296 وما بعدها.

مادة (1065)

إذا أراد الحائز تطهير العقار وجب عليه أن يوجه إلى الدائنين المقيدين حقوقهم في مواطنهم المختارة المذكورة في القيد إعلانات تشتمل على البيانات الآتية:

(أ) خلاصة من سند ملكية الحائز تقتصر على بيان نوع التصرف وتاريخه واسم المالك السابق للعقار مع تعيين هذا المالك تعيينا دقيقا ومحل العقار مع تعيينه وتحديد به بالدقة، وإذا كان التصرف بيعا يذكر أيضا الثمن وما عسى أن يوجد من تكاليف تعتبر جزءا من هذا الثمن.

(ب) تاريخ تسجيل ملكية الحائز ورقم هذا التسجيل.

(ج) المبلغ الذي يقدره الحائز قيمة للعقار ولو كان التصرف بيعا ويجب ألا يقل هذا المبلغ عن السعر الذي يتخذ أساسا لتقدير الثمن في حالة نزع الملكية، ولا أن يقل في أي حال عن الباقي في ذمة الحائز من ثمن العقار إذا كان التصرف بيعا. وإذا كانت أجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة وجب تقدير قيمة كل جزء على حدة.

(د) قائمة بالحقوق التي تم قيدها على العقار قبل تسجيل سند الحائز

تشتمل على بيان تاريخ هذه القيود ومقدار هذه الحقوق وأسماء الدائنين.

الشرح

294- إجراءات التطهير:

تبدأ إجراءات التطهير بعرض يتقدم به الحائز إلى الدائنين المرتهنين، ويتم بطريق الإعلان. ويتناول هذا الإعلان عدة بيانات تتعلق بالحائز نفسه وبالدائنين المرتهنين وقيمة ديونهم ومرتبة كل منها، والعقار المرهون وكيفية انتقاله إلى الحائز والتمن الذى يتقدم به الحائز للدائنين مقابل تطهير العقار. ونعرض لذلك تفصيلا فيما يلى:

(1) الأشخاص الذين يوجه إليهم العرض:

الغرض من التطهير هو تحرير العقار من كل الحقوق المقيدة عليه والنافذة فى حق الحائز. ويستتبع ذلك أن يوجه العرض إلى جميع الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل سند ملكية الحائز. فيوجه العرض إلى كل دائن مرتهن رهنا رسميا أو حيازيا أو صاحب حق اختصاص أو حق امتياز خاص على العقار بشرط أن يكون مقيدا قبل تسجيل سند الحائز. أما الدائنون المقيدة حقوقهم بعد التسجيل فإنه لا يلزم توجيه العرض إليهم إذا أن حقوقهم لا تسرى فى مواجهة الحائز ولا يستطيعون تتبع العقار فى يده والأمر كذلك من باب أولى بالنسبة لأصحاب الحقوق غير المقيدة أصلا.

ويجب أن يحصل العرض لهؤلاء الدائنين سواء كانت حقوقهم حالة أم غير حالة بعد. ويلزم حصول العرض لكل واحد منهم. فإذا وجه الحائز عرضه إلى بعض هؤلاء الدائنين فقط ترتب على ذلك سريان إجراءات التطهير فى مواجهة من تلقى العرض. أما الدائن الذى أهمل إعلانه فإنه لا يتأثر بهذه الإجراءات ويظل

حقه قائماً في تتبع العقار وإنذار الحائز بالدفع أو التخلية واتخاذ إجراءات التنفيذ ضده، كما يستطيع التقدم في حدود مرتبته على قيمة العقار قبل توزيعها على الدائنين الذي وجهت إليهم إجراءات التطهير⁽¹⁾.

(2) البيانات التي يجب أن يتضمنها العرض :

يجب أن يشتمل إعلان العرض على كافة البيانات التي من شأنها أن تطلع الدائنين على حالة العقار بالدقة وما يثقله من تكاليف والقيمة المقدرة له، وذلك حتى يستطيع كل منهم أن يقدر موقفه من العرض وهو على بينة من كل الظروف.

وقد نصت المادة على هذه البيانات وهي :

(أ) خلاصة سند ملكية الحائز تقتصر على بيان نوع التصرف وتاريخه واسم المالك السابق للعقار مع تعيين هذا المالك تعييناً دقيقاً ومحل العقار مع تعيينه وتحديد به بالدقة. وإذا كان التصرف بيعاً يذكر أيضاً الثمن وما عسى أن يوجد من تكاليف تعتبر جزءاً من هذا الثمن.

وأهمية هذا البيان تظهر في تعريف الحائز الدائنين المرتهنين بنفسه فهو أجنبي عنهم وعن الدين، ولم يكن موجوداً وقت اكتساب حقوقهم، ولهذا فهو يذكر لهم أنه قد اكتسب ملكية العقار المقررة حقوقهم عليه، أو اكتسب حقاً عينياً غير الملكية قابل للرهن، ويحدد لهم نوع التصرف الذي اكتسب به هذه الحق وتاريخ التصرف، والمالك السابق الذي نقل له هذا الحق، وقد يكون هو المدين الراهن أو حائز سابق للعقار⁽²⁾.

(ب) تاريخ تسجيل ملكية الحائز ورقم هذا التسجيل.

(1) محمد علي إمام ص 372 - سمير عبد السيد تناغو ص 298.

(1) سمير عبد السيد تناغو ص 298.

وذلك حتى يستطيع كل دائن أن يطلع على التسجيل للتأكد من البيانات الذى يذكرها الحائز.

(ج) المبلغ الذى يقدره الحائز قيمة للعقار ولو كان التصرف بيعا ويجب ألا يقل هذا المبلغ عن السعر الذى يتخذ أساسا لتقدير الثمن فى حالة نزع الملكية، ولا أن يقل فى أى حال عن الباقي فى ذمة الحائز من ثمن العقار إذا كان التصرف بيعا.

وإذا كانت أجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة وجب تقدير كل جزء على حده. وهذا البيان هو البيان الأساسى فى العرض، إذ بين فيه الحائز القيمة التى يعرضها كمقابل للعقار المرهون. وقد رأينا أن الحائز وإن كان يملك تحديد هذا القيمة بإرادته إلا أنه مقيد فى الواقع بأن يراعى الاعتدال فى عرضه إذا كان جادا فى تطهير العقار، وإلا فإنه معرض لرفض عرضه من الدائنين وبيع العقار بالمزاد.

وهو مقيد بعد هذا بقيدى ورد النص عليهما فى المادة، **القيد الأول**: ألا يقل هذا الثمن عن السعر الذى يتخذ أساسا لتقدير الثمن فى حالة نزع الملكية. غير أنه لم يرد فى قانون المرافعات أية قواعد لتعيين الثمن فى حالة نزع الملكية. وإنما أشارت مذكرة المشروع التمهيدى إلى أن هذا الأساس هو **الضريبة على العقار** فقد جاء بها:

"وهو لا يتقيد فى تقدير هذه القيمة بثمن العقار ولو انتقلت إليه ملكيته بالبيع فقد يقدر قيمة أقل من الثمن أو أكبر منه، ولكنه يتقيد بألا تقل القيمة عن السعر الذى يتخذ أساسا لتقدير الثمن فى حالة نزع الملكية، وهذا الأساس هو **الضريبة على العقار**"⁽¹⁾.

ولذلك اتجه الرأى إلى الأخذ بقيمة العقار التى تتخذ أساسا لتقدير قيمة

الدعوى، طبقاً للمنصوص عليه في المادة 37 من قانون المرافعات المعدلة بالقانونين رقم 23 لسنة 1992 ثم بالقانون رقم 18 لسنة 1999 والتي تجرى على أن⁽¹⁾:

"يراعى فى تقدير قيمة الدعوى ما يلى:

1- الدعاوى التى يرجع فى تقدير قيمتها إلى قيمة العقار يكون تقدير هذه القيمة باعتبار خمسمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه إذا كان العقار مبنياً. فإذا كان من الأراضى يكون التقدير باعتبار أربعمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية. فإذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته.

2- الدعاوى المتعلقة بملكية العقارات والمنازعات الموضوعية المتعلقة بالتنفيذ على العقار تقدر قيمتها بقيمة العقار.

أما الدعاوى المتعلقة بحق ارتفاق فتقدر قيمتها باعتبار ربع قيمة العقار المقرر عليه الحق. فإذا كانت متعلقة بحق انتفاع أو بالرقبة قدرت باعتبار نصف قيمة العقار.

3- إذا كانت الدعوى بطلب تقدير قيمة معينة للحكر، أو بزيادتها إلى قيمة معينة قدرت بالقيمة السنوية المطلوب تقديرها، أو بقيمة الزيادة فى سنة مضروباً كلا منهما فى عشرين.

4- دعاوى الحيابة تقدر قيمتها بقيمة الحق الذى ترد عليه الحيابة.

5- إذا كانت الدعوى خاصة بإيراد فتقدر عند المنازعة فى سند ترتيبه على أساس مرتب عشرين سنة إن كان مؤبداً وعلى أساس مرتب عشر سنين إن كان لمدى الحياة.....الخ".

(2) السنهورى ص 131 وما بعدها - سمير عبد السيد تتاغو ص 299- عبد الفتاح عبد الباقي ص 426.

والقيد الثانى: هو ألا تقل القيمة المعروضة عن الباقي فى ذمته بسبب امتلاكه العقار المرهون. وتفسير هذا القيد هو أن الدائنين المرتهنيين يستطيعون طبقاً لأحكام القضاء الجبرى للديون أن يفرضوا على الحائز دفع ما بقى فى ذمته من دين بسبب امتلاك العقار المرهون (م 2/1063) وبالتالي لا يكون عرض الحائز جدياً إذا هو عرض عليهم مبلغاً يقل عن المبلغ الذى يلتزم بدفعه فى مواجهتهم، لهذا يمكن اعتبار هذا الحكم أثراً منطقياً لقواعد الوفاء الجبرى للديون. وإذا كانت حقوق الرهن لا ترد على العقار فى مجموعه، ولكن يرد كل منها على جزء منه فقط، واكتسب الحائز ملكية العقار كله، فهو يحدد قيمة كل جزء على حدة بعرضها على الدائنين المرتهنيين لهذا الجزء، لأن هؤلاء لا يرد حقهم على العقار كله، ولا يمكنهم أن يبيعوا بالمزاد العلنى إلا الجزء الذى يرد عليه حقهم وهو محل التطهير فى علاقة الحائز بهم⁽¹⁾.

(د) قائمة بالحقوق التى تم قيدها على العقار قبل تسجيل سند الحائز تشمل على بيان تاريخ هذه القيود ومقدار هذه الحقوق وأسماء الدائنين. إذ على أساس هذا البيان يستطيع كل من الدائنين تحديد فرصته فى الاستفادة من عرض الحائز، مما يسمح له باتخاذ موقفاً من هذا العرض.

(3) أثر وجود نقص أو خطأ فى البيانات المطلوبة؛

لم يتعرض المشرع لبيان الأثر المترتب على وجود نقص أو خطأ فى البيانات المطلوبة.

وقد جرى الفقه على أن يطبق فى هذه الحالة نفس الحكم المعمول به فى حالة وجود نقص أو خطأ فى البيانات التى يجب أن تشملها قائمة القيد، وهو الحكم المقرر بنص المادة 41 من قانون تنظيم الشهر العقارى التى تجرى على

أن:

"لا يترتب على إغفال بيان أو أكثر من البيانات المنصوص عليها فى المادة الثلاثين بطلان القيد إلا إذا نتج عن ذلك ضرر للغير.

ولا يجوز أن يطلب البطلان إلا من وقع عليه الضرر بسبب إغفال البيانات أو بسبب عدم ضبطها وللمحكمة أن تبطل أثر القيد أو أن تنقص من أثره تبعاً لطبيعة الضرر ومداه".

وبناء على ذلك لا يترتب على وجود نقص أو خطأ فى البيانات الواردة فى إعلان عرض القيمة الذى يوجهه الحائز إلى الدائنين المرتهنيين بطلان هذا الإعلان إلا إذا ترتب على ذلك ضرر وبقدر هذا الضرر، كما أن البطلان لا يصح أن يتمسك به إلا من حصل له ضرر، وهو يستطيع التنازل عن حقه فى التمسك به صراحة أو ضمناً كما يترتب على ذلك أن الخطأ أو النقص فى بيانات إعلان العرض لا يؤدى إلى بطلانه إلا إذا تعلق ببيان من البيانات الجوهرية أى التى يجب أن يعلم بها الدائنون على وجه الدقة ليقرروا قبول العرض أو رفضه فمثلاً يعتبر الثمن من البيانات الجوهرية، ومن ثم فهو إذا لم يذكر فى الإعلان أو ذكر ثمن أقل من الثمن الحقيقى كان العرض باطلاً. فإن ذكر ثمن أعلى صح العرض والتزم الحائز به⁽¹⁾.



(1) محمد على إمام ص 376 - عبد الفتاح عبد الباقي ص 429 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 428.

مادة (1066)

يجب على الحائز أن يذكر فى الإعلان أنه مستعد أن يوفى الديون المقيدة إلى القدر الذى قوم به العقار. وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقدا بل ينحصر العرض فى إظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع فى الحال أيا كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة.

الشرح

295- عدم إيجاب عرض قيمة العقار عرضا حقيقيا :

لا يلتزم الحائز بعرض القيمة التى يقدرها طبقا للضوابط التى ذكرناها سلفا عرضا حقيقيا، بل يكفى أن يبدى استعداده لأن يسدد فى الحال كافة الديون المقيدة سواء كانت حالة أم مؤجله. وعلى ذلك فالحائز لا يملك بالنسبة لأرباب الديون المؤجلة أن يؤخر عرض المبالغ المستحقة لحين حلول الأجل، بل يجب أن يبدى استعداده للوفاء بحقوقهم فى الحال كذلك لو أن الثمن المستحق فى ذمة الحائز غير واجب الدفع حالا، فإنه لا يملك تأجيل العرض حتى حلول ميعاد الوفاء به.

وأخيرا فإن العرض يجب أن يكون باتا منجزا، فلا يصح أن يعلق على شرط أو يضاف إلى أجل أو يقترب بأى تحفظ أو حتى يستتزل منه أى مبلغ يكون مستحقا للحائز فى ذمة من تلقى عنه الملكية.



مادة (1067)

يجوز لكل دائن قيد حقه ولكل كفيل لحق مقيد أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره، ويكون ذلك في مدى ثلاثين يوما من آخر إعلان رسمي يضاف إليها مواعيد المسافة ما بين الموطن الأصلي للدائن وموطنه المختار، على ألا تزيد مواعيد المسافة على ثلاثين يوما أخرى.

الشرح

296- المدة التي يختار فيها الدائنون قبول العرض أو رفضه :

حددت المادة لكل دائن قيد حقه ولكل كفيل لحق مقيد بقبول العرض المعلن من الحائز بتطهير العقار بثلاثين يوما من آخر إعلان رسمي.

فتحسب هذه المدة من تاريخ آخر إعلان رسمي للدائنين والكفيل وذلك إذا أعلنوا جميعا في يوم واحد. فإن تم إعلانهم في أيام مختلفة كانت المدة ثلاثين يوما من تاريخ آخر إعلان.

وتضاف إلى هذه المدة مواعيد المسافة بين الموطن المختار للدائن وموطنه الأصلي بشرط ألا تزيد على ثلاثين يوما أخرى.

وميعاد المسافة يوم لكل مسافة مقدارها خمسمون كيلو مترا وما يزيد من الكسور على الثلاثين كيلو مترا يزداد له يوم على الميعاد (م 16 مرافعات).

وهكذا يبدأ الميعاد في يوم واحد بالنسبة لجميع الدائنين، ولكن نهايته تختلف بالنسبة لكل منهم حسب ميعاد المسافة.

وهو على أي حال لا يجوز أن يزيد على ستين يوما من تاريخ بدئه.

وانتهاء الميعاد بالنسبة لأحد الدائنين أو بعضهم لا يحرم الباقي من الخيار

المقرر له طالما أن الميعاد لم ينته بالنسبة له⁽¹⁾.
 وطبقاً للقواعد العامة لا يحسب اليوم الأول أى اليوم الذى تم فيه الإعلان،
 ولكن يحسب اليوم الأخير.
 وإذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها (م 15
 مرافعات).

297- طلب بيع العقار المطلوب تطهيره:

إذا لم يقبل الدائنون والكفلاء تطهير العقار، كان لهم قبل انتهاء الموعد
 المحدد فى البند السابق طلب بيع العقار المطلوب تطهيره. على التفصيل المبين
 بالمادة التالية.
 (أنظر شرح المادة التالية).



مادة (1068)

- 1- يكون الطلب بإعلان يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق ويوقعه الطالب أو من يوكله في ذلك توكيلا خاصا. ويجب أن يودع الطالب خزانة المحكمة مبلغا كافيا لتغطية مصروفات البيع بالمزاد، ولايجوز أن يسترد ما استغرق منه في المصروفات إذا لم يرس المزاد بثمن أعلى من المبلغ الذى عرضه الحائز، ويكون الطلب باطلا إذا لم يستوف هذه الشروط.
- 2- ولايجوز للطالب أن يتحى عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين المقيدین وجميع الكفلاء.

الشرح

298- طلب بيع العقار:

يكون طلب بيع العقار بإعلان على يد محضر تراعى فيه البيانات الواردة بالمواد 9 من قانون المرافعات ومابعدھا. يوجه من الدائنين أو الكفيل إلى الحائز والمالك السابق للعقار، أى المالك الذى انتقل منه العقار المرهون إلى الحائز. والحكمة من توجيه الإعلان إلى المالك السابق هى منحه الفرصة فى التحقق من أن الحائز لا يعرض مبلغا يقل عما هو ملتزم به بسبب تملكه العقار، وحتى يمكن له القيام بالوفاء بالديون المضمونة بالحقوق المقيدة على العقار، وبذلك يتخلص من دعوى الضمان التى سوف يرجع بها الحائز عليه.

ويجب أن يكون طلب البيع موقعا عليه من الطالب أو ممن يوكله فى ذلك توكيلا خاصا.

وإذا كان العقار الذى انتقل إلى الحائز مرهونا على أجزاء، كل جزء مرهون

لصالح دائن معين، فإن طلب البيع لا يكون بالنسبة إلى كل دائن إلا على الجزء المرهون له من العقار أو المقرر له عليه حق اختصاص أو امتياز⁽¹⁾.

299- إيداع طالب البيع مبلغا كافيا لتغطية المصروفات:

يلتزم طالب البيع بأن يودع خزانة المحكمة مبلغا كافيا لتغطية مصروفات البيع بالمزاد. وهو لا يستطيع استرداد شئ منه طالما أن المزاد وقع على الحائز لعدم تقدم مزاييد بعبء أكبر من القيمة المعروضة. فإذا رسا المزاد بمبلغ أكبر استرد ما استنفذ من هذا المبلغ في المصروفات من الراسى عليه المزاد سواء أكان الحائز أم غيره.

300- تنحى طالب البيع عن طلبه :

لايجوز للدائن أو الكفيل الذى طلب بيع العقار أن يتنحى عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين المقيدى وجميع الكفلاء. ويرجع ذلك إلى أن أحدا منهم قد يكون امتنع عن طلب البيع اعتمادا على أن دائنا آخر قد سبقه وطلب البيع. فالسكوت لا يفسر قبولا إلا إذا سكت جميع الدائنين المقيدة حقوقهم أما إذا سكت بعضهم وطلب بعضهم الآخر أو أحدهم البيع فإن السكوت يفسر بأنه موافقة ضمنية على طلب البيع، ومن ثم فإن التنحى عن طلب البيع لا يكون إلا بموافقة جميع الدائنين والكفلاء الذين تعلق حقهم عندئذ يطلب البيع⁽²⁾.

301- أثر تخلف الأحكام السابقة :

إذا لم يستوف طلب البيع الشروط السابقة سواء ما كان منها يتعلق بالطلب ذاته أو بإيداع مبلغا كافيا لتغطية المصروفات، كان الطلب باطلا، ولا يترتب عليه

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 432- محمد لبيب شنب ص 148.

(2) السنهورى ص 441 - حسام الدين الأهوانى ص 542.

أثر من حيث رفض عرض تطهير العقار وطلب بيع العقار بالمزاد⁽¹⁾.

(3) محمد على إمام ص 382 - عبد الفتاح عبد الباقي ص 432.

مادة (1069)

1- إذا طلب بيع العقار وجب إتباع الإجراءات المقررة فى البيوع الجبرية، ويتم البيع بناء على طلب صاحب المصلحة فى التعجيل من طالب أو حائز وعلى من يباشر الإجراءات أن يذكر فى إعلانات البيع المبلغ الذى قوم به العقار.

2- ويلتزم الراسى عليه المزاد أن يرد إلى الحائز الذى نزع ملكيته المصروفات التى أنفقها فى سند ملكيته، وفى تسجيل هذا السند، وفيما قام به من الإعلانات، وذلك إلى جانب التزاماته بالثمن الذى رسا به المزاد وبالمصروفات التى اقتضتها إجراءات التطهير.

الشرح

302- أثر طلب بيع العقار:

يترتب على تقديم طلب بيع العقار - مستوفيا لشروطه - طرح العقار فى البيع بالمزاد.

وتتبع فى هذا البيع الإجراءات المقررة فى البيوع الجبرية. وهى المنصوص عليها فى قانون المرافعات.

ويتم البيع بناء على طلب صاحب المصلحة فى التعجيل سواء كان هو الدائن أو الحائز.

303- بيان المبلغ الذى قوم به العقار فى إعلانات البيع:

حرصت المادة على استلزام بيان المبلغ الذى قوم به العقار من قبل الحائز فى العرض فى إعلان البيع، لأن المزاد لن يرسو إلا على من يتقدم بثمن أعلى، فالملكية تستقر للحائز إذا لم يتقدم أحد بسعر أعلى فى المزايدة.

ولكن لا يجب أن يستفاد من ذلك أن الحائز يعتبر دخلا في المزايدة بقوة القانون بما عرضه.

304- بيع العقار:

يتم بيع العقار طبقا لقواعد قانون المرافعات في البيوع الجبرية، وهي إجراءات بيع العقار بالمزاد العلني.

ويجوز لكل شخص أن يتقدم للمزايدة، فيما عدا المدين والراهن إن كان غيره، وفيما عدا الأشخاص ممنوعين قانونا من ذلك. ويجوز التقدم للمزايدة للحائز وللدائن طالب البيع وللدائنين الآخرين وللغير.

وإذا عرض في المزاد مبلغ أكبر من القيمة التي عرضها الحائز رسا المزاد على صاحب أكبر عرض سواء كان الحائز أو غيره.

وإذا لم يتقدم مزاد بمبلغ أكبر من المبلغ الذي عرضه الحائز، رسا المزاد على هذا الأخير دون أن يلتزم بدفع أكثر من المبلغ الذي سبق له عرضه، وتحمل طالب البيع بنفقاته.

والمبلغ الذي يرسو به المزاد يدفع للدائنين ذوي الحقوق المقيدة على العقار حسب مرتبة ديونهم، أو يودع خزانة المحكمة. وإذا بقي من ثمن رسو المزاد بعد الوفاء بالديون المضمونة شيء كان هذا من حق الحائز كما سنرى.

وإذا قام الراسي عليه المزاد بدفع الديون المضمونة بالحقوق المقيدة لأربابها أو أودع الثمن خزانة المحكمة. ثم سجل حكم مرسى المزاد، انتقلت إليه ملكية العقار خالصة من الرهون الرسمية والحيازية وحقوق الاختصاص وحقوق الامتياز⁽¹⁾.

305- التزامات الراسي عليه المزاد:

يلتزم الراسي عليه المزاد بأن يدفع العطاء الذي تقدم به أى المبلغ الذي يرسو

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 434.

به المزداد.

ويدفع هذا المبلغ للدائنين ذوى الحقوق المقيدة على العقار حسب مرتبة ديونهم، أو يودع خزانة المحكمة. وإذا بقى من ثمن رسو المزداد بعد الوفاء بالديون المضمونة شئ كان هذا من حق الحائز.

كما يلتزم الراسى عليه المزداد بأن يدفع للحائز المصروفات التى أنفقها فى سند ملكيته وفى تسجيله ونفقات الإعلانات والمصروفات التى أنفقها لإجراء التطهير والمصاريف التى أنفقت فى إجراء البيع،

وما سبق أن قدمه لذلك. وإذا لم يتقدم مزاييد بعباء أكبر خلصت للحائز ملكية العقار، ولا يلتزم بدفع المبلغ الذى سبق أن عرضه.

والمبلغ الذى يرسو به المزداد يودع خزينة المحكمة أو يدفع للدائنين حسب مراتبهم، فتتقاضى الرهون وتمحى القيود ويتم، بذلك تطهير العقار.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يطرح العقار فى المزداد، وتتبع الإجراءات المقررة فى البيوع الجبرية، فان عرض مزاييد مبلغا اكبر من القيمة التى عرضها الحائز (وقد يكون الدائن الذى طلب البيع أو دائنا آخر أو أجنبيا أو الحائز نفسه زاد بما سبق أن عرض، ولكن لا يجوز أن يكون الراهن أو المدين) رسا المزداد عليه، ووجب أن يدفع إلى جانب العطاء الذى تقدم به، المصروفات التى أنفقها الحائز فى سند ملكيته ونفقات الإعلانات والمصروفات التى اقتضتها إجراءات التطهير، ويرد إلى طلب طالب البيع ما سبق أن قدمه لذلك.

وإذا لم يتقدم مزاييد بعباء أكبر خلصت للحائز ملكية العقار، ولا يلتزم بدفع المبلغ الذى سبق أن عرضه.

والمبلغ الذى يرسو به المزداد يودع خزينة المحكمة أو يدفع للدائنين حسب

مراتبهم، فتنقضى الرهن وتحمى القيود ويتم بذلك تطهير العقار⁽¹⁾.

مادة (1070)

إذا لم يطلب بيع العقار فى الميعاد وبالأوضاع المقررة استقرت ملكية العقار نهائيا للحائز خالصة من كل حق مقيد، إذا هو دفع المبلغ الذى قوم به العقار للدائنين الذين تسمح مراتبهم باستيفاء حقوقهم منه، أو إذا هو أودع هذا المبلغ خزانة المحكمة.

الشرح

306- آثار التطهير:

إذا لم يطلب بيع العقار فى الميعاد بالأوضاع المقررة- والتى عرضنا لها فيما سلف- أى إذا قبل الدائنون العرض، أو إذا طلبوا البيع ولم يعرض فى المزاد أى ثمن أعلى مما عرضه الحائز استقرت ملكية العقار نهائيا لهذا الحائز. إذا أودع المبلغ الذى عرضه خزانة المحكمة.

والمقصود باستقرار الملكية للحائز انقضاء حق التتبع، فلم تعد الملكية مهددة بأن تنزع عن طريق التنفيذ الجبرى وفاء للدين المضمون. فإجراءات التطهير التى تستهدف الحيلولة دون البيع الجبرى متى تمت انقضى حق البيع على العقار. وانتقل حق الدائن إلى الثمن ليمارس عليه حق التقدم. فالرهن لا ينقضى بسلطنته إلا إذا كان الحائز يوفى للدائنين حقوقهم، أما وأنه يودع الثمن فقط فإن حق الدائنين ينتقل إلى الثمن ليمارسوا عليه حق التقدم.

وحدد المشرع لحظة انقضاء حق التتبع، أى تخلص العقار من الرهن الذى كان ينقله، بأنها بلحظة إيداع المبلغ الذى عرضه الحائز خزانة المحكمة.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 119 وما بعدها.

فإجراءات التطهير لا تتم إلا منذ تلك اللحظة ومن ثم فإن آثاره تترتب من هذه اللحظة فقط، فينتقل حق الدائن من العقار إلى الثمن المودع. ولا يلزم أن يسبق الإيداع اتباع إجراءات العرض. فعرض التطهير يقوم مقامها.

وقد أراد المشرع باشتراط الإيداع التيسير على الحائز بعدم دخوله في مشاكل توزيع الثمن على الدائنين بحسب مراتبهم وما قد يترتب عليه من مسؤولية إذا أخطأ في اتباع قواعد الأولوية.

وبناء عليه يظل العقار مثقلا بالرهن حتى إيداع الحائز للثمن الذي عرضه خزانة المحكمة وطالما أن التطهير لا يتحقق إلا بإيداع الثمن فإن الرهن يجب أن يكون مقيدا أو نافذا ومن ثم يجب تجديده حتى هذه اللحظة.

وإذا تم الإيداع فإن العقار يتخلص ويتطهر من الرهون التي رتبها البائع إلى الحائز. أما الرهون التي يربتها الحائز على العقار باعتباره مالكا له فلا يشملها التطهير. بل لا يجوز له طلب تطهيرها لأن التطهير رخصة مقررة للحائز فقط ولا يستفيد منها الراهن.

ويترتب كذلك على التطهير انتقال حق الدائن إلى الثمن المودع حيث يعتبر بمثابة حسيلة التنفيذ ويوزع على الدائنين طبقا لمرتبة رهن كل منهم⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا وافق الدائنون جميعا، بعد إعلانهم على العرض الذى تقدم به الحائز أو سكتوا ستين يوما من آخر إعلان رسمى (يضاف إليها مواعيد المسافة المبينة فى المادة 1490) اعتبر العرض مقبولا، ووجب على الحائز أن يدفع المبلغ المعروض للدائنين حسب مرتبتهم، أو يودعه خزانة المحكمة، فيتطهر العقار من كل الرهون ويمحي ما عليه من القيود. أما إذا طلب أحد الدائنين (أو وكيل له أو وكيل عنه

(1) حسام الدين الأهوانى ص 547 وما بعدها.

وكالة خاصة في التطهير) بيع العقار، فيكون ذلك بإعلان يوجه إلى الحائز وإلى الراهن، في مدى السنتين يوما المشار إليها، يطلب منه عرض العقار المرهون في المزا. ولا تشترط زيادة العشر، وهذا هو التجديد الذي حققه المشروع حتي يتخفف الدائن من بعض أعباء التطهير. ولكن يجب على الدائن أن يودع في خزينة المحكمة مبلغا كافيا لتغطية مصروفات البيع بالمزا، ولا يسترد هذه المصروفات إذ وقع المزا على الحائز لعدم تقدم مزايد بعطاء أكبر مما عرض. ومتى تقدم أحد الدائنين بطلب بيع العقار على النحو الذي تقدم، وجب عرض العقار في المزا، ولا يجوز للدائن أن يتنازل عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين والكفلاء⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 7 ص 119.

مادة (1071)

- 1- تكون تخلية العقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة، ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك فى هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية، وأن يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية فى خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها.
- 2- ويجوز لمن له مصلحة فى التعجيل أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية. ويعين الحائز حارسا إذا طلب ذلك.

الشرح

تخلية العقار:

307- المقصود بالتخلية:

المقصود بالتخلية هو أن يتخلص الحائز من مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار فى مواجهته لتباشر فى مواجهة الحارس أو الأمين الذى تعينه المحكمة. فيترتب على التخلية عدم بدء الإجراءات فى مواجهة الحائز أو عدم استمرارها فى مواجهته⁽¹⁾.

والتخلية بهذا المعنى لا تعطل حق التتبع وإنما تستمر فى مواجهة الحارس بدلا من الحائز وذلك على العقار الذى امتلكه الحائز.

ذلك أنه إذا لم يدفع الحائز الدين ولم يلجأ إلى التطهير فإنه لا مناص من اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار. وهو إذا بقى فى هذه الإجراءات وجهت إليه

(1) حسام الدين الأهوانى ص 550 - محمد على إمام ص 386.

وظهر اسمه فيها، وكان فوق ذلك مسئولاً عن إدارة العقار وثماره خلال فترة التنفيذ دون أن يفيد من ذلك شيئاً حيث أصبحت الثمار من وقت الإنذار ملحقة بالعقار وكل ذلك يلقي على عاتقه مسئولية ثقيلة، فضلاً عما ينطوى عليه من مساس بسمعته المالية.

ولكن الحائز يستطيع أن يكفى نفسه المؤونة في مواجهة إجراءات التنفيذ ويتقى الظهور فيها شخصياً فتتزع ملكيته بما ينطوى عليه ذلك من مساس بسمعته، كما يتخلص من مسئولية إدارة العقار خلال فترة التنفيذ. وذلك عن طريق التخلي عن العقار.

والتخلى تحقق فائدة غير مباشرة للدائن، فالتخلي يفيد اعتراف الحائز بحق الدائن المرتهن. كما ينزل بمقتضاها الحائز عن التمسك بأى دفع كان يمكن توجيهه للدائن. فهو يفيد الدخول في مرحلة التنفيذ وعدم المنازعة في الدين.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"إذا لم يدفع الحائز الدين ولم يلجأ إلى التطهير، بقى أمامه أن يخلى العقار حتى يكفى نفسه المؤونة في مواجهة إجراءات التنفيذ، وحتى يتقى الظهور في هذه الإجراءات شخصاً تنزع ملكيته، بما ينطوى على ذلك من مساس بسمعته⁽¹⁾.

308- من تجوز له التخلى ؟

التخلى لا تكون إلا لحائز العقار بشرط ألا يكون ملتزماً شخصياً بالدين. واشتراط ألا يكون الحائز ملتزماً شخصياً بالدين يرجع إلى أن الحائز إذا كان ملتزماً شخصياً بالدين يظل مسئولاً عنه بناء على الدعوى الشخصية بعد أن يتخلص من دعوى الرهن، ومن ثم فلو أجاز له تخلى العقار وتخلص بذلك من دعوى الرهن يكون للدائن رغم ذلك الحق في رفع الدعوى الشخصية والتنفيذ على

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 122.

كل أمواله بما فيها العقار الذي تخلى عنه⁽¹⁾.

ويكون الحائز ملزماً شخصياً بالدين ولا تجوز له التخلية في الحالات الآتية:

- 1- إذا كان مديناً متضامناً في الدين ذاته المضمون بالرهن أو كفيلاً له.
 - 2- إذا كان قد التزم في العقد الذي كسب به الملكية بوفاء الدين وقبل الدائن هذه الإنابة.
 - 3- إذا كان قد عرض على الدائنين قيمة العقار لتطهيره فقبل منه عرضه.
 - 4- إذا كان قد تعهد لأرباب الديون المقيدة سواء في عقد تملكه أم في اتفاق لاحق أن يدفع لهم الثمن⁽²⁾.
 - 5- إذا كان الحائز لم يدفع الثمن وكان الثمن أو الباقي منه يكفي لجميع الديون المقيدة أو كان أرباب هذه الديون قد قبلوا الاكتفاء بالباقي من الثمن على أن يمحوا كل القيود في مقابل ذلك.
- أما الكفيل العيني فتجوز له التخلية ولو أنه لا يجوز له التطهير، ذلك أن التطهير يؤثر على حق المرتهن، فلا يسمح به للكفيل العيني لأنه باعتباره رهنًا يكون ضامناً للرهن فلا يجوز له التعرض للمرتهن. أما التخلية فإنها لا تؤثر في حق المرتهن ولا تعتبر تعرضاً له⁽³⁾.

309- عدم تقييد التخلية بأي شرط:

يجب ألا تقيّد التخلية بأي شرط، بمعنى أن تصدر دون تحفظ. فيتخلّى الحائز عن كل العقارات التي تكون في يده بصفته حائزاً. وإذا كان قد تصرف قبل الإنذار

(2) محمد على إمام ص 387.

(1) سليمان مرقس ص 280- محمد كامل مرسى ص 236 وما بعدها.

(2) همام محمد زهران ص 529 - سليمان مرقس ص 281.

فى شئ من العقارات الضامنة لدين الدائن المرتهن الذى أنذره، فالتخلىة ترد على الباقى فى يده من هذه العقارات.

310- ميعاد التخليّة :

ليس للحائز أن يخلّى قبل تسلّمه الإنذار الذى يوجهه إليه الدائنون المرتهنون. ولم يشترط القانون ميعادا معيناً تجرى فيه التخليّة. فيجوز للحائز أن يجرى التخليّة بعد إيداع قائمة شروط البيع وإلى أن يتم مرسى المزاد⁽¹⁾.

311- كيف تحصل التخليّة ؟

تحصل التخليّة بتقرير يقدمه الحائز إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار. ويجب على الحائز أن يطلب التأشير بذلك فى هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية. وأن يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخليّة فى خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها.

وإذا لم تستوف هذه الإجراءات وقعت التخليّة باطلة. وجاز للدائنين مباشرة إجراءات التنفيذ فى مواجهة الحائز⁽²⁾.

وإذا قبل الدائن المباشر للإجراءات التخليّة تمت التخليّة. أما إذا لم يقبلها كان على الحائز إعلان الدائن المباشر للإجراءات والمدّين بالتقرير والحضور إلى المحكمة لسماع الحكم بالتخليّة. ويجوز عندئذ الاعتراض على التخليّة إن كان لذلك محل.

312 - الرجوع عن التخليّة بعد التقرير بها :

(1) محمد كامل مرسى ص 238 - عبد الفتاح عبد الباقي ص 441- سليمان مرقس ص 283.

(2) عبد الفتاح عبد الباقي ص 442 - محمد كامل مرسى ص 239- محمد على إمام ص 389.

يجوز للحائز الرجوع عن التخلية بعد التقرير بها لأنه وإن كان بتخلية أوجب تدخل القضاء بتعيين حارس تكون إجراءات نزع الملكية في مواجهته، فإن له من جهة أخرى حتى وقت رسو المزاد أن يدفع دين أرباب الديون المقيدة، وإن فعل فإنه يخلص عقاره (م 1061) ويترتب على ذلك أن التخلية لا تنتج آثارها، إذ لا يكون هناك محل لاتخاذ إجراءات نزع الملكية.

ولكن يجب لتخليص العقار أن يقوم الحائز بدفع الدين كله والفوائد والمصاريف⁽¹⁾.

313- الأهلية اللازمة للتخلية :

لما كان الحائز الذى يتخلى عن العقار لا يتنازل عن ملكية العقار وإنما عن مجرد حيازته العرضية، فإنه لا يجب أن تتوافر لديه أهلية التصرف، وإنما تكفى أهلية الإدارة⁽²⁾.

314- طلب تعيين حارس :

إذا تمت التخلية بالتراضى أو التقاضى كان لكل ذى مصلحة من دائن أو راهن أو الحائز نفسه أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية. ويعين الحائز حارسا إذا طلب ذلك، وإن كان من النادر أن يطلب الحارس تعيينه حارسا لأنه لو أراد أن تكون الإجراءات فى مواجهته لما تخلى عن العقار.

واختصاص القاضى المستعجل مقرر بنص صريح فلا يلزم القاضى المستعجل بتحرى شرط الاستعجال.

(1) محمد كامل مرسى ص 239 وما بعدها.

(2) محمد على إمام ص 282- محمد كامل مرسى ص 238 - سليمان مرقس ص 282-

همام محمد زهران ص 529 وما بعدها.

ويجوز للحائز أن يدخل فى المزاد وأن يرسو المزاد عليه. كما فى حالة البيع
نتيجة لاتخاذ إجراءات التطهير.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"فإذا خلى الحائز العقار، لم يعد من الممكن الاستمرار فى اتخاذ إجراءات التنفيذ فى مواجهته، ولو أنه يبقى مالكا للعقار.

ويجوز لكل ذى مصلحة، كالدائن أو الراهن أو الحائز نفسه، أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ الإجراءات فى مواجهته. ويجب تعيين الحائز حارسا لا باعتباره حائزا، فيتوقى المساس بالسمعة، وإن كان لا يتفادى مواجهة إجراءات التنفيذ"⁽¹⁾.

315- آثار التخلية :

ينحصر أثر التخلية فى ترك الحائز للحيازة المادية للعقار، ولكنه يظل مالكا للعقار، ويحتفظ بالحيازة القانونية ويمارسها بواسطة الحارس. فالحائز لا يتخلى عن الملكية للدائنين المرتهنين فيظل هو المالك إلى حين انتهاء إجراءات التنفيذ الجبرى. وكل ما يتخلى عنه الحائز هو الحيازة العرضية التى تكون للحارس.

ويترتب على احتفاظ الحائز بملكية العقار الأمور الآتية :

- 1- لا تعتبر التخلية نافذة للملكية ومن ثم يظل الحائز مالكا وبالتالي لا يجب فى شأنها التسجيل.
- 2- إذا هلك العقار بسبب أجنبى قبل رسو المزاد كانت نتيجة الهلاك على الحائز ومن ثم يبقى ملزما بالوفاء بالثمن إلى البائع إذا لم يكن قد تم الوفاء به.
- 3- إذا رسا المزاد بثن أعلى من الدين المضمون فإن ما يتبقى بعد الوفاء بديون الدائنين المرتهنين يكون من حق الحائز باعتباره مالكا للعقار. ولكن ذلك

- الاحتمال ضئيل لأنه لو كان الثمن يكفى لاختار الحائز اللجوء إلى التطهير.
- 4- إذا انقضى الرهن لأى سبب من الأسباب مثل قيام الراهن بالوفاء بالدين فإن الحائز يسترجع العقار.
- 5- يجوز للحائز التصرف فى العقار أو ترتيب رهون أخرى ولكن لا تنفذ فى حق الحائزين إذا كان التصرف أو الرهن قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية. وتخضع أعمال التصرف لنفس القيود التى يقيد بها المدين الراهن والسابق إيضاها⁽¹⁾.



(1) حسام الدين الأهوانى ص 563 وما بعدها - السنهورى ص 355.

مادة (1072)

إذا لم يختَر الحائز أن يقضى الديون المقيدة أو يظهر العقار من الرهن أو يتخلّى عن هذا العقار، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية وفقا لأحكام قانون المرافعات إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار، ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه فى وقت واحد.

الشرح

316- طرح العقار فى المزاد :

إذا لم يختَر الحائز وفاء الديون المقيدة أو تطهير العقار أو تخليته كان للدائن المرتهن أن يتخذ إجراءات نزع الملكية ضده. والدائن يباشر إجراءات نزع الملكية وفقا للأوضاع المقررة فى قانون المرافعات وتوجه هذه الإجراءات ضد الحائز، وهى لا تختلف عما لو كانت موجهة إلى المدين الأصلى.

ولا يجوز اتخاذ إجراءات نزع الملكية ضد الحائز إلا بعد إنذاره على يد محضر بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار، ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه فى وقت واحد وبورقة واحدة تعلن لكل من المدين والحائز. ولا يجوز الإنذار قبل التنبيه إذ مناطه البدء فى إجراءات التنفيذ. لكن يجب فى جميع الحالات أن يكون الإنذار مصحوبا بتبليغ التنبيه إلى الحائز وإلا كان الإنذار باطلا.

ويترتب على إعلان الإنذار أن يلتزم الحائز بكل ما كان يلتزم به المدين عند تسجيل تنبيه نزع الملكية فتلحق بالعقار ثماره وإيراداته ويعتبر الحائز حارسا ولا

تتفد عقود الإيجار التي يبرمها بعد إنذاره إلا إذا كانت من أعمال الإدارة الحسنة كما لا تتفد المخالصات والحوالات إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل إنذاره⁽¹⁾.

وتنص المادة 411 من قانون المرافعات على أن: "إذا كان العقار مثقلا

بتأمين عيني وآل إلى حائز بعقد مسجل قبل تسجيل التنبيه وجب إنذاره بدفع الدين أو تخليته العقار وإلا جرى التنفيذ في مواجهته.

ويجب أن يكون الإنذار مصحوبا بتبليغ التنبيه إليه وإلا كان باطلا. ويترتب على إعلان الإنذار في حق الحائز جميع الأحكام المنصوص عليها في المواد من 406 إلى 410.

وتنص المادة 412 على أن: "يجب أن يسجل الإنذار وأن يؤشر بتسجيله

على هامش تسجيل التنبيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسجيل التنبيه وإلا سقط تسجيل التنبيه".

وتنص المادة 413 على أنه: "إذا تبين سبق تسجيل إنذار للحائز على العقار

ذاته طبقت أحكام المادتين 402، 403 وإذا سقط تسجيل التنبيه سقط تبعاً له تسجيل الإنذار".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

إذا لم يختار الحائز دفع الدين المقيدة ولم يلجأ إلى التطهير أو التخلية، اتخذت الإجراءات في مواجهته هو باعتباره حائزا. ويجب لاتخاذ الإجراءات في مواجهته أن ينذر بعد التنبيه على المدين أو مع هذا التنبيه. ولا يجوز الإنذار قبل التنبيه. وفي هذا تقنين للقضاء المصري في هذه المسألة، وعلة هذا الحكم أن المدين هو الذي يجب اتخاذ الإجراءات ضده أولاً، أما الحائز فهو تابع للمدين

(1) المستشار أنور طلبه ص 533.

وتتخذ الإجراءات هذه بعد المدين أو معه⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- (أ) - "حائز العقار المشار إليه بالمادة 574 من القانون المدنى لا يمكن مبدئيا أن يكون إلا من آلت إليه من المدين ملكية العقار أو حق انتفاع عينى عليه، فأصبح بمقتضى ماله من الملكية أو حق الانتفاع صاحب مصلحة فى الدفاع عنه ومنع بيعه إذا استطاع. والذى تدل عليه عبارة تلك المادة أن إنذار الحائز إنما يكون واجبا فى صورة ما إذا كان لهذا الحائز وجود فى ذلك الطرف الزمنى الذى ينبه فيه الدائن المرتهن على مدينه بالوفاء وينذره بنزع الملكية.

وبما أن معرفة وجود حائز للعقار بالمعنى المتقدم أو عدم وجوده إنما تكون بالكشف عن دفاتر التسجيلات العقارية، فإذا طلب الدائن المرتهن هذا الكشف وظهر منه أن هناك تسجيل تصرف فى الملكية أو فى حق انتفاع صادر من المدين وجب عليه إنذار المتصرف إليه كما تقتضى به المادة 574، وإلا فهو يرفع دعوى نزع الملكية ويمضى فى الإجراءات لغاية البيع. ومهما يحدث بعد من تصرفات المدين المسجلة على العين فلا شأن لهذا الدائن المرتهن بها ولا تأثير لها فى إجراءات نزع الملكية والبيع".

(ب) - "لا يلزم أن يكون عقد الحائز مسجلا قبل تاريخ التنبيه على المدين بنزع الملكية، بل يكفى أن يكون تسجيل عقده حاصلا قبل تسجيل التنبيه المذكور حتى يعتبر حائزا واجبا على الدائن المرتهن إنذاره قبل رفع دعوى نزع الملكية كمقتضى المادة 574 بحيث لو كان تسجيل عقده حاصلا بعد تسجيل ذلك التنبيه فليس على هذا الدائن إنذاره بل له المضى فى الإجراءات وتكون إجراءاته صحيحة كما تقدم".

(ج) - "القول فى الحياة ووجوب إنذار صاحبها وعدم وجوبه وما يترتب على الإنذار وعدمه، كله لا شأن له إلا بالنسبة للدائن المرتهن أو الدائن صاحب الاختصاص الذى حكمه حكم المرتهن من حيث ما له من حق تتبع العقار فى أى يد يكون. أما الدائن العادى ففكرة الحياة الواجب إنذار صاحبها منتفية بالنسبة له تماما. وذلك من جهة لأن الدائن العادى يكون عابثا لو نبه على مدينه بنزع ملكية عقار له يكون قد تصرف فيه للغير تصرفا يكون أخرجه فعلا من ملكيته، ومن جهة أخرى فإن القانون الأهلى لا يحرم المدين من التصرف فى الملكية بعد تسجيل التنبيه.

فإذا حصل هذا التصرف وسجل، بعد تسجيل التنبيه الحاصل من دائن عادى، فى أى وقت سابق على تسجيل حكم مرسى المزاد، فإن كل إجراءات التنفيذ تسقط وتكون لا قيمة لها مادام تسجيل التنبيه لا يكسب لا هو ولا إجراءات البيع ذلك الدائن العادى حقا عينيا على العقار يحتج به على من تنتقل إليه ملكيته من قبل مدينه".

(طعن رقم 18 لسنة 5 قى جلسة 19/12/1935)

2-(أ) - "إذا وضع شخص يده على عقار مرهون المدة الطويلة المكسبة للملكية فإن تملكه للعقار لا يستتبع حتما انقضاء الرهن بل يكون للدائن المرتهن الحق فى نزع ملكية العقار وفاء لدينه ولا يصح القول بأن وضع اليد على ذلك العقار المدة الطويل يكسب ملكية العقار وملكية الراهن إذ هذا يؤدى إلى إهدار حق الدائن المرتهن الذى كفله نص المادة 554 من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون، كما أن فيه إجازة لسقوط حق الرهن استقلالا عن الدين المضمون به. مع أنه تابع له لا ينقضى إلا بانقضائه".

(ب) - "إذا كان حائز العقار المرهون لم يتعلق الملكية من المدين بل تلقاها عن غير طريقه سواء أكان ذلك بطريق الشراء من آخر أو بطريق وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية فلا على الدائن المرتهن إذا هو لم ينذره أو يتخذ إجراءات نزع الملكية فى مواجهته عملا بالمادة 697 مدنى مختلط التى تحكم واقعة

(طعن رقم 288 لسنة 22 ق جلسة 1956/3/8)



مادة (1073)

1- يجوز للحائز الذى سجل سند ملكيته ولم يكن طرفا فى الدعوى التى حكم فيها على المدين بالدين، أن يتمسك بأوجه الدفع التى كان للمدين أن يتمسك بها، إذا كان الحكم بالدين لاحقا لتسجيل سند الحائز.

2- ويجوز للحائز فى جميع الأحوال أن يتمسك بالدفع التى لا يزال للمدين بعد الحكم بالدين حق التمسك بها.

الشرح

317- حق الحائز الذى سجل سند ملكيته فى التمسك بأوجه دفع المدين؛

لا يعتبر للحاجز وجود إلا ابتداء من وقت تسجيل سنده، فطالما أن الحكم صدر له على المدين قبل ذلك الوقت، فلا يمكن أن يضار المرتهن بعد ذلك بمعارضة تصدر من الحائز. أما بعد هذا التسجيل فيجب على المرتهن اعتبار وجود الحائز ولزم عليه اختصامه فى الدعوى، كى يدافع عن حقوقه ويمنع ما قد يضر به نتيجة إهمال المدين أو تواطئه.

ويكون للحائز أن يتمسك بكل أوجه الدفع التى كان للمدين أن يتمسك بها.

كان يدفع ببطلان الالتزام المضمون أو بانقضائه.

وإذا اخضم الحائز في الدعوى المقامة على المدين كان له التمسك بكل الدفع المتعلقة بالدين أو الرهن بجانب المدين. أما إذا لم يختصم الحائز في الدعوى واقتصر المرتهن على رفع الدعوى على المدين فإن الحكم الذى يصدر على المدين لا يمنع الحائز من التمسك بالدفع التى كان للمدين أن يتمسك بها قبل صدور الحكم، وذلك لأن ليس للحكم حجية فى مواجهة⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"فإذا ما وجه الإنذار للحائز كان له حق المعارضة، وله أن يتمسك بالدفع التى لا يزال للمدين بعد الحكم حق التمسك بها، كانقضاء الدين بعد الحكم به بالوفاء أو المقاصة أو بغير ذلك. بل له أيضا أن يتمسك بالدفع التى كان للمدين أن يتمسك بها قبل الحكم بشرط أن يكون فى موقف من شأنه ألا يجعل للحكم حجية قبله، ويتحقق ذلك إذا كان الحكم لاحقا لتسجيل سنده ولم يكن طرفا فى الدعوى، فإن الحكم فى هذه الحالة لا يكون حجة عليه مادام قد سجل سنده قبل صدوره ولم يدخله الدائن خصما ثالثا"⁽²⁾.



(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 407 وما بعدها.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 127 وما بعدها.

مادة (1074)

يحق للحائز أن يدخل في المزاد على شرط ألا يعرض فيه ثمنًا أقل من الباقي في ذمته من ثمن العقار الجارى بيعه.

الشرح

318- دخول الحائز في المزاد:

يجوز لكل شخص أن يتقدم للمزايدة فيما عدا المدين والراهن وإن كان غيره. وفيما عدا الأشخاص الممنوعون قانوناً من ذلك. فيجوز التقدم للمزايدة للحائز وللدائن طالب البيع وللدائنين الآخرين وللغير.

غير أنه إذا تقدم الحائز في المزايدة، وجب عليه ألا يعرض في المزاد ثمنًا أقل من الباقي في ذمته من ثمن العقار الجارى بيعه. فالفرض هنا أن الحائز اشترى العقار، ويحمل شيئاً من الثمن وبقي في ذمته باقى الثمن، ومن ثم اشترط ألا يكون عطاء الحائز أقل من هذا الباقي في ذمته للبائع، لأن الحائز ملزم بدفع هذا الباقي على أى حال، فلأن يتقدم به عطاء في المزاد حيز من أن يدفعه للبائع له.

ويترتب على ذلك أنه إذا كان الحائز لم يدفع الثمن كله، تعين عليه تقديم عطاء بهذا الثمن.



مادة (1075)

إذا نزع ملكية العقار المرهون ولو كان ذلك بعد اتخاذ إجراءات التطهير أو التخلية ورسا المزايد على الحائز نفسه، اعتبر هذا مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلي، ويتطهر العقار من كل حق مقيد إذا دفع الحائز الثمن الذى رسا به المزايد أو أودعه خزانة المحكمة.

الشرح

319- دخول الحائز فى المزايد:

إذا طرح العقار فى البيع بالمزايد، ولو كان ذلك بعد اتخاذ إجراءات التطهير أو التخلية، وسواء بوشرت إجراءات البيع بالمزايد فى مواجهة الحائز أو الحارس فى حالة تخلى الأول عن العقار. وأسفرت إجراءات البيع عن رسو المزايد على الحائز، اعتبر هذا مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلي.

فرسو المزايد على الحائز يدعم ملكيته، بيد أن حكم مرسى المزايد لا يعتبر سندا لملكية الحائز⁽¹⁾، بل يظل هذا الأخير مالكا بمقتضى سنده الأصلي، عقد البيع مثلا، ولهذا فلا توجد ضرورة لقيام الحائز بتسجيل حكم مرسى المزايد، لأن هذا الحكم لا ينقل إليه الملكية. ولكن يؤشر به فى هامش تسجيل سند الحائز الذى تملك بمقتضاه العقار وهامش تسجيل إنذار الحائز حتى يعلم الغير بأن الملكية التى كانت مهددة بالزوال عن الحائز نتيجة لإجراءات نزع الملكية قد استقرت له نهائيا. وذلك عملا بالمادة 448 من قانون المرافعات التى تقضى بأن: "إذا حكم

(1) وكانت المادة (1497) من المشروع التمهيدي المقابلة للمادة (1075) تضيف بعد عبارة "بمقتضى سند ملكيته الأصلي" عبارة "دون حاجة إلى تسجيل حكم مرسى المزايد"، إلا أن العبارة الأخيرة حذفت فى لجنة المراجعة لأنها تفصيل لا حاجة له (مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 130 وما بعدها).

بإيقاع بيع العقار على حائزه لا يكون تسجيل هذا الحكم واجبا ويؤشر به في هامش تسجيل السند الذى تملك بمقتضاه العقار أصلا وهامش تسجيل إنذار الحائز".

وإذا ظل الحائز مالكا للعقار بمقتضى سنده الأصلي، فإن علاقته بمملكه تستمر محكومة بهذا السند. وعلى ذلك فالحائز يظل ملتزما قبل البائع له بالفرق بين مبلغ الثمن المتفق عليه بينهما فى عقد البيع وبين المبلغ الذى رسا به المزاد عليه، إذا قل هذا المبلغ الأخير عن المبلغ الأول⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"فإن رسا المزاد على الحائز، فإن الملكية تعتبر منتقلة إليه، من وقت سند الملكية الأصلي، لا من وقت رسو المزاد، ولا يكون رسو المزاد إلا مؤكدا لانتقال الملكية. ويتطهر العقار بدفع الثمن إلى الدائنين أو بإيداعه خزينة المحكمة"⁽²⁾.

320- تطهير العقار من كل قيد :

لا يعتبر العقار مطهرا من الحقوق العينية التبعية المثقلة له، إلا بدفع الحائز للثمن الذى رسا به المزاد أو بإيداعه له خزانة المحكمة.

ومعلوم أن الذى يتطهر منه العقار بناء على حكم مرسى المزاد هو الحقوق العينية التبعية التى تقررت من المالك السابق وقيدت قبل اكتساب الحائز لملكية العقار. لكن يظل العقار فى يد الحائز متقلا بما قرره هو من حقوق عينية تبعية باعتباره مالكا للعقار سواء ضمنا لديون عليه أو ديون على غيره. وإذا حلت آجالها كان لأصحابها التنفيذ على ما تبقى من ثمن العقار بعد استيفاء الديون المقيدة قبل انتقال ملكية العقار للحائز.

كما تظل جميع الحقوق العينية الأصلية غير القابلة للبيع استقلالا التى قررها

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 449 وما بعدها - السنهاورى ص 466.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 141.

الحائز فى الفترة ما بين اكتسابه ملكية العقار بمقتضى السند الأسمى وبين إيقاع البيع بعد رسو المزاد.

وإذا رسا المزاد على الحائز بمبلغ يزيد عما فى ذمته بسبب اكتسابه ملكية العقار من المالك السابق بدعى الإثراء بلا سبب أو بدعى الضمان أو بدعى الحلول حسب الأحوال كما ذكرنا سلفاً⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إنه وإن كانت المادة 675 من قانون المرافعات المختلط تنص على أن تسجيل حكم رسو المزاد يطهر العقار من الرهون ولا يكون للدائنين حقوق إلا على الثمن، إلا أن هذا التطهير معلق على قيام الراسى عليه المزاد بأداء الثمن فى أجل استحقاقه، يؤكد ذلك أن المادة 695 من القانون المدنى المختلط تنص على أنه: "لا يجوز محو تسجيل الرهن إلا بناء على حكم صار انتهائياً أو برضاء الدائن الحاصل بتقرير منه فى قلم كتاب المحكمة" وهذا التقرير من الدائن لا يحصل إلا بعد استيلائه على حقه من ثمن العقار وفقاً لنص المادة 743 من قانون المرافعات المختلط، فإذا لم يكن الدائن قد حصل على دينه كان له اتخاذ إجراءات إعادة البيع على ذمة المشتري المتخلف وتصح هذه الإجراءات قبل هذا المشتري وحده ولو كان قد تصرف فى العقار بالبيع إلى الغير بعد رسو المزاد ويسجل هذا الغير عقد شرائه، إذ لا يعتبر الغير فى هذه الصورة حائزاً للعقار فى معنى المادة 697 من القانون المدنى المختلط ممن يجب التنبيه عليهم بالدفع أو التخلية، لأن الحائز فى حكم هذه المادة هو من آلت إليه ملكية العقار المرهون وقام بتسجيل عقده قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ولا ينطبق هذا الوصف فى هذه الحالة على الغير الذى لا يعدو أن يكون خلفاً للراسى عليه المزاد".

(طعن رقم 81 لسنة 20 ق جلسة 1953/11/5)

(1) همام محمد زهران ص 534 وما بعدها.

مادة (1076)

إذا رسا المزاد فى الأحوال المتقدمة على شخص آخر غير الحائز، فإن هذا الشخص الآخر يتلقى حقه عن الحائز بمقتضى حكم مرسى المزاد.

الشرح

321- رسو المزاد على غير الحائز :

إذا رسا المزاد على شخص آخر غير الحائز فإن الراسى عليه المزاد يتلقى الملكية عن الحائز. ومادام حكم مرسى المزاد هو الذى ينقل الملكية إلى من رسا عليه المزاد فإنه يلزم تسجيله حتى تنتقل الملكية فعلا إلى الراسى عليه المزاد. وتنص المادة (447) من قانون المرافعات على أن: "يقوم قلم الكتاب بالنيابة عن ذوى الشأن بطلب تسجيل الحكم بإيقاع البيع خلال ثلاثة الأيام التالية لصدوره. ويكون الحكم المسجل سنداً بملكية من أوقع البيع عليه. على أنه لا ينقل إليه سوى ما كان للمدين أو للحائز أو الكفيل العيني من حقوق فى العقار المبيع". والملكية تنتقل إلى من رسا إليه المزاد خالصة من كل الحقوق المقيدة على العقار حتى تسجيل تنبيه نزع الملكية، بشرط أن يقوم الراسى عليه المزاد بإيداع الثمن خزانة المحكمة أو يدفعه إلى الدائنين المقيدى بحسب ترتيب قيودهم كما سنرى (م1084).

ويتطهر العقار من الحقوق المقيدة عليه سواء تم الوفاء بها جميعاً أو لم يتم، وسواء قررها المالك الأصلى أو الحائز نفسه لأن الملكية يجب أن تنتقل إلى الراسى عليه المزاد خالية من جميع حقوق الرهن والاختصاص والامتياز التى تنقل العقار.

وتطهير العقار من الحقوق التى قررها الحائز ليس مرجعه مباشرة حق التمتع ولكن بيع العقار بالمزاد وما يستتبعه من زوال الحقوق المقيدة وانتقالها. ويستلزم رسو المزاد تصفية مركز الحائز، أى تحديد حقوقه والتزاماته فى

مواجهة ذوى الشأن من الدائنين المرتهنيين والدائنين المباشرين لإجراءات التنفيذ والراسى عليه المزاد والمالك السابق والمدين.

فيجب تحديد مركز ذوى الشأن من حيث المتبقى من ثمن رسو المزاد بعد دفع الديون المقيدة، والحقوق التى قرررها الحائز على العقار، والحقوق التى كانت له على هذا العقار قبل أن يملكه والثمار والتلف الذى يصيب العقار والمصروفات وأخيرا رجوع الحاجز كما سنرى⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وإن رسا المزاد على غير الحائز، فإن الحكم برسو المزاد هو الذى ينقل الملكية إلى من رسا عليه، ويكون الثمن الذى رسا به المزاد للحائز، يستوفى منه الدائنون حقوقهم وما يبقى فهو له وللدائنين المرتهنيين منه هو، ويرجع بدعوى ضمان الاستحقاق على من تلقى الملك منه وفقا لقواعد الضمان فى البيع أو الهبة، وله أيضا أن يرجع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب، بما دفعه زيادة عما فى ذمته بمقتضى سند ملكيته، ويحل محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم طبقا لقواعد الحلول. وإذا كانت له حقوق عينية على العقار المرهون (كرهن أو ارتفاق) قبل أن تنتقل إليه ملكيته فزالبت باتحاد الذمة، ثم رسا المزاد على غيره، فإن هذه الحقوق العينية تعود والحائز على كل حال مسئول عن الثمار من وقت الإنذار أو التخلية، إذ تلحق الثمار بالعقار قبله من ذلك الوقت. فإذا تركت الإجراءات ثلاث سنوات، فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد، لأن الإنذار القديم يكون قد سقط وهو مسئول أيضا أمام الدائنين عما يصيب العقار المرهون من تلف بخطئه"⁽²⁾.

(1) محمد على إمام ص 394 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 141 وما بعدها.

مادة (1077)

إذا زاد الثمن الذى رسا به المزاد على ما هو مستحق للدائنين المقيدة حقوقهم، كانت الزيادة للحائز وكان للدائنين المرتهنيين من الحائز أن يستوفوا حقوقهم من هذه الزيادة.

الشرح

322- رسو المزاد بثمن يزيد على المستحق للدائنين :

الثمن الذى يرسو به المزاد من حق الحائز لأنه مالك للعقار المبيع. وينبنى على ذلك أن ما يتبقى من الثمن بعد وفاء الديون المقيدة ودفع مصاريف البيع يكون للحائز. ومن ثم يكون للدائنين المرتهنيين منه حق الأولوية على هذه الزيادة إذ لهم التنفيذ عليها واستيفاء حقوقهم منها.



مادة (1078)

يعود للحائز ما كان له قبل انتقال ملكية العقار إليه من حقوق ارتفاق وحقوق عينية أخرى.

الشرح

323- عودة الحقوق العينية إلى حائز العقار:

قد يكون للحائز حقوق عينية على العقار قبل تملكه كحق انتفاع أو ارتفاق أو رهن رسمى أو حيازى أو اختصاص أو امتياز، ثم تزول هذه الحقوق بمجرد تملكه له إذ أنه صاحبها ولا يستطيع أن يباشرها على ما يملك فحق الارتفاق يزول باجتماع ملكية العقارين الخادم والمخدوم فى يد شخص واحد، والانتفاع يزول إذا آلت إلى المنتفع الملكية التامة، وكذلك حقوق الرهن والاختصاص والامتياز لا يباشرها الدائن على ملكه.

ولكن إذا بيع العقار بعد ذلك ورسا مزاده على غير الحائز وانتزعت ملكية الحائز فإن من الطبيعى أن الحقوق العينية التى كانت له على العقار قبل أن يصبح حائزا، تعود إليه كما كانت طالما كانت مشهرة قبل قيد حقوق الدائنين المقيدين وبالتالي كانت سارية فى مواجهتهم. فالدائنون عندما ارتهنوا العقار كانوا يعلمون أنه مثقل بهذه الحقوق، وليس من العدل أن يترتب على مجرد تملك الحائز للعقار خلال هذه الفترة ضياع هذه الحقوق حتى بعد زوال ملكيته وإلا كان معنى ذلك أنهم يثرون على حسابه دون سبب.

وبناء على ذلك تعود للحائز حقوق الانتفاع والارتفاق التى كانت له على العقار قبل انتقال الملكية إليه. كما تعود كذلك الرهون الرسمية والحيازية وحقوق الاختصاص والامتياز التى كانت للحائز بمرتبتها السابقة بشرط أن لا يكون قيدها قد سقط بمحوه أو بعدم تجديده قبل مضى عشر سنوات.

وينتقل العقار إلى الراسى عليه المزاد محملاً بهذه الحقوق فيما عدا حقوق الرهن والاختصاص والامتياز الذى يترتب على رسو المزاد تطهير العقار منها وانتقالها إلى الثمن.

ويطبق الحكم الوارد بالمادة على حقوق الارتفاق التى كانت مقررة قبل نقل الملكية على عقار الحائز لمنفعة العقار المرهون حتى لا يثرى الحائز على حساب الدائنين بلا سبب⁽¹⁾.



(1) محمد على إمام ص 397 وما بعدها - عبد الفتاح عبد الباقي ص 454 وما بعدها.

مادة (1079)

على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية، فإذا تركت الإجراءات مدة ثلاث سنوات، فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد.

الشرح

324 - ثمار العقار :

الأصل أن ثمار العقار المرهون للحائز حتى وقت رسو المزاد لأنه يملك العقار إلى هذا الوقت. بيد أن حق الحائز في الثمار لا يصير خالصا من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية، إذ ابتداء من هذا الوقت تلحق الثمار بالعقار ويوزع ثمنها كما يوزع ثمنه. بمعنى أن يكون للدائنين المقيدین مباشرة حق الأولوية على ثمن هذه الثمار.

ويلاحظ أن أثر الإنذار في إلحاق الثمار بالعقار يسقط بترك إجراءات التنفيذ مدة ثلاث سنوات. ويحصل سقوط الإنذار هنا بقوة القانون أى دون حاجة إلى الحكم ببطلانه. وإذا سقط الإنذار، اعتبر كأن لم يكن وأصبحت الثمار حقا خالصا للحائز.

غير أنه يجوز توجيه إنذار جديد إذا كان ذلك ممكنا، ولكن لا تلحق الثمار بالعقار في هذه الحالة إلا من تاريخ هذا الإنذار الجديد.

ويلاحظ هنا الفرق بين حالة ما إذا كان العقار في يد الحائز فتلحق به الثمار من وقت الإنذار بالدفع أو التخلية، وحالة ما إذا كان العقار في يد المدين فتلحق به الثمار من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية⁽¹⁾.

والثمار التي يشملها الإلحاق هي كل الثمار طبيعية كانت أم صناعية أم مدنية.

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 445 وما بعدها - محمد على إمام ص 398 وما بعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"والحائز على كل حال مسئول عن الثمار من وقت الإنذار أو التخلية، إذ تلحق الثمار بالعقار قبله من ذلك الوقت. فإذا تركت الإجراءات ثلاث سنوات، فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد، لأن الإنذار القديم يكون قد سقط وهو مسئول أيضا أمام الدائنين عما يصيب العقار المرهون من تلف بخطئه"⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص142.

مادة (1080)

- 1- يرجع الحائز بدعوى الضمان على المالك السابق فى الحدود التى يرجع بها الخلف على من تلقى منه الملكية معاوضة أو تبرعا.
- 2- ويرجع الحائز أيضا على المدين بما دفعه زيادة على ما هو مستحق فى ذمته بمقتضى سند ملكيته أيا كان السبب فى دفع هذه الزيادة، ويحل محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم، وبوجه خاص يحل محلهم فيما لهم من تأمينات قدمها المدين دون التأمينات التى قدمها شخص آخر غير المدين.

الشرح

325 - رجوع الحائز على المالك السابق :

الحائز الذى ينزع العقار منه بسبب إجراءات التنفيذ أو الذى احتفظ به بعد اضطراره إلى وفاء حقوق الدائنين أو دفع قيمة العقار فى حالة التطهير أو الثمن الذى اشتراه به فى المزاد، يستطيع طبقا للقواعد العامة الرجوع بالضمان على من تلقى الحق منه إذا كان سنده يخوله هذا الحق وفى حدوده وهو ما قننته المادة (1080). فإذا كان الحائز قد تملك بمقابل، كان له أن يرجع على سلفه بضمان الاستحقاق طبقا للقواعد المبينة فى القانون المدنى بخصوص عقد البيع (المادتان 443، 444).

أما إذا كان قد تلقى الملكية تبرعا، بطريق الهبة أو الوصية لم يكن له رجوع على سلفه إلا إذا تعدد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض. وفى الحالة الأولى يقدر القاضى للموهوب له تعويضا عادلا عما أصابه من الضرر. وفى الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض. كل هذا ما لم يتفق على غيره (م 1/494 مدنى).

وبلاحظ ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 499 مدنى من أنه: "إذا كان الشيء الموهوب مثقلاً بحق عينى ضماناً لدين فى ذمة الواهب أو فى ذمة شخص آخر، فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك" (1)

وليس للحائز أن يرجع بدعوى الضمان إذا حصل الاستحقاق بتقصيره، كما إذا لم يتمسك ببطلان الرهن أو انقضاء الدين. وللحائز أن يرجع على مملكه بدعوى الضمان بمجرد إنذاره بالدفع أو التخلية. وإن كان للقاضى الحق فى أن يوقف الفصل فى هذه الدعوى حتى يتم نزع العقار من يد الحائز.

وموضوع دعوى الضمان هو تعويض الحائز عن كل ما لحقه من ضرر بسبب تحمل العقار بالرهن، وليس فقط استرداد الثمن الذى رسا به المزداد، لأن ثمن رسو المزداد يكون فى الغالب أقل من القيمة الحقيقية للعقار (2).

326 - رجوع الحائز على المدين:

يكون للحائز فى كل الأحوال الرجوع على المدين الذى قضيت ديونه من ثمن بيع عقار الحائز.

ويرجع عليه بالدعوى الشخصية بناء على قواعد الإثراء بلا سبب. ويتحدد رجوع الحائز بقدر ما وفاه من دين المدين وذلك بعد استئزال ما هو مستحق فى ذمته بمقتضى سند ملكيته.

كما يجوز له الرجوع على المدين بدعوى الحلول محل الدائن. ويثبت حق الحلول للحائز فى هذه الحالة بناء على نص القانون (م 326 فقرة ج و 1080 فقرة 2). فهو يحل محل الدائن فى كل ما قدمه المدين من تأمينات أخرى غير العقار الذى نزعت ملكيته، سواء بقيت فى ملكه أم انتقلت منه إلى حائزين آخرين. أما

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 239 - عبد الفتاح عبد الباقى ص 457 وما بعدها.

(2) عبد الفتاح عبد الباقى ص 458 - محمد كامل مرسى ص 252.

التأمينات الأخرى المقدمة من غير المدين كالكفالة العينية أو الشخصية فإن الحائز لا يحل محل الدائن فيها ولا يستطيع مطالبة الكفيل الشخصى أو العينى⁽¹⁾

والغالب يكون المدين هو نفس الشخص الذى تلقى الحائز العقار منه، كما إذا رهن المدين عقاره ثم باعه بعد ذلك، فيكون الحائز مخيرًا بين الرجوع عليه على أساس ضمان الاستحقاق أو بالدعوى الشخصية أو يرجع عليه به بدعوى الحلول محل الدائنين⁽²⁾.

ويلاحظ أن حلول الحائز فى التأمينات الأخرى يفقد مزيته إذا كان قيد هذه التأمينات قد سقط لعدم تجديده قبل انقضاء عشر سنوات، فيتعين على الحائز فى هذه الحالة إجراء قيد جديد تثبت له بمقتضاه مرتبة جديدة من تاريخ إجرائه فقط⁽³⁾.

327- الرجوع فيما بين الحائزين:

إذا تعدد الحائزون، كأن كانت هناك جملة عقارات مرهونة من أجل دين واحد وانتقلت ملكيتها إلى عدة أشخاص، ثم اختار الدائن أحد الحائزين لنزع ملكيته، واستوفى المرتهن حقه من الثمن، فإن هذا الحائز يحل محل الدائن فى الرهن المرتبة على العقارات الأخرى ويجوز له وفقًا لمبدأ عدم تجزئة الرهن التنفيذ على الحائزين الآخرين بكل ما دفعه. ولكن ذلك يؤدي إلى جعل هذا الحائز فى مركز يفضل سائر الحائزين لأنه يرجع عليهم ولا يستطيع أحدهم الرجوع عليه بعد أن نزعت ملكية العقار المرهون. وعلاجًا لهذا نصت المادة 331 مدنى على أنه: "إذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين. وحل محل الدائنين، فلا يكون له بمقتضى هذا الحل أن يرجع على حائز لعقار مرهون فى ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار".

(1) محمد على إمام ص 402 - عبد المنعم البدرأوى ص 240.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 240.

(3) سليمان مرقس ص 237.

وبناء على ذلك إذا تعدد الحائزون ونزعت ملكية أحدهم بثمن يجاوز قيمة ما يخصه في الدين المضمون بنسبة عقاره إلى مجموع العقارات المرهونة، حل هذا الحائز بالفرق محل الدائن قبل الحائزين الآخرين⁽¹⁾.

328- العلاقة بين الحائز والكفيل:

قد يكون الدين الذي نفذ على عقار الحائز من أجله أو الذي وفاه الحائز، مضمونا أيضا في نفس الوقت بكفالة عينية أو شخصية. وعندئذ يتعين البحث فيما إذا كان يجوز للحائز أن يرجع على الكفيل.

يجيب القانون المدني الجديد عن ذلك بالنفي.

فالمادة (1061) منه بعد أن بينت أن للحائز الذي يقضى الدين المضمون بالرهن حق الحل محل الدائن الذي استوفى دينه فيما له من حقوق، تستثني من هذه الحقوق التأمينات التي قدمها شخص غير المدين، وهي حال الكفيل شخصيا كان أم عينيا. وقد عاد المشرع وقرر هذا الحكم في الفقرة الثانية من المادة (1080) التي تقرر حق الحائز في الرجوع على المدين بما وفاه عنه أيا كان طريق هذا الوفاء، وتمنح الحائز حق الحل محل الدائنين الذين استوفوا حقوقهم وفي هذا تقول الفقرة المذكورة "2- ويرجع الحائز أيضا على المدين بما دفعه زيادة على ما هو مستحق في ذمته بمقتضى سند ملكيته أيا كان السبب في دفع هذه الزيادة. ويحل محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم. وبوجه خاص يحل محلهم فيما لهم من تأمينات قدمها المدين دون التأمينات التي قدمها شخص آخر غير المدين".

ويظهر من هذا أن نصوص التقنين المدني الجديد قاطعة في عدم حلول الحائز محل الدائن الذي يفى له بدينه بطريق أو بآخر في التأمينات التي قدمها شخص غير المدين. وبعبارة أخرى لا يحل الحائز محل الدائن في مواجهة الكفيل شخصيا كان أم عينيا.

(1) سليمان مرقس ص 237 وما بعدها - عبد الفتاح عبد الباقي ص 461 وما بعدها.

والحكمة من عدم تخويل الحائز حق الرجوع على الكفيل شخصيا كان أم عينيا، ولو كان ذلك بدعوى الحلول محل الدائن، هي أنه لو كان العقار المرهون قد بقى فى يد المدين ولم ينتقل منه إلى الحائز، لما كان لهذا المدين أن يرجع على الكفيل فى حالة التنفيذ عليه، فلا يصح أن يسوء مركز الكفيل لمجرد قيام المدين بالتصرف فى العقار للحائز. فضلا عن ذلك فالحائز فى أغلب الأحوال مقصر، إذ كان يجب عليه وقد عرف أن العقار مرهون، ألا يدفع الثمن إلى المدين وأن يقوم بعرض قيمته على المرتهن ليظهره من الرهن فى ذات الوقت الذى يبرئ نفسه فيه من الثمن، أما ولم يفعل فهو مقصر وكان عليه أن يتحمل نتيجة تقصيره⁽¹⁾.



(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 463 وما بعدها - السنهورى ص 478 - محمد على إمام ص 403 وما بعدها.

مادة (1081)

الحائز مسئول شخصيا قبل الدائنين عما يصيب العقار من تلف بخطئه.

الشرح

329- مسؤولية الحائز عما يصيب العقار من تلف بخطئه :

يترتب على اعتبار الحائز مالكا للعقار أنه إذا تلف العقار بخطأ منه، كان مسئولا عن ذلك فيكون لكل دائن لم يستوف حقه كاملا من ثمن العقار أن يرجع على الحائز في سائر أمواله بالتعويض عن هذا التلف، لأن مسؤولية الحائز عن التلف مسؤولية شخصية.

وهذا التعويض يمثل في الحقيقة الفرق بين ما حصل عليه الدائنون وما كانوا يحصلون عليه لو أن العقار لم يتلف ويبيع بثمن أعلى مما رسا به مزاده. ومن الطبيعي ألا يسأل الحائز عن التلف غير الواقع بفعله، كالتلف الحادث بفعل الراهن قبل انتقال الملكية إليه، والتلف الحادث بسبب أجنبي. ويقع عبء إثبات هذه المسؤولية على من يدعيها من الدائنين المقيدين. ويلحق التعويض الذي يدفعه الحائز المسئول بثمن العقار المرهون ويوزع على الدائنين أصحاب الرهون المقيدة والنافذة في مواجهة الحائز⁽¹⁾.



(1) عبد المنعم البدرأوى ص 236 وما بعدها.

(الفصل الثالث)

انقضاء الرهن

مادة (1082)

ينقضى حق الرهن الرسمى بانقضاء الدين المضمون، ويعود معه إذا زال السبب الذى انقضى به الدين، دون إخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها فى الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته.

الشرح

330 - انقضاء حق الرهن بانقضاء الدين؛

ينقضى حق الرهن الرسمى بصفة تبعية بانقضاء الدين المضمون أيا كان سبب هذا الانقضاء.

وعلى ذلك ينقضى حق الرهن إذا انقضى الدين المضمون بالوفاء أو بالتجديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة أو باستحالة التنفيذ أو بالتقادم. ويشترط لانقضاء حق الرهن بصفة تبعية أن يكون الدين المضمون قد انقضى كله، أما إذا انقضى جزء من هذا الدين وبقي الجزء الآخر، فإن حق الرهن يبقى قائما ضمنا للجزء الباقي، وذلك تطبيقا لقاعدة عدم تجزئة الرهن (م1041).

331 - عودة الرهن إذا زال السبب الذى انقضى به الدين؛

إذا بطل انقضاء الدين المضمون، كما إذا قام المدين بوفاء الدين المضمون بالرهن، ثم أبطل هذا الوفاء لنقص فى أهلية المدين، أو لكونه غير مالك لما أوفى به، فإن الدين يعود، ويرجع الرهن بعودة هذا الدين. وإذا عاد الرهن ولم يكسب أحد على العقار حقا عينيا تبعا، عاد الرهن بمرتبته الأصلية وكأنه لم ينقض.

أما إذا كسب أحد حقا عينيا تبعا على العقار كرهن ثان مثلا، فى الفترة ما

بين انقضاء الرهن الأول بسبب وجود سبب الانقضاء وعودة هذا السبب، فإنه يجب التفرقة فى أثر عودة هذا الرهن بين ما إذا كان الغير الذى كسب حقا على العقار حسن النية أم سئ النية.

فإذا كان الغير الذى كسب حقا على العقار حسن النية أى لا يعلم بما شاب سبب انقضاء الدين والرهن، فإن حقه يبقى قائما فى مواجهة الدائن المرتهن. أما إذا كان الغير سئ النية أى يعلم بما شاب سبب انقضاء الدين والرهن، فإن رهنه الثانى يبقى رهنا ثانيا ويتقدمه الرهن الأول عند عودته⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه () :

"ينقضى حق الرهن بطريقة تبعية مع الدين، فإذا كان الدين قد انقضى ثم عاد بزوال سبب انقضائه، كأن كان الوفاء باطلا أو الإبراء صادرا من غير ذى أهلية رجع الرهن برجوع الدين. ولكن إذا كان الغير حسن النية قد كسب على العقار المرهون حقا عينيا ما بين انقضاء الرهن وعودته، وجب احترام هذا الحق"⁽³⁾.

(1) السنهورى ص 484 - عبد المنعم البدرأوى ص 243 وما بعدها - توفيق حسن فرج ص 196 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص148 وما بعدها.

(3) وقد قضى بأنه:

"إن جاء فى المادة 76 من بيان للدعاوى المجهولة القيمة فى الفقرة الخامسة بشأن "دعاوى طلب الحكم بإلغاء الرهن أو الاختصاص أو شطبهما" فينبغى تفسيره بحسبانه استثناء من الأصل وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون (فى بيان المقصود بالدعاوى مجهولة القيمة فى الفقرة الثانية - الدعاوى والإشكالات التى تقدم لقاضى الأمور المستعجلة - ما يعنى أنها الإشكالات التى يأمر فيها قاضى التنفيذ بوقف التنفيذ حتى يفصل قاضى الموضوع فى النزاع، أما الإشكال الموضوعى فيعتبر من حيث =

= الرسوم دعوى جديدة ويحصل عنه رسم عادى جديد وما جاء فى الفقرة العاشرة من المادة 76 من اعتبار - المعارضة فى نزع الملكية - التنبيه العقارى - إذا تعلقت المعارضة

بإجراءات التنفيذ، ولا شبهة أخيرا في أن المقصود بإجراءات التنفيذ الوارد ذكرها في هذه الفقرة هي الإجراءات الشكلية التي تتعلق بصحة التنبيه أو بطلانه فتخرج من ذلك حالة ما إذا كان موضوع المعارضة تناول قيمة الدين أو الوفاء به ويقدر الرسم في هذه الحالة بحسب قيمة الطلب) وهو ما يقطع بأنه عندما يكون هناك نزاع موضوعي حول صحة التصرف أو صحة الرهن فإن الدعوى تكون معلومة القيمة وأن المقصود بما ورد في الفقرة الخامسة من المادة 76 من النص على أن "دعاوى طلب الحكم بإلغاء الرهن أو الاختصاص أو شطبهما تعتبر دعوى مجهولة القيمة" إنما تتصرف إلى الدعوى الشكلية المنصوص عليها في المادة 45 من القانون رقم 114 لسنة 1946 بشأن تنظيم الشهر العقاري من أنه "لا يجوز محو القيد إلا بمقتضى حكم نهائى أو برضاء الدائن..." وذلك كأثر من آثار انقضاء الدين المقرون بالرهن بالوفاء أو الإبراء أو بصدور حكم سابق بالبطلان حيث يسقط الرهن وبالتالي ينبغي أن يحى الرهن بالتبعية أما إذا كان النزاع يدور حول صحة الرهن والدين أو زوالهما فهذه دعوى موضوعية تقدر بقيمة الحق المتنازع عليه، وإذا كانت الدعوى الأصلية المرددة بين الخصوم لم تكن بطلب إجراء شكلى وإنما منازعة موضوعية فإن النعى "بمخالفة الحكم المطعون فيه نص الفقرة الخامسة للمادة 76 من قانون الرسوم القضائية بإقامته قضاه على أن الدعوى المتنازع على مقدار الرسوم فيها معلوم القيمة في حين أنها مقيدة بصريح ذلك النص مجهولة القيمة" يكون على غير أساس خليقا بالرفض.

مادة (1083)

إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمي نهائياً، ولو زالت لأى سبب من الأسباب ملكية الحائز الذى ظهر العقار.

الشرح

332- انقضاء حق الرهن الرسمي نهائياً بالتطهير :

تقدم أن إجراء التطهير يخلص العقار المرهون من رهون أرباب الديون المقيدة الذين أعلنوا بالتطهير ولو لم يدركهم الدور فى استيفاء ديونهم من قيمة العقار. والتطهير ينتج أثره حتى ولو زالت ملكية الحائز الذى أجراه لأى سبب من الأسباب، ولو كان زوالها بأثر رجعى كفسخ أو بطلان سند تملكه، أو لتحقيق الشرط الفاسخ الذى كان معلقاً عليه ملكيته. فالملكية تعود عندئذ إلى المالك السابق خالصة من الرهون التى ظهر منها العقار.

وعلى ذلك إذا اشترى شخص العقار المرهون، ولما أراد الدائن المرتهن التنفيذ على هذا العقار تحت يده، قام بتطهيره، ثم فسخ عقد الشراء أو أبطل، فعادت الملكية إلى البائع (المدين) فإن هذا البائع يسترد العقار مطهراً أى خالياً من الرهن، ولو كانت القيمة التى استوفاهها الدائن من الحائز لم تكف لسداد كل الدين⁽¹⁾.

وبالتالى يترتب على ذلك أن يتحول الدائن المرتهن الذى لم يستوف حقه إلى دائن عادى، أى يتجرد من حق التقدم وحق التتبع⁽²⁾.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

(1) محمد لبيب شنب ص 172 وما بعدها - سليمان مرقس ص 287 وما بعدها.

(2) نعمان محمد جمعه ص 122.

"وينقضى حق الرهن بطريقة أصلية، أى مستقلا عن الدين، بأسباب مختلفة. فهو ينقضى بالتطهير، حتى لو فسخت ملكية الحائز الذى أجرى التطهير، كما إذا طهر المشتري وفاء العقار المرهون ثم استرده البائع فإنه يسترده مطهرا. وينقضى كذلك بالبيع الجبرى، ويتطهر العقار بإيداع الثمن خزينة المحكمة أو بدفعه للدائنين"⁽¹⁾.

333 - عدم انقضاء الرهن بصفة أصلية بالتقادم مع بقاء الدين:

ينقضى حق الرهن بسقوط الدين المضمون بالتقادم فيكون انقضاؤه تبعا لانقضاء ذلك الدين.

إلا أن الرهن الرسمى لا ينقضى استقلا بمضى المدة، إذا كان العقار المرهون فى يد الراهن، لأن الراهن يلتزم ببقاء الرهن لحين الوفاء بالدين بتمامه. ولا يستطيع الراهن أن يتمسك بالتقادم المسقط.

ولا ينقضى الرهن أيضا بالتقادم إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الحائز⁽²⁾ لأن الحائز يهدف إلى التخلص من الرهن الذى على ملكه ولا يبغي اكتساب حق الرهن على ملك الغير.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 7 ص 150.

(2) سليمان مرقس ص 411 - السنهورى ص 495 وما بعدها - عبد الفتاح عبد الباقي ص 476 وما بعدها - وكانت المادة (1510) من المشروع التمهيدي تنص على أن:

"1- لا ينقضى الرهن الرسمى بالتقادم مستقلا عن الدين المضمون.

2- ومع ذلك إذا انتقل العقار المرهون إلى حائز فإن دعوى الرهن بالنسبة إليه تسقط بالتقادم إذا لم يرفعها عليه الدائن المرتهن فى خلال خمس عشرة سنة تبدأ من وقت تمكنه من رفعها وينقطع التقادم بإنذار الحائز بالدفع أو التخلية". وأصبح رقمها (1187) فى المشروع النهائى، إلا أن هذه المادة حذفت فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وجاء بملحق تقرير اللجنة أنه: "اقترح حذف الفقرة الثانية من المادة 1087 بسبب ما وجه إلى نظيرها =

= فى القانون المدنى الفرنسى من نقد - وقد رأت اللجنة أن الأخذ بهذا الاقتراح يستتبع حذف الفقرة الأولى أيضا فقررت حذف المادة بعقوبتها اكتفاء بالقواعد العامة".

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إنه لما كانت المادة 208 من القانون المدني (القديم)، لا تنطبق كما هو صريح نصها، إلا على الديون أو التعهدات فإن حكمها لا يسرى على الرهن الرسمي الذي هو حق عيني، بل الذي يسرى عليه هو حكم المادة 88 التي أورد فيها القانون بيان أحوال زوال الحقوق العينية. ولما كان حق الرهن بحسب طبيعته لا يمكن اكتسابه بوضع اليد لأنه حق تبعي لا يتصور له وجود إلا ضمانا لدين، والديون لا تكتسب بوضع اليد، فالاستثناء المنصوص عليه في المادة 102 من القانون المدني المختلط ليس إلا تقريراً لما هو مقرر، فأغفاله في المادة 76 من القانون الأهلى لا يمكن أن يفيد أن هذا القانون جاء على خلاف القانون المختلط مجيزاً اكتساب الرهن بوضع اليد. ولما كان عدم الاستعمال ليس من أسباب زوال الحقوق العينية الواردة على سبيل الحصر في المادة 88 فإن حق الرهن المحفوظ وفقاً للقانون لا يمكن أن يسقط بمضى المدة استقلالاً عن الدين المضمون به".

(طعن رقم 117 لسنة 13 ق جلسة 1944/5/25)

2- "إذا وضع شخص يده على عقار مرهون المدة الطويلة المكسبة للملكية فإن تملكه للعقار لا يستتبع حتماً انقضاء الرهن بل يكون للدائن المرتهن الحق في نزع ملكية العقار وفاء لدينه ولا يصح القول بأن وضع اليد على ذلك العقار المدة الطويلة يكسب ملكية العقار وملكية الرهن إذ هذا يؤدي إلى إهدار حق الدائن المرتهن الذي كفله نص المادة 554 من القانون المدني من استيفاء دينه بالأولوية والتقدم على الدائنين الآخرين من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون، كما أن فيه إجازة لسقوط حق الرهن استقلالاً عن الدين المضمون به مع أنه تابع له لا ينقضى إلا بانقضائه".

(طعن رقم 288 لسنة 22 ق جلسة 1956/3/8)

مادة (1084)

إذا بيع العقار المرهون بيعا جبريا بالمزاد العلنى سواء كان ذلك فى مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذى سلم إليه العقار عند التخلية، فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضى بإيداع الثمن الذى رسا به المزاد، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدىن الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن.

الشرح

334 - أثريع العقار المرهون بيعا جبريا بالمزاد العلنى :

(أ) - البيع فى مواجهة مالك العقار :

إذا كان العقار المرهون لم ينتقل إلى حائز، وباشر الدائن المرتهن التنفيذ عليه ببيعه بيعا جبريا فى المزاد العلنى. وبيع العقار بالمزاد ورسا مزاده على المشتري. فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضى بإيداع الثمن الذى رسا به المزاد. أو بدفعه إلى الدائنين المقيدىن الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن. والراسى عليه المزاد يفضل بداهة إيداع الثمن خزانة المحكمة بدلا من توليه توزيع الثمن على الدائنين حسب مراتبهم، إذ قد يخطئ فى التوزيع، فيسأل عن هذا الخطأ.

(ب) البيع فى مواجهة الحائز :

قد يكون البيع فى مواجهة الحائز، إذا كان الأخير لم يختار دفع الديون ولا تخلية العقار ولا تطهيره، إذ يصبح البيع بالمزاد أمرا لازما. ويكون البيع فى مواجهة الحائز أيضا إذا عمد الحائز إلى تطهير العقار وعرض على الدائنين المقيدىن ما قدره قيمة له، فرفض الدائنون المقيدون ما عرضه الحائز. وباعوا العقار جبرا بالمزاد العلنى.

فإذا بيع العقار ورسي المزداد على أحد المشتريين، فإن حق الراهن على هذا العقار ينقضى بإيداع الثمن الذي رسا به المزداد أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن. ويفضل الراسى عليه المزداد الأمر الأول كما رأينا سلفاً⁽¹⁾.

(ج) البيع فى مواجهة الحارس :

يكون البيع فى مواجهة الحارس إذا كان العقار فى يد حائز له، ولم يشأ الحائز تفادى إجراءات البيع بالمزداد، بدفع الدين أو تطهير العقار، أو مواجهة إجراءات بيع العقار بالمزداد، فيقوم بتخلية العقار وتعيين حارسا عليه يباع العقار فى مواجهته.

والوضع هنا كالحالتين السابقتين، ينقضى الرهن بإيداع الثمن الذى رسا به المزداد خزانة المحكمة أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن⁽²⁾.

ولا يترتب على بيع العقار بالمزداد على هذا النحو تطهير العقار من الرهون الرسمية فحسب. بل يتطهر العقار أيضا من كل الحقوق الأخرى المقيدة عليه، وهى حقوق الاختصاص والرهون الحيازية وحقوق الامتياز الخاصة العقارية.

ويلاحظ أن العقار لا يتحرر، نتيجة بيعه بيعا جبريا، إلا من الحقوق التى يدخل أصحابها فى الإجراءات، ويعتبر الدائن داخلا فى إجراءات التنفيذ، إذا كان هو الذى باشرها، أو أن يعلن بإيداع قائمة شروط البيع ويخبر بجلسته طبقا لما يقضى به قانون المرافعات إذا كان مباشر التنفيذ غيره⁽³⁾.

(1) السنهاورى ص 500 وما بعدها.

(2) السنهاورى ص 501.

(3) عبد الفتاح عبد الباقي ص 474 بعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"وينقضى كذلك بالبيع الجبري، ويتطهر العقار بإيداع الثمن خزينة المحكمة أو بدفعه للدائنين"⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 150.

(الباب الثانى)

حق الاختصاص

الفصل الأول

إنشاء حق الاختصاص

مادة (1085)

- 1- يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر فى موضوع الدعوى يلزم المدين بشئ معين أن يحصل متى كان حسن النية، على حق اختصاص بعقارات مدينه ضمانا لأصل الدين والفوائد والمصروفات.
- 2- ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار فى التركة.

الشرح

335 - تعريف حق الاختصاص :

حق الاختصاص *droit d' affectation* هو حق عينى تبعى يتقرر بأمر من رئيس المحكمة لصالح دائن محكوم له بدينه، على عقار أو أكثر من عقارات مدينه، ويخوله مزيته التقدم والتتبع فيما يتعلق بتلك العقارات⁽¹⁾.

فهو كالرهن الرسمى حق عينى تبعى، فهو من التأمينات العينية، وهو مثله أيضا حق عقارى لا يتقرر إلا على العقارات، وهو مثله أخيرا من حيث الأثر إذ يخول صاحبه مزيته التقدم والتتبع بالنسبة للعقار المقرر عليه الحق. إلا أنه يفترق عن الرهن الرسمى من حيث مصدره، فعلى حين يتقرر الرهن عن طريق العقد، فإن حق الاختصاص ينشأ بأمر من رئيس المحكمة بناء على طلب الدائن الذى

(1) سليمان مرقس ص 298 - عبد المنعم البدرأوى ص 255.

يكون بيده حكم يلزم المدين بالدين.

ويعتبر حق الاختصاص كحق الرهن، حقا تبعيا يدور مع الحق الأصلي وجودا وعدما. فإذا كان الدين الذى أخذ الاختصاص تأمينا له قد نشأ نتيجة غش، فإن هذا الغش متى ثبت يبطل الدين ويبطل الاختصاص أيضا.

ويعتبر أخذ الدائن اختصاصا على عقارات مدينه نوعا من الإجراءات التحفظية التى يلجأ إليها الدائن لضمان تنفيذ الحكم الصادر ضد مدينه. إذ هو بذلك يتفادى خطر تصرف المدين فى عقاراته، فهو عن طريق حق الاختصاص يستطيع تتبع تلك العقارات رغم تصرف مدينه فيها، وذلك يغنيه عن الطعن فى تلك التصرفات عن طريق الدعوى البوليصة، ويعفيه من إثبات غش المدين، الأمر الذى يكون متعذرا فى كثير من الأحيان.

ومن هذا يبدو أن حق الاختصاص فيه ضمان لتنفيذ الأحكام القضائية إذ هو يضمن للدائن الذى ثبت حقه بحكم قضائى، أن ينفذ هذا الحكم فى أموال المدين رغم تصرفه فيها ومن ناحية أخرى يبدو أن حق الاختصاص من شأنه تفضيل دائن عادى على غيره من الدائنين، دون أن يكون لهذه الأفضلية من سبب سوى مسارعة هذا الدائن إلى الحصول على حكم من القضاء بدينه، ودون أن يكون لهذه الأفضلية سند من إرادة الطرفين كما هو الحال فى الرهن الرسمى مثلا، أو من صفة الدين كما هو الحال فى حق الامتياز⁽¹⁾.

336- الدائن الذى يتقرر له الاختصاص؛

يتقرر حق الاختصاص للدائن الذى بيده حكم، فهو لا يتقرر بمقتضى السند المثبت للدين ولو كان رسميا.

ويقصد بالحكم هنا معناه الدقيق، أى قرار صادر من إحدى المحاكم المشكلة تشكيلا صحيحا بناء على سلطتها القضائية فى نزاع معروض أمامها. فلا يترتب حق الاختصاص بمقتضى الأوامر التى تصدرها المحاكم بناء على سلطتها

(1) عبد المنعم البدر اوى ص 255 وما بعدها - توفيق حسن فرج ص 201 وما بعدها.

الولاية⁽¹⁾.

ويشترط في الدائن طالب الاختصاص أن يكون حسن النية. والمقصود بحسن نية الدائن أن يكون جاهلاً تعلق حق الغير بعقارات المدين التي يريد أن يأخذ عليها اختصاصاً، حتى ولو كان حق هذا الغير لم يصبح بعد نافذاً في مواجهة الغير لعدم شهره، فلو تصرف المدين في عقار له بالبيع مثلاً، ولم يسجل هذا التصرف، فإن علم الدائن به يجعله سئ النية لا يستطيع أن يحتج بحقه قبل المتصرف إليه حتى لو قيد حقه قبل تسجيل هذا التصرف. وكذلك إذا أخذ الدائن اختصاصاً على عقار وهو يعلم أن المدين قد رهنه إلى آخر، كانت الأفضلية للدائن المرتهن ولو قيد رهنه بعد قيد حق الاختصاص⁽²⁾.

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويشترط لأخذ حق الاختصاص أن يكون الدائن حسن النية، فلو باع المدين عقاراً له، ثم أخذ الدائن حق اختصاص على هذا العقار وهو عالم ببيعه، وقيد حق الاختصاص قبل تسجيل البيع، فإن هذا الحق لا ينفذ في حق المشتري (نقض 21 مايو سنة 1936 ملحق مجلة القانون والاقتصاد 6 ص 231)⁽³⁾".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- (أ) - "لا يجوز لصاحب اختصاص الاحتجاج بسبق تسجيل اختصاصه إلا إذا كان حسن النية كما هو مقتضى المادة 270 من القانون المدني".
(ب) - "إن نصوص القانونين المدني والمرافعات المتعلقة باختصاص الدائن بعقارات مدينه لحصوله على دينه فيها إشارات كافية توجب على طالب الاختصاص أن يكون حسن النية صادقاً فيما يجب ذكره من البيانات خاصة به هو ومدينه ودينه وعقارات مدينه وقيمتها، حتى يكون رئيس المحكمة على بينة

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 485 وما بعدها.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 260.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 164.

فيأمر بالاختصاص أو يرفضه ويكون له هو أن يعارض في الأمر ويختصم مدينه. فالدائن الذى أخفى عن رئيس المحكمة أن بعض العقار الذى أراد الاختصاص به قد باعه مدينه من قبل بعقد عرفى ثابت تاريخه رسميا قبل قانون التسجيل وقبل نشوء حقه فى الدين، وذكر فى عريضته أن هذا العقار هو ملك مدينه ولا يزال على ملكه فصدر له أمر الاختصاص وما كان ليصدر لو صدق وذكر عن أوصاف العقار ما يجب عليه ذكره صدقا - هذا الدائن يعتبر أنه قد عمل عملا إيجابيا منطقيا على سوء النية بجعل الاختصاص الذى صدر له منطقيا على سوء النية فلا يمكن اعتباره سنداً ثابتاً صحيحاً ولا اعتبار تسجيله مفيداً لحكمه قانوناً فى حق المشتري من المدين.

(طعن رقم 10 لسنة 6 ق جلسة 1936/5/21)

2- "لا يجوز لمن حصل على اختصاصه بعقار لمدينه أن يتمسك بسبق تسجيل اختصاصه إلا إذا كان حسن النية كما هو مقتضى المادة 270 من القانون المدنى".

(طعن رقم 15 لسنة 8 ق جلسة 1938/11/10)

3- "شرط حسن النية الوارد فى المادة 1085 مدنى، إنما يعنى كما يبين من الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، حسن نية الدائن بالنسبة للتصرفات السابقة على الاختصاص والتي لم تسجل طبقاً لأحكام الشهر العقارى".

(طعن رقم 264 لسنة 27 ق جلسة 1963/4/4)

337- الشروط الواجب توافرها فى الحكم الذى يتقرر الاختصاص

بمقتضاه:

يشترط فى الحكم الذى يتقرر الاختصاص بمقتضاه توافر الشروط الآتية:

(1) أن يكون الحكم قضائياً :

لا يتقرر حق الاختصاص إلا بناء على حكم قضائى، أى قرار صادر من جهة

ذات ولاية قضائية وبموجب مالها من ولاية قضائية في نزاع مطروح أمامها. ولا يعد حكما قضائيا ما تصدره المحاكم من أوامر ولائية كالأوامر على العرائض.

وينبنى على ذلك أيضا أنه لا يجوز للدائن الحصول على حق الاختصاص إذا كان دينه غير ثابت بالكتابة أو كان واردا في ورقة عرفية أو رسمية. وحق الدائن الثابت في عقد رسمي وإن كان يجوز التنفيذ بمقتضاه دون حاجة للالتجاء إلى القضاء والحصول على حكم، إلا أنه لا يمكن الحصول بموجبه على حق الاختصاص، رغم أن الاختصاص يعتبر من الإجراءات التحفظية التي يقصد بها ضمان تنفيذ حق الدائن. والحكمة في ذلك أن الحق الثابت في ورقة رسمية لا يرقى من حيث الضمانات إلى مستوى الحق الذي كان محل بحث أمام القضاء وصدر به حكم من القاضي⁽¹⁾.

ومتى كان الحكم قضائيا فلا يهم نوع المحكمة الصادر منها، مدنية أو أحوال شخصية أو تجارية أو جنائية كما لو كان الحكم الجنائي قاضيا بتعويض.

(2) أن يكون الحكم صادرا في موضوع الدعوى ويلزم المدين بشئ معين:

واشترط أن يكون الحكم صادرا في موضوع الدعوى يؤدي إلى استبعاد جميع الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع والتي تتعلق بسير الدعوى كالأحكام التمهيدية بنذب خبير أو الإحالة إلى التحقيق أو الصادر برفض الدفع وكذلك الأحكام الصادرة برفض الدعوى، إلا إذا حكم بإلزام من خسر الدعوى بالمصروفات فيحتمل أن يجوز أخذ اختصاص ضمانا للوفاء بها.

غير أنه لا يجب أن يكون الحكم الصادر في موضوع الدعوى قطعيا دائما، فهناك أحكام وقتية صادرة في الموضوع، ومن ثم يجوز أخذ اختصاص بمقتضاها. ومثل ذلك الحكم الصادر بإلزام المدعى عليه بنفقة مؤقتة.

(1) عبد المنعم البدر اوى ص 261 وما بعدها - محمد على إمام ص 425 وما بعدها.

ولا يكفى أن يكون الحكم قد صدر فى موضوع الدعوى، بل يجب أن يلزم المدين بشئ.

والمقصود بالشئ هنا هو الأداء، والأداء قد يكون دفع مبلغ من النقود وقد يكون القيام بعمل أو الامتناع عنه. فإن كان الأداء مبلغا من النقود جاز أخذ الاختصاص بمقتضاه ولو لم يكن هذا المبلغ معيناً وإن كان بعمل أو بامتناع جاز أخذ اختصاص لضمان التعويض الناشئ على إخلال المدين بعد تقدير هذا التعويض بصفة مؤقتة⁽¹⁾.

ولما كان الحكم الصادر بتقديم حساب يعتبر ملزماً للمدين بالقيام بعمل فيجوز أخذ اختصاص بمقتضاه. وفى هذه الحالة يضمن الاختصاص التعويض الذى يحكم به من جراء عدم تقديم الحساب ولكن الاختصاص لا يضمن ناتج الحساب ولا مناص من أن ينتظر الدائن تصفية الحساب واستصدار حكم بإلزام المدين بدفع الناتج ثم أخذ اختصاص بمقتضى هذا الحكم⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يؤخذ حق الاختصاص بمقتضى حكم موضوعى ملزم بشئ معين، فخرجت الأحكام التحضيرية والتمهيدية، والأحكام الموضوعية غير الملزمة بشئ معين، كالحكم برفض الدعوى. ويستوى فى ذلك أن يكون الحكم نهائياً أو ابتدائياً، حضورياً أو غيابياً. وإذا أخذ حق الاختصاص بمقتضى حكم غيابى سقط بسقوط هذا الحكم، أى بمضى ستة أشهر من تاريخ صدوره دون أن ينفذ. ويجوز أخذ حق اختصاص بمقتضى حكم صادر من محكمة أجنبية إذا وضع عليه أمر التنفيذ (exequatur) كما يجوز أخذه بمقتضى قرار صادر من المحكمين متى وضع

(1) أحمد سلامه ص 336 وما بعدها - عبد الفتاح عبد الباقي ص 448 وما بعدها.

(2) أحمد سلامه ص 238 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 268 - سليمان مرقس ص

على القرار أمر التنفيذ من المحكمة. والاختصاص المأخوذ بناء على حكم ملزم بتقديم حساب يضمن التعويض المستحق بسبب عدم تنفيذ الحكم، لا ما عسى أن يظهر في ذمة المدين من رصيد الحساب⁽¹⁾.

(3) أن يكون الحكم واجب التنفيذ:

وهو يكون كذلك إذا أصبح نهائياً أو كان مشمولاً بالنفاذ المعجل. ويكون الحكم المدني نهائياً إذا كان لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف إما لفوات ميعاده أو لاستنفاده.

ويكون الحكم الجنائي نهائياً إذا كان باتاً أى لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن العادية المعارضة والاستئناف أو بطريق الطعن بالنقض وهو طريق غير عادى. ولم يكن هذا الشرط وارداً سواء فى القانون الملغى أو المشروع التمهيدى. وإنما أضيفت عبارة "واجب التنفيذ" بعد عبارة "يجوز لكل دائن بيده حكم" فى لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ وجاء بتقرير اللجنة ما يأتى:

"أضافت اللجنة عبارة "واجب التنفيذ" بعد كلمة "حكم" فى الفقرة الأولى من هذه المادة حتى تقصر حق الاختصاص على الدائن الذى يكون بيده حكم قابل للتنفيذ، وبهذا لا يكون هناك مجال لتفاضل الدائنين فيما بينهم بمجرد المبادرة إلى رفع الدعوى بل تكون الأفضلية معقودة للدائن الذى يملك التنفيذ.

ويكون حق الاختصاص بمثابة ضمان للدائن فى استيفاء دينه وأداة تيسير بالنسبة إلى المدين، لأن من يحصل على حق الاختصاص قد يرتضى إرجاء التنفيذ مادام قد أمن بالاختصاص على حقه.... الخ"⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 163.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 157، 160.

1- "مؤدى نص المادة 1085 من القانون المدنى أنه يجب أن يكون الحكم الذى يستصدر به الاختصاص واجب التنفيذ عند استصدار الأمر بالاختصاص ومن ثم فإنه إذا كان الحكم أو أمر الأداء الذى صدر على أساسه الأمر بالاختصاص لم يكن مشمولاً بالنفاذ عند استصدار هذا الأمر فإن الاختصاص يكون قد وقع باطلاً لفقدان شرط الحكم واجب التنفيذ ولا يصححه القضاء بعد ذلك بشمول الحكم أو أمر الأداء بالتنفيذ".

(طعن رقم 264 لسنة 27 ق جلسة 1963/4/4)

2- "مفاد نص الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة 46 والمادة 49 من القانون رقم 96 لسنة 1957 بشأن المحاماة أمام المحاكم - الذى يحكم واقعة النزاع - والمادة 1085 من القانون المدنى، أنه يشترط لكى يحصل المحامى على أمر باختصاصه بعقارات من صدر ضده أمر التقدير أن يكون هذا الأمر واجب التنفيذ أسوة بالحكم الذى يصدر فى الطعن فى أمر التقدير أو محضر الصلح المصدق عليه".

(طعن رقم 191 لسنة 36 ق جلسة 1970/11/10)

338- يجب أخذ حق الاختصاص قبل وفاة المدين؛

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه: "ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار فى التركة".

فهذا النص منع الدائن من أخذ اختصاص على مال مدينه المتوفى بالرغم من استيفائه جميع الشروط لأخذه وقد استهدف المشرع بهذا المنع توفير المساواة بين دائنى التركة، ففىما يتعلق بمزية التقدم قصد المشرع عدم تمييز أحد من دائنى المتوفى على غيره بسبب لاحق لوفاة المدين تحقيقاً للمساواة بينهم وحرصاً على الحالة التى انتقلت بها حقوقهم من ذمة المتوفى إلى أمواله، فأصبح السماح للدائنين بأخذ اختصاص بعد وفاة المدين يتعارض مع قصد المشرع.

وفىما يتعلق بمزية التتبع التى يمكن أن يدرأ بها الدائن الحاصل على

اختصاص خطر التصرف في أموال المدين. فإن هذا الخطر من جانب المدين ذاته قد انعدم بوفاته، ومن جانب وارثه قد ارتفع أولاً بالنص الذي يمنع الوارث من التصرف قبل تسلمه شهادة التوريث، وهي لا تسلم له إلا بعد وفاء جميع الديون (م884). وثانياً بنص قانون تنظيم الشهر العقاري الذي يمنع شهر أى تصرف يصدر من الوارث في حق آيل إليه بطريق الإرث قبل شهر حق الإرث (م13 شهر عقارى)⁽¹⁾.

ويذهب الرأي الغالب إلى أن المنع مقصور على أخذ الاختصاص بعد وفاة المدين، ولا يتعداه إلى قيد الاختصاص الذي سبق أن حصل عليه الدائن قبل وفاة المدين، إذ أن هذا الاختصاص يجوز قيده بعد الوفاة. وذلك لأن الغرض من الحظر المذكور منع إنشاء سبب جديد للتقدم بعد وفاة المدين. أما في حالتنا فسبب التقدم هو صدور الأمر بالاختصاص يكون قد وجد قبل الوفاة وليس القيد إلا طريقة لشهره وجعله نافذاً في حق الغير. هذا فوق أن النص الوارد بالحظر نص استثنائي يجب تفسيره بدقة ولا يجوز التوسع فيه⁽²⁾.

339- أثر إعسار المدين:

تنص المادة 256 من التقنين المدني على أنه: "لا يجوز أن يحتج على أحد الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل". وبهذا النص أراد المشرع أن يكفل المساواة بين الدائنين في نظام الإعسار المدني.

ويلاحظ أن النص لم يمنع أخذ الاختصاص في حالة الإعسار كما منعه في حالة وفاة المدين، وإنما جعله عديم الأثر بالنسبة إلى الدائنين السابقين على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار.

غير أن مصلحة الدائن في بقاء الاختصاص رغم ذلك في حالة انتهاء

(1) سليمان مرقس ص 319.

(2) سليمان مرقس ص 119 - عبد الفتاح عبد الباقي ص 496 وما بعدها - السنهوري

ص 538 - عبد المنعم البدرأوى ص 271.

الإعسار بأى سبب من الأسباب. فإذا استجد عندئذ دائنون آخرون للمدين كان حق الاختصاص نافذاً فى مواجهتهم لأنهم لاحقون له.

والحكم الوارد فى هذه المادة ينصرف إلى الاختصاص الذى يستصدر الدائن به أمراً بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار، وهو مقرر كما ذكرنا تحقيقاً لمبدأ المساواة بين دائنى المدين العاديين. أما إذا صدر أمر القاضى بتوقيع الاختصاص فى تاريخ سابق لتسجيل صحيفة دعوى الإعسار، فالراجح أن الاختصاص يجوز أن ينفذ فى حق الدائنين العاديين متى أجرى الدائن قيده ولو تم فى تاريخ لاحق لتسجيل صحيفة دعوى الإعسار⁽¹⁾.



(1) عبد المنعم البدرأوى ص 271 وما بعدها.

مادة (1086)

لا يجوز الحصول على حكم اختصاص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية، أو على قرار صادر من محكمين إلا إذا أصبح الحكم أو القرار واجب التنفيذ.

الشرح

340 - شرط الحصول على الاختصاص بموجب الحكم الأجنبى :

إذا استوفى الحكم الصادر من محكمة أجنبية الشروط التى يجب توافرها فى الحكم على النحو الذى أوضحناه فى شرح المادة السابقة، فإنه رغم ذلك لا يجوز الحصول على حكم اختصاص بناء عليه إلا إذا أصبح الحكم واجب التنفيذ أى موضوعا عليه أمر التنفيذ وفق الطريق الذى رسمه قانون المرافعات فى المواد (296-298). وهذه المواد تقضى بما يأتى:

1- الأحكام والأوامر الصادرة من بلد أجنبى يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة فى قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر المصرية (م296).
2- يقدم طلب الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة الابتدائية التى يراد التنفيذ فى دائرتها وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى (م297).

3- لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتى:

(أ) - أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التى صدر فيها الحكم (أو الأمر) وأن المحاكم الأجنبية التى أصدرته مختصة بها طبقا لقواعد الاختصاص القضائى الدولى المقررة فى قانونها.

(ب) أن الخصوم فى الدعوى التى صدر فيها الحكم قد كلفوا الحضور ومثلوا تمثيلا صحيحا.

(ج) أن الحكم أو الأمر حاز قوة الأمر المقضى طبقا لقانون المحكمة التى أصدرته.

(د) أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم الجمهورية ولا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب فيها (م298).

341- شروط الحصول على الاختصاص بموجب قرار صادر من

محكمين:

يجوز الحصول على حق الاختصاص بموجب قرار صادر من محكمين، بشرط أن يكون هذا القرار أصبح واجب التنفيذ. وينظم تنفيذ قرارات التحكيم الآن القانون رقم 27 لسنة 1994 (المعدل) بإصدار قانون فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية.

وتنص المادة (55) من هذا القانون على أن تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الأمر المقضى وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها فى هذا القانون.

وتنص المادة (56) على أن يختص رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة (9) من القانون أو من يندبه من قضائها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين، ويقدم طلب تنفيذ الحكم مرفقا به ما يلى:

1- أصل الحكم أو صورة موقعة منه.

2- صورة من اتفاق التحكيم.

3- ترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية لحكم التحكيم، إذا

لم يكن صادرا بها.

4- صورة من المحضر الدال على إيداع الحكم وفقا للمادة (47) من هذا

القانون.

والمحكمة المشار إليها فى المادة (9) من القانون هى المحكمة المختصة

أصلا بنظر النزاع. أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا فتكون المحكمة المختصة

محكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف

أخرى في مصر.

وتنص المادة 57 على أنه: "لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم. ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب المدعى ذلك في صحيفة الدعوى، وكان الطلب مبنيًا على أسباب جدية وعلى المحكمة الفصل في طلب وقف التنفيذ خلال ستين يوما من تاريخ أول جلسة محددة لنظره، وإذا أمرت بوقف التنفيذ، جاز لها أن تأمر بتقديم كفالة أو ضمان مالي، وعليها إذا أمرت بوقف التنفيذ، الفصل في دعوى البطلان خلال ستة أشهر تاريخ صدور هذا الأمر.

وتنص المادة 58 على أنه:

"1- لا يقبل تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى.

2- لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم المحكمين وفقا لهذا القانون إلا بعد التحقق مما يأتي:

(أ) أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع.

(ب) أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.

(ج) أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلانا صحيحا⁽¹⁾.

(1) وتتضمن المادة بندا برقم (ثالثا) يقضى بأنه:

ولا يجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم. أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة وفقا لحكم المادة (9) من هذا القانون، خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 6 يناير سنة 2001 في القضية رقم 92 لسنة 21 قضائية "دستورية" بعدم دستورية هذا البند فيما نص عليه من عدم جواز التظلم من

مادة (1087)

يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلاحا أو اتفاقا تم بين الخصوم. ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع.

الشرح

342 - الحصول على حق الاختصاص بناء على حكم يثبت صلاحا أو اتفاقا :

يجوز الحصول على حق الاختصاص بموجب حكم يثبت صلاحا بين الخصوم وفق المادة 103 من قانون المرافعات، وكذلك بناء على حكم يثبت اتفاقا بين الخصوم، كالحكم بإثبات قسمة اتفق عليها الشركاء وديا. وقد حسم المشرع بهذا خلافا ثار في ظل القانون الملغى باعتبار أن الحكم الذى يثبت صلاحا أو اتفاقا تم بين الخصوم يتراوح بين الحكم والسند الرسمى، والقانون يجعله فى قوة السند الرسمى.

وقد تأثر المشرع فيما نص عليه بالاعتبارات العملية، مراعىا أن النزاع كان معروضا أمام القضاء فلا داعى للرجوع إليه بشأنه من جديد⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ولا يؤخذ حق الاختصاص بناء على سند ولو كان رسميا، أما الحكم الذى يثبت صلاحا فهو يتراوح بين الحكم والسند الرسمى، ولذلك كان الحق فى أخذ اختصاص بمقتضاه محلا للنظر، فقطع المشروع الشك فى هذه المسألة وقرر

الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم ونشر الحكم بالجريدة الرسمية العدد 3 فى

2001/1/18.

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 486 وما بعدها.

جواز أخذ اختصاص بمقتضاه مجاريا في ذلك القضاء المصري⁽¹⁾.

343- لا يجوز الحصول على اختصاص بموجب حكم صادر بصحة التوقيع:

لا يجوز الحصول على اختصاص بموجب حكم صادر بصحة التوقيع، لأنه يشترط لأخذ حق الاختصاص أن يكون بناء على حكم ملزم للمدين بشئ يجب عليه وفاؤه. وأثر الحكم الصادر بإثبات صحة التوقيع مقصور على إثبات صحة التوقيع، لأنه لا يمس موضوع العقد ولا يتعرض لصحته ونفاذه وإنما هو يقضى في صحة صدور المحرر ممن تذيل بتوقيعه⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"ولا يجوز أخذ اختصاص بناء على حكم يثبت إقرارا بصحة التوقيع أو على حكم صادر في دعوى تحقيق الخطوط الأصلية، وإلا استطاع كل دائن أن يحصل على اختصاص قبل حلول الدين بأن يرفع دعوى أصلية بصحة التوقيع أو الختم"⁽³⁾.



(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج9 ص 163.

(1) همام محمد زهران ص 556.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 163.

مادة (1088)

لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلنى.

الشرح

344 - ورود الاختصاص على عقار أو أكثر:

لا يجوز تقرير حق الاختصاص إلا على عقار أو أكثر من العقارات بطبيعتها المملوكة للمدين بما يستبعد كافة الأموال المنقولة التى يمتلكها المدين. وشأن الاختصاص فى ذلك شأن الرهن الرسمى تماما.

وإذا ورد حق الاختصاص على عقار معين، فإنه يشمل ملحقاته التى تعتبر عقارا أو على الأخص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التى تعود منفعتها على المالك. كما أنه يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التى أعقبت التسجيل ويجرى فى توزيع هذه الغلة ما يجرى فى توزيع ثمن العقار. وتطبق فى هذا الشأن كذلك الأحكام المقررة فى باب الرهن الرسمى⁽¹⁾.

345 - يجب أن يكون العقار معيناً:

استلزم النص أن يرد الاختصاص على عقار أو عقارات معينة. وهذا هو مبدأ التخصيص. فشأن حق الاختصاص شأن حق الرهن الرسمى يلزم فيه التخصيص بمعنى أن يعين العقار محل الضمان تعيينا كافيا ويحدد الدين المضمون ويجب أن يتوافر هذا التخصيص عند قيام الحق أى فى العريضة التى يقدمها الدائن إلى رئيس المحكمة للحصول على حق الاختصاص - كما سنرى - وكذلك عند قيد

(1) محمد على إمام ص 421 وما بعدها.

حق الاختصاص فيعين العقار محل الحق تعيينا كافيا في قائمة القيد (م1095).

346- يجب أن يكون العقار مملوكا للمدين؛

تنص المادة على أنه لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد الحق.

وعلى ذلك يجب أن يكون العقار مملوكا للمدين فإذا صدر الأمر بالاختصاص على عقار لا يملكه المدين فإنه يكون باطلا، ويبطل ما تم من قيد بناء عليه. ولا يمكن أن يؤثر مثل هذا الاختصاص في حق المالك الحقيقي.

وعلى ذلك لا يجوز للدائن أن يطلب تقرير حق اختصاص على عقار اشتراه مدينه مادام البيع لم يسجل بعد.

ويجب أن تكون الملكية قائمة فعلا عند صدور الأمر بالاختصاص، فالاختصاص الوارد على عقار مستقبل باطل كما هو الحال إذا تقرر على عقار سوف يملكه المدين من طريق الشراء⁽¹⁾. فكان تقرير اختصاص على ملك الغير يقع باطلا بطلانا مطلقا ولا يصححه أيلولة ملكيته في المستقبل إلى المدين.

ويجب أن تكون ملكية المدين للعقار قائمة عند صدور الأمر بالاختصاص وأن تستمر كذلك إلى وقت القيد⁽²⁾، على عكس ما قد يوحي إليه ظاهر النص من وجوب توافر ملكيتها للمدين وقت القيد.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"مناطق صحة حق الاختصاص أن يكون العقار مملوكا للمدين وقت صدوره فلا يجوز أن يكون محله ما قد يؤول إلى المدين مستقبلا، ولا يغير من هذا النظر أن تكون ملكية العقار قد آلت إلى المدين وقت القيد.

وإذن فمتى كان الدائن إذ حصل على حق اختصاص على عقار وسجله لم

(1) محمد على إمام ص 420 - رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 457.

(2) أحمد سلامه ص 343 - رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 457 - سليمان

مرقس ص 325 وما بعدها.

يكن هذا العقار مملوكا لمدينه وعند تجديد قيد الاختصاص كانت ملكية العقار قد آلت إلى المدين عن طريق الميراث ثم باع المدين العقار إلى آخر فإن ملكية العقار تكون قد انتقلت إلى المشتري غير محملة بحق الاختصاص الذى وقع باطلا لصدوره على عقار لم يكن مملوكا للمدين".

(طعن رقم 315 لسنة 21 ق جلسة 1954/12/23)

347- يجب أن يكون العقار جائزا بيعه بالمزاد العلنى :

يجب أن يكون العقار الذى يرد عليه حق الاختصاص جائزا بيعه بالمزاد العلنى ونصت المادة (2/1035) على هذا الشرط أيضا بالنسبة للعقار التى يرد عليه حق الرهن الرسمى.

فلا يجوز أخذ اختصاص على عقار موقوف ولا على حق استعمال أو حق سكنى فى غير الحالات الاستثنائية التى يجوز فيها التصرف فى هذا الحق.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أنه متى كانت العين موقوفة وانتهى فيها الوقف وآلت ملكيتها إلى من عساه يكون صاحب الحق فيها طبقا لأحكام المرسوم بقانون رقم 80 لسنة 1952 فإنها تظل بمنأى عن التنفيذ عليها وفاء للديون السابقة على تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون ولا يجوز بالتالى لأرباب هذه الديون أن يستصعدوا ضد من آلت إليه ملكيته هذا العين أمرا باختصاصهم بها إذ نصت المادة الخامسة مكررا التى أضيفت إلى المرسوم بقانون المذكور بالمرسوم بقانون رقم 342 لسنة 1952 على أنه "لا يجوز اتخاذ إجراءات التنفيذ على ما ينتهى فيه الوقف ضد الأشخاص الذين تؤول إليهم ملكية أعيانه طبقا للمواد السابقة وذلك عن الديون السابقة على تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون...." ومؤدى ذلك أن الشارع- على ما يبين من المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم 342 لسنة 1952 قصد استمرار الحماية التى أسبغها القانون فيما نص على المستحقين فى

الأوقاف بالنسبة إلى أعيان الوقف فحظر على الدائنين السابقة ديونهم على إلغاء الوقف بالمرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 اتخاذ إجراءات التنفيذ على هذه الأعيان حتى لا يقلب هذا التشريع أداة إضرار بمن آلت إليهم ملكيتها ووسيلة لتمكين دائنيهم منهم بتحويلهم حقوقا لم تكن لهم من قبل وأنه وإن كان حق اختصاص الدائن بعقار مدينه ليس من إجراءات التنفيذ إلا أن هذا الحق وقد شرع ضمنا لأصل الدين والفوائد والمصروفات وخول به صاحبه بأن ينفذ على العقار ويطلب بيعه وفقا للأوضاع المقررة فى قانون المرافعات للبيوع الجبرية وأن يتتبع العقار فى يد حائزه وأن يستوفى حقوقه متقدما على الدائنين العاديين من ثمن هذا العقار أو من المال الذى حل محله فإن حق الاختصاص يصبح وثيق الصلة بإجراءات التنفيذ فلا تقوم لهذا الحق قائمة إلا حيث يجوز اتخاذ هذه الإجراءات بالنسبة للعقار الذى يراد الاختصاص به ومن ثم فإن ما لا يجوز التنفيذ عليه من العقارات لا يجوز بالتالى أن يكون محلا لحق الاختصاص وهذا هو ما قصدت إليه المادة 1088 من القانون المدنى فيما نصت عليه من أنه "لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلنى".

(طعن رقم 118 لسنة 23 ق جلسة 1957/5/30)

348- جواز أخذ حق الاختصاص على أرض المدين ولو لم تزد على

خمس أفدنة :

القانون رقم 513 لسنة 1953 بعدم جواز التنفيذ على الملكية الزراعية فى حدود خمس أفدنة لا يمنع الدائن من أخذ اختصاص على أطيان مدينه الذى لا يملك أكثر من خمس أفدنة، وإنما يحول فقط دون الحجز عليها ومباشرة نزع ملكيتها طالما بقى المدين محتفظا بها وليس لديه غيرها. أما إذا تصرف فيها المدين إلى آخر فتنقل ملكيتها إلى المتصرف إليه محملة بحق الاختصاص

ويجوز نزعها منه إذا كان يملك خمسة أفدنة غيرها. وإذا لم يتصرف فيها المدين ولكن استجبت له عقارات تجعل مجموع ملكه يجاوز خمسة أفدنة، فيجوز نزع ملكية الأطنان المأخوذ عليها الاختصاص كلها أو بعضها بشرط إبقاء خمسة أفدنة للمدين ويكون الدائن الحاصل على هذا الحق مقدما في ثمنها على غيره من الدائنين⁽¹⁾.

وإذا كان العقار مما يجوز بيعه بالمزاد العلني حاز الحصول على حق اختصاص أيا كان نوعه فقد يكون عقارا بطبيعته كالأراضي والمناجم والمحاجر أو حائزا لصفة الاستقرار بصنع صانع كالمباني على اختلاف أنواعها. ويلاحظ بالنسبة للمباني أن حق الاختصاص يرد عليها ولو كانت مملوكة لغير مالك الأرض، فيقع عليها في هذه الحالة محدودا بحقوق مالكيها ويبقى ما بقيت ملكيته. وإذا انتهت الملكية المؤقتة المقررة لمن أقام هذه المباني انتهى الاختصاص، ولا يكون للدائن إلا حق التقدم على ثمن الانقضاء إذا هدمت المباني أو مبلغ التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا تملكها بالاتصاق. كذلك ملكية

(1) سليمان مرقس ص 328 وما بعدها السنهاورى ص 547 وما بعدها - رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 459 - وكانت المادة (1514) من المشروع التمهيدي المقابلة للمادة (1088) تنص في فقرتها الثانية على أن: "ومع ذلك يجوز الحصول على حق اختصاص على أرض المدين، حتى لو لم تزد على خمسة أفدنة، على أن يراعى في التنفيذ عليها الشروط المقررة في القانون".

وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي أنه:

"على أنه يجوز أخذ اختصاص على خمسة أفدنة، وتظهر فائدته في حالتين: إذا انتقلت ملكية الأرض من المدين إلى حائز فيتبعها الدائن، وإذا زاد مال المدين على خمسة أفدنة فيجوز عندئذ التنفيذ على الأرض". وفي لجنة القانون المدني رأى حذف هذه الفقرة لأن ملكية المدين لخمسة أفدنة فأقل لا تمنع من رهنها، فحق الاختصاص يأخذ هذا الحكم دون حاجة إلى نص".

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 165، 166).

الرقبة أو حق الانتفاع المقرر على عقار جائز بيعه بالمزاد العلنى ويصح أن يكون محلاً لحق الاختصاص⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "المشتري بعقود عرفية ثابتة التاريخ إذا تملك ما اشتراه بوضع يده المدة الطويلة المكسبة وحدها للملك فلا يحتج عليه من صاحب الاختصاص المسجل المأخوذ على العقار المشتري باعتباره مملوكاً لأحد ورثة البائع. فإذا عولت محكمة الموضوع على ما ثبت لديها من أن المشتري بعقود عرفية ثابتة التاريخ من المورث قد ملكوا ما اشتروه بوضع اليد المكسب للملكية بالمدة الطويلة واستغنت بهذا عن البحث فى أمر تسجيل الاختصاص الذى أخذ ضد أحد ورثة البائع والمفاضلة بينه وبين العقود العرفية وفقاً لمواد التسجيل القديمة فإنها لا تكون قد خالفت القانون فى ذلك".

(طعن رقم 12 لسنة 1ق جلسة 1931/12/3)

2- "إن الشارع إنما قصد فى قانون التسجيل تأخير نقل الملكية إلى أن يتم تسجيل العقد. فليس التسجيل بمثابة شرط توقيفى ينسحب بتحقيقه أثر العقد إلى يوم تاريخه، ولذلك لا يعتبر المشتري مالكا إلا من يوم تسجيل عقد شرائه. فإذا حصل دائن على اختصاصه بعقار اشتراه مدينه بعقد ثابت التاريخ ولكنه لم يسجل فليس له أن يحتج بهذا الاختصاص على من اشتري العقار بعد ذلك من المدين وسجل عقده إذا أن الاختصاص يكون فى هذه الحالة قد أوقع والعقار غير مملوك للمدين".

(طعن رقم 42 لسنة 8ق جلسة 1939/2/9)

3- "مناط صحة حق الاختصاص أن يكون العقار مملوكاً للمدين. وإذا ن فمتى كان الدائن قد قيد اختصاصه بعد أن باع المدين العقار وسجل المشتري عقده فإن الاختصاص المذكور يكون قد وقع باطلاً لحصوله بعد انتقال ملكية العقار للمتصرف إليه".

(طعن رقم 303 لسنة 21ق جلسة 1955/2/10)

(1) محمد على إمام ص 420.

مادة (1089)

1- على الدائن الذى يريد أخذ اختصاص على عقارات مدينه أن يقدم عريضة بذلك إلى رئيس المحكمة الابتدائية التى تقع فى دائرتها العقارات التى يريد الاختصاص بها.

2- هذه العريضة يجب أن تكون مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم، وأن تشتمل على البيانات الآتية:

(أ) اسم الدائن ولقبه وصناعته وموطنه الأصيل والموطن المختار الذى يعينه فى البلدة التى يقع فيها مقر المحكمة.

(ب) اسم المدين ولقبه وصناعته وموطنه.

(ج) تاريخ الحكم وبيان المحكمة التى أصدرته.

(د) مقدار الدين، فإذا كان الدين المذكور فى الحكم غير محدد المقدار، تولى رئيس المحكمة تقديره مؤقتا وعين المبلغ الذى يؤخذ به حق الاختصاص.

(هـ) تعيين العقارات تعيينا دقيقا وبيان موقعها مع تقديم الأوراق الدالة على قيمتها.

الشرح

349 - طلب استصدار الأمر بالاختصاص :

على الدائن الذى يريد أخذ اختصاص على عقارات مدينه. أن يقدم عريضة بذلك إلى رئيس المحكمة الابتدائية التى تقع فى دائرتها العقارات التى يريد الاختصاص بها.

فإذا تعددت العقارات فوقعت في أكثر من دائرة. فيطلب من كل رئيس محكمة ابتدائية أن يصدر الأمر بالاختصاص بالنسبة للعقار الذى يقع فى دائرة المحكمة التى يرأسها ويترتب على مخالفة ذلك عدم الاعتداد بالاختصاص⁽¹⁾.

350- بيانات العريضة والمستندات التى ترفق بها :

ذكرت المادة البيانات التى يجب أن تشتمل عليها العريضة. وكذا المستندات الواجب إرفاقها بالعريضة. فيرجع إليها بنص المادة، ولكننا نشير بشأنها إلى ما يأتى:

1- أنه إذا كان الحكم هو السند الذى على أساسه يتقرر الاختصاص فلا بد من تقديم ما يدل على صدوره، وصورة رسمية من الحكم هو خير ما يمكن تقديمه. وكان القانون المدنى القديم يشترط ذلك، إلا أن القانون الجديد راعى أن الحصول على صورة رسمية من الحكم قد يحتاج إلى وقت طويل بعد صدور الحكم فاكتفى من الدائن أن يقدم شهادة من قلم الكتاب يذكر فيها منطوق الحكم. وهذه يستطيع الحصول عليها فى نفس يوم صدور الحكم. وتقديم صورة رسمية للحكم أو شهادة من قلم الكتاب بمنطوقه. لا يغنى الدائن من أن يذكر فى العريضة ذاتها تاريخ الحكم والمحكمة التى أصدرته⁽²⁾.

2- الاختصاص يضمن "أصل الدين والفوائد والمصروفات" وذلك طبقاً لنفس الأحكام المقررة فى هذا الشأن فى الرهن الرسمى. ويجب أن يكون مقدار الدين محددًا طبقاً لمبدأ التخصيص من حيث الدين المضمون. فإذا لم يكن الدين محددًا فإن رئيس المحكمة يعين مقداره بصفة مؤقتة. فلا يضمن الاختصاص أكثر من هذا المقدار فى مواجهة بقية الدائنين.

(1) أحمد سلامة ص 340 - ويلاحظ أن الأصل فى الأوامر على عرائض أن تصدر وفقاً لتقنين المرافعات من قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة (م 194).

(2) سليمان مرقس ص 331- سمير عبد السيد تناغو ص 350.

3- كان البند (هـ) من المادة (1515) من المشروع التمهيدى المقابل لهذه المادة توجب "تعيين العقارات تعيينا دقيقا، جنسا ومحلا، مع تقديم أوراق تثبت قيمة العقارات وأنها مملوكة للمدين".

إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عدلتها إلى الوضع الراهن، وجاء بتقرير اللجنة أنها استعاضت عن عبارة "تعيين العقارات تعيينا دقيقا جنسا ومحلا" بعبارة "تعيين العقارات تعيينا دقيقا وبيان موقعه" لأن التعيين الدقيق يتضمن من التفصيلات ما يتسع لما يقصد من بيان الجنس، واستبدلت اللجنة فى الفقرة نفسها بعبارة "أوراق تثبت" عبارة "الأوراق الدالة على" إذ لا يشترط فى هذه الحالة تقديم مستندات قاطعة فى الإثبات بل يشترط تقديم أوراق تدل على القيمة، وإن لم تكن قاطعة فى دلالتها..⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"تم إجراءات الحصول على حق الاختصاص على المراحل الآتية:
يقدم الدائن عريضة لرئيس محكمة العقار، مصحوبة بصورة الحكم أو الشهادة من قلم الكتاب يدون فيها منطوق الحكم، ويمكن الحصول على هذه الشهادة فى نفس اليوم الذى صدر فيه الحكم. وتشمل العريضة البيانات التى تدون عادة فى قائمة الرهن الرسمى المقدمة للقيد. ويلاحظ أنه اشترط أن يقدم الدائن أوراقا تثبت قيمة العقارات وأنها مملوكة للمدين، حتى يتبين للقاضى قيمة العقارات وملكيته قبل أن يتقلها بحق الاختصاص... الخ"⁽²⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص168، ص 170 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 178.

مادة (1090)

- 1- يدون رئيس المحكمة في ذيل العريضة أمره بالاختصاص.
- 2- وإنما يجب عليه عند الترخيص به أن يراعى مقدار الدين وقيمة العقارات المبينة بالعريضة بوجه التقريب، وعند الاقتضاء يجعل الاختصاص مقصوراً على بعض هذه العقارات أو على واحد منها فقط أو على جزء من أحدها إذا رأى أن ذلك كاف لتأمين دفع أصل الدين والفوائد والمصروفات المستحقة للدائنين.

الشرح

351- إصدار الأمر بالاختصاص :

ينظر رئيس المحكمة الابتدائية الطلب بمقتضى ماله من سلطة ولائحة، دون سماع مرافعة.

ويدون رئيس المحكمة في ذيل العريضة أمره بالاختصاص أو برفضه. وتنص المادة 195 مرافعات الواردة بالباب العاشر في (الأوامر على العرائض). على أنه يجب على القاضي أن يصدر أمره بالكتابة على إحدى نسختي العريضة، في اليوم التالي لتقديمها على الأكثر. ولا يلزم ذكر الأسباب التي بنى عليها، إلا إذا كان مخالفاً لأمر سبق صدوره، فعندئذ يجب ذكر الأسباب التي اقتضت إصدار الأمر الجديد وإلا كان باطلاً.

وتنص المادة 196 على أنه يجب على قلم الكتاب تسليم الطالب النسخة الثانية من عريضته مكتوباً عليها صورة الأمر، وذلك في اليوم التالي لصدوره على الأكثر: ويسقط الأمر الصادر بالاختصاص إذ لم يقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره ولا يمنع هذا السقوط من استصدار أمر جديد (م 200 مرافعات).

352- مراعاة مقدار الدين وقيمة العقارات المبينة بالعريضة :

على رئيس المحكمة الابتدائية إذا ما قدر توافر شروط تقرير الاختصاص أن يراعى التوازن بين قيمة الدين المراد أخذ اختصاص لضمان الوفاء به. وبين العقار أو العقارات المراد أخذ اختصاص عليها. وعند الاقتضاء له أن يجعل الاختصاص مقصوراً على بعض هذه العقارات فقط أو على جزء من إحداها بما يكفى لتأمين دفع أصل الدين والفوائد والمصروفات المستحقة للدائن على وجه التقريب ومراعاة التناسب بين الدين المحكوم به والعقارات التى يوقع عليها الاختصاص أمر وجوبى على القاضى فإذا لم يراعيه كان لكل ذى مصلحة - كما سنرى - أن يطلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المعقول إما بالتظلم من الأمر أو بدعوى مستقلة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويدون رئيس المحكمة الأمر بالاختصاص بعد أن يراعى مقدار الدين وقيمة العقار، ويجوز أن يقصر الأمر على جزء من العقار"⁽¹⁾.

353- قيد حق الاختصاص :

يجب شهر الأمر الصادر بالاختصاص بطريق القيد بمكتب الشهر المختص طبقاً لما تقضى به المادة (30) من قانون تنظيم الشهر العقارى على النحو الذى ذكرناه بالنسبة لشهر الرهن الرسمى.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"تنص المادة 30 من القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقارى على أنه إذا كان شهر المحرر بطريق القيد وجب أن يقرن عند تقديمه لمكتب الشهر المختص بقائمة تشتمل على بيانات معينة ليس من بينها ما يفيد إعلان المدين بأمر الاختصاص فى نفس يوم صدوره وفقاً لما تقضى به المادة 1091

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 178.

من القانون المدني، مما مفاده أن إجراء القيد يتم كقاعدة عامة في أى وقت بعد صدور الأمر بالاختصاص مادامت ملكية العقار المتخذ عليه حق الاختصاص للمدين، دون انتظار الإعلان بأمر الاختصاص وفقا للمادة 1091 من القانون المدني، إذ أن مصلحة صاحب حق الاختصاص تقتضى إجراء القيد فى أقرب وقت حتى لا يتقدم عليه فى المرتبة من يتوصل إلى قيد حقه قبله".

(طعن رقم 935 لسنة 44 قى جلسة 1980/6/10)



مادة (1091)

على قلم الكتاب إعلان المدين بالأمر الصادر بالاختصاص فى نفس اليوم الذى يصدر فيه هذا الأمر، وعليه أيضا أن يؤشر بهذا الأمر على صورة الحكم أو على الشهادة المرفقة بالطلب المقدم لأخذ الاختصاص وأن يخطر قلم كتاب المحكمة الصادر منها الحكم للتأشير بذلك على كل صورة أو شهادة أخرى يسلمها للدائن.

الشرح

354 - إعلان المدين بالأمر الصادر بالاختصاص :

لما كان الأمر الصادر بالاختصاص لا يصدر فى حضور المدين، فقد أوجبت المادة على قلم الكتاب إعلان المدين بالأمر الصادر بالاختصاص فى نفس اليوم الذى يصدر فيه الأمر. ووجوب الإعلان قصد به تمكين المدين من العلم بالأمر والتظلم منه إذا رأى وجها لذلك. ويتم هذا الإعلان بورقة من أوراق المحضرين.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وعند صدور الأمر بالاختصاص يجب على قلم كتاب المحكمة إعلان المدين فى موطنه المبين بالعريضة فى نفس اليوم الذى صدر فيه. وهذا تحديد أريد به إخطار المدين بما تم حتى يتظلم إن كان هناك وجه للتظلم"⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"المقصود من إعلان المدين بأمر الاختصاص فى نفس اليوم الذى صدر فيه هو - على ما جاء بمجموعة الأعمال التحضيرية - إخطار المدين بما تم حتى

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 178.

يتظلم منه وفقا لنص المادة 1092 من القانون المدني إن كان هناك وجه للتظلم إذ أن المدين لم يكن حاضرا وقت صدور الأمر بالاختصاص".

(طعن رقم 935 لسنة 44 ق جلسة 1980/6/10)

355- التأشير بالأمر على صورة الحكم أو الشهادة المرفقة بالطلب :

أوجب النص على قلم الكتاب أن يؤشر بالأمر بالاختصاص على صورة الحكم أو الشهادة المرفقة بالطلب المقدم لأخذ الاختصاص. والحكمة من ذلك وكما تقول مذكرة المشروع التمهيدى أن ذلك "تجديد أريد به منع الحصول على اختصاصات متعددة من محاكم مختلفة"⁽¹⁾.

وتحقيقا لذات الهدف أوجب النص على قلم الكتاب إخطار قلم الكتاب الصادر منه الحكم للتأشير بذلك على كل صورة أو شهادة أخرى يسلمها للدائن.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 178.

مادة (1092)

- 1- يجوز للمدين أن يتظلم من الأمر الصادر بالاختصاص أمام الأمر كما يجوز له أن يرفع هذا التظلم إلى المحكمة الابتدائية.
- 2- ويجب أن يؤشر على هامش القيد بكل أمر أو حكم قضى بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص.

الشرح

356- تظلم المدين من الأمر الصادر بالاختصاص:

للمدين الصادر ضده الأمر بالاختصاص أن يتظلم منه. وهو يتظلم منه استنادا لعدم توافر شروط الاختصاص، كما لو كان الحكم الصادر بموجبه الأمر غير نهائي وغير مشمول بالنفاذ أو كان الدين قد تم الوفاء به أو انقضى بالتقادم أو أن العقارات الوارد عليها الاختصاص لا تتناسب مع الدين ويجب أن يكون التظلم مسببا وإلا كان باطلا (م 197 مرافعات).

وليس هناك ميعاد للتظلم، ويعتبر هذا استثناء من نظام التظلم من الأوامر على عرائض إذ حددت المادة 1/197 مرافعات للتظلم مدة عشرة أيام من تاريخ صدور الأمر بالرفض أو من تاريخ البدء في تنفيذ الأمر أو إعلانه بحسب الأحوال⁽¹⁾.

357- سلطة القاضى الأمر أو المحكمة فى التظلم:

ليس للقاضى الأمر أو المحكمة التى تنتظر التظلم أن تمس موضوع الحق، وإنما هى تفصل فى التظلم فى حدود ما كان للقاضى الأمر من ولاية عند إصدار

(1) وكانت المادة (1518) من المشروع التمهيدي المقابلة للمادة (1092) تحدد للتظلم ثلاثة أيام من يوم أن يعلنه قلم الكتاب بالأمر الصادر بالاختصاص، وبعد هذا الميعاد لا يجوز الطعن فى الأمر إلا بالطريق المعتاد، إلا أن هذا الميعاد حذف فى لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 176).

الأمر. وإن كان هذا لا يمنعها من استظهار مبلغ الجد في المنازعة المعروضة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"لئن كان القاضيا لأمر وهو بصدد نظر التظلم في أمر الحجز لا يستطيع أن يمس موضوع الحق إلا أن ذلك لا ينبغي أن يحجبه عن استظهار مبلغ الجد في المنازعة المعروضة لا ليفصل في الموضوع بل ليفصل فيما يبدو أنه وجه الصواب في الإجراء المطلوب دون أن يبنى حكمه على مجرد الشبهة".

(طعن رقم 144 لسنة 27 ق جلسة 1962/12/6)

ويحكم القاضى أو المحكمة إما بتأييد الأمر أو بتعديله أو بإلغائه (م 199

مرافعات).

وهذا الحكم يكون قابلا للطعن فيه أمام محكمة الاستئناف (م 2/199

مرافعات).

358- التأشير بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص:

أوجبت الفقرة الثانية من المادة أن يؤشر على هامش قيد حق الاختصاص بمكتب الشهر العقاري بكل أمر أو حكم يقضى بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص.

ولما كان الأمر بالاختصاص يقيد في نفس اليوم الذى يصدر فيه كما سنرى وجب إذا صدر أمر بإلغائه عقب تظلم المدين، أن يؤشر على هامش القيد بذلك⁽¹⁾.



مادة (1093)

إذا رفض رئيس المحكمة طلب الاختصاص المقدم من الدائن، سواء كان الرفض من بادئ الأمر أو بعد تظلم المدين، جاز للدائن أن يتظلم من أمر الرفض إلى المحكمة الابتدائية.

الشرح

359 - تظلم الدائن في الأمر الصادر برفض الاختصاص :

إذا رفض رئيس المحكمة الابتدائية توقيع الاختصاص رغم توافر شروطه، أو إذا ألغى اختصاصا سبق توقيعه للدائن بناء على تظلم من المدين، جاز للدائن التظلم من أمر الرفض أمام المحكمة الابتدائية مباشرة. لأنه لا تكون هناك جدوى من التظلم أمام رئيس المحكمة من قراره بالرفض وقد سبق له نظر المسألة مرة أو مرتين. فضلا عن أن منح المدين حق التظلم إلى القاضى الأمر إنما هو بسبب صدور الأمر فى غيابه دون سماع أقواله فهناك احتمال كبير أن يعدل الأمر رأيه إذا ما سمع أقوال المدين. أما الدائن فلأن الأمر لم يصدر إلا بعد الاطلاع على طلبه فاحتمال تغيير الأمر رأيه احتمال ضعيف⁽¹⁾.

360 - التأشير على هامش القيد بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص :

إذا قيد الدائن الأمر الصادر بالاختصاص ثم صدر أمر أو حكم بإلغاء الأمر، وجب التأشير على هامش القيد بهذا الأمر أو الحكم، ويكون ذلك بمثابة إلغاء للقيد، وإلغاء للأمر الصادر بالاختصاص (راجع المادة 1092)⁽²⁾.



(1) سمير عبد السيد تناغو ص 355 وما بعدها.

(2) السنهورى ص 555.

الفصل الثانى

آثار حق الاختصاص وإنقاصه وانتقاضه

مادة (1094)

- 1- يجوز لكل ذى مصلحة أن يطلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب، إذا كانت الأعيان التى رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكفى لضمان الدين.
- 2- ويكون إنقاص الاختصاص إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التى رتب عليها، أو بنقله إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين.
- 3- والمصروفات اللازمة لإجراء الإنقاص ولو تم بموافقة الدائن تكون على من طلب الإنقاص.

الشرح

361 - إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب :

إذا كانت الأعيان التى رتب عليها حق الاختصاص تزيد قيمتها على ما يكفى لضمان الدائن، فقد أجازت الفقرة الأولى من المادة لكل ذى مصلحة أن يطلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب.

وليس المدين وحده هو صاحب المصلحة فى إنقاص الاختصاص، وإنما قد تثبت المصلحة لغيره كالدائن صاحب التأمين العينى المتأخر فى المرتبة أو الدائن العادى أو الحائز فإذا كان عدم التناسب قائماً عند صدور الأمر بالاختصاص جاز طلب إنقاصه إما عن طريق تظلم المدين من الأمر الصادر بإعطاء الاختصاص أو عن طريق رفع دعوى أصلية بالإنقاص إذا انقضى ميعاد التظلم.

وإذا كان التفاوت قد تحقق بعد قيام حق الاختصاص نظراً لارتفاع قيمة

العقار أو لانقضاء جزء من الدين أمكن طلب الإنقاص عن طريق رفع دعوى أصلية به.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وكما يجوز للمدين أن يرفع دعوى الإنقاص، يجوز كذلك لكل ذى مصلحة أن يرفع هذه الدعوى. مثل ذلك دائن تال فى المرتبة للدائن صاحب الاختصاص أو دائن عادى أو حائز للعقار"⁽¹⁾.

362- كيفية الإنقاص :

التناسب بين الدين والعقار أمر تقدير للقاضى. وكانت المادة (1526) من المشروع التمهيدى تحدد معيارا للإنقاص إذ نصت على أنه: "إذا كانت الأعيان التى رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها عما يكفى لضمان الدين" - وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه: "وضع المشروع رقما يقف عنده القاضى لتقدير ما إذا كانت قيمة العقار تزيد كثيرا على الدين، فتكون كذلك إذا زادت وقت القيد أو بعده بقدر الثلث عن مبلغ الدين أو عما يتبقى منه. وقد أخذ هذا الرقم عن المشروع الإيطالى"⁽²⁾.

ولكن هذا التحديد لم يظهر فى النص النهائى للقانون، وأصبح أمر الإنقاص متروكا لتقدير القاضى وإن كان من الجائز الاسترشاد بمثل هذا التقدير⁽³⁾.

والإنقاص يكون إما بقصر الاختصاص على جزء من العقار أو العقارات التى رتب عليها من قبل وإما بنقله إلى عقار آخر. ونقل الاختصاص إلى عقار آخر هو فى الواقع اختصاص جديد على هذا العقار، ولهذا إذا كانت هناك حقوق مقيدة عليه نشأت بعد توقيع الاختصاص الأول، فمن غير المعقول أن ينقل الاختصاص إلى هذا العقار بمرتبة القديمة إضرارا بالحقوق المقيدة. ولذلك يكون

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 182.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 180 وما بعدها.

(3) سمير عبد السيد تناغو ص 357.

الانتقال في هذه الحالة بدون ضرر على دائن آخر حقه مقيد على العقار الذي ينقل إليه الاختصاص⁽¹⁾.

وبالتالي لن يكون نقل الاختصاص في هذه الصورة ضمانا كافيا لضمان الدين المحكوم عليه. ولذلك فإنه من الناحية العملية فإن إنقاص الاختصاص عن طريق نقله إلى عقار آخر لا يصدر إلا إذا كان العقار الآخر خال من كل حق مقيد عليه.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويجوز إنقاص حق الاختصاص إذا كانت قيمة العقار تزيد كثيرا على الدين. ويكون ذلك إما من طريق تظلم المدين من الأمر الصادر من القاضى بإعطاء حق الاختصاص، أو عن طريق رفع دعوى أصلية بالإنقاص إذا انقضى ميعاد التظلم كما يجوز رفع هذه الدعوى الأصلية بالإنقاص إذا اختل فيما بعد التناسب بين قيمة العقار ومبلغ الدين لزيادة قيمة العقار أو لنقص مبلغ الدين"⁽²⁾.

363- مصروفات الإنقاص :

في جميع الأحوال تكون المصروفات اللازمة لإجراء الإنقاص وقيده سواء كان قضائيا أو اتفاقيا مع الدائن على نفقة من طلب الإنقاص ما لم يكن هناك خطأ من جانب الدائن. كأن يكون هو الذى بالغ فى أخذ اختصاص تزيد قيمته كثيرا على الدين أو قدم مستندات غير صحيحة عن قيمة العقار، فعندئذ يتحمل الدائن قيمة هذه المصروفات⁽³⁾.

وإذا أكان طالب الإنقاص غير المدين، جاز له الرجوع بالمصروفات على

(1) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 467 هامش (2) - همام محمد زهران ص

569 هامش (2) وما بعدها - وفى هذا المعنى سمير عبد السيد تناغو ص 357.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 182.

(3) أحمد سلامه ص 349 - همام محمد زهران ص 570.

المدين⁽¹⁾.**364- التأشير بالإنقاص:**

يجب التأشير على هامش قيد الاختصاص بما يفيد إنقاصه، وذلك إذا تم الإنقاص عن طريق قصره على بعض العقارات أو على جزء منها. فإذا نقل الاختصاص إلى عقار آخر وجب إجراء قيد جديد على هذا العقار حتى يحتج بالاختصاص على الغير ويأخذ مرتبته من تاريخ قيده. ومتى نقل الاختصاص على العقار الجديد كان للمدين طلب محو القيد الأصلي⁽²⁾.



(1) السنهوري ص 573 - سليمان مرقس ص 341.

(2) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 467 - أحمد سلامه ص 349.

مادة (1095)

يكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التى للدائن الذى حصل على رهن رسمى، ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام وبخاصة ما يتعلق بالقيود وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه، وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة.

الشرح

365 - سريان أحكام الرهن الرسمى على الاختصاص :

يكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التى للدائن الذى حصل على رهن رسمى ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام. وذلك باستثناء ما ورد من أحكام خاصة بشأن الاختصاص. فحق الاختصاص يرتب نفس الآثار المترتبة على الرهن الرسمى. فهو بالنسبة للدائن الذى تقرر لصالحه والمدين الذى تقرر ضده يولد نفس الآثار التى تترتب على الرهن الرسمى بالنسبة لكل من المرتهن والراهن. وتطبق فى هذا الشأن نفس الأحكام التى ذكرناها عند الكلام عن آثار الرهن الرسمى فيما بين المتعاقدين. والأمر كذلك بالنسبة لآثار الاختصاص فى حق الغير، فهو يعطى لصاحبه مزيتى التقدم والتتبع وذلك تأمينا لوفاء الدين والفوائد والمصروفات. والدائن صاحب الاختصاص يباشر حقه فى التقدم على ثمن الثمار. وكذلك حقه فى تتبع العقار فى أى يد يكون بنفس الوضع المقرر بالنسبة للدائن المرتهن رهنا رسميا.

غير أنه يلاحظ أن الاختصاص المأخوذ على أموال المدين الذى شهر إعساره بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا يكون له أثر بالنسبة إلى الدائنين الثابتة ديونهم قبل ذلك التسجيل. وذلك عملا بالفقرة الثانية من المادة 256 مدنى

التي تجرى على أن: "على أنه لايجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل".

366- قيد الاختصاص وتجديده ومحوه وعدم تجزئته :

يسرى على قيد الاختصاص وتجديده ومحوه وعدم تجزئته، ما نص عليه بشأن الرهن الرسمى.

فيجب أن يقيد حق الاختصاص حتى يحتج به فى مواجهة الغير. ولا يفترق عن الرهن الرسمى إلا من ناحية اشتراط القانون فى الدائن صاحب الاختصاص أن يكون حسن النية.

وكذلك يفترق المحو الاختيارى للقيد فى حالة الاختصاص عن حالة الرهن الرسمى.

إذ فى الرهن الرسمى يلزم أن يثبت رضا الدائن فى تقرير رسمى، أما فى حقوق الاختصاص والرهن الحيازى والامتياز العقارى فيكفى فى محو القيود الخاصة بها صدور أمر عرفى من الدائن مصدق على التوقيع فيه (م45 من قانون تنظيم الشهر العقارى).

367- انقضاء حق الاختصاص :

تنص المادة على أن يسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمى فيما يتعلق بانقضاء حق الاختصاص. ومن ثم فإن حق الاختصاص ينقضى بنفس الأسباب التى ينقضى بها الرهن الرسمى.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"ينقضى حق الاختصاص بما ينقضى به حق الرهن الرسمى، وقد تقدم بيان ذلك"⁽¹⁾.

وبالترتيب على ذلك فإن حق الاختصاص ينقضى إما بصفة تبعية مع

انقضاء الدين المضمون، ويعود إذا عاد الدين مع عدم الإخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها ما بين انقضاء الحق وعودته (م1082)، كما ينقضى بصفة أصلية: بالتطهير أو مرسى المزاد، أو اتحاد الذمة، أو هلاك العقار، أو النزول عن حق الاختصاص.

وكما ينقضى الرهن بصفة أصلية إذا بطل العقد الذى أنشأه فإن الاختصاص ينقضى أيضا إذا ما ألغى الحكم الذى أنشأه نتيجة التظلم، أو نتيجة الطعن فيه بالنقض أو التماس إعادة النظر.

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (1092) على أنه يجب أن يؤثر على هامش القيد بكل أمر أو حكم قضى بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص.



(الباب الثالث)
الحقوق المتفرعة عن حق الملكية
الرهن الحيازي
الفصل الأول
أركان الرهن الحيازي
مادة (1096)

الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص، ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون.

الشرح

368 - تعريف الرهن الحيازي:

يبين من نص المادة (1096) أن الرهن الحيازي هو نوع من التأمين العيني مصدره اتفاق يبزمه الراهن والمرتهن، أساسه نقل حيازة المال المخصص لضمان الدين إلى الدائن المرتهن الذي يتقرر له حق عيني على موضوع الضمان يستطيع بمقتضاه حبس المال حتى استيفاء الدين والتمتع بالأولوية على ثمنه في أي يد يكون. فتخلى الراهن عن حيازة المرهون وتسليمه إلى الدائن المرتهن هو إذن جوهر هذا النوع من الرهن. ولذلك يطلق عليه اسم الرهن الحيازي⁽¹⁾. بل إن انتقال حيازة المرهون إلى المرتهن كان يعتبر في القانون القديم ركنا لازما لانعقاد الرهن،

(1) محمد على إمام ص 441 - نعمان محمد جمعه ص 137.

بمعنى أن الرهن ما كان لينعقد طالما أن الراهن لم يسلم المرهون إلى الدائن. أما في القانون الجديد فقد أصبح الرهن الحيازي عقدا رضائيا يتم بمجرد توافق الإرادتين ودون حاجة إلى تسليم المرهون، وأصبح نقل الحيازة مجرد أثر أو التزام يترتب في ذمة الراهن بناء على عقد الرهن. وليس معنى ذلك أن انتقال الحيازة زالت أهميته بالنسبة للرهن الحيازي في ظل القانون الجديد، فهو فضلا عن أنه التزام يولده العقد بمجرد انعقاده في ذمة الراهن يعتبر شرطا لازما لنفاذ الرهن في مواجهة الغير (م1109).

والغرض من حيازة الدائن للشيء المرهون هو منع الراهن من التصرف فيه تصرفا يراد به تهريبه إضرارا بالدائن، كما أنه يتخذ وسيلة لإعلام الغير بقيام الرهن. وتظهر أهمية ذلك على الأخص في حالة المنقول حيث يسهل على الراهن تهريبه إذا بقي في حيازته وحيث لا يمكن ترتيب وسيلة أخرى لشهره غير انتقال الحيازة. على أنه كما يبين من النص يرد الرهن الحيازي على المنقول والعقار على السواء، ويطلق على الرهن بنوعيه اسم *nan fissement* في حين أن الرهن الحيازي العقارى يسمى *antichrèse* ورهن الحيازة في المنقول يسمى *gage*.

والرهن الحيازي يخول للدائن حبس المرهون والاحتفاظ به حتى استيفاء الالتزام المضمون، وكذلك التقدم أو الأولوية على ثمنه في أى يد يكون، فهو يمنح الدائن فضلا عن الأولوية والتتبع حبس الشيء محل الرهن لحين استيفاء الثمن، وبذلك يعطيه ضمانا قويا يكفل له استيفاء الدين ويقيه مخاطر إعسار المدين وتصرفه في أمواله ومزاحمة باقى الدائنين⁽¹⁾.

(1) محمد على إمام ص 441 وما بعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"يلاحظ من تعريف الرهن الحيازي أن رهن الحيازة يختلف عن الرهن الرسمي في أنه عقد رضائي (وقد أصبح التسليم فيه التزاما لا ركنا)، وفي أن العين المرهونة قد تكون عقارا أو منقولا، وفي أن الحيازة ضرورية لنفاذ الرهن في حق الغير، وفي أن الحبس ثابت للدائن المرتهن حتى يستوفى الدين. أما ترتيب حق عيني على الشيء المرهون يستوفى بمقتضاه الدائن الدين متقدما ومتتبعا، فهذه المعاني مشتركة بين الرهن الحيازي والرهن الرسمي"⁽¹⁾.

369- الرهن الحيازي والرهن الرسمي :

يتفق الرهن الحيازي مع الرهن الرسمي فيما يأتي:

- 1- كلا الرهنين يستند إلى عقد أي إلى توافق إرادتي الراهن والمرتهن. وفي ذلك يختلف كل منهما عن حق الاختصاص الذي يستند إلى أمر من رئيس المحكمة بناء على حق صدر به حكم نهائي أو واجب التنفيذ.
- 2- كلا الرهنين من الحقوق العينية التبعية التي تخول لصاحبها سلطة مباشرة على شئ وتخول صاحبها مزية التقدم والتتبع.
- 3- يتفق الرهنان في مبدأ عدم تجزئة الرهن.

ولكن الرهنين يختلفان فيما يلي :

- 1- الرهن الرسمي عقد شكلي لا بد لقيامه من توافر الرسمية أما الرهن الحيازي فهو عقد رضائي يتم بمجرد توافق الإرادتين.
- 2- الرهن الرسمي لا يرد إلا على عقار، أما الرهن الحيازي فيرد على العقار والمنقول على حد سواء.
- 3- حيازة المال المرهون في الرهن الرسمي تكون للمدين الراهن، أما في الرهن الحيازي فإن الحيازة تكون للدائن المرتهن.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 193.

- 4- الرهن الحيازي عقد ملزم للجانبين إذ هو يولد التزامات في ذمة كل من الراهن والمرتهن. أما الرهن الرسمي، فهو عقد ملزم لجانب واحد.
- 5- الرهن الحيازي يعطى مزايا عينية للمرتهن منها حبس الشيء المرهون لحين حصوله على حقه، واستغلاله والحصول على ثماره مع خصمها من قيمة المصروفات والفوائد وأصل الدين، هذا بالإضافة إلى حق التقدم والتتبع، بينما يقتصر حق المرتهن رسمياً على حق التقدم والتتبع دون حبس المال⁽¹⁾.

370- خصائص الرهن الحيازي:

يتميز الرهن الحيازي بالخصائص الآتية:

(1) أنه عقد رضائي:

الرهن الحيازي عقد رضائي ينعقد بمجرد توافق الإرادتين دون حاجة إلى شكل خاص.

أما انتقال حيازة الشيء المرهون من الراهن للمرتهن أو العدل المختار من جانبهما ليس ركناً للانعقاد بما يجعله عقداً عينياً لكنه التزام من التزاماته. فينحصر دوره في إنفاذ الرهن في مواجهة الغير.

(2) أنه عقد ملزم للجانبين:

يعتبر عقد الرهن الحيازي من العقود الملزمة للجانبين فهو ينشئ على الراهن التزاماً أساسياً بتسليم العين المرهونة إلى الدائن المرتهن، ويقابل هذا التزامات على المرتهن بالمحافظة عليها واستثمارها وردها بمجرد استيفاء الدين.

(3) أنه عقد معاوضة:

عقد الرهن الحيازي عقد معاوضة حيث يحصل كل من الراهن والمرتهن على فائدة منه. فهو يوفر للراهن ما يطلبه من ثقة وائتمان، ويحقق للدائن المرتهن ما يبيغيه من ضمان أو تأمين يكفل له سداد الدين. فكلتا الطرفين إذن لم يقصد التبرع.

(1) نعمان محمد جمعه ص 138 وما بعدها - محمد علي إمام ص 443 وما بعدها.

وتظهر أهمية كون عقد الرهن الحيازي عقد معاوضة على الأخص من حيث الأهلية اللازمة لإبرامه.

(4) أنه عقد من عقود الضمان :

كعقد الكفالة وعقد الرهن الرسمي، وبمقتضاه يكون للمرتهن ضمانا عينيا على الشيء المرهون.

(5) أنه حق تابع :

فشأن عقد الرهن الحيازي في ذلك شأن كافة عقود الضمان. ويترتب على صفة التبعية هذه ضرورة استناد الرهن إلى التزام صحيح لكي يوفر ضمان الوفاء به.

فإذا لم يتم هذا الالتزام أو قام ثم أبطل أو قام صحيحا ثم انقضى فإن الرهن يأخذ نفس المصير، لأن التابع يتبع المتبوع أو التابع يتبع الأصل⁽¹⁾. وإن كان الالتزام الأصلي تجاريا كانت المنازعات الخاصة بانعقاد الرهن وتنفيذه من اختصاص المحكمة التجارية ولو كان ممن قرر الرهن ليس تاجرا.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"النص في المادة 1096 من التقنين المدني على أن: "الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص، ضمانا لدين عليه، أو على غيره بأن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا 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" يدل على أن الرهن الحيازي عقد تابع يستلزم وجود التزام أصلي يضمنه ويتبعه في وجوده وانقضائه وأوصافه فإذا كان الالتزام الأصلي تجاريا اعتبر الرهن عملا تجاريا ولما كان من المقرر أن جميع أعمال البنوك تعتبر أعمالا تجارية طبقا لنص الفقرتين 4، 5 من المادة

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 516 - عبد المنعم البدرأوى ص 294 وما بعدها.

الثانية من قانون التجارة ولو تمت بصفة منفردة أو لصالح شخص غير تاجر، وكان فتح الاعتماد هو عقد يتم بين البنك وعميل يتعهد فيه البنك بوضع مبلغ معين تحت تصرف العميل خلال مدة معينة فيكون لهذا الأخير حق سحبه كله أو بعضه بالكيفية التي يراها فإذا كان الاعتماد مصحوبا برهن حيازي لضمان رد المبالغ التي يسحبها العميل من الاعتماد المفتوح لصالحه اعتبر الرهن في هذه الحالة عملا تجاريا لا يسرى عليه ما يتطلبه القانون المدني من إجراءات لنفاذه في حق الغير بل يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير ذلك أنه طبقا للمادة 76 من القانون التجاري بعد تعديلها بالقانون رقم 655 لسنة 1954 يثبت الرهن الذي يعقد ضمانا لدين تجارى بكافة طرق الإثبات المقبولة في المواد التجارية سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير، ومن ثم فإن القانون التجاري يكتفى لنفاذ الرهن في حق الغير بانتقال حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو من يعينه المتعاقدان وفقا لما تقضى به المادة 77 من قانون التجارة، ولا يستلزم ثبوت تاريخ عقد الرهن ولا تدوين هذا العقد في أية ورقة".

(طعن رقم 692 لسنة 49 ق جلسة 1983/3/28)

371- أركان عقد الرهن الحيازي:

عقد الرهن الحيازي، شأنه شأن سائر العقود يلزم لقيامه توافر الأركان العامة للعقود الأخرى. فيجب وجود رضا ومحل وسبب. فيلزم لقيامه توافر رضا طرفي العقد وهما الراهن والمرتهن. وأن يرد على محل يجوز رهنه، وأنه يكون له سبب مشروع. وفضلا عن ذلك فإن الرهن الحيازي باعتباره عقدا تابعا لا بد من التزام أصلى يضمن الوفاء به. ومن ثم يلزم وجود حق شخصي يقوم الرهن ضمانا له. ويلزم لصحة التراضي أن يكون الرضاء خاليا من عيوب الإرادة وصادرا من ذى أهلية.

372 - أهلية الراهن:

لم يتكلم الشارع عن الأهلية اللازمة لمباشرة الرهن الحيازي، على خلاف الرهن الرسمي حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (1032) على أنه: "... يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه".

ومن ثم يرجع في هذا الشأن إلى القواعد العامة. وهذه القواعد توجب أن يتوافر في الراهن أهلية مباشرة الأعمال الدائرة بين النفع والضرر أى أهلية التصرف.

أما إذا كان الراهن شخصا غير المدين كان العقد بالنسبة له عملا ضارا ضررا محضا إذا كان متبرعا وبالتالي يلزم أن تتوافر فيه أهلية التبرع، أما إذا كان قد تقاضى مقابلا فإنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف⁽¹⁾.

أما النائب عن الراهن فيجب أن تتوافر فيه ولاية التصرف طبقا لما حدده قانون الولاية على المال إذا كان النائب قانونيا (وليا أو وصيا أو قيما) ويجب أن تكون وکالته خاصة إذا كان نائبا اتفاقيا (وكيلا).

ويلاحظ أن الوكالة لعقد الرهن نيابة عن الراهن لا تستلزم الشكل الرسمي، لأن الرهن الحيازي على خلاف الرهن الرسمي - عقد غير شكلي⁽²⁾.

373 - أهلية الدائن المرتهن:

تختلف الأهلية اللازمة في الدائن المرتهن في الرهن الحيازي عن أهليته في الرهن الرسمي. ذلك أن الرهن الرسمي لا ينشئ في ذمة الدائن المرتهن أى التزام. فيكفى أن تتوافر لديه أهلية الاغتناء. أما الرهن الحيازي فلأنه ينشئ التزامات في ذمة الدائن المرتهن في مقابل الالتزامات التى تنشأ في ذمة الراهن، فهو يعتبر من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر. وبالتالي يشترط أن يتوافر في الدائن المرتهن

(1) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 475 - السنهورى ص 593 وما بعدها.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 297 وما بعدها.

أهلية مباشرة هذه الأعمال، وهي لا تكتمل إلا ببلوغ سن الرشد⁽¹⁾. ولما كانت الالتزامات التي ينشئها الرهن الحيازي في ذمة الدائن المرتهن هي من قبيل أعمال الإدارة، فإنه يكفي لقبول الارتهان نيابة عن الدائن المرتهن أن يكون لدى الوكيل وكالة عامة.

كما أن الولي والوصي والقيم يجوز لهم قبول الارتهان دون إذن المحكمة⁽²⁾.

374- إثبات الرهن الحيازي:

يخضع إثبات عقد الرهن الحيازي للقواعد العامة. والمعمول عليه في تطبيق هذه القواعد قيمة المال المرهون لا قيمة الدين المضمون، فلا يجوز إثبات الرهن بشهادة الشهود متى كانت قيمة المال المرهون تجاوز ألف جنيه ولو كانت قيمة الدين المضمون لا تجاوز ذلك⁽³⁾.

أما إذا كان العقد تجارياً فإنه يجوز إثباته سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير بكافة طرق الإثبات عملاً بالفقرة (122) من قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999 (المعدل) التي تقضى بأنه:

"ويجوز إثبات الرهن التجاري فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير بكافة طرق الإثبات أيًا كانت قيمة الدين المضمون بالرهن".

وهذا ما يتمشى أيضاً مع نص المادة 1/60 من قانون الإثبات التي تقضى بأنه: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على ألف جنيه أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك".

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 296 وما بعدها - رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 474 وما بعدها.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 297.

(3) سليمان مرقس ص 356.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان من الثابت من مدونات الحكم أن الرهن الحيازي موضوع الدعوى رهن تجارى، وأن الراهن تاجر قدم الموترات للبنك الطاعن ضمانا لدينه. وكانت حيازة الراهن للموترات قرينة قانونية على ملكيته لها، وكان رهنها حيازيا لا يتطلب وثيقة رهن خاصة تشتمل على أرقامها وأوصافها لما هو مقرر من جواز إثبات هذا الرهن سواء بالنسبة للمتعاقدين أو للغير بكافة طرق الإثبات المقبولة فى المواد التجارية، عملا بالمادة 76 من قانون التجارة بعد تعديلها بالقانون رقم 655 لسنة 1954. إذ كان ذلك، وكان حسن النية يفترض دائما فى الحائز إلى أن يقوم الدليل على العكس الذى يقع عبء إثباته على من يدعيه، والذى عليه أن يثبت أن الدائن المرتهن كان يعلم وقت إبرام الرهن أو كان فى مقدوره أن يعلم أن الراهن غير مالك للشئ المرهون، أو أن ملكيته له مهددة بالزوال، فإن استدلال الحكم على سوء نية الطاعن بالقرائن التى أوردها، والتى لا تؤدى إلى ما استخلصه منها يكون فاسدا ومخالفا للقانون".

(طعن رقم 228 لسنة 38 ق جلسة 1973/4/19)



مادة (1097)

لا يكون محلا للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من منقول وعقار.

الشرح

375 - ورود الرهن الحيازي على العقار والمنقول :

الرهن الحيازي يرد على جميع الأشياء سواء كانت عقارا أو منقولا، وهو في هذا يختلف عن الرهن الرسمي وحق الاختصاص اللذين يردان على العقار فقط. أما كون الرهن الحيازي يرد على العقارات فتلك مسألة نحيل بشأنها على سبق أن ذكرناه بخصوص الرهن الرسمي. سواء من حيث رهن الأرض ورهن البناء أو رهن الحقوق المتفرعة عن الملكية العقارية. أما المنقول فهو كل شيء يمكن نقله دون تلف، والمنقول قد يكون ماديا وقد يكون معنويا.

والمنقولات المادية جميعها يجوز رهنها كالسيارات والمواشي والأثاث والبضائع والمجوهرات. ويستوى أن تكون هذه المنقولات قيمة معينة بذاتها أو مثلية. على أن رهن الأشياء المثلية لا ينشئ الحق العيني (الرهن) إلا بإفرازها، ومثل ذلك رهن المحاصيل الزراعية كالغلال والقطن.

وقد ألحقت السندات لحاملها بالمنقولات المادية، فالحق في هذه السندات يندمج في الصك كما يقولون، ولذلك كان تداول هذه السندات ورهنها خاضعا للأحكام التي تخضع لها المنقولات المادية في تداولها ورهنها (م1118).

ويجوز رهن النقود رهنا حيازيا. وهذا ما يسمى عادة بالكفالة النقدية أو التأمين النقدي، وهو في الحقيقة رهن حيازي لا كفالة مع ذلك. ومثاله ما يقدمه المستأجر للمؤجر تأمينا لوفائه بالتزاماته الناشئة عن عقد الإيجار، وما يدفعه المشترك في المياه أو الكهرباء أو التليفون على سبيل التأمين، وما يقدمه مقاولو الأشغال العامة

من تأمين لجهة الإدارة ضمانا لقيامهم بتنفيذ عقد الوكالة⁽¹⁾.

على أن هذا النوع من الرهن الحيازي يختلف عن الرهن الحيازي العادي من

ناحيتين:

الناحية الأولى: أن هذا الرهن ينقل ملكية الشيء المرهون إلى الدائن

المرتهن، ويلتزم هذا برد مثله عند انقضاء الرهن. فإذا استحق الدين المضمون ولم يقم المدين بوفائه لايباع المرهون وإنما يكون للمرتهن الحق في أن يقتضى حقه خصما من المبلغ المسلم إليه. **والناحية الثانية:** فإن هذا الرهن لايسرى عليه حكم المادة 1/1104 من القانون المدنى التى تنص على أنه ليس للدائن المرتهن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل، وأن عليه أن يستثمره استثمارا كاملا.

كما يجوز رهن المنقولات المعنوية على اختلاف أنواعها طالما أنها قابلة للحيازة فيصح رهن الديون والأسهم والسندات لحاملها أو الإذنية. كما يجوز رهن حق الإيجار وبوالص التأمين.

كذلك يرد الرهن الحيازي على المحال التجارية والعلامات التجارية وبراءات

الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية.

على أنه يراعى فى شأن الرهون الواردة عليها أحكام التشريعات الخاصة بها.

فمثلا ينص القانون رقم 55 لسنة 1951 بالأسماء التجارية فى الفقرة الأولى

من المادة الثامنة منه على أنه: "لايجوز التصرف فى الاسم التجارى تصرفا مستقلا عن التصرف فى المحل التجارى المخصص له". ومن ثم لايجوز رهن الاسم التجارى مستقلا عن المحل التجارى.

ولكن لا يجوز رهن الماهيات والمعاشات والديون والسندات غير القابلة

للتحويل، لأن هذه كلها لا تقبل التحويل.

كذلك لا يجوز رهن الحقوق العينية كحق الرهن الرسمى وحق الرهن الحيازي

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 299 وما بعدها - أحمد سلامه ص 357 وما بعدها.

وحق الاختصاص وحقوق الامتياز⁽¹⁾ .

376- مشتملات الرهن :

تقضى القواعد العامة بأن التعامل فى شئ من الأشياء بالبيع أو الهبة أو الرهن أو الإيجار يشمل ملحقاته وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله (م 432، 566).

وقد أورد المشرع تطبيقاً لذلك فى باب الرهن الرسمى نص المادة (1036) الذى يجعل الرهن شاملاً لملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقاراً.

ولا شك أن هذا الحكم يسرى كذلك فى باب الرهن الحيازى رغم أن المشرع لم يورد نصاً مماثلاً للمادة (1036). ومما يؤيد ذلك أن المادة (1099) فقرة ثانية تقرر أنه يسرى على الالتزام بتسليم الشئ المرهون سائر أحكام الالتزام بتسليم المبيع، وتتضمن هذه الأحكام المادة (232) التى تنص على أن التسليم يشمل ملحقات الشئ وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ وذلك طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين. هذا وقد كان هناك نص فى مشروع القانون المدنى ينص على شمول الرهن للملحقات (م 1533) ثم روى حذفه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة.

وبناء على ذلك يشمل الرهن كل ما يعتبر بحسب طبيعة الأشياء وعرف الجهة من ملحقات الشئ المرهون ما لم ينص الاتفاق على غير ذلك. فإذا ورد الرهن الحيازى على عقار شمل ملحقاته من حقوق ارتفاق وعقارات بالتخصيص وتحسينات وإنشاءات تعود منفعتها على المالك.

وإذا كان المرهون منقولاً، فيشمل ما يعتبر من ملحقاته حسب طبيعة هذا المنقول وعرف الجهة وقصد المتعاقدين. فرهن السيارة أو الآلة الميكانيكية يشمل ما يلزم لاستعمالها أو استغلالها كالأدوات اللازمة لتشغيلها أو لإصلاحها وقطع

الغيار التي جرت العادة على إلحاقها بها⁽¹⁾.

377 - يجب أن يكون محل الرهن مما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني :

فلا يكون محلاً للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار. وقد ورد هذا الشرط في الرهن الرسمي، وتناولناه بالتفصيل فيرجع إليه.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"يشترك الرهن الحيازي مع الرهن الرسمي أيضاً في أن الراهن يجب أن يكون مالكا للشيء المرهون.... وأن محل الرهن يجب أن يكون مما يمكن التعامل فيه وبيعه في المزاد"⁽²⁾.

378 - قاعدة التخصيص في الرهن الحيازي :

لم يرد في باب الرهن الحيازي نص مقابل للفقرة الثانية من المادة (1035) الواردة في باب الرهن الرسمي، كما لم يرد نص يحيل إليها، وهي تستلزم تخصيص العقار مع تقرير البطلان كجزاء لتخلف هذا التخصيص فهي تجرى على أن :

"ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني، وأن يكون معينا بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق، وإلا وقع الرهن باطلاً". وقد ذهب الفقه إلى أنه نظراً لخصوصية الحكم الوارد في هذا النص فلا يمكن القياس عليه، وأنه لا مفر من تطبيق القاعدة العامة في تعيين محل العقد الواردة

(1) محمد علي إمام ص 479 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 302.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 197.

في المادة 133 مدنى والتي تقضى بأن "1- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً.

2- ويكفى أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا ما تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف، أو من أى ظرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط". فالنص يكتفى بأن يكون المحل معيناً تعييناً نافياً للجهالة، بأن يكون معيناً بالذات، أو معيناً بالنوع مع ذكر مقداره أو قابلاً للتعيين⁽¹⁾.

379- رهن المال الشائع؛

عنى المشرع - كما رأينا - فى المادة (1039 مدنى) ببيان أحكام رهن المال الشائع رهناً رسمياً، وتتمشى معظم هذه الأحكام مع القواعد العامة، ويخرج البعض الآخر عليها. أما الرهن الحيازى فلم يورد بشأنه نصاً مماثلاً، ولم تتضمن نصوص الرهن الحيازى إحالة إلى نص المادة 1039 المشار إليها.

(1) نعمان جمعه ص 148 وما بعدها - السنهاورى ص 597 - أحمد سلامة ص 361 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 303 - رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 481 وما بعدها - وعكس ذلك سليمان مرقس ص 363 فيرى أن إرادة المشرع فى اشتراط تخصيص العين المرهونة رهناً حيازياً مستفادة من إحالته على المادة 1033 فيما يتعلق برهن الأموال المستقبلية. ذلك أن البطلان مقرر فى هذه الحالة تطبيقاً لقاعدة تخصيص الرهن وجزاء لعدم احترامها. فإذا قرر المشرع هذا البطلان فى حالة الرهن الحيازى فإن ذلك يكون إقراراً ضمناً منه لقاعدة التخصيص فى الرهن الحيازى وإذن يجب أن يكون تعيين محل الرهن تعييناً دقيقاً يمنع من المغالطة فيه واستبدال غيره به.

وأن المشرع نص فى شأن رهن العقار على وجوب قيده لنفاذه فى حق الغير، وعلى أن الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمى تسرى على قيد الرهن الحيازى (المادة 1114)، ومن هذه الأحكام وجوب تعيين العقار فى القيد تعييناً دقيقاً، وأنه نص كذلك فى شأن رهن المنقول على أنه يشترط فى نفاذه قبل الغير أن تبين العين المرهونة فى عقد الرهن بيانا كافياً (المادة 1117).

وبناء على ذلك فإن الرهن الحيازي يخضع للأحكام العامة التي وضعها المشرع بشأن التصرف في المال الشائع على وجه العموم، وبصفة خاصة في المادة 826 مدنى.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"أما رهن المشاع رهن حيازة فيخضع للقواعد العامة إذا لم يرد فيه نص خاص. فيجوز رهن الحصة المشاعة رهن حيازة، كما يجوز أن يرهن الشريك في الشيوع نصيبا مفرزا والعبرة بنتيجة القسمة".

ونعرض لأحكام رهن المال الشائع تفصيلا فيما يلى⁽¹⁾.

(أ) الرهن الصادر من الشركاء جميعا :

يجوز للشركاء جميعا أن يرهنوا المال الشائع رهنا حيازيا. فإذا وقع الرهن من جميع الشركاء وأجريت قسمة هذا المال الشائع واختص كل شريك بنصيبه، تحملت جميع الأنصبة بالرهن.

أما إذا وقع العقار كله فى نصيب أحد الشركاء دون الباقين، فإن الرهن لا يكون صحيحا إلا بنسبة القدر الذى كان لهذا الشريك قبل القسمة. أما بالنسبة إلى باقى المال فيعتبر أن رهنه صدر من غير مالك. ومن ثم فهو لا يسرى فى مواجهة الشريك الذى وقع فى نصيبه ما لم يقره. وإذا ملك ثلاثة أشخاص شيئا مالا شائعا، ثم رهنوه معا، اعتبر كل منهم أنه رهن ما يملك، وهو ثلث المال شائعا، فإذا جاءت القسمة وترتب عليها أن اختص أحد الشركاء فقط بالمال جميعه، اعتبر رهنه صحيحا بنسبة ما كان يملك وقت الرهن أى الثلث شائعا، أما باقى الشركاء فيعتبرون أنهم لم يملكوا أصلا ذرة فى المال، وعلى هذا يعتبرون أنهم رهنوا ملك الغير، ورهن ملك الغير لا يسرى على المالك الحقيقى ما لم يقره⁽²⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 198.

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 542 وما بعدها - سليمان مرقس ص 376.

ولا يصح تطبيق ما تقضى به الفقرة الأولى من المادة (1039) الواردة في الرهن الرسمي من أنه: "يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته"، لأن هذا النص استثنائي فهو يتضمن خروجاً على القواعد العامة في الشيوخ ومن ثم يقتصر تطبيقه على الرهن الرسمي دون الرهن الحيازي⁽¹⁾.

(ب) رهن الشريك حصة شائعة:

يجوز للشريك أن يرهن حصته الشائعة رهن حيازة، ويكون الرهن في هذه الحالة صحيحاً، لأن الشريك يملك حصته ملكاً تاماً ويجوز أن يتصرف فيها (مادة 1/826). وهذا الحكم وإن كان محل خلاف في ظل القانون القديم، نظراً لأن الحيازة فيه كانت شرطاً لانعقاد الرهن الحيازي، فإنه لا يجوز أن يكون موضعاً للشك في ظل القانون الجديد الذي يجعل الحيازة شرطاً لنفاذ الرهن في حق الغير فحسب.

ويمكن بوسائل متعددة تحقيق الحيازة بالنسبة للحصة الشائعة. فيجوز أن يتفق الراهن والمرتهن وسائر الشركاء على تسليم المال إلى أحد الشركاء يقبل حيازة الحصة المرهونة نيابة عن المرتهن أي بصفته عدلاً، فإن المادتين 1096، 1109 تجيزان أن يكون الشيء المرهون في يد أجنبي يرتضيه الطرفان. ويجوز أن يتفق الجميع على تسليم الشيء المرهون حصة شائعة فيه إلى الدائن المرتهن، فيحوز الشيء فيما يتعلق بالحصة المرهونة باعتباره دائناً مرتهناً، وفيما يتعلق بسائر الحصص باعتباره وكيلًا أو مديراً، وقد يتراضى الراهن مع زملائه على قسمة مهايأة، وبذلك ينقل إلى الدائن حيازة نصيب مفرز.

(2) محمد على إمام ص 473 - عبد المنعم البدرأوى ص 314 0 عبد الفتاح عبد الباقي ص 542 - السنهوري ص 599 - سليمان مرقس ص 376 وعكس ذلك نعمان جمعه ص 153.

وإذا حدثت قسمة المال الشائع فإن الرهن ينقل إلى حصة الراهن المفزة التي آلت إليه بالقسمة. وذلك تطبيقاً لمبدأ الحلول العيني الذي نص عليه الشارع في الفقرة الثانية من المادة 826 في باب الشيوخ. فإن هذا النص ينطبق على جميع التصرفات الصادرة من الشريك المشاع أياً كان هذا التصرف. وإذا كان هذا التصرف لا يشير إلا إلى التصرف في حصة مفزة، إلا أن المبدأ الذي صدر عنه يسمح بالقول بانتقال الرهن المرتب على الحصة الشائعة إلى النصيب المفزر بعد القسمة. ولذلك يبدو أن نص المادة 2/1039 الخاص بالرهن الرسمي ليس سوى تطبيق للمبدأ المقرر في الفقرة الثانية من المادة 826⁽¹⁾.

(ج) رهن الشريك حصة مفزة:

إذا رهن الشريك جزءاً مفزراً من المال الشائع، فطبقاً لنص المادة 2/826، إذا لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب الراهن، انتقل حق الدائن المرتهن بمرتبته إلى الجزء الذي آل إلى الراهن بطريقة القسمة. وللمرتن إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفزة الحق في إبطال التصرف وذلك على أساس الغلط.

وقد طبق المشرع مبدأ الحلول العيني الوارد في الفقرة الثانية من المادة 2/826 مدني على الرهن الرسمي في المادة 2/1039 ولاحظنا أن المشرع قد نظم انتقال الرهن إلى ما آل للراهن، وأوجب على الدائن المرتهن إجراء قيد جديد، بعد تعيين القدر الذي ينتقل إليه الرهن، ويبين هذا القدر في القيد الجديد. ثم هو أوجب إجراء هذا القيد في خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة، حتى يحتفظ الرهن بمرتبته الأصلية، وإلا كانت له مرتبته من يوم إجراء القيد الجديد. ويمكن على كل حال قياس الرهن الحيازي على الرهن

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 312 وما بعدها - السنهوري ص 598 وما بعدها.

الرسمى فى ذلك.

فإذا لم يقع فى نصيب الراهن شئ من المال الشائع بل أخذ فى مقابل حصته
نقودا كان للدائن المرتهن عليها حق الأولوية.



مادة (1098)

تسرى على الرهن الحيازي أحكام المادة 1033 وأحكام المواد من 1040 إلى 1042 المتعلقة بالرهن الرسمي.

الشرح

380 - إحالة إلى بعض أحكام الرهن الرسمي :

تنص المادة على سريان أحكام المواد 1033، 1040، 1041، 1042 من التقنين المدنى الواردة فى الرهن الرسمي على الرهن الحيازي وهذه المواد تتعلق بالأحكام الآتية:

(أ) ملكية الراهن للشئ المرهون ورهن ملك الغير :

تنص المادة (1033) على أنه: 1- إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذى يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن.

2- ويقع باطلا رهن المال المستقبل".

ومفاد ذلك ما يأتى :

1- يجب أن يكون الراهن مالكا للشئ المرهون، ويكون حكم رهن ملك الغير رهنا حيازيا هو نفس حكم رهنه رهنا رسميا. فهو قابل للإبطال بناء على طلب الدائن المرتهن. ويزول حق الإبطال بإجازة المرتهن العقد صراحة أو ضمنا وبالتقدم وبإقرار المالك الحقيقى وبتملك الراهن للعقار المرهون.

وبالنسبة للمالك الحقيقى فالعقد لا ينفذ فى حقه إلا إذا أقره بورقة رسمية ونحيل فى كل هذا إلى ما سبق ذكره بالنسبة للرهن الرسمي.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

(أ) - "عرف الشارع الرهن الحيازي وحدد محله في المادتين 1096، 1097 من القانون المدني وأورد في المادة 1098 منه النص على أن "تسرى على الرهن الحيازي أحكام المادة 1033 وأحكام المواد من 1040 إلى 1042 المتعلقة بالرهن الرسمي ونص في المادة 1033 سالفه الذكر على أنه "إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه العقار مملوكا الراهن" مما مفاده أن رهن العقار المملوك للغير يكون غير نافذ في حق المالك الحقيقي إلا أن يجيزه بورقة رسمية وأن مناط رسمية الورقة وفق المادة العاشرة من قانون الإثبات أن يكون محررها موظفا عموميا أو مكلفا بخدمة عامة مختصا بمقتضى وظيفته بتحريرها".

(ب) - "خلو أوراق الطعن مما يفيد إجازة المطعون عليها - بورقة رسمية - رهن الغير لعقار النزاع المملوك لها إلى مؤجرة الطاعن وذلك حتى تم استهلاك دين الرهن قبل رفع الدعوى فتضحى يد الدائن المرتهن ومن تلقى الحق عنه غير مستندة إلى تصرف نافذ في حقها وبمثابة غصب يكون لها طلب طردهما من ملكها".

(طعن رقم 2726 لسنة 60 ق جلسة 1994/10/30)

2- "من الملاحظ أن المادة (1098) لم تتضمن إحالة إلى المادة (1034) التي تقضى بأن الرهن الرسمي يبقى قائما لصالح الدائن المرتهن إذا صدر من مالك تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن. ولا يجوز بغير إحالة تطبيق حكم هذه المادة على الرهن الحيازي باعتبارها مخالفة للقواعد العامة، إذ هي تصحح رهنا صدر من غير مالك. فالراهن قد أبطل سند ملكيته أو فسخ بأثر رجعي.

غير أن المادة (17) من قانون تنظيم الشهر العقاري تحقق المقصود بالمادة

سאלفة الذكر، فالملادة (17) المذكورة (مستبدلة بالقانون رقم 25 لسنة 1976) تنص على أنه: "يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالملادة 15 أو التأشير بها أن حق المدعى إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقاً للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها.

ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما فى الفقرة السابقة.

وليسرى حكم الفقرة الأولى من هذه الملادة على الأحكام التى يتم التأشير بها بعد ماضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول". والدعاوى المشار إليها فى هذه الملادة والمذكورة فى الملادة الخامسة عشرة من قانون تنظيم الشهر العقارى هى الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الرجوع.

فالحكم الصادر فى هذه الدعاوى لا يكون حجة على من كسب حقه بحسن نية من المالك الذى يحكم ضده ببطلان أو فسخ سنده أو بالرجوع فيه، مادام قد شهر حقه قبل شهر صحيفة هذه الدعاوى. وقد خرج المشرع بهذا النص على الأثر الرجعى للبطلان أو الفسخ وما إليهما لصالح من شهر حقه قبل شهر الدعوى وكان حسن النية، لأنه كسب حقه من شخص كان يعتبره القانون مالكا للعقار الذى رتب عليه الحق. وبناء على هذا يكون لمن كسب رهن حيازة من مالك تقرر بعد ذلك بطلان أو فسخ سند ملكيته أن يحتج بهذا الرهن مادام قد قيده قبل شهر دعوى البطلان أو الفسخ⁽¹⁾.

(أنظر فى أثر قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز على رهن المنقول المملوك للغير شرح الملادة 1118).

3- أن رهن المال المستقبل رهنا حيازياً يقع باطلا كالأشأن فى رهن العقار

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 306 وما بعدها - السنهاورى ص 600 - أحمد سلامه ص 264 وما بعدها.

المرهون رهنا رسمياً (راجع شرح المادة 1033).

(ب) جواز ترتيب الرهن الحيازي ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار:

تنص المادة (1040) التي أحالت إليها المادة (1098) الواردة في الرهن الحيازي على أن: "يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي. كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين".

(راجع في التفصيل شرح المادة 1040).

(ج) عدم تجزئة الرهن الحيازي:

تنص المادة (1041) الواردة في الرهن الرسمي التي أحالت إليها المادة (1098) الواردة في الرهن الحيازي على أن:

"كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يشترك الرهن الحيازي مع الرهن الرسمي... وفي الدين المضمون وعدم تجزئة الرهن"⁽¹⁾.

(راجع في التفصيل شرح المادة 1041).

(د) تبعية الرهن للدين المضمون ودفعوا الراهن غير المدين :

تنص المادة (1042) الواردة في الرهن الرسمي والتي أحالت إليها المادة (1098) الواردة في الرهن الحيازي على أن: "1- لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه، ما لم ينص القانون على غير ذلك.

2- وإذا كان الراهن غير المدين كان له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين، ويبقى له هذا الحق ولو تزل عنه المدين".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"يشترك الرهن الحيازي مع الرهن الرسمي أيضا... وقيام علاقة التبعية بين الدين والشئ المرهون.." (1).



الفصل الثاني

آثار رهن الحياة

1 - فيما بين المتعاقدين

التزامات الراهن:

مادة (1099)

1- على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه.

2- ويسرى على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع.

الشرح

381 - التزام الراهن بإعطاء الرهن:

وفقا للقاعدة العامة المقررة في المادة 204 من القانون المدني فإن الالتزام بنقل الحق العيني ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، متى كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم. وبناء على هذا ينشئ عقد الرهن بمجرد انعقاده حق الرهن فيما بين عاقيه، وذلك متى كان الشيء المرهون شيئا معيناً بالذات مملوكا للراهن.

ولا يبقى بعد ذلك إلا اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفاذه في حق الغير. فإذا لم ينشأ الحق فور العقد بأن لم يكن الشيء المرهون معيناً بالذات، نشأ في جانب الراهن التزام بإعطاء الرهن، ويتحصل هذا الالتزام في القيام بكل ما هو ضروري لنشوء حق الرهن.

فإذا كان المرهون أشياء مثلية معينة بالنوع فقط التزم الراهن بإفرازها. وإذا رهن

مالا غير مملوك له التزم بالحصول على إقرار المالك الحقيقي حتى ينشأ الرهن، فإذا لم يتم بالإقرار أو لم يتم المالك الحقيقي بإقرار الرهن، كان معنى هذا إخلال الراهن بتنفيذ التزامه بإعطاء الرهن. ويترتب على ذلك سقوط أجل الدين المضمون، مع التعويض إن كان له محل⁽¹⁾.

382 - التزام الراهن بتسليم المال المرهون :

يلزم الراهن بتسليم المال المرهون إلى الدائن أو إلى شخص يتفق عليه المتعاقدان والتسليم في التقنين المدنى الجديد - على خلاف التقنين المدنى القديم - ليس ركنا فى عقد الرهن الحيازى إذ لم يعد هذا العقد من العقود العينية. وإنما أصبح التسليم التزاما يقع على عاتق الراهن ناشئا من عقد الرهن. والتسليم وإن لم يعد ركنا فى عقد الرهن الحيازى، إلا أن له أهمية كبيرة. فهو من ناحية يمكن الدائن المرتهن من حيازة المال المرهون، والحيازة شرط لنفاذ الرهن فى حق الغير. ثم إن التسليم ضرورى حتى يتمكن المرتهن من استغلال الشئ وخصم الغلة مما يستحقه وحبسه حتى يستوفى حقه.

383 - أحكام الالتزام بالتسليم :

تقضى الفقرة الثانية من المادة بأن يسرى على الالتزام بتسليم الشئ المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشئ المبيع. ومن ثم فإن أحكام البيع هى التى تسرى على كيفية حصول التسليم وزمانه ومكانه والأحكام المتبعة فى تسليم الشئ المبيع. وعلى ذلك فالراهن يلتزم بتسليم المرهون بالحالة التى يكون عليها وقت الرهن (م 431).

ويشمل التسليم ملحقات الشئ المرهون وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين (م 432).

(1) عبد المنعم البدر اوى ص 337 وما بعدها.

على أنه بخلاف الحال في البيع لا يصح أن يستبقى الراهن المرهون في حيازته نيابة عن المرتهن، مع استثناء حالة إيجار العقار المرهون إذا ما أشهر⁽¹⁾ (أنظر شرح المادة 1115).

384 - طريقة التسليم:

تنص الفقرة الأولى من المادة (435) مدنى وهى من ضمن أحكام تسليم المبيع، والتي أحالت إليها المادة (1099) فيما يتعلق بتسليم المرهون على أن: "يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلمه بذلك. ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشيء المبيع". ويؤخذ من هذا النص أن تسليم المبيع أو المرهون يتكون من عنصرين: الأول: وضع المبيع تحت تصرف المشتري أو المرتهن وضعا يتمكن معه من حيازته واستثماره دون عائق ولو لم يحزه بالفعل.

الثانى: إعلام المشتري أو المرتهن بهذا الوضع.

وقد اكتفى المشرع فى تنفيذ الالتزام بالتسليم بوضع المبيع أو المرهون تحت تصرف المشتري أو المرتهن ولو لم يحزه بالفعل، لأن تسلم المشتري أو المرتهن للمبيع أو للمرهون وحيازته فعلا أمر يتم بإرادة المشتري أو المرتهن وحده متى وضع المبيع أو المرهون تحت تصرفه، فلا دخل فيه للبائع أو للراهن. بل هو محل التزام يقع على المشتري أو المرتهن بمجرد وضع المبيع أو المرهون تحت تصرفه.

فالتسليم بالمعنى القانونى لا يقتضى حتما حصول التسلم.

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (435) على أن: "...يحصل هذا التسليم

على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشيء المبيع... والمقصود بذلك أن تسليم المبيع أو المرهون، وهو كما عرفه المشرع وضع المبيع أو المرهون تحت تصرف المشتري أو المرتهن... لا بد فيه من علامة ظاهرة تدل على هذا الوضع وأن هذه العلاقة المادية تختلف باختلاف طبيعة المبيع أو المرهون، فطريقة وضع العقار تحت تصرف ذى الحق فى تسلمه تختلف عن طريقة وضع المنقول المادى تحت تصرفه، وهذه تختلف عن طريقة وضع الحقوق الشخصية أو الأدبية تحت تصرفه. فإذا كان المرهون بناء فإن تسليمه يجوز أن يكون بتسليم مفتاحه، على ألا يكون ثمة ما يحول دون وضع يد المرتهن عليه. فإذا كان مدخل البناء مغلقا ومختوما بالجمع الأحمر بأمر سلطة مختصة، فإن تسليم مفاتيحه لا يعتبر تسليمًا له.

وإذا كان المرهون منقولاً مادياً فيكون تسليمه بالمناولة من يد إلى يد أو بتسليم مفاتيح المخزن الموضوع فيه ذلك المنقول. وإذا كان حقاً مالياً غير حق الملكية، وسواء كان ذلك الحق حقاً عينياً كالانتفاع أو الارتفاق، أو حقاً شخصياً أو حقاً أدبياً كحق التأليف فى كتاب معين، فيكون تسليمه بتسليم سندات إن كانت له سندات منشئة له أو مثبتة لوجوده كالسند المنشئ لحق الانتفاع وسند الدين، وإلا فبترخيص الراهن للمرتهن باستعمال الحق المرهون إن لم يوجد ما يمنع هذا الاستعمال كما فى رهن حقوق المؤلف فى كتاب معين⁽¹⁾.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن التسليم القانونى الذى يتم دون تسلم المرتهن المال المرهون يقتصر أثره على إبراء ذمة الراهن من التزامه بالتسليم، ولكنه لا تتوافر به حياة المرتهن المادية للمرهون، ولا يكفى لنفاذ حق الرهن قبل الغير. بل لا بد فى ذلك من تسلم المرتهن فعلاً المال المرهون، ما لم يتسلمه لحسابه الشخص الذى عينه العاقدان.

(1) سليمان مرقس ص 412 وما بعدها - رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 489 وما بعدها.

فإذا كان المرهون منقولاً ووضع تحت تصرفه وجب أن يستولى عليه وأن ينقله حيث يحفظه أو يضع عليه علامة ظاهرة تدل على أنه أصبح في حيازته على سبيل الرهن كتعليق لوحة على المخزن الموجود فيه المرهون. وإذا كان بناء تسلم المرتهن مفتاحه، وجب أن يستعمله أو يؤجره، وإن كان أرضاً زراعية تسلم حبتها وعقد إجازتها الأخيرة، ووجب أن يطالب المستأجر بالأجرة وأن يتولى تجديد الإجازة أو زراعة الأرض بعد انتهاء الإجازة الأولى⁽¹⁾.

وقد رأى المشرع في باب البيع إمكان الاستعاضة عن التسليم القانوني بتسليم حكمي يقوم مقامه، فنص في المادة 2/435 مدني على أنه: "يجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية".

وهذا التسليم الحكمي وإن أبرأ ذمة الراهن من الالتزام بالتسليم باعتباره متحققاً حكماً، إلا أن هذا النوع من التسليم ليس له مظهر خارجي من شأنه إعلام الغير بحصوله، ولا يحقق الغرض المقصود من التسليم في باب الرهن الحيازي ولا يفيد في نفاذ حق الرهن قبل الغير. فيكون من حق المرتهن مع حصول هذا التسليم الحكمي أن يطالب الراهن بالتسليم الحقيقي أو القانوني إذا كان المرهون قد بقى في حيازته ولو على سبيل العارية أو الوديعة أو الإجازة حتى يجعل حقه نافذاً قبل الغير.

ويستثنى من ذلك حالة واحدة هي حالة تأجير العقار المرهون إلى الراهن وشهر هذا الإيجار بالنص عليه في قائمة القيد أو بالتأشير به على هامش القيد إذا تم بعد إبرام الرهن (م1115)⁽²⁾.

385 - جزاء عدم تسليم الشيء المرهون:

إذا لم يقم الراهن بالتزامه بالتسليم أمكن إجباره على التنفيذ إن كان ذلك ممكناً

(1) سليمان مرقس ص 413 - أحمد سلامة ص 370 - محمد لبيب شنب ص 231.

(2) محمد لبيب شنب ص 231 - أحمد سلامة ص 370 وما بعدها.

طبقاً للقواعد العامة، فإذا أصبح التنفيذ غير ممكن جاز فسخ عقد الرهن والمطالبة بالوفاء بالدين المضمون فوراً لسقوط الأجل بسبب عدم تقديم المدين ما وعد به من تأمينات. كما يجوز للدائن كذلك المطالبة بالتعويض إن كان له محل⁽¹⁾.



(1) توفيق حسن فرج ص 229 - عبد الفتاح عبد الباقي ص 579.

مادة (1100)

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.

الشرح

386 - رجوع المرهون إلى حيازة الراهن :

جاء بتقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عن هذه المادة ما يأتي:
"عدلت اللجنة حكم هذه المادة على الوجه الآتي:

(النص الحالي). ولم يكن النص المقدم من الحكومة صريحا في التعبير عن معنى انقضاء الرهن من جراء رجوع الشيء المرهون إلى حيازة الراهن، وقد آثرت اللجنة أن تقرر أن الأصل هو انقضاء الرهن متى رجع الشيء المرهون إلى حيازة الراهن على غرار ما هو مقرر في القانون الحالي استنادا إلى قرينة تنازل الدائن أو استيفائه لحقه وهي قرينة تستخلص من خروج الحيازة من يده ولكنها لم تقر هذا الأصل على إطلاقه بل جعلت للدائن أن ينفي هذه القرينة إذا أقام الدليل على أن الحيازة خرجت من يده بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن. وبديهي أن الحكم قاصر على صلة الراهن بالمرتتهن فهو بهذا التحديد لا يؤثر في حقوق الغير"⁽¹⁾.

وبذلك يكون الأصل أن رجوع المرهون إلى الراهن قرينة على تنازل الدائن عن الرهن أو استيفائه لحقه. غير أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس فيجوز للدائن المرتتهن أن يثبت أن الراهن قد اختلس المال الرهون أو اغتصبه فلا يكون ذلك قرينة على انقضاء الرهن ويجوز للمرتتهن المطالبة باسترداد المال المرهون أما إذا كان خروج المال بسبب تأجيله إلى الراهن فلا يجوز له استرداده إلا بعد

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 204 وما بعدها .

انقضاء الإيجار الذى عقده مع الراهن.

ويسترد الدائن المرتهن العين مثقلة بما ترتب عليها من حقوق للغير كحق امتياز المؤجر حسن النية أو رهن حيازة آخر لمرتهن حسن النية.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"إذا عاد الشيء المرهون إلى الراهن لأى سبب كان، كأن يختلسه الراهن أو يغتصبه أو يستأجره، فإن للدائن أن يسترده مادام 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 امتياز المؤجر 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"⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "فى عقد الرهن الحيازى إذا امتنع الراهن عن تسليم الرهن أمكن للمرتهن أن يجبره على ذلك قضاء. ويبطل الرهن إذا بقى المرهون باختيار المرتهن فى حيازة الراهن أو رجع إليه باختياره أيضا. فإذا رفضت المحكمة طلب حبس العين على أساس ما استبانته من وقائع الدعوى من عدم وضع يد المرتهن على العين المطلوب حبسها وتركها باختياره تحت يد الراهن فقضاؤها بذلك سليم، ولا رقابة عليها لمحكمة النقض فيما تثبته بشأن مسألة وضع اليد. أما إذا ثبت أن عدم وضع يد المرتهن على العين المطلوب حبسها قد كان غصبا فلا يبطل الرهن بل يبقى صحيحا ويكون للمرتهن حق المطالبة بالحبس".

(طعن رقم 3 لسنة 4ق جلسة 1934/5/31)

2- "إن القانون يوجب لصحة رهن الحيازة وضع المرهون فى حيازة الدائن

المرتتهن، ويقضى ببطلان هذا الرهن إذا رجع المرهون إلى حيازة رهنه. وإذا كان عقد الإيجار يضع العين المؤجرة فى حيازة المستأجر فإنه يكون على المحكمة، متى أثبتت فى حكمها أن الراهن استأجر العين المرهونة فى اليوم الذى حصل فيه رهنها، أن تعتبر أن حيازة المرهون لم تنتقل إلى المرتتهن أو أنها على الأقل قد رجعت على الفور إلى الراهن، وفى كلتا الحالتين يجب عليها أن تحكم ببطلان الرهن. والقول بأن رجوع الحيازة إلى الراهن بطريق الإيجار لا يبطل الرهن مردود بعموم نص المادة 541 من القانون المدنى، وبمخالفة ذلك لطبيعة الرهن الحيازى. وعلى أنه إذا كان القانون رقم 49 لسنة 1923 المعدل للمادة 540 قد رخص للدائن فى إيجار العقار المرهون إلى المدين بشرط النص على ذلك فى عقد الرهن أو التأشير به فى هامش تسجيله فإنه لم يقصد بهذا الترخيص الذى جاء به إلغاء حكم المادة 541 من القانون المدنى وإنما قصد تسهيل المعاملات بين الناس. ملاحظا فى ذلك أن إشهار الإيجار بطريق التسجيل فيه ما يغنى عن حيازة الدائن العقار المرهون".

(طعن رقم 32 لسنة 14 ق جلسة 14/12/1944)



مادة (1101)

يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه، وليس له أن يأتي عملاً ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد، وللدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون.

الشرح

287 - ضمان الراهن سلامة الرهن ونفاذه:

يلتزم الراهن حيازياً. كما يلتزم الراهن رسمياً بالامتناع عن التعرض الشخصي للمرتهن وبالدفاع عن التعرض القانوني الصادر من الغير.

فليس له أن يخرب العين قبل تسليمها أو بعده، أو يأتي عملاً من شأنه الانتقاص من قيمة الشيء، ولا أن يقيم العراقي في استغلال المرتهن إياها أو أن يتعرض للمستأجر من الأخير.

وليس له أن يعطى الغير حقاً عينياً عليها يكون نافذاً قبل الدائن المرتهن بحيث يمنع نفاذ حق هذا الدائن قبل الغير، بل يجب عليه أن يدفع كل ادعاء قانوني صادر من الغير ومستند إلى حق عيني مزعوم وجوده على العين من قبل نشوء الرهن.

وهو فوق ذلك ليس له أن يطلب رد العين إليه قبل انقضاء الرهن، ولا أن يحتفظ بها إذا تسلمها من المرتهن لأي سبب لا يتضمن نزول الأخير عن الرهن ثم طلب هذا استردادها لجعل حقه نافذاً قبل الغير.

وعليه أن يمكن المرتهن من جعل حقه نافذاً قبل الغير، سواء بتوقيعه العقد الذي يصلح للشهر أو لإثبات التاريخ أو بتقديمه مستندات الملكية حتى يلزم ذلك... الخ⁽¹⁾.

(1) سليمان مرقس ص 419 وما بعدها سمير عبد السيد تناغو ص 371.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يلتزم الراهن أيضا بضمان الرهن. فليس له أن يأتى عملا ينقص من قيمة الشيء المرهون، أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من عقد الرهن. كأن يخرب العين قبل تسليمها أو يعطى عليها للغير حقا عينيا يكون نافذا في حق الدائن المرتهن"⁽¹⁾.

388- جزاء إخلال الراهن بالتزامه بالضمان :

إذا أخل الراهن بالتزامه بالضمان، كأن استحقت العين المرهونة أو خربت أو أتلفت أو نقصت قيمتها بفعله، جاز للمرتهن أن يطلب إما فسخ الرهن ووفاء الدين فوراً مع التعويض عن سقوط الأجل إن كان الأجل مقررًا لمصلحته، وإما التنفيذ بمقابل، سواء أكان ذلك بتقديم تأمين تكميلي يعادل ما نقص من قيمة المال المرهون أم كان بدفع مبلغ يقابل قيمة ما نقص من الرهن على أن يخصم هذا المبلغ من أصل الدين وفوائده⁽²⁾.

389- حق الدائن المرتهن فى اتخاذ الإجراءات التحفظية :

يستطيع الدائن المرتهن إذا صدر من الراهن عمل يمس سلامة الرهن أن يتخذ فى حالة الاستعجال بعض الإجراءات التحفظية التى تكفل المحافظة على المال الرهون وأن يرجع على الراهن بما أنفقه فى ذلك. وقد ورد فى الرهن الرسمى نص مماثل هو نص المادة (1047). وحكمة هذا النص فى خصوص الرهن الرسمى ظاهرة، إذ أن الشيء المرهون يظل فى يد الراهن فيخشى أن يقصر فى حفظه مما يضر بحق الدائن المرتهن بإنقاص ضمانه.

أما الرهن الحيازى فالحيازة تنتقل إلى الدائن المرتهن وهو المكلف بحفظ

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 206.

(2) سليمان مرقس ص 420 - همام محمد زهران ص 596 - عبد المنعم البدر اوى ص 343.

الشيء. على أنه يمكن تصور تطبيق المادة (1101) في الحالة التي لا يكون الدائن قد تسلم فيها الشيء المرهون بعد، وكذلك في حالة ما إذا وقع تعرض من جانب الراهن للمرتهن في أثناء حيازته الشيء المرهون⁽¹⁾ كما لو شرع الراهن في إقامة حائط على أرض مجاورة للعقار المرهون وكان في ذلك اعتداء على حق ارتفاق مقرر على تلك الأرض لصالح العقار المرهون، فإنه يجوز للمرتهن أن يرفع دعوى إيقاف الأعمال الجديدة ضد الراهن محافظة منه على حيازة حق الارتفاق الداخل في رهنه تبعا للعقار المرهون. فإذا فعل ذلك حقق به مصلحة لنفسه وإلا فلا لوم عليه ولا تقصير⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وللدائن أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون، كما لو كان المرهون ديناً مضموناً برهن، فيقيده الدائن المرتهن أو يجدد قيده ويرجع بالمصاريف على الراهن وهذا يرجع بها على من رهن له"⁽³⁾.



مادة (1102)

1- يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 342 - سليمان مرقس ص 422

(2) سليمان مرقس ص 422.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 206.

راجعا لخطئه أو ناشئا عن قوة قاهرة.

2- وتسرى على الرهن الحيازي أحكام المادتين 1048، 1049 المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهنا رسميا أو تلفه، بانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق.

الشرح

390 - ضمان الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه :

يتحمل الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعا إلى خطئه أو ناشئا عن قوة قاهرة.

أما إذا كان الهلاك أو التلف مرجعه خطأ الدائن تحمل هذا الأخير مسئوليته والتزم بتعويض الراهن عن الضرر المترتب له. وبالنسبة لأثر الهلاك في بقاء الرهن وانقضائه وانتقال حق الدائن المرتهن إلى ما يحل محل المرهون من مال، فقد أحال المشرع صراحة إلى أحكام المادتين 1048، 1049 من التقنين المدني.

وينبنى على ذلك أنه: إذا كان هلاك المرهون أو تلفه مرجعه فعل الراهن، كان للدائن الخيار بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً فإن كان الهلاك أو التلف راجعا إلى سبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين كان للمدين الخيار بين وفاء الدين فوراً قبل حلول الأجل أو تقديم تأمين كاف.

وفى حالة اختيار الدائن وفاء الدين فوراً فإن الدين إذا لم تكن له فوائد لا يكون للدائن سوى الحق في اقتضاء مبلغ يعادل قيمته الدين منقوصاً منها الفوائد بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين.

وبالطبع إذا كان الهلاك بفعل الدائن فليس له أن يطلب شيئاً، بل يجب عليه أن يدفع تعويضاً عما أُلْغى بخطئه وينتقل حق الرهن إلى هذا التعويض.

وفى كل الحالات يترتب على هلاك المرهون أو تلفه انتقال الرهن بمرتبه إلى الحق الذي يحل محله، وذلك عملاً بمبدأ الحلول العيني وتطبيقاً لنص المادة

(1049) التى أحال عليها المشرع.

وبناء على ذلك إذا استحق للراهن تعويض بسبب هلاك المرهون أو آل إليه مبلغ تأمين عوضاً عنه أو كان هناك مقابل لنزع ملكيته للمنفعة العامة انتقل حق الدائن المرتهن إلى ما حل محل المرهون⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يضمن الراهن أيضاً هلاك المرهون أو تلفه إذا كان هذا راجعاً إلى خطئه أو إلى قوة قاهرة، ويكون للدائن المرتهن فى الحالة الأولى، الخيار بين اقتضاء الدين فوراً أو المطالبة بتأمين آخر، وفى الحالة الأخرى يكون الخيار للمدين، وهذه هى نفس قواعد الرهن الرسمى. وتتبع أيضاً هذه القواعد فى انتقال الرهن من الشئ المرهون إلى ما يحل محله من حقوق كتعويض، أو مبلغ تأمين. أما إذا كان الهلاك بخطأ الدائن المرتهن نفسه، فإنه يكون مسئولاً عن التعويض، وينتقل حق الرهن إلى هذا التعويض"⁽²⁾.

(راجع فى التفصيل شرح المادتين 1048، 1049)



التزامات الدائن المرتهن :

مادة (1103)

إذا تسلم الدائن المرتهن الشئ المرهون فعليه أن يبذل فى حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وهو مسئول عن هلاك

(1) محمد على إمام ص 517 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 343 وما بعدها - سليمان مرقس ص 423 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 208.

الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه.

الشرح

391 - التزام الدائن المرتهن بحفظ وصيانة الشيء المرهون :

عقد الرهن الحيازي - كما ذكرنا سلفا - عقد ملزم للجانبين، ومن التزامات الدائن المرتهن هي المحافظة على الشيء المرهون وصيانتها.

فيلتزم الدائن المرتهن أن يقوم بما يلزم لحفظ الشيء ولجعله يقوم بعمله ويؤدي مهمته. فإذا كان الشيء ديناً مضموناً برهن رسمي، وجب عليه أن يجدد قيد الرهن في الوقت المناسب.

وإذا كان الدين مهدداً بالسقوط بالتقادم، وجب عليه أن يقطع المدة. وإذا كان المرهون كمبيالة وجب عليه أن يطالب بالوفاء بها عند الاستحقاق. وأن يقوم بعمل البروتستو عند عدم الدفع. وإذا كانت المحافظة في حاجة إلى خبرة خاصة غير متوافرة في الدائن المرتهن، وجب عليه الاستعانة بمن تتوافر فيه هذه الخبرة الخاصة.

وإذا وجد الدائن المرتهن أن الشيء المرهون مهدد أن يصيبه هلاك أو تلف أو نقص في القيمة، التزم بإخطار الراهن بحالة الشيء المرهون⁽¹⁾. فإذا رأى الراهن أن بقاء الشيء بحالته عند الدائن المرتهن يهدد هذا الشيء، وأن الشيء قد يهلك أو يتلف أو يصيبه نقص في القيمة، فله أن يسترد الشيء من الدائن المرتهن، على أن يقدم له تأميناً آخر يراه القاضى كافياً.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... ومما يدخل في العناية المطلوبة من الدائن المرتهن أن يبادر، وهو الحائز للشيء المرهون، إلى إخطار الراهن بما عسى أن يهدد الشيء من هلاك أو تلف أو نقص في القيمة ويجوز للراهن في هذه الحالة أن يسترد الشيء المعرض

(1) السنهوري ص 631 وما بعدها.

للتلف على أن يقدم للدائن تأمينا آخر يكون كافيا (المادة 1540 من المشروع التمهيدى)⁽¹⁾.

ويسأل الدائن المرتهن عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إن المادة 80 من قانون التجارة إذ نصت على أن "تحصيل قيمة الأوراق التجارية المرهونة تكون بمعرفة الدائن المرتهن لها" فإن مؤدى هذا النص أن الدائن المرتهن يلتزم قانونا قبل الراهن بالمحافظة على الشيء المرهون وبتحصيل قيمة الورقة فى ميعاد الاستحقاق ويعتبر التظهير التأمينى - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - فى حكم التظهير الناقل للملكية بشأن تطهير الورقة من الدفع فلا يكون للمدين الاحتجاج على الدائن المرتهن حسن النية بالدفع التى يجوز له الاحتجاج بها على الدائن الأسمى أو المظهرين السابقين بما فى ذلك الدفع بانقضاء الالتزام أو انعدام سببه ولا يستطيع المدين مخالفة هذا الوضع والاحتجاج بالدفع قبل الدائن المرتهن إلا إذا أقام هو الدليل على أن الدائن المرتهن لم يكن حسن النية وقت التظهير".

(طعن رقم 275 لسنة 34 ق جلسة 1968/3/5)

كما قضت محكمة النقض بأن:

1- "لما كان الثابت فى الدعوى أن الدائن المرتهن - البنك المطعون ضده - استأجر من المدين الراهن - الطاعن - حجرة بمصنعه لحفظ البضاعة محل عقد

(1) كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا برقم (1540) يقضى بأنه: "إذا كان الشيء المرهون مهددا أن يصيبه هلاك أو تلف أو نقص فى القيمة، وجب على الدائن أن يبادر بإخطار الراهن بذلك. وفى هذه الحالة يجوز للراهن أن يسترد الشيء إذا قدم للدائن تأمينا آخر يراه القاضى كافيا". إلا أنها حذفت فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 210، 211).

الرهن المبرم بينهما ضمانا للوفاء بالقرض، ونص في عقد الإيجار على عدم مسئولية المطعون ضده "بأى حال من الأحوال عما يلحق البضائع المودعة بالأماكن المؤجرة من سرقة أو تبديد أو تلف أو فساد أو نقص فيها أو أوزانها أو أطوالها مهما يكن قيمته أو سببه ويتحمل بكل ذلك الطرف الأول - الطاعن - وحده"، وكان التزام الطاعن هذا لا ينقضى بتوقيع الحجز على هذه البضاعة المودعة بالعين المذكورة مع بقائها بها، ومن ثم فإن الاتفاق على عدم مسئولية المطعون ضده عن سرقة هذه البضاعة وتحمل الطاعن لقيمتها يظل ساريا رغم توقيع الأول الحجز الإدارى المذكور، ويبقى الطاعن وحده مسئولا عن فقدانها لأن حيازتها كانت ومن قبل ذلك الحجز للبنك المطعون ضده بمقتضى عقد الرهن، كما لا يغير من انتفاء مسئوليته الحكم نهائيا ببراءة الطاعن من تهمة سرقة تلك البضاعة، ذلك أن حجية الحكم الجنائى قاصرة على مدى ثبوت الفعل الجنائى بالنسبة للطاعن ولا يمتد أثرها إلى ما يتصل بمسئولية المطعون ضده التقصيرية فى الفترة اللاحقة على توقيع الحجز".

(طعن رقم 903 لسنة 52 ق جلسة 1988/11/7)

2- "من المقرر طبقا للمادتين 1049، 2/1102 من القانون المدنى أن هلاك الشيء المرهون يترتب عليه انتقال حق الدائن المرتهن إلى ما حل محله من حقوق ليستوفى دينه منها فإذا كانت البضاعة المرهونة والمؤمن عليها قد احترقت وتقرر حق الدائن المرتهن فى مبلغ التأمين المستحق وكان متقاضى ذلك حلول مبلغ التأمين محل البضاعة المرهونة - فإنه ليس هناك محل لرجوع المدين الراهن على الدائن المرتهن وحسبه أن تجرى المحاسبة بينهما على أساس عقد القرض المضمون بالرهن وإذ قضى الحكم المطعون فيه مع ذلك بمسئولية الدائن المرتهن عن هلاك البضاعة المرهونة فإنه يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 51 لسنة 31 ق جلسة 1965/12/28)

392- العناية المطلوبة من الدائن المرتهن:

يلتزم الدائن المرتهن في حفظ وصيانة الشيء المرهون، بعناية الشخص المعتاد، ولو كانت عنايته في شئونه الخاصة تزيد على عناية الرجل المعتاد، ولكن لا يقبل منه عناية تقل عن عناية الرجل المعتاد، ولو كانت عنايته في شئونه نفسه تقل عن عناية الرجل المعتاد.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"قالدائن المرتهن، إذا تسلم الشيء يكون مسئولاً عن حفظه وصيانته. ويلتزم أن يبذل في المحافظة عليه عناية الرجل المعتاد. وهذه المسئولية تعاقدية، فهو مسئول عن هلاك الشيء إلا إذا أثبت أن الهلاك يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه"⁽¹⁾.

(أنظر تفصيلات أخرى في شرح المادة 1116).



مادة (1104)

- 1- ليس للدائن أن ينتفع بالشئ المرهون دون مقابل.
- 2- وعليه أن يستثمره استثمارا كاملا ما لم يتفق على غير ذلك.
- 3- وما حصل عليه الدائن من صافى الربح وما استفاده من استعمال الشئ يخضم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله، على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه فى المحافظة على الشئ وفى الإصلاحات ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين.

الشرح

393 - عدم انتفاع الدائن بالشئ المرهون بدون مقابل :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أنه ليس للدائن أن ينتفع بالشئ المرهون بدون مقابل.

والحكمة فى هذا هى أن يحال بين الدائن المرتهن وبين الحصول على فوائد ربوية فى صورة انتفاع بالشئ بدون مقابل. ولذلك يقع باطلا أى اتفاق يخالف ذلك.

394 - التزام الدائن المرتهن باستثمار الشئ المرهون استثمارا كاملا :

يلتزم الدائن المرتهن باستثمار الشئ المرهون استثمارا كاملا فى الفترة التى يبقى فيها تحت يده، وذلك حتى لا يضار الراهن المالك بحرمانه من إيراده وثماره أثناء قيام الرهن.

وعلى ذلك يجب على الدائن المرتهن ألا يستبقى المال المرهون فى يده دون استغلال وإلا كان فى هذا خسارة للراهن الذى يضطر بسبب الرهن إلى التخلّى عن المال المرهون للدائن.

والالتزام باستغلال المال المرهون يقوم في كل أنواع الرهن، أى سواء كان محل الرهن منقولاً أو عقاراً.

وعلى الدائن أن يستغل المرهون استغلالاً كاملاً مراعيًا في ذلك عناية الرجل المعتاد بمعنى أن يجعله ينتج كل ما هو قابل لإنتاجه من إيرادات أو غلة. فلا يصح أن يتركه دون استغلال، ولا حتى أن يستغله استغلالاً ناقصاً بأن يقتصر في استثماره على الحصول على جزء فقط من منافعه وثماره كما هو الحال إذا أجره بأقل من أجر المثل.

وبالطبع هو يستغله فيما أعد له، فلا يصح أن يعدل في وجوه استثماره إلا باتفاق مع الراهن. فمثلاً إذا كان المرهون محلاً تجارياً وجب استغلاله فيما أعد له وليس كمخزن أو مصنع. وإذا كان حصاناً من خيول السباق فإنه لا يصح استخدامه في النقل. وإذا كان أرضاً زراعية فإنه لا يجوز استغلالها في صنع الطوب.

والدائن يستغل المرهون إما بنفسه وإما عن طريق الغير. فله مثلاً أن يؤجر الأرض الزراعية أو يزرعها بنفسه، وأن يسكن المنزل أو يؤجره إلى الغير، وأن يستغل المحل التجاري بنفسه أو يؤجره إلى الغير. ولكن لا يصح له أن يؤجر المرهون إلى الراهن إلا حيث يسمح له القانون بذلك، كما هو الشأن في حالة العقار على نحو ما ذكرناه.

وفى حالة استغلال الدائن للمرهون بنفسه يقدر الخبراء قيمته الإيجارية حتى يجرى خصمها من الدين وملحقاته كما سنرى⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إن مقتضى المادة 545 من القانون المدنى أن الدائن المرتهن عليه أن يسعى في استغلال العقار المرهون بحسب ما هو قابل له على أن تستنزل قيمة الغلة من

(1) محمد على إمام ص 524 وما بعدها.

الدين المؤمن بالرهن بحيث إنها تستنزل أولاً من الفوائد والمصاريف ثم من أصل الدين.

ولما كان للدائن المرتهن في سبيل استغلال العقار أن يستغله بنفسه أو يؤجره لغير المدين الراهن أو لنفس المدين الراهن بالشروط الواردة في القانون، ولما كان لا نزاع في أنه إذا كان الإيجار لغير المدين لا يكون دين الأجرة المقتضى تحصيله من هذا الغير مضموناً بالرهن بل يكون استنزال قيمته من الدين على الوجه المتقدم واجبا ولو لم يحصله الدائن، فإنه إذا كان الإيجار للمدين نفسه فلا وجه لأن يتغير الحكم. ولا يصح اعتبار دين الأجرة فوائد مستحقة عليه للدائن لأن الأجرة - على خلاف الفوائد - هي من حق الراهن على الأساس المتقدم لا من حق المرتهن. فالقول بأنها من قبيل الفوائد التي يضمنها الرهن خطأ. ومتى كانت الأجرة لا تعد مضمونة بالرهن باعتبارها فوائد عن الدين، وكانت قيمة الغلة واجبا خصمها من الدين المضمون بالرهن، كان على الدائن المرتهن أن يقدم عنها حساباً بحيث إنه إن لم يحصل قيمة الغلة أو أهمل في تحصيلها فإنه يكون مسئولاً عن نتائج تقصيره".

(طعن رقم 54 لسنة 11 ق جلسة 14/5/1942)

2- "متى كانت المحكمة إذ طبقت المادة 545 من القانون المدني القديم التي توجب على الدائن المرتهن أن يبذل في سبيل استغلال العقار المرهون حسب ما هو قابل له ما يستطيع من مجهود ممكن لم تبين الأسباب التي اعتمدت عليها في اعتبار الدائن مقصراً في استغلال العين المرهونة مكتفية في ذلك بإيراد عبارة غامضة لا تكشف عن أى معنى ثم ندبت خبيراً لإجراء عملية الاستهلاك لا على أساس ما استولى عليه الدائن المرتهن فعلاً بل على أساس أجر المثل، فإن حكمها يكون قاصراً قصوراً يستوجب نقضه".

(طعن رقم 399 لسنة 21 ق جلسة 27/1/1955)

3- "للدائن المرتهن متى انتقلت إليه حيازة الأرض المرهونة أن يستغلها لحساب الراهن الاستغلال المعتاد على الوجه الذى تصلح له، إما بزراعتها أو بتأجيرها إلى من يقوم بذلك، فإذا أجرها إلى الغير كان صاحب صفة فى هذا التأجير، وبالتالي فإن عقد الإيجار الصادر منه لا ينقضى بانقضاء الرهن بل يمتد تلقائيا فى مواجهة الراهن.

لما كان ذلك، وكان الثابت أن عقد الإيجار الصادر من الدائن المرتهن - المطعون عليه الخامس - إلى الطاعنين قد حرر وأثبت فى دفاتر الجمعية التعاونية طبقا للقانون، فإنه يمتد - حتى بعد انقضاء الرهن - فى مواجهة المدينين الراهنين - المطعون عليهما الثالثة والرابعة - اللتين تحلان محل الدائن المرتهن - المطعون عليه الخامس - كمؤجرين، ويحل من بعدهما كمؤجر المشترين منهما المطعون عليهما الأول والثانى".

(طعن رقم 915 لسنة 47 ق جلسة 1980/3/4)

4- "للدائن المرتهن متى انتقلت إليه حيازة الأرض المرهونة أن يستغلها لحساب الراهن الاستغلال المعتاد على الوجه الذى تصلح له. إما بزراعتها أو بتأجيرها إلى من يقوم بذلك، فإذا أجرها إلى الغير كان صاحب صفة فى هذا التأجير وبالتالي فإن عقد الإيجار الصادر منه لا ينقضى بل يمتد تلقائيا فى مواجهة المدين الراهن".

(طعن رقم 305 لسنة 56 ق جلسة 1991/5/23)

5- "النص فى المادة 1104 من التقنين المدنى يدل على أن المشرع قد حرم على الدائن المرتهن أصلا أن ينتفع بالشئ المرهون دون مقابل بل وأوجب عليه أن يستثمره استثمارا كاملا مالم يكن قد اتفق على غير ذلك، ثم بين المشرع كيفية تصرف الدائن المرتهن فيما حصل عليه من ريع المال المرهون وما استفاده من استعماله فأوجب عليه خصمه من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله وذلك بعد خصم ما أنفقه فى المحافظة على الشئ المرهون وفى

الإصلاحات ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين".

(طعن رقم 1895 لسنة 64 ق جلسة 2006/3/23)

6- "إذ كان الثابت من البند الخامس من العقد المؤرخ 1991/8/31 المبرم بين الطاعن والشركة المطعون ضدها أن الأول دفع للأخيرة مبلغ 110400 جنيه - مائة وعشرة آلاف وأربعمائة جنيه - تأميناً دائماً تحتفظ به لديها ضماناً لتنفيذه لالتزاماته ولا يسترده إلا في نهاية مدة الاستغلال وهي خمسة وعشرون عاماً وليس له إجراء مقاصة بين هذا المبلغ وبين ما يستحق عليه من مبالغ - بما مفاده أن المبلغ المدفوع كتأمين هو في حقيقته مدفوع على سبيل الرهن الحيازي وإذ خلا العقد المبرم بينهما من اتفاق على أحقية الشركة المطعون ضدها في الاحتفاظ بهذا المبلغ واستثماره لصالحها دون مقابل أو عدم استثماره أصلاً فإنها تكون ملزمة بما ألزمها به نص القانون من وجوب استثمار الشيء المرهون "وهو مبلغ التأمين" استثماراً كاملاً لصالح الراهن وأن تتصرف فيما ينتج من استثماره على النحو الذي قرره القانون وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتأييد الحكم الابتدائي برفض الدعوى على سند من أن المبلغ الذي قدمه الطاعن تأميناً لما ينشأ في ذمته من التزامات يعد مرهوناً رهناً حيازياً له طابع خاص لا يسرى عليه نص المادة 1104 من القانون المدني والمطعون ضدها تملكه وتلتزم بأن ترد مثله باعتباره مبلغاً من النقود طالما خلا العقد من التزامها باستثماره وبالتالي لا يستحق الطاعن عنه ريع فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه".

(طعن رقم 1895 لسنة 64 ق جلسة 2006/3/23)

395- جزاء مخالفة الالتزام:

إذا لم يقم الدائن بتنفيذ التزامه باستغلال الشيء المرهون على النحو الموضح بالبند السابق، كان للراهن الحق في أن يطلب من القاضى وضع الشيء تحت يد حارس يكون بمثابة عدل يتولى حفظه وإدارته واستغلاله، ببذل عناية الشخص المعتاد.

كما يصح أن يطلب فسخ الرهن واسترداد الشيء فى مقابل دفع الدين. وفى هذه الحالة الأخيرة إذا لم يكن للدين فوائد رد بعد خصم الفائدة بسعرها القانونى عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الأجل المحدد أصلاً⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"يلتزم الدائن باستثمار الشيء المرهون الاستثمار الذى يصلح له وأن يبذل فى استثماره وإدارته عناية الرجل المعتاد. ولا يغير من الطريقة المألوفة لاستغلاله إلا برضاء الراهن. ويبادر إلى إخطار الراهن بكل ما يقتضيه أن يتدخل فإن أخل الدائن المرتهن بهذا الواجب من العناية، كان للراهن أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة كما يجوز له أن يرد الدين فيسترد الرهن، فإذا لم يكن للدين فوائد رده بعد خصم الفائدة بسعرها القانونى عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم الحلول"⁽²⁾.

396- الالتزام باستثمار الشيء المرهون لا يتعلق بالنظام العام :

الالتزام باستثمار الشيء المرهون لا يتعلق بالنظام العام، فيجوز الاتفاق على تركه دون استغلال، ويكون ذلك عادة إذا كان استثمار الشيء يتطلب خبرة فنية، لا تتوافر لدى الدائن المرتهن. وجواز الاتفاق على عدم استثمار المرهون فى هذه الحالة ناشئ من أن هذا الاستثمار يتعلق بمصالح الراهن والمرتهن، ولهذا لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على ترك الشيء دون استثمار⁽³⁾. ولذلك تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه: "وعليه أن يستثمره استثماراً كاملاً ما لم يتفق على غير ذلك".

397- المقاصة بين الغلة والمبالغ التى يضمنها الرهن :

الدائن المرتهن لا يستغل المرهون لنفسه وإنما لحساب الراهن، ومن ثم فإنه

(1) السنهاورى ص 640 - همام محمد زهران ص 602.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 219.

(3) توفيق حسن فرج ص 236.

يصبح مدينا له بقيمة الثمار التي تم قبضها وكذلك بالقيمة التي قدرها الخبراء للفائدة التي حصل عليها من استعمال المرهون بنفسه، وهو لا يكون مدينا إلا بصافي الغلة، أى بعد أن يستنزل منها كل ما يكون قد أنفقه فى سبيل الحصول عليها.

ولما كان الدائن يصبح مدينا للراهن على هذا النحو فإنه من جهة أخرى دائن له بالالتزام المضمون وملحقاته. ولهذا فالمشرع يجرى المقاصة بين الدينين وطبقا للفقرة الثالثة من المادة فإن صافي الغلة وهو ما يتبقى بعد اقتطاع ما أنفق فى سبيل الحصول عليها، والقيمة التي عادت على المرتهن من الانتفاع بالشئ يخصم كالاتى:

- 1- من المبالغ التي تستحق للمرتهن فى سبيل قيامه بالمحافظة على الشئ واصلاحه، والمقصود بذلك مصروفات الحفظ والصيانة وهى تشمل الضرائب والرسوم المستحقة على الشئ المرهون والتي يجب على الدائن دفعها (م1116).
- 2- فإذا تبقى من صافي الغلة شئ بعد ذلك يخصم من المصروفات المستحقة للدائن، وهى تشمل مصروفات العقد الذى أنشأ الدين المضمون بالرهن، ومصروفات عقد الرهن الحيازى وقيده والمصروفات التي اقتضاها تنفيذ الرهن مثل نقل الحيازة (م1111).
- 3- وتخصم بعد ذلك الفوائد التي تستحق على أصل الدين سواء كانت فوائد قانونية أو اتفاقية كما سنرى.
- 4- ما يبقى بعد ذلك يخصم من أصل الدين المضمون⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وما ينتج من الغلة يخصم من الدين ولو لم يكن قد حل أجله، على أن يحتسب الخصم من قيمة ما أنفقه الدائن المرتهن فى المحافظة على الشئ وما

(1) محمد على إمام ص 528 وما بعدها - توفيق حسن فرج ص 136 وما بعدها.

عسى أن يستحقه من تعويض، ثم من المصروفات والفوائد، ثم من أصل الدين. والحق في أخذ الغلة وخصمها على النحو المتقدم هو عنصر من عناصر حق الرهن فالدائن المرتهن يستولى على الغلة أصيلاً عن نفسه لا نائباً عن الراهن⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "المطالبة باستهلاك الدين وملحقاته بسبب استغلال الدائن الأرض المرهونة له تتضمن في حقيقة الواقع المطالبة بريع هذه الأرض عن مدة الرهن كلها وإجراء المقاصة بين هذا الريع وبين الدين المضمون وتوابعه".

(طعن رقم 64 لسنة 7 ق جلسة 1938/2/17)

2- "إذا كان المعارض في تنبيه نزع الملكية قد أسس معارضته على براءة ذمته من الدين بطريق الاستهلاك خصماً من ريع الأقطيان المرهونة، ثم لما ندبت المحكمة خبيراً لتصفية الحساب اعترض الدائن على تقرير الخبير بأنه رغماً من أن يده على الأقطيان المرهونة له رهناً رسمياً لم تكن إلا يد حارس معين بحكم قضائي فإن الخبير لم يعول في تقدير الريع على ما حصله هو فعلاً بل قدر الريع تقديراً يزيد على المتحصل، وبأنه أخطأ إذ استنتل فائض الريع منذ تاريخ وضع يده من أصل الدين رغماً من بقاء فوائد متأخرة كان يجب استنتال فائض الغلة منها عملاً بالمادة 173 من القانون المدني، ومع ذلك فإن الحكم أخذ بتقرير الخبير ولم يتحدث عما دفع به الدائن المعارض ضده إلا بقوله إنه لم تقدم مطاعن جدية على عمل الخبير مع خلو التقرير من هذا الدفاع وعن الرد عليه، فإنه يكون قد شابته بطلان جوهري موجب لنقضه".

(طعن رقم 65 لسنة 17 ق جلسة 1948/10/28)

3- "متى كان الحكم قد حصل تحصيلًا سائغًا من المستندات أن اتفاقًا تم بين الطاعن والمطعون عليه على أن يضع هذا الأخير اليد على الأطيان التي رهنها له الطاعن رهنًا تأمينيًا وأن يحصل ريعها خصما من دينه وقرر أنه سواء أكان الغرض من هذا الاتفاق هو إنشاء حق رهن حيازي لاحق للرهن التأميني أم عقد وكالة لإدارة الأطيان واستيفاء الدين من غلتها فإنه على كلا الفرضين لا سبيل للطاعن في أن ينهي بإنذار منه العلاقة القائمة بينهما، لأن عقد الرهن لا يفسخ بإرادة واحدة وكذلك عقد الوكالة إذا كان لمصلحة الدائن فإن النعى على الحكم بالخطأ في التكيف يكون على غير أساس".

(طعن رقم 13 لسنة 19 ق جلسة 1951/2/22)

4- "لم يعين القانون طريقًا خاصًا يجب اتباعه في تقدير ريع العين المرهونة رهنًا حيازيًا عند إجراء عملية استهلاك دين الرهن ومن ثم كان هذا التقدير مما تستقل به محكمة الموضوع مادامت تبنيه على أسس سائغة".

(طعن رقم 168 لسنة 26 ق جلسة 1961/12/21)



مادة (1105)

- 1- إذا كان الشيء المرهون ينتج ثمارا أو إيرادا واتفق الطرفان على أن يجعل ذلك كله أو بعضه في مقابل الفوائد، كان هذا الاتفاق نافذا في حدود أقصى ما يسمح به القانون من الفوائد الاتفاقية.
- 2- فإذا لم يتفق الطرفان على أن تجعل الثمار في مقابل الفوائد وسكتا مع ذلك عن تحديد سعر الفائدة، حسبت الفائدة على أساس السعر القانوني دون أن تجاوز قيمة الثمار، فإذا لم يعينا ميعادا لحلول الدين المضمون، فلا يجوز للدائن أن يطالب باستيفاء حقه إلا من طريق استنزاله من قيمة الثمار، دون إخلال بحق المدين في الوفاء بالدين في أي وقت أراد.

الشرح

398 - الاتفاق على جعل الثمار أو الإيراد في مقابل الفوائد:

إذا كان الشيء المرهون ينتج ثمارا أو إيرادا واتفق الطرفان على أن يجعل الثمار أو الإيراد كله أو بعضه في مقابل الفوائد، فإن هذا الاتفاق يكون نافذا في حدود أقصى الفوائد الاتفاقية. ومعنى ذلك أنه إذا كانت الغلة الناتجة من الشيء تساوى الفائدة بسعر 7% كانت كلها للدائن.

ومن باب أولى إذا كانت أقل من ذلك، ولا يكون له المطالبة بأكثر لأنه ارتضى ذلك.

أما إذا زادت الغلة على 7% فلا يكون للدائن أن يحصل منها إلى في حدود 7% فقط، وتكون الزيادة من حق الراهن يخصمها الدائن المرتهن مما هو مستحق له من مصروفات وأصل الدين وطبيعي أن المقصود بالغلة هو صافي الغلة أي بعد خصم مصاريف الإدارة ونفقات الإنتاج.

والقصد من هذا التحديد أن الاتفاق على أن تكون غلة الشيء كلها أو بعضها في مقابل الفوائد يخشى منه أن يؤدي إلى حصول الدائن على فوائد ربوية.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويقع أن يسلم الراهن العين المرهونة للدائن على أن تكون الثمار في مقابل الفوائد. فيجب أن تخصص الثمار في حدود أقصى ما يسمح به القانون من الفوائد الاتفاقية، فإذا زادت الثمار على هذا الحد الأقصى فما زاد منها يخصم من أصل الدين"⁽¹⁾.

399 - حالة عدم اتفاق الطرفين على جعل الثمار في مقابل الفوائد

وسكوتهما عن تحديد سعر الفائدة :

إذا لم يتفق الطرفان على جعل الثمار كلها أو بعضها في مقابل الفوائد، وفي ذات الوقت سكتا عن الاتفاق على سعر الفائدة. فإن الفوائد تحسب في هذه الحالة على أساس السعر القانونى أى 4% فى المواد المدنية، 5% فى المواد التجارية، وذلك لعدم وجود اتفاق خاص بين الطرفين على الفائدة.

فإذا كانت قيمة الغلة أقل من الفائدة القانونية فلا يلزم المدين بتكملة الفائدة، وذلك على أساس أن سكوت الدائن عن تحديد سعر للفائدة فى هذه الحالة هو بمثابة رضاء منه بالاكْتفاء بالغلة مقابل الفوائد. فالفائدة عند السكوت - تحسب إذن على أساس السعر القانونى دون أن تتجاوز قيمة الثمار⁽²⁾.

وقد يحصل مع عدم الاتفاق على سعر للفائدة، ألا يتفق على أجل لحلول الدين، وعندئذ تحسب الفوائد كما قدمنا على أساس السعر القانونى دون أن تتجاوز قيمة الثمار.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 219 وما بعدها .

(2) محمد لبيب شنب ص 247 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 355.

فإذا بقى شئ من الثمار خصم من أصل الدين، ولا يستطيع الدائن أن يطالب بالدين إلا من طريق استنزاله من فائض الثمار. فإذا لم يكن للثمار فائض كان الدين غير محدد الأجل، فيحدد القاضى أجلا للحلول مراعى فى ذلك موارد المدين المالية والمستقبله ومقتضيات عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه (المادة 272).

أما المدين فإنه يستطيع أن يوفى الدين فى أى وقت يشاء فيسترد العين المرهونة.

أما إذا لم يتفق على سعر للفائدة واتفق على أجل لحلول الدين، فإنه يكون للدائن، بعد خصم الفوائد من الغلة على نحو ما بينا، أن يطالب المدين عند حلول الأجل بجميع ما يتبقى له من دين بعد خصم الغلة على الترتيب السابق بيانه⁽¹⁾.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

".... والذي يقع كثيرا أن يسلم الراهن العين للدائن ويسكت عن تحديد سعر الفائدة وميعاد حلول الدين، وهذه هي صورة للغارقة التي أبطلت. فيجب تطبيق القواعد العامة فى هذه الحالة، على أن تحسب الفائدة على أساس السعر القانونى دون أن تجاوز الثمار. فإذا بقى شئ من الثمار خصم من أصل الدين، ولا يستطيع الدائن أن يطالب بالدين إلا من طريق خصمه من فائض الثمار، فإذا لم يكن للثمار فائض كان الدين غير محدد الأجل فيحدد القاضى أجلا للحلول مراعى فى ذلك موارد المدين المالية والمستقبله، ومقتضية عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه، (أنظر م 395 من المشروع). وغنى عن البيان أن المدين يستطيع أن يوفى الدين فى أى وقت شاء فيسترد العين المرهونة"⁽²⁾.

(1) عبد المنعم البدر اوى ص 355.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 220.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بصحة عقد الرهن الحيازي وحبس العين المرهونة وبإلزام المدين الراهن بقيمة الدين والفوائد من تاريخ التعاقد، وكانت بعض أسباب الطعن في هذا الحكم واردة على صحة الرهن والبعض الآخر يرد على بعض النتائج المترتبة على صحة الرهن وهى المطالبة بالفوائد، فإن عدم إعلان أحد ورثة الدائن المرتهن بتقرير الطعن يجعل الطعن غير مقبول بالنسبة إلى جميع الورثة فيما يختص بصحة الرهن ولكنه يكون مقبولا بالنسبة للفوائد، ذلك أن النزاع الخاص بصحة الرهن هو موضوع غير قابل للتجزئة أما النزاع الخاص بالفوائد فإنه لا يمكن القول في صورة الدعوى بأنه غير قابل للتجزئة".

(طعن رقم 102 لسنة 22 ق جلسة 1955/4/21)



مادة (1106)

- 1- يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون، وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضى تدخله.
- 2- فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب في ذلك إهمالا جسيما، كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه. وفي الحالة الأخيرة إذا كان المبلغ المضمون بالرهن لا تسرى عليه فائدة ولم يكن قد حل أجله، فلا يكون للدائن إلا ما يبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانوني عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين.

الشرح

400 - تولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون :

يقع على عاتق الدائن المرتهن بمجرد تسلمه الشيء المرهون تولى إدارته، فهو الذى يحوزه فلا يوجد غيره يصلح لهذه الإدارة. وتقتضى هذه الإدارة استغلال الشيء إذا كان مما ينتج غلة، وسبق أن عرضنا فى شرح المادة (1104) لالتزام المرتهن باستغلال المرهون. والدائن المرتهن يلتزم بإدارة المرهون بما يتلائم مع طبيعته ووفقا لما يجرى عليه العرف. ولا يجوز له أن يعدل من الطريقة المألوفة لإدارته واستغلاله إذ أن ذلك يخرج عن نطاق الإدارة ويتطلب رضا المدين وموافقته. (راجع فى التفصيل شرح المادة 1104).

401- العناية الواجب بذلها فى إدارة الشئ المرهون :

نظرا لأن الرهن فى مصلحة الطرفين فإن الدائن يلتزم بأن يبذل فى إدارة المرهون عناية الرجل المعتاد، ومن ثم فهو يسأل عن كل خطأ ولو كان يسيرا مادام لا يقع من الشخص العادى. ولا شك أن عناية الرجل العادى تقتضى إخطار الراهن بكل أمر يهدد المرهون ويستدعى تدخله، ولذلك يكون الدائن مسئولا إذا قصر فى ذلك.

والمرتتهن لا يتقاضى أجرا على الإدارة، إذ هو يحصل على فائدة من الرهن.

402- جزاء إخلال الدائن المرتتهن بالتزامه بإدارة الشئ المرهون :

إذا أساء الدائن استعمال حقه فى إدارة الشئ المرهون أو أداره إدارة سيئة أو ارتكب فى ذلك إهمالا جسيما. كان للراهن الحق فى طلب وضع الشئ المرهون تحت الحراسة.

كما يكون له الحق فى استرداد الشئ المرهون مقابل دفع ما عليه من دين، إذ فى هذه الحالة ينقضى الرهن.

وفى هذه الحالة إذا كان الدين لا فائدة له ولم يكن قد حل أجله، خصم الراهن عند دفعه الدين، من هذا الدين فائدته بالسعر القانونى (4% فى المسائل المدنية، 5% فى المسائل التجارية) من يوم الوفاء إلى يوم حلول الدين فى ميعاده الأسمى⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يلتزم الدائن باستثمار الشئ المرهون الاستثمار الذى يصلح له وأن يبذل فى استثماره وإدارته عناية الرجل المعتاد. ولا يغير من الطريقة المألوفة لاستغلاله إلا برضاء الراهن.

ويبادر إلى إخطار الراهن بكل ما يقتضيه أن يتدخل فإن أخل الدائن المرتتهن

(1) السهنورى ص 647 - محمد على إمام ص 533.

بهذا الواجب من العناية، كان للراهن أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة كما يجوز له أن يرد الدين فيسترد الرهن، فإذا لم يكن للدين فوائد رده بعد خصم الفائدة بسعرها القانوني عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم الحلول⁽¹⁾.

403- صفة المرتهن في استثمار الشيء المرهون :

يذهب رأى فى الفقه أيده قضاء محكمة النقض أن الدائن يعتبر وكيلًا عن الراهن فى إدارة المال المرهون واستغلاله⁽²⁾.

فقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن دين الموكل قبل موكله لا تبدأ مدة تقادمه إلا من تاريخ انتهاء الوكالة وتصفية الحساب بينهما، إذ هذا الدين قبل ذلك احتمالى لا يلحقه السقوط. والدائن المرتهن رهن حيازة يعتبر قانونا وكيلًا عن صاحب العين المرهونة فى إدارتها واستغلالها وقبض ريعها، وعليه أن يقدم للراهن حسابا مفصلا عن ذلك. فمبدأ مدة تقادم دينه قبل الراهن هو بعينه المبدأ بالنسبة للوكيل مع الموكل".

(طعن رقم 64 لسنة 7 ق جلسة 1938/2/17)

2- "الدائن المرتهن رهن حيازة يعتبر أنه وكيل عن المدين الراهن فى استغلال إدارة العين المرهونة وقبض ريعها وأن عليه بهذا الوصف أن يقدم إلى الراهن حسابا مفصلا عن ذلك، ودين الموكل قبل وكيله لا يبدأ تقادمه إلا من تاريخ انتهاء الوكالة وتصفية الحساب بينهما".

(طعن رقم 214 لسنة 18 ق جلسة 1950/11/23)



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 219.

(2) محمد على إمام ص 528.

مادة (1107)

يرد الدائن الشيء المرهون إلى الراهن بعد أن يستوفى كامل حقه. وما يتصل بالحق من ملحقات ومصرفات وتعويضات.

الشرح

404 - الالتزام برد العين المرهونة:

يقع على عاتق الدائن المرتهن أو الأجنبي الذي اتفق عليه الطرفان التزام برد الشيء المرهون عند انتهاء الرهن.

وإذا كان النص لم يشر إلا إلى إلزام الدائن المرتهن برد الشيء المرهون بعد استيفاء كامل حقه، إلا أن الالتزام بالرد يقوم حيث ينقضى حق الرهن. سواء كان انقضاؤه بصفة تبعية أى تبعا لانقضاء الدين المضمون لأى سبب من الأسباب كالوفاء أو المقاصة وغيرهما أو كان انقضاء الرهن بصفة أصلية كما لو انقضى بفسخ عقد الرهن أو بالنزول عن الرهن أو بقيام خطر يهدد الشيء المرهون فيسترده الراهن على أن يقدم مكانه تأميناً آخر.

كما أنه قد يتفق على تجزئة الرهن فيلتزم الدائن برد جزء من الأشياء المرهونة يقابل ما حصل الوفاء به من الدين⁽¹⁾.

ويلتزم المرتهن برد الشيء المرهون وملحقاته بالحالة التى كان عليها وقت التسليم.

وإذا كان المرهون قد هلك بنقصير المرتهن فإنه يلتزم برد قيمته. أما إذا كان قد هلك قضاء وقدر أو بفعل الغير فإنه لا يلزم برد شئ. ولكن إذا حصل على تعويض من الغير وجب عليه أن يدفع قيمته للراهن. وهو بالطبع يرد مع الشيء ملحقاته وكل زيادة تكون قد طرأت عليه أثناء الرهن.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 360 - محمد على إمام ص 534.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"1- يبقى الحق فى حبس المرهون مادام الدين وملحقاته من فوائد ومصروفات وتعويضات لم يدفع. فإذا بقى شئ من ذلك، ولو قليلا، بقى الحق فى الحبس. أما إذا تم الوفاء به كله انقضى الرهن والحبس والتزم المرتهن برد المرهون. ونفقات الرد على الراهن إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك. وقد جعلت على الراهن مع أنه هو الدائن بالرد، لا المدين به، تغليبا للمبدأ الذى يجعل الراهن هو الذى يتحمل نفقات الرهن جميعا.

2- ويلتزم الدائن المرتهن فى حالات خاصة برد الشئ المرهون قبل وفاء الدين كما إذا وجد خطر يهدد الشئ فللراهن أن يسترده إذا قدم تأمينا آخر، وكما إذا أساء الدائن المرتهن استعمال الشئ المرهون فللراهن أن يطلب وضعه تحت الحراسة، وكما إذا وقع الرهن على عدة أشياء منفصلة وكان كل منها ضامنا لجزء من الدين فإن الرهن فى هذه الحالة يتجزأ، وإذا وفى جزء من الدين استرد الراهن ما يقابل هذا الجزء من الأشياء المرهونة"⁽¹⁾.

405- مطالبة الراهن برد الشئ المرهون :

الراهن سواء كان مالكا أم غير مالك له المطالبة برد العين المرهونة بدعوى شخصية أساسها عقد الرهن. وهى تتقادم بمضى خمس عشرة سنة من يوم ثبوت التزام الدائن برد المرهون.

فإذا كان الراهن مالكا للمرهون جاز له فضلا عن الدعوى الشخصية، أن يطالب بالشئ المرهون بدعوى عينية هى دعوى الملكية أو دعوى الاستحقاق، وهى لا تسقط بالتقادم مهما طال الزمن⁽²⁾.

والمعلوم أن الدائن مجرد حائز عرضى بالنسبة لحق الملكية، ومن ثم لا

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 223.

(2) أحمد سلامه ص 383 - محمد على إمام ص 535 - نعمان جمعه ص 183 وما بعدها.

يتملك الشيء المرهون بوضع اليد طوال مدة الرهن إلا إذا تغيرت صفة حيازته بفعل الغير أو بفعل منه يعتبر معارضة لحق المالك (م 972).
وأخيرا فإن الدائن قد ترفع عليه الدعوى الجنائية إذا كان المرهون منقولاً وقام بتبديده.

406- استحقاق الدائن مقابل التحسينات:

إذا أدخل المرتهن تحسينات على الشيء المرهون كان له محاسبة الراهن عليها في حدود ما زاد في قيمة الشيء وإن ترتب على التحسينات زيادة في الأجرة حوسب المرتهن على تلك الزيادة، إذ أنه استوفى ما يقابل التحسينات فإن كانت المصروفات كمالية فلا يستحق عنها شيء⁽¹⁾.

407- نفقات الرد:

نفقات رد المرهون على الراهن إلا إذا اتفق على خلاف ذلك.
وعلة هذا الحكم أن الدائن وإن كان هو الملزم بالرد إلا أن المبدأ العام الذي جرى عليه المشرع هو أن الراهن يتحمل نفقات الرهن جميعاً (م 1111)⁽²⁾.



مادة (1108)

(1) المستشار أنور طلبه ص 630.

(2) أحمد سلامه ص 382 وما بعدها.

يسرى على رهن الحيازة أحكام المادة 1050 المتعلقة بمسئولية الراهن غير المدين وأحكام المادة 1052 المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشروط البيع دون إجراءات.

الشرح

408 - مسئولية الراهن غير المدين :

أحالت المادة على أحكام المادة (1050) الواردة في الرهن الرسمى فى شأن مسئولية الراهن غير المدين.
ونحيل فى ذلك إلى شرح هذه المادة.

409- شرط التملك عند عدم الوفاء وشرط البيع دون إجراءات :

أحالت المادة فى ذلك إلى المادة (1052) الواردة بشأن الرهن الرسمى فنحيل إليها فى ذلك.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"ليس للدائن المرتهن حيازيا أن يملك المال المرهون بمجرد عدم الوفاء بالدين عند حلول أجله ولا أن يبيع ذلك المال دون مراعاة للإجراءات المقررة.
شرط التملك عند عدم الوفاء وكذلك شرط البيع دون إجراءات - يغلب وقوعهما فى الرهن الحيازى - حكمهما فيه هو حكمهما فى الرهن الرسمى وقد تقدم ذكر ذلك"⁽¹⁾.



2- بالنسبة إلى الغير

مادة (1109)

- 1- يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان.
- 2- ويجوز أن يكون الشيء المرهون ضامنا لعدة ديون.

الشرح

نفاذ الرهن في حق الغير:

410 - المقصود بالغير:

المقصود بالغير بصدد نفاذ حق الرهن الحيازي هو ذات الغير بصدد نفاذ حق الرهن الرسمي، وهو كل شخص له حق يضار من وجود الرهن الحيازي، بما يخوله للمرتهن من حق حبس وحق تقدم وتتبع فيدخل في هذه الطائفة كل فئة الدائنين العاديين وكل من تقرر له تأميناً عينياً على العين المرهونة وكل من اكتسب عليها حقاً عينياً أصلياً.

(راجع في التفصيل شرح المادة (1053)).

411 - انتقال الحيازة شرط لنفاذ الرهن الحيازي بالنسبة للغير:

الحيازة شرط يجب توافره لنفاذ الرهن الحيازي في حق الغير أياً ما كان المال المرهون، يستوى أن يكون عقاراً أو منقولاً، أو أى نوع من المنقول.

ومعنى الحيازة انتقال حيازة المال المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى أجنبي يرتضيه الطرفان. وفي إنابة مثل الشخص الأجنبي⁽¹⁾ مصلحة للراهن ومصلحة

(1) وكانت المادة (1530) من المشروع التمهيدي المقابلة للمادة (1096) تستعمل عبارة "إلى شخص آخر يعينه المتعاقدان". وفي لجنة المراجعة استبدلت عبارة "إلى عدل يعينه المتعاقدان" بالعبارة المذكورة وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اعترض =

للمرتهن. أما الراهن فيستطيع أن يرهن المال مرة ثانية لدائن آخر ويتولى هذا الأجنبي الحياة نيابة عن الدائنين معا. وأما المرتهن فيتخلص من التزامه بالحفظ والصيانة والإدارة، ويعهد بكل ذلك إلى الأجنبي.

على أنه جدير بالملاحظة أن الحياة التي تنتقل إلى المرتهن أو إلى الأجنبي هي الحياة العرضية ويترتب على ذلك أولاً، أن المرتهن لا يمكن أن يكتسب ملكية المال المرهون بالتقادم إلا إذا عارض حق المالك، أى غير سند حيازته.

ويترتب على ذلك ثانياً، أنه لو كان المال المرهون غير مملوك للراهن، وتوافرت شروط اكتساب المال بالتقادم، فإن التقادم يتم لمصلحة الراهن وليس لمصلحة المرتهن، إذ الحياة القانونية تكون للأول.

وهذه الحياة تحقق هدفين فى رهن المنقول، وتحقق هدفاً منهما فى رهن العقار.

فهى أولاً تعتبر أداة لإعلام الغير أن المنقول لم يعد محرراً، أى أداة لإشهار حق الدائن المرتهن بما يحمله من حبس وتقدم وتتبع. وهى ثانياً تمكن المرتهن من الحصول على ثمار المنقول وخصمها من مستحقاته بالشكل الذى ذكرناه فى موضعه.

أما بالنسبة للعقار فهى لا تقوم بوظيفة الشهر، إذ رهن العقار لا بد أن يقيد حتى ينفذ فى حق الغير، وهذا القيد هو الذى يعتبر أداة الشهر، ولذا أجاز المشرع فى حالة رهن العقار أن يؤجر الدائن المرتهن العقار إلى الراهن، وبذلك تظل الحياة لهذا الأخير، ولا يمنع هذا من نفاذ الرهن فى حق الغير بشرط أن يعلم الغير بأن وجود العقار فى يد الراهن إنما هو على سبيل الإيجار. ويتم هذا عن طريق

= سعادة السنهورى باشا على استعمال لفظ "عدل" فرأت اللجنة إيداله بلفظ أجنبى لأنه وإن كان التعبير بالعدل اصطلاح شرعى إلا أنه يعطى فكرة عن شروط يجب توافرها فيمن يودع عنده المال، وهذا ليس المطلوب إنما الغرض هو أن يكون شخصا آخر (مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 191 وما بعدها).

إشهار الإيجار إما بذكر هذا في القيد ذاته، وإما بالتأشير به في هامش القيد إذا اتفق عليه بعد الرهن مع مراعاة أن هذا التأشير لا يكون ضروريا إذا جدد الإيجار تجديدا ضمنيا (م1115)⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويكون التسليم عادة للدائن المرتهن. ولكن قد يبقى الشيء فى الحياة المشتركة لكل من الراهن والمرتهن أو يسلم لأجنبى يكون نائبا فى الحياة ويسمى عدلا. ويستطيع العدل أن ينوب عن مرتين متعددين لنفس الشيء، بل يستطيع أحد الدائنين المرتين أن يحوز الشيء أصيلا عن نفسه بصفته مرتها، ونائبا عن غيره بصفته عدلا، فوجود الشيء المرهون فى حياة العدل يمكن الراهن إذن من أن يرهن الشيء رهن حياة أكثر من مرة"⁽²⁾.

412 - شروط الحياة :

يشترط فى الحياة كشرط لنفاذ الرهن فى حق الغير ما يأتى:

1- أن تكون ظاهرة لا خفاء فيها ولا غموض. ولهذا لا يصح أن يحوز الراهن الشيء المرهون نيابة عن الدائن كأن يستأجره منه أو يستعيره أو يعهد بإدارته إلى الراهن بصفته شريكا للدائن المرتهن، مع ملاحظة ما ذكرناه سلفا بالنسبة لتأجير لعقار.

ومعنى ظهور الحياة أن يكون هناك من الدلائل ما يفيد انتقال المال المرهون إلى المرتهن بشكل لا يثير أى شك أو غموض، ولا يدع الراهن يفيد من المال فى زيادة ائتمانه باعتبار هذا المال حرا لا قيد يرد عليه.

وتطبيقا لشرط الظهور لا يكفى أن يكون فى إمكان المرتهن أن يستولى على المال دون عائق. بل يجب أن يستولى عليه فعلا. ولا يكفى أيضا كقاعدة عامة أن يترك المال فى يد الراهن على سبيل الاستئجار ولكن يكفى أن يستمر المال فى يد

(1) أحمد سلامة ص 388 وما بعدها - توفيق حسن فرج ص 242 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص228.

المرتتهن الذى كان يستأجره من قبل. ويراعى من ناحية أخرى، أنه وإن كان الاستيلاء المادى على الشئ هو الذى يفيد السيطرة الفعلية عليه، ويحقق شرط الظهور فإن هذه السيطرة قد تتحقق دون ذلك. فحيازة سند الإيداع، أو سند الشحن، تحقق السيطرة والظهور مع أن الشئ المرهون نفسه ليس فى حيازة المرتتهن وكذلك حيازة السند المثبت للدين يفيد حيازة الدين حيازة ظاهرة⁽¹⁾.

2- أن تكون الحيازة مستمرة:

لكى يظل الرهن ساريا فى حق الغير يجب أن تستمر الحيازة بعيدة عن يد الراهن. فإذا عاد المرهون إلى يد الراهن أصبح الرهن غير نافذ فى حق الغير. (أنظر فى التفصيل شرح المادة 1100).

413 - ضمان الشئ لعدة ديون:

يجوز أن يكون الشئ المرهون ضامنا لعدة ديون. وفى هذه الحالة، يتفق الأطراف على (عدل) أى أجنبى يكون نائبا فى الحيازة، عن دائنين متعددين بل يستطيع أحد الدائنين المرتتهنين أن يحوز الشئ أصلا عن نفسه بصفته مرتتهنا ونائبا غيره بصفته عدلا⁽²⁾.



مادة (1110)

1- يخول الرهن الدائن المرتتهن الحق فى حبس الشئ المرهون عن

(1) أحمد سلامه ص 389 وما بعدها.

(2) مذكرة المشروع التمهيدي مجموعة الأعمال التحضيرية ج 7 ص 228.

الناس كافة، دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون.
 2- وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه، كان له الحق في استرداد حيازته من الغير وفقا لأحكام الحيازة.

الشرح

414 - الحق في حبس الشيء المرهون :

يختلف الرهن الحيازي عن الرهن الرسمي من حيث نقل الحيازة، ولهذا يخول الرهن الحيازي لصاحبه الحق في حبس الشيء المرهون والامتناع عن التخلي عنه طالما ظل الرهن قائما، وإلى أن يستوفى حقه كاملا، وذلك سواء كان هذا الدين قابلا للتجزئة أو لم يكن وسواء كان الشيء المرهون قابلا للإنقسام أو غير قابل له. ذلك لأن الرهن يبقى حتى يوفى الدين كله، لأن الرهن نفسه غير قابل للتجزئة، فأى شئ يبقى من الدين يكون مضمونا بكل الرهن، إلا أن هذه القاعدة لا تتعلق بالنظام العام ويجوز للطرفين الاتفاق على خلاف ذلك⁽¹⁾.

وإذا كان الشيء في حيازة (العدل) أوفى حيازة من عينته المحكمة، فعليه كذلك أن يحبس الشيء إلى حين استيفاء الدائن كامل حقه، وإلا اعتبر مسئولا عما يلحق الدائن من ضرر.

وحق الدائن المرتهن في حبس الشيء يكون بالنسبة للدين المضمون بالرهن فقط، فلا يكون له أن يحبس الشيء المرهون بسبب دين آخر على الراهن.

415 - نطاق حق الحبس :

الحبس هنا مقرر للدائن المرتهن كأحدى السلطات التي يتضمنها حقه العيني، وهو بهذه المثابة يختلف عن الحق في الحبس الذي تكلم عنه المشرع في القواعد العامة للالتزامات كوسيلة من وسائل الضمان التي تكفل حقوق الدائن العادي (م246-248).

(1) السنهاورى ص 668 وما بعدها.

وللدائن حبس المرهون فى مواجهة الناس كافة، فهو يحتج بالحبس فى مواجهة الراهن سواء أكان المدين أو غيره فطالما أن الدائن لم يستوف كامل حقه المضمون بالرهن فإن الراهن لا يستطيع المطالبة بالمرهون حتى ولو كان ذلك بسبب أنه غير مملوك له ويرغب فى رده إلى مالكه.

كذلك يحتج الدائن بحق الحبس فى مواجهة الغير بشرط أن يكون حقه نافذا فى مواجهتهم. فهو يحبس العين فى مواجهة المالك الحقيقى إذا كان الراهن غير مالك مادام يستطيع التمسك بحق الرهن بناء على قاعدة الحياة فى المنقول سند الملكية ومع استثناء حالة المنقولات المسروقة أو الضائعة.

وهو يحتج بالحبس أيضا فى مواجهة مشتري المرهون، كما يجوز له ذلك بالنسبة إلى دائن مرتهن آخر وكذلك بالنسبة لدائنى الراهن العاديين⁽¹⁾.

غير أنه لا يصح الاحتجاج بالحبس فى مواجهة الدائنين السابقين أى أصحاب الحقوق التى حفظوها وفقا للقانون. فمثلا إذا اشترى شخص عقارا وسجل عقده ثم قام البائع برهنه رهنا حيازيا إلى دائن مرتهن تسلمه فعلا فإن هذا الأخير لا يستطيع الاحتجاج بحقه فى مواجهة المشتري الذى انتقلت إليه ملكية العقار قبل نفاذ الرهن الحيازى فى مواجهة الغير، كذلك الشأن إذا كان فى الحبس إضرار بدائن متقدم فى المرتبة كمرتهن حيازى آخر سابق فى المرتبة أو دائن له حق امتياز نافذ فى مواجهة الدائن المرتهن.

إنما لا يحول حق الحبس دون أن يقوم أى دائن باتخاذ إجراءات التنفيذ على المال المرهون.

(1) محمد على إمام ص 538 وما بعدها - أحمد سلامة ص 396 وما بعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"فللدائن المرتهن أن يحبس الشئ فى مواجهة الراهن، وقد سبق ذكر ذلك وله أن يحبسه فى مواجهة الغير، كمشتتر لعقار مرهون سجل البيع بعد قيد الرهن، أو مشتتر لمنقول مرهون وتاريخ الرهن الثابت أسبق من تاريخ البيع. ويحبسه كذلك فى مواجهة الغير من الدائنين المتأخرين عنه فى المرتبة. فإذا رهن الراهن الشئ مرة ثانية، رهن حيازة أو رهنا رسميا فى العقار، فإن للمرتهن الأول أن يحبس العين عن المرتهن الثانى. ولكن إذا نفذ الثانى على العين وباعها فى المزاد فقد كان مقتضى حق المرتهن الأول أن يحبس العين عن الراسى عليه المزاد. وهذا هو الحكم فى التقنين الحالى فعُدل المشروع من هذا الحكم الذى يشل من حقوق الدائنين. وقرر أن رهن الحيازة ينقضى إذا بيعت العين المرهونة بالمزاد العلنى بيعا جبريا (م 1544 من المشروع) وبانقضاء الرهن ينقضى الحبس، ويلتزم المرتهن الأول أن يسلم العين للرأسى عليه المزاد، على أن يستوفى حقه من الثمن قبل المرتهن الثانى طبعاً. أما إذا كان الذى باع العين فى المزاد هو المرتهن الأول، فبديهي أن المرتهن الثانى إذا كان رهنه حيازياً لا يستطيع الاحتجاج بحق الحبس، ويجب أن يسلم العين للرأسى عليه المزاد، ثم هو يستوفى حقه من الثمن بعد المرتهن الأول"⁽¹⁾.

416 - هل يجوز للدائن المرتهن أن يحبس المرهون عن الرأسى عليه

المزاد؟

من المعروف أن الرهن لا يخرج العين عن ملك الراهن، وبالتالي عن الضمان العام لدائنيه. ولذلك فإنه يجوز لهؤلاء الدائنين أن ينفذوا عليه، وكذلك المرتهن نفسه أن يباشر إجراءات التنفيذ لاستيفاء حقه. فإذا جرى التنفيذ الجبرى على المال المرهون إما بناء على طلب المرتهن نفسه أو على طلب دائنى الراهن، ورسا المزاد

على شخص ما، فهل يستطيع المرتهن رهن حيازة أن يتمسك بالحق في الحبس قبل الراسى عليه المزاد ؟

للإجابة عن هذا السؤال يجب التمييز بين ما إذا كان طالب التنفيذ هو المرتهن أو غيره.

(أ) فإذا جرى التنفيذ بناء على طلب المرتهن نفسه، فلا يحق له أن يحبسه عن الراسى عليه المزاد. وكل ماله من حق هو أن يباشر عندئذ حقه في الأفضلية على الثمن.

وليس للدائن المرتهن عندئذ حبس الشيء المرهون ولو كان الثمن الراسى به المزاد لا يكفى بالوفاء بدينه. فالمرتهن بالتنفيذ على العين المرهونة قد نزل بذلك عن حقه في حبسها.

ويطبق هذا الحكم سواء كان المرهون المبيع جبرا عقارا أو منقولاً.

(ب) أما إذا جرى التنفيذ بناء على طلب دائن آخر غير الدائن المرتهن رهن حيازة. فقد كان الحكم المقرر في ظل القانون المدنى القديم أنه يجوز للمرتهن أن يحبس المال المرهون عن الراسى عليه المزاد حتى يستوفى كامل حقه.

وقد كان مشروع القانون المدنى الجديد يتضمن نصا هو المادة 1554 منه ينص على أنه ينقضى الرهن الحيازى إذا بيعت العين المرهونة بيعا جبريا. فبمقتضى هذا النص كان البيع الجبرى من شأنه أن يطهر العين المرهونة من الرهن الحيازى كما يطهرها من الرهن الرسمى. غير أن لجنة المراجعة حذفت هذا النص لأنها لم تقر تطهير العقار من الرهن الحيازى فى حالة عدم وفاء ثمن المبيع بدين المرتهن وأثرت الإبقاء على ما كان يقضى به القانون القديم فى هذا الشأن. ومع ذلك وردت نصوص فى القانون المدنى الجديد يمكن أن يفهم منها أن رسو المزاد على إثر البيع الجبرى يطهر العقار من الرهون الحيازية كما يطهره من الرهون الرسمية (راجع المواد 1064، 1065، 1066، 1067، 1070، 1075). وهذا المواد تشير إلى تطهير العقار من الحقوق المقيدة، والرهن الحيازى من هذه الحقوق.

وبعد صدور القانون المدني الجديد صدر قانون المرافعات رقم 77 لسنة 1949 (الملغى) وفيه جاءت المادة 690 قاطعة في أنه يترتب على تسجيل حكم رسو المزاد أو التأشير به تطهير العقار المبيع من حقوق الامتياز والاختصاص والرهون الرسمية والحيازية التي أعلن أصحابها بإيداع قائمة شروط البيع وأخبروا بتاريخ جلسته، ولا يبقى لهؤلاء إلا حقهم في الثمن. وبناء على ذلك أصبح من أثر البيع الجبرى أن يطهر العقار من الرهن الحيازي، ولم يعد للدائن المرتهن رهن حيازة حق في حبس العقار المرهون عن الراسى عليه المزاد، ولو لم يستوف كامل حقه، وسواء كان البيع بناء على طلب الدائنين التاليين له أو اللاحقين عليه أو الدائنين العاديين. وينتقل حقه على ثمن العقار المبيع، يستوفى منه دينه وفقا لترتيب نفاذ الرهن فى حق الغير.

ونص قانون المرافعات الجديد الصادر بالقانون رقم 13 لسنة 1968 فى المادة 450 مطابق لنص المادة 690 من قانون المرافعات السابق.

هذا إذا كان المرهون محل البيع الجبرى عقارا. فإذا كان منقولا، فإن بيعه بيعا جبريا لا يؤدى - كقاعدة عامة - إلى تطهيره من الحقوق الواردة عليه. ذلك أن بيع المنقول يتم - بعكس بيع العقار - دون إشراك الدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية فى إجراءاته. ولذلك لم يتضمن قانون المرافعات نصا على تطهير المنقول كأثر للبيع الجبرى.

وبناء على ذلك يجوز للدائن المرتهن للمنقول رهن حيازة أن يحبس المنقول المرهون على الراسى عليه المزاد، حتى يستوفى كامل حقه. ويستثنى من هذا الحكم حالتان لا يجوز فيهما للمرتهن رهن حيازة التمسك فيهما بحقه.

الأولى، هى حالة ما إذا كان طالب التنفيذ على المنقول هو الدائن المرتهن نفسه، أو كان قد اشترك فى التنفيذ. فقد سبق القول بأنه يعتبر فى هذه الحالة متنازلا عن حقه فى الحبس.

والثانية، هى حالة ما إذا كان طالب التنفيذ دائنا آخر له حق على المنقول متقدم فى المرتبة على الدائن المرتهن، سواء كان طالب التنفيذ دائنا مرتتها آخر أو

صاحب حق امتياز على المنقول. ذلك أن الرهن الحيازي لا يكون في هذه الحالة ساريا في مواجهة طالب التنفيذ، ومن ثم لا يجوز الاحتجاج به ضد الراسي عليه المزاد.

ففي هاتين الحالتين يتطهر المنقول من الرهن الحيازي ولا يحتج على الراسي عليه المزاد بحق الحبس.

ومعنى هذا أن الدائن المرتهن للمنقول لا يستطيع التمسك بحقه في الحبس قبل الراسي عليه المزاد إلا إذا جرى التنفيذ بناء على طلب دائن عادي أو دائن متأخر عن الدائن المرتهن الحابس. عندئذ يجوز له أن يمتنع عن تسليم المنقول إلى الراسي عليه المزاد حتى يستوفى كامل حقه⁽¹⁾.

417- خروج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو علمه :

إذا خرج الشيء المرهون من يد الدائن المرتهن دون إرادته أو دون علمه، وسواء في ذلك ذهب المرهون إلى يد الراهن أو إلى يد الغير، فإن للمرتهن في هذه الحالة أن يسترد المرهون ممن يكون في يده. ما لم يستطع الحائز أن يحتمى وراء حيازته. إذ يجب على الدائن المرتهن أن يحترم ما قد يكون الغير قد كسب بحسن نية على الشيء من حقوق عينية كحق ارتفاق أو حق رهن، إذا كانت هذه الحقوق نافذة في حق الدائن المرتهن⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وكما أن للدائن المرتهن إذا لم يستوف الدين أن يسترد الشيء من الراهن إذا هو عاد إليه، فإنه يستطيع كذلك أن يسترده من الغير إذا خرج الشيء من يده غصبا دون إرادته، أو خلصة بغير علمه دون إخلال بما قد يكون الغير قد كسب من حقوق عينية على الشيء، إذا كانت هذه الحقوق نافذة في حق المرتهن"⁽³⁾.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 373 وما بعدها.

(2) عبد الفتاح عبد الباقي ص 624 - السنهورى ص 674.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 235.

مادة (1111)

لا يقتصر الرهن الحيازي على ضمان أصل الحق وإنما يضمن أيضا وفي نفس المرتبة ما يأتي:

- (أ) المصروفات الضرورية التي أنفقت للمحافظة على الشيء.
- (ب) التعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشيء.
- (ج) مصروفات العقد الذي أنشأ الدين ومصروفات عقد الرهن الحيازي وقيده عند الاقتضاء.
- (د) المصروفات التي اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازي.
- (هـ) جميع الفوائد المستحقة مع مراعاة ما جاء في المادة 230.

الشرح

418 - ما يضمنه الرهن الحيازي:

لا يقتصر الرهن الحيازي على ضمان أصل الحق، وإنما تضمن أيضا ملحقات أصل الحق، وفي نفس مرتبته. وهذه الملحقات حددتها المادة على النحو الآتي:

(1) المصروفات الضرورية التي أنفقت للمحافظة على الشيء:

والمقصود بها نفقات حفظ المرهون وإصلاحه. وقد رأينا عند تناول التزام الدائن باستغلال المرهون أن هذه المصروفات تخصم من الثمار. فإذا لم تستوف من الثمار كان للدائن أن يقتضيها من ثمن المرهون بنفس مرتبة الدين الأصلي. وهذا النص قاصر على المصروفات الضرورية، ومن ثم فهو لا ينطبق على المصروفات النافعة التي تطبق بشأنها القواعد العامة وهي تعطى الحق لمن يصرفها في أن يحبس الشيء ويمتنع عن تسليمه حتى يستوفى ما هو مستحق له (م246).

(2) التعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشيء :

فإذا كان المرهون حيوانا مصابا بمرض وترتب على حياة الدائن له بناء على الرهن انتقال العدوى إلى ماشيته كان الراهن مسئولاً عن ذلك بناء على قواعد المسؤولية التقصيرية، ويصبح الرهن ضامنا بمرتبه للتعويض المستحق⁽¹⁾.

(3) مصروفات العقد الذى أنشأ الدين ومصروفات عقد الرهن الحيازي

وقيده عند الاقتضاء :

فإذا كان الالتزام المضمون ناشئاً عن قرض مثلاً، كانت مصروفات عقد القرض مضمونة بالرهن، بجانب مصروفات عقد الرهن ذاته. وإذا كان المرهون عقاراً، كانت مصروفات القيد وتجديده مضمونة بالرهن كذلك⁽²⁾.

وإذا كان الدائن المرتهن قد دفعها، فإنه يرجع بها على المدين الراهن أو على المدين والراهن⁽³⁾.

(4) المصروفات التى اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازي :

ومثل ذلك النفقات التى يتكبدها المرتهن فى سبيل تسلم المرهون عند قيام الرهن ثم رده عند انقضاء الرهن.

وكالأجر المستحق للدائن المرتهن نظير قيامه بإدارة الشيء المرهون واستثماره إذا اتفق فى العقد - على خلاف الأصل - على استحقاقه أجراً⁽⁴⁾.

(5) جميع الفوائد المستحقة مع مراعاة ما جاء فى المادة 230 :

(1) محمد على إمام ص 542 وما بعدها.

(2) عبد الفتاح عبد الباقي ص 119.

(3) السنهورى ص 659 - محمد لبيب شنب ص 271.

(4) محمد لبيب شنب ص 271.

فجميع الفوائد المستحقة عن الدين تكون مضمونة بالرهن، وفي نفس مرتبة أصله. ويلاحظ أن هناك فرقا بالنسبة إلى مرتبة الفوائد، بين الرهن الرسمي والرهن الحيازي. فالرهنان يتفقان في أن كلا منهما يضمن جميع الفوائد المستحقة عن الدين إلى وقت رسو المزاد. ولكنهما يختلفان في المرتبة التي تثبت للفوائد التي يضمنها كل منهما، فالرهن الرسمي - كما رأينا - لا يضمن في نفس مرتبة أصل الدين إلا الفوائد التي تذكر في قائمة القيد، وفوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية، والفوائد التي تستحق بعد هذا التاريخ إلى يوم رسو المزاد، أما الفوائد الأخرى فلا يضمنها القيد الأصلي، ولا تثبت مرتبتها إلا من تاريخ القيد التكميلي الذي يجري عنها بعد استحقاقها (م/2/1058).

أما الرهن الحيازي فيضمن في نفس مرتبة أصل الدين كل الفوائد التي تستحق إلى يوم رسو المزاد. وهذا ظاهر من قول الشارع إن الرهن الحيازي يضمن في نفس مرتبة الرهن "جميع الفوائد المستحقة".

والعلة التي أدت بالمشرع إلى تمييز الرهن الحيازي على هذا النحو هي أن للمرتهن الحيازي الحق في أن يستوفي الفوائد المستحقة كلها من غلة المرهون. وكما هي الحال في الرهن الرسمي، لا يضمن الرهن الحيازي الفوائد إلا إذا كان الدين منتجا لها بحسب القواعد العامة، وبشرط أن تذكر هي وسعرها في عقد الرهن، فضلا عن ذكر ذلك في قائمة القيد، إذا كان المرهون عقارا⁽¹⁾.

أما عما جاء في المادة 230 مدني، فهي تنص على أن:

"عند توزيع ثمن الشيء الذي بيع جبرا لا يكون الدائنون المقبولون في التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عن الأنصبة التي تقررت لهم في هذا التوزيع إلا إذا كان الراسي عليه المزاد ملزما بدفع فوائد الثمن، أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد في هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسي عليه المزاد أو

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 619 وما بعدها - سليمان مرقس ص 489.

خزانة المحكمة. وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعاً قسمة غراماً".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"وللدائن المرتهن حيازة أن يتقدم على غيره من الدائنين التاليين له في المرتبة عند استيفاء حقه من ثمن المرهون. وتتحدد مرتبته في العقار بتاريخ القيد وفي المنقول بالتاريخ الثابت للرهن، ويضمن الرهن في نفس المرتبة الدين الأصلي والنفقات الضرورية التي صرفها الدائن في المحافظة على الشيء، وله حق الرجوع بها لا بناء على عقد الرهن بل بناء على الإثراء بلا سبب، ولكنها مع ذلك تضمن بالرهن لعلاقتها الظاهرة به ويضمن الرهن كذلك التعويض عن الأضرار الناشئة عن عيب في المرهون، وهذه مصدرها العمل غير المشروع ولكنها تضمن بالرهن للعلاقة الظاهرة، ومصرفات العقد الذي أنشأ الدين ومصرفات عقد الرهن وقيده، والمصرفات التي اقتضاها تنفيذ الرهن الحيّازي، والفوائد التي نص في العقد على سعرها وعلى مبدأ سريانها (بخلاف الرهن الرسمي فلا يضمن إلا فوائد سنتين سابقتين على تسجيل التنبيه) وذلك لأن المرتهن حيازة من حقه أن يستوفي الفوائد كلها من غلة العين وجميع فوائد التأخير إلى يوم رسو المزاد. أما بعد رسو المزاد فلا يستحق للدائن فوائد تأخير إلا إذا كان الراسي عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن أو كانت خزينة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد على النحو الذي جاء في المادة 308 من المشروع"⁽¹⁾.



(الفصل الثالث)

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 235 وما بعدها.

انقضاء الرهن الحيازي

مادة (1112)

ينقضى حق الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذى انقضى به الدين، دون إخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها قانونا فى الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته.

الشرح

419 - انقضاء حق الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون :

ينقضى حق الرهن الحيازي - كالشأن فى الرهن الرسمى - بانقضاء الدين المضمون لوجود علاقة تبعية بين الرهن والدين.

فإذا انقضى الدين المضمون بأى سبب من الأسباب كالوفاء أو المقاصة أو الإبراء أو اتحاد الذمة انقضى الرهن معه.

ويلاحظ أن الراهن إذا كان هو المدين فإن الالتزام الأصيل لا ينقضى بالتقادم طالما أن المرهون تحت يد الدائن المرتهن حيث يعتبر ذلك إقرارا ضمنيا بوجود الدين ينقطع به التقادم (م384).

وبالطبع يلزم أن يكون انقضاء الدين الأصيل كلياً، فإذا تبقى منه جزء بقى المرهون بأكمله ضامناً للوفاء به.

420 - عودة الرهن إذا زال السبب الذى انقضى به الدين :

يجب لانقضاء الرهن بانقضاء الدين الأصيل، أن يكون انقضاء الأخير نهائياً.

أما إذا زال السبب الذى ترتب عليه عاد الالتزام المضمون من جديد وعاد معه الرهن تبعاً. فمثلاً إذا تقرر إبطال عقد الرهن لصدوره من غير ذى أهلية وحصول ضرر منه للموفى أو لحصوله بشئ غير مملوك له أو زوال سبب اتحاد الذمة أو

بطلان الإبراء لحصوله من غير ذى أهلية يعود الدين المضمون ويعود معه الرهن تبعاً لذلك. على أن عودة الرهن فى هذه الحالة لا يمكن أن تضر بالحقوق التى يكون الغير قد اكتسبها بحسن نية فى الفترة ما بين انقضاء الالتزام المضمون وعودته، شأن الرهن الحيازى فى هذا شأن الرهن الرسمى تماماً. فإذا اشترى شخص مثلاً العقار المرهون بحسن نية وسجل عقده فى خلال هذه الفترة فإن الرهن الذى يعود لا يضر به ولا يسرى فى مواجهته.

والرهن لا ينقضى بانتقال الالتزام المضمون كما هو الحال فى حوالة الحق المضمون، حيث يظل الرهن ضامناً له فى يد الدائن الجديد.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"ينقضى رهن الحيازة بطريقة تبعية بانقضاء الدين المضمون. على النحو المبين فى الرهن الرسمى"⁽¹⁾.

421- تزامن المرتهن الحيازى مع غيره :

للمرتن الحيازى - كما ذكرنا سلفاً - الحق فى أن يقتضى دينه بالتقدم. والتقدم يستلزم المزاومة. والمرتن إما يتزامن مع غيره من دائنى الراهن العاديين، أو مع من يكون دينه مضموناً بحق على المرهون.

فإذا تزامن المرتن الحيازى مع دائنى الراهن العاديين، تقدم عليهم، بشرط أن يكون رهنه سارياً فى مواجهتهم.

وإذا تزامن المرتن الحيازى مع مرتن حيازى آخر لنفس الشئ، تقدم منهما من يكون سابقاً فى المرتبة، تطبيقاً لقاعدة السابق فى التاريخ يتقدم فى القانون. مع ملاحظة أن مرتبة الرهن الحيازى فى العقار تتحدد بانتقال الحيازة والقيّد، وتتحدد فى المنقول المادى بانتقال الحيازة والتاريخ الثابت لعقد الرهن، وتتحدد فى

الديون بانتقال حيازة السند وبالتاريخ الثابت لإعلان الرهن أو قبوله. وإذا تزاحم مرتهن العقار رهنا حيازيا مع مرتته رهنا رسميا أو مع صاحب حق الاختصاص أو صاحب حق الامتياز الخاص عليه، ثبتت الأفضلية للسابق في المرتبة، مع ملاحظة أن مرتبة المرتهن الرسمي وصاحب حق الامتياز الخاص العقارى تتحدد بتاريخ القيد، وأن مرتبة المرتهن الحيازي للعقار تتحدد بالتاريخ الذى يتوافر فيه قيد الرهن وانتقال الحيازة⁽¹⁾. وسنبين حكم التزاحم بين المرتهن الحيازي وبين من يكون له على المرهون حق امتياز عام أو حق امتياز خاص منقول فى موضعه من الكتاب.



(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 627 وبعدها.

مادة (1113)

ينقضى أيضا حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية:

- (أ) إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق وكان ذا أهلية فى إبراء ذمة المدين من الدين. ويجوز أن يستفاد التنازل ضمنا من تولى الدائن باختياره عن الشيء المرهون، أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ، على أنه إذا كان الرهن مثقلا بحق تقرر لمصلحة الغير، فإن تنازل الدائن لا ينفذ فى حق هذا الغير إلا إذا أقره.
- (ب) إذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية فى يد شخص واحد.
- (ج) إذا هلك الشيء أو انقضى الحق المرهون.

الشرح

422 - انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية:

ينقضى الرهن الحيازي بصفة أصلية أى مستقلا عن الدين بالأسباب الآتية:

السبب الأول: إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق وكان ذا أهلية فى إبراء ذمة المدين من الدين:

فللدائن المرتهن أن ينزل عن حق الرهن الحيازي المقرر له. ويترتب على هذا النزول انقضاء حق الرهن.

والنزول عن الرهن تصرف قانونى صادر عن إرادة منفردة، فلا يشترط لإنتاج أثره قبول الراهن له.

ولكنه كأى تصرف قانونى يتطلب أن تكون إرادة الدائن سليمة خالية من العيوب وأن يكون ذا أهلية للنزول وقد تطلب القانون لصحة النزول عن الرهن أن يكون الدائن المرتهن أهلا لإبرام التصرفات الضارة ضررا محضا، لأن النزول عن

الرهن وإن لم يؤد إلى انقضاء الدين المضمون به، إلا أنه يقلل من فرص استيفائه⁽¹⁾.

والنزول عن الرهن قد يأتي صريحا وقد يستدل عليه ضمنا من ظروف الحال. ويجب في جميع الأحوال، للقول بحصول نزول المرتهن عن الرهن، أن تظهر نيته فيه بصفة لا تحتل شكاً، إذ ترك الحق لا يفترض ولا يتوسع في التفسير الذي يؤدي إلى القول به.

والقاعدة هي أنه يجب على من يدعى نزول المرتهن عن الرهن أن يقيم الدليل على صحة ادعائه، ولكن المشرع يقرر قرينتين يستخلص منهما هذا النزول. **القرينة الأولى**، هي التي تقوم على استخلاص رغبة المرتهن في النزول عن الرهن من إرجاعه المرهون بإختياره إلى الراهن، وقد رأينا أن المادة (1100) تنص على أنه: "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". ونحيل في تفصيل ذلك إلى شرح المادة المذكورة.

أما القرينة الثانية، فهي التي تقوم على استنتاج رغبة المرتهن في النزول عن الرهن من موافقته على التصرف في المرهون دون تحفظ منه.

والقرينتان السابقتان هما قرينتان بسيطتان في مكنة المرتهن أن يهدمهما بإقامة الدليل على أنه لم يسلم المرهون للراهن إلا لسبب لم يقصد به انقضاء الرهن، أو على أنه لم يقصد بالموافقة على تصرف الراهن في المرهون زوال رهنه عليه⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

(1) محمد لبيب شنب ص 274 - عبد الفتاح عبد الباقي ص 631.

(2) عبد الفتاح عبد الباقي ص 631 وبعدها.

1- "يدل نص المادة 273 من القانون المدنى على أن حق الدائن فى الأجل لا يسقط إذا كان إضعاف التأمينات بفعل الدائن نفسه. وللدائن المرتهن - شأنه شأن صاحب أى حق عينى آخر - أن ينزل عن رهنه دون أن يرجع فى ذلك إلى إرادة المدين الراهن".

2- "متى كان الدائن المرتهن قد تسلم الأطيان المرهونة وظلت فى حيازته وكان هو الذى تخلى عن حيازة هذه الأطيان باختياره فإنه يكون هو المسئول وحده عن إضعاف التأمينات".

(طعن رقم 67 لسنة 35 قى جلسة 1969/2/11)

أما التنازل عن الرهن المثل بحق تقرر للغير، فلئن كان الأصل أن نزول المرتهن عن الرهن يزيله، ويحرر المرهون منه، إلا أنه لا يترتب على نزول المرتهن هذا الأثر، إذا كان قد تعلق لأحد من الغير حق بالرهن، ما لم يقر هذا الغير النزول. فإذا كان المرتهن قد رهن بدوره حقه المضمون لدائن له فإن حق هذا الدائن الثانى يمتد إلى الرهن ولا يترتب على تنازل الدائن الأول عن الرهن ضياع حق الدائن الثانى، بل يبقى حق الأول قائما لمصلحته ما لم يقر مدينه على هذا التنازل⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ينقضى الرهن الحيازى أيضا بطريقة أصلية أى مستقلا عن الدين ببيع العين فى المزاد الجبرى، وهذا الحكم هام فقد تقدم أنه هو الذى يستند إليه الراسى عليه المزاد فى تسلم العين من المرتهن الأول، إذا بيعت العين بناء على طلب دائن تال له فى المرتبة. وكذلك ينقضى الرهن بتنازل الدائن عنه إذا توافرت فيه الأهلية اللازمة، ويستفاد التنازل ضمنا بالتخلى عن الشئ اختيارا أو الموافقة دون تحفظ على التصرف فيه، ولكن إذا كان الرهن مثقلا بحق لأجنبى كما إذا كان المضمون

(1) أحمد سلامة ص 401 وما بعدها.

بالرهن قد رهنه الدائن بدوره لدائن له فإن هذا الدائن الثاني يمتد حقه إلى الرهن، ولا يترتب على تنازل الدائن الأول عن الرهن أن يضر ذلك بحق الدائن الثاني⁽¹⁾.

السبب الثاني :

انقضاء الرهن الحيازي باتحاد الذمة :

إذا اجتمعت لشخص واحد صفة مرتهن الشيء ومالكه، كما إذا ورث المرتهن الشيء المرهون أو اشتراه، انقضى الرهن على أنه من مصلحة الدائن المرتهن أن يحتفظ بالرهن على الشيء المرهون الذي تملكه إذا كان الشيء مرهونا لغيره. هذا ولا يضر اتحاد الذمة بحق الغير في الإفادة من الرهن، كما إذا كان المرتهن قد رهن بدوره الحق المضمون بالرهن أو حوله للغير، ثم اشترى العين المرهونة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وينقضى الرهن كذلك باتحاد الذمة بأن يجتمع الرهن وملكية العين المرهونة في يد واحدة، كما إذا اشترى الدائن المرتهن العين المرهونة. ولا يخل اتحاد الذمة بحق الأجنبي على الرهن، كما إذا كان الدين المضمون بالرهن قد رهنه الدائن بدوره لدائن له كما تقدم في المثل السابق، فإن الدائن الأول إذا اشترى العين المرهونة واتحدت الذمة بذلك، فاتحادها على هذا الوجه لا يضر بحق الدائن الثاني. كذلك لا يعد الرهن منقضيا باتحاد الذمة إذا كانت للمالك مصلحة قانونية في استبقائه، كما إذا اشترى الكفيل العيني الدين المضمون بالرهن وباع هذا الدين بعد ذلك مستبقيا الرهن لضمانه. وكذلك لا ينقضى الرهن إذا زال اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي كما إذا فسخ العقد الذي اشترى به المرتهن العين"⁽²⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 241.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 241 وما بعدها.

السبب الثالث :

هلاك الشيء المرهون :

الرهن الحيازي كالرهن الرسمي ينقضى بهلاك الشيء المرهون، بشرط أن يكون الهلاك تاما أما إذا كان الهلاك جزئيا فإن الرهن يبقى على ما بقى من الشيء، ويكون ضامنا لكل الدين تطبيقا لقاعدة عدم تجزئة الرهن. وإذا دفع تعويض أو مبلغ تأمين بسبب هلاك المرهون، انتقل الرهن إليه بمقتضى قاعدة الحلول العيني.

ويشبه بهلاك الشيء المرهون انقضاء الحق المرهون، كما إذا رهن حق الانتفاع أو حق الإيجار ثم انقضا وتشبه بهلاك المرهون أيضا حالة نزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة إذ فى هذه الحالة يحرر العقار من كل أنواع الرهن، وينتقل حق المرتهن إلى مبلغ التعويض⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... ويزول الرهن أخيرا بصفة أصلية إذا هلك الشيء أو الحق المرهون. فإن كان الحق المرهون حق انتفاع مثلا، وتنازل المنتفع عنه، فلا يخل هذا التنازل بحقوق الدائن المرتهن"⁽²⁾.

423- أسباب أخرى لانقضاء الرهن الحيازي :

1- انقضاء الرهن الحيازي بالبيع الجبرى والتطهير (راجع فى شرح المادة 1110).

2- انقضاء حق الرهن الحيازي بفسخ عقد الرهن: ينقضى حق الرهن إذا تقرر فسخ العقد. فإذا أخل الراهن بالتزامه بضمان سلامة الرهن جاز للمرتهن فسخ

(2) عبد الفتاح عبد الباقي ص 633.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 242.

العقد والمطالبة بأداء الدين فوراً (م1101).
وكذلك يجوز فسخ عقد الرهن كجزاء لإخلال المرتهن بالتزامه بالمحافظة على
الشيء المرهون وصيانتته (المواد 1103، 1104، 1106).
وفي الحالات التي يفسخ فيها عقد الرهن ينقضى الحق بصفة أصلية.
ويترتب على ذلك سقوط أجل الدين، فيجوز للدائن أن ينفذ بحقه فوراً، ويكون له أن
يحبس المال الذي كان مرهوناً لديه إلى أن يستوفى كامل حقه⁽¹⁾.



(1) سليمان مرقس ص 498.

(الفصل الرابع)

بعض أنواع الرهن الحيازي

1 - الرهن العقاري

مادة (1114)

يشترط لنفاذ الرهن العقاري فى حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يقيّد عقد الرهن، وتسرى على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيّد الرهن الرسمى.

الشرح

424 - شرطاً لنفاذ الرهن العقاري فى حق الغير:

يشترط لنفاذ الرهن العقاري فى حق الغير - بالمعنى الذى أوردناه سلفاً - انتقال الحيازة إلى المرتهن أو إلى الأجنبى الذى يتفق عليه الطرفان (العدل)، وقيد عقد الرهن بمكتب الشهر العقارى المختص.

ذلك أن عقد الرهن الحيازي حق عينى تبعى.

فإذا تأخر شهره إلى ما بعد انتقال الملكية من الراهن فإنه لا ينفذ فى حق المتصرف إليه بالرغم من بقاء المرهون فى حيازة المرتهن.

ويستوى الرهن الحيازي العقاري مع الرهن الرسمى فى ذلك.

وعلى هذا نصت المادة (12) من قانون تنظيم الشهر العقارى بقولها: "جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق القيد ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"تقدم بيان وجوب قيد الرهن الحيازى إذا وقع على العقار حتى يكون نافذا فى حق الغير"⁽¹⁾.

425 - سريان أحكام قيد الرهن الرسمى على قيد الرهن الحيازى :

أحالت المادة فى أحكام قيد الرهن الحيازى العقارى إلى أحكام قيد الرهن الرسمى.

وهذه الإحالة جاءت عامة، فتشمل أحكام إجراء القيد وتجديده ومحوه وإلغاء المحو والآثار التى تترتب على ذلك كله.

غير أنه يلاحظ فى هذا الشأن ما يأتى :

1- أنه فيما يتعلق بالبيانات التى يجب أن تشتمل عليها قائمة القيد، نصت المادة 30/ سادسا من قانون تنظيم الشهر العقارى على أنه فى حالة رهن الحياة العقارى يجب أن تشتمل قائمة القيد على "بيان خاص بالتكليف وبالإيجار إلى الراهن إلا إذ نص عليه فى عقد الرهن".

2- فيما يتعلق بمحو القيد أضافت المادة (45) من قانون تنظيم الشهر العقارى حكما خاصا بحالة محو القيد الخاص بالرهن الحيازى العقارى وبحقوق الامتياز العقارية، فنصت على أن:

"لا يجوز محو القيد إلا بمقتضى حكم نهائى أو برضاء الدائن بتقرير رسمى منه ومع ذلك يكتفى فى إجراء المحو فى حالة رهن الحياة العقارى وحقوق الامتياز العقارية بإقرار عرفى مصدق على التوقيع فيه".

وعلة هذه التفرقة بين محو الرهن الرسمى ومحو الرهن الحيازى أن إنشاء الرهن الرسمى لا يكون إلا بورقة رسمية. أما الرهن الحيازى فلأنه يكفى فى نشوئه أن يكون بورقة عرفية، اكتفى فى تقرير محوه أن يكون بورقة عرفية.

مادة (1115)

يجوز للدائن المرتهن لعقار أن يؤجر العقار إلى الراهن دون أن يمنع ذلك من نفاذ الرهن في حق الغير. فإذا اتفق على الإيجار في عقد الرهن وجب ذكر ذلك في القيد ذاته. أما إذا اتفق عليه بعد الرهن وجب أن يؤشر به في هامش القيد، إلا أن هذا التأشير لا يكون ضروريا إذا جدد الإيجار تجديدا ضمنيا.

الشرح

426- تأجير العقار المرهون إلى الراهن:

رأينا سلفا أن الفقرة الأولى من المادة (1109) تنص على أنه يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان - فهذه المادة وضعت القاعدة العامة في نفاذ الرهن الحيازي قبل الغير، فلا يكفي لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير مجرد التسليم أو نقل الحيازة، بل لابد من بقاء المرهون في حيازة المرتهن أو العدل طوال مدة الرهن، وبخاصة إلى الوقت الذي يستعمل فيه المرتهن حقوقه قبل الغير - إلا أن المادة (1115) أوردت استثناء على هذه القاعدة، فأجازت تأجير العقار المرهون إلى الراهن فيبقى في حيازته، دون أن يحول ذلك دون نفاذ حق الرهن الحيازي في حق الغير.

وأنه إذا اتفق على الإيجار في عقد الرهن وجب ذكر ذلك في العقد ذاته.

أما إذا اتفق عليه بعد الرهن وجب أن يؤشر به في هامش القيد.

وحكمة هذا الاستثناء أن المشرع قدر أن تأجير العقار المرهون للراهن نفسه قد يكون أنسب وجه لاستثمار العقار أمام المرتهن، سواء لأن المرتهن يكون عديم الخبرة أو قليلها في إدارة العقار المرهون أو لا تسمح ظروفه باستغلاله أو لم يجد

مستأجرا بشروط مناسبة أو كانت البيئة المحيطة بالعقار لا تقبل المرتهن كدخيل عليها.

وفى ذات الوقت حرص المشرع على مصلحة الغير وتوفير الوسيلة لإعلامهم ببقاء الرهن وعدم انقضائه برغم عودة العقار إلى الراهن أو برغم احتفاظه بحيازته أصلا، باشتراط ذكر واقعة تأجير العقار المرهون إلى الراهن ضمن بيانات قيد الرهن إذا اتفق على هذا التأجير فى عقد الرهن. أما إذا اتفق على التأجير بعد إبرام الرهن فيجب أن يؤشر به فى هامش القيد.

أما إذا لم يشهر الإيجار وفقا للقانون فإن الرهن يظل موجودا وناظدا فى العلاقة بين المتعاقدين. لأن عودة العقار المرهون للراهن كانت بسبب لا يفيد انقضاء الرهن. بينما لا يعتبر هذا الرهن نافذا فى مواجهة الغير⁽¹⁾.

وتجديد الإيجار تجديدا ضمنيا إيجار جديد، وكان الواجب التأشير به فى هامش القيد، لأنه لا يكون إلا بعد الرهن. ولكن القانون أعفى الدائن المرتهن والراهن من شهر التجديد الضمنى بالتأشير فى هامش القيد. فإذا جدد الإيجار تجديدا ضمنيا، فإنه يكتفى بشهر الإيجار نفسه فى القيد أو فى هامش القيد، ولا حاجة إلى التأشير بالتجديد الضمنى⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"يختص رهن الحيازة العقارى بحكمين آخرين:

(أ) استثناء من المادة 1536 يجوز للمرتهن أن يؤجر العقار إلى الراهن دون أن يمنع ذلك من نفاذ الرهن فى حق الغير، على أن يشهر الإيجار إما بذكره فى القيد نفسه إذا اتفق عليه عند الرهن، أو بالتأشير به على هامش القيد إذا اتفق عليه بعد ذلك. ولا يكون تجديد التأشير ضروريا إذا جدد الإيجار تجديدا ضمنيا أما

(1) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 520 وما بعدها.

(2) السنهورى ص 964.

فى رهن المنقول فخرج العين من يد المرتهن إلى الراهن بإيجار أو بغيره لا يبطل الرهن ولكن يجعله غير نافذ فى حق الغير كما تقدم⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض فى ظل التقنين المدنى القديم بأن:

"إن القانون يوجب لصحة رهن الحيازة وضع المرهون فى حيازة الدائن المرتهن، ويقضى ببطلان هذا الرهن إذا رجع المرهون إلى حيازة راهنه. وإذا كان عقد الإيجار يضع العين المؤجرة فى حيازة المستأجر فإنه يكون على المحكمة، متى أثبتت فى حكمها أن الراهن استأجر العين المرهونة فى اليوم الذى حصل فيه رهنها، أن تعتبر أن حيازة المرهون لم تنتقل إلى المرتهن أو أنها على الأقل قد رجعت على الفور إلى الراهن، وفى كلتا الحالتين يجب عليها أن تحكم ببطلان الرهن. والقول بأن رجوع الحيازة إلى الراهن بطريق الإيجار لا يبطل الرهن مردود بعموم نص المادة 541 من القانون المدنى، وبمخالفة ذلك لطبيعة الرهن الحيازى وعلى أنه إذا كان القانون رقم 49 لسنة 1923 المعدل للمادة 540 قد رخص للدائن فى إيجار العقار المرهون إلى المدين بشرط النص على ذلك فى عقد الرهن أو التأشير به فى هامش تسجيله فإنه لم يقصد بهذا الترخيص الذى جاء به إلغاء حكم المادة 541 من القانون المدنى وإنما قصد تسهيل المعاملات بين الناس، ملاحظا فى ذلك أن إشهار الإيجار بطريق التسجيل فيه ما يغنى عن حيازة الدائن العقار المرهون".

(طعن رقم 32 لسنة 14 ق جلسة 14/12/1944)



مادة (1116)

1- على الدائن المرتهن لعقار أن يتعهد العقار بالصيانة وأن يقوم بالنفقات اللازمة لحفظه، وأن يدفع ما يستحق سنويا على العقار من ضرائب وتكاليف، على أن يستنزل من الثمار التي يحصلها قيمة ما أنفق أو يستوفي هذه القيمة من ثمن العقار في المرتبة التي يخولها له القانون.

2- ويجوز للدائن أن يتحلل من هذه الالتزامات إذا هو تخلص عن حق الرهن.

الشرح

427- التزام الدائن المرتهن بحفظ العقار المرهون وصيانتته :

يلتزم الدائن المرتهن لعقار بحفظ العقار المرهون وصيانتته. ويقتضى ذلك أن يقوم الدائن المرتهن بجميع الأعمال اللازمة لكي يظل هذا الشيء بالحالة التي تسلمها عليه. وفي سبيل ذلك يجب على الدائن أن يقوم بالأعمال الكفيلة بمنع أى تلف أو هلاك للشيء المرهون. وكذلك بالأعمال اللازمة للمحافظة على حقوق الراهن عليه⁽¹⁾.

فإذا كان العقار المرهون أرضا زراعية، التزم الدائن بحرثها ونزع الحشائش الضارة، وصرف المياه الزائدة من حاجتها.

وإذا كان العقار المرهون بناء، التزم الدائن بترميمه وسد الشقوق أو الثقوب التي قد تظهر به وتقوية الأعمدة التي يقوم عليها.

ويجوز إعادة المرهون إلى الراهن لمدة مؤقتة دون أن يترتب على ذلك زوال الرهن إذا كان ذلك لازما لإجراء عمل من أعمال الصيانة.

(1) محمد ليبب شنب ص 236.

ومن قبيل حفظ المرهون وصيانتته أنه إذا كان مهددا بأن يصيبه هلاك أو تلف أو نقص في القيمة وجب على الدائن أن يبادر بإخطار الراهن بذلك. كذلك يدخل ضمن أعمال الصيانة قيام الدائن بدفع ما يستحق على الشيء المرهون من ضرائب وتكاليف كضرائب الأطنان والمباني إذ أن عدم الوفاء بها يؤدي إلى التنفيذ عليه ونزعه من الراهن. وعلى الدائن المرتهن أن يقوم بدفع النفقات اللازمة لحفظ المرهون وهو يرجع بها على الراهن. وإذا لم تكف الغلة استوفاه من ثمن بيع المرهون بنفس مرتبة الدين.

428- نفقات الحفظ والصيانة الجسيمة:

إذا كانت القاعدة هي التزام المرتهن بإنفاق مصروفات حفظ المرهون وصيانتته، إلا أنه يجب القول قياسا على حالة المنتفع (م/989/2) بأنه إذا كانت هذه النفقات جسيمة وغير عادية، كان المرتهن في حل من إنفاقها بشرط أن يخطر الراهن في وقت مناسب بما وصلت إليه حالة العقار، ليقوم بإجراء ما يستلزمه الإصلاح⁽¹⁾.

429- مقدار العناية الواجبة في الحفظ والصيانة:

حدد العناية الواجبة في الحفظ والصيانة نص المادة (1103) بقولها: "إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد... الخ".

وهي ذات العناية التي يلتزم بها كل مدين في الالتزام بعمل طبقا للقواعد العامة الواردة بالفقرة الأولى من المادة (211 مدنى) ومفاد ذلك أن العناية المطلوبة من الدائن المرتهن، هي عناية الشخص المعتاد. فإذا كان الدائن معروفا بالحيطة والتدبر في أموره ويزيد على الشخص المعتاد في عنايته بشئونه لم يطلب منه هذه

العناية كلها في المحافظة على المرهون وصيانتته لأنها عناية تزيد على عناية الشخص المعتاد. كذلك إذا كان الدائن معروفا بالإهمال وعدم الحيطة لم يكتف منه بهذه العناية لأنها تقل عن عناية الشخص المعتاد.

ودرجة العناية أمر يرجع للظروف والأحوال وهو يختلف حسب نوع الشيء المرهون وعرف الجهة وظروف التعاقد.

وقاضى المروض هو الذى يحدد فى كل حالة مدى العناية اللازمة⁽¹⁾.

وهذه العناية هى المطلوبة أيضا فى العدل الذى يلتزم بحفظ العقار المرهون، إذا كان مأجورا، أى يتقاضى مقابلا لقيامه بحياسة العقار المرهون.

أما إذا كان العدل غير مأجور، فإن العناية الواجبة عليه هى العناية الواجبة على المتفضل بعمله كالوكيل غير المأجور (م704). والمودع لديه غير المأجور (م720)، فيلتزم العدل بأن يبذل فى حفظ الشيء المرهون العناية التى يبذلها فى حفظ الأشياء المملوكة له، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد⁽²⁾.

430- طبيعة الالتزام بالمحافظة على المرهون :

كان مؤدى التزام الدائن المرتهن ببذل عناية الرجل المعتاد فى حفظ الشيء المرهون وصيانتته أن يتعين على الراهن فى حالة هلاك الشيء أو تلفه أن يقيم الدليل طبقا للقواعد العامة فى الالتزام ببذل عناية على تقصير الدائن المرتهن ليسأله عن هذا الهلاك أو ذاك التلف. ولكن المشرع قضى فى المادة (1103 مدنى) على النقيض بأن الدائن المرتهن مسئول من هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب آخر لا يد له فيه. وقد علل جانب من الفقه ذلك المسلك - مستندا

(1) الدكتور نبيلة رسلان سلطات الدائن المرتهن حيازيا بين الشريعة والقانون "الدعوى لتطوير

نظام الرهن" - بحث منشور بمجلة روح القوانين التى تصدرها كلية الحقوق بجامعة طنطا العدد الثالث ديسمبر 1990 ص 97 وما بعدها - محمد على إمام ص 522 - محمد لبيب

شنب ص 238 - عبد الفتاح عبد الباقي ص 586.

(2) محمد لبيب شنب ص 238.

إلى الأعمال التحضيرية⁽¹⁾ - بأن مسؤولية المرتهن في المحافظة على الشيء المرهون هي مسؤولية تعاقدية فهو مسئول عن هلاك الشيء إلا إذا أثبت أن الهلاك يرجع إلى سبب آخر لا يد له فيه.

غير أن الرأي الراجح يذهب إلى أن طبيعة التزام المرتهن بالحفظ لا يتأسس على نوع المسؤولية وكونها عقدية، بل على نوع التزام المرتهن ويكون محله تحقق نتيجة أو بذل عناية. فالشارع لم يكتف في المادة (1103 مدنى) بفرض التزام بالحفظ على عاتق الدائن المرتهن محله بذل عناية، بل ألقى عليه كذلك التزاما بسلامة الشيء المرهون ومحله تحقق نتيجة، هي أن يظل الشيء المرهون في حيازته بالحالة التي كان عليها وقت أن تسلمه، فإن تلف أو هلك انعقدت مسؤوليته. باعتباره ضامنا لنتيجة معينة، ما لم يثبت السبب الأجنبي، وأن هذا الالتزام يتفرع عن الالتزام برد الشيء المرهون عند إنهاء العقد⁽²⁾.
(راجع في هذا الموضوع تفصيلات أخرى في شرح المادة 1103).

431- التخلي عن حق الرهن:

أجازت الفقرة الثانية من المادة للدائن المرتهن للعقار أن يتحلل من التزامه بتعهد العقار بالصيانة وقيامه بالنفقات اللازمة لحفظه ودفع ما يستحق سنوياً على العقار من ضرائب وتكاليف، إذا هو تخلى عن حق الرهن.
والتخلي عن حق الرهن يكون بغير مقابل.

(1) فقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه:

"الدائن المرتهن، إذا تسلم الشيء يكون مسئولاً عن حفظه وصيانته ويلتزم أن يبذل في المحافظة عليه عناية الرجل المعتاد. وهذه المسؤولية تعاقدية، فهو مسئول عن هلاك الشيء إلا إذا أثبت أن الهلاك يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه".
مجموعة الأعمال التحضيرية ج 7 ص 211.

(2) نبيلة رسلان البحث المشار إليه ص 99 - عبد المنعم البدرأوى ص 248 وما بعدها - همام محمد زهران ص 600.

والنص يتناول قاعدة عامة تطبق سواء كان المال المرهون عقارا أو منقولاً أو ديناً.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... ويستطيع الراهن⁽¹⁾ أن يتحلل من الالتزامات كلها بالتخلي عن حق الرهن، وهذا صحيح في العقار والمنقول"⁽²⁾.



(1) صحتها المرتين.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 252.

2- رهن المنقول

مادة (1117)

يشترط لنفاذ رهن المنقول فى حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافيا. وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن.

الشرح

432 - وجوب تدوين رهن المنقول فى ورقة ثابتة التاريخ؛

إذا كان المال المرهون منقولاً مادياً كالسيارات والآلات والحيوانات فإنه يشترط لنفاذ الرهن الوارد عليه بجانب انتقال حيازته من الراهن للمرتهن أو للعدل، تدوين عقد الرهن فى ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافيا.

فالرهن لا يكون نافذاً إلا إذا كان مكتوباً وأن يكون ثابت التاريخ. والمشرع لم يتطلب الكتابة لانعقاد الرهن أو لإثباته، بدليل أن الرهن يجب أن يكون مكتوباً ولو كانت قيمته لا تجاوز خمسمائة جنيه.

فهذا لا يغير من رضائية عقد الرهن واشتراط ثبوت التاريخ كشرط لنفاذ عقد الرهن الثابت فى ورقة عرفية ليس حكماً خاصاً برهن المنقول حيازياً، وإنما هو تطبيق للقاعدة العامة فى الاحتجاج بالورقة العرفية فى مواجهة الغير.

والحكمة من اشتراط ثبوت التاريخ مرجعها حماية الغير من غش المدين. وذلك بمنعه من إخراج بعض المنقولات من الضمان العام للدائنين بترتيب رهن عليها لدائن صورى ممن كان الشئ تحت حيازته بصفته مودعاً لديه أو مستعيراً أو مستأجراً، أو قابلاً لدين مبالغ فى قيمته، أو بتفضيل دائن على غيره بدون حق. وتحقيقاً لهذه الحكمة فقد اشترط النص تخصيص الرهن من حيث الدين

المضمون ومن حيث المال المرهون، شأنه في ذلك شأن تخصيص الرهن الرسمي في عقد الرهن وتخصيص الحقوق العينية العقارية التبعية بوجه عام في قائمة القيد.

وهذا التخصيص يحصل عادة في عقد الرهن ذاته غير أنه يصح أن يتم بورقة لاحقة بشرط أن تكون ثابتة التاريخ.

فيجب أن يبين الالتزام المضمون بيانا كافيا، فيذكر مقداره ومصدره وأوصافه من شرط أو أجل وملحقاته التي يضمنها الرهن. وإذا كان الالتزام المضمون غير محدد المقدار بعد، كما هو الحال في الرهن الحيازي الضامن لما ينتج من فتح الاعتماد أو الحساب الجارى أو التعويض عن ضرر غير محدد بعد، فإن التخصيص في هذه الحالة يكون بتعيين الحد الأقصى الذى ينتهى إليه الدين⁽¹⁾.

ولابد أيضا من تخصيص الشيء المرهون حتى لا يستبدل بشئ آخر إضرارا بالغير. فيذكر جنسه وصفاته ووزنه أو مقاسه، وعلى العموم كل ما يلزم لتحديد تحديدًا نافيًا للجهالة.

ويجب تخصيص الشيء المرهون حتى لو كان متعددًا، بل حتى لو شمل كل أموال المدين. فإن توافر التخصيص بالنسبة للبعض دون البعض الآخر كان الرهن نافذا في حق الغير فقط بالنسبة للمرهون الذى حصل بيانه بيانا كافيا.

وإذا لم يتوافر التخصيص على هذا النحو أو كان غير كاف للغير أن يحتج بعدم سريان الرهن في مواجهته. وقاضى الموضوع هو الذى يفصل في كفاية بيانات تخصيص الرهن. وهو لا يحكم بعدم كفايتها إلا إذا كان النقص أو الخطأ في بيان جوهرى أدى إلى عدم تمكين الغير من التعرف على حقيقة الرهن ومقداره⁽²⁾.

(1) محمد على إمام ص 502- نعمان محمد جمعه ص 165 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 355 السنهورى ص 697.

(2) محمد على إمام ص 520 - رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 523.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"لا يكفى تسليم العين المرهونة للدائن المرتهن حتى ينفذ الرهن فى حق الغير (م1548 من المشروع) بل يجب أيضا أن يقيد العقود (وتسرى أحكام القيد) إذا وقع الرهن على عقار (م1555) أو يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها بياننا كافيا الدين المضمون والشئ المرهون، ويحدد تاريخها الثابت مرتبة الدائن إذا وقع الرهن على منقول (م1558)... الخ"⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن ما يتطلبه القانون المدنى لنفاد الرهن الحيازى للمنقول فى حق الغير من تدوين العقد فى ورقة ثابتة التاريخ يحدد فيها مبلغ الدين المضمون بالرهن أو الحد الأقصى الذى ينتهى إليه هذا الدين إذا لم يمكن تحديده وقت الرهن كحالة ترتيبه ضمانا لاعتماد مفتوح أو بفتح حساب جار، هذا الذى يتطلبه القانون المدنى لا يسرى على الرهن التجارى ذلك أنه طبقا للمادة 76 من القانون التجارى بعد تعديلها بالقانون رقم 655 لسنة 1954 يثبت الرهن الذى يعقد ضمانا لدين تجارى بكافة طرق الإثبات المقبولة فى المواد التجارى سواء بالنسبة للمتعاقدين أو للغير ومن ثم فإن القانون التجارى يكفى لنفاد الرهن فى حق الغير بانتقال حيازة الشئ المرهون إلى الدائن المرتهن أو من يعينه المتعاقدان وفقا للمادة 77 من القانون التجارى ولا يستلزم ثبوت تاريخ عقد الرهن ولا تدوين هذا العقد فى أية ورقة، ومتى كان لا يلزم وجود عقد مكتوب أصلا فإن تحديد الدين المضمون وهو ما اشترط القانون المدنى اشتمال العقد المكتوب عليه لا يكون لازما للاحتجاج بالرهن على الغير، يؤكد ذلك ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم 655 لسنة 1954 ومن ثم فإن الرهن التجارى للمنقول يكون صحيحا ويحكم به على الغير ولو ترتب لضمان جميع الديون التجارية التى للدائن المرتهن فى ذمة المدين الراهن بغير

تحديد لها وفى هذه الحالة يكون لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تقدير ما إذا كانت إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى تخصيص المال المرهون لضمان الديون التجارية التى كانت قائمة فعلا فى ذمة المدين وقت ترتيب الرهن فحسب أو أن الضمان يشمل أيضا الديون المستقبلية".

(طعن رقم 317 لسنة 3ق جلسة 1966/12/29)

433- تحديد مرتبة الدائن المرتهن:

تحدد مرتبة رهن المنقول من تاريخ ثبوت التاريخ إذا كانت الحيازة سبق وأن انتقلت للمرتهن. فإذا تأخر انتقال الحيازة إلى ما بعد تحرير عقد الرهن تحددت مرتبة الرهن من تاريخ انتقال الحيازة⁽¹⁾.

434- طرق ثبوت التاريخ:

ورد النص فى المادة (15) من قانون الإثبات على طرق ثبوت التاريخ فقد نصت هذه المادة على أن:

"لا يكون المحرر العرفى حجة على الغير فى تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت.

ويكون للمحرر تاريخ ثابت:

- (أ) من يوم أن يقيد بالسجل المعد لذلك.
- (ب) من يوم أن يثبت مضمونه فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ.
- (ج) من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص.
- (د) من يوم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء، أن يكتب أو يبصم لعله فى جسمه.
- (هـ) من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعا فى أن الورقة قد صدرت قبل

(1) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 522.

وقوعه. ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات".



مادة (1118)

- 1- الأحكام المتعلقة بالآثار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التي لحاملها تسرى على رهن المنقول.
- 2- وبوجه خاص يكون للمرتهن إذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه في الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون. كما يجوز من جهة أخرى لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذي كسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحقا لتاريخ الرهن.

الشرح

435 - سريان الأحكام المتعلقة بالآثار التي تترتب على حيازة المنقولات والسندات التي لحاملها :

1- قد تتعارض أحكام رهن الحيازة في المنقول مع الأحكام المتعلقة بالآثار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التي لحاملها. ومثال ذلك تعارض أحكام رهن الحيازة في المنقول مع قاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية". كما إذا كان الراهن غير مالك للمنقول أو لم تكن لديه أهلية التصرف بأن كان صغيرا أو محجورا عليه، وأن يكون المرتهن حسن النية أى يعتقد أن الراهن مالك للمنقول أو تتوافر فيه أهلية التصرف، ففي هذه الحالة يتقرر للمرتهن حق الرهن على المنقول بالحيازة بموجب قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية لا بموجب عقد الرهن لصدوره ممن لا يملك إبرامه.

2- إذا كان الراهن يملك رهن المنقول ورهنه، وزعم المرهون له وهو حائز للمنقول أن هذا المنقول ملكه وباعه لشخص حسن النية، فإن المنقول المرهون تنتقل ملكيته للمشتري لا بعقد البيع لأن المرهون له غير مالك فلا يستطيع أن ينقل الملكية

بالببيع ولكن بالحيازة لأن المشتري وقت أن اشترى وحاز كان حسن النية والحيازة فى المنقول سند الملكية⁽¹⁾.

ويعتبر هذا الحكم تطبيقاً لنص المادة (976) من التقنين المدنى التى تقضى بأنه:

"1- من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقا عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته.

2- فإن كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز فى اعتباره الشئ خالياً من التكاليف والقيود العينية، فإنه يكسب الملكية خالصة منها.

3- والحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يختص رهن المنقول بالأحكام الآتية:

1- حيازة منقول بحسن نية تعدل كثيراً من أحكام الرهن، ويظهر ذلك بنوع خاص فى أمرين، أولهما أن الدائن قد يرتهن المنقول من غير المالك وهو حسن النية فيترتب له حق الرهن لا بمقتضى العقد بل بمقتضى الحيازة. والأمر الثانى أن المنقول المرهون حيازة قد يترتب عليه حق عيني آخر لحائز حسن النية، فيقدم هذا الحق على حق المرتهن"⁽²⁾.



(1) السنهاورى ص 699.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 264.

مادة (1119)

1- إذا كان الشيء المرهون مهددا بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الرهن رده إليه مقابل شيء آخر يقدم بدله، جاز للدائن أو للرهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق.

2- ويفصل القاضي في أمر إيداع الثمن عند الترخيص في البيع، وينتقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء إلى ثمنه.

الشرح

436 - طلب الدائن أو الرهن الترخيص له في بيع المنقول المهدد بالهلاك أو التلف:

إذا كان المنقول المرهون قد أصبح قبل أن يحل أجل الدين مهددا بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن، ولم يطلب الرهن رده إليه مقابل شيء آخر يقدم بدله، جاز للدائن أو الرهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق. ويبرر هذا الإجراء وجود حالة ضرورة تتمثل في خشية أن يصبح ضمان الدائن المرتهن غير كاف لأداء الدين.

ويجب على القاضي قبل أن يرخص ببيع الشيء المرهون أن يتحقق من وجود الخطر الذي يتهدد بالمنقول. وإذا أمر ببيعه فإنه يأذن بإيداع الثمن إما بخزانة المحكمة أو بأحد المصارف أو لدى الدائن المرتهن.

فإذا بيع المنقول المرهون، انتقل حق الدائن من المرهون إلى ثمنه بموجب

قاعدة الحلول العينية.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"إذا دعت الضرورة إلى ذلك بأن كان المنقول مهددا أن يصيبه هلاك أو تلف أو نقص فى القيمة، ولم يطلب الراهن أن يستبدل به شيئا آخر، فيجوز للمرتهن أن يطلب الترخيص فى بيعه بالمزاد أو بسعره فى البورصة أو السوق وينتقل حق الرهن إلى الثمن، وينظر القاضى فى إيداعه فقد يودع فى مصرف أو عند الدائن"⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى وفى المرسل إليه الأجرة للناقل انقضى حق الحبس وزال المانع الذى كان يحول دون تسليم الأشياء المنقولة إليه ويعود الالتزام بالتسليم فى ذمة الناقل وفقا لأحكام عقد النقل فيلتزم بتسليم تلك الأشياء سليمة للمرسل إليه إذ لا يترتب على استعمال حق الحبس انفساخ هذا العقد أو انقضاء الالتزامات الناشئة عنه بل يقتصر الأمر على وقف تنفيذ التزام الناقل بالتسليم حتى يفى المرسل إليه بالتزامه بالوفاء بأجرة النقل ولا يغير من ذلك أن يكون المرسل إليه هو المتسبب فى حبس البضاعة بتخلفه عن الوفاء بأجرة النقل إذ أن تقصيره فى الوفاء بالتزامه هذا وإن كان يخول للناقل أن يستعمل حقه فى الحبس إلا أنه لا يعفيه من التزامه بالمحافظة على الشيء المحبوس وهو التزام متولد عن حق الحبس ذاته ولا يمكن أن يعتبر مجرد التأخير فى الوفاء بالأجرة هو السبب فيما يصيب الأشياء المحبوسة من تلف فى فترة احتباسها، وللحابس إذا خشى على الشيء المحبوس من الهلاك أو التلف أن يحصل على إذن من من القضاء فى بيعه طبقا لنص المادة 1119 من القانون المدنى وينتقل حينئذ الحق فى الحبس من الشيء إلى ثمنه".

(طعن رقم 253 لسنة 32 ق جلسة 1966/12/15)

مادة (1120)

يجوز للراهن إذا عرضت فرصة لبيع الشيء المرهون وكان البيع صفقة رابحة، أن يطلب من القاضى الترخيص فى بيع هذا الشيء، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين، ويحدد القاضى عند الترخيص شروط البيع ويفصل فى أمر إيداع الثمن.

الشرح

437 - طلب الراهن بيع المرهون كصفقة رابحة :

قد تعرض للراهن فرصة رابحة⁽¹⁾ لبيع المنقول سواء عند حلول أجل الدين أو قبل حلوله، بأن يعرض مشتر ثمنا مرتفعاً للمنقول، وقد تضع هذه الفرصة إذا أرجئ بيع المنقول فحول النص للراهن - دون الدائن المرتهن - أن يطلب من القاضى الترخيص له ببيع هذا المنقول.

وتكون مهمة القاضى التحقق من وجود فرصة رابحة لبيع المنقول وأنه يخشى ضياعها إذا لم يعجل بالبيع. فإذا تحقق من ذلك أذن للراهن بالبيع وعليه أن يحدد شروط البيع، فقد يحدد شروطاً للبيع تجعله مجزياً ومحققاً للفرصة الرابحة. وأن يحدد الجهة التى يودع لديها ثمن البيع، وقد يحدد لذلك خزنة المحكمة أو مصرفاً أو بأمر بإيداعه لدى الدائن المرتهن⁽²⁾.

(1) وكانت المادة (1561) من المشروع التمهيدي المقابلة للمادة (1120) تنص على أنه: "يجوز للراهن إذا عرضت فرصة ملائمة لبيع الشيء المرهون، أن يطلب من القاضى.. الخ" - وقد عدلت المادة فى لجنة المراجعة بإضافة عبارة "وكان البيع صفقة رابحة" بعد عبارة "بيع الشيء المرهون" لجعل المعنى أوضح وأدق (مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 261).

(2) السنهورى ص 702 وما بعدها - عبد الفتاح عبد الباقي ص 642 وما بعدها.

وينتقل حق الدائن من الشيء المرهون إلى الثمن، أى يكون هناك حلولا عينيا على الثمن.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"إذا تحقق نفع من بيع المنقول بأن وجدت فرصة ملائمة فيرخص القاضي فى البيع، ويضع الشروط، ويفصل فى إيداع الثمن"⁽¹⁾.



مادة (1121)

1- يجوز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيع الشئ المرهون بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق.

2- ويجوز له أيضا أن يطلب من القاضى أن يأمر بتمليكه الشئ وفاء للدين على أن يحسب عليه بقيمته بحسب تقدير الخبراء.

الشرح

438 - طلب الدائن المرتهن الترخيص فى بيع الشئ المرهون بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق :

إذا حل أجل الدين ولم يف الراهن الدائن المرتهن حقه، فقد شاء المشرع التيسير على الدائن المرتهن فى الحصول على حقه ببيع المنقول بطريق آخر غير طريق البيع الجبرى نظرا لما ينطوى عليه من طول الإجراءات وكثرة النفقات ويظهر ذلك بشكل واضح فى حالة الأوراق المالية على اختلاف أنواعها حيث يبدو أن الطريق الطبيعى للتصرف فيها هو بيعها على يد سمسار فى البورصة أو بسعر السوق. والمشرع يستجيب لهذه الاعتبارات فأجاز للدائن المرتهن أن يطلب من القاضى الإذن له فى بيع المنقول بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق فيتجنب بذلك إجراءات البيع الجبرى.

ولا يشترط لإذن القاضى رضاء الراهن. وإذا أذنت المحكمة بالبيع فإن الدائن يباشر البيع بناء على ترخيص المحكمة أى أنه لا يعتبر فى ذلك نائبا عن الراهن بل نائبا عن المحكمة. فيجوز له أن يدخل فى المزايدة وأن يرسى المزاد على نفسه أو أن يبيع إلى نفسه بسعر البورصة أو السوق دون أن يقع فى ذلك تحت طائلة المنع الذى تقررره المادة (479) مدنى المتعلقة بمنع الوكلاء فى البيع من شراء ما

وكلوا فى بيعه، إلا أن يكون الراهن قد وكل المرتهن مباشرة وصراحة فى أن يبيع عنه المال المرهون فحينئذ يمتنع على المرتهن أن يبيعه لنفسه⁽¹⁾. وإذا تم البيع تقاضى الدائن المرتهن الدين المستحق له من الثمن، ورد الباقي إلى الراهن.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"المنقول المرهون حيازة بيعه فى الدين أيسر من بيع العقار. إذ يجوز للمرتهن أن يطلب بيع المنقول بسعره فى البورصة أو فى السوق، فيتجنب بذلك إجراءات البيع الجبرى"⁽²⁾.

439- طلب الدائن تملكه المرهون وفاء للدين :

أجازت الفقرة الثانية من المادة للدائن المرتهن أن يطلب من القاضى أن يأمر بتملكه الشئ وفاء للدين على أن يحسب عليه بقيمته بحسب تقدير الخبراء. ومعنى هذا أن للدائن المرتهن الخيار بين طلب بيع الشئ المرهون بالمزاد أو عن طريق البورصة، وطلب تملكه الشئ. ويعتبر هذا الخيار حقا للدائن المرتهن، فليس للمدين ولا للمحكمة أن تجبره على بيع المرهون أو تملكه. والخيار الأخير هو شرط للتملك عند عدم الوفاء فى صورته الجائزة، لوقوعه بعد حلول الدين المضمون بالرهن. وإذا اختار الدائن طلب تملكه الشئ وفاء للدين، فإن الحكم الذى يصدر من القاضى بذلك يقوم مقام الوفاء بمقابل، ولا يجوز للراهن بعد صدور الحكم أن يسترد المرهون. ولما كان تملك المرهون للدائن لا يكون إلا بقيمته حسب تقدير الخبراء، فإنه

(1) سليمان مرقس ص 502.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 265.

إذا جاوزت قيمة المرهون قيمة الدين كان للراهن مطالبة المرتهن بالفرق، وكان له تأميناً لهذا الفرق حق امتياز البائع، وجاز له طلب فسخ البيع عند إخلال الدائن المرتهن بالتزامه بدفع الفرق⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"بل يجوز له دون رضاء الراهن أن يطلب من القاضى تمليكه المنقول وفاء للدين على أن تحسب قيمته حسب تقدير الخبراء. وهذا هو شرط التملك عند عدم الوفاء، وقد تقدم أنه يجوز بعد حلول الدين بشرط رضاء الراهن، أما فى المنقول فرفضاء الراهن غير ضرورى وللقاضى أن يأمر بالتملك ويصل اليسر فى بيع المنقول أن يباع قبل حلول الدين"⁽²⁾.

440- طلب أحد الخيارين يكون بطريق الدعوى :

طلب أحد الخيارين الموضحين بالبندين السابقين يكون بدعوى ترفع ضد المدين الراهن أمام المحكمة المختصة حتى يصدر القاضى حكمه بعد سماع دفاع الراهن، فقد يكون له دفاع من حيث انقضاء الدين كله أو بعضه، أو من حيث امتداد أجل الدين، أو من حيث وجود ظروف تحمل المحكمة على منحه أجلاً للوفاء.



مادة (1122)

(1) سليمان مرقس ص 501.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص526.

تسرى الأحكام المتقدمة بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع أحكام القوانين التجارية، والأحكام الخاصة ببيوت التسليف المرخص لها فى الرهن، وأحكام القوانين واللوائح المتعلقة بأحوال خاصة فى رهن المنقول.

الشرح

441 - سريان أحكام رهن المنقول فيما لا يتعارض مع أحكام القوانين الأخرى:

تسرى الأحكام الواردة فى رهن المنقول المنصوص عليها فى التقنين المدنى فيما لا يتعارض مع أحكام الرهن فى القوانين التجارية والأحكام الخاصة ببيوت التسليف المرخص لها فى الرهن، وأحكام القوانين واللوائح المتعلقة بأحوال خاصة فى رهن المنقول وذلك باعتبار أن الخاص يقيد العام.

وفى هذا تقول مذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"هناك أحكام خاصة برهن المنقول فى حالات معينة أهمها الأحكام المتعلقة ببيوت التسليف المرخص لها فى الرهن والأحكام المتعلقة بالرهن التجارى"⁽¹⁾.

ومن أمثلة ذلك ما يأتى :

1- أحكام الرهن التجارى الواردة بقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 (المعدل) بالباب الثانى - الفصل الثالث الخاص (بالرهن التجارى).

وذلك فى المواد (119- 129) من القانون.

وقد نصت المادة 129 على أنه: "مع مراعاة الأحكام التى تنظم أنواعا خاصة من الرهن التجارى تسرى أحكام هذا الفصل على كل رهن يتقرر على مال منقول ضمانا لدين يعتبر تجاريا بالنسبة إلى المدين".

2- رهن المحل التجارى:

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص265.

وقد نظمه القانون رقم 11 لسنة 1940 (المعدل).

3- بيوت تسليف النقود على رهونات:

وينظمه الأمر العالى الصادر فى 1901./3/23

4- الرهن الحيازى الذى يعقده بنك التسليف الزراعى المصرى:

وينظمه القانون رقم 28 لسنة 1940.



3 - رهن الدين

مادة (1123)

1- لا يكون رهن الدين نافذاً في حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله له وفقاً للمادة 305.

2- ولا يكون نافذاً في حق الغير إلا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول.

الشرح

442 - نفاذ رهن الدين في حق المدين بإعلان الرهن إليه أو بقبوله له :

يقع الرهن الحيازي على الدين باعتباره منقولاً. غير أن أحكام الرهن في هذه الحالة تتحور بعض الشيء تحوراً يتفق مع طبيعة الدين. فمن ناحية انعقاد الرهن ونفاذه، يقع رهن الدين صحيحاً بتوافق الإيجاب والقبول بين طرفيه، أي الراهن والمرتهن. ولكنه لا ينفذ في حق المدين بالدين المرهون إلا بإعلانه أو قبوله.

وفى ذلك يعامل نفاذ الرهن في مواجهة المدين بالدين معاملة حوالة الحق على ما جاء بنص المادة 305 مدني⁽¹⁾.

443- نفاذ رهن الدين في حق الغير :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن رهن الدين لا يكون نافذاً في حق الغير إلا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول.

ويبين من ذلك أنه بالنسبة لنفاذ رهن الدين قبل الغير يلزم تحقق شرطان :

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 646 محمد لبيب شنب ص 264 وما بعدها.

شرط عام: يتمثل في انتقال حيازة الدين للمرتهن وهو ما يتحقق بحيازته لسند الدين المرهون.

شرط خاص: هو أن يكون الرهن نافذاً في حق المدين بإعلانه أو قبوله له، بشرط أن يكون لأيهما تاريخ ثابت. وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول متى كان المرتهن حائزاً لسند الدين المرهون⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يقع الرهن الحيازي على الدين باعتباره منقولاً. غير أن الرهن في هذه الحالة تتحور بعض أحكامه بما يتفق مع طبيعة الدين. فمن ناحية انعقاد الرهن ونفاذه يكون رهن الدين بإيجاب وقبول من الراهن والمرتهن، ولكنه لا ينفذ في حق المدين للراهن إلا بإعلانه أو قبوله كما هو الأمر في حوالة الدين. ولا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا بحيازة المرتهن للدين، ويكون ذلك بحيازة سند الدين. وتحسب مرتبة الرهن بالتاريخ الثابت للإعلان أو القبول"⁽²⁾.



(1) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 525.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 271.

مادة (1124)

السندات الاسمية والسندات الإذنية يتم رهنها بالطريقة الخاصة التي رسمها القانون لحالة هذه السندات على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن، ويتم الرهن دون حاجة إلى إعلان.

الشرح

444 - رهن السندات الاسمية والسندات الإذنية:

يتم رهن السندات الإسمية والسندات الإذنية بالطريقة الخاصة التي رسمها القانون لحالة هذه السندات على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن. فالسندات الاسمية: أيًا كانت سواء كانت أسهما أم حصصا في الأرباح أم سندات محررة بأسماء أربابها. يتم رهنها كتابة بالتنازل عنها من صاحبها إلى الدائن المرتهن، إما في محرر مستقل يرفق بها أو يؤشر بذلك على الصك المثبت لها على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن، ويقيد في دفتر الشركة التي أصدرته بما يفيد رهنه دون حاجة إلى إعلان الشركة. ويجب فضلا عن هذا تسليم السند للدائن المرتهن فانتقال الحيازة شرط عام لنفاذ الرهن في حق الغير أيًا كان محله.

أما إذا كان السند إذنيا كالأوراق التجارية ووثائق التأمين، فإن رهنها يتم عن طريق تظهيره على أن يذكر أن هذا التظهير قد تم بقصد الرهن، ولا يشترط لنفاذها قبل الغير إعلان المدين به أو قبوله إياه في ورقة ثابتة التاريخ كما هو الشأن

بالنسبة للديون العامة⁽¹⁾.

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 333 - سليمان مرقس ص 478 وما بعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"أما في السندات الاسمية والسندات الإذنية فإن الرهن يتم بالطريقة الخاصة لحالة هذه السندات، أى بالقيود فى سجلات الشركة للسندات الرسمية والتظهير للسندات الإذنية، على أن يذكر أن الحوالة تمت على سبيل الرهن. وتعتبر السندات لحاملها كالمنقولات المادية، وتجرى عليها أحكام هذه المنقولات"⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 271.

مادة (1125)

إذا كان الدين غير قابل للحالة أو للحجز فلا يجوز رهنه.

الشرح

445 - عدم جواز رهن الدين غير القابل للحالة أو للحجز:

يشترط لرهن الدين أن يكون قابلاً للحالة والحجز فالدين غير القابل للحجز أو غير القابل للحالة لا يجوز رهنه.

وبالبناء على ذلك لا يجوز رهن دين النفقة ولا دين المعاش، وكذلك شهادات الاستثمار لأنه لا يجوز الحجز عليها.

ويلاحظ أن القانون يخالف فى رهن الدين الأحكام العامة فى الرهن والتي تقضى بجواز رهن الشئ ولو كان غير قابل للحجز عليه.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويشترط فى الدين حتى يمكن رهنه أن يكون قابلاً للحالة أو للحجز. فلا يجوز الرهن فى دين النفقة ولا المعاش ولا الديون الأخرى التى لا يجوز الحجز عليها"⁽¹⁾.



مادة (1126)

1- للدائن المرتهن أن يستولى على الفوائد المستحقة على الدين المرهون والتي تحل بعد الرهن، وكذلك له أن يستولى على كل الاستحقاقات الدورية التي لهذا الدين على أن يخصم ما يستولى عليه من المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين المضمون بالرهن، كل هذا ما لم يتفق على غيره.

2- ويلتزم الدائن المرتهن بالمحافظة على الدين المرهون، فإذا كان له أن يقتضى شيئاً من هذا الدين دون تدخل من الراهن، كان عليه أن يقتضيه فى الزمان والمكان المعينين للاستيفاء وأن يبادر بإخطار الراهن بذلك.

الشرح

446 - قبض المرتهن للفوائد والاستحقاقات :

إذا كانت هناك فوائد أو استحقاقات دورية مستحقة بعد الرهن، كان للدائن الاستيلاء عليها، وخصمها من المصروفات ثم من الفوائد، ثم من أصل الدين المستحق له، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وللمرتهن أن يقبض غلة الدين، فيستولى على الفوائد التي تحل بعد الرهن وعلى كل الاستحقاقات الدورية الأخرى، ويخصم ذلك مما هو مستحق له بالترتيب الذى تقدم ذكره. ويلزم المرتهن أيضا برد الدين (أو سنده إذ كان لم يحل بعد استيفاء حقه)"⁽¹⁾.

447- التزام المرتهن بالمحافظة على الدين المرهون وقبض غلته :

يترتب على رهن الدين بالنسبة إلى الراهن والمرتهن نفس الآثار التي تترتب على الرهن عموماً.

فالراهن يلتزم بتسليم سند الدين، ويجعل الرهن سارياً في مواجهة المدين وفي مواجهة الغير. ويضمن الراهن نفاذ الرهن لصالح المرتهن، فيمتنع عليه كل عمل يضر بالمزايا التي يستخلصها المرتهن من الرهن، فيمتنع عليه قبض الدين أو فوائده وغير ذلك من الاستحقاقات الدورية كالأقساط من المدين. أو إبرأؤه من شيء من ذلك أو تجديد الدين المرهون بدين آخر، وكل ما يقع من هذه الأعمال لا ينفذ في حق المرتهن ما لم يقره.

ويلتزم المرتهن بدوره بالمحافظة على الدين المرهون محافظة الشخص المعتاد، فيجب عليه مثلاً أن يقطع تقادم الدين حتى يمنع سقوطه، وأن يعمل على عدم ضياع التأمينات التي تضمن الوفاء به، كأن يجدد قيد الرهن الرسمي الضامن للدين المضمون.

وإذا كان له أن يقتضى شيئاً من هذا الدين دون تدخل من الراهن. كان عليه أن يقتضيه في الزمان والمكان المعينين للاستيفاء.

وعليه أن يبادر بإخطار الراهن بكل ما يأخذ من الدين. وللمرتهن أن يأخذ كل ما ينتج من غلة الدين بشرط استنزاله من حقه المضمون بالرهن وفق الترتيب الذي سبق أن بيناه⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"1- التزامات الراهن والمرتهن في رهن الدين هي نفس التزاماتهما في رهن الأشياء الأخرى.

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 649.

2- فيجب على الراهن أن يسلم سند الدين، وأن يرتب حق الرهن، وأن يضمنه، ويخالف الضمان أن ينهى الراهن الدين المرهون بدون موافقة المرتهن كأن يبرئ المدين، أو يجدد الدين أو يدخل أى تعديل فيه من شأنه أن يضر بحقوق المرتهن كأن يتنازل عن الفوائد أو ينقص منها أو يمد الأجل أو يتنازل عن رهن يضمن الدين المرهون.

3- ويلزم المرتهن أن يحافظ على الدين، فيقطع التقادم، ويقيد رهنا يضمن الدين المرهون ويجدد القيد، ويقتضى الدين فى الزمان والمكان المحددين ويبادر بإخطار الراهن بذلك⁽¹⁾.



مادة (1127)

يجوز للمدين فى الدين المرهون أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأوجه الدفع المتعلقة بصحة الحق المضمون بالرهن، وكذلك بأوجه الدفع التستكون له هو قبل دائنه الأصلى، كل ذلك بالقدر الذى يجوز فيه للمدين فى حالة الحوالة أن يتمسك بهذه الدفع قبل المحال إليه.

الشرح

448 - الدفع التى يصح للملتزم بالدين المرهون أن يتمسك بها فى مواجهة المرتهن:

إذا رهن شخص دينه على آخر، كان لهذا الآخر أن يتمسك فى مواجهة المرتهن بنوعين من الدفع هما:

النوع الأول: الدفع المتعلقة بالحق المضمون بالرهن. وعلة ذلك واضحة إذ الرهن لا يصح إلا إذا ارتكز على التزام صحيح، فإذا كان هذا الالتزام باطلا أو كان صحيحا ثم انقضى، فإن الرهن يقع بدوره باطلا، أو يقع صحيحا ثم ينقضى، وللمدين فى الدين المرهون أن يتمسك فى مواجهة مرتهنه بكل الدفع التى تؤدى إلى تقرير بطلان الحق المضمون أو انقضائه.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"للمدين فى الدين المرهون أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأوجه الدفع المتعلقة بصحة الحق المضمون بالرهن. فلو كان العقد الذى نشأ عنه هذا الحق باطلا كان الرهن باطلا كذلك، وللمدين أن يتمسك بالبطلان قبل الدائن المرتهن وكذلك لو كان هذا الحق قد انقضى بأى سبب من أسباب انقضاء الحقوق. فللمدين أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأن الحق المضمون بالرهن نفسه قد انقضى تبعا لانقضاء الحق. وهذا تطبيق للقاعدة التى تقضى بأن المدين فى الحوالة يجوز له

أن يحتج بالدفع الخاصة بالمحال إليه وحده (م 439 ممن المشروع)⁽¹⁾.

النوع الثاني: الدفع التي تكون له قبل دائئه الأصلي (راهن الدين) وقت نفاذ الرهن في حقه وذلك بالقدر الذي يجوز فيه للمدين في حالة الحوالة أن يتمسك بهذه الدفع قبل المحال إليه. فإذا كان الدين المرهون باطلا، أو كان هذا الدين قد انقضى وقت سريان الرهن في حق الملتزم به، كان لهذا الأخير أن يتمسك ببطلان الدين أو انقضائه في مواجهة مرتبهة. وهذا تطبيق للقاعدة التي تقضى بأنه يجوز للمدين في حالة الحوالة أن يحتج على المحال إليه بكل الدفع التي كان له، وقت نفاذ الحوالة في حقه، أن يحتج بها على المحيل (راجع المادة 312)⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وللمدين في الدين المرهون كذلك أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأوجه الدفع التي له قبل الدائن الأصلي. فلو كان العقد الذي نشأ عنه الدين المرهون باطلا كان للمدين أن يتمسك بهذا البطلان قبل الدائن المرتهن بالقدر الذي يجوز له قبل الدائن الأصلي. وكذلك لو كان الدين المرهون قد انقضى، فللمدين أن يتمسك بالانقضاء قبل الدائن المرتهن بالقدر الذي يجوز له قبل الدائن الأصلي. وهذا أيضا تطبيق للقاعدة التي تقضى بأن المدين في الحوالة يجوز له أن يحتج على المحال إليه بالدفع التي كان له - وقت نفاذ الحوالة في حقه - أن يحتج بها على المحيل (م 439 من المشروع)"⁽³⁾.

مادة (1128)

1- إذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن، فلا يجوز

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 275 وما بعدها.

(2) عبد الفتاح عبد الباقي ص 647 وما بعدها - محمد على إمام ص 559 وما بعدها.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 276.

للمدين أن يوفى الدين إلا للمرتهن والراهن معا، ولكل من هذين أن يطلب إلى المدين إيداع ما يؤديه، وينتقل حق الرهن إلى ما تم إيداعه.

2- وعلى المرتهن والراهن أن يتعاونوا على استغلال ما أداه المدين، وأن يكون ذلك على أنفع الوجوه للراهن دون أن يكون فيه ضرر للدائن المرتهن، مع المبادرة إلى إنشاء رهن جديد لمصلحة هذا الدائن.

الشرح

449 - التصرف في الدين المضمون عند حلول الأجل:

إذا حل أجل الدين المرهون قبل حلول الحق المضمون بالرهن فإنه لا يصح لكل من المرتهن والراهن أن ينفرد بقبض الدين، بل يجب أن يحصل الوفاء به لهما معا، وإذا اختلفا كان لكل منهما أن يطلب من المدين إيداعه خزانة المحكمة أو عند أمين يتفقان عليه ويصح أن يكون أحدهما.

وعندئذ ينتقل حق الرهن إلى ما تم إيداعه.

ويجب أن يتعاون الراهن والمرتهن على استغلال المبلغ الذي أداه المدين وأن يكون ذلك على أنفع الوجوه للراهن دون أن يكون فيه ضرر للدائن المرتهن.

فيودع في بنك أو تشتري به أوراق مالية أو يستثمر في أى مشروع آخر بشرط ألا يكون في ذلك ضرر للدائن المرتهن كأن يستغل لآجال طويلة تحول دون استيفاء المرتهن حقه من هذا المبلغ عندما يصبح هذا الحق مستحق الأداء⁽¹⁾.

وأيا كانت طريقة استثمار المبلغ الذي يؤديه المدين، يجب على الراهن المبادرة إلى إنشاء رهن جديد لمصلحة المرتهن.

فإذا أودع هذا المبلغ في بنك، انتقل الرهن إليه. وإذا رأى أن يكون الاستثمار

بشراء مال، منقولاً كان هذا المال أو عقاراً، التزم الراهن بإنشاء رهن عليه⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"إذا حل الدين المرهون قبل حلول الحق المضمون، فلا يقبض الدين إلا الراهن والمرتهن معاً، ولا يجوز للمرتهن أن يستقل بقبضه لأن الحيابة لا تثبت له إلا على دين في الذمة. ويجوز لأى منهما أن يطلب من المدين أن يودع ما يؤديه عند أمين يتفقان عليه ويصح أن يكون أحدهما، وينتقل حق الرهن إلى ما أداه المدين. فإن كان المودع مبلغاً من النقود، وجب أن يتعاون الراهن والمرتهن في استغلاله على خير وجه، دون أن يكون في ذلك ضرر بالدائن المرتهن كأن يستغل لآجال طويلة يصعب معها أن يصفى في الوقت الملائم لهذا الدائن. فإذا رأى أن يكون الاستغلال بشراء عين، وجب على الراهن أن ينشئ رهنًا جديداً على هذه العين لمصلحة المرتهن"⁽²⁾.



مادة (1129)

إذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الأداء، جاز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه، أن يقبض من الدين

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 651.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 280.

المرهون ما يكون مستحقاً له أو أن يطلب بيع هذا الدين أو تملكه وفقاً للمادة 1121 الفقرة الثانية.

الشرح

450 - حلول الدين المرهون والدين المضمون بالرهن :

إذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحقى الأداء، ولم يكن المرتهن قد استوفى حقه كان للدائن المرتهن استيفاء حقه بأحد الطرق الآتية:

- 1- أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقاً له. هذا إذا كان المستحق له والدين من جنس واحد. وفي هذه الحالة ينقضى حق المرتهن بقدر ما أخذ.
- 2- أما إذا لم يكونا من جنس واحد. فللدائن المرتهن أن ينفذ على الدين المرهون ويطلب من القاضى الإذن ببيعه، وهنا يستوفى حقه من الثمن.
- 3- أن يطلب من القاضى الأمر بتمليكه الدين على أن تحسب قيمته بحسب تقدير الخبراء مما يحق له، وذلك وفقاً لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 1121 مدنى (راجع شرح هذه المادة).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وإذا حل الدين المرهون بعد حلول الحق المضمون للمرتهن إذا لم يكن قد تقاضى حقه أن يتولى قبض الدين، أو أن يبيعه أو أن يملكه طبقاً للمادة 1562 وإذا كان الدين المرهون من جنس الحق المضمون، فلا يكون للمرتهن صفة فى القبض إلا بالقدر الذى يستوفى حقه، ويلزم المدين أن يوفيه بهذا القدر قتبراً ذمته نحو الراهن بقدر ما وفاه للمرتهن"⁽¹⁾.



(الباب الرابع)

الفصل الأول

أحكام عامة

مادة (1130)

- 1- الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته.
- 2- ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص فى القانون.

الشرح

451- تعريف حق الامتياز :

تعرف المادة حق الامتياز بأنه: "أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته".

ويبرز هذا التعريف المميز الأساسى لحق الامتياز وهو أنه ينشأ بناء على نص القانون. كذلك يبين منه أن مرجع الامتياز وجود صفة فى الدين تستوجب رعايته. فهو يتقرر بسبب طبيعة الدين وليس لشخص الدائن، ومن ثم يعتبر الدين هو الممتاز لا الدائن.

ويلاحظ أن التعريف الوارد بالمادة يقرر أن الامتياز أولوية ولم يذكر أنه حق عينى يمنح التقدم والتتبع. وربما كان مرجع ذلك أن المشرع أراد أن يضع تعريفا يصدق على كل حقوق الامتياز. إذ أن بعض أنواعه، وهى الامتيازات العامة تعطى الأولوية فى استيفاء الدين ولكن لا تمنح الحق فى تتبع المال محل الامتياز. فالامتيازات العامة ترد على جميع أموال المدين من منقول وعقار ولا تجيز تتبعها إذا انتقلت ملكيتها إلى الغير، وهى على هذا النحو لا تقرر الامتياز على مال أو أموال معينة بالذات، بل يظهر أثرها عند التنفيذ على أموال المدين

حيث يستوفى صاحب الامتياز العام حقه بالأولوية على الآخرين. وقد حدا ذلك بكثير من الفقهاء إلى إنكار صفة الحق العيني التبعي على حقوق الامتياز العامة، بخلاف الامتيازات الخاصة على المنقول والعقار التي تعتبر حقوقا عينية تبعية نظرا لأنها تنصب على مال معين بالذات وتمنح صاحبها الأولوية والتتبع⁽¹⁾.

452- الامتياز مصدره القانون:

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن: "ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص فى القانون" - فالامتياز لا ينشأ إلا بناء على نص فى القانون، فالمشرع وحده هو الذى يحتكر تقرير حقوق الامتياز وبهذا يختلف الامتياز اختلافا واضحا عن الرهن بنوعيه حيث مصدره المباشر هو الاتفاق، وعن حق الاختصاص، إذ مصدره المباشر هو إذن القضاء بتقريره.

وإذا كان الامتياز لا يتقرر إلا بمقتضى نص فى القانون فإنه يستحيل ترتيبه بالاتفاق، ويمتنع على القاضى أن يقرر امتياز دين مهما كانت صفته، مادام القانون لا يقضى بامتياز. فحقوق الامتياز من النظام العام ولا يصح الاتفاق على إنشاء أنواع منها لم تقررها النصوص.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"لما كان حق الامتياز هو من التأمينات العينية ولا يقرر إلا بمقتضى نص فى القانون، وكان القانون لم يرتب للبائع فى حالة بقائه منتفعا بالعقار المبيع أو بجزء منه بصفته مستأجرا بأجرة معينة أى امتياز على العين المبيعة، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى القانون إذ اعتبر احتفاظ البائع فى عقد البيع بحقه فى الانتفاع بجزء من المنزل المبيع بصفته من حقوق الامتياز التى خولها له القانون".

(طعن رقم 123 لسنة 22 ق جلسة 1955/5/5)

(1) محمد على إمام ص 562 وما بعدها - حسام الدين الأهوانى ص 729.

2- "الامتياز لا يقرر لحق إلا بمقتضى نص فى القانون. ومن ثم فإن اشتراط المتعاقد امتيازاً لحقه فى التعويض لا يعتد به وبالتالى يكون النص عليه لغوا".

(طعن رقم 200 لسنة 29 ق جلسة 1964/5/21)

3- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الامتياز لا يقرر لحق إلا بمقتضى نص فى القانون، ومن ثم فإن اشتراط المتعاقد امتيازاً لحقه الذى لم يقرر له القانون هذا الامتياز لا يعتد به وبالتالى يكون النص عليه فى العقد لغوا".

(طعن رقم 411 لسنة 53 ق جلسة 1987/4/9)

والقانون حينما يقرر الامتياز لدين من الديون لا يراعى إلا صفة هذا الدين، فهو لا يدخل فى اعتباره شخص الدائن. فالمشرع يرى أن من الديون ما يمتاز بصفة خاصة، تجعل الدين فى نظره جديراً برعايته فيكتفه بحمايته ويوفر ضمان الوفاء به بتقرير امتياز. وتختلف الصفة التى يرى المشرع من أجلها أن الدين جدير برعايته ومن ثم يقرر امتياز باختلاف الأحوال، فهى تارة كون الدائن أنفق مصروفات استفاد منها باقى الدائنين، كما هى الحال فى امتياز المصروفات القضائية، وهى تارة كون الدين مستحقاً للخزانة العامة مساهمة من المدين فى القيام بأعباء الدولة، كما هى الحال فى الضرائب والرسوم، وهى تارة كون الوفاء بالدين لازماً لمعيشة الدائن، كما هى الحال فى امتياز الأجر المستحق للخدم والعمال وغيرهم من الأجراء، وامتياز النفقة المستحقة للأقارب. وهى تارة كون الدائن قد أضاف شيئاً جديداً لخدمة المدين وأفاد بذلك باقى الدائنين، كما هى الحال فى امتياز البائع، إلى نحو ذلك.

وإذا قلنا إن الامتياز يقرر لصفة فى الدين دون اعتبار لشخص الدائن، وضح أن الامتياز إنما يخلع على الدين لا على الدائن، ولهذا كان الصحيح أن نقول الدين الممتاز أو الحق الممتاز، كما جرى قول المشرع بذلك، ولا نقول الدائن الممتاز.

ويترتب كذلك على كون الامتياز يخلع على الدين أن الامتياز يبقى ولو تغير

شخص الدائن، فإذا حول الدائن حقه الممتاز لآخر أو حل هذا الآخر محله فيه، كان للدائن الجديد أن يفيد من الامتياز. وكذلك يحق لدائني الشخص الذي له حق ممتاز أن يستفيدوا باسمه من الامتياز، تطبيقاً للقاعدة العامة في استعمال الدائن لحق مدينه غير المتصل بشخصه خاصة (المادة 235)⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"يؤخذ من تعريف حق الامتياز أن الحق هو الممتاز لا الدائن، ذلك لأن الامتياز يرجع إلى طبيعة الحق، والقانون هو الذي يتولى تعيين الحقوق التي تقتضى طبيعتها أن تكون ممتازة، كما يعين مرتبة هذا الامتياز"⁽²⁾.

453- خصائص حق الامتياز:

لحق الامتياز عدة خصائص تخلص فيما يلي:

- 1- الامتياز حق عيني حيث يعطى صاحبه سلطة مباشرة على شئ تخوله الأولوية على ثمنه في أى يد يكون. على أنه بالنسبة للامتيازات العامة ليس للامتياز من أثر سوى الأولوية. وقد أشرنا من قبل إلى أن ذلك دعا كثيراً من الفقهاء إلى إنكار صفة الحق العيني على الامتيازات العامة.
- 2- حق الامتياز حق عيني تابع، شأنه في ذلك شأن الرهن بنوعيه وحق الاختصاص، فالغرض من الامتياز هو تأمين الوفاء بالدين المضمون به، وهو لذلك لا يقوم إلا إذا قام هذا الدين، وهو يتبعه في مصيره.
- 3- حق الامتياز يرد على جميع الأموال المنقولة منها والعقارية، المادية منها والمعنوية، ولا يستثنى من ذلك إلا الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل، والأشياء التي لا يمكن بيعها بالمزاد استقلاً.
- 4- حق الامتياز كالرهن بنوعيه وحق الاختصاص هو حق غير قابل

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 657 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 391.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 286.

للتجزئة، فهو يبقى على الشيء محل الامتياز ما بقى جزء من الدين الممتاز لم يوف به.

- 5- يختلف حق الامتياز عن حق الرهن الرسمي من حيث محله، فعلى حين لا يرد الرهن الرسمي إلا على العقار، فإن حق الامتياز قد يرد على العقار أو على المنقول، كما يرد على الأموال العقارية والمنقولة معا. ولا يخرج من ذلك إلا الأشياء التي لا يجوز بيعها بالمزاد استقلالا والأشياء الخارجة عن دائرة التعامل.
- 6- حقوق الامتياز استثناء من القواعد العامة التي تقضى بالمساواة بين الدائنين. ويترتب على ذلك وجوب عدم التوسع في تفسير النصوص التي تقرر حقوق الامتياز، إذ الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره⁽¹⁾.



(1) محمد على إمام ص 566 - عبد المنعم البدرأوى ص 389 وما بعدها - عبد الفتاح عبد الباقي ص 656 وما بعدها.

مادة (1131)

1- مرتبة الامتياز يحددها القانون، فإذا لم ينص صراحة في حق ممتاز على مرتبة امتيازه، كان هذا الحق متأخراً في المرتبة عن كل امتياز ورد في هذا الباب.

2- وإذا كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة، فإنها تستوفى بنسبة قيمة كل منها ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك.

الشرح

454 - تحديد مرتبة الامتياز:

القانون الذى ينص على الامتياز هو الذى يحدد مرتبته. وقد حدد القانون المدنى بالفعل مراتب الحقوق الممتازة التى وردت فيه.

أما الحقوق الممتازة التى ترد فى قوانين خاصة، فإن هذه القوانين هى التى تحدد مرتبتها بالنسبة لسائر الحقوق فإذا أغفل القانون تحديد مرتبة الامتياز الذى يقرره صراحة، جاءت مرتبته بعد جميع الحقوق الممتازة الواردة فى الباب الخاص بحقوق الامتياز فى التقنين المدنى.

وينطبق هذا الحكم وهو اعتبار الامتياز غير المنصوص على مرتبته متأخراً عن كل امتياز، سواء كان النص المقرر لهذا الامتياز وارداً فى القانون المدنى ذاته ولكن فى موضع آخر غير الباب الخاص بحقوق الامتياز، أو كان وارداً فى قانون خاص⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"الامتياز وعلى ما جرى به نص المادة 1130 من القانون المدنى هو "أولوية" يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته" كما أن المادة 1131 من ذات القانون

تنص على أن "مرتبة الامتياز يحددها القانون" فالقانون وحده هو الذى يعين الحقوق الممتازة وهو وحده الذى يحدد مرتبة الامتياز بحيث لا يجوز وضع ترتيبه اتفاقاً أو قضاءً، وقد نصت المادة 1132 من القانون المدني على أن ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار، أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين، ومن ثم فإن صاحب حق الامتياز العام يباشر إجراءات التنفيذ على أى مال للمدين فيستوفى حقه الممتاز من هذا المال متقدماً على جميع دائنى المدين العاديين، لما كان ذلك وكانت المادة 124 من القانون 63 لسنة 1964 الخاص بالتأمينات الاجتماعية والمادة 105 من القانون 92 لسنة 1959 الملغى والتي تقابلها تنص على أن المبالغ المستحقة بمقتضى أحكام قانون التأمينات الاجتماعية يكون لها امتياز على أموال المدين من منقول وعقار وتستوفى مباشرة بعد المصروفات القضائية بما يجعل مرتبة امتياز حقوق الهيئة الطاعنة فى أعلى الدرجات بعد المصروفات القضائية، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أهدر حق الامتياز المقرر لديون الهيئة الطاعنة على جميع أموال مدينها باعتباره من حقوق الامتياز العامة المقررة بالقانون وبغير تفريق بين مال وآخر ثم عاد فجعل مجاله ميزانية المنشأة دون ذكر لأسباب هذا التخصيص المخالف لما ورد من الأحكام العامة فى القانون المدني ومن الأحكام الخاصة فى قانون التأمينات الاجتماعية، فإنه يكون قد خالف القانون فى هذا الخصوص".

(طعن رقم 432 لسنة 40 ق جلسة 1976/4/7)

455- تساوى الحقوق الممتازة فى المرتبة :

إذا وردت عدة حقوق ممتازة ونص لها على مرتبة واحدة، فإن هذه الحقوق تستوفى بنسبة قيمة كل منها. ما لم يوجد نص بغير ذلك ومثال ذلك تزامن امتياز بائع البذور مع امتياز بائع السماد فقد أعطى القانون هذين الحقين المرتبة الخامسة (المادة 1142).

وعلى ذلك إذا باع (أ) إلى (ب) بذورا (تقاوى) بألف جنيه، وباع (ج) إلى (ب) سمادا بخمسة جنيه، وباع المحصول المحمل بالامتيازات التى تضمن حقوق البائعين فى الثمن بمبلغ تسعمائة جنيه، فإن بائع البذور يحصل من هذا المبلغ على ستمائة جنيه، ويحصل بائع السماد على ثلاثمائة جنيه⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وكل حق ممتاز لم ينص القانون على مرتبة امتيازه يتأخر فى المرتبة على الحقوق الممتازة التى نص عليها المشروع فى هذا الباب. وإذا اتحدت مرتبة الامتياز فى حقين، فإنهما يستوفيان بنسبة قيمة كل منهما"⁽²⁾.



(1) محمد لبيب شنب ص 291.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 287.

مادة (1132)

ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار.
أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين.

الشرح

456 - حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة :

تنقسم حقوق الامتياز من حيث محلها، أى من حيث الأموال التى ترد عليها إلى قسمين رئيسيين: حقوق الامتياز العامة، وحقوق الامتياز الخاصة. ونعرض لهذين القسمين فيما يلى:

457- (أ) - حقوق الامتياز العامة :

حقوق الامتياز العامة هى التى ترد على أموال المدين جميعها من منقول وعقار. فهى لا تقع على شئ معين بالذات.

وهى تشمل - كما سنرى - امتياز المبالغ المستحقة للأجراء وامتياز نفقات توريد المأكّل والملبس للمدين ولمن يعوله وامتياز النفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة، وقد نصت عليها المادة 1141 مدنى.

وهى تعطى لصاحبها أولوية على غيره عند التنفيذ على أموال المدين ولأنها لا ترد على مال معين بالذات، فإنها لا تمنح صاحبها حقاً فى تتبع أموال المدين ولذلك أيضاً - كما سنرى - لم يخضعها المشرع للشهر حتى لو كان محلها عقاراً.

458- (ب) - حقوق الامتياز الخاصة :

حقوق الامتياز الخاصة هى حقوق تقع على مال معين بالذات. وهى تنقسم بدورها إلى حقوق امتياز خاصة على منقول وحقوق امتياز خاصة على عقار.

(1) حقوق الامتياز الخاصة المنقولة :

ترد حقوق الامتياز الخاصة المنقولة على منقول أو منقولات معينة، كامتياز مصاريف حفظ وترميم المنقول (م1140) وامتياز مؤجر العقار على منقولات المستأجر (م1143) وامتياز صاحب الفندق على أمتعة النزول (م1144) وامتياز بائع المنقول (م 1145) وامتياز متقاسم المنقول (م1146).
وهى كإى تأمين عينى تعطى لصاحبها الأولوية والتتبع على محل الحق العينى التبعى.

غير أنه يلاحظ أن حق الدائن صاحب الامتياز فى تتبع المنقول كثيرا ما يتعطل بناء على تطبيق قاعدة الحيابة فى المنقول سند الملكية.

(2) حقوق الامتياز الخاصة العقارية :

حقوق الامتياز الخاصة العقارية هى التى ترد على عقار أو عقارات معينة.
وهى تشمل امتياز بائع العقار (م1147) وامتياز المقاول والمهندس المعماري (م1148) وامتياز متقاسم العقار (م1149).
ولا يختلف الامتياز الخاص على العقار عن الرهن الرسمى إلا من حيث مصدره، فهو يتقرر بناء على نص القانون فى حين أن الرهن الرسمى ينشأ عن الاتفاق. أما فيما عدا ذلك فلا خلاف بينهما ويسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن الرسمى كما سنرى.

(راجع نقض طعن رقم 432 لسنة 40 ق جلسة 1976/4/7 المنشور بشرح المادة السابقة).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"تنقسم حقوق الامتياز إلى:

- 1- حقوق امتياز عامة على جميع أموال المدين، كامتياز النفقة وامتياز المبالغ المستحقة للأجراء.
- 2- حقوق امتياز خاصة على منقول معين، كامتياز المؤجر وامتياز بائع

المنقول ولا يحتج بهذه الحقوق على حائز حسن النية، فإذا اشترى المستأجر منقولا لم يدفع ثمنه، وأدخله في العين المؤجرة وكان المؤجر حسن النية أى لا يعلم بامتياز البائع، فإن هذا الامتياز الأخير لا يحتج به على المؤجر، وكذلك الأمر لو كان المنقول لم يدفع ثمنه ودخل في أمتعة نزيل الفندق فلا يحتج بامتياز البائع على صاحب الفندق. ويتبين من ذلك أن حق الامتياز الخاص على منقول عرضة للضياع، لذلك أجاز المشروع، إذا خشى الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول المنقل بحق الامتياز، أن يطلب وضعه تحت الحراسة.

3- حقوق امتياز خاصة على عقار معين، كامتياز بائع العقار وامتياز المتقاسم في العقار ... الخ⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 292 وما بعدها .

مادة (1133)

- 1- لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية.
- 2- ويعتبر حائزا في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة، وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التي يودعها النزلاء في فندقه.
- 3- وإذا خشي الدائن لأسباب معقولة، تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته، جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة.

الشرح

459 - عدم الاحتجاج بحق الامتياز على حائز المنقول بحسن نية؛

لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية، فسلطة تتبع المنقول المحمل بالامتياز قد تتعطل وتصبح بدون فائدة إذا انتقل المنقول إلى شخص تتوافر لديه شروط التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"النص في المادة 1133 من القانون المدني على أنه" لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية ويعتبر حائزا في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة..." مفاده أن جميع حقوق الامتياز سواء كانت حقوق امتياز عامة في جميع أموال المدين أم كانت حقوق امتياز خاصة على منقول معين، لا يحتج بها على الحائز حسن النية لأنه بالإضافة إلى أن عبارة "حق الامتياز" جاءت بهذا النص عامة دون تخصيص، فإن هذا النص ورد في الفصل الأول من الباب الرابع من الكتاب الرابع من القانون المدني الخاص بالأحكام العامة في حقوق الامتياز، هذا فضلا عن أن هذا النص قصد به تغليب قاعدة الحيازة بحسن نية على الامتياز سواء كان خاصا أم عاما.

وإذ كانت المادة 124 من القانون 63 لسنة 1964 تنص على أن المبالغ المستحقة للهيئة الطاعة - الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية - يكون لها امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار، فإن ذلك لا يعنى أنه يحتج بها على الحائز حسن النية شأنها في ذلك شأن سائر حقوق الامتياز سواء كانت عامة أو خاصة".

(طعن رقم 1362 لسنة 47 ق جلسة 1979/5/10)

وقد أوردت الفقرة الثانية من المادة مثلين للحائز في حكم المادة هما: مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة، وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التي يودعها النزلاء في فندقه.

ونعرض لهذين المثليين فيما يلي:

(1) مؤجر العقار:

إذا اشترى شخص منقولا لم يدفع ثمنه، فإن المنقول يبقى مثقلا بحق امتياز الثمن. فإذا نقل المشتري هذا المنقول إلى منزل استأجره، وكان المؤجر حسن النية أى لا يعلم أن المنقول مثقل بحق امتياز، فإن المنقول متى نقل إلى العين المؤجرة بحوزة المؤجر بحسن نية، تتغلب هذه الحيازة بحسن النية على حق امتياز البائع، ويفضل في هذه الحالة مؤجر العقار على بائع المنقول، أى أن امتياز المؤجر يتغلب على امتياز البائع.

(2) صاحب الفندق:

إذا كان المنقول في المثل السابق، الذى لم يدفع المشتري ثمنه نقله المشتري ضمن أمتعته إلى فندق نزل فيه، وكان صاحب الفندق يعتقد بحسن نية أن المنقول ملك النزير وأنه غير مثقل بحق امتياز ففي هذه الحالة يفضل صاحب الفندق حسن النية على بائع المنقول ويتقدم امتياز صاحب الفندق على امتياز بائع المنقول⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"... ولا يحتج بهذه الحقوق على حائز حسن النية، فإذا اشترى المستأجر منقولاً لم يدفع ثمنه، وأدخله في العين المؤجرة وكان المؤجر حسن النية أى لا يعلم بامتياز البائع، فإن هذا الامتياز الأخير لا يحتج به على المؤجر، كذلك الأمر لو كان المنقول لم يدفع ثمنه ودخل في أمتعة نزيل الفندق، فلا يحتج بامتياز البائع على صاحب الفندق"⁽¹⁾.

460- طلب صاحب الامتياز وضع المنقول تحت الحراسة :

لما كان حق التتبع يتهدد بالتعطل إذا استطاع الغير الاستناد لقاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز، فقد خول المشرع صاحب حق الامتياز إذا ما خشى لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته، أن يطلب وضعه تحت الحراسة.

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر معقولية هذه الأسباب⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

".. لذلك أجاز المشروع، إذا خشى الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق الامتياز، أن يطلب وضعه تحت الحراسة"⁽³⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 292.

(2) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 553.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 292 .

مادة (1134)

1- تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار، أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيد وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو.

2- ومع ذلك فإن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقارا لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع، ولا حاجة للشهر أيضا في حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخرانة العامة. وهذه الحقوق الممتازة جميعا تكون أسبق في المرتبة على أى حق امتياز عقارى آخر أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده. أما فيما بينها، فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخرانة يتقدم على حقوق الامتياز العامة.

الشرح

461 - سريان أحكام الرهن الرسمي على حقوق الامتياز الواقعة

على عقار:

تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار، أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق.

وبصفة خاصة تجرى الأحكام الآتية:

1- أحكام التطهير.

2- أحكام القيد وآثاره وتجديده ومحوه وإلغاء المحو.

وحقوق الامتياز تأخذ مرتبتها كالرهن الرسمي من تاريخ قيدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"وحقوق الامتياز هذه تنطبق عليها أحكام الرهن الرسمي وإن كان مصدرها نص القانون. فيجب قيدها، وتأخذ مرتبتها من وقت القيد وتسرى أحكام القيد من آثار وتجديد ومحو ويجوز تطهيرها"⁽¹⁾.

462- عدم شهر حقوق الامتياز العامة وعدم ثبوت حق التتبع فيها :

حقوق الامتياز العامة ولو كانت واردة على عقار لا يلزم شهرها، ولذلك لا يثبت فيها حق التتبع. وتقتصر على حق التقدم فمتى نفذ الدائن عليها وهي مملوكة للمدين تقدم في مرتبته على سائر الدائنين. أما فيما بينها فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزانة يتقدم على حقوق الامتياز العامة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"إلا أن هناك حقوق امتياز تقع على عقار ولا تشهر، وهي حقوق الامتياز العامة فيما يقع منها على العقار. ولذلك لا يثبت فيها حق التتبع، وكذلك لا يشهر حق امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة إذا وقع على عقار وهو حق يقترن بالتتبع، ومع ذلك لا يشهر لتفاهته. وحقوق الامتياز العقارية التي لا تشهر تسبق في المرتبة كل امتياز عقارى آخر، وكل حق مقيد مهما كان تاريخ قيده. أما فيما بينها فامتياز المبالغ المستحقة للخزانة تسبق في المرتبة حقوق الامتياز العامة. وتستوفى حقوق الامتياز العامة فيما بينها بنسبة كل منها"⁽²⁾.

463 - حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة :

حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة، لا يلزم شهرها، رغم أنه تعطى الخزانة العامة حق التقدم والتتبع. وقد أعفاها المشرع من الشهر مقدرا تفاهة الامتياز.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 293.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 293.

وهذه الحقوق جميعا تكون أسبق في المرتبة على أى حق امتياز عقارى آخر أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده⁽¹⁾.
أما إذا تزاхمت فيما بينها فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزانة يتقدم على حقوق الامتياز العامة.



مادة (1135)

يسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام متعلقة بهلاك
الشيء أو تلفه.

الشرح

**464 - سريان أحكام الرهن الرسمى فى هلاك الشيء أو تلفه على
حقوق الامتياز:**

تنص المادة على أنه يسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن الرسمى من
أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه، وقد تعرضنا لهذه الأحكام فى شرح المادتين
(1048، 1049) فنحيل عليه.



مادة (1136)

ينقضى حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضى بها حق الرهن الرسمي وحق رهن الحيازة ووفقا لأحكام انقضاء هذين الحقين، ما لم يوجد نص خاص يقضى بغير ذلك.

الشرح

465 - انقضاء حق الامتياز:

تنقضى المادة بأن حق الامتياز ينقضى بنفس الطرق التي ينقضى بها حق الرهن الرسمي وحق رهن الحيازة ووفقا لأحكام انقضاء هذين الحقين، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك.

وعلى ذلك فحق الامتياز باعتباره تأمينا نشأ ضمانا للوفاء بالالتزام المضمون، كالرهن الرسمي ورهن الحيازة، فإنه ينقضى بطريقة تبعية تبعا لانقضاء الدين المضمون بالوفاء أو بغيره من طرق انقضاء الالتزامات.

بجانب ذلك فإن حق الامتياز الوارد على منقول ينقضى بصفة مستقلة بنفس الطرق التي ينقضى بها الرهن الحيازي على منقول.

كما أن حق الامتياز الوارد على عقار ينقضى بصفة مستقلة، بنفس الطرق التي ينقضى بها الرهن الرسمي.

غير أنه يجب ملاحظة أن حقوق الامتياز العامة لا تنقضى بهلاك مال معين من أموال المدين وذلك لعدم ورودها على مال بذاته⁽¹⁾.

وكل ذلك ما لم يرد نص على خلاف ذلك.

ونحيل في ذلك إلى شرح المواد (1082، 1083، 1112، 1113).

(1) همام محمد زهران ص 659 - محمد ليبب شنب ص 291 وما بعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وينقضى حق الامتياز فى العقار بما ينقضى به حق الرهن الرسمى وحق الاختصاص كما ينقضى حق الامتياز فى المنقول بما ينقضى به حق الرهن الحيازى وذلك ما لم يوجد نص خاص يقضى بغيره"⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 296.

الفصل الثاني

أنواع الحقوق الممتازة

مادة (1137)

الحقوق المبينة في المواد الآتية تكون ممتازة إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة.

الشرح

466 - أنواع الحقوق الممتازة:

ورد في هذا الباب (الباب الرابع - حقوق الامتياز) معظم الحقوق الممتازة، بينما توجد نصوص خاصة تقرر حقوق امتياز أخرى، وقد وردت هذه النصوص في القانون المدني وفي تشريعات خاصة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يقرر هذا النص أن هناك حقوقا ممتازة أخرى غير التي ذكرت في هذا الباب تقررها نصوص خاصة، مثل ذلك حق امتياز النقابة في ملكية الطبقات (أنظر م 1238 من المشروع) وحق امتياز أتعاب المحامى وقد تقرر في قانون خاص"⁽¹⁾.



1 - حقوق الامتياز العامة

وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول

مادة (1138)

- 1- المصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها، لها امتياز على ثمن هذه الأموال.
- 2- وتستوفى هذه المصروفات قبل أى حق آخر ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمى بما فى ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصروفات فى مصلحتهم. وتتقدم المصروفات التى أنفقت فى بيع الأموال على تلك التى أنفقت فى إجراءات التوزيع.

الشرح

امتياز المصروفات القضائية :

467 - الحكمة من الامتياز:

الحكمة من هذا الامتياز هى أن الدائن بالحق الممتاز قد أفاد الدائنين الآخرين الذين يحتج عليهم بالامتياز، ولهذا فمن العدل أن يتقدم منفقها على كل من أفاد من إنفاقها. والمشرع عندما قرر هذا الامتياز فإنه يستهدف فى المقام الأول التشجيع على الأعمال التى تعود بالفائدة على الدائنين جميعا وفى مقدمتها المصروفات القضائية. ولذلك فإنه يجنب من أنفقها مزاحمة الدائنين حيث يتقدمهم فى استردادها⁽¹⁾.

(1) حسام الدين الأهوانى ص 747.

468- الحق المضمن بهذا الامتياز:

يضمن امتياز المصروفات القضائية، المبالغ التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها.

والمقصود بالمصروفات التي أنفقت في حفظ أموال المدين وبيعها ليس المصروفات التي أنفقت في حفظها ماديا من التلف أو الهلاك، فهذه لها امتيازها الخاص ولكن المقصود بها تلك التي أنفقت في التحفظ على أموال المدين أي حفظها قانونا تمهيدا للتنفيذ عليها.

فيجب أن تكون أنفقت في إجراءات تحت إشراف القضاء أو أعوانه. وليس في إجراءات ودية كبيع أموال المدين وتصفيته تصفية ودية بمعرفة أحد الدائنين، إلا إذا عهد إليه بذلك جميع الدائنين، فإنهم في هذه الحالة يقرون ضمنا حقه في استيفاء المصروفات قبل توزيع الثمن.

ومثال المصروفات القضائية ما ينفق في وضع الأختام على أموال المدين وجرد التركة وتصفيته، وإجراء القسمة تمهيدا لنزع ملكية حصة المدين مفرزة، وتلك التي تصرف في تصفية الشركة وفي دعوى الحراسة وإدارة أموال المدين الموضوعة تحت الحراسة وأجر الحارس وفي دعوى شهر الإعسار أو شهر الإفلاس، ونفقات إدارة أموال المدين المفلس وأمين التفليسة، ومصاريف الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليسية والحجوز التحفظية.

كما يدخل في هذه المصروفات مصاريف الحجوز التحفظية والتنفيذية وإجراءات نزع الملكية وبيع الأموال وتوزيعها على الدائنين، وأتعاب المحامين. وإذا حققت المبالغ فائدة لبعض الدائنين دون غيرهم فإن الامتياز لا يحتج به إلا في مواجهة من أفادوا منها فقط.

ويضمن الامتياز المبالغ السابقة أيا كان من أنفقها، فقد يكون من أنفقها هو أحد الدائنين وهو الدائن المباشر للإجراءات، وقد يكون إنفاقها بواسطة

أجنبي كحارس قضائي أو أمين تفليسة أو مصرفى أو كانت مستحقة للخزانة العامة⁽¹⁾.

ولا يدخل فى هذه المصروفات، المصروفات التى تكون خاصة بالدائن التى أنفقها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"الحق الممتاز: هو المصروفات القضائية التى أنفقت لمصلحة الدائنين المشتركة فى حفظ أموال المدين وبيعها. فنفقات الحجز التحفظية، والحراسة، والحجز التنفيذى، وإجراءات نزع الملكية، والتوزيع كلها ممتازة، على أن تكون لمصلحة الدائنين المشتركة، فما كان منها لمصلحة خاصة لدائن معين، كما فى الدعوى البوليصية، وإجراءات تحقيق الدين لأحد الدائنين، فلا يدخل فى هذا الامتياز"⁽²⁾.

469- محل الامتياز:

يقع امتياز المصروفات القضائية على ثمن الأموال التى بيعت وفاء لحقوق الدائنين.

ويستوى أن تكون هذه الأموال منقولة أو عقارية، كل أموال المدين أو بعضها، فمحل الامتياز هو الثمن، وهو منقول، ولذلك كان هذا الامتياز امتيازاً على منقول فهو لا يرد على الأموال ذاتها وإنما على ثمنها"⁽³⁾. وإذا كانت إجراءات الحفظ قد انصبت على جزء من أموال المدين فقط، فإن الامتياز يرد على هذا الجزء فقط"⁽⁴⁾.

(1) سمير عبد السيد تتاغو ص 431 - محمد لبيب شنب ص 295 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 404.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 300.

(3) عبد المنعم البدرأوى ص 405 - السنهورى ص 738 - محمد لبيب شنب ص 296.

(4) محمد على إمام ص 581 - نعمان جمعه ص 749.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"محل الامتياز: هو الثمن رضى به المزاد عند بيع أموال المدين. فالامتياز يقع إذا على منقول. وقد يكون خاصا، إذا كان التنفيذ على أعيان محددة، عقارا كانت أو منقولا، وقد يكون عاما إذا بيعت كل أموال المدين"⁽¹⁾.

470- مرتبة الامتياز:

تقضى الفقرة الثانية من المادة بأن امتياز المصروفات القضائية يأتى فى المرتبة الأولى. فهو لا يسبق فقط الدائنين العاديين ولكن بسبق أيضا كل الدائنين ذوى التأمين الخاص وسواء كان هذا التأمين الخاص حق رهن رسمى أو حق اختصاص أو رهنا حيازيا أو امتيازاً من أى نوع. ولو كان هؤلاء هم الدائنون الذين أنفقت المصروفات فى مصلحتهم .

ولا يحتج بهذا الامتياز إلا ضد الدائنين الذين استفادوا من المصروفات القضائية⁽²⁾.

والدائن بهذه المصروفات يستوفيهما قبل حقه الأسمى أيضا، ويقتصر امتيازهم على المصروفات ولا يتعداه إلى هذا الحق.

471- تراحم الدائنين:

إذا تراحم عدة دائنين بمصروفات قضائية، وأنفق أحدهم مصروفات لحفظ المال، وثان مصروفات فى بيعه، وثالث مصروفات لتوزيع ثمنه، تقدمت مصروفات الحفظ والبيع على مصروفات التوزيع.

أما مصروفات الحفظ والبيع فهى متساوية فيما بينها، فإذا لم يكف الناتج من البيع لاستيفائها، قسم الثمن على أصحابها قسمة غرماء، كل بحسب ما أنفق من مصروفات.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 300.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 405.

وكذلك يتساوى الدائنون بنفقات التوزيع فيما بينهم⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"مرتبة الامتياز : هى المرتبة الأولى. أما فيما بين هذه الديون الممتازة فتقدم مصروفات الحفظ والبيع (وهى متساوية فيما بينها) على مصروفات التوزيع"⁽²⁾.

472 - امتياز أتعاب المحامى :

تنص المادة (88) من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 (المعدل) على أن: "لأتعاب المحامين وما يلحق بها من مصروفات امتياز يلى مباشرة حق الخزنة العامة على ما آل إلى موكله نتيجة عمل المحامى أو الحكم فى الدعوى موضوع الوكالة وعلى ضمانات الإفراج والكفالات أيا كان نوعها". ومن هذا النص يبين أن امتياز المحامى فى سبيل اقتضاء أتعابه وما تكبده من مصاريف يقع على ما آل إلى موكله نتيجة عمل المحامى أو الحكم فى الدعوى، التى وكل فيها، سواء كانت هذه منقولات أو عقارات أو ديونا أو مبالغ نقدية، كما يقع على ضمانات الإفراج والكفالات أيا كان نوعها وأيا كان دافعها. وأما مرتبة هذا الامتياز فتأتى فى المرتبة بعد حق الخزنة العامة مباشرة.



(1) محمد كامل مرسى ص 381 وما بعدها - السنهورى ص 738.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 300.

مادة (1139)

- 1- المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع كان، يكون لها امتياز بالشروط المقررة فى القوانين والأوامر الصادرة فى هذا الشأن.
- 2- وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز فى أية يد كانت قبل أى حق آخر، ولو كان ممتازا ومضمونا برهن رسمى عدا المصروفات القضائية.

الشرح

امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة :

473 - الحكمة من الامتياز:

الحكمة من هذا الامتياز أن المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع تكون عنصرا هاما من عناصر إيرادات الدولة، ونقتضى المصلحة العامة ضمان تحصيلها حتى لا يتعطل نشاط السلطات العامة.

474- الحقوق المضمونة بالامتياز:

الحقوق المضمونة بهذا الامتياز هى المبالغ المستحقة للدولة ولسائر الأشخاص الاعتبارية العامة باعتبارها سلطة عامة.

وذلك مثل الضرائب والرسوم وكافة الحقوق الأخرى التى تقتضيها الدولة باعتبارها سلطة عامة. فيدخل فى ذلك ضريبة الأتبان والضريبة على العقارات المبنية والضرائب على الإيراد بمختلف أنواعه ورسوم التمتع والرسوم الجمركية وضريبة الملاهى وكل حق آخر للدولة ينص المشرع على تمتعه بالامتياز.

ويشترط لتحقيق هذا الامتياز أن يكون هناك نص فى القانون يقضى بأن لهذه المستحقات امتيازاً بشروط أو بغير شروط. وبناء على ذلك إذا كان للحكومة

مستحقات ولم يكن هناك نص فى القانون يقرر أن هذه المستحقات بالذات ممتازة فإن الامتياز لا يقوم.

وكذلك إذا كان القانون قد قرر لها امتيازاً بشروط معينة، ولكن هذه الشروط لم تتوافر، فالمادة فى حد ذاتها لا تفيد شيئاً وإنما تركز على النصوص الأخرى⁽¹⁾.

أما المبالغ المستحقة للدولة بوصفها شخصاً من أشخاص القانون الخاص كما هو الحال إذا باعت أو أجرت أموالها الخاصة للأفراد أو تعاقدت معهم فى شأن توريد أو غير ذلك فإنها لا تتمتع بامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة، ولا يكون للدولة بالنسبة لهذه المبالغ سوى امتياز البائع أو المؤجر أو أى امتياز آخر يقرره نص القانون بحسب الأحوال شأنها فى ذلك شأن الأفراد.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"الحق الممتاز: هو الضرائب والرسوم وكل المبالغ المستحقة للخزانة العامة. (أنظر الأمر العالى الصادر فى 10 سبتمبر سنة 1872 والأمر العالى الصادر فى 13 مارس سنة 1884).

محل الامتياز: هو ثمن الأموال المنقولة بهذا الامتياز طبقاً للقوانين الخاصة"⁽²⁾. ومن أمثلة النصوص الواردة فى القوانين بتقرير امتيازات للمبالغ المستحقة للخزانة العامة ما يأتى:

(1) القانون رقم 113 لسنة 1939 بضريبة الأقطان :

إذ ينص فى المادة 16 منه على أن: "للخزانة العامة فيما يختص بتحصيل الضريبة - حق الامتياز على الأراضى المستحقة عليها الضريبة، وكذلك على ثمارها ومحصولاتها وعلى المنقولات التابعة لهذه الأراضى".

(2) القانون رقم 196 لسنة 2008 بإصدار قانون الضريبة على

(1) أحمد سلامه ص 422- محمد لبيب شنب ص 297 - همام محمد زهران ص 715.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 302.

العقارات المبنية :

إذ تنص المادة 26 من القانون على أن "للخزانة العامة فيما يختص بتحصيل الضريبة والمبالغ الأخرى المستحقة بمقتضى هذا القانون حق الامتياز على العقارات المبنية المفروض عليها الضريبة، وعلى أجرة هذه العقارات، وعلى المنقولات المملوكة للمكلف بأداء الضريبة والموجودة في العقار".

(3) القانون رقم 66 لسنة 1963 (المعدل) بإصدار قانون الجمارك :

تنص المادة الخامسة من القانون على أن: "تخضع البضائع التي تدخل أراضي الجمهورية لضرائب الواردات المقررة في التعريفات الجمركية علاوة على الضرائب الأخرى المقررة وذلك إلا ما يستثنى بنص خاص.

أما البضائع التي تخرج من أراضي الجمهورية فلا تخضع للضرائب الجمركية إلا ما ورد بشأنه نص خاص.

وتحصل الضرائب الجمركية وغيرها من الضرائب والرسوم التي تستحق بمناسبة ورود البضاعة أو تصديرها وفقا للقوانين والقرارات المنظمة لها. ولايجوز الإفراج عن أية بضاعة قبل إتمام الإجراءات الجمركية وأداء الضرائب والرسوم المستحقة ما لم ينص على خلاف ذلك في القانون.

ويكون لمبالغ الضرائب والرسوم المشار إليها وغيرها من المبالغ التي تستحق للخزانة العامة طبقا لأحكام هذا القانون، امتياز على جميع أموال المدينين بها أو الملتزمين بأدائها، وتستوفى من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أي يد كانت قبل أي حق آخر ولو كان ممتازا أو مضمونا بحق عيني تبعى، عدا المصاريف القضائية".

(4) القانون رقم 91 لسنة 2005 بإصدار قانون الضريبة على الدخل :

تنص المادة (102) من القانون على أن: "تكون الضرائب والمبالغ الأخرى

المستحقة للحكومة بمقتضى هذا القانون دينا ممتازا تالية فى المرتبة للمصروفات القضائية وذلك على جميع أموال المدينين بها أو الملتزمين بتوريدها. ويكون دين الضريبة واجب الأداء فى مقر المصلحة وفروعها دون حاجة إلى مطالبة فى مقر المدين".

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- (أ) - " النص فى الفقرة الأولى من المادة 139 من القانون المدنى على أن "المبالغ المستحقة للخرانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع كان يكون لها امتياز بالشروط المقررة فى القوانين والأوامر الصادرة فى هذا الشأن" يدل على أن المبالغ المستحقة للخرانة العامة بجميع أنواعها ومنها - وعلى سبيل المثال - الضرائب والرسوم لا تكون ممتازة ولا يثبت لها هذا الامتياز إلا إذا قضت بامتيازها القوانين والأوامر الخاصة بكل منها وبالشروط والقيود التى تقررها هذه القوانين والأوامر، بحيث إذا استحق للخرانة العامة مبلغ ما ولم يوجد قانون أو أمر يقضى بامتيازها فإنه لا يتمتع بهذا الامتياز وإذا وجد تعين الرجوع إليه للتعرف على شروط الامتياز ونطاقه ووعائه وما عساه أن يرد عليه من أموال.

(ب) بالرجوع إلى القانون رقم 14 لسنة 1939 بفرض ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل والتعديلات التى أدخلت عليه بالقانون رقم 146 لسنة 1950 والقانون رقم 253 لسنة 1953 والقانون رقم 244 لسنة 1955 - وهو القانون الذى أحال إليه القانون رقم 99 لسنة 1949 بفرض ضريبة عامة على الإيراد - يبين أنه نص فى المادة 90 منه على أن تكون الضرائب والمبالغ الأخرى المستحقة للحكومة بمقتضى هذا القانون دينا ممتازا على أموال المدينين بها أو الملتزمين بتوريدها إلى الخزانة بحكم القانون" وهو بذلك إنما يقرر للخرانة العامة - مصلحة الضرائب - حق امتياز عام على أموال المدينين بها أو الملتزمين بتوريدها فتجرى فى شأنها ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 1134 من القانون المدنى من أن حقوق الامتياز العامة "لا

يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع ولو كان محلها عقارا" غير محمل بذاته بدين الضريبة، واكتفى بما قرره من ضمانات ووسائل خاصة للحفاظ على حقوق الخزانة فضلا عن الضمانات العامة في القانون. وإذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى في قضائه على أن دين الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية والضريبة العامة على الإيراد يخول مصلحة الضرائب حق تتبع عقارات مدينيتها المثقلة بامتياز الخزانة العامة فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه".

(طعن رقم 131 لسنة 30 ق جلسة 1966/5/11)

2- (أ) - "النص في المادة 1/1139 من القانون المدني على أن: "المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع كان، يكون لها امتياز بالشروط المقررة في القوانين والأوامر الصادرة في هذا الشأن" يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أن المبالغ المستحقة للخزانة العامة بجميع أنواعها ومنها - وعلى سبيل المثال - الضرائب والرسوم لا تكون ممتازة ولا يثبت لها هذا الامتياز إلا إذا قضت بامتيازها القوانين والأوامر الخاصة بكل منها، وبالشروط والقيود التي تقررها هذه القوانين والأوامر بحيث إذا استحق للخزانة العامة مبلغ ما ولم يوجد قانون أو أمر يقضى بامتيازها فإنه لا يتمتع بهذا الامتياز، وإذا وجد تعين الرجوع إليه للتعرف على شروط الامتياز ونطاقه ووعائه وما عساه أن يرد عليه من أموال".

(ب) - "الرجوع إلى القانون رقم 14 لسنة 1939 بفرض ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل والتعديلات التي أدخلت عليه بالقوانين 146 لسنة 50 و 253 لسنة 1953 و 244 لسنة 1955 - وهو القانون الذي أحال إليه القانون رقم 60 لسنة 1941 بفرض ضريبة خاصة على الأرباح الاستثنائية والمعدل بالقانون 87 لسنة 1943 - يبين

أنه نص في المادة 90 منه على أن "تكون الضرائب والمبالغ الأخرى المستحقة للحكومة بمقتضى هذا القانون دينا ممتازا على أموال المدينين بها أو الملمزمين بتوريدها إلى الخزنة بحكم القانون" وهو بذلك إنما يقرر للخزنة العامة - مصلحة الضرائب - حق امتياز عام على أموال المدينين بها أو الملمزمين بتوريدها فتجرى في شأنها ما نصت عليه المادة 2/1134 من القانون المدنى من أن حقوق الامتياز العامة لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع ولو كان محلها عقارا غير محمل بذاته بدين الضريبة واكتفى بما قرره من ضمانات ووسائل خاصة للتحفظ على حقوق الخزنة، فضلا عن الضمانات العامة فى القانون. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى فى قضائه على أن دين الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية والأرباح الاستثنائية يخول مصلحة الضرائب حق تتبع عقارات مدينها المثقلة بامتياز الخزنة العامة فإنه يكون قد خالف القانون".

(ج) - "كلما أراد المشرع أن يخول الخزنة العامة حق تتبع أموال مدينها استيفاء لحق من حقوقها الممتازة - وبصرف النظر عن عدم شهره - نص على هذا الامتياز الخاص ورسم معالمه ونطاقه وهو ما نصت عليه القوانين الخاصة بضررائب الأطنان والمبانى والرسوم الجمركية والقانون رقم 142 لسنة 1944 بفرض رسم أيلولة على التركات".

(طعن رقم 309 لسنة 35 قى جلسة 1969/6/17)

3- "الضررائب المستحقة بمقتضى القانون رقم 14 لسنة 1939 بفرض ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية، وعلى كسب العمل، تعتبر وفقا للمادتين 1139 من القانون المدنى و 90 من القانون رقم 14 لسنة 1939 سالف البيان دينا ممتازا على جميع أموال المدينين أو الملمزمين بتوريدها إلى الخزنة بحكم القانون أى أن هناك حقا عينيا تبعا على المنشأة يثبت قبل من يشتريها، وإذ كان ذلك يرجع إلى فعل البائع لها، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر

هذا تعرضا للمشتري، يضمنه البائع، والضامن المتضامن معه في عقد البيع فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم 341 لسنة 37 ق جلسة 1972/5/16)

4- (أ) - "مؤدى نص المادة 1139 من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المبالغ المستحقة للخرانة العامة بجميع أنواعها ومنها الضرائب، تكون ممتازة، ويثبت لها هذا الامتياز إذا قضت بامتيازها القوانين والأوامر الخاصة بكل منها، وبالشروط والقيود التى تقررها هذه القوانين والأوامر، بحيث إذا استحق للخرانة العامة مبلغ ما، ووجد قانون أو أمر يقضى بامتيازها تعين الرجوع إليه للتعرف على شروط الامتياز ونطاقه ووعائه وما عساه أن يرد عليه من أموال".

(ب) نص المادة 90 من القانون رقم 14 لسنة 1939 بفرض ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل، يقرر للخرانة العامة - مصلحة الضرائب - حق امتياز عام على أموال المدينين بها أو الملتزمين بتوريدها، فيجرى فى شأنها ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة 1134 من القانون المدنى، من أن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقارا، لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع، وأنها تكون أسبق فى المرتبة على أى حق امتياز عقارى آخر أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده".

(ج) - "مفاد نص المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946 أن الملكية فى المواد العقارية تنقل بالتسجيل سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير. وإذ كان الثابت فى الدعوى أن مورث الطاعنة باع مساحة من الأطنان الزراعية إلى مورث المطعون عليهم عدا الأولى، ولعدم سداد باقى الثمن اتخذ البائع إجراءات التنفيذ العقارى بالنسبة لقدر من هذه الأطنان، وكانت ملكية الأطنان المذكورة قد انتقلت إلى المشتري - وهو مدين مصلحة الضرائب - بتسجيل عقد البيع، فيكون ثمنها المودع من الراسى عليهم المزاد حقا خالصا لهذا المشتري

المدين، ويجوز للمصلحة بما لها من حق امتياز عام على أموال مدينها أن تستوفى حقها من الثمن المذكور بالأولية على سائر الديون الممتازة ومن بينها باقى الثمن المستحق للطاعة، ولا يغير من ذلك قول الطاعة إنه لو كان مورثها قد استعمل حقه فى الفسخ لعدم وفاء المشتري بباقي الثمن لعادت إليه الأتيان المنزوعة ملكيتها غير محملة بحق ما لمصلحة الضرائب أو سواها من دائنى المشتري، ذلك أن المركز القانونى للطاعة قد تحدد بسلوك مورثها طريق التنفيذ العقارى، ولا يجوز لها التحدى بحقوقها المترتبة على طلب الفسخ".

(طعن رقم 214 لسنة 34 ق جلسة 1972/5/17)

5- (أ) - "النص فى الفقرة الأولى من المادة 1139 من القانون المدنى على أن المبالغ المستحقة للخرانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع كان، يكون لها امتياز بالشروط المقررة فى القوانين والأوامر الصادرة فى هذا الشأن يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المبالغ المستحقة للخرانة العامة بجميع أنواعها ومنها - وعلى سبيل المثال - الضرائب والرسوم، لا تكون ممتازة، ولا يثبت لها هذا الامتياز إلا إذا قضت بامتيازها القوانين والأوامر الخاصة لكل منها، وبالشروط والقيود التى تقرها هذه القوانين والأوامر، بحيث إذا استحق للخرانة العامة مبلغ ما ولم يوجد قانون أو أمر يقضى بامتيازها، فإنه لا يتمتع بهذا الامتياز، وإذا وجد تعين الرجوع إليه للتعرف على شروط الامتياز ونطاقه ووعائه، وما عساه أن يرد عليه من أموال".

(ب) - "بالرجوع إلى القانون رقم 14 لسنة 1939 بفرض ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة، وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل والتعديلات التى أدخلت عليه بالقانون رقم 146 لسنة 1950 والقانون رقم 253 لسنة 1953 والقانون رقم 244 لسنة 1955 يبين أنه نص فى المادة 90 منه على أن تكون الضرائب والمبالغ الأخرى المستحقة للحكومة بمقتضى هذا القانون ديناً ممتازاً على أموال المدينين بها أو الملتزمين بتوريدها إلى الخزانة بحكم القانون" وهو

بذلك إنما يقرر للخزانة العامة - مصلحة الضرائب - حق امتياز عام على أموال المدينين بها أو الملتزمين بتوريد فتجری فی شأنها ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 1134 من القانون المدني من أن حقوق الامتياز العامة لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع ولو كان محلها عقارا غير محمل بذاته بدين الضريبة، واكتفى بما قرره من ضمانات ووسائل خاصة للحفاظ على حقوق الخزنة فضلا عن الضمانات العامة في القانون ومن جهة أخرى فإن إطلاق يد مصلحة الضرائب على أموال المدينين بالضريبة المقررة بمقتضى القانون رقم 14 لسنة 1939 لا يخلو من أثر سئ على المعاملات وتعطيلها وارتباكها إضرارا بمن يتعاملون فيها من يريدون البيع ومن يريدون الشراء على السواء، خصوصا وأنه فيما عدا حالة التنازل عن المنشأة لم ينظم الشارع - ومع مراعاة سر المهنة - وسيلة للعلم بحقوق المصلحة تسهل على ذوى الشأن سبيل التعرف على حقيقة المركز المالى للممولين وتكون بمثابة شهادة التصرفات العقارية فى أحوال التعامل العادى، يؤيد ذلك أن امتياز الخزنة العامة لا يخولها حق تتبع أموال مدينينها إلا بنص فى القوانين والأوامر الخاصة بكل منها. وإذ كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى فى قضائه على أن دين الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية يخول مصلحة الضرائب حق تتبع عقارات مدينينها المثقلة بامتياز الخزنة العامة ورتب على ذلك قضاءه برفض طلبات الطاعنين - بوقف إجراءات البيع الإدارى بالنسبة إلى أطيانهما وبعدم الاعتداد بالحجز الإدارى الموقع عليها - فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(ج) - "بالرجوع إلى القوانين والأوامر الخاصة بمختلف أنواع الضرائب والرسوم يبين أنه كلما أراد الشارع أن يخول الخزنة العامة حق تتبع أموال مدينينها استيفاء لحق من حقوقها الممتازة، وبصرف النظر عن عدم شهره، نص على هذا الامتياز الخاص ورسم معالمه ونطاقه و لم يبسط يد الخزنة العامة فى تتبعها تحت أى يد كانت، بل تخفف وبالقدر اللازم لكفالة حقوقها، وهو ما نصت عليه

القوانين الخاصة بضرائب الأطنان والمباني والرسوم الجمركية والقانون رقم 142 لسنة 1944 بفرض رسم أيلولة على التركات، وخلا منه القانون رقم 14 لسنة 1939 بفرض ضريبة على الأرباح التجارية والصناعية، ولا يغير من هذا الوضع ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 1139 من القانون المدني فى قولها "وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المنقلة بهذا الامتياز فى أية يد كانت" إذ هى مقيدة بما تقرره القوانين والأوامر الخاصة بمختلف أنواع الضرائب والرسوم ومحكومة بها بحيث إذا قررت هذه القوانين والأوامر امتيازاً خاصاً على بعض أموال مدينيتها ولبعض أنواع الضرائب والرسوم فتستوفى مبالغها "من ثمن الأموال المنقلة بهذا الامتياز فى أية يد كانت" وإن لم تكن مشهرة وفقاً لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 1134 من القانون المدني".

(طعن رقم 74 لسنة 36 ق جلسة 1973/6/27)

5- (أ) - "يدل النص فى المادة 1139 من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة على أن المبالغ المستحقة للخزانة العامة بجميع أنواعها ومنها الضرائب تعتبر ديوناً ممتازة، وتثبت لها هذه المرتبة وفقاً للشروط والأوضاع والأحكام المقررة بموجب القوانين واللوائح المنظمة لكل منها والصادرة فى شأنها".

(ب) "النص فى المادة 1/90 من القانون رقم 14 لسنة 1939 - الصادر بفرض ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل والتعديلات التى أدخلت عليه - على أنه تكون الضرائب والمبالغ الأخرى المستحقة للحكومة بمقتضى هذا القانون ديناً ممتازاً على جميع أموال المدينين بها أو الملتزمين بتوريدها إلى الخزانة بحكم القانون" مما مؤداه تقرير حق امتياز عام لصالح مصلحة الضرائب وفاء للضرائب والمبالغ المستحقة لها قبل مدينيتها وذلك على أموال المدينين بها أو الملتزمين والنص فى المادة 2/1134 من القانون المدني على أن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقاراً لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع، وأنها تكون أسبق فى المرتبة على

أى حق امتياز عقارى آخر أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده".
 (ج) - "مؤدى النص فى المواد 417 من قانون المرافعات و 3/90 من القانون رقم 14 لسنة 1939 و 369 مرافعات - أن المبالغ المستحقة لمصلحة الضرائب قبل مدينها لها حق امتياز على أموالهم يكفل لهم مرتبة تسبق أى امتياز آخر أو رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده، وأن المشرع اعتبر مصلحة الضرائب طرفاً فى خصومة التنفيذ بحكم القانون أسوة بالدائنين أصحاب الحقوق المقيدة على العقار والذين أخطروا بإيداع قائمة شروط البيع، ويكون لها تبعاً لذلك الحق فى استيفاء حقوقها المذكورة من حصيلة التنفيذ الذى يتم على أموال المدين، ولو كان متخذاً من دائنين آخرين".

(طعن رقم 1421 لسنة 51 ق جلسة 1985/3/26)

475 - محل الامتياز:

ليس لامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة محل محدد ثابت، فهذا المحل يتغير تبعاً للمبالغ التى يضمنها الامتياز، وتحدده التشريعات الخاصة. فالمبالغ المستحقة كضريبة على الأراضى أو المبانى محلها تلك الأراضى أو هذه المبانى. فالامتياز الضامن لها امتياز خاص عقارى. والمبالغ المستحقة كرسوم جمركية مضمونة بامتياز خاص يقع على الأشياء المنقولة المستحقة عنها هذه الرسوم.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"محل الامتياز: هو ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز طبقاً للقوانين الخاصة. وتكون هذه الأموال عادة منقولة (كمحصولات وأمتعة). وقد يمتد الامتياز إلى عقار إذا لم يكف المنقول. فيصبح الامتياز عقارياً بطريقة عرضية"⁽¹⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 302 وما بعدها.

كما قد يرد الامتياز على جميع أموال المدين فيكون امتيازاً عاماً، شأن الضرائب المقررة بموجب القانون رقم 91 لسنة 2005 بإصدار قانون الضريبة على الدخل (م102).

476 - مرتبة الامتياز:

يُرد امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة في المرتبة الثانية، فلا يسبقه سوى امتياز المصروفات القضائية. وهو يتقدم على حقوق الامتياز العامة وكل حق رهن رسمي أو حيازي أو اختصاص أو امتياز خاص على العقار أياً كان تاريخ قيده. ويستوى أن يكون امتياز الخزانة العامة عاماً، أو خاصاً على العقار أو خاصاً على المنقول. على أنه يستثنى من ذلك ما ينص المشرع على خلافه. وإذا دفع هذه الضرائب والرسوم شخص غير مدين بها، فإنه يحل محل الخزانة العامة في امتيازها⁽¹⁾.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"مرتبة الامتياز: هي المرتبة الثانية، بعد امتياز المصروفات القضائية. ولا يشهر الامتياز إذا وقع على عقار كما تقدم"⁽²⁾.

477 - الحق في التتبع:

إذا كان حق الامتياز عاماً، فإنه يسرى في شأنه ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة (1134) مدني من أنه:
"ومع ذلك فإن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقاراً لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع..... الخ" - ومن ثم لا يثبت للخزانة العامة حق التتبع في حقوق الامتياز العامة.

(2) السنهاوري ص 743 - سليمان مرقس ص 541.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 303.

أما إذا وقع الامتياز على منقول فإنه لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية عملاً بالفقرة الأولى من المادة (1133) التي تقضى بأنه: "لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية".

أما إذا ورد الامتياز على عقار أو عقارات بذاتها ثبت حق التتبع للخرانة العامة⁽¹⁾.



(2) السنهوري ص 743 - سمير تتاغو ص 437 - وما بعدها - رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 615 وما بعدها - سليمان مرقس ص 542 - وعكس ذلك عبد الفتاح عبد الباقي ص 683 - محمد على إمام ص 586 فيريان ثبوت حق التتبع ولو كان حق الامتياز عاماً.

مادة (1140)

- 1- المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم، يكون لها امتياز عليه كله.
- 2- وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المنقول المثلثل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها.

الشرح

امتياز مصروفات حفظ وترميم المنقول:

478 - حكمة الامتياز:

حكمة هذا الامتياز أنه لولا المبالغ التي أنفقت على الحفظ والترميم لهلك المنقول أو تلف، ولذلك كان من العدل أن تستوفى مصروفات الحفظ والترميم بالأولوية على سائر الحقوق.

479 - الحق المضمون بالامتياز:

امتياز مصروفات الحفظ والترميم، لا يكون إلا في المنقول، سواء كان منقولا ماديا أو معنويا، وسواء كان الحفظ بعمل مادي أو قانوني مثل قطع التقادم. أما مصروفات حفظ العقار وترميمه فلا تكون ممتازة إلا إذا أنفقتها الماقل أو المهندس المعماري إذ يكون له امتياز الماقل والمهندس المعماري على العقار الذي تم ترميمه أو صيانته بقدر ما يكون زائدا بسبب هذه الأعمال في قيمته وقت بيعه (م1148 مدنى)⁽¹⁾.

(1) حسام الدين الأهوانى ص 750.

ويضمن الامتياز المبالغ التي أنفقت في سبيل حفظ المنقول وترميمه، وينطبق ذلك على كل ما أنفق لحفظ المنقول من الهلاك أو التلف كله أو بعضه، وكل ما أنفق لجعله صالحا للاستعمال.

فإذا كانت المصروفات التي أنفقت على المنقول لم يترتب عليها حفظه من الهلاك أو التلف أو جعله صالحا للاستعمال بمعنى أنه ما كان ليهلك أو يتلف كله أو بعضه أو يصبح غير صالح للاستعمال في حالة عدم إنفاقها، فإنه لا يكون هناك امتياز.

ومن أمثلة مصروفات الحفظ أو الترميم أتعاب البيطري الذي عالج الحيوان وتكاليف علفه وإيوائه، ومصروفات حماية المنقول من الضياع أو التلف كنفقات إنقاذه من الحريق أو الغرق، ومصروفات تحصيل الدين وحفظ مرتبة الرهن الضامن له وقطع التقادم السارى بشأنه، والأجر اللازم لمن يقوم بإصلاح أو ترميم السيارة أو الآلة أو الساعة أو قطع الأثاث، وأتعاب الحارس القضائي وأمين التفليسة والمصفي إذا تعذر لأي سبب من الأسباب أن يشملها امتياز المصروفات القضائية.

وعلى عكس ذلك لا يدخل ضمن مصروفات الحفظ والترميم نفقات نقل المنقول من مكان إلى آخر كمصروفات الشحن والتفريغ، ونفقات دفع الرسوم الجمركية المستحقة عليه، ونفقات تحويله من شيء إلى آخر وبوجه عام مصروفات التحسين أو المصروفات النافعة كمصروفات دباغة الجلود أو صباغة الأقمشة أو حياكتها أو تغيير لون السيارة.

والرأى الراجح أن أقساط التأمين لا تعتبر مصروفات حفظ وصيانة بالنسبة للمنقول المؤمن عليه ذاته إذ هي لا تحفظه من الهلاك وإنما تهدف إلى دفع تعويض عنه بعد هلاكه. ولكنها تعتبر ممتازة إذا ثبت أنه لولا دفع الأقساط لفسخ عقد التأمين أو سقط الحق فيه إذ هي لاشك حفظت مبلغ التأمين من الضياع في هذه الحالة ويكون لمن دفعها حق امتياز بها على هذا المبلغ⁽¹⁾.

(1) محمد على إمام ص 589 وما بعدها.

ومصروفات الحفظ والصيانة يثبت لها الامتياز سواء أنفقها الدائن بنفسه أو استحققت له أجرا عن العمل الذى قام به لصيانة المنقول وترميمه كأجر الميكانيكى وأتعاب البيطار أو حتى قدمها للمدين الذى حفظ بها فعلا المنقول أو أصلحه. وتطبيقا للقواعد العامة، يجب على من يدعى أنه يفيد من امتياز مصروفات حفظ المنقول وترميمه، أن يقيم الدليل على أن المبلغ الذى يحق له قد صرف على الشئ وأن يثبت رابطة السببية بين إنفاق هذا المبلغ وبين حفظ المنقول من التلف أو الهلاك⁽¹⁾.

وتحديد ما يدخل ضمن مصروفات حفظ المنقول وترميمه أمر يرجع للظروف والأحوال. وقد تدق المسألة أحيانا، وعلى العموم تخضع المسألة لتقدير قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"الحق الممتاز : هو المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وترميمه، كأجرة الساعاتى ومصلح السيارة والسنديك والحارس، ولا يدخل مبلغ التأمين ولا الرسوم الجمركية ولا أجرة النقل من مكان إلى مكان"⁽³⁾.

480 - محل الامتياز :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن: "وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المتقل بحق الامتياز...". وعلى ذلك يرد الامتياز على كل المنقول الذى حفظ أو تم ترميمه وليس فقط على ما زاد فى قيمته بسبب الحفظ أو الترميم⁽⁴⁾. والامتياز يرد على المنقول الذى تم حفظه أو ترميمه سواء بقى فى حيازة

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 686 وما بعدها - على إمام ص 560.

(2) محمد لبيب شنب ص 301 - أحمد سلامه ص 424.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 305.

(4) محمد لبيب شنب ص 301 وما بعدها - محمد على إمام ص 591 وما بعدها.

الدائن أو خرج من تحت يده وسواء لازال فى ملكية المدين أم آل إلى الغير، فالدائن يتتبع المنقول فى أية يد يكون ويستوفى حقه الممتاز من ثمنه. على أنه يلاحظ أن حق الامتياز لا يمكن التمسك به فى مواجهة من يحوز المنقول بحسن نية وبسبب صحيح.

فإذا آل المنقول إلى شخص حسن النية تسلمه فعلا امتنع على الدائن تتبعه تحت يده ولم يبق له إلا حق التقدم على الثمن إذا كان لم يدفع بعد⁽¹⁾. كما أنه يشترط فى بقاء هذا الامتياز على المنقول الذى تم حفظه وترميمه أن يظل هذا المنقول محتفظا بذاتيته، قياسا على امتياز بائع المنقول المنصوص عليه فى المادة 1145 مدنى، لأن مبنى الامتياز فى الحالى واحد. فإذا فقد المنقول ذاتيته بأن تغيرت حاله تغيرا ماديا أضاع معالمه تماما أو بأن أدمج فى عقار فصار عقارا بطبيعته. فإن الامتياز ينحسر عنه. أما إذا تغيرت حاله دون أن يفقد ذاتيته أو إذا صار عقارا بالتخصيص فإن ذلك لا يؤثر فى ورود الامتياز عليه. غير أنه إذا كان العقار الذى خصص المنقول لخدمته مرهونا فإن المنقول يدخل فى الرهن ويكون حق المرتهن عليه إذا كان حسن النية مقدما على حق الدائن بنفقات الحفظ والترميم⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"محل الامتياز: هو كل المنقول الذى حفظ أو رمم، لا ما زاد فيه، بسبب الحفظ أو الترميم، فحسب، ولذلك ينص المشروع (م 1582 فقرة 1) على أن الامتياز يقع" على كل هذا المنقول⁽³⁾.

481 - مرتبة الامتياز:

يرد امتياز المبالغ المنصرفة فى حفظ المنقول وترميمه فى المرتبة الثالثة بعد

(1) محمد على إمام ص 592.

(2) سليمان مرقس ص 546 وما بعدها.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 305.

المصرفوات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة.

وقد يحصل أن تتعدد المبالغ التي تنفق في حفظ المنقول وترميمه، وقد حل المشرع هذا التزاحم بأن قرر أن المبالغ التي تصرف مؤخرا تكون لها الأولوية على المبالغ التي صرفت قبلها. وذلك على أساس أنه لولا إنفاق هذه المبالغ الأخيرة لهلك المنقول أو تلف ولأصبح امتياز المبالغ المصرفوة أولا بدون محل، فمن أنفق أخيرا أفاد من أنفق أولا⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"مرتبة الامتياز: هي الثالثة، بعد المصرفوات القضائية ومبالغ الخزانة العامة، أما فيما بينها فيقدم ما صرف آخر"⁽²⁾.



(1) محمد لبيب شنب ص 302 - محمد على إمام ص 593 - محمد كامل مرسى ص 391.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 305.

مادة (1141)

1- يكون للحقوق الآتية امتياز على جميع أموال المدين من منقول

وعقار:

(أ) المبالغ المستحقة للخدم والكتابة والعمال وكل أجير آخر، من أجرهم

ورواتبهم من أى نوع كان عن الستة الأشهر الأخيرة.

(ب) المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ومن يعوله من مأكّل

وملبس فى الستة الأشهر الأخيرة.

(ج) النفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة.

2- وتستوفى هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ

المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم، أما فيما بينها

فتستوفى بنسبة كل منها.

الشرح

482 - حقوق الامتياز العامة.

يقصد بحقوق الامتياز العامة حقوق الامتياز التى تقع على كل أموال المدين

من منقول وعقار وهذه الامتيازات تشمل ثلاثة أنواع:

(أ) امتياز المبالغ المستحقة للأجراء.

(ب) امتياز المبالغ المستحقة عن توريد المأكّل والملبس.

(ج) امتياز النفقة.

وتتفق هذه الامتيازات الثلاثة فى محلها وأثرها ومرتبنتها. وهذا ما دعا المشرع

إلى الكلام عنها جميعا فى مادة واحدة هى المادة (1141). بيد أن هذه الامتيازات

تختلف عن بعضها البعض بالنسبة إلى شروط ثبوت كل منها والمبالغ التى

يضمنها.

وسنبدأ الكلام فى كل امتياز على حدة، فنبين شروط ثبوته والمبالغ التى يضمونها، ثم نعالج الأحكام التى تشترك فيها الأنواع الثلاثة من حقوق الامتياز العامة.

أولاً: امتياز المبالغ المستحقة للأجراء:

483 - حكمة الامتياز:

الامتياز المقرر بالبند (أ) من الفقرة الأولى من المادة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر، من أجرهم ورواتبهم من أى نوع كان عن ستة الأشهر الأخيرة. مبناه اعتبارات إنسانية فالخدم والعمال وغيرهم من الأجراء يتعيشون فى الغالب من أجورهم، ولذلك رأى المشرع ضمان الوفاء لهم بها بتقرير امتيازها لاسيما أن الأجراء بسبب مركزهم الاجتماعى لا تتوفر لهم عملاً وسيلة ضمان يسار مخدمهم.

وفضلاً عن ذلك فإن المبالغ المستحقة للأجراء التى يقرر القانون امتيازها هى فى الغالب مبالغ طفيفة لا تؤثر أولويتها كثيراً على حقوق دائنى المخدم⁽¹⁾.

484 - لمن يثبت الامتياز؟

يثبت الامتياز للمبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر عن أجرهم ورواتبهم من أى نوع كان عن ستة الأشهر الأخيرة. فيلزم أولاً أن يكون المبلغ مستحق لأجير أى شخص يؤجر خدماته للغير بأية صفة كانت بغض النظر عن نوع العمل وأهميته. فالنص ينصرف إلى الأجراء بوجه عام سواء أكانوا فى حالة خضوع وتبعية لرب العمل أم غير ذلك، وسواء كانوا يعملون فى خدمة الشخص أو أسرته بالمنزل أم يخدمونه فيما يباشره من أعمال زراعية أو تجارية أو صناعية. وإن فالامتياز يثبت لل خادم والطاهى والسائق والخفير والبواب والمربى والمربية والعامل فى المزرعة أو المصنع أو المحل التجارى والسكرتير وناظر

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 692 وما بعدها.

العزبة ووكيل الدائرة ومدير الشركة ومن إليهم فإذا كان الشخص لا يعتبر أجيرا على النحو السابق كما هو الحال بالنسبة إلى المقاول الذى يعهد إليه بالقيام بعمل معين وكذلك الشريك فى شركة، فإنه لا يتمتع بامتياز الأجراء. وإذا كان الشخص أجيرا ثبت له الامتياز سواء أكان يعمل فى خدمة المدين وحده أم يعمل أيضا لدى الغير، وسواء ظل فى خدمته أو ترك العمل عنده⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"الحقوق الممتازة هى: المبالغ المستحقة للخدمة والكتابة والعمال وكل أجير آخر عن أجرهم ومرتباتهم من أى نوع كان فى الستة شهور الأخيرة، فيشترط أن يكون الدائن أجيرا، فيدخل الخادم والطاهى والبواب وسائق السيارة وخادم المزرعة والسكرتير الخاص والموظف ومربى الأطفال والوكيل المأجور والكاتب والعامل"⁽²⁾.

485 - الديون التى يضمنها الامتياز:

الامتياز لا يثبت لكل مبلغ مستحق للأجير فى ذمة رب العمل وإنما فقط للأجر أو المرتب. ويقصد بالأجر أو المرتب كل مقابل يستحقه الأجير لقاء ما يؤديه من خدمات ولايهم نوع الأجر أو المرتب فقد يكون نقدا أو عينا، ولا كيفية تحديده فقد يحدد بحسب السنة أو الشهر أو الأسبوع أو اليوم أو الساعة أو على أساس القطعة. كذلك لا تهم تسميته فقد يسمى أجرا أو راتبا أو مكافأة أو علاوة غلاء أو نسبة مئوية من قيمة المبيعات أو الأرباح أو بدل انتقال وسفر واغتراب. فالأجر يشمل كل ذلك وكل مزية أخرى تمنح للأجير لقاء خدماته كالامتيازات

(1) محمد على إمام ص 594 - عبد الفتاح عبد الباقي ص 693 - سليمان مرقس ص 553 - وفى هذا المعنى السنهاورى ص 749 - المستشار أنور طلبه ص 749 - وعكس ذلك أحمد سلامة ص 427 وما بعدها - حسام الدين الأهوانى ص 742 فيريان أنه يشترط فى الأجير أن تربطه بصاحب العمل علاقة تبعية بأن يعمل تحت إدارته وإشرافه.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 308.

العينية من مأكّل أو ملبس أو مسكن أو انتقال أو غيره. فإذا كان المبلغ المستحق للأجير ليس من قبيل الأجر فإن الامتياز لا يشملها، كما هو الحال بالنسبة للتعويض عن الطرد فى وقت غير لائق أو بسبب تعسفى والتعويض عن الإصابات والأضرار والدين الناشئ عن قرض قدمه الأجير لرب العمل أو تأمين دفعه عند بدء الخدمة أو ثمن أشياء اشتراها أو قدمها لمصلحته أو ديون دفعها عنه. ويستثنى من ذلك بالطبع ما ينص القانون على خلافه⁽¹⁾.

ولا يضمن الامتياز كل ما يستحقه الأجير من أجر أو راتب وإنما يقتصر على ما هو مطلوب له من ذلك عن ستة الأشهر الأخيرة والمقصود بذلك ستة الأشهر السابقة على بيع أموال المدين أو التنفيذ عليها.

وفى حالة وفاة المدين أو إفلاسه أو إعساره يضمن الامتياز أجرة ستة الأشهر السابقة على ذلك.

ويلزم بالطبع ألا تكون الأجرة المضمونة بالامتياز قد سقطت بالتقادم. وهى طبقاً لنص المادة 378 تسقط بمضى سنة من تاريخ استحقاقها إذا حلف رب العمل اليمين على أنه أداها فعلاً.

ومعنى ذلك أن الأجير لا يسقط حقه فى المطالبة براتبه إلا بعد مضى سنة ويكون له امتياز فيما يتعلق بأجر ستة الأشهر الأخيرة، أما أجر ستة الأشهر السابقة عليها فيعتبر ديناً عادياً⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"ويلاحظ أن عبارة المشروع أوسع من عبارة التقنين الحالى وقد قصرت الأجرة للجميع على ستة أشهر، بدلاً من سنة للبعض وستة شهور للبعض الآخر كما هو الأمر فى التقنين الحالى. وقد زال بذلك التناقض الموجود بين م 601 فقرة 3 /

(1) محمد على إمام ص 595 وما بعدها.

(2) محمد على إمام ص 596 - حسام الأهوانى ص 742 وما بعدها.

3/727 فقرة 2 م 209، 273 في التقنين الحالي⁽¹⁾.

ثانياً : امتياز المبالغ المستحقة عن توريد المأكّل والملبس :

486 - حكمة الامتياز :

تنص المادة 1/1141- ب على أن تقع ممتازة "المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مأكّل وملبس في الستة الأشهر الأخيرة". ومبنى هذا الامتياز - وهو مستحدث في التقنين المدني الجديد - هو أن الدائن قدم للمدين ولمن يعول الحاجيات اللازمة لتعيشهم ومن ثم كان من العدالة أو يتقدم في استيفاء ما يحق له في مقابلها. كما أن في تقرير الامتياز فائدة للمدين نفسه، إذ هو يوفر له الائتمان الذي ييسر له الحصول على حاجيات المعيشة⁽²⁾.

487 - المقصود بأثمان التوريدات :

يشترط لثبوت الامتياز أن يورد الدائن للمدين ولمن يعوله حاجات المأكّل والملبس، أي الأشياء الضرورية للحياة سواء كانت من المواد الغذائية، كالخبز والفاكهة والخضروات واللحوم، أو كانت لازمة للملبس كالملابس الجاهزة والأقمشة. ولكن لا يشمل الامتياز السلع التي يقصد بها الرفاهية كوسائل التدفئة والتبريد وكذا المشروبات الروحية⁽³⁾. كذلك لا يشمل الأدوية⁽⁴⁾.

وتقدير ما إذا كانت السلع ضرورية أم لا متروك لتقدير القاضي. ويجب أن يكون التوريد لاستعمال المدين شخصياً أو استعمال من يعولهم كزوج المدين وأولاده ولو كانوا بالغين وأقاربه الذين يعولهم وخدمه. وكذا يشمل الامتياز أفراد أسرة المدين المقيمين بعيداً عنه فيعتبر ممتازاً ما

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 308.

(2) عبد الفتاح عبد الباقي ص 695

(3) سمير تناغو ص 445 وما بعدها.

(4) السنهاوري ص 750 - حسام الدين الأهواني ص 743 - وعكس ذلك سمير تناغو ص 445

فيرى أن الامتياز يشمل ثمن الأدوية.

يستحق عما تم توريده لابن الأسرة الذى يقيم بعيدا عن أسرته طالما كان يعتمد على ربه فى معاشه⁽¹⁾.

أما أولاد المدين البالغون الذين يعولون أنفسهم وزوجته وأقاربه الذين يستحقون نفقة منه، فإن دين النفقة هو الممتاز⁽²⁾.

ولا يسرى الامتياز إلا إذا كان التوريد ممن يتجرون فى ذلك، أما إذا ورد المأكّل أو الملبس صديق أو جار لا يتجر فلا يكون الثمن مضمونا بالامتياز⁽³⁾.

ولايهم أن يكون المورد مقيدا بالسجل التجارى أو ممن يؤدون الضرائب⁽⁴⁾.

أما إذا كان المدين قد اشترى الحاجيات السابقة دون أن يتسلمها فالامتياز الذى نحن بصدده لا يثبت⁽⁵⁾.

488 - المبالغ التى يضمنها الامتياز:

يضمن الامتياز كل المبالغ المستحقة عن توريد المأكّل والملبس فى ستة الأشهر الأخيرة. ويدخل فى هذه المبالغ ثمن الحاجيات ومصروفات نقلها.

ويشترط بطبيعة الحال ألا تكون المبالغ المستحقة عن توريد المأكّل والملبس

قد سقطت بالتقادم. مع ملاحظة أن هذه المبالغ تتقادم بسنة واحدة تبدأ من وقت استحقاقها، إذا حلف المدين اليمين على أنه أداها فعلا (م 378).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"المبالغ المستحقة عما ورد للمدين ولمن يعوله من مأكّل وملبس فى الستة

شهور الأخيرة فإذا استورد المدين مأكولات وملابس من التجار، فما يبقى من ثمنها

(1) سمير تناغو ص 446.

(2) السنهاورى ص 751.

(3) محمد كامل مرسى ص 395 - السنهاورى ص 750.

(4) سليمان مرقس ص 557.

(5) عبد الفتاح عبد الباقي ص 696.

دينا في ذمته عن مدة لا تزيد عن الستة الشهور الأخيرة يكون ممتازا. وقد تقدم أن هذا الدين يسقط بمضى سنة فالمستحق من أكثر من سنة يسقط منه مازاد عن السنة، وما كان في حدود السنة نصفه غير ممتاز ونصفه ممتاز⁽¹⁾.

ثالثا: امتياز النفقة:

489 - الحكمة من الامتياز:

لم يورد التقنين القديم دين النفقة ضمن الحقوق الممتازة، رغم ما يتمتع به دين النفقة من رعاية خاصة من جانب المشرع. وقد صحح القانون الجديد هذا الوضع فنص على أن النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة يكون لها امتياز عام على جميع أمواله.

وهذا الامتياز مبناه الاعتبارات الإنسانية التي تقتضى ضمان استيفاء الشخص للنفقة اللازمة لمعيشته، بمنحه هذا الامتياز ائتمانا له.

490 - أحكام الامتياز:

تنص المادة 1141/ج على أنه تقع ممتازة "النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة".
فالحق الممتاز هو النفقة الواجبة على المدين لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة.

فيلزم إذن أن يتعلق الأمر بنفقة واجبة قانونا على المدين سواء صدر بها حكم من القضاء أم تم التراضي بشأنها بين الدائن والمدين.

ويشمل الامتياز نفقة الأقارب أيا كانت درجتهم. ومع أن القانون لم يذكر إلا نفقة الأقارب، إلا أنه مما لا شك فيه أن هذا الامتياز يشمل أيضا نفقة الزوجة، إذ لا يعقل أن يكون المشرع قد قصد أن يجعل نفقة الأقارب مضمونة بالامتياز ونفقة الزوجة غير مضمونة مع أن نفقتها أولى بالامتياز من نفقتهم.

فيجب أن يحمل لفظ الأقارب على معناه العام بحيث يشمل الزوجة لا على معناه الفنى الشرعى⁽¹⁾. ويؤيد هذا ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى من أنه: "وكذلك الأمر بالنسبة للمبالغ المستحقة للأجراء أى النفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه عن الستة شهور الأخيرة. ويدخل فى ذلك نفقة الزوجة ودين النفقة ممتاز وغير قابل للحجز عليه"⁽²⁾.

ويشترط لأن تكون النفقة ممتازة أن تكون مستحقة عن ستة الأشهر الأخيرة أى ستة الأشهر السابقة مباشرة على الحجز أو البيع، أو الوفاة أو الإعسار أو الإفلاس⁽³⁾.

491 - أثر الامتيازات العامة الثلاثة :

تختلف الامتيازات العامة عن غيرها من الامتيازات فى أنها لا تمنح من يفيد منها إلا حق التقدم والأولوية فى استيفاء المبلغ المضمون، فهى لا تمنحه حق تتبع المال إذا ما انتقلت ملكيته إلى الغير، وسواء فى ذلك كان المال منقولاً أو عقاراً (م/2/1134).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"محل الامتياز: جميع أموال المدين من عقار ومنقول. ولا يشهر الامتياز فى العقار، ولا تتبع فيه"⁽⁴⁾.

492 - مرتبة الامتيازات العامة :

تتمتع جميع الامتيازات العامة سالفة الذكر بمرتبة واحدة هى المرتبة الرابعة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات حفظ المنقول وترميمه.

(1) سليمان مرقس ص 559 - السنهاورى ص 751 - عبد المنعم البدرأوى ص 420.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 308.

(3) السنهاورى ص 751.

(4) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 308.

أما إذا تزامنت المبالغ المضمونة بالامتيازات العامة فيما بينها وبين بعض، كما إذا تزامن أجره مع تاجر عما يستحقه في مقابل ما ورده من مأكّل وملبس ومع قريب يطالب بنفقة، تساوت كل هذه المبالغ في مرتبتها واستوفيت بنسبة كل منها.

وإذا وردت هذه الحقوق على عقار، تقدمت على أصحاب الحقوق العينية المقيدة على العقار أيا كان تاريخ قيد هذه الحقوق، فهي لذلك تتقدم دائما الرهون وحقوق الاختصاص وحقوق الامتياز الخاصة العقارية عدا الامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزانة العامة (م 2/1134)⁽¹⁾.



مادة (1142)

- 1- المبالغ المنصرفة فى البذر والسماذ وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات، والمبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد، يكون لها امتياز على المحصول الذى صرفت فى إنتاجه وتكون لها جميعا مرتبة واحدة.
- 2- وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المحصول مباشرة بعد الحقوق المتقدمة الذكر.
- 3- وكذلك يكون للمبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة حق امتياز فى نفس المرتبة على هذه الآلات.

الشرح

493 - امتياز مصروفات الزراعة والمبالغ المستحقة فى مقابل آلات

الزراعة:

يتضح من المادة (1142) أن هناك نوعين من المبالغ يضمونها هذا الامتياز أولاً: مصروفات الزراعة والحصاد. وثانياً: المبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة.

والامتياز الأول يقع على المحصولات الذى صرفت هذه المصروفات فى إنتاجها، والثانى يقع على الآلات المشار إليها.

ونعرض فيما يلى لحكمة الامتيازين ثم نعرض لأحكام كل منهما.

494 - حكمة الامتيازين:

الحكمة من الامتيازين رعاية المشرع لمصروفات الزراعة والآلات التى تشتري من أجلها بتقرير امتياز لها جميعاً نظراً لما للزراعة فى مصر من أثر باعتبارها المصدر الغالب لإنتاجنا القومى.

ومبنى الامتياز الأول أن الدائن قد أسهم بماله أو بعمله فى إنتاج المحصول، فمن العدل أن يستوفى حقه منه قبل غيره من الدائنين إذ لولا هذه المصروفات ما وجد المحصول فى ذمة المدين، ومبنى الامتياز الثانى فكرة العدالة أيضا باعتبار أن الدائن هو الذى أوجد الآلات الزراعية فى ذمة المزارع المالية فمن العدل أن يستوفى من ثمنها حقه قبل غيره من الدائنين⁽¹⁾.

(أولا) امتياز مصروفات الزراعة والحصاد:

495- الديون التى يرد عليها الامتياز:

يشمل الامتياز المبالغ التى تتفق فى إعداد المحصول وزراعته، فيدخل فيها مصروفات إعداد الأرض للزراعة كمصروفات الحرث والبذور التى نتج منها المحصول، والسماذ وغيره من مواد التخصيب، ومصروفات المواد المقاومة للحشرات. ومصروفات الأعمال الزراعية والرى والصرف والحصاد وتعبئة المحصول وأجور الفعلة والشغالة وأجور الحيوانات وأجرة الآلات التى استعملت.

ويلحق بالديون التى يضمنها الامتياز المبالغ التى يقرضها بنك التسليف الزراعى لنفقات الزراعة والحصاد، والمبالغ المستحقة له ثمنا لشراء سماء (م 6 من المرسوم بقانون رقم 50 لسنة 1931)⁽²⁾.

ولا يشترط لورود هذا الامتياز على المحصول بقاؤه فى ملكية المدين أو فى حوزته⁽³⁾.

ولا أهمية لما إذا كانت الأرض التى أنفقت المصروفات على إنتاج المحصول منها مستغلة من مالكةا أو من غيره كالمنتفع أو المستأجر، ولا أهمية كذلك لما إذا

(1) سليمان مرقس ص 564.

(2) السنهورى ص 754 - عبد الفتاح عبد الباقي ص 699 وما بعدها - سليمان مرقس ص 569.

(3) سليمان مرقس ص 568 وما بعدها.

كان لزراع الأرض حق في زرعها، كالمالك والمستأجر، أو لم يكن له حق في ذلك كالمغتصب.

ويقيد من الامتياز كل من يستحق له دين في مقابل إعداد المحصول⁽¹⁾.
ويقع على الدائن بهذه المصروفات عبء إثبات اقتراض المزارع لها منه واستعمالها بالفعل في انتاج المحصول.

ويرى بعض الشراح أن امتياز مصروفات المحصول ينقضى إذا ألحق المحصول بالعقار الذي أغله نتيجة تسجيل تنبيه نزع الملكية، على اعتبار أن المحصول يفقد بذلك صفته المنقولة ويصبح عقارا، والامتياز الذي نحن بصددده هو امتياز منقول، ومن ثم ينقضى إذا صار موضوعه عقارا⁽²⁾.

بينما يذهب أغلب الفقه إلى أن إلحاق الثمار بالعقار لا يترتب عليه فقدها صفتها المنقولة، إذ كل ما هنالك من أثر لإلحاق الثمار بالعقار هو أن ثمنها يوزع كما يوزع ثمن العقار، دون إخلال بذوى الحقوق العينية على الثمار. فضلا عن ذلك فالامتياز الذى يقع على منقول لا ينقضى إلا إذا فقد هذا المنقول ذاتيته، والثمار لا تفقد ذاتيتها بمجرد إلحاقها بالعقار نتيجة تسجيل تنبيه نزع الملكية⁽³⁾.
ويلاحظ أن أجرة الشغالة أو العمال ممتازة أيضا بمقتضى المادة (1141) امتيازاً عاماً على كل أموال المدين.

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 701 - عبد المنعم البدرأوى ص 423 - سمير تناعو ص 450.

(2) السنهورى ص 756.

(3) عبد الفتاح عبد الباقي ص 702 - سليمان مرقس ص 569 - رمضان أبو السعود وهمام

محمد زهران ص 571 وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص 425.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"الحقوق الممتازة ومحل الامتياز :

1- المبالغ المنصرفة فى البذر والسماذ وغيره من مواد التخصيب (وقد دخل السماذ صراحة وهو محل خلاف فى التقنين الحالى) والمواد المقاومة للحشرات والمبالغ الأخرى المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد. ومحل الامتياز هو المحصول الذى أنتجته أو حفظته هذه الأشياء"⁽¹⁾.

496 - شروط ثبوت الامتياز:

يرد امتياز مصروفات الزراعة والحصاد على المحصول الذى صرفت فى إنتاجه. ولا يرد هذا الامتياز على المحصول السابق، ولو كان لا يزال فى حوزة الزارع، لأن الامتياز يتعلق بما أنتجته المصروفات الممتازة دون غيره. وإذا كان الدين قد استعمل فى إنتاج عدة محاصيل أو عاد إنفاقه على الأرض بفائدة على عدة محاصيل، فإن كلا من هذه المحاصيل يضمن من هذا الدين بنسبة ما خصه منه وإذا كانت المبدورات تنتج محاصيل متكررة فى سنين متوالية، كزراعة القصب فإن الامتياز يكون على كل المحاصيل لأن النص مطلق⁽²⁾.

497 - مرتبة الامتياز:

يأتى امتياز مصروفات الزراعة والحصاد فى المرتبة الخامسة بعد حقوق امتياز المصروفات القضائية وامتياز الخزانة العامة وامتياز نفقات حفظ المنقول وترميمه وحقوق الامتياز العامة. فإذا تعددت وتزاحمت مصروفات الزراعة والحصاد كان لها جميعاً مرتبة واحدة، أى أنها تستوفى من المقابل النقدي

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 311.

(2) محمد كامل مرسى ص 339- وكان الامتياز فى القانون الملغى يقع على الثمن المتحصل من بيع محصول السنة.

للمحصول الذى صرفت فى إنتاجه بنسبة كل منها. فإذا تزاخم بائع البذور مع بائع السماد مثلاً على المحصول، قسم الناتج منه بينهما بنسبة دين كل منهما.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"مرتبة الامتياز: يأتى كل امتياز من هذين فى المرتبة الخامسة بعد الامتيازات السالفة الذكر، أما فيما بينهما فتستوفى بنسبة كل منهما"⁽¹⁾.

(ثانياً) امتياز ثمن آلات الزراعة :

498- الديون التى يرد عليها الامتياز:

تنص الفقرة الثالثة من المادة على أن: "وكذلك يكون للمبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة حق امتياز فى نفس المرتبة على هذه الآلات". وقد جاءت صيغة النص عامة بحيث يشمل الامتياز ما يستحق من ثمن بيع الآلات أو تحسينها أو إصلاحها⁽²⁾.

وهو ما أفصحت عنه مذكرة المشروع التمهيدى بقولها :

"المبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة من ثمن ومصرفات إصلاح وتحسين ومحل الامتياز هو هذه الآلات"⁽³⁾.

ويقصد بآلات الزراعة كل الآلات التى تستخدم فى الزراعة، سواء استخدمت فى إنتاج المحصول أم فى حصاده، كآلات الرى والحراث والدرس. وعلى ذلك يضمن الامتياز كل المبالغ التى تنفق على آلات الزراعة. ويدخل فى ذلك ثمن الآلة وأجرة نقلها إلى الحقل ومصرفات إصلاحها ومصرفات تحسينها. على أن مصرفات إدارة الآلة، كثمن الوقود وأجر السائق وثمر المواشى

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 311.

(2) محمد كامل مرسى ص 400- حسام الدين الأهوانى ص 753.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 311.

لا يضمنها امتياز الآلات الزراعية ولكن يضمنها امتياز مصروفات المحصول الذي أفاد من ذلك⁽¹⁾.

وثن آلات الزراعة يضمنه حقوق امتياز أخرى غير هذا الامتياز. فما يستحق عن ثمن البيع يضمنه امتياز بائع المنقول، غير أن مصلحة البائع في هذه الحالة أن يتمسك بامتياز مقابل آلات الزراعة لأنه في المرتبة الخامسة بينما امتياز بائع المنقول في المرتبة السابعة، ومعنى ذلك المشرع قد ميز بائع آلات الزراعة عن كل بائع آخر في إعطائه امتيازاً متقدماً عن غيره من بائعي المنقولات الأخرى.

أما المبالغ المستحقة عن إصلاح آلات الزراعة فيضمنها امتياز حفظ المنقول وترميمه وهو امتياز في المرتبة الثالثة ولذلك فمن مصلحة من يستحق هذه المبالغ أن يتمسك بامتياز حفظ المنقول وترميمه وليس بامتياز مقابل آلات الزراعة. أما المبالغ المستحقة عن تحسين آلات الزراعة فلا يضمنها غير هذا الامتياز.

ويلاحظ أن في هذا تمييزاً أيضاً لمن ينفق مصروفات أو يقوم بأعمال في تحسين آلات الزراعة عن غيره ممن يبذل نفس الشيء بالنسبة لمنقول آخر، فهذا الأخير لا يستفيد من امتياز على الإطلاق⁽²⁾.

499 - محل الامتياز:

يرد هذا الامتياز على الآلات الزراعية التي استحققت المبالغ بسببها، ولا يرد على المحصول بحجة أن الآلة قد استخدمت في إنتاج المحصول. فالامتياز بثمن الآلة والمنصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة هو امتياز مستقل عن امتياز مصاريف الزراعة المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة.

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 703 وما بعدها - رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 573.

(2) سمير تناغو ص 451 وما بعدها.

ويظل الامتياز قائماً على الآلة ولو أصبحت عقاراً بالتخصيص، ويبقى ولو انتقلت ملكيتها إلى الغير، إلا إذا اصطدم الامتياز بحق حائز حسن النية⁽¹⁾.

500 - مرتبة الامتياز:

يأتى هذا الامتياز، كامتياز مصاريف الزراعة والحصاد فى المرتبة الخامسة أى بعد المصروفات القضائية وامتياز الخزانة العامة وامتياز نفقات الحفظ والترميم وحقوق الامتياز العامة.

فإذا تزامن عدة دائنين بمبالغ أنفقت على الآلة الزراعية، استوفوا حقوقهم من ثمن الآلة بنسبة دين كل واحد منهم.

وفيما يتعلق بمصاريف إصلاح الآلات الزراعية، يلاحظ أن هذه المصاريف إذا كانت من مصاريف الحفظ والترميم فلن يكون للدائن مصلحة فى التمسك بهذا الامتياز، إذ أن له امتيازاً آخر متقدماً على هذا الامتياز هو امتياز حفظ المنقول وترميمه المنصوص عليه فى المادة 1140.

فإذا كانت هذه المصاريف عبارة عن مبالغ أنفقت فى تحسين الآلات، لم يكن للدائن بها إلا أن يتمسك بالامتياز الذى نحن بصدده، لأن امتياز مصاريف الحفظ والترميم لا يضمن مصروفات التحسين⁽²⁾.



(1) عبد المنعم البدرأوى ص 426 - سمير تناغو ص 452.

(2) عبد المنعم البدرأوى ص 426.

مادة (1143)

- 1- أجرة المبانى والأراضى الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار، يكون لها جميعا امتياز على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعى.
- 2- ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجـة المستأجر أو كانت مملوكة للغير ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها فى العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها، وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة.
- 3- ويقع الامتياز أيضا على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من الباطن إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الإيجار من الباطن. فإذا لم يشترط ذلك فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ التى تكون مستحقة للمستأجر الأصلى فى ذمة المستأجر من الباطن فى الوقت الذى ينذره فيه المؤجر.
- 4- وتستوفى هذه المبالغ الممتازة من ثمن الأموال المثقلة بالامتياز بعد الحقوق المتقدمة الذكر، إلا ما كان من هذه الحقوق غير نافذ فى حق المؤجر باعتباره حائزا حسن النية.
- 5- وإذا نقلت الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ولم يبق فى العين أموال كافية لضمان الحقوق الممتازة، بـقى الامتياز قائما على الأموال التى نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذى كسبه الغير حسن النية على هذه الأموال، ويبقى الامتياز قائما ولو أضر بحق الغير لمدة ثلاث سنوات

من يوم نقلها إذا أوقع المؤجر عليها جزاء استحقاقيا في الميعاد القانوني. ومع ذلك إذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية في سوق عام أو في مزاد علني أو ممن يتجر في مثلها وجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى هذا المشتري.

الشرح

امتياز مؤجر العقار:

501 - الحكمة من الامتياز:

الحكمة من تقرير امتياز المؤجر هي رغبة المشرع في أن يسهل للأفراد إبرام عقد الإيجار، وهو من العقود التي قل أن يستغنى عنها إنسان. إذ ضمن للمؤجر استيفاء حقه من المنقولات الموجودة في العين المؤجرة ومن محصول الأرض وبذلك لا يتشدد مع المستأجر في تعجيل الإيجار.

502 - أساس الامتياز:

يؤسس الفقه التقليدي امتياز مؤجر العقار على فكرة الرهن الضمني على اعتبار أن المؤجر والمستأجر قد قصدا ضمنا أن تكون المنقولات التي يضعها المستأجر في العين ضامنة للوفاء بالتزاماته بمقتضى عقد الإيجار، ولما كان المؤجر حائزا قانونيا للعين المؤجرة فهو يعتبر حائزا بطريق غير مباشر للمنقولات الموجودة فيها.

وإذا كانت فكرة وجود رهن حيازي ضمنى بين المؤجر والمستأجر، وهي ترجع في أصولها إلى القانون الروماني، لا تستند إلا إلى افتراض وجود اتفاق بينهما، وهو افتراض قد لا يسنده الواقع، إلا أنه يمكن القول بأن المشرع نفسه هو الذي أقام هذا الامتياز على أساس رهن حيازي من نوع خاص فهو قد اعتبر مؤجر العقار حائزا للمنقولات التي يصنعها المستأجر في العين المؤجرة، فهو قد نص في

الفقرة الثانية من المادة (1133) على أنه: "يعتبر حائزا في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة" فالمشرع قد نظم امتياز مؤجر العقار على أساس فكرة الرهن الحيازي المقرر بنص القانون. ويضاف إلى هذا أن وقوع امتياز مؤجر العقار على المحصول الموجود في الأرض، فضلا عن قيامه على أساس فكرة الرهن، يقوم أيضا على أساس فكرة أخرى هي أن إنتاج هذا المحصول كان بفضل تمكين المؤجر للمستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة⁽¹⁾.

503 - لمن يثبت امتياز المؤجر؟

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن الحقوق المضمونة بامتياز المؤجر هي: "أجرة المباني والأراضي الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار... الخ".

ويبين من ذلك ما يأتي:

1- أن الامتياز يثبت للمؤجر وهو كل من عقد مع غيره إيجارا، يستوى أن يكون هو المالك أو صاحب حق انتفاع، أو دائنا مرتهنا رهن حيازة، أو مستأجرا أصليا. ويجب أن تكون بصدد عقد إيجار صحيح، لا عقد إيجار باطل أو صوري.

ولذلك لا يسرى امتياز المؤجر على المقابل المستحق للدولة لقاء تقريرها لشخص أو شركة امتياز استغلال مرفق من مرافقها على ما قد يضعه الملتزم في الأرض من المنقولات، لأننا بصدد عقد التزام مرفق عام وليس بصدد عقد إيجار.

2- يشترط أن يكون المال المؤجر عقارا. أما إيجار المنقول فلا يثبت لأجرته امتياز، كما هو الشأن في إيجار العائمات أو الآلات أو السيارات أو غيرها.

فإذا أجر المالك منزله مفروشا فإن امتياز المؤجر لا يضمن له من الإيجار إلا ما يقابل أجرة المنزل خاليا، ويكون ما يقابل أجرة الأثاث دينا عاديا. وإذا

استأجر شخص بناء وضع فيه آلات للأشعة الطبية ثم أجره مع الآلات إلى طبيب ليستعمله عيادة للعلاج بالأشعة. فلا يكون لمؤجر الآلات امتياز بالنسبة إلى جزء الأجرة المقابل للانتفاع بالآلات⁽¹⁾.

ورغم أن المادة لم تذكر إلا أجرة المباني والأراضي الزراعية، إلى أن الراجح أن الامتياز يضمن أجرة كل العقارات أيا كانت.

وسواء كانت من المباني أو الأراضي الزراعية المنزرعة بالمحاصيل العادية أو المخصصة لغرس الأشجار أو كانت أرضا فضاء كالأرض التي تؤجر لإقامة الملاعب والمعارض المؤقتة أو الأسواق أو الموالد. ذلك أنه لا يجوز الوقوف عند ألفاظ القانون بل ينبغي تحرى قصد المشرع منها، بالرجوع إلى مصادر التشريع وأعماله التحضيرية، فمن الثابت أن المادة (1143) مستمدة من نص المادة (727/601 مدنى قديم) المستمد بدوره من المادة (2102) مدنى فرنسى، وأن كلا المصدرين قد جعل الامتياز لأجرة العقار بوجه عام، وأنه لا يوجد فى الأعمال التحضيرية ما يدل على أن المشرع قصد الانحراف عن ذلك وقصر الامتياز على أجرة بعض أنواع العقارات دون البعض الآخر. كما أن كلمة (Loyers) الواردة بالنص الفرنسى قد ترجمت بأجرة المباني والصحيح أنها أجرة كل عقار غير الأراضي الزراعية⁽²⁾.

ولا يهم المكان فيستوى أن يكون العقار واقعا بالمدينة أو بالقرية.

504 - محل الامتياز:

يرد امتياز المؤجر على "ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجر

(1) السنهورى ص 760 وما بعدها - سليمان مرقس ص 574 وما بعدها.

(2) السنهورى ص 761 - سليمان مرقس ص 575 - محمد على إمام ص 609 - عبد

المنعم البدرأوى ص 429 - نعمان محمد جمعه ص 217 - وعكس ذلك محمد كامل

مرسى ص 403 - توفيق حسن فرج ص 289 وما بعدها - أحمد سلامة ص 435 فهم

يقفون عند حرفية النص ويقصرون الامتياز على المباني والأراضي الزراعية.

من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعى".

وعلى ذلك يشترط فى المنقولات التى يرد عليها الامتياز ثلاثة شروط هى:

(1) أن تكون المنقولات موجودة بالعين المؤجرة:

يشترط أن تكون المنقولات التى يرد عليها الامتياز موجودة بالعين المؤجرة. والمقصود بذلك المنقولات التى توضع فى العين المؤجرة بقصد تجهيزها أو استعمالها أى للانتفاع بها على وجه العموم.

فبالنسبة للمباني يشمل الامتياز كل ما يضعه فيها المستأجر من أثاث وتماثيل وتحف وأوان وكتب ومؤن وبضائع وسيارات وعربات وخيول، وغير ذلك من المنقولات المادية التى توضع فى المبنى أو فى مكان ملحق به كالجراج.

وبالنسبة للأراضى الزراعية يرد الامتياز على ما فى الأرض، كالمحصولات الزراعية والمواشى والآلات والسماذ وغير ذلك.

ويستوى أن تكون هذه المنقولات قد وضعت فى العين وقت بدء الإجارة أو بعد ذلك.

ولا يشمل الامتياز ما يوجد فى العين المؤجرة من منقولات لا يقصد بها تجهيز العين أو الانتفاع بها، ولذلك لا يرد الامتياز على ما يرد فيها من منقولات غير مادية كالديون والسندات وحقوق الملكية الأدبية والفنية كما لا يرد على النقود والحلى والمجوهرات، كما لا يرد على ما يوجد بالعين بصفة عرضية. إذ يستبعد بالنسبة لها جميعا فكرة الرهن الضمنى التى نادى بها الفقه التقليدى⁽¹⁾.

وضمامنا لهذا الامتياز ألزم المشرع المستأجر بوضع منقولات فى العين المؤجرة ضمانا للأجرة. فقد نصت المادة (588) مدنى على أنه:

"يجب على كل من استأجر منزلا أو مخزنا أو حانوتا أو مكانا مماثلا لذلك أو أرضا زراعية، أن يضع فى العين المؤجرة أثاثا أو بضائع أو محصولات أو مواشى

(1) عبد المنعم البدر اوى ص 431 - سليمان مرقس ص 582 - محمد كامل مرسى ص 406.

أو أدوات تكون قيمتها كافية لضمان الأجرة عن سنتين، أو عن كل مدة الإيجار إذا قلت عن سنتين هذا ما لم تكن الأجرة قد عجلت ويعفى المستأجر من هذا الالتزام إذا تم الاتفاق على هذا الإعفاء أو قدم المستأجر تأميناً آخر".

(2) أن تكون المنقولات مملوكة للمستأجر:

تتسبب المادة لوقوع الامتياز أن تكون المنقولات مملوكة للمستأجر. وهذا الشرط بدهى إذ لا يجوز للدائن أن ينفذ على مال غير مملوك لمدينه. إلا أن المادة أوردت ثلاثة استثناءات على هذه القاعدة يرد فيها الامتياز على منقولات غير مملوكة للمستأجر، طالما كانت موجودة في العين المؤجرة، وتتعلق هذه الاستثناءات بمنقولات الغير ومنقولات زوجة المستأجر ومنقولات المستأجر من الباطن وسنعرض لها جميعاً.

(3) أن تكون المنقولات قابلة للحجز:

ذلك أن الامتياز قد تقرر بقصد تمكين المؤجر من الحصول على حقه من ثمن تلك المنقولات بالأفضلية على غيره. فإذا لم تكن المنقولات قابلة للحجز لم يرد عليها الامتياز.

وبالترتيب على ذلك لا يقع الامتياز على ما يلزم المدين وزوجه وأقاربه وأصهاره على عمود النسب المقيمين معه في معيشة واحدة من الفراش والثياب وكذلك ما يلزمهم من الغذاء لمدة شهر (م 305 مرافعات).

وكذلك لا يقع الامتياز على ما يلزم المدين من كتب وأدوات ومهمات لمزاولة مهنته أو حرفته بنفسه وعلى إناث الماشية اللازمة لانتفاع المدين في معيشته هو وأسرته وما يلزم لغذاء هذه الماشية لمدة شهر (م 306 مرافعات).

505 - ثلاثة استثناءات من ملكية المستأجر للمنقول والمحصول

الزراعي:

ذكرنا سلفاً أنه يستثنى من شرط ملكية المستأجر للمنقول والمحصول الزراعي

لتقرير الامتياز ثلاثة أنواع من المنقولات نعرض لها فيما يلي:

(1) المنقولات المملوكة للغير:

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه: "ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر أو كانت مملوكة للغير ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها".

فالامتياز يقع على المنقولات المملوكة للغير متى كان المؤجر لا يعلم - وقت وضعها في العين المؤجرة - بوجود حق للغير عليها. وعلى من يدعى أن المؤجر كان يعلم بوجود حق للغير عليها، أن يثبت ما يدعيه لأن حسن النية مفترض.

وبناء على ذلك إذا أودع الغير منقولات لدى المستأجر أو أعارها أو أجراها له فإن المؤجر يستطيع مباشرة امتيازها على هذه المنقولات طالما كان حسن النية. والمقصود بحسن النية أنه يجهل عند إدخال المنقولات في العين بملكية الغير لها، أما علمه بعد ذلك فإنه لا ينفى حسن نيته⁽¹⁾.

وفي بعض الأحوال يفترض أن المؤجر يعلم حتما بأن المنقولات مملوكة للغير، وذلك كما لو كانت حرفة المستأجر تستلزم وضع منقولات الغير تحت يده، كما إذا أجرت العين لتكون جراجا عاما أو صالة لبيع منقولات الغير بالمزاد، أو أجرت لساعاتي أو خياط.

والقواعد السابقة تنطبق ليس فقط في حالة ما يكون الحق الثابت للغير على المنقولات هو الملكية. بل أيضا في حالة ما يكون المنقول مملوكا للمستأجر ولكنه مثقل بحق للغير كامتياز مصروفات الصيانة أو امتياز مؤجر سابق أو غير ذلك من الحقوق. فالمؤجر إذا كان حسن النية يحتج قبل الغير بعدم نفاذ حق هذا الأخير في مواجهته⁽²⁾.

(1) عبد المنعم البدرأوى 433 - عبد الفتاح عبد الباقي ص 721 - محمد على إمام ص 615.

(1) محمد على إمام ص 616.

أما إذا كان المنقول الذى تثبت ملكيته لغير المستأجر ضائعا أو مسروقا، وطالب مالكة باسترداده فى خلال ثلاث سنوات التالية لوقوع الضياع أو السرقة لم يجز للمؤجر - ولو كان حسن النية - أن يتمسك بامتيازته عليه، لأن الاسترداد جائز فى مثل هذه الحالة من حائز حق ملكية المنقول ومن الدائن المرتهن رهن حيازة فهو جائز من باب أولى من المؤجر الذى يتمسك برهن ضمنى⁽¹⁾.

ووقوع امتياز المؤجر على المنقولات المملوكة للغير يجد أساسه فى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز فالفقرة الثانية من المادة (1133) تعتبر مؤجر العقار حائزا بالنسبة للمنقولات الموجودة فى العين المؤجرة.

(2) المنقولات المملوكة لزوج المستأجر:

يقع الامتياز على المنقولات المملوكة لزوج المستأجر حتى لو كان المؤجر يعلم بملكية الزوجة لهذه المنقولات. ويفصح عن ذلك أن المادة (1143) تفرق بين نوعين من المنقولات: المنقولات المملوكة للزوجة، ويقع الامتياز عليها بدون اشتراط عدم علم المؤجر بملكية الزوجة، والمنقولات المملوكة للغير، ويستلزم لثبوت الامتياز عليها، عدم علم المؤجر بوجود حق الغير عليها⁽²⁾.

كما أن القول بإرجاع أساس ثبوت الامتياز على منقولات الزوجة إلى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية، يجافى الغرض الذى قصد الشارع الوصول إليه من تقرير وقوع الامتياز على هذه المنقولات، فالمرجع يرمى من وراء هذا إلى تقرير ضمان المؤجر على جزء كبير إن لم يكن الجزء الغالب من المنقولات التى توضع فى العين. وتطبيق قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية لا يحقق هذا الغرض فى الأغلبية الكبرى من الحالات، لأن هذه القاعدة لا تنطبق إلا إذا كان

(2) سليمان مرقس ص 588.

(3) عبد الفتاح عبد الباقي ص 724 وما بعدها - محمد على إمام ص 617 - سليمان مرقس ص 592 - محمد لبيب شنب ص 313 - أحمد سلامه ص 435.

المؤجر حسن النية، والمؤجر يعتبر سئ النية ليس فقط في حالة إخطاره بتعلق حق الغير بالمنقولات، ولكنه يعتبر سئ النية أيضا في كل حالة تؤدي ظروفها وملابساتها إلى عدم إمكان افتراض جهله بذلك. ومن هذه الحالات حالة منقولات الزوجة، إذ أن هناك عادة متعارف عليها في بلادنا لا يمكن افتراض جهل المؤجر بها، وهي أن الزوجة تأتي بأثاث المنزل ومفروشاته في جهازها عندما تتزوج.

ويؤيد هذا الرأي ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى من أنه:

"محل الامتياز: المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة إذا اعتقد المؤجر بحسن نية أنها مملوكة للمستأجر. وتدخل أيضا منقولات الزوجة"⁽¹⁾.

ولا يمنع من وقوع الامتياز جهل الزوجة أن زوجها منتفع بالعين على سبيل الإيجار.

غير أن الامتياز لا يقع على منقولات الزوجة استثناء، إذا اشترطت الزوجة عند إدخال المنقولات في العين المؤجرة عدم تحملها بحق الامتياز وموافقة المؤجر على ذلك صراحة أو ضمنا، فذلك يعتبر بمثابة نزول من جانبه عن حقه في الامتياز على هذه المنقولات.

(3) المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من الباطن:

تنص الفقرة الثالثة من المادة على أن:

"ويقع الامتياز أيضا على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من الباطن إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الإيجار من الباطن.

فإذا لم يشترط ذلك فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ التي تكون مستحقة للمستأجر الأصلية في ذمة المستأجر من الباطن في الوقت الذي ينذر فيه المؤجر".

فالنص يفرق بين حالتين:

الأولى: أن يكون المؤجر قد اشترط في عقد الإيجار المبرم بينه وبين

المستأجر (الأصلى) عدم الإيجار من الباطن. ذلك أن المستأجر يكون محظورا من الإيجار من الباطن إذا اتفق على منع المستأجر منه (م593)، ويقاس على هذا المنع أن يكون الإيجار من الباطن ممنوعا بنص القانون.

فى هذه الحالة إذا قام المستأجر بتأجير العين من الباطن، فإنه يكون للمؤجر امتياز على منقولات المستأجر من الباطن ضامنا لكل المبالغ التى يحق للمؤجر تقاضيتها من المستأجر الأصلى.

والثانية: أن يكون المؤجر قد صرح للمستأجر بالتأجير من الباطن، سواء كان هذا التصريح صريحا أو ضمنيا، فى هذه الحالة لا يحمل الامتياز المنقولات أو المحاصيل الموجودة بالعين إلا لضمان الأجرة التى تستحق للمستأجر الأصلى فى ذمة المستأجر من الباطن، أى عن الوقت الذى تقوم بينه وبين المؤجر علاقة مباشرة. وطبقا لنص المادة 596 مدنى تنشأ هذه العلاقة من يوم إنذار المؤجر المستأجر بأن يوفى له ما فى ذمته من أجرة للمستأجر الأصلى، وعندئذ يصبح المستأجر من الباطن مدينا مباشرا للمؤجر بالمبالغ التى فى ذمته للمستأجر الأصلى، وتكون هذه المبالغ حينئذ مضمونة بامتياز يقع على المنقولات والحاصلات المملوكة للمستأجر من الباطن الموجودة فى العين المؤجرة.

ووقع امتياز المؤجر على المنقولات المملوكة للمستأجر من الباطن فى الحدود السابقة ليس مبناه تطبيق قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز، بل هو يقع عليها بحكم القانون، كما يقع على المنقولات المملوكة لزوجة المستأجر. ولذلك لا تأثير لعلم المؤجر أو عدم علمه عند وضع هذه المنقولات فى العين المؤجرة بأنها مملوكة أو غير مملوكة للمستأجر من الباطن⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... وتدخل أيضا... ومنقولات المستأجر من الباطن، هذا إذا اشترط المؤجر

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 435- عبد الفتاح عبد الباقي ص 727 وما بعدها.

عدم الإيجار من الباطن، فإن لم يشترط فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ التي تكون مستحقة للمستأجر الأصل في ذمة المستأجر من الباطن في الوقت الذي ينذر فيه المؤجر. وهذا أيضا عدا المنقولات المسروقة أو الضائعة، فلأصحابها استردادها في ثلاث سنوات⁽¹⁾.

506 - نقل الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه :

إذا نقلت الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة، فإن المؤجر يفقد سلطته غير المباشرة عليها، ولذلك فإن القاعدة أن الامتياز ينقضى. ولكن يرد على هذه القاعدة استثناء نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة، مقتضاه أنه إذا نقلت هذه الأموال على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه، وكان ما بقي في العين، بعد نقل هذه الأموال غير كاف لضمان الحقوق المستحقة للمؤجر والتي يضمنها الامتياز، فإن الامتياز يظل قائما ويستطيع المؤجر أن ينفذ على هذه المنقولات ويباشر عليها امتيازه في أي مكان وجدت، كما لو وضع المستأجر محصول أرضه في شونه، أو وضع المنقولات التي كانت موجودة بالعين المؤجرة في مكان يملكه أو أودع المنقولات أو المحصولات لدى شخص ما. أو باع هذه الأشياء إلى شخص سئ النية، أي يعلم بتحملها بحق الامتياز.

ولا يحول دون استعمال المؤجر امتيازه إلا أن تنتقل المنقولات إلى حياة شخص حسن النية وكان يستطيع التمسك بقاعدة الحياة في المنقول سند الملكية، كما إذا بيعت هذه المنقولات إلى شخص يجهل تحملها بالامتياز. غير أن النص خالف ذلك وقضى ببقاء الامتياز قائما ولو أضر بحق الغير حسن النية لمدة ثلاث سنوات من يوم نقلها إذا أوقع المؤجر حرجا استحقاقيا

(استرداديا) فى الميعاد القانونى وهو ثلاثون يوما.

وقد أشارت إلى هذا الحجز المادة 317 من قانون المرافعات، فبعد أن نصت فى فقرتها الأولى على حق المؤجر فى توقيع الحجز التحفظى على المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة فى مواجهة المستأجر أو المستأجر عن الباطن، أضافت أنه: "ويجوز له ذلك أيضا إذا كانت المنقولات والثمرات والمحصولات قد نقلت بدون رضائه من العين المؤجرة، ما لم يكن قد مضى على نقلها ثلاثون يوما".

فإذا أوقع المؤجر الحجز الاستحقاقى على المنقولات بعد خروجها فى خلال مدة ثلاثين يوما على الأكثر من يوم خروجها، كان له أن يباشر حقه عليها فى مواجهة حائزها حسن النية خلال ثلاث سنوات من وقت نقلها. وكما هى القاعدة فى الأشياء المسروقة أو الضائعة، إذا كان الحائز قد اشتراها بحسن نية من سوق عام أو فى مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثلها، وجب على المؤجر الذى يباشر امتيازها عليها أن يرد للحائز الثمن الذى دفعه فى شرائها⁽¹⁾.

والتعليل التقليدى للحكم المذكور، هو أن نقل المنقولات أو المحصولات من العين بغير رضا المؤجر يعتبر نوعا من السرقة هو سرقة الضمان، ومن المعروف أن قاعدة "الحيازة فى المنقول سند الملكية" لا محل للتمسك بها فى حالات المنقولات المسروقة وذلك ما لم يكن المشتري قد اشترى المنقولات فى سوق عام أو مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثلها⁽²⁾.

أما إذا لم يوقع المؤجر الحجز الاستحقاقى على المنقولات والمحصولات فى

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 737 وما بعدها.

(1) السنهورى ص 766 - عبد الفتاح عبد الباقي ص 737 وما بعدها - رمضان أبو السعود

وهمام محمد زهران ص 582 هامش (1).

الميعاد، فلا يجوز له أن يحتج بحقه فى الامتياز فى مواجهة حائز هذه المنقولات بحسن نية. ومع ذلك يجوز له أن يتتبع المنقولات إذا نقلت إلى حائز سئ النية ولو لم يكن قد وقع عليها الحجز الاستحقاقى فى الميعاد⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وإذا نقلت هذه المنقولات من العين المؤجرة بغير رضا المؤجر ولم يبق فى العين ما يفى بالمستحق، بقى الامتياز قائما عليها إلى ثلاث سنوات من نقلها، فإذا كسب الغير عليها حقا فإنه لا ينفذ فى حق المؤجر إذا كان هذا قد أوقع حجزا استحقاقيا فى مدة ثلاثين يوما من نقلها لكن إذا بيعت فى سوق عمومى أو فى مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثلها، وجب على المؤجر أن يرد الثمن. والأصل أن نقل هذه المنقولات بدون رضا المؤجر يعتبر سرقة للمرهون، ولذلك تطبق قواعد الحيازة فى المنقولات المسروقة⁽²⁾.

507 - وسائل أخرى مقررة لحماية امتياز المؤجر :

رأينا فى البند السابق، أن المشرع قرر فى سبيل محافظة المؤجر على امتيازهِ عند نقل المنقولات التى يرد عليها الامتياز من العين المؤجرة تخوله توقيع الحجز الاستحقاقى عليها فى أى يد، بالتفصيل الذى ذكرناه سلفا. إلا المشرع كفل للمؤجر وسيلتين أخريين لحماية امتيازهِ.

(1) حبس المنقولات القابلة للحجز الموجودة بالعين المؤجرة :

تنص المادة 589 من التقنين المدنى على أنه: "1- يكون للمؤجر، ضمانا لكل حق يثبت له بمقتضى عقد الإيجار، أن يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة فى العين المؤجرة مادامت مثقلة بامتياز المؤجر ولو لم تكن مملوكة

(2) سمير تناغو ص 466.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 315 وما بعدها.

للمستأجر. وللمؤجر الحق في أن يمانع في نقلها، فإذا نقلت رغم معارضته أو دون علمه كان له الحق في استردادها من الحائز لها ولو كان حسن النية، مع عدم الإخلال بما يكون لهذا الحائز من حقوق.

2- وليس للمؤجر أن يستعمل حقه في الحبس أو في الاسترداد إذا كان نقل هذه الأشياء أمرا اقتضته حرفة المستأجر أو المألوف من شئون الحياة، أو كانت المنقولات قد تركت في العين المؤجرة أو التي تم استردادها تقي بضمان الأجرة وفاء تماما".

(راجع في التفصيل شرح المادة المذكورة).

(2) توقيع الحجز التحفظي:

تقضى المادة (317) من قانون المرافعات بأنه "المؤجر العقار أن يوقع في مواجهة المستأجر أو المستأجر من الباطن الحجز التحفظي على المنقولات والثمرات والمحصولات الموجودة بالعين المؤجرة وذلك ضمانا لحق الامتياز المقرر له قانونا.

ويجوز له ذلك أيضا إذا كانت تلك المنقولات والثمرات والمحصولات قد نقلت بدون رضائه من العين المؤجرة ما لم يكن قد مضى على نقلها ثلاثون يوما".

ويتبع في توقيع الحجز الأحكام المبينة بالمواد (319) وما بعدها من قانون

المرافعات.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إنه وإن كانت المادة 668 من قانون المرافعات القديم قد أجازت لملاك البيوت والأطيان وملحقاتها ومستأجريها الأصليين الذين لهم فيها حق في المال أن يحجزوا المفروشات ونحوها والمنقولات الموجودة بالمحال المستأجرة والثمار والمحصولات حجزا تحفظيا للتأمين على أداء الأجرة المستحقة لهم إلا أن محل تطبيق هذه المادة ألا يكون المؤجر عالما بأن ما حجز عليه ليس مملوكا

للمستأجر أو المستأجر من الباطن، ويجوز استخلاص هذا العلم من ظروف الدعوى وملايساتها. فإذا استدل الحكم على علم مالك الأرض بأن الحاصلات المحجوزة ليست مملوكة للمستأجر أو المستأجر من الباطن وأن العين المؤجرة جرن لا تنتج محصولات وإنما هيئت لينقل إليها سكان القرية محصولاتهم لدرسها به فإنه يكون قد استخلص ذلك استخلاصاً سائعاً".

(طعن رقم 105 لسنة 18 ق جلسة 1950/1/26)

ويتيح الحجز التحفظي للمؤجر أن يجعل حقه في الحبس منتجا، إذ يمنع به المستأجر من إخراج منقولات من العين المؤجرة أو يستردها إذا أخرجت ولولا هذا الحجز لاستطاع المستأجر أن يتصرف في المنقولات لحائز حسن النية فيتملكها ويضيع بذلك على المؤجر حق امتياز، أما بعد الحجز فلا يجوز للحائز حسن النية أن يحتج بحقه على المؤجر⁽¹⁾.

508 - المبالغ التي يضمنها الامتياز:

يضمن الامتياز "أجرة المبانى والأراضى الزراعية لمدة سنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار".
فالامتياز يضمن أجرة المبانى والأراضى الزراعية بالتفصيل السابق لمدة سنتين أو لمدة الإيجار السارى إن قلت عن ذلك.

ولم يحدد المشرع السنتين المقصودتين هل هما السنتان السابقتان مباشرة على التوزيع أم أى سنتين. وإذا جاء النص مطلقاً فإن الامتياز يضمن أجرة أى سنتين. فلو فرض أن المستأجر كان قد أوفى أجرة السنتين السابقتين على التوزيع وبقي في ذمته مستحقاً أجرة سنوات سابقة، ضمن الامتياز منها أجرة سنتين. فإذا كانت الأجرة متغيرة من سنة إلى أخرى، واستحق المؤجر أجرة عدة سنوات، كان الأولى

هو اختيار السنتين الأخيرتين⁽¹⁾.

ويضمن الامتياز أيضا كل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار، مهما بلغت قيمة هذا الحق، فيضمن الامتياز التعويضات المستحقة عن تلف العين المؤجرة، أو عن استعمالها في غير ما أعدت له، أو عن الإخلال بأى التزام آخر يفرضه العقد.

أما الديون التى تنشأ فى ذمة المستأجر ولا يكون مصدرها العقد فلا امتياز لها كقرض من المؤجر إلى المستأجر ولو بمناسبة الإيجار، أو التعويض المستحق للمؤجر نظير انتقاعه بالعين بعد انتهاء الإيجار بغير سند قانونى⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"الحق الممتاز: كل ما هو مستحق للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار من أجره لا تزيد على سنتين وتعويض وغير ذلك"⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"النص فى المادة 1143 من القانون المدنى على أن "أجرة المبانى والأراضى الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار يكون لها جميعا امتياز على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز..." مفاده أن امتياز دين الأجرة على المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة قاصر على أجرة سنتين، ولما كان دين الأجرة المستحقة للمطعون عليهم الخمسة الأول هو مبلغ 5512 جنيها فقط، وكان الحكم المطعون فيه قد خصهم بكامل دين الأجرة المستحق لهم وقدره 7505 جنيها على سند من

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 430 - سليمان مرقس ص 579 وما بعدها - السنهورى ص 761.

(2) السنهورى ص 762 - محمد على إمام ص 610 وما بعدها - عبد الفتاح عبد الباقي ص 713 وما بعدها - توفيق حسن فرج ص 289.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 315.

القول بأن دين الهيئة الطاعنة - الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية - طبقاً للفقرة الرابعة من المادة 1143 من القانون المدني لا ينفذ في حقهم، مع أن ذلك النص فيما فرضه من استبعاد حقوق الامتياز التي تتقدم امتياز المؤجر ومن بينها المبالغ المستحقة للخزانة العامة والتي اعتبر المشرع مستحقات الهيئة الطاعنة في مرتبتها بالمادة 124 من القانون رقم 63 لسنة 1964، لا يكون بالنسبة للأجرة على إطلاقها، وإنما يعنى الأجرة التي حددتها الفقرة الأولى من ذات المادة بسنتين فقط، ومن ثم فإن امتياز المؤجر باعتباره حسن النية - طبقاً للمادة 1133 مدنى - لا يتقدم على امتياز الهيئة الطاعنة إلا في حدود سنتين، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه".

(ظعن رقم 1362 لسنة 47 ق جلسة 1979/5/10)

509 - مرتبة الامتياز:

يأتى التزام المؤجر فى المرتبة السادسة أى بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات حفظ المنقول وترميمه والامتيازات العامة ومصروفات الزراعة والحصاد ومقابل آلات الزراعة.

ولكن يشترط لذلك أن تكون هذه الحقوق نافذة فى حق المؤجر باعتباره حائزاً للمنقولات والمحصولات الموجودة بالعين المؤجرة. فمثلاً إذا قام شخص بحفظ منقول المستأجر وترميمه فإن امتيازاه لا ينفذ فى مواجهة المؤجر إلا إذا كان هذا الأخير يعلم عند دخول المنقول فى العين المؤجرة بأنه مثقل بامتياز مصروفات الحفظ والترميم، ومن ثم فالمؤجر إذا كان حسن النية يتقدم على صاحب هذا الامتياز الأخير.

والأمر كذلك فى حالة وضع المستأجر فى الأرض المؤجرة آلة زراعية لم يدفع ثمنها وكان المؤجر يجهل ذلك عند إدخالها فإن امتياز مقابل الآلة الزراعية لا يكون سارياً فى مواجهته.

ولو أن المستأجر أخرج المنقولات المثقلة بامتياز المؤجر من العين المؤجرة

دون علم المؤجر أو رغم معارضته ووضعها في عقار آخر استأجره فإن امتياز المؤجر السابق يظل قائماً ويستطيع التمسك به في مواجهة المؤجر الجديد، إلا إذا كان هذا الأخير لا يعلم عند إدخال المنقولات في العين التي أجزها بأنها مثقلة بامتياز المؤجر السابق حيث يجوز له في هذه الحالة اعتباره حائزاً حسن النية وله التمسك بعدم سريان امتياز المؤجر السابق في مواجهته. وبالطبع إذا وقع هذا الأخير الحجز الاستحقاقى على المنقولات في ظرف ثلاثين يوماً من وقت خروجها من العين المؤجرة فإن امتيازها ينفذ حتى في مواجهة المؤجر الجديد حسن النية. وتطبق الأحكام السابقة في حالة التزام بين مؤجر العقار وصاحب الفندق، كما إذا أخرج المستأجر المنقولات المثقلة بالامتياز ووضعها في فندق⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"مرتبة الامتياز: هي السادسة بعد حقوق الامتياز السالفة الذكر، إلا ما كان منها لا ينفذ في حق المؤجر لحسن نيته، كما إذا اشترى المستأجر آلة زراعة ولم يدفع ثمنها وأدخلها في الأرض المؤجرة دون أن يعلم المؤجر أن ثمنها لم يدفع"⁽²⁾.

(1) محمد على إمام ص 625 - توفيق حسن فرج ص 291 - أحمد سلامه ص 440.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 316.

مادة (1144)

- 1- المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل عن أجرة الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه، يكون لها امتياز على الأمتعة التي أحضرها النزيل في الفندق أو ملحقاته.
- 2- ويقع الامتياز على الأمتعة ولو كانت غير مملوكة للنزيل إذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها بشرط ألا تكون تلك الأمتعة مسروقة أو ضائعة، ولصاحب الفندق أن يعارض في نقل الأمتعة من فندقه مادام لم يستوف حقه كاملاً. فإذا نقلت الأمتعة رغم معارضته أو دون علمه، فإن حق الامتياز يبقى قائماً عليها دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية.
- 3- ولا امتياز صاحب الفندق نفس المرتبة التي لامتياز المؤجر، فإذا تزامن الحقان قدم الأسبق في التاريخ، ما لم يكن غير نافذ بالنسبة إلى الآخر.

الشرح

امتياز صاحب الفندق:

510 - حكمة الامتياز:

يبين من المادة أن لصاحب الفندق امتيازاً على أمتعة النزيل يضمن المبالغ المستحقة له في ذمته من أجرة الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه. والحكمة في تقدير هذا الامتياز واضحة، إذ أن صاحب الفندق يستقبل كل نزيل وهو في الغالب لا تربطه به معرفة سابقة تمكنه من التحقق من درجة يساره، ومن ثم فهو يعتمد على ما يحضره معه من أمتعة، ومن ثم يجب أن يكون له امتياز عليها يضمن الوفاء بالمبالغ المستحقة على النزيل.

ويقوم الامتياز على فكرة الرهن الضمنى، فصاحب الفندق له الحيابة القانونية على المكان الذى يقيم فيه النزىل، ويفترض فى هذا الأخير أنه قبل ضمنا رهن ما يحضره معه من أمتعة لصاحب الفندق ضمانا للمبالغ الواجبة فى ذمته بمناسبة نزوله فى الفندق⁽¹⁾.

511 - من يفيد من الامتياز؟

لا يفيد من الامتياز إلا صاحب الفندق.

ويعتبر الشخص صاحب فندق متى قدم المأوى، ولو لم يكن من عادته أن يقدم لنزلائه الطعام، ولكن تقديم المأوى شرط لازم، فلا يفيد من الامتياز أصحاب المطاعم والمقاهى أو غيرهم ممن يقدمون لرواد محالهم الطعام أو الشراب دون المأوى⁽²⁾.

ونرى مع البعض أنه يفيد من الامتياز أصحاب الدور المفروشة الذين يؤجرون منها غرفا مؤثثة (البنسيونات) حتى ولو لم يقدموا طعاما للنزلاء لأنه وإن اقتصر على تقديم المأوى فقط دون الطعام، فهو يقدم للنزىل خدمات أخرى تجعله أقرب إلى صاحب الفندق منه إلى مؤجر المسكن المفروش⁽³⁾.

أما الدور التى تؤجر بكاملها مفروشة، فإن أصحابها يتمتعون بامتياز المؤجر، لأنهم لا يلزمون إلا بتمكين المستأجر من الانتفاع بها، ولا يقومون بأداء أى خدمة أخرى، ولذلك لا يصدق على هؤلاء وصف أصحاب الفنادق⁽⁴⁾.

ولا يلزم لثبوت الامتياز أن يكون نزىل الفندق سائحا أو مسافرا، ولذلك تجنب النص كلمة سائح. فالامتياز يثبت ولو كان النزىل مقيما فى نفس الجهة أو البلد

(1) محمد على إمام ص 626 - سمير عبد السيد تناغو ص 467.

(2) السهنورى ص 770- عبد الفتاح عبد الباقي ص 740 وما بعدها.

(3) عبد المنعم البدرأوى ص 441.

(4) عبد المنعم البدرأوى ص 441 - سمير عبد السيد تناغو ص 467 وما بعدها.

الكائن فيها الفندق. ولا يلزم كذلك لثبوت الامتياز أن تكون إقامة النزيل قصيرة⁽¹⁾.

512 - المبالغ المضمونة بالامتياز:

يضمن الامتياز "المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل عن أجرة الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه".

فالامتياز يضمن كل المبالغ المستحقة لصاحب الفندق على النزيل في مقابل ما يقدمه له وللمن أحضرهم معه من أقاربه وتابعيه كزوجيه وأولاده. وخدمه، ويدخل في ذلك المبالغ المستحقة في نظير النوم والطعام والشراب.

ويضمن الامتياز أيضا ثمن المأكولات والمشروبات التي تقدم لضيوف النزيل.

ويضمن الامتياز كذلك المبالغ المستحقة في ذمة النزيل بسبب ما يأتيه هذا

الأخير في الفندق من الحيوانات، كالخيول والكلاب أو من الأشياء كالسيارة.

فيضمن الامتياز أجرة وضع السيارة في الجراج وثمان ما يقدمه الفندق لها من

بنزين.

وفضلا عن ذلك يضمن المؤجر المبالغ التي ينفقها صاحب الفندق لحساب

النزيل، كما إذا دفع الأول ثمن بضائع اشتراها الثاني بناء على طلبه⁽²⁾.

وقيمة إرسال برقيات للحجز للنزيل في دور العرض أو دفع رحلاته السياحية

(1) السنهاورى ص 771 - عبد الفتاح عبد الباقي ص 741 - سمير عبد السيد تناغو ص

468 - الدكتور نادية محمد معوض التزامات وحقوق الفندق إزاء النزلاء الطبعة الثانية سنة

2001 ص 149 وهامش (1) وتشير سيادتها إلى أن المؤتمر العالمى للسياحة الذى

دعت إليه منظمة الأمم المتحدة والمنعقد فى روما من 19/8/1963 إلى 9/9/1963

انتهى إلى أن السائح هو: "أى شخص يزور بلدا غير البلد الذى يقيم فيها على وجه

الاعتقاد، لأى سبب من الأسباب غير قبول وظيفة بأجر فى الدولة التى يزورها، ولمدة لا

تقل عن أربع وعشرين ساعة ولا تزيد على اثنى عشر شهرا".

(2) عبد الفتاح عبد الباقي ص 741 وما بعدها.

داخل المدينة أو أجرة انتقال أو تذكرة سفره⁽¹⁾.

والامتياز يشمل المبالغ التي يقرضها صاحب الفندق للنزيل، ومع ذلك ينبغي تقييد هذا بأن يكون القرض عاديا متعلقا بالإقامة، وليس قرضا للقيام بمشروع لا علاقة له بالإقامة ويتخطى حدودها⁽²⁾.

بيد أن الامتياز لا يضمن التعويض الذي يلتزم به النزيل بسبب إتلاف بعض محتويات الفندق. وذلك لأن القانون عبر عن الحقوق المضمونة بالامتياز بأجرة الإقامة والمؤونة وما صرف لحساب النزيل، والتعويض لا يدخل ضمن هذه الحقوق⁽³⁾.

وامتياز صاحب الفندق يضمن حقوق صاحب الفندق عن آخر مرة نزل فيها في الفندق لا عن المرات السابقة. وعلى ذلك إذا نزل شخص في فندق ولم يف بأجر إقامته وغادر الفندق بأمتهته، ثم بعد فترة عاد ونزل في ذات الفندق، فإن الأمتعة التي يحملها معه في المرة الثانية تضمن حقوقه الناشئة عن نزوله المرة الثانية فقط، ولا تضمن أجر النزول في المرة الأولى⁽⁴⁾. ويستوى أن يكون النزيل مصريا أم أجنبيا.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"الحق الممتاز: المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل، عن الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه، فيدخل النوم والطعام والشراب للنزيل ومن معه وكذلك ما أعطى له قرضا، وذلك عن آخر مرة نزل فيها لا عن المرات السابقة، وقد يكون النزيل من نفس البلد، لذلك تجنب المشروع كلمة سائح"⁽⁵⁾.

(1) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 590.

(2) سمير عبد السيد تناغو ص 468 - رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 1950.

(3) عبد الفتاح عبد الباقي ص 742 - محمد لبيب شنب ص 316.

(4) محمد لبيب شنب ص 316 وما بعدها.

(5) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 318.

513 - محل الامتياز:

يرد امتياز صاحب الفندق على "الأمثلة التي أحضرها النزيل في الفندق أو ملحقاته".

وكلمة أمثلة تتصرف إلى كل أنواع المنقولات المادية كالملابس والسيارات والمركبات والحيوانات بشرط أن تكون قابلة للحجز عليها. وخلافا لامتياز المؤجر، يقع امتياز صاحب الفندق على النقود والمجوهرات وقد أشارت مذكرة المشروع التمهيدى إلى ذلك صراحة. ولا يرد الامتياز على المنقولات غير المادية كالسندات فهي لا تعتبر من الأمثلة.

ولا أهمية لما إذا كان النزيل قد أتى بالأمثلة معه عند دخول الفندق، أم إذا كان قد أتى بها خلال مدة إقامته فيه.

وكما هي الحال بالنسبة إلى المؤجر، لا يقع الامتياز كقاعدة عامة إلا على الأمثلة المملوكة للنزيل وتابعيه. ولكن صاحب الفندق كالمؤجر تماما يعتبر حائزا للمنقولات التي يأتي بها النزيل في الفندق. ومن ثم إذا كان ضمن أمثلة النزيل ما هو مملوك للغير وكان صاحب الفندق لا يعلم بأنها ليست مملوكة للنزيل عند دخولها الفندق أى كان حسن النية، كان لصاحب الفندق أن يحتج بامتيازه عليها. وذلك بشرط ألا تكون هذه المنقولات مسروقة أو ضائعة وإلا جاز استردادها في خلال ثلاث سنوات ولو كان صاحب الفندق حسن النية⁽¹⁾.

514 - حالة نقل الأمثلة من الفندق:

إذا نقلت الأمثلة من الفندق برضاء صاحبه أو بغير اعتراض منه فإن الامتياز ينقضى ولو عاد النزيل إلى الفندق بعد ذلك فإن الامتياز لا يثبت إلا لما يستحق في ذمته بناء على الإقامة الجديدة.

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 743 - سمير عبد السيد تناغو ص 469.

أما إذا نقلت الأمتعة من الفندق رغم معارضة صاحبه أو دون علمه بقى الامتياز عليها قائما. غير أن هذا الامتياز لا يضر بمن يحوز هذه الأمتعة بحسن نية وبسبب صحيح، إذ يكون لهذا الحائز أن يحتج بعدم سريان الامتياز فى مواجهته، على أساس قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية.

ولكن صاحب الفندق بخلاف مؤجر العقار، لا يستطيع أن يوقع حجزا استحقاقيا على المنقولات التى تخرج من عنده لعدم ورود نص بها كالتأش بالنسبة للمؤجر وعلى أساس التفسير الضيق لقواعد الامتياز⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"محل الامتياز: الأمتعة التى أحضرها النزىل فى الفندق أو فى مكان ملحق، ويدخل فى الأمتعة المجوهرات، ويتقل الامتياز الأمتعة ولو كانت غير مملوكة للنزىل، مادام صاحب الفندق لا يعلم أنها مملوكة لغيره، هذا ما لم تكن مسروقة أو ضائعة فلصاحبها أن يستردها فى ثلاث سنوات. وإذا نقلت المنقولات بغير رضا صاحب الفندق كان له أن يستردها، إلا إذا كسب الغير حقا يكون نافذا قبله، وليس لصاحب الفندق توقيع حجز استحقاقى كالمؤجر"⁽²⁾.

515 - مرتبة الامتياز:

مرتبة الامتياز هى المرتبة السادسة، أى هى نفس مرتبة امتياز مؤجر العقار. غير أنه فى التزام بين صاحب الفندق وصاحب امتياز آخر متقدم عليه، فإن امتياز صاحب الفندق يتقدم طالما أنه لا يعلم بتعلق حق الغير بهذه الأمتعة باعتباره حائزا حسن النية لها. وعلى ذلك فرغم أن هذا الامتياز متأخر فى المرتبة إلا أنه قد يتقدم على حقوق الامتياز الأخرى جميعا على أساس فكرة الحيازة.

(1) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 592 - عبد المنعم البدرأوى ص 443 - نادىة

معوذ ص 150.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 318.

أما إذا تزامن امتياز صاحب الفندق مع امتياز مؤجر العقار بأن نقلت الأمتعة من العين المؤجرة دون علم المؤجر وأدخلت مع النزيل في الفندق، كانت الأفضلية لامتياز المؤجر لأنه الأسبق في التاريخ ما لم يكن صاحب الفندق حسن النية لا يعلم بوجود امتياز المؤجر، فيعتبر حينئذ حائزا حسن النية لا يحتج عليه بامتياز المؤجر، إلا إذا أوقع المؤجر الحجز الاستحقاقى في خلال ثلاثين يوما من نقل الأمتعة من العين المؤجرة فإن هذا الحجز يجعل امتياز المؤجر نافذا في مواجهة صاحب الفندق رغم حسن نيته. وكذلك إذا أخرج النزيل الأمتعة من الفندق ووضعا في عين استأجرها، كان امتياز صاحب الفندق هو المتقدم لأنه الأسبق، فينفذ في حق المؤجر ما لم يكن هذا غير عالم بوجود الامتياز في الوقت الذى دخلت فيه المنقولات في العين المؤجرة.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي:

"مرتبة الامتياز: هى نفس مرتبة المؤجر. فإذا تزامن الحقان قدم الأسبق في التاريخ ما لم يكن غير نافذ بالنسبة للآخر. فإذا أخرج المستأجر بعض الأمتعة من العين المؤجرة دون علم المؤجر ونزل بها في فندق صاحبه لا يعلم أن للمؤجر امتيازاً على هذه الأمتعة، وحجز المؤجر حجزاً استحقاقياً في الميعاد، فإن امتياز المؤجر وهو الأسبق في التاريخ، هو الذى يقدم، أما إذا لم يحجز المؤجر، فإن امتياز لا يكون نافذاً بالنسبة لصاحب الفندق فيقدم امتياز هذا الأخير. كذلك إذا أخرج النزيل أمتعته ووضعا في عين مؤجرة، وكان المؤجر حسن النية، كان امتيازاه مقدماً لأن امتياز صاحب الفندق، وهو الأسبق في التاريخ لا ينفذ في حقه"⁽¹⁾.



مادة (1145)

- 1- ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته، يكون له امتياز على الشيء المبيع، ويبقى الامتياز قائما مادام المبيع محتفظا بذاتيته. وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية.
- 2- ويكون هذا الامتياز تاليا في المرتبة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواقعة على منقول، إلا أنه يسرى في حق المؤجر وصاحب الفندق إذا ثبت أنهما كانا يعلمان به وقت وضع المبيع في العين المؤجرة أو الفندق.

الشرح

امتياز بائع المنقول:

516 - حكمة الامتياز:

يضمن امتياز بائع المنقول حق البائع في ثمن المبيع وملحقاته على الشيء المبيع، وحكمة ذلك أن البائع قد فقد ملكية الشيء ونقلها للمشتري دون أن يتلقى ثمن المبيع، وأن المشتري اكتسب ملكية الشيء دون أن يدفع ثمنه. فيتحقق بهذا ظلم إثراء المشتري على حساب البائع دون سبب، وهو ظلم ينبغي رفعه عن طريق تمكين البائع من استيفاء دينه وليس هناك وسيلة أقرب لذلك من إعطائه امتيازاً على الشيء المبيع ذاته.

فالبائع هو الذي أدخل الشيء في ذمة المشتري ومن حقه أن يتقدم سائر الدائنين في استيفاء حقه من ثمن هذا الشيء⁽¹⁾.

(1) سمير عبد السيد تناغو ص 472 - عبد المنعم البدرأوى ص 445.

517 - وجوب وجود عقد بيع :

يشترط لتحقيق امتياز بائع المنقول وجود عقد بيع. وسواء أن يكون الطرفان قد اتفقا على دفع الثمن فورا، أو على أن يمنح المشتري أجلا للوفاء. ولا أهمية للاسم الذى يطلق على العقد.

فالامتياز يتحقق متى توافرت فى العقد أركان البيع ولو أطلق عليه اسم آخر. فالامتياز يثبت فى حالة حوالة الحق لأن حوالة الحق ما هى إلا بيع له. أما المقايضة فلا تعتبر بيعا، لأن من أسس البيع هو أن يحصل نقل ملكية الشيء المبيع فى مقابل ثمن نقدي (م418 مدنى)، وعلى ذلك فالامتياز لا يثبت للمقايضة على أساس المقايضة.

أما إذا كانت المقايضة بمعدل، وكان العنصر الغالب فى المعدل هو النقود، كما إذا بيعت سيارة جديدة بمائة ألف جنيه على أن يحسب من الثمن سيارة قديمة قيمتها عشرون ألف جنيه، كان العقد بيعا ومن ثم كان لمن يستحق الفرق امتياز البائع على السيارة التى قيمتها مائة ألف جنيه.

518 - وجوب أن يكون المبيع منقولا :

يجب لثبوت الامتياز أن يكون المبيع منقولا. ولا أهمية لنوع المنقول فيستوى أن يكون ماديا كقطن أو سيارة أو جهاز كهربائى، أم معنويا كالمحل التجارى والدين.

519 - محل الامتياز :

يقع امتياز البائع على المنقول المبيع كما ذكرنا. ويشترط لبقاء الامتياز على المنقول أن يظل محتفظا بذاتيته، فإذا فقد ذاتيته بأن تغيرت حالته تغيرا تاما فصاعت معالمه انقضى الامتياز، كما إذا كان المبيع دقيقا فصنع خبزا أو قطنا فأصبح نسيجا. أما إذا تغير المنقول دون أن يفقد ذاتيته وتتغير معالمه فإن الامتياز يبقى، كالقماش يحاك ثيابا والخشب يصنع أثاثا.

وكذلك يفقد المنقول ذاتيته إذا أدمج في عقار فأصبح عقارا بطبيعته، كمواد البناء من أحجار ونحوها تدمج في البناء.

أما إذا أصبح المنقول المبيع عقارا بالتخصيص، فإن ذلك لا يمنع من بقاء الامتياز عليه، لأن اكتساب المنقول هذه الصفة لا يفقده ذاتيته⁽¹⁾.

وإذا بيعت عدة منقولات بعقد واحد وجب التمييز بين فرضين:

الفرض الأول: أن يكون البيع صفقة واحدة بثمن إجمالي لكل المنقولات، عندئذ يكون البيع واحد وكل المنقولات ضامنة لكل الثمن لأن الامتياز لا يتجزأ.

الفرض الثاني: أن يحدد لكل منقول ثمن محدد، فتكون بصدد بيع متعددة ويكون كل منقول مثقلا بالامتياز الضامن لثمنه⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"محل الامتياز: المنقول المبيع مادام محتفظا بذاتيته، ولم يكسب عليه الغير حقا ينفذ قبل البائع، ومادام المشتري لم يفسد وإلا حرم البائع الامتياز والفسخ طبقا لقواعد القانون التجاري"⁽³⁾.

520 - من يفيد من الامتياز؟

يثبت الامتياز للبائع، أو لمن يحل محله قانونا أو اتفاقا. ويجوز للمشتري إذا اقترض مبلغا وفي به الثمن أن يحل المقرض محل البائع في امتياز، ولو بغير رضا البائع، بشرط أن يذكر في عقد القرض أن المبلغ المقرض قد خصص للوفاء بالثمن، وفي المخالصة التي يعطيها البائع أن الوفاء بالثمن كان من هذا المبلغ⁽⁴⁾ (راجع المادة 328).

521 - المبالغ المضمونة بالامتياز:

(1) عبد المنعم البدرأوى ص 447 - محمد لبيب شنب ص 320.

(2) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 596 - حسام الدين الأهواني ص 760.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 321 وما بعدها.

(4) عبد الفتاح عبد الباقي ص 748.

لا يكون للبائع امتياز إلا بالنسبة للثمن وملحقاته. ويقصد بالثمن المقابل النقدي للمبيع سواء أكان مجمداً أو مقسماً أم في صورة إيراد مرتب، وسواء أكان المستحق منه للبائع كله أو بعضه، وسواء اشترط دفعه للبائع ذاته أم للغير.

وتشمل ملحقات الثمن فوائده ومصرفات المطالبة به.

ولكن لا يضمن الامتياز ما يترتب على البيع من حقوق أخرى للبائع غير الثمن وفوائده ومصرفات المطالبة، كما هو الحال بالنسبة للتعويض الاتفاقي أو القانوني الذي يلتزم المشتري بدفعه للبائع.

ويختلف امتياز البائع في ذلك عن امتياز المؤجر حيث يضمن هذا الامتياز الأخير الأجرة وكل الحقوق الأخرى التي تترتب للمؤجر بناء على عقد الإيجار⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"الحق الممتاز: ثمن المبيع وملحقاته من فوائد ومصرفات وكذلك ما أقرض للمشتري وحل المقرض فيه محل البائع باتفاق معه، ولم ينص المشروع على هذه الحالة اكتفاء بالقواعد العامة، ولا يدخل في نطاق الامتياز التعويض أو أى دين آخر مستحق بعقد البيع غير ما تقدم (وهذا بخلاف ما ذكر بالنسبة لعقد الإيجار في امتياز المؤجر)"⁽²⁾.

522 - حق التتبع :

يظل البائع محتفظاً بامتيازته ولو خرج الشيء المبيع من حيازة المشتري، ويعنى هذا حقه في تتبع المنقول محل الامتياز. ومع ذلك فالحق في التتبع لا يحتج به في مواجهة حائز جديد حسن النية أو شخص اكتسب حقاً بحسن نية على المنقول.

فإذا انتقل المنقول إلى حيازة مشتر جديد حسن النية لا يعلم بحق البائع فلا

(1) محمد على إمام ص 631 - سمير عبد السيد تناغو ص 473.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 321.

يجوز التنفيذ على المنقول تحت يده.

وطبقا لأحكام الإفلاس فى قانون التجارة، فإن الامتياز لا يحتج به فى مواجهة جماعة الدائنين إذا أفلس المدين التاجر الذى اشترى المنقول. وقد يكسب الغير حقوقا على المنقول بصفة تبعية، كما إذا أصبح المنقول عقارا بالتخصيص ورهن مع العقار الأسمى، فإن حق الدائن المرتهن إذا كان هذا حسن النية يتقدم على امتياز بائع المنقول.

523 - مرتبة الامتياز:

مرتبة الامتياز هى السابعة بعد الامتيازات الواقعة على منقول والتى سبق ذكرها.

وعلى هذا النحو يسبق كل من امتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق امتياز بائع المنقول.

على أنه يلاحظ من ناحية أخرى أن امتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق أساسهما فكرة الرهن الضمنى، ومن ثم إذا كان المؤجر أو صاحب الفندق سئ النية، أى يعلم عند إدخال المنقول فى العين المؤجرة أو فى الفندق بحق البائع عليه فإنه لا يستطيع أن تحتج بامتيازه فى مواجهة البائع ومن ثم يتقدم هذا الأخير عليه⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"مرتبة الامتياز: يأتى هذا الامتياز بعد الامتيازات السابقة، ويسرى فى حق المؤجر وصاحب الفندق إذا كان هذان يعلمان به"⁽²⁾.

524 - امتياز بائع المحل التجارى:

(1) محمد على إمام ص 633 - محمد لبيب شنب ص 321.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 322.

ينظم امتياز بائع المحل التجارى القانون رقم 11 لسنة 1940 (المعدل) الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها.

وبمقتضى المادة الرابعة من القانون لا يقع امتياز البائع إلا على أجزاء المحل المبينة فى القيد، فإذا لم يعين على وجه الدقة ما يتناوله الامتياز، لم يقع إلا على عنوان المحل التجارى واسمه والحق فى الإجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية، وينفذ الامتياز على ما هو ضمان له من أثمان البضائع والمهمات أو مقومات المحل غير المادية كل منها على حده.

وتتص المادة الثانية على أن يشهر عقد البيع بقيده فى سجل خاص معد لهذا الغرض بمكتب السجل التجارى بالمحافظة التى يقع بدائرتها المحل التجارى وإذا شمل عقد البيع فرعاً للمحل التجارى بالقطر المصرى وجب أيضاً اتخاذ إجراءات القيد فى مكتب السجل التجارى بالمحافظة التى يوجد فى دائرتها هذا الفرع. وإذا كان ما بيع هو الفرع وحده أجرى القيد فى كل من مكتب السجل التجارى بالمحافظة التى يوجد بدائرتها المحل الرئيسى والفرعى.

وتنص المادة الثالثة على أنه يجب إجراء القيد فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ البيع وإلا كان القيد باطلاً. ويكون للقيد الأولوية على القيود التى تجرى على ذات المشتري فى نفس الميعاد.

وبمقتضى المادة (23) يكفل القيد حفظ الامتياز لمدة خمس سنوات من تاريخه كما يؤمن فوائد الدين لمدة سنتين بامتياز له نفس المرتبة التى للدين الأسمى.

ويعتبر القيد لاغياً إذا لم يجدد خلال المدة السابقة.

مادة (1146)

1- للشركاء الذين اقتسموا منقولا، حق امتياز عليه تأميننا لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة، وفي استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل.

2- وتكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التي لامتياز البائع، فإذا تزامن الحقان قدم الأسبق في التاريخ.

الشرح

امتياز متقاسم المنقول :

525 - حكمة الامتياز:

يقرر المشرع امتيازاً لمتقاسم المنقول على ما وقع في نصيب بقية المتقاسمين ضماناً للحقوق التي تترتب له في ذمتهم بناء على القسمة. ومبنى الامتياز اعتبارات العدالة التي توجب أن يستوفي المتقاسم حقوقه مما آل إلى شريكه قبل دائني هذا الأخير، حيث أن المال لم يستقر في ذمة الشريك ويختص به دائنيه إلا بناء على القسمة التي كان المتقاسم طرفاً فيها. وإذن فامتياز المتقاسم أساسه فكرة إيجاد الشيء في ذمة المدين التي يقوم عليها امتياز البائع أيضاً. هذا ولم يكن القانون القديم يعرف امتيازاً للمتقاسم إلا في حالة العقار. أما التقنين الجديد فقد قرر هذا الامتياز حتى لا يفرق بين العقار والمنقول تفرقة لا مبرر لها.

526 - الحق الممتاز:

يثبت الامتياز في القسمة الواردة على منقول لكل حق يترتب للمتقاسمين فيما بينهم.

وإذن فلا بد أن يتعلق الأمر بقسمة أموال مملوكة على الشيوع. ولا يهم

مصدر الشيوخ، فقد يكون الميراث أو غيره. كذلك لا يهم نوع القسمة فيصح أن تكون اتفاقية أو قضائية، كما يجوز أن تكون كلية أو جزئية. كذلك لا يهم ما إذا حصلت القسمة عينا أو بطريق التصفية مادام يترتب عليها إنهاء حالة الشيوخ بين الشركاء دون أن تؤدي إلى انتقال المال المشاع إلى أجنبي عنهم.

ويجب أن يكون محل القسمة مالا منقولاً.

فامتياز متقاسم العقار يحكمه نص خاص هو المادة (1149) التي سنعرض لحكمها فيما بعد.

ويضمن الامتياز الحقوق التي تثبت للشريك في القسمة قبل بقية الشركاء، وتشمل هذه الحقوق ما يأتي:

1- معدل القسمة، وهو الفرق الذي يتعهد الشريك بدفعه للمتقاسم الذي اختص بالحصّة الأقل قيمة.

2- التعويض الواجب دفعه للشريك الذي استحققت حصته للغير بسبب سابق على القسمة. فهذا التعويض يستحق للمتقاسم بناء على الالتزام بضمان الاستحقاق الذي يترتب عليه عقد القسمة في ذمة الشركاء (م/844)، ومن ثم يكون مضمونا بامتياز المتقاسم.

3- ثمن التصفية في حالة تعذر القسمة عينا وحصولها عن طريق المزاد ورسو المزاد على أحد الشركاء. فكل متقاسم يكون له في هذه الحالة الحق في الرجوع على الشريك الذي رسا عليه المزاد بنصيبه في ثمن رسو المزاد، ويكون رجوعه عليه مضمونا بامتياز المتقاسم. هذا وفي حالة رسو المزاد على أجنبي، يكون للمتقاسمين جميعا امتياز البائع⁽¹⁾.

4- الفوائد التي يستحقها المتقاسم عن أى مبلغ من المبالغ المتقدمة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

(1) محمد على إمام ص 634 - رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 599 وما بعدها.

"الحق الممتاز: الالتزامات التى تنشأ من عقد القسمة وهى ثلاثة: ضمان الاستحقاق والالتزام بدفع المعدل والالتزام بدفع ثمن التصفية. وامتيار المتقاسم فى المنقول استحدثه المشروع ولا يوجد فى التقنين الحالى"⁽¹⁾.

527 - محل الامتياز:

يقع الامتياز على الحصة المفردة التى وقعت فى نصيب كل متقاسم. فإذا كان الدين هو المعدل ورد الامتياز على منقولات المتقاسم الذى استحق المعدل بسببها وإذا كان الدين هو ثمن التصفية ورد الامتياز على المنقول الذى استحق عنه هذا الثمن.

وإذا كان الدين هو التعويض عن التعرض أو الاستحقاق ورد الامتياز على ما آل للمتقاسمين كل بنسبة حصته فى الالتزام بالتعويض والتى تقدر تبعا لحصته فى المال الشائع⁽²⁾.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"محل الامتياز: الحصة المفردة التى وقعت فى نصيب كل متقاسم"⁽³⁾.

528 - مرتبة الامتياز:

مرتبة هذا الامتياز هى نفس المرتبة المقررة لامتيار بائع المنقول، أى أنه فى المرتبة السابعة بعد الامتيازات المذكورة فيما سبق.

فإذا تزامن متقاسم المنقول مع بائع المنقول قدم الأسبق منهما فى تاريخ نشوئه. فإذا حصلت القسمة بعد البيع قدم امتياز البائع. وإذا كان البيع بعد القسمة قدم امتياز المتقاسم. كما إذا انقسم المنقول بين الشركاء على الشيوع ثم باع كل متقاسم ما وقع فى نصيبه من حصة مفردة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 323.

(2) رمضان أبو السعود وهام محمد زهران ص 600.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 323.

"مرتبة الامتياز: هي مرتبة امتياز البائع، فإذا تزاخما قدم الأسبق. فإذا كانت القسمة بعد البيع قدم امتياز البائع. وإذا كان البيع بعد القسمة قدم امتياز المتقاسم"⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 323.

2- حقوق الامتياز الخاصة

الواقعة على عقار

مادة (1147)

- 1- ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته، يكون له امتياز على العقار المبيع.
- 2- ويجب أن يقيد الامتياز ولو كان المبيع مسجلا، وتكون مرتبته من وقت القيد.

الشرح

امتياز بائع العقار:

529 - حكمة الامتياز:

الحكمة من امتياز بائع العقار هي ذات الحكمة من امتياز بائع المنقول، فالبايع قد أدخل قيمة مالية جديدة في ذمة المشتري، فيكون من العدل أن يستوفي حقه من هذه القيمة ذاتها قبل غيره من الدائنين.

530 - محل الامتياز:

يرد الامتياز على عقار مبيع. فيجب وجود عقد بيع صحيح لعقار. ولا أهمية للإسم الذي يطلق على العقد إذا توافرت فيه أركان البيع. ويجب أن يكون العقار قابلا لأن يباع بالمزاد العلني. ولا أهمية لنوع العقار، فسواء كان ماديا كمنزل أو قطعة أرض، أم معنويا كحق الانتفاع. ولكن الامتياز لا يثبت في حالة بيع الارتفاق. فإذا قرر شخص حق ارتفاق على عقاره لمصلحة عقار الجار في نظير مبلغ من النقود، ما كان له أن يدعى أن حقه مضمون بامتياز على حق الارتفاق، لأنه لا يمكن بيع الارتفاق بالمزاد استقلالا عن العقار المخدوم.

وإذا توافرت في العقد أركان البيع ثبت الامتياز، ولا أهمية لكيفية حصول البيع، فسوء حصل وديا أم قضائيا.

ولا أهمية كذلك لطريقة تحديد الثمن، فسواء حدد الثمن بمبلغ معين، أم كان الثمن عبارة عن إيراد مرتب للبائع أو لشخص من الغير.

والامتياز يقع على كل العقار، حتى ولو كان معظم الثمن قد دفع ما لم يتفق على خلاف ذلك، إذ أن الامتياز بطبيعته لا يتجزأ.

ولا يثبت الامتياز إذا بيعت العقارات بالتخصيص الملحقة بعقار، ولكن يثبت للبائع امتياز بائع المنقول لأنه بالبيع تفقد الأشياء صفة العقار بالتخصيص وتعود منقولة. وإذا بيعت ثمار الأرض حال اتصالها بها، كان لبائعها امتياز بائع المنقول، لأن هذا الثمار تعتبر منقولات بحسب المأل.

وفي المقايضة بمعدل - كما ذكرنا في امتياز بائع المنقول - يعتبر العقد بيعا إذا كان العنصر الغالب في المعدل هو النقود. ومن ثم كان لمن يستحق المعدل امتياز البائع على العقار.

والهبة وإن كانت بعوض لا يثبت فيها امتياز البائع إلا إذا كان العوض يساوي قيمة الشيء الموهوب أو يقاربه.

ولا تعتبر الشفعة في حكم البيع لأى الشفيع لا يعتبر مشتريا من المشفوع منه بل من البائع الأصلي. وعلى ذلك لا يثبت امتياز البائع للمشفوع منه ويقتصر ضمانه على الحق في الحبس⁽¹⁾. في حين أن البائع يثبت له امتياز في مواجهة الشفيع حيث يعتبر مشتريا منه (م945).

وإذا كان المبيع حق انتفاع أو ملكية الرقبة، طبقت الأحكام التي ذكرناها في حالة رهن الانتفاع وملكية الرقبة رهنا رسميا. وكذلك تطبق أحكام رهن العقار المملوك في الشيوخ في الحالة التي يباع فيها العقار شائعا، أو تباع منه حصة شائعة⁽²⁾.

(1) محمد على إمام ص 638 وما بعدها - عبد الفتاح عبد الباقي ص 790.

(2) عبد الفتاح عبد الباقي ص 763 وما بعدها.

وإذا بيع عقار واحد لأشخاص متعددين، واختص كل مشتر بنصيب مفرز منه، كانت هناك بيوع متعددة بتعدد المشترين. وتولد من كل بيع امتياز خاص. ولا يحق للبائع في هذه الحالة أن يطالب كل مشتر إلا بنصيب حصته من الثمن، ويكون هذا الثمن مضمونا بالامتياز على تلك الحصة وحدها دون حصص باقى المشترين. ويختلف الأمر في حالة ما إذا بيع عقار واحد لأشخاص متعددين في الشيوع، أى دون أن يختص كل مشتر بحصة مفرزة في العقار، إذ في هذه الحالة نكون بصدد بيع واحد، ويتولد عنه امتياز واحد يقع على العقار جميعه. وإذا بيعت في صفقة واحدة عدة عقارات لشخص واحد وبثمن إجمالى واحد، كان البيع واحدا، وتولد عنه امتياز واحد يثقل كل العقارات المبيعة. ولذلك يحق للبائع - ما لم يتفق على خلافه - أن يباشر امتيازه بالنسبة إلى كل الثمن على أى من هذه العقارات، لأن الامتياز لا يتجزأ. أما إذا بيعت في صفقة واحدة عدة عقارات وذكر في العقد ثمن كل عقار على حدة، كنا بصدد بيوع متعددة بتعدد العقارات، ويكون للبائع امتيازات متعددة يقع كل منها على واحد من هذه العقارات.

531 - صاحب الحق فى الامتياز:

يتقرر الامتياز بقوة القانون لضمان حق بائع العقار ومن يحل محله قانونا أو اتفاقا. بشرط أن يذكر هذا الحلول في قائمة القيد أو في هامشها، حتى يسرى على الغير (م1053 مدنى - م 19 من قانون تنظيم الشهر العقارى). ويثبت هذا الامتياز قبل المشتري أو من حل محله⁽¹⁾.

532 - المبالغ التى يضمنها الامتياز:

يضمن الامتياز ما يثبت للبائع من الثمن وملحقاته. ويقصد بالثمن المقابل النقدى للمبيع سواء كان مجمدا أم مقسطا أم في صورة إيراد مرتب، وسواء اشترط دفعه للبائع ذاته أم للغير، وسواء أكان مستحقا كله أو

(1) رمضان محمد أبو السعود وهمام محمد زهران ص 601 وما بعدها.

بعضه. ويعتبر في حكم الثمن التكملة التي تدفع في حالة وجود غبن في عقار القاصر (م 425 مدنى).

وإذا أقرض شخص المشتري مبالغ للوفاء بالثمن فإنه يستفيد من امتياز البائع باعتباره قد حل محله اتفاقا، وكذلك يستفيد من الامتياز من يحل محل البائع بحكم القانون. ولكن يشترط لسريان هذا الحلول في حق الغير أن يذكر في قائمة قيد الامتياز أو يؤشر به في هامشها (م 1053 مدنى، 19 من قانون تنظيم الشهر العقارى).

ويضمن الامتياز ملحقات الثمن، كفوائده القانونية أو الاتفاقية ومصرفات المطالبة⁽¹⁾.

ولا نقر ما يذهب إليه البعض⁽²⁾ من توسع في ملحقات الثمن بشمولها مصرفات عقد البيع ورسوم التسجيل والدمغة، في الحالة التي يقوم البائع بدفعها عن المشتري لأنه لا يمكن اعتبار هذه المبالغ من ملحقات الثمن، فالحقيقة هي أنه إذا قام البائع بدفع المبالغ السابقة عن المشتري، فهو لا يعدو أن يكون مقرضا لها، ومن ثم لا يكون له من أجلها إلا حقوق الدائن العادى.

ولا يحتاج على ذلك بما يقوله هذا رأى بأن هذه المبالغ تعتبر في تقدير المتعاقدين تكملة للثمن، إذ لا أهمية لإرادة المتعاقدين في تحديد المبالغ التي يضمنها الامتياز، فالامتياز يفرضه القانون، وهو الذى يبين المبالغ التي يضمنها، فإذا اتفق المتعاقدان على أن مبلغا ما يعتبر تكملة للثمن أو ملحقا به، ولم يكن القانون يعتبره كذلك، ما كان هذا المبلغ ممتازا⁽³⁾.

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 761 - السنهورى ص 779 - محمد على إمام ص 640 - سمير عبد السيد تناغو ص 485.

(2) حسام الدين الأهوانى ص 767 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 432.

(3) عبد الفتاح عبد الباقي ص 761 وما بعدها.

ومصروفات قيد الامتياز وتجديده تعتبر من الملحقات متى دفعها البائع⁽¹⁾. ولا يضمن الامتياز التعويض الذى يحكم به انقضاء، أو الذى يتفق عليه فى حالة فسخ العقد، لأنه ليس ثمنا، حتى لو عين مقداره مقدما وذكر فى العقد⁽²⁾. وإذا كان الثمن قد دفع فإنه لا يكون هناك محل للامتياز. فإن كان دفعه قد تم عن طريق تحرير سندات به على المشتري ظل الامتياز قائما إلا إذا ثبت أن القصد من تحرير سندات بالثمن هو إحلال دين جديد محله⁽³⁾.

533 - مرتبة الامتياز:

يشترط قيد الامتياز لينفذ قبل الغير. فتسجيل عقد البيع لا يكفى وحده لنفاذ الامتياز ولو ذكر فيه أن الثمن لم يدفع بعد، لأن التسجيل لازم لنقل الملكية إلى المشتري بينما القيد لازم لنفاذ الامتياز قبل الغير. وتحسب مرتبة الامتياز من وقت القيد فتأخر عن الحقوق الأخرى المقيدة على العقار قبله. ويتقدم على الحقوق اللاحقة له فى القيد. وإذا كان هناك حق امتياز عام أو امتياز مبالغ مستحقه للخرانة فإنه يقدم على امتياز البائع أيا كان تاريخ قيده.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"مرتبة الامتياز: يجب القيد ولو كان البيع مسجلا وقد تلافى المشروع بإيجاب القيد نقصا معروفا فى التقنين الحالى، ومرتبة الامتياز يجدها تاريخ القيد"⁽⁴⁾.

(1) أحمد سلامه ص 454.

(2) محمد كامل مرسى ص 432.

(3) السنهورى ص 779 وما بعدها.

(4) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 326.

مادة (1148)

- 1- المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم فى تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو فى إعادة تشييدها أو فى ترميمها أو صيانتها، يكون لها امتياز على هذه المنشآت، ولكن بقدر ما يكون زائدا بسبب هذه الأعمال فى قيمة العقار وقت بيعه.
- 2- ويجب أن يقيد هذا الامتياز، وتكون مرتبته من وقت القيد.

الشرح

امتياز المقاولين والمهندسين المعماريين:

534 - حكمة الامتياز:

تقرر امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين لأول مرة فى التقنين المدنى الجديد ذلك أن المقاول أو المهندس المعماري يضيف شيئا جديدا فى ذمة المدين، إذ يترتب على عمل المقاول أو المهندس المعماري زيادة فى قيمة العقار، ومن ثم كان من العدالة أن يتقدم بدينه فى حدود تلك الزيادة.

535 - الحق المضمون بالامتياز:

الحق المضمون بالامتياز هو حق المقاول أو المهندس المعماري الذى تعاقد مع المالك على القيام بتشييد أبنية أو منشآت أخرى أو فى إعادة تشييدها أو فى ترميمها أو صيانتها.

فلا بد من وجود عقد بين المقاول أو المهندس المعماري وبين صاحب المبانى أو المنشآت للقيام بالعمل، فلا يضمن الامتياز حق المقاول أو المهندس المعماري الذى يقوم بهذه الأعمال بدون عقد وباعتباره فضوليا مثلاً.

ولا يضمن الامتياز حق المقاول أو المهندس المعماري الذى يتعاقد مع غير المالك كالمنتفع والمستأجر. ولهذا السبب لا يضمن الامتياز حق المقاول من الباطن

لأنه يتعاقد مع المقاول الأصلي وليس مع المالك. ومع ذلك فالمقاول من الباطن يستفيد من امتياز المقاول الأصلي في الحدود التي يكون فيها هذا الأخير دائناً لرب العمل وذلك بالدعوى المباشرة المقررة للمقاول من الباطن قبل رب العمل (م 662 مدنى). والمقاول من الباطن له امتياز على ما للمقاول الأصلي قبل رب العمل وقت توقيع الحجز تحت يده (م 2/662 مدنى) وهو امتياز على منقول⁽¹⁾. إلا أن حق المقاول الأصلي قبل رب العمل مضمون بامتياز المقاول العقارى، والمقاول من الباطن يستفيد من الامتيازين معا. ومع ذلك فهذه الاستفادة مرهونة ببقاء حق المقاول الأصلي قبل رب العمل قائماً.

ولا يستفيد من هذا الامتياز العامل لأنه ليس مقاولاً أو مهندساً. وإذا كان العامل يعمل لحساب رب العمل مباشرة فله الامتياز العام المقرر للأجراء. وإذا كان يعمل لحساب المقاول الأصلي فله نفس الدعوى المباشرة المقررة للمقاول من الباطن قبل رب العمل (م 662).

ويجب أن يكون العمل الذى قام به المهندس أو المقاول المعمارى تشييد أبنية أو منشآت أخرى. ولا أهمية لنوع المواد التى استخدمت فى الإنشاء، سواء كانت من الطوب أو الأحجار أو المعادن، كما لا يهم نوع المنشأة فيسرى الامتياز على المنازل والمخازن والجراجات والآبار والقناطر والسدود أو إعادة تشييدها أو ترميمها أو صيانتها. فإذا كان ما قام به المهندس أو المقاول المعمارى ليس من قبيل الأبنية كما هو الحال فى إصلاح الأراضى الزراعية أو تجفيف البرك، فإنه لا يثبت له الامتياز.

ويضمن الامتياز كل المبالغ المستحقة للمقاول أو المهندس المعمارى فى نظير قيامه بتشيد البناء أو غيره من المنشآت أو إعادة تشييدها أو ترميمها أو صيانتها. كما يشمل الامتياز ملحقات هذه المبالغ كالفوائد والمصروفات.

(1) سمير عبد السيد تناغو ص 481 وما بعدها - محمد على إمام ص 642 وما بعدها - حسام الدين الأهوانى ص 769 وما بعدها.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"الحق الممتاز: المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين لتشييد أبنية أو منشآت أخرى أو ترميمها أو صيانتها. فيزيد المشروع على التقنين الحالى مصروفات البناء ويتلافى بذلك نقصا معروفا فى التقنين الحالى"⁽¹⁾.

536 - محل الامتياز:

يرد الامتياز طبقا للنص على المبانى والمنشآت التى قام المقاول أو المهندس المعمارى بتشييدها أو ترميمها أو صيانتها. ولكن لا يشمل الأرض المقامة عليها. وبناء على ذلك لا يكون للمهندس المعمارى أو المقاول الحق فى حالة هلاك البناء أن يباشر امتيازه على الأرض.

والامتياز يثقل البناء كله، وليس فقط الزيادة التى ترتبت على عمل المقاول أو المهندس المعمارى، وذلك إعمالا لمبدأ عدم قابلية الامتياز للتجزئة⁽²⁾.

غير أن المهندس المعمارى أو المقاول لا يستطيع مباشرة امتيازه إلا على المبلغ الذى يمثل الزيادة التى تكون موجودة فى قيمة العقار بسبب عمله وقت البيع. وقاضى الموضوع هو الذى يقدر تلك الزيادة، مستعينا فى ذلك بأهل الخبرة إن لزم الأمر.

فإذا قام مقاول مثلا بتشييد طبقة جديدة، فإنه لا يستطيع مباشرة امتيازه إلا على المبلغ الذى يمثل الزيادة فى قيمة المنزل التى ترتبت بسبب تشييد تلك الطبقة، على أن تحدد تلك الزيادة وقت بيع العقار لا وقت البناء⁽³⁾.

ويشترط لمباشرة الامتياز أن تستمر الزيادة التى قام بها المهندس المعمارى أو

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 328.

(2) حسام الدين الأهوانى ص 770 - محمد على إمام ص 644.

(3) محمد لبيب شنب ص 328 - رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 606 وما

المقاول إلى حين بيع العقار . فإذا أقام المهندس مبنى ثم تهدم هذا المبنى قبل التنفيذ على العقار انقضى امتيازاه . ما لم يكن قد حل محله العقار المهدوم عوضاً عنه كتعويض أو مبلغ تأمين، فينقل إليه الحق الممتاز . وفى المقابل فإن ما زاد فى قيمة العقار بسبب أعمال المهندس المعمارى تضمن حقه كاملاً طبقاً لمبدأ عدم تجزئة الضمان⁽¹⁾.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"محل الامتياز: ما زاد فى قيمة العقار بسبب هذه الأعمال، وبقي قائماً إلى وقت، بيع العقار . بخلاف امتياز مصروفات الصيانة فى المنقول، فالامتياز يقع على كل المنقول لا على ما زاد فيه بسبب هذه المصروفات وقد تقدم ذكر ذلك"⁽²⁾.

537 - شهر الامتياز:

يجب قيد هذا الامتياز . ويكون القيد بموجب قائمة كقائمة الرهن أو الاختصاص يبين فيها مقدار الدين الممتاز، ويرفق بها ما يؤيده من مستندات كعقد محاسبة أو إقرار من المدين أو حكم قضائى . ويجب أن تكون هذه المستندات مصدقا فيها على توقيع المدين⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الامتياز المقرر فى المادة 1148 من القانون المدنى للمقاولين على المنشآت التى عهد إليهم فى تشييدها نظير المبالغ المستحقة لهم لا يسرى على الغير إلا إذا أشهر بالقيد".

(طعن رقم 283 لسنة 35 ق جلسة 1969/6/19)

538 - مرتبة الامتياز:

(1) رمضان أبو السعود وهمام محمد زهران ص 607.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 329.

(3) السنهورى ص 784.

تتحدد مرتبة الامتياز بتاريخ قيده. فإذا تزامن المهندس المعماري أو المقاول مع مرتهن العقار، فالقاعدة هي أن السابق فى تاريخ القيد يتقدم. ولاشك فى اتباع هذه القاعدة فى حالة ما إذا نشأ الرهن بعد تشييد البناء، وفى هذه الحالة يتقدم المرتهن إذا كان سابقا فى تاريخ القيد. أما إذا ارتهنت الأرض وقيد الرهن، ثم أقيم البناء، فالأصل هو امتداد الرهن إلى المنشآت المستحدثة، ولكن ذلك يؤدى إلى إثراء المرتهن على حساب المهندس أو المقاول، ولذلك فقد نصت المادة (1036) على أن الرهن الرسمى يمتد إلى المنشآت والتحسينات مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين. ويكون عدم الإخلال بحقوق المقاول والمهندس المعماري عن طريق تقديم امتيازهم على الرهن ولو كان الامتياز لاحقا للرهن فى تاريخ القيد⁽¹⁾.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي ما يأتى:

"مرتبة الامتياز: يجب قيد الامتياز، وتتحدد المرتبة من وقت القيد"⁽²⁾.



(1) حسام الدين الأهوانى ص 772 - عبد الفتاح عبد الباقي ص 769 - محمد على إمام ص 644 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج7 ص 329.

مادة (1149)

للشركاء الذين اقتسموا عقارا، حق امتياز عليه تأميننا لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة. ويجب أن يقيد هذا الامتياز، وتكون مرتبته من وقت القيد.

الشرح

امتياز متقاسم العقار:

539 - حكمة الامتياز:

قرر المشرع امتيازاً لمتقاسم العقار وذلك تحقيقاً لنفس الغرض عن تقرير امتياز متقاسم المنقول، وهو ضمان الوفاء بالديون الناتجة عن القسمة وسببها والحكمة في ذلك كما ذكرنا في امتياز متقاسم المنقول أن المتقاسم أضاف إلى ذمة شريكه السابق مالا استفاد منه بقية الدائنين، ومن ثم يجب عدالة أن يستوفي حقه منه قبل هؤلاء الدائنين.

540 - الحق الممتاز:

نحيل في شأن تحديد الحق الممتاز لما ذكرناه عند شرح امتياز المتقاسم في المنقول.

(راجع شرح المادة 1146).

541 - محل الامتياز:

يرد امتياز متقاسم العقار فيما يتعلق بمعدل القسمة على نصيب الشريك الملتزم بدفعه. وفي حالة التعويض بناء على ضمان الاستحقاق يرد الامتياز على العقارات التي آلت إلى بقية الشركاء، بمعنى أنه يتقل حصة كل شريك بقدر نصيبه في التعويض وفقا لأحكام الفقرة الأولى من المادة 844. وبالنسبة لثمن التصفية يرد الامتياز على العقار الذي حصلت تصفيته بالمزاد

ورسا مزاده على أحد الشركاء دون بقية العقارات الأخرى التى آلت إليه بناء على القسمة.

وإذا ورد الامتياز على عقار على النحو السابق، فإنه يمتد إلى ملحقاته طبقاً للأحكام المقررة فى شمول الرهن الرسمى للملحقات.

وإذا هلك العقار أو تلف فإن الامتياز ينتقل إلى ما يحل محله من حقوق كالتعويض أو التأمين أو مقابل نزع الملكية⁽¹⁾.

542 - شهر الامتياز ومرتبه :

يجب قيد هذا الامتياز كشرط لنفاذه فى حق الغير . ولا يغنى عن ذلك تسجيل القسمة.

ويكون القيد بموجب قائمة يبين فيها مقدار معدل القسمة أو ثمن التصفية ويرفق بها عقد القسمة أو محضر مرسى المزاد.

وتحسب مرتبة الامتياز من تاريخ قيده.

ويرى البعض أنه فيما يتعلق بالتعويض عن الاستحقاق ليس القيد ضرورياً وأن تسجيل عقد القسمة أو الحكم الخاص بها يكفى لحفظ الامتياز وتعيين مرتبته نظراً لأن حق المتقاسم فى هذه الحالة له صفة احتمالية، وذلك على عكس الحال بالنسبة لمعدل القسمة وثمان التصفية حيث يمكن إجراء القيد بموجب قائمة يبين فيها مقدار الحق الممتاز.

ولكن هذا رأى يتعارض مع عمومية النص التى توجب قيد امتياز المتقاسم فى كل الحالات حتى يسرى على الغير، فضلاً عن أنه يمكن فى حالة التعويض عن ضمان الاستحقاق تطبيق القواعد الخاصة بقيد الرهن الرسمى الضامن لدين مستقبلى أو احتمالى (م 1040، 1057)⁽²⁾.

ويلاحظ فى هذا الصدد الاستثناء الوارد فى الفقرة الثانية من المادة 1039

(1) محمد على إمام ص 646.

(2) محمد على إمام ص 647.

وهو الذى يواجه الفرض الذى يرهن فيه أحد الشركاء على الشيوع حصته الشائعة أجزاء مفرزة من العقار ثم يقع فى نصيبه بالقسمة أعيانا أخرى غير تلك التى رهنها إذ قرر المشرع فى هذه الحالة انتقال الرهن إلى قدر من هذه الأعيان يعين بأمر على عريضة ويحتفظ الرهن بمرتبته متى أجرى المرتهن القيد على هذا القدر.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"الحق الممتاز: سبق بيانه فى امتياز المتقاسم فى المنقول (يراجع فى هذا الشأن ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدي عن المادة 1588 المقابلة للمادة 1146 من القانون).

محل الامتياز: الحصة المفرزة التى وقعت فى نصيب كل متقاسم، كما فى المنقول.

مرتبة الامتياز: يجب قيد الامتياز، وتتحدد المرتبة من وقت القيد⁽¹⁾.



محتويات المجلد الرابع عشر

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	(الباب الثانى)	
	الحقوق المتفرعة عن حق الملكية	
	الفصل الأول	
	حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى	
	1- حق الانتفاع	
	مادة (985)	
3		
3	تعريف حق الانتفاع.....	-1
4	خصائص حق الانتفاع.....	-2
4	(أ) الانتفاع حق عينى.....	-
6	(ب) الانتفاع يرد على شئ مملوك للغير.....	-
6	(ج) الانتفاع حق مؤقت.....	-
7	الأموال التى يرد عليها حق الانتفاع.....	-3
8	شبه حق الانتفاع.....	-4
10	الأشياء التى تتلف بالاستعمال.....	-5
11	أسباب كسب حق الانتفاع.....	-
11	تعداد.....	-6
13	مضمون أسباب كسب حق الانتفاع.....	-7
	مادة (986)	-
22		
22	تحديد حقوق المنتفع والتزاماته بسند حق الانتفاع.....	-8

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	مادة (987)	23
-9	حق المنتفع فى ثمار الشئ	23
-10	استحقاق الثمار بنسبة مدة الانتفاع.....	24
-	مادة (988)	26
-11	التزام المنتفع باستعمال الشئ بحالته التى تسلمها بها	26
-12	وبحسب ما أعدت له.....	26
-	جزاء استعمال الشئ استعمالا غير مشروع أو غير	28
-	متفق مع طبيعة الشئ.....	30
-	سلطة المنتفع على الشئ المنتفع به	30
-13	للمنتفع الحق فى استعمال واستغلال الشئ المنتفع به...	30
-	أولاً: أعمال الإدارة.....	30
-14	(أ) - الإيجار.....	30
-15	مدة الإيجار الصادر من المنتفع.....	31
-16	(ب) - بيع المحصول.....	33
-17	(ج) - استيفاء الحقوق.....	34
-18	(د) - حضور جلسات الجمعيات العمومية للشركات	34
-19	التزام المنتفع بإدارة الشئ إدارة حسنة.....	35
-20	ثانياً: رهن المنتفع لحق الانتفاع.....	35
-21	ثالثاً: أعمال التصرف.....	36
-22	رابعاً: القيام بالأعمال التحفظية.....	37
-23	إقامة المنتفع بناء أو غراس على العقار محل الانتفاع...	37

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-24	الدعاوى التى يباشرها المنتفع.....	38
-	مادة (989)	42
-25	التزام المنتفع بالتكاليف المعتادة.....	42
-26	التزام المنتفع بنفقات الصيانة.....	42
-27	التزام المالك بالتكاليف والإصلاحات الجسيمة.....	43
-28	هل يمكن إجبار المالك على القيام بالإصلاحات الجسيمة؟.....	44
-	مادة (990)	46
-29	التزام المنتفع بحفظ الشئ التزام ببذل عناية.....	46
-30	تخلص المنتفع من التزامه بالصيانة والحفظ بالتخلى عن حق الانتفاع.....	48
-31	مسئولية المنتفع عن هلاك الشئ إذا تأخر عن رده.....	48
-	مادة (991)	49
-32	واجب المنتفع بإخطار المالك فى بعض الحالات.....	49
-	مادة (992)	51
-33	الالتزام بجرد المنقول.....	51
-34	الالتزام بتقديم كفالة.....	52
-35	استعمال المنتفع الأشياء القابلة للاستهلاك.....	53
-36	انتفاع المنتفع بالمواشى.....	53
-37	جزاء عدم القيام بالجرد.....	54
-38	جزاء عدم تقديم المنتفع الكفالة.....	54

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-39	وضع مالك الرقبة فى أثناء قيام حق الانتفاع.....	55
-	مادة (993)	58
-40	انتهاء حق الانتفاع بانتهاء الأجل أو بموت المنتفع.....	58
-41	بطلان الاتفاق على انتقال حق الانتفاع إلى ورثة المنتفع.....	60
-42	انقضاء حق الانتفاع بالنسبة للأشخاص الاعتبارية.....	60
-43	مشغولية الأرض بالزراع عند انقضاء حق الانتفاع.....	61
-	مادة (994)	62
-44	انتهاء حق الانتفاع بهلاك الشئ.....	62
-	مادة (995)	65
-45	انتهاء حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة.....	65
-46	انتهاء حق الانتفاع بالتقادم المكسب.....	66
-47	انتهاء حق الانتفاع باتحاد الذمة.....	66
-48	انتهاء حق الانتفاع بفسخ حق مقرر الانتفاع.....	68
-	2- حق الاستعمال وحق السكنى	
-	مادة (996)	69
-49	المقصود بحقى الاستعمال والسكنى.....	69
-	مادة (997)	71
-50	النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى....	71

الصفحة	الموضوع	رقم البند
73	مادة (998)	-
73	الأحكام التى تسرى على حقى الاستعمال والسكنى	-51
74	حق التخلّى	-52
	الفصل الثانى	
	فى حق الحكر وحق القرار	
75	1 - حق الحكر	-
75	مادة (999)	-
75	تعريف حق الحكر	-53
78	الفرق بين الحكر وبين الإيجار	-54
80	مصدر حق الحكر	-55
81	نطاق الحكر فى التقنين المدنى الجديد	-56
	قصر حق الحكر على الوقف الخيرى بعد العمل بالمرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات	-57
82	تحويل وزير الأوقاف سلطة إصدار قرارات بإنهاء الأحكار القائمة على الوقف الخيرى	-58
83	إلغاء الأحكار على الأعيان الموقوفة بمقتضى القانون رقم 43 لسنة 1982	-59
84	مدة الحكر	-60
89	عدم سريان المدة المنصوص عليها فى المادة (999) على الأحكام التى أنشئت قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد	-61
91		

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	مادة (1000)	94
-62	قصر التحكير على وجود ضرورة أو مصلحة.....	94
-63	الإذن بإنشاء الحكر من رئيس المحكمة.....	94
- 64	إنشاء الحكر بعقد رسمى.....	95
-65	شهر حق الحكر.....	96
-	مادة (1001)	97
-66	تصرف المحتكر فى حق الحكر.....	97
-67	انتقال الحكر بالميراث.....	98
-	مادة (1002)	101
-68	ملكية المحتكر للبناء والغراس وحقه فى التصرف فيه	101
-69	الأهلية اللازمة للتصرف فى الحكر.....	104
-70	الدعاوى التى تحمى حق الحكر.....	104
-71	هل يجوز كسب حق الحكر بالتقادم؟.....	104
-	مادة (1003)	107
-72	التزام المحتكر بأداء الأجرة إلى المحكر.....	107
-73	استحقاق الأجرة فى نهاية كل سنة.....	108
-	مادة (1004)	109
-74	عدم جواز التحكير بأقل من أجرة المثل.....	109
-75	زيادة الأجرة وإنقاصها.....	111
-76	لا يجوز الاتفاق على عدم زيادة الأجرة.....	112

الصفحة	الموضوع	رقم البند
113	مادة (1005)	-
113	 كيفية التقدير عند النظر فى تصقيع الحكر	-77
119	مادة (1006)	-
119	 بدء سريان التقدير الجديد للأجرة	-78
120	مادة (1007)	-
120	 التزام المحتكر بجعل الأرض صالحة للاستغلال	-79
121	 جزاء مخالفة الالتزام	-80
122	مادة (1008)	-
122	 انتهاء حق الحكر بانتهاء الأجل المعين له	-81
123	 انتهاء حق الحكر بموت المحتكر قبل البناء أو الغراس	-82
123	 انتهاء حق الحكر بزوال صفة الوقف عن الأرض المحكرة	-83
126	مادة (1009)	-
126	 فسخ العقد لعدم دفع الأجرة ثلاث سنين متوالية	-84
127	مادة (1010)	-
127	 وضع البناء والغراس عند فسخ العقد أو انتهائه	-85
129	 جواز إمهال المحكر فى الدفع	-86
130	مادة (1011)	-
130	 انتهاء الحكر بعدم الاستعمال	-87

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	أسباب أخرى لانتهاء الحكر طبقا للقواعد العامة	131
-88	(أ) انتهاء الحكر باتحاد الذمة.....	131
-89	(ب) انتهاء الحكر بهلاك الأرض المحكرة أو نزع ملكيتها.....	131
-	مادة (1012)	134
-90	عدم جواز ترتيب حق الحكر على أرض غير موقوفة....	134
-91	عدم الإخلال بحكم الفقرة الثالثة من المادة (1008)	134
-92	مدنى سريان الأحكام الواردة بالتقنين المدنى على الأحكار القائمة على أرض غير موقوفة وقت العمل بالقانون	135
	بعض أنواع الحكر:	
-	مادة (1013)	136
-93	عقد الإيجارتين	136
-94	الفرق بين عقد الإيجارتين وعقد الحكر	137
-95	الأحكام التى تسرى على عقد الإيجارتين	137
-	مادة (1014)	139
-96	المقصود بعقد خلو الانتفاع.....	139
-97	أحكام عقد خلو الانتفاع.....	140

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	الفصل الثالث	
	حق الارتفاق	
	مادة (1015)	
142		-
142	تعريف عقد الارتفاق.....	-98
145	الفرق بين حق الارتفاق والقيود القانونية على الملكية.....	-99
147	شروط حق الارتفاق.....	-100
147	الشرط الأول: أن يوجد عقاران.....	-
	الشرط الثاني: أن يكون العقاران مملوكين لشخصين	-
147	مختلفين.....	-
	الشرط الثالث: أن يكون التكليف واقعا على العقار لا	-
148	مفروضا على الشخص.....	-
	الشرط الرابع: أن يكون التكليف مقررا لصالح العقار لا	-
151	الشخص.....	-
154	خصائص حق الارتفاق.....	-101
158	الأشياء التي يرد عليها حق الارتفاق.....	-102
	ترتيب الارتفاق على المال العام إذا كان لايتعارض مع	-103
159	الاستعمال الذي خصص له.....	-
	الأثر المترتب على حق الارتفاق في الحالتين الثانية	-104
161	والثالثة.....	-
162	أقسام حقوق الارتفاق.....	-
162	القسم الأول: الارتفاقات المستمرة وغير المستمرة.....	-105

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-106	القسم الثاني: الارتفاقات الظاهرة والارتفاقات غير الظاهرة.....	164
-107	تداخل القسمين السابقين.....	166
-108	القسم الثالث: الارتفاقات الإيجابية والارتفاقات السلبية....	166
-	مادة (1016)	166
-109	أسباب كسب حق الارتفاق.....	167
-110	السبب الأول: العقد والوصية.....	167
-111	الأحكام الشكلية للتصرف القانوني.....	169
-112	الأحكام الموضوعية للتصرف القانوني.....	170
-113	الارتفاق الذى يرتبه المالك على الشيوع.....	171
-114	الارتفاق الذى يرتبه المالك تحت شرط.....	172
-115	الارتفاق الذى يرتبه مالك العقار المرهون.....	172
-116	الأهلية اللازمة لترتيب حق الارتفاق.....	172
-117	السبب الثاني: اكتساب حق الارتفاق بالتقادم المكسب...	172
-118	كسب حقوق الارتفاق الظاهرة المستمرة وغير المستمرة بالتقادم.....	175
-119	الحيازة التى تكسب حق الارتفاق بالتقادم.....	177
-120	يشترط ألا تقوم الحيازة على رخصة من المباحات.....	180
-121	يشترط ألا تقوم الحيازة على عمل من أعمال التسامح....	181
-122	مدة التقادم.....	184
-123	السبب الثالث: اكتساب ملكية حقوق الارتفاق بالميراث..	184
-	مادة (1017)	186

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-124	إنشاء حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي.....	186
-	الشروط الواجب توافرها لترتيب حق الارتفاق	
	بتخصيص المالك الأصلي.....	189
-125	الشرط الأول: وجود عقارين مملوكين لشخص واحد	189
-126	الشرط الثاني: جعل أحد العقارين يخدم بالفعل العقار	
	الآخر	190
-127	الشرط الثالث: وجود علامة ظاهرة تدل على وجود	
	الارتفاق.....	192
-128	الشرط الرابع: صيرورة العقارين مملوكين لمالكين	
	مختلفين.....	197
-129	الشرط الخامس: وجود شرط صريح يستبعد وجود	
	الارتفاق.....	198
-130	إثبات توافر شروط إنشاء الارتفاق بتخصيص المالك	
	الأصلي.....	200
-	مادة (1018)	
-131	قيود البناء الاتفاقية.....	202
-132	جزاء مخالفة القيود الاتفاقية للبناء.....	208
-133	هل يجوز الإعفاء من القيود الاتفاقية للبناء؟.....	211
-	مادة (1019)	
-134	مضمون الارتفاق يحدده مصدره.....	216
-135	القواعد المكملة.....	219
-136	شمول الارتفاق مستلزمات استعماله.....	219

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	مادة (1020)	221
-137	إجراء الأعمال الضرورية لاستعمال حق الارتفاق	221
-138	والمحافظة عليه.....	222
-139	كيفية إجراء الأعمال الضرورية لاستعمال الارتفاق	223
-140	والمحافظة عليه.....	225
141	عدم الزيادة في عبء الارتفاق.....	225
-	جزاء الإخلال بالالتزام.....	225
-	الدعاوى المخولة لمالك العقار المرتفق.....	226
-	1- دعوى الإقرار بحق الارتفاق.....	229
-	2- دعاوى الحيابة.....	229
-	مادة (1021)	231
-142	التزام مالك العقار المرتفق به بالعمل الإضافي.....	231
-	مادة (1022)	232
-143	نفقات استعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه.....	234
-144	تخلي مالك العقار المرتفق به عن العقار كله أو بعضه.....	234
-	مادة (1023)	236
-	واجبات مالك العقار المرتفق به.....	237
-145	(أ) - عدم الانتقاص من استعمال حق الارتفاق وعدم جعله أكثر مشقة.....	236
-146	جزاء مخالفة الالتزام.....	237
-147	(ب) عدم تغيير موضع الارتفاق.....	

الصفحة	الموضوع	رقم البند
240	هل يجوز لمالك العقار المرتفق تغيير محل الارتفاق؟.....	-148
240	دعاوى مالك العقار المرتفق به.....	-149
240	1- دعاوى إنكار حق الارتفاق.....	-
241	2- دعاوى الحيابة.....	-
242	مادة (1024)	-
242	حالة تجزئة العقار المرتفق.....	-
242	بقاء حق الارتفاق واقعا على كل جزء على ألا يزيد	-150
242	العبء الواقع على العقار المرتفق به.....	-
243	طلب زوال حق الارتفاق عن أجزاء من العقار.....	-151
245	مادة (1025)	-
245	تجزئة العقار المرتفق به.....	-
245	بقاء حق الارتفاق واقعا على جزء من العقار	-152
245	زوال حق الارتفاق عن أجزاء من العقار المرتفق به	-153
247	مادة (1026)	-
247	انتهاء الارتفاق بانقضاء الأجل المعين.....	-154
247	انتهاء الارتفاق بهلاك العقار المرتفق به أو العقار	-155
247	المرتفق هلاكا تاما	-
249	انتهاء الارتفاق باجتماع العقارين فى يد مالك واحد	-156
251	مادة (1027)	-
251	انتهاء حقوق الارتفاق بعدم الاستعمال.....	-157

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-158	مدة عدم الاستعمال	253
-159	حساب مدة التقادم	254
-160	عدم الاستعمال الجزئى	256
-161	إثبات عدم الاستعمال	256
-162	تعديل الكيفية التى يستعمل بها حق الارتفاق بالتقادم	257
-	مادة (1028)	
-163	استحالة الارتفاق	259
-164	عودة حق الارتفاق	260
-	مادة (1029)	
-165	انعدام الفائدة من حق الارتفاق	264
-166	النزول عن حق الارتفاق	267
	(الكتاب الرابع)	
	الحقوق العينية التبعية	
	أو التأمينات العينية	
-	مادة (1030)	
-167	تعريف الرهن الرسمى	272
-168	خصائص الرهن الرسمى	273
-169	الشروط الموضوعية فى عقد الرهن الرسمى	275
-170	أهلية المرتهن والراهن	276
	الفصل الأول	

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	(إنشاء الرهن)	
278	مادة (1031)	-
278	الرسمية ركن فى العقد	-171
278	حكمة الرسمية	-172
279	هل تلزم الرسمية فى رضا الدائن المرتهن؟	-173
280	المقصود بالرسمية	-174
281	عقد الرهن الرسمى الذى يبرم فى الخارج	-175
282	الجزاء على تخلف الرسمية	-176
284	الوعد بعقد الرهن الرسمى	-177
284	الوكالة فى عقد الرهن الرسمى	-178
286	نفقات عقد الرهن الرسمى	-179
287	مادة (1032)	-
287	ممن يصدر الرهن ؟	-180
287	ملكية الراهن للمال المرهون	-181
288	رهن حق الانتفاع وملكية الرقبة	-182
289	أهلية مباشرة عقد الرهن	-183
289	(أ) بالنسبة للراهن	-
290	(ب) بالنسبة للدائن المرتهن	-
291	الولاية اللازمة لمباشرة عقد الرهن	-184
293	مادة (1033)	-
293	المقصود برهن ملك الغير	-185

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	حكم رهن ملك الغير	293
-186	حكم رهن ملك الغير فيما بين المتعاقدين	293
-187	تصحيح رهن ملك الغير	296
-188	حكم رهن ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي	298
-189	رهن العقار المستقبل	299
-190	رهن المالك الظاهر	300
-191	رهن الأموال الموزعة تطبيقا لقوانين الإصلاح الزراعى ...	302
-192	رهن العقارات المشفوع فيها	303
-193	رهن الأموال المشترط عدم التصرف فيها	304
-	مادة (1034)	
-194	الرهن الصادر من المالك الذى زالت ملكيته	305
-195	الشروط الواجب توافرها لبقاء الرهن الصادر من المالك الذى زالت ملكيته	305
-	الشرط الأول : أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون فى لحظة انعقاد الرهن الرسمى	306
-	الشرط الثانى : أن يكون الدائن المرتهن حسن النية	307
-	الشرط الثالث : زوال ملكية الراهن بأثر رجعى	309
-196	أثر توافر شروط المادة (1034)	310
-	مادة (1035)	
-197	وجوب ورود الرهن الرسمى على عقار	312
-198	الأصل عدم جواز رهن الأموال المنقولة	314

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-199	رهن بعض المنقولات استثناء	315
-200	وجوب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه	
	وبيعه بالمزاد العلني	315
-201	وجوب أن يكون العقار معيناً تعييناً دقيقاً (مبدأً	
	تخصيص الرهن)	318
-	مادة (1036)	
		320
-202	مشتملات الرهن	320
-203	الملحقات المنصوص عليها بالمادة	323
-	1- حقوق الارتفاق	323
-	2- العقارات بالتخصيص	323
-	3- التحسينات والإنشاءات	325
-204	عدم الإخلال بامتياز المقاولين أو المهندسين	
	المعماريين	326
-205	امتداد الرهن إلى ملحقات العقار قاعدة مفسرة لإرادة	
	المتعاقدين	327
-	مادة (1037)	
		328
-206	الثمار والإيرادات	328
-	مادة (1038)	
		332
-207	رهن المباني المقامة على ملك الغير	332
-	مادة (1039)	
		335

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	رهن العقار المملوك على الشيوع.....	335
-208	الرهن الصادر من جميع الشركاء.....	335
-209	الرهن الصادر من أحد أو بعض الشركاء.....	336
	(أ) رهن أحد الشركاء أو بعضهم لحصة شائعة.....	336
	(ب) رهن أحد الشركاء أو بعضهم لجزء مفرز.....	339
-210	رهن أحد الشركاء للعقار كله.....	341
-	مادة (1040)	
-211	جواز قيام الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو احتمالى.....	342
-212	عدم جواز قيام الرهن ضمانا لالتزام طبيعى.....	344
-	مادة (1041)	
-213	عدم تجزئة الرهن.....	345
-214	قاعدة عدم تجزئة الرهن لا تتعلق بالنظام العام.....	347
-	مادة (1042)	
-215	ارتباط مصير الرهن بمصير الدين المضمون.....	349
-216	حق الكفيل فى التمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين.....	351
	الفصل الثانى	
	(آثار الرهن)	
	1- أثر الرهن فيما بين المتعاقدين	

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	بالنسبة إلى الرهن:	
353	مادة (1043)	-
353	حق الرهن فى التصرف فى العقار المرهون	-217
	هل يجوز للرهن بيع العقار المرهون أجزاء متعددة إلى	-218
355	عدة مشتريين؟	
	تعلق حق الرهن فى التصرف فى العقار المرهون من	-219
356	النظام العام	
357	مادة (1044)	
357	حق الرهن فى إدارة العقار وقبض ثماره	-220
360	مادة (1045)	-
360	مدى نفاذ عقد الإيجار فى حق الدائن المرتهن	-221
364	مادة (1046)	-
364	قبض الأجرة وحوالتها	-222
369	مادة (1047)	-
369	التزام الرهن بضمان سلامة الرهن	-223
371	جزاء مخالفة الرهن لالتزامه	-224
373	مادة (1048)	-
373	تسبب الرهن بخطئه فى هلاك العقار المرهون أو تلفه ..	-225
374	هلاك أو تلف العقار المرهون بسبب أجنبى	-226
375	حق الدائن فى طلب وقف الأعمال التى تعرض العقار	-227

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	للهلاك أو التلف.....	
376	مادة (1049)	-
	حق الدائن على ما يستحق من مبالغ فى حالة هلاك	-228
376	الشيء المرهون.....	
	بالنسبة للدائن المرتهن:	
378	مادة (1050)	-
378	رجوع المرتهن على الكفيل العينى.....	-229
381	مادة (1051)	-
	وجوب التنبيه بالوفاء على المدين قبل التنفيذ على	-230
381	العقار المرهون.....	
381	بيانات التنبيه.....	-231
382	تسجيل تنبيه نزع الملكية.....	-232
383	تخلى الراهن غير المدين عن العقار المرهون.....	-233
384	مادة (1052)	-
384	شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء.....	-234
	جواز النزول عن العقار المرهون بعد حلول الدين أو	-235
388	قسط منه.....	
	شروط بيع العقار المرهون دون مراعاة الإجراءات التى	-236
388	فرضها القانون.....	
	أثر الرهن بالنسبة للغير :	

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	مادة (1053)	390
-237	عدم نفاذ الرهن فى حق الغير إلا بالقيد.....	390
-238	المقصود بالغير فى شأن نفاذ الرهن الرسمى.....	391
-239	وجوب قيد الرهن الرسمى لنفاذه قبل الغير.....	391
-240	تحويل حق مضمون بقيد والحق الناشئ عن الحلول والتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر.....	393
-	مادة (1054)	395
-241	الرجوع فى أحكام القيد إلى قانون تنظيم الشهر العقارى..	395
-242	كيفية إجراء القيد.....	395
-243	من الذى يطلب القيد؟.....	396
-244	ضد من يكون القيد؟.....	397
-245	كيفية القيد.....	398
-246	البيانات الواجب ذكرها فى القائمة المقترنة بطلب القيد...	401
-247	جزاء إغفال بيانات قائمة القيد أو الخطأ فيها.....	404
-248	جزاء عدم الدقة فى ذكر مقدار الدين المضمون.....	405
-249	تصحيح البيانات الخاطئة.....	406
-250	ميعاد القيد.....	406
-251	الحوادث التى توقف إجراء القيد أو تمنع نفاذه.....	406
-252	شهر إفلاس الراهن.....	408
-253	موت الراهن.....	412
-254	القيود التى يقف إجراؤها أو يمتنع نفاذها بعد وقوع تلك الحوادث السابقة.....	413

الصفحة	الموضوع	رقم البند
414	أثر القيد.....	-255
416	تجديد القيد	-
416	وجوب تجديد القيد كل عشر سنوات.....	-256
418	إجراءات التجديد.....	-257
419	بيانات التجديد.....	-258
420	إجراء قيد جديد.....	-259
420	محو القيد.....	-
420	المقصود بمحو القيد.....	-260
420	أسباب محو القيد.....	-261
423	الأثر المترتب على المحو.....	-262
424	إلغاء المحو.....	-263
425	التأشير الهامشى بإلغاء المحو.....	-264
425	آثار إلغاء المحو.....	-265
427	مادة (1055)	-
427	مصرفات القيد وتجديده ومحوه.....	-266
	حق التقدم وحق التبع :	
428	مادة (1056)	-
428	حق التقدم.....	-267
428	موضوع حق التقدم.....	-268
429	كيفية مباشرة المرتهن حقه فى التقدم.....	-269
431	مادة (1057)	-

الصفحة	الموضوع	رقم البند
431	احتساب مرتبة الرهن من وقت قيده.....	-270
433	مادة (1058)	-
433	إدخال مصروفات العقد والقيود والتجديد فى التوزيع وفى	-271
433	مرتبة الرهن.....	-272
435	احتساب الفوائد فى مرتبة الرهن.....	-
437	مادة (1059)	-
437	المقصود بالتنازل عن مرتبة الرهن.....	-273
437	وجوب أن يكون النزول عن مرتبة الرهن فى حدود دين	-274
438	المتنازل.....	-275
438	التمسك ضد المتنازل له بالدفع التى كان يمكن	-
438	التمسك بها ضد المتنازل.....	-
441	مادة (1060)	-
441	حق التتبع.....	-276
443	شروط مباشرة حق التتبع.....	-277
452	زوال سلطة التتبع عن سند الحائز.....	-278
455	مادة (1061)	-
455	قضاء الحائز للدين أو تطهيره للعقار أو تخليه عنه.....	-279
455	قضاء الحائز للدين.....	-280
456	ما يجب دفعه.....	-281
458	الوفاء يكون عند حلول الأجل.....	-282
458	وقت قضاء الدين.....	-283

الصفحة	الموضوع	رقم البند
458	رجوع الحائز بما يوفيه من دين	-284
462	مادة (1062)	-
462	احتفاظ الحائز بقيد الرهن الذى حل فيه محل الدائن	-285
463	مادة (1063)	-
463	قضاء الحائز الدين جبرا.....	-286
465	مسئولية الحائز عن الدين مسئولية شخصية.....	-287
465	تطهير العقار من كل رهن.....	-288
465	حالة ثلاثة للوفاء الجبرى طبقا للقواعد العامة.....	-289
466	مادة (1064)	-
466	تطهير العقار المرهون.....	-
466	المقصود بتطهير العقار.....	-290
467	مزايا التطهير وعيوبه.....	-291
469	صاحب الحق فى التطهير.....	-292
472	وقت التطهير.....	-293
474	مادة (1065)	-
474	إجراءات التطهير.....	-294
475	1- الأشخاص الذين يوجه إليهم العرض.....	
475	2- البيانات التى يجب أن يتضمنها العرض.....	
479	3- أثر وجود نقص أو خطأ فى البيانات المطلوبة.....	
481	مادة (1066)	-
481	عدم إيجاب عرض قيمة العقار عرضا حقيقيا.....	-295

الصفحة	الموضوع	رقم البند
482	مادة (1067)	-
482	المدة التي يختار فيها الدائنون قبول العرض أو رفضه...	-296
483	طلب بيع العقار المطلوب تطهيره.....	-297
484	مادة (1068)	-
484	طلب بيع العقار.....	-298
485	إيداع طالب البيع مبلغا كافيا لتغطية المصروفات.....	-299
485	تتحى طالب البيع عن طلبه.....	-300
485	أثر تخلف الأحكام السابقة.....	-301
486	مادة (1069)	-
486	أثر طلب بيع العقار.....	-302
486	بيان المبلغ الذى قوم به العقار فى إعلانات البيع.....	-303
487	بيع العقار.....	-304
487	التزامات الراسى عليه المزاد.....	-305
489	مادة (1070)	-
489	آثار التطهير.....	-306
492	مادة (1071)	-
492	تخلية العقار.....	-
492	المقصود بالتخلية.....	-307
493	من تجوز له التخلية؟.....	-308
494	عدم تقييد التخلية بأى شرط.....	-309
495	ميعاد التخلية.....	-310

الصفحة	الموضوع	رقم البند
495	كيف تحصل التخلية؟.....	-311
495	الرجوع عن التخلية بعد التقرير بها.....	-312
496	الأهلية اللازمة للتخلية.....	-313
496	طلب تعيين حارس.....	-314
497	آثار التخلية.....	-315
499	مادة (1072)	-
499	طرح العقار فى المزاد.....	-316
503	مادة (1073)	-
503	حق الحائز الذى سجل سند ملكيته فى التمسك بأوجه دفع المدين.....	-317
505	مادة (1074)	-
505	دخول الحائز فى المزاد.....	-318
506	مادة (1075)	-
506	دخول الحائز فى المزاد.....	-319
507	تطهير العقار من كل قيد.....	-320
509	مادة (1076)	-
509	رسو المزاد على غير الحائز.....	-321
511	مادة (1077)	-
511	رسو المزاد بثمان يزد على المستحق للدائنين.....	-322

الصفحة	الموضوع	رقم البند
512	مادة (1078)	-
512	عودة الحقوق العينية إلى حائز العقار.....	-323
514	مادة (1079)	-
514	ثمار العقار.....	-324
516	مادة (1080)	-
516	رجوع الحائز على المالك السابق.....	-325
517	رجوع الحائز على المدين.....	-326
518	الرجوع فيما بين الحائزين.....	-327
519	العلاقة بين الحائز والكفيل.....	-328
521	مادة (1081)	-
521	مسئولية الحائز عما يصيب العقار من تلف بخطئه.....	-329
الفصل الثالث		
انقضاء الرهن		
522	مادة (1082)	-
522	انقضاء حق الرهن بانقضاء الدين.....	-330
522	عودة الرهن إذا زال السبب الذي انقضى به الدين.....	-331
525	مادة (1083)	-
525	انقضاء حق الرهن الرسمي نهائيا بالتطهير.....	-332
526	عدم انقضاء الرهن بصفة أصلية بالتقادم مع بقاء الدين.....	-333

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	مادة (1084)	528
-334	أثر بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلنى.....	528
-	(أ) البيع فى مواجهة مالك العقار.....	528
-	(ب) البيع فى مواجهة الحائز.....	528
-	(ج) البيع فى مواجهة الحارس.....	529
	(الباب الثانى)	
	حق الاختصاص	
	الفصل الأول	
	إنشاء حق الاختصاص	
-	مادة (1085)	531
-335	تعريف حق الاختصاص.....	531
-336	الدائن الذى يتقرر له الاختصاص.....	532
-337	الشروط الواجب توافرها فى الحكم الذى يتقرر	
	الاختصاص بمقتضاه.....	534
-	1- أن يكون الحكم قضائياً.....	534
-	2- أن يكون صادراً فى موضوع الدعوى ويلزم المدين	
	بشئ معين.....	535
-	3- أن يكون الحكم واجب التنفيذ.....	537
-338	يجب أخذ حق الاختصاص قبل وفاة المدين.....	538
-339	أثر إعسار المدين.....	539

الصفحة	الموضوع	رقم البند
541	مادة (1086)	-
541	شرط الحصول على الاختصاص بموجب الحكم الأجنبي....	-340
542	شروط الحصول على الاختصاص بموجب قرار صادر من محكمين.....	-341
544	مادة (1087)	-
544	الحصول على حق الاختصاص بناء على حكم يثبت صلحا أو اتفاقا.....	-342
545	لا يجوز الحصول على اختصاص بموجب حكم صادر بصحة التوقيع.....	-343
546	مادة (1088)	-
546	ورود الاختصاص على عقار أو أكثر.....	-344
546	يجب أن يكون العقار معيناً.....	-345
547	يجب أن يكون العقار مملوكاً للمدين.....	-346
548	يجب أن يكون العقار جائزاً بيعه بالمزاد العلني.....	-347
549	جواز أخذ حق الاختصاص على أرض المدين ولو لم تزد على خمسة أفدنة.....	-348
552	مادة (1089)	-
552	طلب استصدار الأمر بالاختصاص.....	-349
553	بيانات العريضة والمستندات التي ترفق بها.....	-350
555	مادة (1090)	-

الصفحة	الموضوع	رقم البند
555	إصدار الأمر بالاختصاص.....	-351
556	مراعاة مقدار الدين وقيمة العقارات المبينة بالعريضة.....	-352
556	قيد حق الاختصاص.....	-353
558	مادة (1091)	-
558	إعلان المدين بالأمر الصادر بالاختصاص.....	-354
559	التأشير بالأمر على صورة الحكم أو الشهادة المرفقة بالطلب.....	-355
560	مادة (1092)	-
560	تظلم المدين من الأمر الصادر بالاختصاص.....	-356
560	سلطة القاضى الأمر أو المحكمة فى التظلم.....	-357
561	التأشير بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص.....	-358
562	مادة (1093)	-
562	تظلم الدائن فى الأمر الصادر برفض الاختصاص.....	-359
562	التأشير على هامش القيد بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص.....	-360
563	الفصل الثانى	
563	آثار حق الاختصاص وإنقاصه وانقضائه	
563	مادة (1094)	-
563	إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب.....	-361
564	كيفية الإنقاص.....	-362

الصفحة	الموضوع	رقم البند
565	مصرفوات الإنقاص	-363
566	التأشير بالإنقاص	-364
567	مادة (1095)	-
567	سريان أحكام الرهن الرسمي على الاختصاص	-365
568	قيد الاختصاص وتجديده ومحوه وعدم تجزئته	-366
568	انقضاء حق الاختصاص	-367
	(الباب الثالث)	
	الحقوق المتفرعة عن حق الملكية	
	الرهن الحيازي	
	الفصل الأول	
	أركان الرهن الحيازي	
570	مادة (1096)	-
570	تعريف الرهن الحيازي	-368
572	الرهن الحيازي والرهن الرسمي	-369
573	خصائص الرهن الحيازي	-370
575	أركان عقد الرهن الحيازي	-371
576	أهلية الراهن	-372
576	أهلية الدائن المرتهن	-373
577	إثبات الرهن الحيازي	-374

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	مادة (1097)	-
579	ورود الرهن الحيازى على العقار والمنقول.....	-375
579		-376
581		-377
	يجب أن يكون محل الرهن مما يمكن بيعه استقلالا	-378
582		-379
582		-
584		-
584		-
585		-
586		-
	مادة (1098)	-
588		-380
588		-
	الفصل الثانى	
	آثار رهن الحياة	
	1- فيما بين المتعاقدين	
	التزامات الراهن :	
	مادة (1099)	-
593		

الصفحة	الموضوع	رقم البند
593	التزام الراهن بإعطاء الرهن	-381
594	التزام الراهن بتسليم المال المرهون	-382
594	أحكام الالتزام بالتسليم	-383
595	طريقة التسليم	-384
598	جزاء عدم تسليم الشيء المرهون	-385
599	مادة (1100)	-
599	رجوع الرهن إلى حياة الراهن	-386
602	مادة (1101)	-
602	ضمان الراهن سلامة الرهن ونفاذه	-387
603	جزاء إخلال الراهن بالتزامه بالضمان	-388
603	حق الدائن المرتهن في اتخاذ الإجراءات التحفظية	-389
605	مادة (1102)	-
605	ضمان الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه	-390
	التزامات الدائن المرتهن :	
607	مادة (1103)	-
607	التزام الدائن المرتهن بحفظ وصيانة الشيء المرهون ...	-391
610	العناية المطلوبة من الدائن المرتهن	-392
611	مادة (1104)	-
611	عدم انتفاع الدائن بالشيء المرهون بدون مقابل	-393

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-394	التزام الدائن المرتهن باستثمار الشيء المرهون استثمار كاملاً.....	611
-395	جزاء مخالفة الالتزام.....	615
-396	الالتزام باستثمار الشيء المرهون لا يتعلق بالنظام العام ..	616
-397	المقاصة بين الغلة والمبالغ التى يضمنها الرهن	617
-	مادة (1105)	620
-398	الاتفاق على جعل الثمار أو الإيراد فى مقابل الفوائد.....	620
-399	حالة عدم اتفاق الطرفين على جعل الثمار فى مقابل الفوائد وسكوتهما عن تحديد سعر الفائدة	621
-	مادة (1106)	624
-400	تولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون.....	624
-401	العناية الواجب بذلها فى إدارة الشيء المرهون	625
-402	جزاء إخلال الدائن المرتهن بالتزامه بإدارة الشيء المرهون.....	625
-403	صفة المرتهن فى استثمار الشيء المرهون	626
-	مادة (1107)	627
-404	الالتزام برد العين المرهونة.....	627
-405	مطالبة الراهن برد الشيء المرهون	628
-406	استحقاق الدائن مقابل التحسينات.....	629
-407	نفقات الرد	629

الصفحة	الموضوع	رقم البند
630	مادة (1108)	
630	مسئولية الراهن غير المدين	-408
630	شرط التملك عند عدم الوفاء وشرط البيع دون إجراءات ..	-409
	2- بالنسبة إلى الغير	-
	مادة (1109)	-
631	نفاذ الرهن فى حق الغير	-
631	المقصود بالغير	-410
631	انتقال الحيازة شرط لنفاذ الرهن الحيازى بالنسبة للغير	-411
633	شروط الحيازة	-412
634	ضمان الشيء لعدة ديون	-413
	مادة (1110)	-
635	الحق فى حبس الشيء المرهون	-414
635	نطاق حق الحبس	-415
635	هل يجوز للدائن المرتهن أن يحبس المرهون عن	-416
637	الراسى عليه المزاد ؟	
640	خروج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو علمه	-417
	مادة (1111)	-
641	ما يضمنه الرهن الحيازى	-418
641	1- المصروفات الضرورية التى أنفقت للمحافظة على	-
641	الشيء	

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	2- التعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشيء.....	642
-	3- مصروفات العقد الذى أنشأ الدين ومصروفات عقد الرهن الحيازى وقيده عند الاقتضاء.....	642
-	4- المصروفات التى اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازى.....	642
-	5- جميع الفوائد المستحقة مع مراعاة ما جاء فى المادة 203	643
	الفصل الثالث	
	انقضاء الرهن الحيازى	
-	مادة (1112)	645
-419	انقضاء حق الرهن الحيازى بانقضاء الدين المضمون...	645
-420	عودة الرهن إذا زال السبب الذى انقضى به الدين	645
-421	تزام المرتهن الحيازى مع غيره.....	646
	مادة (1113)	648
-422	انقضاء الرهن الحيازى بصفة أصلية.....	648
-	السبب الأول: إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق وكان ذا أهلية فى إبراء ذمة المدين من الدين.....	651
-	السبب الثانى: انقضاء الرهن الحيازى باتحاد الذمة.....	651
-	السبب الثالث: هلاك الشيء المرهون.....	652
-423	أسباب أخرى لانقضاء الرهن الحيازى	652
	الفصل الرابع	654

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	بعض أنواع الرهن الحيازي	
	1 - الرهن العقاري	
	مادة (1114)	-
654		
654	شرط نفاذ الرهن العقاري فى حق الغير	-424
	سريان أحكام قيد الرهن الرسمى على قيد الرهن	-425
655	الحيازي	
	مادة (1115)	-
656		
656	تأجير العقار المرهون إلى الراهن	-426
	مادة (1116)	-
659		
659	التزام الدائن المرتهن بحفظ العقار المرهون وصيانتة	-427
660	نفقات الحفظ والصيانة الجسيمة	-428
660	مقدار العناية الواجبة فى الحفظ والصيانة	-429
661	طبيعة الالتزام بالمحافظة على الرهن	-430
662	التخلّى عن حق الرهن	-431
	2- رهن المنقول	
664		
	مادة (1117)	-
664		
664	وجوب تدوين رهن المنقول فى ورقة ثابتة التاريخ	-432
667	تحديد مرتبة الدائن المرتهن	-433
667	طرق إثبات التاريخ	-434

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	مادة (1118)	669
-435	سريان الأحكام المتعلقة بالآثار التى تترتب على حيازة المنقولات والسندات التى لحاملها.....	669
-	مادة (1119)	671
-436	طلب الدائن أو الراهن الترخيص له فى بيع المنقول المهدد بالهلاك أو التلف.....	671
-	مادة (1120)	673
-437	طلب الراهن بيع المرهون كصفقة رابحة.....	673
-	مادة (1121)	675
-438	طلب الدائن المرتهن الترخيص فى بيع الشئ المرهون بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق.....	675
-439	طلب الدائن تملكه المرهون وفاء للمدين.....	676
-440	طلب أحد الخيارين يكون بطريق الدعوى.....	677
-	مادة (1122)	678
-441	سريان أحكام رهن المنقول فيما لا يتعارض مع أحكام القوانين الأخرى.....	678
-	3- رهن الدين	680
-	مادة (1123)	680
-442	نفاذ رهن الدين فى حق المدين بإعلان الرهن إليه أو بقبوله له.....	680

الصفحة	الموضوع	رقم البند
680	نفاذ رهن الدين فى حق الغير	-443
682	مادة (1124)	-
682	رهن السندات الإسمية والسندات الإذنية	-444
684	مادة (1125)	-
	عدم جواز رهن الدين غير القابل للحالة أو	-445
684	للحجز	-
685	مادة (1126)	-
685	قبض المرتتهن للفوائد والاستحقاقات	-446
	التزام المرتتهن بالمحافظة على الدين المرهون وقبض	-447
686	غلته	-
688	مادة (1127)	-
	الدفع التى يصح للملتزم بالدين المرهون أن يتمسك بها	-448
688	فى مواجهة المرتتهن	-
690	مادة (1128)	-
690	التصرف فى الدين المضمون عند حلول الأجل	-449
692	مادة (1129)	-
692	حلول الدين المرهون والدين المضمون بالرهن	-450
694	(الباب الرابع)	
	الفصل الأول	

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	أحكام عامة	
694	مادة (1130)	-
694	تعريف حق الامتياز	-451
695	الامتياز مصدره القانون	-452
697	خصائص حق الامتياز	-453
699	مادة (1131)	-
699	تحديد مرتبة الامتياز	-454
700	تساوى الحقوق الممتازة فى المرتبة	-455
702	مادة (1132)	-
702	حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة	-456
702	(أ) - حقوق الامتياز العامة	-457
702	(ب) حقوق الامتياز الخاصة	-458
703	1- حقوق الامتياز الخاصة المنقولة	-
703	2- حقوق الامتياز الخاصة العقارية	-
705	مادة (1133)	-
705	عدم الاحتجاج بحق الامتياز على حائز المنقول بحسن نية	-459
707	طلب صاحب الامتياز وضع المنقول تحت الحراسة	-460
708	مادة (1134)	-
708	سريان أحكام الرهن الرسمى على حقوق الامتياز	-461

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	الواقعة على عقار	
	عدم شهر حقوق الامتياز العامة وعدم ثبوت حق التتبع	-462
709	فيها	
	حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة	-463
709	العامة	
711	مادة (1135)	-
	سريان أحكام الرهن الرسمي فى هلاك الشيء أو تلفه	-464
711	على حقوق الامتياز	
712	مادة (1136)	-
712	انقضاء حق الامتياز	-465
714	الفصل الثانى	
714	أنواع الحقوق الممتازة	
714	مادة (1137)	-
714	أنواع الحقوق الممتازة	-466
	1 - حقوق الامتياز العامة	
715	وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول	
715	مادة (1138)	-
715	امتياز المصروفات القضائية	
715	الحكمة من الامتياز	-467

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-468	الحق المضمون بهذا الامتياز.....	716
-469	محل الامتياز.....	717
-470	مرتبة الامتياز.....	718
-471	تزامم الدائنين.....	718
-472	امتياز أتعاب المحامى.....	719
-	مادة (1139)	720
-	امتياز المبالغ المستحقة للخرانة العامة.....	720
-473	الحكمة من الامتياز.....	720
-474	الحقوق المضمونة بالامتياز.....	720
-475	محل الامتياز.....	730
-476	مرتبة الامتياز.....	731
-477	الحق فى التتبع.....	732
-	مادة (1140)	733
-	امتياز مصروفات حفظ وترميم المنقول.....	733
-478	حكمة الامتياز.....	733
-479	الحق المضمون بالامتياز.....	733
-480	محل الامتياز.....	735
-481	مرتبة الامتياز.....	737
-	مادة (1141)	738
-482	حقوق الامتياز العامة.....	738
-	أولا: امتياز المبالغ المستحقة للأجراء.....	739

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-483	حكمة الامتياز.....	739
-484	لمن يثبت الامتياز؟.....	739
-485	الديون التي يضمنها الامتياز	740
-	ثانياً: امتياز المبالغ المستحقة عن توريد المأكّل والملبس.....	742
-486	حكمة الامتياز.....	742
-487	المقصود بأثمان التوريدات.....	742
-488	المبالغ التي يضمنها الامتياز	743
-	ثالثاً: امتياز النفقة.....	744
-489	الحكمة من الامتياز.....	745
-490	أحكام الامتياز.....	746
-491	أثر الامتيازات العامة الثلاثة.....	747
-492	مرتبة الامتيازات العامة.....	747
-	مادة (1142)	747
-493	امتياز مصروفات الزراعة والمبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة.....	747
-494	حكمة الامتيازين.....	747
-	أولاً: امتياز مصروفات الزراعة والحصاد.....	748
-495	الديون التي يرد عليها الامتياز	748
-496	شروط ثبوت الامتياز	750
-497	مرتبة الامتياز	750
-	ثانياً: امتياز ثمن آلات الزراعة.....	751

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-498	الديون التي يرد عليها الامتياز	751
-499	محل الامتياز	752
-500	مرتبة الامتياز	753
-	مادة (1143)	754
-	امتياز مؤجر العقار	755
-501	الحكمة من الامتياز	755
-502	أساس الامتياز	755
-503	لمن يثبت امتياز المؤجر؟	756
-504	محل الامتياز	758
-	1- أن تكون المنقولات موجودة بالعين المؤجرة	758
-	2- أن تكون المنقولات مملوكة للمستأجر	759
-	3- أن تكون المنقولات قابلة للحجز	759
-505	ثلاثة استثناءات من ملكية المستأجر للمنقول والمحصول الزراعى	760
-	1- المنقولات المملوكة للغير	760
-	2- المنقولات المملوكة لزوج المستأجر	761
-	3- المنقولات المملوكة للمستأجر من الباطن	762
-506	نقل الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه	764
-507	وسائل أخرى مقررّة لحماية امتياز المؤجر	766
-	1- حبس المنقولات القابلة للحجز الموجودة بالعين المؤجرة	767

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	2- توقيع الحجز التحفظي.....	767
-508	المبالغ التي يضمنها الامتياز.....	768
-509	مرتبة الامتياز.....	770
-	مادة (1144)	772
-	امتياز صاحب الفندق.....	772
-510	حكمة الامتياز.....	772
-511	من يفيد من الامتياز؟.....	773
-512	المبالغ المضمونة بالامتياز.....	774
-513	محل الامتياز.....	776
-514	حالة نقل الأمتعة من الفندق.....	776
-515	مرتبة الامتياز.....	777
-	مادة (1145)	779
-	امتياز بائع المنقول.....	779
-516	حكمة الامتياز.....	779
-517	وجوب وجود عقد بيع.....	780
-518	وجوب أن يكون المبيع منقولاً.....	780
-519	محل الامتياز.....	780
-520	من يفيد من الامتياز؟.....	781
-521	المبالغ المضمونة بالامتياز.....	782
-522	حق التمتع.....	782
-523	مرتبة الامتياز.....	783

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-524	امتياز بائع المحل التجارى.....	784
-	مادة (1146)	785
-	امتياز متقاسم المنقول.....	785
-525	حكمة الامتياز.....	785
-526	الحق الممتاز.....	785
-527	محل الامتياز.....	787
-528	مرتبة الامتياز.....	787
	2- حقوق الامتياز الخاصة	
	الواقعة على عقار	
-	مادة (1147)	789
-	امتياز بائع العقار.....	789
-529	حكمة الامتياز.....	789
-530	محل الامتياز.....	789
-531	صاحب الحق فى الامتياز.....	791
-532	المبالغ التى يضمنها الامتياز.....	791
-533	مرتبة الامتياز.....	793
-	مادة (1148)	794
-	امتياز المقاولين والمهندسين المعماريين.....	794
-534	حكمة الامتياز.....	794
-535	الحق المضمون بالامتياز.....	794
-536	محل الامتياز.....	796

الصفحة	الموضوع	رقم البند
797	شهر الامتياز	-537
798	مرتبة الامتياز	-538
799	مادة (1149)	-
799	امتياز متقاسم العقار	-
799	حكمة الامتياز	-539
799	الحق الممتاز	-540
799	محل الامتياز	-541
800	شهر الامتياز ومرتبته	-542
805	فهرس المحتويات	-

تم بحمد الله وتوفيقه المجلد الرابع عنتر



(ظهر للمؤلف عن دار محمود للنشر والتوزيع)

أولا: الموسوعات

- (1) موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في إيجار وبيع الأماكن الخالية.
(7 أجزاء)
- (2) موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية.
(6 أجزاء)
- (3) موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون العمل الجديد.
(5 أجزاء)
- (4) موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد.
(4 أجزاء)
- (5) موسوعة الفقه والقضاء في شرح عقد الإيجار في التقنين المدني.
(نقد)
- (6) موسوعة الفقه والقضاء في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية.
(4 أجزاء)
- (7) موسوعة الدفوع في قانون المرافعات في ضوء الفقه والقضاء.
(3 أجزاء)
- (8) موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد.
(14 مجلدا)

ثانياً: الكتب

- (9) قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجنيب فقها وقضاء.
- (10) التعليق على قوانين الرسوم القضائية.
- (11) التجريف والتبوير والبناء على الأرض الزراعية وقمائن الطوب.
- (12) الحجز القضائي على المنقول.
- (13) الامتداد القانوني للأماكن المؤجرة لمزاولة نشاط تجارى أو صناعى أو مهنى أو حرفى والتحديد القانونى لأجرة الأماكن غير السكنية بالزيادة وتخفيضها.
- (14) الإثبات بالإقرار فى المواد المدنية والتجارية.
- (15) الإثبات بشهادة الشهود فى المواد المدنية والتجارية.
- (16) الإثبات بالأدلة الكتابية فى المواد المدنية والتجارية.
- (17) الإثبات باليمين الحاسمة وباليمين المتممة فى المواد المدنية والتجارية.
- (18) الصيانة والتدعيم والترميم والهدم الكلى والجزئى فى قانون البناء رقم 119 لسنة 2008 ولائحته التنفيذية.
- (19) اتحاد الشاغلين وفقاً لقانون البناء رقم 119 لسنة 2008 ولائحته التنفيذية والنظام النموذجى لاتحاد الملاك.
- (20) التعليق على قانون الضريبة على العقارات المبنية رقم 196 لسنة 2008 ولائحته التنفيذية.
- (21) أحكام الإيجار فى قانون الإصلاح الزراعى (الحائز على جائزة التأليف الزراعى).
- (22) ملحق بشرح التعديلات الجديدة فى قانون الإصلاح الزراعى.

- (23) مشكلات الملكية والحياسة فى قانون الإصلاح الزراعى والزراعة.
- (24) إيجار الأماكن المفروشة وتبادل الشقق.
- (25) ملحق بشرح التعديلات الجديدة فى إيجار الشقق المفروشة.
- (26) شرح قانون المباني الجديد.
- (27) انتقال الإيجار إلى ورثة المستأجر بعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا رقم 44 لسنة 17 قضائية (دستورية).
- (28) شرح قانون الأسلحة والذخائر.
- (29) جرائم التشرد والاشتباه فقها وقضاء.
- (30) ملحق بشرح التعديلات الجديدة فى قانون التشرد والاشتباه.
- (31) التعليق على قانون الإيجارات الجديد رقم 4 لسنة 1996.
- (32) الطفل وحنان القانون (كتاب ثقافى للطفل).
- (33) الحياسة الزراعية فى ضوء التشريع والفقہ والقضاء.
- (34) الامتداد القانونى لإيجار الأماكن غير السكنية.

تم بحمد الله تعالى