

رهن الملكية العقارية للغير

د. راضية عيمور

جامعة الأغواط

د. قوق أم الخير

جامعة الأغواط

مخبر الحقوق والعلوم السياسية

مستخلص البحث:

إنّ تنوع التعاملات المدنية استدعي توثيقها بالضمانات التي تؤمن خطر عدم استخلاصها هذا الأمر يتطلب تأمينات ومن هذه الأخيرة والتي تعد أكثر انتشارا عقد الرهن، ولكن هذه الضمانة لا تتم إلا إذا كان للشخص سلطة التصرف وهو ما يتمحور بالأساس في ضرورة توفر (حق الملكية) فالأصل أن لا يتصرف الشخص الا فيما يملك عملا بقاعدة فاقد الشيء لا يعطيه وليس للشخص ان يمنح غيره اكثر مما لديه من حقوق، ويقصد برهن ملك الغير الذي يعقده شخص باسمه ولحسابه على عقار مملوك للغير دون ان يكون موكلا منه أو نائبا عنه نيابة قانونية كرهن المشتري للعقار قبل انتقال الملكية إليه عن طريق تسجيل عقد البيع، وقد طرح في هذا الاطار الاشكال المتعلق بمفهوم رهن ملك الغير وصوره.

الكلمات المفتاحية: رهن ملك الغير، الملكية العقارية.

مقدمة Introduction:

ان التصرف في الحقوق من أكثر المواضيع الشائعة، في الحياة العملية، ذلك أن هذا النوع من التصرفات تنصب على الحقوق المالية، وهي التصرف في ملك الغير سواء بالبيع أو الرهن لماله من أهمية كبرى. وذلك عندما يحسن المشرع تنظيمه بأحكام واضحة حفاظا على حقوق الاطراف المتعاقدة وحقوق الغير (رضا، التصرف في ملك الغير، 2016). جُفُظُ المال من أهم مقاصد القوانين سواء الفقهية أو الوضعية منها ويُعدُّ الرهن من أهم الأساليب المستخدمة في المؤسسات المالية كالبنوك والخزائن العمومية لحفظ المال، والتعامل بالرهن مظهر من مظاهر التيسير ورفع الحرج عن الناس في اجراء معاملاتهم، ووسيلة توثيق للحق، اذ يمكن ان يكون وسيلة اثبات امام القضاء وهو أقوى عقود التوثيق، فليس وسيلة توثيق فحسب وانما توثيق واستقاء، وقد اتخذ أشكالاً جديدة في حياتنا المعاصرة وأدى ذلك الى تقسيمه الى حيازي ورسمي، فضلا عن بعض تطبيقاتها في النظام المالي، هذا عموما عن الرهن بأشكاله لكن الرهن يكون من مالك يستطيع التصرف في ملكه، فماذا اذا كان لا يملك حق التصرف ولا ملكية المبيع، بمعنى من يتصرف في ملك لا سلطة له عليه هذا ما سنعرّفه في المطلب الأول من المبحث الأول عندما نقوم بطرح مفهوم رهن الملكية العقارية للغير أما من خلال مطلبه الثاني فنحاول عرض صور رهن الملكية العقارية للغير، أما المبحث الثاني سنتكلم فيه عن احكام رهن الملكية العقارية للغير. أمام غموض النصوص القانونية الخاصة والمتعلقة برهن ملك الغير بسبب التشريع الجزائري الذي استمد احكامه من نصوص القانون الفرنسي، كما انه مسألة تعامل جدي بين المتعاقدين ومنتشرة في الحياة العملية للمجتمع لكنه مجهل

أحكامه ودليل ذلك أن هناك أشخاص يباع أو يرهن ملكهم من قبل أشخاص آخرين لكنهم لا يعرفون أنه من حقهم اللجوء الى القضاء لاسترداد ملكهم.

ومن خلال هذا الموضوع سنحاول الاجابة عن الاشكالية التي تتمحور حول: ما هي أحكام التصرف في الملكية العقارية للغير عن طريق الرهن؟

وبناءً على ما تقدم تكون معالجة الموضوع من خلال تقسيم بحثنا الى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم رهن الملكية العقارية للغير

المبحث الثاني: أحكام رهن الملكية العقارية للغير

المبحث الأول: مفهوم رهن الملكية العقارية للغير وصوره

The concept and picture of mortgage of real estate ownership to others

يُعدُّ الرهن من أهم وسائل الائتمان في العصر الحديث، بما يتميز من مزايا عديدة فهو يوفق بين مصالح الراهن والمرتهن مع كونها متعارضة، فرأينا أنه من الضروري تعريف الرهن لهذا سنقوم بتقسيم هذا المطلب الى فرعين، الفرع الأول تعريف الرهن في اللغة والقانون والفرع الثاني نعرف فيه رهن ملك الغير.

المطلب الأول: مفهوم رهن الملكية العقارية للغير

The concept of mortgage of real property to others

لمعرفة المقصود بالرهن، سنحاول معرفة التعريف اللغوي للكلمة، ثم تعريفه من الناحية القانونية.

الفرع الأول: تعريف الرهن لغةً واصطلاحاً

Defining mortgage in language and convention

لغةً: قال ابن زكرياء في مادة الرهن "الراء والهاء والنون أصل يدل على ثبات الشيء يُمسكُ بحق" أي الشيء الثابت الدائم (زكريا، 1979)

اصطلاحاً: هو وثيقة بالدين (الاسدي، 2001) والمراد بالوثيقة أي شيء مُتَوَقَّعُ به وذلك لأن الدين أصبح لحبس هذه الوثيقة محكما لا يسع المدين فقدان هذه الوثيقة، وفي الاصطلاح تسمى هذه الوثيقة المرهونة رهنا وصاحبها الذي رهنها يسمى رهننا وصاحب الدين مرتهنا (المالكي)

أما معناه الشرعي:

عرفه علماء الشريعة بأنه جعل عين لها قيمة مالية في نظر الشرع وثيقة بدين فاذا استدان شخص ديناً من شخص آخر وجعل نظر ذلك الدين عقاراً أو حيواناً محبوساً تحت يده حتى يقضي دينه، كان ذلك هو الرهن شرعاً (الحصني، 2008).

وأقره الاسلام في قوله تعالى: "فرهان مقبوضة"، لم تقف على تاريخ استخدام الرهن لكن هناك بعض الروايات التاريخية التي تشير الى انه كان معمولاً به قبل الميلاد، وهذا ما ذكر عند الطبري، كما ورد في المختصر في اخبار البشر. وورد في الحديث النبوي: "كل غلام رهينة بعقيقته" (حنبل) لأن العقيقة لا زمة له فلا بد منها، حدثنا قتيبة حدثنا جرير

عن الأعمش عن ابراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها قالت: "اشترى رسول الله ﷺ من يهودي طعاماً ورهنه درعه (البخاري) وعليه فالمقصود من الرهن هو بيع العين المرهون عند الاستحقاق واستيفاء الحق منها، فكل ما جاز بيعه جاز رهنه، ومقتضاه انه لا يجوز رهن ما لا يجوز بيعه (الحصني، كفاية الاخيار في حل الاختصار في الفقه الشافعي تحقيق عبد القادر الاناؤوط، 2008)

Definition of foreclosure in the law

يمكن أن نعرف الرهن بأنه: "حق عينيّ تبعيّ يترتب بمقتضى عقد رسمي ضمانا للوفاء بالتزام وهو يمنح صاحبه حق العقار في اي يد يكون واستيفاء حقه من ثمنه بالتقدم والاولوية" (ناصر، 1997)

ولقد نظمه المشرع الجزائري في الكتاب الرابع من القانون المدني(أمر رقم 58-75 المؤرخ في رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، معدل و متمم) وعنونه بالحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية، وذلك في المواد من 882 الى 1001، وهو يظم الرهن الرسمي (882-936) حق التخصيص (937-947)، الرهن الحيازي (948-981) وحقوق الامتياز (982-1001).

وجعل الاتفاقية منها نوعين رهنا رسميا ورهنا حيازيا.

1. الرهن الرسمي **Official foreclosure**: هو حق عيني تبعي، يترتب على عقار ملوك للدين وغيره "الكفيل العيني" بمقتضى عقد رسمي ضمانا للوفاء بالتزام، وتبقى الحيازة فيه لدى الراهن وهو ما نصت عليه المادة 882 من ق. م. ج. (الرهن الرسمي قد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء حقه يكون له بمقتضاه ان يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن العقار في اي يد يكون) ويتميز الرهن الرسمي بأنه:

أ. من وسائل الضمان كالكفالة والرهن الحيازي بمقتضاه يكون للمرتهن ضمان على الشيء المرهون.

ب. مصدر الرهن الرسمي دائما هو الاتفاق الرسمي (العقد الرسمي) وليس العرفي.

ج. عقد رسمي (عقد شكلي) الكتابة فيه واجبة للانعقاد فاذا لم يفرغ العقد في الشكل الرسمي وقع باطلا.

د. عقد معاوضة: فالراهن يكسب الثقة والائتمان فهو لم يقدم الرهن بدون مقابل والدائن المرتهن يكتسب الضمان لوفاء دينه.

ه. الرهن الرسمي حق تابع: يتبع الالتزام الأصلي الذي وجد لضمانه.

و. حق عيني يمنح صاحبه سلطة مباشرة على الحق المرهون وبالتالي يخول الدائن المرتهن حق التقدم والتتبع.

ن. حق غير قابل للتجزئة أي انه يرد على كل العقار ضامنا لكل دين.

ويتولد الرهن الرسمي من عقد لذلك يجب ان يخضع في ابرامه للشروط المقررة في القواعد العامة في العقد من تراض ومحل وسبب، ويختص في انشائه بشروط موضوعية واخرى شكلية.

وتتضمن الشروط الموضوعية أطراف عقد الرهن الرسمي ومضمونه (المحل)، أما أطرافه فهي:

- الراهن ويمكن ان يكون المدين نفسه، أو كفيلا عينيا ويشترط فيه اهلية التصرف لأن الرهن بالنسبة له من أعمال التصرف أي تلك التي تدور بين النفع والضرر. (المادة 40 من القانون المدني "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة) وكذلك المرتهن الذي يعتبر الرهن بالنسبة له من الأعمال النافعة نفعاً محضاً، فيكفي لصحة الرهن ان يكون المرتهن مميزاً. ويجب ان يكون الراهن مالكا للعقار المرهون. ووعاء الرهن الرسمي يتضمن

محله وهو انشاء حق عيني على العقار كما يتضمن وعاء الرهن الالتزام المضمون به الذي من اجله نشأ الرهن.

- كما اشترط الشكلية لانعقاده وهي: الكتابة التي لا تكون الا بورقة رسمية تنظم بدائرة التسجيل ويلتزم الراهن بنفقات العقد ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك (تنص المادة 883 من القانون المدني "لا ينعقد الرهن الا بعقد رسمي او بمقتضى القانون) كما اشترط القيد لنفاذه، لأنه وسيلة لشهر الرهن الوارد على العقار(المادة 905 من القانون المدني "تسري على اجراء القيد وتجديده وشطبه والغاء الشطب و الاثار المترتبة. الخ) الرهن الحيازي: عرفت المادة 948 ق م ج: "عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى اجنبي يعينه المتعاقدان شيئاً يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين وان يتقدم الدائنين العاديين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون".

بينما يرد الرهن الحيازي على عقار أو منقول على سواء مع اشتراط انتقال الحيازة الى الدائن المرتهن او الى عدل يرتضيه المتعاقدان ويتميز الرهن الحيازي بأنه:
أ. من وسائل الضمان كالكفالة. والرهن الرسمي بمقتضاه يكون للمرتهن ضمان على الشيء المرهون.

ب. ينشأ بواسطة عقد فلا ينشأ بنص القانون كالامتياز ولا بحكم قضائي كحق التخصيص.
ج. عقد رضائي يكفي لانعقاده تطابق الايجاب والقبول فلا تشترط الشكلية لانعقاده.
د. وهو من العقود الملزمة للجانبين فهو يلقي بالالتزامات على عاتق كل من الراهن والمرتهن.

ه. عقد معاوضة في العلاقة بين الطرفين.

و. عقد تابع فهو يتبع الالتزام الذي يضمنه وجودا وعدما.

ي. عقد عيني منح صاحبه سلطة مباشرة على المال المرهون وبالتالي يخول الدائن المرتهن حق التقدم والتتبع.

ل. حق غير قابل للتجزئة اي ان كل العقار المرهون ضامن لكل الدين المضمون.

ويتولد الرهن الحيازي من عقد، لذلك يجب ان يخضع في ابرامه للشروط المقررة في القواعد العامة للعقد، من تراض ومحل وسبب، ويختص في انشائه شروط موضوعية وشكلية، وتتضمن الشروط الموضوعية اطراف العقد الحيازي ومضمونه (المحل)، أما اطرافه فهي:

- الراهن ويمكن ان يكون المدين نفسه او كفيلا عينيا وكذلك المرتهن وبما ان الرهن الحيازي عقد ملزم للجانبين فلا تختلف الأهلية المطلوبة في الراهن عن المرتهن وهي اهلية التصرف ويجب ان يكون الراهن مالكا للعقار المرهون، ووعاء الرهن الحيازي يتضمن محله وهو

انشاء حق عيني على عقار او منقول او الاثنتين معا(نص المادة 949 القانون المدني "لا يكون محلا للرهن الحيازي الا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني في منقول او عقار (كما يتضمن وعاء الرهن الالتزام المضمون به الذي من اجله نشأ الرهن.

- ولنفاذ الرهن الحيازي يشترط ان تكون هناك حيازة، فلا يكون نافذا في حق الغير الا بها.

كما يشترط القيد لنفاذ لأنه وسيلة لشهر الرهن الوارد على العقار، وتسري على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي وتوفر هذين الشرطين معا يكون الرهن نافذا في مواجهة الغير.

الفرع الثالث: التعريف برهن ملك الغير

Definition of mortgage ownership for others

من المشاكل العويصة المطروحة قانونا التصرف في ملكية الغير بالبيع او الايجار او غير ذلك من التصرفات القانونية. وهو المشكل الذي نواجهه في موضوع الرهن، حيث قد يقدم شخص على رهن عقار غير مملوك له رهنا رسميا(ان هذا الرهن سيتم شهره و من واجب المحافظ العقاري التأكد من صحة العقد و ملكية المتصرف للعقار قبل القيام باجراء الشهر فلهذه الأسباب نرى بأنه لا يمكن تصور رهن يصدر من غير مالك في ظل نظام قانوني يشترط الرسمية للانعقاد و الشهر لنفاذ الرهن الرسمي) (ناسي، 2009) ولمعالجة هذا الموضوع لابد من تحديد المقصود برهن ملك الغير.

أولاً: تحديد المقصود برهن ملك الغير pledging the ownership for others

تنص الفقرة الأولى من المادة 1033 ق. م. م: "إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون، فإن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا اقره المالك الحقيقي بورقة رسمية، وإذا لم يصدر هذا الإقرار، فإن حق الرهن لا يترتب على العقار الا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن" (السنهوري، 2000) والتي تقابلها المادة 884 من القانون المدني الجزائري "... وفي كلتا الحالتين يجب ان يكون الراهن مالكا للعقار المرهون واهلا للتصرف فيه". ويتضح من خلال هذه المادة ان رهن ملك الغير هو الرهن الصادر من شخص لا يملك العقار المرهون وليست له ولاية التصرف فيه، ويعرفه فقهاء القانون ومنهم الأستاذ حسام الدين كامل الأهواني. بقوله: "الرهن الذي يعقده الراهن باسمه ولحسابه على عقار مملوك لغيره". يبدو ان مثل هذه التعاريف غير دقيقة، لأنها فاتتها الإشارة الى قيد مهم حتى نكون بصدد رهن ملك الغير وهو ضرورة ان يكون المال العقاري المرهون موجودا ومحددا تحديدا دقيقا، وهذا تمييزا لرهن ملك الغير عن رهن المال العقاري المستقبلي. لهذا نرى ان التعريف الدقيق لرهن ملك الغير هو ما قال به جمع من الفقه على النحو الآتي:

وعليه هو عقد يبرمه الراهن باسمه ولحسابه على عقار موجود ومعين ومملوك لغيره دون ان يكون مفوضا بسلطة رهنه.

ثانياً: تمييز رهن ملك الغير عن الصور القريبة منه Distinguish the mortgage for others from the images close to it

انطلاقاً من التعريف السابق ميز الفقهاء بين رهن ملك الغير وما يشابهه من انظمة قانونية على النحو التالي:

1- رهن المال المستقبل Mortgage the receiving money:

ان الفارق الأساسي بين رهن ملك الغير ورهن المال المستقبل، هو انه في الحالة الأولى يكون المال العقاري موجودا. بينما في الحالة الثانية يكون غير موجود لعدم قيامه من الناحية المادية. ويرى بعض الفقهاء ان هناك فرق آخر بينهما وهو ان المال العقاري في الحالة الأولى ان يكون معيناً بالذات، وفي الحالة الثانية يكون غير معين بالذات ولكن يبدو ان هذا الفارق محل النظر اذ لا مانع من ان يكون المال المستقبل هو الآخر معيناً بالذات،

كما في حالة البناء المزمع، اقامته وقد حدد في عقد الرهن تحديدا دقيقا من حيث ذكر مواصفاته وعدد الغرف والمساحة وغير ذلك من المعلومات المهمة في تعيين ذاتيته. (بناسي، 2009)

2- التعهد عن الغير Undertaking on behalf of others

ان حالة رهن شخص لمال عقاري لا يملكه يختلف عن حالة ما اذا تعهد شخص بأن يحمل مالك المال العقاري على رهنه، ففي الحالة الأولى نكون بصدد رهن ملك الغير، بينما في الثانية نكون بصدد تعهد عن الغير وهو تصرف صحيح يخضع لحكم المادة 114 ق.م.م. ويرى بعض الفقهاء ان الشخص اذا رهن عقارا لا يملكه وتعهد في نفس الوقت ان يحمل المالك على اقرار هذا الرهن، كان تصرفه رهننا لملك الغير وتعهدا عن الغير في نفس الوقت. (تناغوس، 1996)

3- التوكيل في الرهن Power of attorney for mortgage

اذا وكل المالك شخصا في رهن عقار، فان الوكيل عند رهنه هذا العقار غير المملوك له لا تتصرف آثاره الى ذمته، بل الى ذمة الموكل (المالك)، ومن ثم فلا يعتبر رهننا لملك الغير، ولهذا كان تعريف رهن ملك الغير بأنه صادر من شخص يرهن باسمه ولحسابه ونفس الشيء يقال في حالة الرهن الصادر من شخص باعتباره نائبا عن المالك دون تثبت له هذه النيابة أو كان في الرهن تجاوزا لحدود نيابته.

المطلب الثاني: صور رهن ملك الغير

Pictures of mortgaging of others' property

من الجائز قانون أن يتصرف الشخص في مال لا يملكه اذا ثبت له ولاية التصرف في هذا المال بمقتضى احكام القوامة او الوصاية او الوكالة وفي حدود هذه الأحكام فاذا انتفت عن الشخص الملكية والولاية معا كان تصرفه في ملك غيره. وعلى هذا فرهن ملك الغير هو الرهن الصادر من شخص لا يملك العقار المرهون وليست له ولاية التصرف فيه. وتعريف لرهن ملك الغير على هذا النحو يشمل صورا عديدة تخضع في مجموعها باستثناء البعض منها لحكم الفقرة الأولى من المادة 1033 ق.م.م التي تقرر أنه: "اذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فان عقد الرهن يصبح صحيحا، اذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية، واذا لم يصدر هذا الاقرار فان حق الرهن لا يترتب على العقار الا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكا، للراهن" فما هي صور رهن ملك الغير.

الفرع الأول: الرهن الصادر من غير مالك ابتداء

تعتبر ملكية الراهن للشيء المرهون شرط في الرهن، فيجب ان يكون الراهن سواء كان مدينا او كفيلا عينيا مالكا للشيء المرهون، ومع ذلك قد يصدر الرهن من شخص لا يملك المال المرهون، كما ان الرهن قد يصدر من مالك لكن ملكيته ليست في صورتها البسيطة.

أولاً: الرهن الصادر عن المالك الظاهر The mortgage issued by the apparent owner

المالك الظاهر هو الشخص الذي يظهر بمظهر المالك، وهو ليس بمالك حقيقي. (ناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة لأحكام الفقه الاسلامي و القوانين الوضعية فرنسي-مصري، 2009) بناء على ذلك اذا رهن هذا المالك الظاهر عقارا فنكون أمام حالة رهن لملك الغير ومن ثم كان من المفروض ان

يكون رهنه باطلا بطلانا مطلقا. لكن خروجاً على هذه القاعدة قرر الفقه والقضاء في القول الراجح صحة رهن المالك الظاهر وهذا حماية للأوضاع الظاهرة، والثقة والاستقرار في التعامل. وغلبه مصلحة الدائن المرتهن حسن النية على مصلحة المالك الحقيقي فسمحوا للأول بالتمسك بالرهن في مواجهة الثاني.

ثانياً: الرهن الصادر من مالك زالت ملكيته بأثر رجعي The mortgage issued by the owner has lost his ownership retroactively

المالك الذي تزول ملكيته بأثر رجعي بسبب من الأسباب كبطلان سند الملكية او الغائه او فسخه يصبح كأنه لم يكن مالكا ابدا وبالتالي فان كل التصرفات التي صدرت عنه تصبح كأن لم تكن ومن ثم فان الرهن الذي يصدر من هذا المالك يزول بزوال ملكية الراهن. الا ان المشرع في المادة 885 من ق.م. ج. خرج على هذا المبدأ وقيد هذا الحكم حيث نصت على انه: "يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته او فسخه او الغائه أو زواله لأي سبب آخر اذا ثبت ان الدائن كان حسن النية وقت ابرام عقد الرهن" يتضح من هذا النص انه اذا زالت ملكية الراهن بأثر رجعي فان الرهن الصادر منه يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن اذا كان الرهن قد صدر من المالك فعلا. أي كان هو المالك الحقيقي وقت ابرام الرهن وكان الدائن المرتهن حسن النية وقت الرهن أي انه لم يكن يعلم وقت الرهن سبب زوال ملكية الراهن، وان يقع زوال الملكية بعدم ابرام الرهن بسبب من الأسباب التي تنتج اثرا رجعيا(المادة 885 للقانون المدني)، ويرى الفقه ان النص ينطبق على جميع انواع الرهن ولا يختص به الرهن الرسمي على اساس ان المشرع أراد الحد من الآثار المترتبة على زوال الملكية بأثر رجعي رعاية للثقة المشروعة. (غانم، 1985)

الفرع الثاني: الرهن الصادر من مالك ملكية موصوفة

A mortgage issued by the owner of a described property

وقد يكون الراهن مالكا للمال المرهون ولكن لا تتوافر له الملكية في صورتها البسيطة فقد تكون الملكية احتمالية كما في رهن الملكية المعلقة على شرط واقف وكما قد تكون موصوفة بالشيوع او مقامة على ارض الغير.

أولاً: الرهن الصادر من المالك على الشيوع The mortgage issued by the owner on the common

اذا تعدد اصحاب الحق العيني على شيء حصته غير مفرزة على كل واحد منهم فهم شركاء على الشيوع فيقصد بالشيوع في الملكية ان يمتلك اكثر من شخص حصة غير مفرزة فلا يستقل احد من الشركاء بملكية جزء مفرز وانما يملك كل منهم في حدود نصيبه في كل ذرة من ذرات المال الشائع. ولما كان كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكية تامة فانه يحق له ممارسة كافة الحقوق التي يخولها القانون للمالك مع ضرورة مراعاة حقوق شركائه، ومن هنا يثور التساؤل عن القواعد التي تحكم رهن المال الشائع، الرهن الصادر عن الشيوع له صور متعددة نذكر منها:

1- الرهن الصادر من جميع الشركاء Mortgage issued by all partners

اذا صدر رهن من جميع الشركاء فهو صحيح لأنه صادر من الملاك، وهذا الرهن لا يتأثر بقسمة العقار المرهون أيا كانت نتيجتها ويبقى نافذا في مواجهة الجميع فبعد القسمة يتلقى كل شريك حقه متقلا بالرهن

2- رهن الشريك على الشيوخ لجزء مفرز من العقار Partner mortgage on the common for a detached part of the property

إذا رهن أحد الشركاء جزءا مفرزا من العقار لا ينفذ هذا الرهن في مواجهة الشركاء الآخرين لأن حقه يتعلق بهذا الجزء فإذا وقع الجزء المرهون بعد القسمة في نصيب شريك آخر فإن الرهن لا ينفذ في مواجهة الشريك الغير الراهن وانما ينتقل حق الدائن المرتهن الى الجزء الذي وقع في نصيب الشريك الراهن وهذا ما نصت عليه المادة 2/890 ق. م. ج.

فإذا لم يكن المرتهن يعلم بحالة الشيوخ وقت الرهن جاز له طلب الابطال على اساس الخلط وهذا ما نصت عليه الفقرة 3 من المادة 890 ق. م. ج.

3- رهن الشريك على الشيوخ لحصه شائعة A partner mortgaged on the common share for a common share

كل الشريك يملك حصته ملكا تاما فرهن الشريك لحصه الشائعة صحيح لكن اذا وقع في نصيب بعد القسمة جزءا مفرزا مساوي للحصه الشائعة المرهونة فان حق الدائن المرتهن يرد على هذا الجزء بمقتضى فكرة الحلول العيني أي ان حق الدائن المرتهن يرد على هذا الجزء المفرز الذي حل محل الحصه الشائعة.

وإذا وقع بعد القسمة في نصيب الراهن أعيانا اخرى غير التي رهنها او جزء مفرز من عقار غير العقار الذي رهنه فان حق الدائن المرتهن ينتقل على وقع في نصيب الراهن اذا لم يقع في نصيب الراهن أي جزء من العقار وانما كان نصيب بعد القسمة من النقود فيستوفي الدائن حقه بالأفضلية من تلك النقود.

4- رهن أحد الشركاء لكل العقار One of the partners mortgages the whole property

إذا آل اليه كل العقار كان الرهن نافذا، أما إذا آل اليه جزء مفرز فحق الدائن المرتهن يركز على هذا الجزء أما إذا آل اليه مبلغا من النقود فالدائن المرتهن استفاء حقه بالأفضلية من تلك المبالغ.

الفرع الثالث: رهن المباني المقامة على أرض الغير

Mortgage of buildings erected on the land of others

تنص المادة 782 ق. م. ج. : "كل ما على الأرض أو تحتها من غراس أو بناء أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأقامه على نفقته ويكون مملوكا له. غير أنه يجوز ان تقام البيئة على ان اجنبيا أقام المنشآت على نفقته كما يجوز ان تقام البيئة على ان صاحب الأرض قد حول اجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل او خوله الحق في اقامة هذه المنشآت وفي تملكها" (تقابلها المادة 1038 القانون المدني المصري).

إذا كان الأصل ان كل ما على الأرض او تحتها من بناء او منشآت اخرى او غراس يعتبر من عمل مالك الأرض مقامة على نفقته ويكون مملوكا له، الا انه يجوز اقامة الدليل على العكس أي ان البناء اقامه غير مالك للأرض ومن ثم تكون المباني مملوكة لبانيها بصورة مؤقتة، وهذه الملكية المؤقتة تنتهي بتملك البناء لصاحب الأرض طبقا لقواعد الالتصاق واما بهدم المباني واما باستقرار ملكية البناء والأرض للباني سواء بالاتفاق او طبقا لأحكام الالتصاق. ومن هنا يمكن تصور ان يكون مالك الأرض غير مالك المباني المقام عليها، فإذا قام صاحب المباني برهنها فيبقى الدائن المرتهن مرتبط بمصير الملكية فإذا بقية في ذمة الراهن استطاع التنفيذ عليها، وفي حالة عدم تملك صاحبها للأرض

المقامة عليها ويكون اما الازالة واما اكتساب مالك الأرض للمباني بمقتضى أحكام الالتصاق.

المبحث الثاني: أحكام رهن ملك الغير

Provisions of mortgage property of others

يقصد برهن ملك الغير الرهن الصادر أو الذي يعقده الراهن باسمه ولحسابه على عقار مملوك لغيره ومن ثم لا يعتبر رهنا لملك الغير الرهن الذي يعقده الشخص باعتباره نائباً عن المالك حتى ولو تجاوز حدود نيابته أو لم تكن هناك نيابة اصلاً، ولا العقد الذي يتعهد فيه شخص بالحصول على رضاء المالك بالرهن.

نصت المادة 2/1033 ق.م.م على أنه: "إذا كان الرهن غير ملك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره الملك الحقيقي بورقة رسمية، وإذا لم يصدر الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من وقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن".

ولم ينص المشرع الجزائري على حكم رهن ملك الغير متأثراً بالقانون الفرنسي الذي اكتفى بالنص على رهن المال المستقبل على خلاف القانون المصري الذي أفرد له حكماً خاصاً لذلك سندرس حكم رهن ملك الغير في القانون الفرنسي والقانون المصري في مطلبه الأول وسنستخلص موقف المشرع الجزائري من المسألة في مطلبه الثاني.

المطلب الأول: حكم رهن ملك الغير في القانون المصري والفرنسي

The rule of mortgage property of others in the Egyptian and French laws

نقتصر في هذا الإطار على القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري.

الفرع الأول: رهن ملك الغير في التقنين المدني الفرنسي

Mortgage of others in the French Civil Code

لم يذكر القانون المدني الفرنسي في تعديل 2006 بحكم خاص برهن ملك الغير واكتفى بالنص في الرهن الرسمي على اشتراط ان يكون الرهن على عقارات حاضرة أي أنه حظّر رهن مال المستقبل وذلك بنص المادة (2419 منه) « l'hypothèque ne peut en »

« principe être consentue que sur des immeubles présents » وهو نفس

حكم المادة 2129 قبل التعديل، بانعدام النص على حكم رهن ملك الغير اختلفت أحكام

القضاء حول بطلان الرهن وامكانية تصحيحه في الوقت الذي يكسب فيه الراهن غير

المالك ملكية المال المرهون، ورأى بعض الفقه بطلانه بطلاناً مطلقاً ويبقى باطلاً حتى لو

كسب الراهن غير مالك ملكية المال فيما بعد وعند اذن فقط يجوز له انشاء رهن جديد ولا

ينتج هذا الرهن أثره الا من وقت انشائه اذ لا يعد تصحيحاً للرهن الباطل قياساً على رهن

مال المستقبل، فيترتب على بطلان الرهن الصادر من غير مالك بطلاناً مطلقاً، أي أنه

يجوز ان يتمسك به المالك وخلفه كما يجوز ان يتمسك به كل شخص ذي مصلحة فيتمسك

به الدائنون الشخصيون للراهن ويتمسك به الغير الذي آلت اليه ملكية المال المرهون الذي

باع له الراهن او وهبه أو رهن له المال، بل ويجوز لراهن وخلفه العام التمسك بهذا

البطلان حتى لو كان سيء النية عند ابرام الرهن، (الوكيل، 1959) وهذا الاتجاه غريب

من حيث أنه يجعل رهن ملك الغير الباطل بطلاناً مطلقاً يختلف عن حكم بيع ملك الغير

وهو قابل للإبطال. (بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري-

دراسة مقارنة لأحكام الفقه الاسلامي و القوانين الوضعية، 2009)

ويرجع الفقه اختلاف حكم رهن ملك الغير عن بطلان بيع ملك الغير الى طبيعة الالتزامات التي يربتها العاقدان ففي حين ان البيع لا يرتب سوى التزامات شخصية فان البيع الصادر عن غير ملك يقع باطلا بطلانا نسبيا، فان الرهن يرتب حقوقا عينية وبالتالي فإنه اذا صدر عن غير مالك فمن باب اولى ان يكون باطلا بطلانا مطلقا، وهذه التفرقة ترجع الى القانون الروماني (مرقس، 1990) وفي المقابل يرى بعض الفقه الفرنسي ان رهن ملك الغير يعتبر صورة من صور رهن المال المستقبل وبالتالي يأخذ نفس الحكم، وبرجوع الى نص المادة 2130 من القانون المدني الفرنسي والمادة 2419 في تعديل القانون 2016 فان رهن مال المستقبل يقع باطلا، ويعطل الفقه في هذا البطلان بأنه جزاء لمخالفة مبدأ تخصيصا لرهن وهو مبدأ متعلق بالنظام العام. وينتقد فقه آخر بطلان رهن ملك الغير في استناده الى رهن المال المستقبل من حيث ان تقرير بطلان رهن المال المستقبل هو جزاء لمخالفة مبدأ التخصيص وليس جزاء لعدم ملكية الراهن، والحكمة من تقريره هي حماية الائتمان وحماية الراهن من خطورة اندفاعه لرهن جميع ما يؤول اليه مستقبلا (مرقس، 1990) ويأخذ الرهن الحيازي حكم الرهن الرسمي اذ تنص المادة 2335 ق.م.ف، على بطلان الرهن الحيازي الصادر عن غير مالكة (le gage de la chose d'autrui est nul . En peut donner lieu à des dommages et interets lorsque le creancier a ignoret que la chose fut à autrui) دون ان تجعل من رهن ملك الغير رهنا حيازيا صورة من صور رهن مال المستقبل (un) est une convention par laquelle le constituan accorde a un) creancier , le droit de se faire payer par preference aux autres creanciers sur un bien ou une ensemble de biens mobiliers corporels , presents ou futurs =les creances garanties peuvent être presents ou futurs dans ce derniers cas , elles doivent être (determinables.

الفرع الثاني: حكم رهن ملك الغير في القانون المدني المصري

The provision of mortgage of others' property in Egyptian civil law

نص القانون المدني صراحة على حكم رهن ملك الغير وذلك بالمادة 1033 والتي تنص على أنه:

1. " اذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فان عقد الرهن يصبح صحيحا اذا اقره المالك الحقيقي بورقة رسمية، واذا لم يصدر هذا الاقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار الا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن.
2. ويقع باطلا رهن مال المستقبل".

والنص يرتب على تخلف شرط الملكية في الرهن الرسمي قابلية العقد للإبطال، وهو نفس الجزاء بالنسبة لبيع ملك الغير ورهن ملك الغير رهنا حيازيا (المادة 466 و1098 القانون المدني المصري) وقد اراد المشرع المصري توحيد بيع ملك الغير مع رهن ملك الغير رهنا رسميا او رهنا حيازيا. (السنهوري، 2000) وهذا ما ورد في المذكرة الإيضاحية وأيده جانب من الفقه (السعدي، 2010) ويترتب على ذلك:

- ان رهن ملك الغير يترتب اثره من الوقت الذي يصبح فيه الراهن مالك مثل بيع ملك الغير من حيث ان الملكية تنتقل متى اصبح البائع ملكا.

- ان اقرار الملك الحقيقي لعقد الرهن الصادر من غير ملك يجعل العقد نافذا في حقه، ويزيل بطلانه بين المتعاقدين مثل بيع ملك الغير الذي يترتب على اقرار المالك الحقيقي له نفاذه في حقه وزوال بطلان العقد، ويختلفان في شكل الاقرار اذ يشترط في اقرار الرهن ان يكون بورقة رسمية، اذ ان اقرار المالك رهنا ابرمه غيره يعتبر بمثابة انشاء رهن جديد فيشترط الاقرار في الاقرار ما يشترط في انشاء الرهن، في حين لا تشترط الرسمية في اقرار البيع الصادر من غير مالك (مرقس)، عقد البيع في التقنين المدني الجديد، (1973) الا ان قابلية الرهن للإبطال لعدم الملكية يبتعد عن قابلية العقد للإبطال في القواعد العامة من عدة أوجه:

- ان قابلية العقدة للإبطال في القواعد العامة هو نتيجة لنقص الأهلية أو لعيب من عيوب الإرادة، ولا يمكن الاستناد الى هذه الأسباب في تقرير قابلية العقد للإبطال لعدم ملكية الراهن، فبطلان رهن ملك الغير لا يستند الى القواعد العامة في البطلان لتخلف شرط في انعقاد العقد أو صحته، وكل ما يمكن الاستناد اليه في القواعد العامة هو حق الدائن في التمسك بسقوط أجل الدين لعدم تقديم الراهن ما وعد به في العقد من تأمين. (الوكيل، 1959)

- ان قابلية العقد للإبطال: هو عقد صحيح في الأصل منتج للإثارة القانونية حتى يتقرر إبطاله في حين ان الرهن الصادر من غير ملك هو تصرف في مال مملوك لشخص أجنبي عن العقد لا ينفذ في حقه، وبالنسبة لدائن المرتهن وهو أحد طرفي العقد وان كان صاحب المصلحة في البطلان فإنه لا يستطيع ان يجعل من العقد منتجا لأثره بمجرد امتناعه عن طلب البطلان.

- ان إجازة صاحب المصلحة تزيل العيب وتؤكد صحته وتسري من تاريخ ابرام العقد، وهي تصدر من تقرر البطلان لمصلحته، في حين ان الدائن المرتهن الذي ترتب له رهن ملك الغير وهو صاحب المصلحة بالبطلان لا يملك تصحيح العقد بالإجازة.

فإذا كان العقد القابل للإبطال يعتبر صحيحا الى ان يتقرر إبطاله ويمكن تصحيحه بالإجازة، فان بطلان رهن ملك الغير بطلانا نسبيا لا يمكن ان يستند الى نفس البطلان النسبي المقرر في القواعد العامة، اذن فما هي طبيعة بطلانه؟

- يرى البعض في ذلك ان قابلية رهن ملك الغير للإبطال تستند الى نظرية البطلان في القواعد العامة اذ تقوم على اساس استحالة المحل وهي استحالة مطلقة على اعتبار ان الراهن يستحيل عليه وقت التعاقد تنفيذ التزامه استحالة مطلقة فيترتب على ذلك بطلانا مطلقا، وبإعمال نظرية تحول العقد يمكن تحويل العقد الباطل بسبب استحالة المحل الى عقد غير مسمى منشئ الالتزامات الشخصية بإنشاء حق الرهن اذا تبين ان نية المتعاقدين كانت تتصرف الى ابرام هذا العقد لو علم ببطلان عقد الرهن، وانصراف نية الراهن الى العقد الغير مسمى مفترضة قانونا اذا لم يسمح المشرع للراهن بالتمسك ببطلان الرهن أما المرتهن حسب هذا الرأي فأجاز له المشرع التمسك ببطلان العقد فان فعل ذلك على نيته لم تتصرف الى ذلك العقد غير المسمى (مرقس)، عقد البيع في التقنين الجديد، (1973) وانتقد هذا الراي من حيث ان استحالة محل الرهن هي نسبية لا مطلقة اذ ان هناك شخص في وسعه اقرار الرهن وهو الملك الحقيقي والاستحالة النسبية لا تجعل العقد باطلا وفقا للقواعد العامة. (الوكيل)، نظرية التأمينات في القانون المدني، دراسة مفصلة لاحكام الرهن الرسمي و حق الاختصاص و الرهن الحيازي حقوق الامتياز، (1959)

ويرى فقه آخر ان بطلان رهن ملك الغير يستند الى الغلط حيث يجهل الدائن عدم ملكية الدائن المرتهن للمال المرهون وحسب هذا الراي يجوز للمرتهن بسبب وقوعه في الغلط التمسك ببطلان الرهن وانتقد هذا الراي على اساس نص المادة 1033 ق.م.م جاء عاما في عدم صحة رهن ملك الغير دون التفرقة بين دائن يعلم أو لا يعلم عدم ملكية الرهن للمال المرهون. ويرى فقه آخر ان رهن ملك الغير يعتبر عقدا موقوفا لا صحيحا ولا باطلا ويتوقف أثره على اقرار الملك الحقيقي ومن ثم ينشأ الرهن وبدون هذا الاقرار فلا وجود للرهن، ويرجع فقها آخر بطلان رهن ملك الغير الى طبيعة الرهن نفسه التي تقتضي ان يكون الراهن مالكا، فالعلة في هذا البطلان اذن هي منافاة العقد لطبيعة الرهن الا ان هذه العلة لا تكفي وحدها لتأصيل البطلان اذ لا يوجد في القواعد العامة ما يجعل منها سببا لإبطال العقد، اذ تقتصر اسباب تقرير إبطال العقد في نقص الأهلية وعيوب الادارة بذلك يكون حكم رهن ملك الغير في القانون المدني المصري هو البطلان النسبي الا ان هذا البطلان من نوع خاص، (السنهوري)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية و العينية، ج10، ط3، 2000) و ينتقد بعض الفقه اتجاه المشرع المصري في تقرير البطلان النسبي كجزء لرهن الصادر عن غير مالك اذ لا يتناسب البطلان كأداة قانونية مع الهدف الذي تقرر من اجله وهو اشتراط الملكية في الراهن. اذ ان رهن ملك الغير لا يمكن ان يعتبر في ذاته عقدا معيبا ويضيف هذا الراي أنه كان على المشرع ان يكتفي بعدم نفاذ التصرف في مواجهة الملك الحقيقي. (الوكيل)، نظرية التأمينات في القانون المدني، دراسة مفصلة لأحكام الرهن الرسمي و حق الاختصاص و الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، ط2، 1959)

المطلب الثاني: حكم رهن ملك الغير في القانون المدني الجزائري

The rule of mortgage of others' ownership in the Algerian civil law

قدمنا ان المشرع الجزائري لم يبين حكم رهن ملك الغير في القانون المدني ويبدو ان واضعيه كانوا متأثرين بالقانون المدني الفرنسي، لهذا فان أول سؤال يتبادر الى الذهن هو: هل يمكن الأخذ بنفس الحكم المعروف في فرنسا وهو البطلان المطلق؟
الفرع الأول: موقف المشرع المدني من رهن ملك الغير

The position of the civil legislator on mortgaging the property of others

لم يبين المشرع الجزائري بنص خاص حكم رهن ملك الغير، وفي ظل عدم وجود النص نتساءل حول ما اذا كان المشرع الجزائري قد أخذ بنفس الحكم في القانون الفرنسي وهو البطلان المطلق أم أنه جعل حكم رهن ملك الغير البطلان نسبي كما هو في القانون المصري؟ بالنظر الى الحكم الذي توصل اليه القانون الفرنسي فانه لا يمكن القول ان المشرع سلك نفس المسلك ذلك ان المشرع الفرنسي نص على بطلان رهن المال المستقبل بطلانا مطلقا وجعل من رهن ملك الغير صورة من صور رهن المال المستقبل وبالتالي يأخذ نفس الحكم وهو البطلان المطلق، في حين ان المشرع الجزائري لم ينص على حكم رهن المال المستقبل ولم يجعل من رهن ملك الغير صورة له. (بناسي، 2009)

وبالنظر الى حكم رهن ملك الغير في القانون المصري فانه لا يمكن القول ان المشرع الجزائري أخذ بنفس الحكم وهو البطلان النسبي، ذلك ان مثل هذا البطلان يحتاج الى نص صحيح كما لا يمكن قياس حكم رهن ملك الغير على حكم بيع ملك الغير وهو البطلان

النسبي، لأن حكم بيع ملك الغير ورد كاستثناء والاستثناء لا يتوسع فيه ولا يقاس عليه. (شوقي، 2009) وبالرجوع الى نص المادة 884 ق. م. ج "وفي كلتا الحالتين يجب ان يكون الراهن مالك للعقار المرهون واهلا للتصرف فيه" نجد ان المشرع الجزائري جعل من الملكية شرطا في الرهن الرسمي، والجزء المترتب على تخلفه هو البطلان المطلق (السعدي)، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، الرهن الرسمي و حق الاختصاص و الرهن الحيازي و حقوق الامتياز، 2010) ومن ثم يكون المشرع الجزائري قد وصل الى نفس الحكم المقرر في القانون الفرنسي، واذا كان القانون المدني الجزائري لم يتخذ نفس المسلك مع القانون الفرنسي الا أنه يتفق معه في النتيجة وهي بطلان رهن ملك الغير بطلانا مطلقا، وبالتالي يترتب عليه نفس النتائج التي ترتبها الفقه والقضاء الفرنسيان، واذا كان القانون الفرنسي قد ساوى بين الرهن الرسمي والحيازي في الحكم بالبطلان المطلق اذا صدر من غير مالك وخالفا حكم بيع ملك الغير القابل للإبطال، ومن جهة اخرى اذا كان موقف القانون المصري واضحا في ترتيب قابلية العقد للإبطال في بيع ملك الغير ورهن ملك الغير رهنا رسميا ورهنا حيازيا، فان موقف المشرع الجزائري لم يكن واضحا بالنسبة للرهن الحيازي الصادر من غير ملك، فلم ينص على قابليته للإبطال كما هو الأمر لبيع ملك الغير بالمادة 397 ق. م. ج ولم ينص على بطلانه صراحة أو بالإحالة على المادة 884 ق. م. ج وبالتالي فهل يمكن ان تطبق على الرهن الحيازي الغير مملوك للراهن احكام بيع ملك الغير وبالتالي يكون الجزاء قابلية العقد للإبطال ام احكام رهن ملك الغير الرهن الرسمي وبالتالي يكون الجزاء بطلان العقد بطلانا مطلقا؟ ان الملكية وان كانت شرطا الا أنها ليست ركنا في العقد او شرطا لصحته وتخلفها لا يعيب الارادة مما لا يدعو الى القول بأن تخلفها يترتب عليه تلقائيا بطلان العقد أو إبطاله، والبطلان الوارد بالمادة 884 ق. م. ج كجزاء على تخلف شرط الملكية في الرهن الرسمي وقابلية العقد للإبطال المقرر بالمادة 397 ق. م. ج كجزاء على عدم ملكية البائع ورد كاستثناء والاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع فيه، وبالتالي لا يمكن القول ببطلان الرهن الحيازي الصادر عن غير مالك أن البطلان يقتضي وجود نص قانوني يقتضي به. وازاء عدم وجود نص خاص في احكام الرهن الحيازي يترتب جزاء لتخلف الملكية لا يبقى الا الرجوع الى القواعد العامة التي تمنح الدائن المرتهن الحق في طلب الفسخ لعدم تنفيذ الراهن التزامه طبقا للمادة 119 ق. م. ج والتي تقتضي بسقوط حق المدين في الأجل اذا لم يقدم للدائن ما وعد به من تأمين طبقا للمادة 211 ق. م. ج، (غانم، نظام الرهن الحيازي الوارد على المنقول في التشريع المدني و التجاري الجزائري، رسالة الماجستير، 1975) ويكون الرهن غير نافذ بالنسبة للمالك الحقيقي وغير ملزم له وحق له ان يقيم دعوى الاستحقاق ويسترد الشيء المرهون من المرتهن. (أحمد، 1978)

الا ان المادة 970 / 2 ق. م. ج ، كفلت حق الدائن المرتهن حسن النية ونصت على أنه "وبوجه خاص يكون للمرتهن حسن النية ان يتمسك بحقه وفي الرهن ولو كان الراهن لا يملك حق التصرف في الشيء المرهون...". وعليه فحكم رهن ملك الغير رهنا رسميا هو البطلان المطلق وحكم رهن ملك الغير رهنا حيازيا هو عدم نفاذه في مواجهة المالك وباعتبار ان التشريع الفرنسي يضع حكما واحدا في رهن ملك الغير وهو البطلان المطلق دون تمييز بين رهن رسمي او حيازي، فان الرهون الواردة على اشياء مثلية صادرة عن غير ملك تكون باطلة بطلانا مطلقا.

ونخلص الى ان الرهن الحيازي الصادر من غير مالك يقع باطلا كرهن ملك الغير في الرهن الرسمي ونشير في هذا المجال ان في القواعد العامة ما يغني عن النص ببطلان رهن ملك الغير حتى في الرهن الرسمي، فمن الممكن الاكتفاء بالقواعد العامة من عدة نواح.

- بالنسبة للملك الحقيقي: فان عدم نفاذ التصرف في مواجهته كاف لحمايته وعدم النفاذ يستفاد من القواعد العامة دون الحاجة الى تدخل المشرع لإبطال رهن ملك الغير.

- بالنسبة للدائن المرتهن، اذا كان يجهل عدم ملكية الراهن للمال المرهون فيحق له التمسك ببطلان الرهن وفقا للقواعد العامة في الغلط، إما اذا كان يعلم عدم ملكية الراهن للمال المرهون فيحق له المطالبة بسقوط اجل الدين وفقا للقواعد العامة التي تقضي بسقوط الأجل اذا لم يقدم المدين ما وعد به من تأمينات. (الوكيل)، نظرية التأمينات في القانون، دراسة مفصلة لأحكام الرهن الرسمي و حق الاختصاص و الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، (1959)

الفرع الثاني: موقف الفقه والقضاء من رهن ملك الغير

The position of jurisprudence and the judiciary of mortgaging the property of others

سبق وان اشرنا من أن المشرع لم ينص على التصرف في ملك الغير في الرهون الحيازية، ولم يخلنا الى تطبيق نص المادة 884 م. ج، التي تحكم الرهن الرسمي، الا ان القواعد العامة تقضي بأنه لا يجوز لشخص ان يتصرف في غير ملكه من دون مسوغ قانوني، لأن فاقد الشيء لا يعطيه، هذا ويعرف رهن ملك الغير على أنه رهن من شخص لا يملك المال المرهون وليست له ولاية التصرف فيه، مما يثير التساؤل عن مصير هذا التصرف في حالة وقوعه، ولقد اختلف الفقهاء في تكييف طبيعة الأثر الذي يترتب على العقد الوارد على رهن ملك الغير. فذهب البعض منهم الى القول: بأن العقد يكون قابلا للإبطال (سيوار، 1968-1969) وذهب البعض الآخر الى القول بأن العقد باطلا بطلانا مطلقا، (السنهوري، 2000) أما الفريق الثالث فيرى بأنه قابلا للتصحيح بمعنى ان العقد يبقى موقوفا لا صحيحا ولا باطلا. (تتاغو، 1996) أما موقف المشرع الجزائري فلم ينص على رهن ملك الغير على النحو الذي نص عليه في حالة بيع ملك الغير (م 397 و 398 مدني جزائري) وبالتالي لم ينص على جزاء تخلف هذا الشرط (شرط الملكية) غير أنه قرر الحماية للمرتهن حسن النية بمنح له حق التمسك في الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون (طبقا لنص المادة 2/970 م. ج). والحل في نظرنا، أنه لا يمكن القول بإبطال الرهن، لأن الإبطال يقتضي وجود نص قانوني يقضي بذلك، لكن يمكن اعمال قاعدة الفسخ، هنا تطبيقا لنص المادة (119 م. ج) التي تقضي بأن عدم تنفيذ الالتزام يؤدي الى فسخ العقد وكذلك نص المادة 211 مدني جزائري التي تقضي بسقوط حق المدين في الأجل اذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من تأمينات، فبا حذا لو نص تشريعنا عن رهن ملك الغير على النحو الذي نص عليه المشرع التونسي حتما للنزاع في الموضوع.

الخاتمة: Conclusion

لقد تضمنت الدراسة إشكالية التصرف في ملك الغير عن طريق الرهن، فالتعامل هو بمثابة اثبات للشيء المرهون، ولما كان الشيء المرهون يتطلب إلزامية التعاقد فنحن أمام طرف ثالث سيدخل حيز الالتزام بالإقرار أو الاعتراف وهو المالك الحقيقي، وهذه المسألة أفاضت الكأس أمام المشرعين والفقهاء لذلك وجدنا أنفسنا ملزمين ونحن نكمل هذه الدراسة بالبحث والتقصي لإمطة اللثام عن وجه الموضوع الذي للوهلة الأولى تحسبه مفترق مختلف ولكنه مترابط متوحد في العلة.

فتضمنت هذه الدراسة مفهوم رهن ملك الغير التي شملت التعريف والتمييز وكذا بيان صور رهن ملك الغير لاستجلاء الشبه وعدم الوقوع في المحذور بين الخط والغلط والالتباس بالإضافة الى تبيان أحكام رهن ملك الغير.

الاقتراحات والتوصيات Suggestions and recommendations:

من خلال كل ما درس نقترح الاتي:

أولاً: ضرورة الاقتداء بالتشريع العربي الذي حاول التملص ولو قليلا عن التشريعات الأوروبية التي عرفنا انها تقتدي بأسلافها الرومان وفلسفة الكنيسة.

ثانياً: نقترح على المشرع أيضا أن يضع نصا يقرر من خلاله قابلية رهن ملك الغير للإبطال أسوة بالمشرع المصري أو أن يأخذ بما توصلنا إليه من خلال هذه الدراسة وهو في اعتقادنا الحل الأحسن لإشكالية التصرف في ملك الغير سواء بالبيع أو الرهن وهو الأخذ بنظرية العقد الموقوف المعروفة في الفقه الاسلامي، فيكون البيع أو الرهن موقوفا على إجازة المالك الحقيقي.

المراجع References

(بلا تاريخ).

ابراهيم بن غانم. (1975). نظام الرهن الحيازي الوارد على المنقول في التشريع المدني و التجاري الجزائري، رسالة الماجستير. الجزائر، جامعة الجزائر.

ابراهيم بن غانم. (1985). نظام الرهن الحيازي الوارد على المنقول في التشريع المدني و التجاري الجزائري. جامعة الجزائر.: رسالة ماجستير.

ابن حنبل احمد بن حنبل. (بلا تاريخ). مستند ابن حنبل. بيروت: دار صادر.

ابو الحسين احمد بن فارس بن زكريا. (1979). معجم مقاييس اللغة تحقيق عبد السلام محمد هارون المجلد الاول. لبنان، بيروت: دار الفكر.

الدسوقي محمد بن احمد عرفة المالكي. (بلا تاريخ). حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير. دار احياء الكتب العربية.

العلامة الحلبي الحسن بن يوسف بن المطهر الاسدي. (2001). تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الامامية تحقيق ابراهيم البهاري.

بناسي شوقي. (2009). أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة لأحكام الفقه الاسلامي و القوانين الوضعية، فرنسي-مصري. بن عكنون-الجزائر.: دار هومة.

تقي الدين الحصني. (2008). كفاية الاخير في حل الاختصار في الفقه الشافعي تحقيق عبد القادر الاناوط. دار البشائر للنشر و التوزيع.

تقي الدين الحصني. (2008). كفاية الاخير في حل غاية الاختصار في الفقه الشافعي تحقيق عبد القادر الاناوط. دار البشائر للنشر و التوزيع.

جباري رضا. (2016). التصرف في ملك الغير. الجزائر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر.

جباري رضا. (2017/2016). ، التصرف في ملك الغير، دكتوراه علوم تخصص القانون، 1. الجزائر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر: جامعة الجزائر 1.

سليمان مرقس. (1990). الوافي في شرح القانون المدني ج3 العقود المسماة المجلد الأول- عقد البيع طبعة 5. الاسكندرية-مصر.: منشأة المعارف.

سليمان مرقس. (1973). عقد البيع في التقنين الجديد. الاسكندرية- مصر.: منشأة المعارف.

سليمان مرقس. (1973). عقد البيع في التقنين المدني الجديد. الاسكندرية-مصر.: منشأة المعارف.

سليمان مرقس. (1990). الوافي في شرح القانون المدني-ج3، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، ط5. الاسكندرية -مصر.: منشأة المعارف.

سمير عبد السيد تناغو. (1996). التأمينات الشخصية و العينية الكفالة-الرهن الرسمي- حق الاختصاص-حقوق الامتياز. الاسكندرية.

سمير عبد السيد تناغو. (1996). التأمينات الشخصية و العينية، الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص ،حقوق الامتياز. الاسكندرية-مصر.: نشأة المعارف.

سمير عبد السيد تناغو. (1996). التأمينات الشخصية و العينية الكفالة_ الرهن الرسمي- حقوق الامتياز. الاسكندرية: نشأة المعارف.

شاكرا ناصر. (1997). شرح القانون المدني الجديد. القاهرة: دار النهضة العربية.

شمس الدين الوكيل. (1959). نظرية التأمينات في القانون المدني، دراسة مفصلة لاحكام الرهن الرسمي وحق الاختصاص و الرهن الحيازي، حقوق الامتياز. الاسكندرية-مصر.: منشأة المعارف.

شمس الدين الوكيل. (1959). نظرية التأمينات في القانون المدني، دراسة مفصلة لأحكام الرهن الرسمي و حق الاختصاص و الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، ط2. الاسكندرية- مصر.: نشأة المعارف.

شمس الدين الوكيل. (1959). نظرية التأمينات في القانون المدني دراسة مفصلة لاحكام الرهن الرسمي و حق الاختصاص و الرهن الحيازي حقوق الامتياز. الاسكندرية: نشأة المعارف.

شمس الدين الوكيل. (1959). نظرية التأمينات في القانون المدني، دراسة مفصلة لاحكام الرهن الرسمي و حق الاختصاص و الرهن الحيازي حقوق الامتياز. الاسكندرية-مصر.: منشأة المعارف.

شمس الدين الوكيل. (1959). نظرية التأمينات في القانون، دراسة مفصلة لأحكام الرهن الرسمي و حق الاختصاص و الرهن الحيازي، حقوق الامتياز. (الإصدار 2). الاسكندرية- مصر.: نشأة المعارف.

شوقي بن ناسي. (2009). أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة لأحكام الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية فرنسي_ مصري. الجزائر: دار هومة ابن عكنون.

شوقي بن ناسي. (2009). أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة لأحكام الفقه الاسلامي و القوانين الوضعية فرنسي-مصري. الجزائر-بن عكنون: دار هومة.

شوقي بناسي. (2009). أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري- دراسة مقارنة لأحكام الفقه الاسلامي و القوانين الوضعية. بن عكنون الجزائر.: دار هومة.

شوقي بناسي. (2009). أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري_ دراسة مقارنة لأحكام القوانين الوضعية فرنسي_ مصري. الجزائر: دار هومة بن عكنون.

شوقي بناسي. (2009). أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري -دراسة مقارنة لأحكام الفقه الاسلامي و القوانين الوضعية، فرنسي-مصري. بن عكنون-الجزائر.: دار هومة.

عبد الرزاق احمد السنهوري. (2000). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد _التأمينات العينية و الشخصية ج10 ط3. بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.

عبد الرزاق أحمد السنهوري. (2000). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية و العينية، ج10، ط3. بيروت-لبنان.: منشورات الحلبي الحقوقية.

عبد الرزاق أحمد السنهوري. (2000). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية ج10-ط3. بيروت-لبنان.: منشورات الحلبي الحقوقية.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري. (2000). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، ج10. (الإصدار 3). بيروت-لبنان.: منشورات الحلبي الحقوقية.
- فرج سيد سليمان أحمد. (1978). رهن الطائفة دراسة مقارنة و دولية، أطروحة دكتوراه في الحقوق. القاهرة-مصر.
- محمد بن اسماعيل البخاري. (بلا تاريخ). صحيح البخاري باب الرهن حديث رقم 2373. دار ابن كثير.
- محمد صبري السعدي. (2010). الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، الرهن الرسمي و حق الاختصاص و الرهن الحيازي و حقوق الامتياز. عين ميله-الجزائر.: دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع.
- محمد صبري السعدي. (2010). الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، الرهن الرسمي و حق الاختصاص و الرهن الحيازي و حقوق الامتياز. عين ميله-الجزائر.: دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع.
- محمد وحيد الدين سيوار. (1968-1969). شرح القانون المدني، الحقوق العينية و التبعية، ج2. دمشق-سوريا.

Mortgage of real estate ownership for others

Dr. Radhia Aymour

Lecturer prof/ Laghouat University

radiaaimour@gmail.com

Dr. Quq Umm al-Khair

Lecturer prof/ Laghouat University

Law and Political Science Laboratory

Abstract:

The diversity of civil dealings has necessitated to be documented with guarantees that guarantee the risk of not extracting them. This matter requires securities, and from the latter, which are more widespread, the mortgage contract, but this guarantee does not take place unless the person has the power to act, which is mainly centered on the necessity of (the right of ownership). The person does not act except for what he owns a work on the basis of the rule that the lost thing does not give it, and the person does not give others more than what he has in terms of rights, and it is intended to pledge the property of others that a person holds in his name and for his account on real estate owned by others without being an agent of him or his representative on legal behalf as the buyer mortgaged the property before The transfer of ownership to him through the registration of the sales contract. In this context, the forms related to the concept of mortgaging the property of others and its image were presented.

Keywords: mortgage of others' ownership, real estate ownership