



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة باتنة 1

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



القرض العقاري والرهن الرسمي

في التشريع الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية
تخصص قانون عقاري

إشراف الدكتور

- رزيق عمار

إعداد الطالب الباحث:

- براحلية زوبير

لجنة المناقشة

الصفة	الجامعة الأصلية	الدرجة العلمية	الإسم واللقب
رئيساً	جامعة باتنة 1	أستاذة التعليم العالي	الأستاذة الدكتورة: شماعة خير الدين
مشرفاً ومقرراً	جامعة باتنة 1	أستاذ محاضر. أ	الدكتور: رزيق عمار
عضواً مناقشاً	جامعة باجي مختار عنابة	أستاذة التعليم العالي	الأستاذة الدكتورة: فضيلة سحري
عضواً مناقشاً	جامعة باتنة 1	أستاذ محاضر. أ	الدكتور: عباس شافعة
عضواً مناقشاً	جامعة محمد خيضر بسكرة	أستاذ محاضر. أ	الدكتور: موسى قروف
عضواً مناقشاً	جامعة زيان عاشور الجلفة	أستاذ محاضر. أ	الدكتور: يوسف زروق

السنة الجامعية 2016-2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى

« يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ
وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ... » من الآية 282 سورة البقرة.

« وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ
بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا
تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ
عَلِيمٌ » الآية 283 سورة البقرة.

صدق الله العظيم

إهداء

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله
نحمده حقّ حمده الذي وفقنا لإتمام هذا العمل المتواضع
الذي أرجو أن يكون خالصاً لوجهه، وأن ينفعنا به
وأن يجد غيرنا فيه منفعة.

وأهدي هذا العمل إلى من ربط الله بهما العبادة والإيمان
إذ قال سبحانه وتعالى "وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه
وبالوالدين إحساناً"

إلى "والدي رحمه الله" الذي تبقى روحه خالدة في ذاكرتي
نسأل الله تعالى أن يتغمد روحه الطاهرة بمزيد من المغفرة
والأجر والثواب.

إلى التي تعجز الكلمات عن وصفها، التي سهرت
كي أنام وتعبت كي أرتاح، "أمي الحبيبة حفظها الله".
إلى من أرى التفاؤل بعينيها إلى من رسمت الأمل في كل
خطوة مشيتها، سندي ورفيقة عمري "زوجتي حفظها الله"
إلى فلذات كبدي، إلى النور الذي أعيش من أجله بناتي الغاليات
مايا، ميس، ميرة.

إلى كافة أفراد العائلة، وأخص بالذكر أخي شهاب وأبنائه.
كما أهدي هذا العمل إلى كل الأصدقاء و الأساتذة الذين تتلمذت على أيديهم طيلة
مساري الدراسي.

شكر و عرفان

الحمد لله حمدًا يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه، الذي منّ عليّا بإتمام هذه الأطروحة وذلك لي الصّعب، والصلاة والسلام على أشرف خلق الله سيدنا محمد بن عبد الله، وعملا بقوله صلى الله عليه وسلم: "من لا يشكر الناس، لا يشكر الله"

أتقدم بأسمى معاني التقدير والإحترام إلى أستاذي الفاضل الدكتور "عمار رزيق" الذي لم يبخل علينا جهدًا ولا وقتًا من وقته الثمين فقدّم لنا كل ما نحتاجه من نصح وإرشاد وتوجيه رغم إنشغالاته، فشكرًا لك يا أستاذنا الكريم.

وأثنّي بالشكر إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذه الأطروحة رغم كثرة أعبائهم العلمية والبيداغوجية وعلى ما بذلوه من جهد و وقت في تقويم وتصويب هذه الأطروحة.

والشكر موصول إلى كل من مدّ لنا نيد العون وشجعنا وحثنا على مواصلة البحث العلمي من أصدقاء وزملاء.

إلى كل أولئك أرجو من الله سبحانه وتعالى أن يجزيهم عني خير الجزاء، إنه وليُّ ذلك والقادر عليه، وأصلي واسلم على نبيّنا محمد وآله وصحبه أجمعين.

مقدمة

الائتمان ضرورة أساسية من ضرورات النشاط الاقتصادي في المجتمع الحديث. ذلك أن القدرة الذاتية والمحدودة للفرد فرضت حتمية اعتماده على الغير في نطاق سياسة الإنتاج و تمويل ما يقوم به من مشاريع، فالائتمان في وقتنا الحالي أصبح عصب الحياة المدنية والتجارية على حد سواء، ومنح الائتمان يبني أصلا على أساس عنصرين اثنين: عنصر نفسي يستمد وجوده من الظروف الواقعية التي تتحدد بالاستناد إليها ملاءة المدين، وهو عنصر «ثقة الدائن بهذا المدين» وعنصر قانوني يستمد وجوده من أحكام القانون، ويتجلى بمبدأ الحماية القانونية التي تستند أصلا إلى فكرة (الضمان العام) وما يتفرع عنها من وسائل وإجراءات تحفظية أو تنفيذية - يمنحها القانون للدائن لتمكنه من حماية حقه.

وباعتبار أن السكن هو موطن القلب، فهو المكان الذي يشعر فيه الإنسان بالأمان ويتمتع فيه بالخصوصية والانتماء، إذ يعتبر المكان الذي يحقق فيه الأفراد احتياجاتهم البيئية والأسرية والاقتصادية ومن هنا تبرز الحاجة الماسة لتوفيره، وفي الوقت الذي يجد تحقيق هذا المطلب السهولة بما كان بالنسبة لبعض العائلات الجزائرية الميسورة الحال، وهذا راجع إلى تعدد وسائل الكسب...، وفي المقابل نجد الكثير إن لم نقل أغلب العائلات الجزائرية تلجأ إلى الإقتراض من أجل تحقيق حلمها في امتلاك سكن بسبب الدخل البسيط والمحدود وغلاء المعيشة، التي أضعفت قدرة العائلة على الادخار وتوفيرها الأموال اللازمة لاقتناء السكن، وبالتالي تصبح مضطرة إلى اللجوء إلى المساعدة التمويلية الخارجية لاقتناء أو بناء السكن العائلي، وتتم عملية الاقتراض في صورة القرض العقاري الذي يعتبر بدوره عملية معقدة تمر بعدة مراحل لإبرام العقد المكرس لها، وتتميز هذه المراحل بالتنوع وطول الزمن واشتراط شروط تتعلق بكل مرحلة، وترتبط بهذا القرض عدة خصائص تميزه عن باقي العمليات المصرفية، هذه الأخيرة ورغم الإصلاحات التي شهدتها القطاع المصرفي بصدور القانون 90-10 المؤرخ في 14 أبريل 1990 المتعلق بالنقد والقرض، والتي أصبحت بموجبه المؤسسات المصرفية أكثر إستقلالية فيما يتعلق بمنح

القروض واختيار مجال تدخلها والنشاط الذي تموله، وأمام تخوف البنوك من منحها للقروض العقاري التي ترى فيه أنه يشكل عبئاً حقيقياً لها، نظراً لطول مدته وضخامة مبلغه فهو يشكل مصدر خطر يهدد سيرها بالمقابل توجد لديها (أي البنك) عدة قطاعات في نظرها مربحة أكثر من قطاع السكن على المدى القصير، بحيث يمكنها استرداد المبلغ المقرض في وقت سريع وبمعدل سعر فائدة كبيرة، وأمام كل هذا ورغبة من الحكومة في تشجيع البنوك على الإستثمار في هذا المجال المهم، أسست شركة إعادة التمويل الرهني (SRH) والتي تعمل على توفير السيولة اللازمة للبنوك التي تمنح هذا النوع من القروض وكذا شركة ضمان القروض العقارية (SGCI)، والتي تهدف إلى تغطية العجز الجزئي أو الكلي بالنسبة للمقرض، هذه العملية أوجبت تأسيس ضمانات كافية للبنك التي تجعله يمنح القروض باطمئنان ويقلص الخطر إلى أقل درجاته.

ولعل أهم وأصعب الشروط التي تفرضها البنوك مانحة القرض العقاري هو اشتراطها التأسيس المبدئي للرهن الواقع على العقار محل التمويل «ضمان خاص»، في صيغة اتفاقية الرهن يتم شهره في شكل جدول على مستوى المحافظة العقارية محل تواجد العقار، هذا الرهن الذي يعتبر من أهم الضمانات في نجاح عملية القرض، حتى أنه أصطلح على تسميته "أمير الضمانات" وذلك لما يتميز به من خصائص تجعله حقا عينياً يردُّ على عقار، ويعطى للبنك حقي التقدم والتتبع كونه يشكل ضماناً له في إستيفاء حقه من خلال تمويل محفظته العقارية، كما يعتبر الرهن الرسمي آخر ما وصل الضمان العيني إليه من تطور، ولهذا نجد أغلب التقنيات الحديثة كالتقنين المصري والأردني تتخذ من النظام القانوني للرهن الرسمي إطاراً عاماً تتبع منه جميع القواعد والأحكام العامة للتأمينات العينية، كما يحمل الرهن الرسمي خصائص الضمان الجيد الذي يبيح للمدين إمكانية التصرف في العقار محل الرهن، وكذا إمكانية ترتيب رهون أخرى على نفس العقار لضمان ديون أخرى، ويرد حق الدائن على عقار تزيد قيمته مع

مرور الزمن ويقع على عاتق المدين بذل العناية الكافية للمحافظة على العقار المرهون، وفي حالة هلاكه ينتقل حق الدائن إلى مبلغ التأمين، بل ولدائن أيضا حق تتبع هذا العقار لتحصيل دينه من ثمنه في أي يد كان، وله الأولوية (الأفضلية) على الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة بموجب تاريخ إجراء القيد، ويقدر ما يوفره الرهن الرسمي من حماية للدائن بقدر ما يعطي الرهن الرسمي للغير من إمكانية التصرف في العقار المرهون، بالإضافة إلى أهم امتياز للقرض العقاري والمتمثل في إمكانية طرح الرهن في شكل سند قابل للتداول في السوق المالية، أو لدى البنك المركزي أو لدى شركة إعادة التمويل الرهني وذلك بهدف تمويل محفظتها المالية.

ومقابل هذه المزايا فإن الرهن الرسمي يعاني من نقاط ضعف كثيرة ترتبط بكونه ضمان عيني وارد على عقار، و يتطلب تأسيسه إتباع إجراءات جد معقدة وطويلة المدى وتكاليف مرتفعة، وفي المقابل يجد الدائن نفسه مسبقا بحقوق امتياز لها الأولوية بقوة القانون، وبعد القانون المدني المصدر الأصلي المنظم لأحكام الرهن من المواد (882-936) حيث اشترط لقيامه أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون ولو كان غير المدين وأن يكون هذا الرهن عقارا قابلا للتعامل فيه وقابلا للبيع بالمزاد العلني، وقد حدّد في نفس الاتجاه ثلاث أنواع لهذا الرهن: قضائي، قانوني وإتفاقي، حيث يقوم القانون بتأسيس الرهن القانوني بموجب نص، ويقوم القاضي بإعمال سلطته التقديرية لتأسيس الرهن القضائي، ويقوم الأطراف بتأسيس الرهن الرسمي الإتفاقي وهذا هو محل دراستنا هذه وبالرغم من هذا التنوع الذي يعطيه القانون المدني في أنواع الرهن إلا أن معظم البنوك تفضل الرهن الرسمي الإتفاقي، وذلك لما يوفره من حرية في إدراج ما يناسبها من شروط تتوافق واتفاقية القرض، إضافة إلى أنه يعطيها إمكانية مهرة بالصيغة التنفيذية من طرف الموثق المحرر له، وبهذا فإنها تنفّذ اللجوء إلى المحكمة للحصول على نفس الصيغة في الرهن القانوني، ورغم هذا التفضيل للرهن الرسمي الإتفاقي يبقى تقبله من طرف البنوك وكذا المقترض على

إمتعاض، ويرجع ذلك لحجم المشاكل التي تعتريه والتي تجعل في بعض الأحيان يستحيل على المقترض تأسيسه، وأن البنوك المانحة للقرض تشترط التقديم المسبق لسند الملكية للعقار محل الرهن والذي يكون غالبا السكن محل التمويل، وفي بعض الحالات يحوز المقترض على وثائق تعتبرها البنوك غير مقبولة كسند للملكية مثل العقد الإداري أو عقد التخصيص.

بالإضافة إلى ما يعترى الرهن الرسمي كضمان من مشاكل بالنسبة للدائن المرتهن في مرحلة السريان عند إقبال المقترض الراهن على التصرف في العقار المرهون وهو الحق الذي كرسه له القانون المدني فإن البنك يجعل الدين حال الأداء متفاديا بذلك طول الإجراءات التي قد تطول مدة من الزمن هذا الأخير الذي يعتبر عنصرا جوهريا وحاسما في مشاريعه (أي بالنسبة للبنك)، زيادة على ذلك وفي حالة تحصيل الدين وإن كان له رهن إمتياز أول درجة فإن أصحاب حقوق الإمتياز العامة كالديون المستحقة للخزينة العمومية والمصاريف القضائية وحقوق العمال قد لا تترك له شيئا بإعتبار أن لها أولوية التحصيل بقوة القانون.

أهمية الموضوع:

إن البحث في موضوع القرض العقاري والرهن الرسمي يكتسي أهمية كبيرة، من خلال عدة جوانب قانونية واقتصادية واجتماعية.

الجانب القانوني ويتمثل في الوقوف على جميع الأحكام والنصوص القانونية التي تنظم العملية برمتها خاصة أن القرض العقاري لا يزال يعتبر حديث التوجه بالنسبة للبنوك الجزائرية، وبالتالي غياب الخبرة والتجربة في تمويل العقار وهذا كذلك يترك مخاوف لدى البنوك في الإقبال عليه بسبب غموض البيئة العقارية من الناحية القانونية خاصة من حيث عقود الملكية المرتبطة هي الأخرى بعملية المسح العقاري العام الذي ما زال هو الآخر لم ينتهي بعد لأسباب لا مجال لذكرها والتي أثرت تأثير سلبي على

وضعية العقار بصورة عامة، وكذا غياب خبراء التقييم العقاري الذي يؤدي إلى عرقلة تحديد قيمة العقار محل التمويل، وكذلك بالنسبة للرهن الرسمي الذي يخضع لقواعد عامة ينفرد بها في جميع مراحل تأسيسه ومدى فعاليته بالنسبة للدائن المرتهن، على اعتبار أن العقار المرهون يبقى في يد المدين الراهن خلافا للرهن الحيازي، كذلك تتجلى أهمية الموضوع من خلال صدور الكثير من النصوص القانونية التي تعنى بتنظيم موضوع هذا البحث سوى تعلقت بالقروض العقارية أو بالرهن العقاري والعقار عموماً والتي سوف نقوم بمناقشتها وتحليلها.

أما عن الأهمية الاقتصادية والاجتماعية للموضوع فتدخل في سياق القروض العقارية وما تمنحه من حلول ومعالجة للمشاكل الاقتصادية والاجتماعية من خلال تسهيل عملية الاستثمار وحل لمشكلة السكن بالنسبة للأفراد، وفي المقابل ما ينجر عن هذه القروض العقارية من أعباء مالية كثيرة على المؤسسات المالية والتي لاحظناها من خلال الأزمة المالية العالمية لسنة 2008 (تسونامي الرهن العقاري)، كذلك ما يمثله العقار من أهمية للمجتمع، فما حاجة الناس للسكنى أصبح العقار أحد طرق الإستثمار، بل ومن أهمها، وأكثرها إنتشاراً، وأمناً عند الكثير من الأشخاص أفرادا كانوا أو مؤسسات أيضاً تتجلى أهمية الموضوع في الطفرة السكانية والإقتصادية التي تشهدها الجزائر، مما يستلزم بناء عدد كبير من المساكن والمباني، وذلك يحتم دراسة موضوع القرض العقاري والرهن الرسمي العقاري وتبيان أحكامه القانونية والفقهية.

أسباب اختيار الموضوع:

كان وراء اختيارنا لهذا الموضوع والذي تتجاذبه عدة تساؤلات عديدة، ويثير من الناحية القانونية إشكاليات على قدر كبير من الأهمية عدة أسباب ودوافع موضوعية وأخرى شخصية ذاتية يمكن إيجازها فيما يلي:

- فالأول اهتمامي بمجال القانون العقاري ورغبتني في البحث في موضوع يتوافق مع تخصصي.
- أما السبب الثاني هو أن هذا الموضوع أصبح يشكل موضوع الساعة وطنيا ودوليا، لما له من أهمية سبق الإشارة إليها، وما له من انعكاسات قانونية واقتصادية وحتى اجتماعية.
- أما عن الدوافع الموضوعية فهي الوقوف على جميع النصوص التشريعية والتنظيمية الوطنية المنظمة للعملية سواء القرض العقاري أو الرهن الرسمي مع الاستعانة بالتشريعات المقارنة بقصد المقارنة والتمحيص فيها.
- السبب الموضوعي الآخر هو أن هذا الموضوع يطرح ويثير العديد من المنازعات القضائية بين الأطراف نتيجة الإشكالات التي قد تعترضهم في الوفاء بالتزاماتهم التعاقدية.
- الدافع الموضوعي الأكثر هو من أجل التعرف على أحد الضمانات الهامة للقرض العقاري وهو الرهن الرسمي باعتباره أحد أهم وأحدث التأمينات العينية الخاصة للقرض العقاري على ضوء ما يتميز به من إيجابيات وما له من سلبيات أيضا مما يجعل البنوك (المؤسسة المقترضة) تشتترط ضمانات إضافية كإكتساب تأمين لدى صندوق الكفالة المتبادلة و ضمان القرض العقاري والتأمين كآلية مستحدثة للضمان.

أهداف موضوع البحث:

- تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق ما يلي:
- التعرف على مفهوم كل من القرض العقاري والرهن الرسمي وما يميزهما عن غيرهم سواء القروض أو الرهون بصورة عامة.
- إبراز أهمية الضمانات العينية في تنفيذ الالتزام الملقى على عاتق أحد الأطراف، والتي لها الأثر الفاعل في عمليات التمويل التي تقوم بها البنوك بهدف تعزيز ضماناتها ومحفظتها العقارية.

- تبيان كذلك خصوصية كل من القرض العقاري والرهن الرسمي من حيث إنشائهما ونتائجهما وآثارهما.

- الوقوف على ما يثيره موضوع الدراسة من منازعات قضائية بين الأطراف إما بسبب السلبات التي يطرحها الرهن الرسمي ومدى كفايته كضمان عيني كاف للقرض العقاري.

- كذلك الوقوف على الثغرات التشريعية وآثار ذلك على وضعية الضمانات، وكذا استعراض مواقف القضاء الوطني أو الفقه لمعرفة ما إذا كان قادرا على تجاوز الصعوبات والعراقيل التي تهدد مصير الرهن الرسمي كأحد أبرز هذه الضمانات العينية وتحد من فعاليته في حماية المؤسسات البنكية الدائنة.

الدراسات السابقة:

بعد البحث والتحري تبين لنا قلة اهتمام الفقه الجزائري بدراسة هذه المسألة والكتابة فيها، رغم أهميتها وإقرارها من طرف العديد من القوانين الوطنية بداية من القانون المدني إلى غاية قانون النقد والقرض، أما عن الدراسات التي تناولت الموضوع فكانت دراسات جامعية في شكل رسائل ماجستير والتي تبقى غير ملمة كفاية بالموضوع لأن أغلبها جاءت لمعالجة جزء من الموضوع سواء الرهن بصورة عامة أو دراسة خاصة بمخاطر القروض العقارية، كذلك أن هذه الدراسات عالجت مواضيعها من أوجه اقتصادية أو مالية أكثر منها معالجة قانونية، وغاية ما وجدت من هذه الدراسات نذكر منها مذكرة لنيل شهادة الماجستير للباحثة شلغوم رحيمة بعنوان ضمانات القرض والتي كانت قد عالجت جزئية من هذه الأطروحة إلا أنها لم تكن ملمة بكل الجوانب فكانت دراسة عامة لضمانات القرض، أيضا مذكرة لنيل شهادة ماجستير للباحثة بنت الخوخ مريم بعنوان فعالية الرهن العقاري كضمان والتي عالجت الموضوع من زاوية واحدة وهو الرهن العقاري وكانت دراسة سطحية دون تعمق، ورغم ذلك حاولت الاستناد إلى

بعض الدراسات المقارنة منها واهمها أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة محمد الخامس المغرب بعنوان الائتمان البنكي بين الكفالة كضمانة شخصية والرهن الرسمي كضمانة عينية.

إشكالية البحث:

أمام كل ما سبق التطرق إليه تبقى القروض العقارية ورغم أهميتها في حل الكثير من المشاكل الاقتصادية والاجتماعية، إلا أن هذه القروض ونتيجة لما تتميز به من ضخامة مبالغها وطول آجال سدادها تجعل المؤسسات المصرفية المانحة تبحث عن ضمانات كافية، وإذا كان الرهن الرسمي العقاري يشكل ضمانا عينية مفضلة لدى الدائن المرتهن لما يضمن له من حق في استيفاء دينه من العقار محل الرهن من غير أن يحمله عبئا في إدارته واستغلاله.

مما تقدم طرحه نورد الإشكالية التالية:

- ما مدى كفاية الرهن الرسمي كضمان للقرض العقاري، وهل هذه الفعالية تحتاج إلى ضمانات أخرى تدعمها أم أنها كافية لوحدها لضمان القرض العقاري؟
- وعلى ضوء هذه الإشكالية يمكن طرح التساؤلات التالية:
- ما المقصود بالقرض العقاري والرهن الرسمي؟
- ما هي مميزات القرض العقاري وتفرقه عن العقود المشابهة له؟
- ما هي مراحل إنشاء الرهن الرسمي كضمانة عينية للقرض العقاري؟
- كيف نظم المشرع الجزائري أحكام القرض العقاري والرهن الرسمي؟
- ما مدى كفاية الرهن الرسمي كضمان للقرض العقاري؟
- ما هي الآليات القانونية والمؤسسية الضامنة والمشجعة للبنوك على منح القروض العقارية؟

المناهج المعتمدة في البحث:

لتفكيك الإشكالية وتحقيقاً لأهداف البحث السابقة، ووصولاً لأفضل الأساليب والطرق للكشف عن العلاقة بين القرض العقاري والرهن الرسمي ومعرفة مدى كفاية هذا الأخير كضمان عيني كاف للقرض العقاري فإننا وظفنا العديد من المناهج فيما يعرف بالتكامل المنهجي. حيث اعتمدت على المنهج الاستقرائي في دراسة واستقراء بعض الكتابات والدراسات السابقة المتعلقة بموضوع البحث، كما وظفت المنهج الوصفي بهدف إبراز خصوصية أهم الجوانب النظرية التي تمس موضوع الأطروحة والمتعلقة بالقرض العقاري والرهن الرسمي في التشريع الجزائري وذلك من خلال الوقوف على جميع النصوص القانونية المنظمة لهذا الموضوع، كما اعتمدت أيضاً على المنهج التحليلي لتحليل ومناقشة آراء الفقهاء ومحاولة نقدها للوصول في الأخير إلى الأساس القانوني السليم الذي يمكن أن يستند إليه في دراستنا هذه.

خطة البحث:

لتحقيق أهداف البحث ومعالجة الإشكالية المطروحة سابقاً، قمت بتقسيم هذه الأطروحة إلى خطة

ثنائية التبويب كما يلي:

الباب الأول: ماهية القرض العقاري والرهن الرسمي.

الباب الثاني: مدى فعالية الرهن الرسمي كضمان للقرض العقاري.

خاتمة: ضمنيتها ما توصلت إليه من نتائج وتوصيات.

الباب الأول

ماهية القرض العقاري
والرهن الرسمي

الباب الأول: ماهية القرض العقاري والرهن الرسمي.

مع تزايد الطلب على السكن أصبحت الضرورة ملحة لإيجاد إطار عملي وقانوني لتسهيل عملية الحصول على سكن، حيث تبنت الدولة سياسات جديدة في هذا المجال مثل البيع بالإيجار، القروض الميسرة، القروض العقارية، هذه الأخيرة التي تأخذ شكل عقد يمنح من خلاله البنك أو المؤسسة المقرضة مبلغا من النقود إلى المقترض والذي قد يكون فردا عاديا أو مرقيا عقاريا وذلك إما بهدف شراء مسكن، أو القيام ببنائه، أو ترميمه أو توسيعه أو تعليته، وذلك إما مقابل أن يلتزم المقترض بدفع ما بقي على عاتقه كأقساط وفوائد متفق عليها مسبقا بالإضافة إلى تأسيس ضمانات كافية تضمن قيامه بسداد الدين، وبهذا الوصف يعتبر القرض الموجه لتمويل السكن أو ما يصطلح على تسميته بالقرض العقاري ليس حديث النشأة ولكن ممارسته لازالت تطرح مجموعة من المشكلات أو التحديات حالت دون تحقيق الهدف المرجو منه، ولهذا فإن البنوك ترى في القرض العقاري عبئا حقيقيا يهدد سيرها بسبب ضخامة مبلغه وطول مدته وخطر يهدد نقص سيولتها، ومن ثم نجدها تشترط على المقترض تقديم ضمانات كافية تضمن بها أموالها.

ويُعد الرهن باعتباره تأمينا عينيا للقروض العقارية بصفة عامة لكونه يعطي للبنك إمكانية الولوج المباشر إلى ذمة المقترض لتحصيل دينه بالأفضلية على باقي الدائنين، وكذا إمكانية تتبع العقار المرهون في أي يد كانت، حيث يعد القانون المدني هو القانون الأم الذي نظم أحكام الرهن من المواد (882 - 936)، وقد حدد نفس القانون ثلاث أنواع لهذا الرهن: قضائي، رسمي، اتفاقي، وبالرغم من هذا التنوع الذي يقترحه القانون المدني الجزائري في أنواع الرهن فإن معظم البنوك تفضل الرهن الرسمي الإتفاقي وذلك لما يوفره هذا الأخير من حرية في إدراج ما يناسبها من شروط تتوافق واتفاقيه القرض

ضف إلى أنه يعطيها إمكانية مهرة بالصيغة التنفيذية من طرف الموثق المحرر له، وبذلك تتفادى اللجوء إلى المحكمة للحصول على نفس الصيغة مثل ما هو في الرهن القانوني.

ورغم هذا التفضيل للرهن الرسمي الإتفاقي يبقى تقبله من طرف البنك وكذا المقترض على امتعاض بسبب حجم المشاكل التي تعتريه والتي تجعل في بعض الأحيان يستحيل على المقترض تأسيسه خاصة وأن البنوك تشترط التقديم المسبق لسند الملكية للعقار محل الرهن، كذلك أثناء مرحلة سريان العقد وعند إقبال المقترض على التصرف في العقار المرهون وهو الحق الذي كرسه له القانون المدني فإن البنك يجعل الدين حال الأداء، متفاديا بذلك اللجوء إلى الإجراءات التي قد تطول مدة من الزمن الذي (الزمن) يعتبر عنصرًا حاسمًا في مشاريعه، والإشكالية تطرح كذلك في مرحلة تحصيل الدين وإن كان له رهن امتياز أول درجة فإن ديون الخزينة العمومية وإمتياز المصاريف القضائية وحقوق العمال قد لا تترك له شيئًا باعتبار أن لها أولوية التحصيل والوقوف على كل هذا وقصد الإحاطة بالموضوع من جميع الجوانب ارتأينا تقسيم هذا الباب إلى فصلين ماهية القرض العقاري في (الفصل الأول) ثم التعرف على الرهن الرسمي كضمانة عينية للقرض العقاري في (الفصل الثاني).

الفصل الأول: ماهية عقد القرض العقاري.

يشهد قطاع السكن في الجزائر مشاكل كبيرة، تتمثل في ندرة الوحدات السكنية، حيث أن الطلب يفوق العرض، وبما أن مشكل السكن يعتبر ذا أهمية بالغة لدى العائلات الجزائرية، ومن أجل التخفيض من حدة هذه النذرة، تبنت الدولة العديد من الاستراتيجيات في مجال السكن، ولعل من بين هذه الاستراتيجيات دعوة المؤسسات المصرفية للاستثمار في مجال السكن من خلال تمويل القطاع عن طريق تقديم قروض مختلفة الأجال وهو ما يطلق عليه بالقروض العقارية، والتي تكون في شكل عقد يطلق عليه القرض العقاري يمنح وفقا لمقاييس ومعايير يحدد بعضها البنك المقرض والبعض الآخر تحددها القوانين المعمول بها ولتوضيح ذلك سنتطرق في هذا الفصل إلى مفهوم القرض العقاري وتحديد طبيعته القانونية في المبحث الأول وأنواع القروض العقارية ومخاطرها في المبحث الثاني، ثم نتطرق إلى ضمانات مواجهة مخاطر القرض العقاري في المبحث الثالث.

المبحث الأول: مفهوم القرض العقاري وتحديد طبيعته القانونية.

من خلال هذا المبحث سنحاول الإلمام بمفهوم القرض العقاري وذلك بالتطرق إلى تعريف القرض العقاري في (المطلب الأول) مستعرضين ذلك من عدة أوجه لغة وإصطلاحا ثم قانونا وفقها، كما سنتطرق إلى مميزاته واختلافه عن العقود المشابهة له في (المطلب الثاني)، ثم نحاول تحديد طبيعته القانونية في (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم القرض العقاري.

لا يمكن الإلمام بمضمون القرض العقاري إلا بعد التطرق إلى مفهوم القرض بوجه عام في (الفرع الأول) ثم تعريف العقار كذلك في (الفرع الثاني)، وهذا من أجل تكوين مرجعية معلوماتية من خلالها يتم التوصل إلى معرفة القرض العقاري في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف القرض.

للحديث عن مدلول لفظ القرض يقتضي تعريفه في اللغة والإصطلاح ثم في القانون والفقه.

أولاً- تعريف القرض لغة وإصطلاحاً:

1- تعريف القرض لغة: يعرف القرض لغة ما تعطي غيرك من المال على أن يرد إليك بعد أجل

معلوم⁽¹⁾ والقرض الحسن هو القرض الذي يكون فائدة تجارية، وقال تعالى "...واقرضوا الله قرضاً حسناً..." الآية 18 من سورة الحديد.

وتقابل كلمة قرض في اللغة العربية العديد من المرادفات فنجد مفردة "الاتئمان" فيقال اتئمت فلان فلاناً، أي عده أميناً عليه وجديراً بالثقة ورد الأمانة إلى أهلها⁽²⁾، قال تعالى « فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أمانته» الآية 283 من سورة البقرة، كما نجد مفردة "السلفة" وتعني المال المقترض وجمعها سلف، وكثيراً ما يصطلح على تسميته القرض الاستهلاكي.⁽³⁾

2- تعريف القرض اصطلاحاً: كلمة قرض تقابلها باللغة الفرنسية كلمة "Crédit" وهي مشتقة من

الكلمة اللاتينية "Créditum" والتي تجد أصلها بدورها من الفعل اللاتيني "Crederere" ومعناه وضع الثقة⁽⁴⁾ (avoir confiance)، وعنصر الثقة يعد أهم عنصر تقوم عليه عملية الإقراض لأنها هي الأساس الذي يمكن المقرض من منح المبلغ المالي للمقترض، ذلك لأنها تعطيه تأميناً على أنه سوف يرجع له المبلغ لاحقاً.

(1) شاكِر القزويني، محاضرات في اقتصاد البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، ص 90.

(2) لطيفة طالي، القرض العقاري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، (فرع عقود ومسؤولية)، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2001-2002، ص 5.

(3) لطيفة طالي، المرجع نفسه.

(4) Hervé le Lorgane, mathématique du crédit, Cyrolles, Paris, 1991 p24

ثانيا: تعريف القرض قانونا وفقها.

1- **التعريف القانوني للقرض:** نجد معنى كلمة قرض من خلال نص المادة 450 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾ على أن قرض الاستهلاك هو: « عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع والقدر والصفة».

كما وردت كلمة قرض من خلال القانون 90-10 المتضمن قانون النقد والقرض وهذا في المادة 112 بنصها كالآتي: « تشكل عملية قرض في تطبيق هذا القانون كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر أو يأخذ بموجبه لمصلحة الشخص الآخر التزاما بالتوقيع، كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان...» وهو نفس المضمون الذي جاءت به المادة 68 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض⁽²⁾ المؤرخ في 20/02/2006.

كما تضمن القانون رقم 06-05 المتعلق بتوريق القروض الرهنية⁽³⁾ تعريف القرض في المادة 02 منه على أنه «السلفيات الممنوحة من البنوك والمؤسسات المالية في إطار تمويل السكن» بالإضافة إلى القانون رقم 86-12، المتعلق بنظام البنوك والقرض⁽⁴⁾ نجد في المادة 32 منه عرف القرض بأنه: « يعد عملية قرض في مفهوم هذا القانون كل عمل تقوم به مؤسسة مؤهلة لهذا الغرض تضع مؤقتا وبمقابل أموال تحت تصرف شخص معنوي أو طبيعي أو تعد بذلك أو تتعاقد بالتزام موقع لحساب هذا الأخير».

(1) الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

(2) الأمر 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010.

(3) القانون رقم 06-05 المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بتوريق القروض الرهنية، الجريدة الرسمية، العدد 15 الصادرة في 12/03/2006.

(4) القانون رقم 86-12 المؤرخ 19/08/1986، المتعلق بنظام البنوك والقرض، الجريدة الرسمية، العدد 34، الصادرة في 14 ذو الحجة 1406.

وفقا لكل هذه التعاريف يمكن أن نستنتج الآتي:

- وجود اتفاقية بين المقرض والمقترض تتم في إطار عقد رضائي بين الطرفين والذي يخضع للقواعد العامة التي تحكم العقد.

- كذلك أنه لا يتطلب إفراغ إرادة طرفي العقد في الشكل الرسمي بمعنى استبعاد مبدأ الشكلية في عقد القرض قانونا، لكن عمليا اقتضت الضرورة على تحرير شكلية معينة للقرض قصد الحجة والإثبات، وفي ذلك أهمية كبيرة تكمن في توفير وسيلة لإثبات حقوق الأطراف عملا بنص المادة 333 من القانون المدني⁽¹⁾ قصد توفير الحماية القانونية الواجبة عند نشوب أي نزاع محتمل بين طرفي عقد القرض.

- كذلك أن محل عقد القرض يكون شيئا مثليا وغالبا ما يكون مبلغ من النقود موجه إلى تمويل المشاريع فينتقل المقرض إلى المقترض ملكية الشيء المقترض على أن يسترد منه مثله في نهاية القرض وذلك دون مقابل أو بمقابل هو الفائدة.

- ما يمكن أن نستخلصه أيضا أن أساس العلاقة في القرض هي علاقة مديونية مصدرها العقد.

2- التعريف الفقهي للقرض: يعطي رجال الفقه القانوني للقرض عدة تعاريف، فنجد الفقه العربي ممثلا في عبد الرزاق السنهوري يعرفه بقوله "عقد القرض يكون محله دائما شيئا مثليا هذا في الغالب، نقودا فينقل المقرض إلى المقترض ملكية الشيء المقترض على أن يرد مثله في نهاية القرض، وذلك دون مقابل أو بمقابل هو الفائدة".⁽²⁾

(1) سفيان زغبيدي، الآليات القانونية لمواجهة مخاطر القروض العقارية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الموسم الجامعي 2012-2013 ص 15.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة في الملكية، الجزء الخامس، دار الإحياء التراث العربي، بيروت، ط 1952، ص 419.

كما يعرفه البعض على أنه مبادلة مال حاضر، نقود أو بضاعة، بوعده وفاء أو تسديد أو دفع

مقابل (قادم) معنى ذلك أن يتنازل أحد الطرفين للآخر عن المال على أمل استعادته فيما بعد.⁽¹⁾

ويعرف أيضا بأنه تلك الخدمات المقدمة للعملاء والتي يتم بمقتضاه تزويد الأفراد والمؤسسات والمنشآت في المجتمع بالأموال اللازمة، على أن يتعهد المدين بسداد تلك الأموال وفوائدها والعمولات المستحقة عليها والمصاريف دفعة واحدة أو على أقساط في تواريخ محددة، وتدعم هذه العملية بمجموعة من الضمانات التي تكفل للبنك استرداد أمواله في حالة توقف العميل عن السداد بدون أي خسائر.⁽²⁾

أما الفقه الفرنسي فإنه يعتمد على عناصر أربعة لتحديد القرض (المدة - الثقة - الخطر - غياب المضاربة) ولو كانت مدة القرض تمتد لساعات، كما هو الحال في (crédit spot) وعنصر الثقة بإعتباره أهم عنصر تقوم عليه عملية الإقراض، وكذا عنصر الخطر الذي يوجد عنصر الثقة أو يُعدمه⁽³⁾، حيث تتنوع هذه الأخطار بين خطر إفسار المدين، وخطر عدم تحرير مبلغ القرض، وكذا غياب المضاربة، حيث يتلقى المقرض إيرادا على منحه القرض.

وما يعاب على الفقه الفرنسي أنه هو الآخر لم يعطي تعريفا واضحا للقرض واكتفى بذكر وتحديد العناصر التي يستند إليها القرض، ولهذا نرى التعريف الأشمل والأقرب هو التعريف الذي أستحدثه المشرع الجزائري في المادة 450 من القانون المدني الذي سبق أن اشرنا إليه.

وبعد استعراضنا لتعريف القرض ومن عدة أوجه نحاول تعريف العقار حتى يمكن وضع مفهوم

واضح ومحدد للقرض العقاري.

(1) شاكركر القزويني، المرجع السابق، ص 91.

(2) عبد المطلب عبد الحميد، البنوك الشاملة وعمليات إدارتها، دار الجامعة الإسكندرية، مصر، 2000، ص 103.

(3) le droit du crédit est celui de la confiance, il y a pour objet les institutions qui permettent au créancier de faire confiance parce qu'elle lui donnent l'assurance qu'il sera payé à l'échéance – Alain Couret – Jean Déreze – Gerard Hirogoyen sou la direction de Marie *Laure Hillion – Lécuyer lamy droit de financement haut bilan trésorie. Relation banque entreprise, 2édition LAMYS. A 1996 N° 2696 P 1286.

الفرع الثاني - تعريف العقار:

للحديث عن مدلول لفظ العقار يقتضي تعريفه في اللغة والإصطلاح ثم في القانون والفقهاء.

أولاً- تعريف العقار لغة وإصطلاحاً.

1- تعريف العقار لغة: العقار بفتح عينه وقافه والذي جمعه عقارات هو الشيء الثابت بطبيعته

واصله، وهو كل مال ثابت له أصل كالأرض والدار. وفي لسان العرب لإبن منظور العقار: المنزل

والضيعة (لا يملك دار ولا عقار) أي ما له دار ولا عقار: لا يملك شيئاً⁽¹⁾

2- تعريف العقار إصطلاحاً: إنتهج فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف العقار منهجين، يتفقان في

جزء ويختلفان في آخر، فقد إتفق عامة الفقهاء من أصحاب المذاهب الأربعة على دخول الأرض في

مسمى العقار، وحصل الإختلاف في ما عدا الأرض من مباني وغراس وغيرها هل تدخل في مسمى

العقار فساروا على إتجاهين:

- الإتجاه الأول: أن العقار لا يشمل سوى الأرض فقط، وأن الغراس والبناء لا يدخلان في مسمى العقار

وهو مذهب الحنفية والحنابلة، وأصحاب هذا الإتجاه يطلقون على البناء والغراس بالتبعية للأرض، فإذا

أنفصلا عن الأرض فليس بعقار.

- الإتجاه الثاني: أن العقار يطلق على البناء والشجر، كما يطلق على الأراضي، وهو مذهب المالكية

والشافعية لأنهم يجعلون العقار ما لا يمكن نقله وتحويله مع بقاء هيئته وصورته، وهذا يشمل البناء

والأشجار إذ بنقلهما تتغير حالتها وهيئتهما.

(1) المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، بيروت، الطبعة 43، سنة 2008، ص 519.

وعند النظر المجرد قد يقال أنه لا خلاف بين الإتجاهين السابقين بإعتبار أن أصحاب الإتجاه الأول يطلقون عن الأبنية والأشجار عقار إذا أتصلت بالأرض، بذلك أنهم يوافقون أصحاب الإتجاه الثاني.⁽¹⁾

ومما سبق فلعل الإتجاه المختار هو ما يوافق المالكية والشافعية خاصة أنه موافق للمعنى اللغوي الذي يوسع معنى العقار كما سبق بيانه في التعريف اللغوي.

ثانيا- التعريف القانوني والفقهى للعقار.

1- **التعريف القانوني للعقار:** عرفت المادة 683 من القانون المدني الجزائري العقار على أنه « كل شيء مستقر بحيزه ثابت في مكانه، ولا يمكن نقله من دون تلف، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول». من هذا النص نلاحظ أن المشرع الجزائري قد عرف العقار في الفقرة الأولى من نص المادة المذكورة سابقا، لكنه لم يعرف المنقول ذلك معناه أنه إذا عرفنا العقار فكل الأشياء التي ليست داخلية في ذلك تعتبر من المنقولات⁽²⁾ والأملاك العقارية بصفة عامة تنحصر في ثلاثة صور هي:

- أرض فضاء غير عامرة سواء كانت فلاحية أم لا.
- بناء مشيد بغرض السكن سواء كانت مساكن فردية أو جماعية (عمارات) أو تلك المخصصة للاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي.
- الأملاك الصناعية العمومية، وتتمثل في تلك المنشآت القاعدية الثابتة كالجسور والقناطر والطرق والمطارات.

فالعقار إذا هو الشيء الثابت الغير قابل للنقل من مكان إلى آخر بدون تلف وهذا خلافا للمنقول الذي يعد بحكم طبيعته قابلا للنقل والحركة، لذا نجد أن المشرع الجزائري قد ميز في قانون الإجراءات

(1) أحمد بن عبد العزيز العميرة، نوازل العقار "دراسة فقهية تأصيلية لأهم قضايا العقار المعاصرة"، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، 2011، ص39.

(2) إسحاق إبراهيم منصور، نظرية القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون سنة طبع، ص 260.

المدنية والإدارية⁽¹⁾ بين المنقول والعقار في الباب الخاص بالإختصاص القضائي، فأرجع ولاية النظر في القضايا المتعلقة بالعقارات والحقوق العينية إلى محكمة موطن العقار، أما في المواد المنقولة فالمحكمة التي يؤول إليها الاختصاص هي موطن المدعى عليه لأن المنقول ليس له موقع "موطن" ثابت بحكم طبيعته التي تسمح بنقله من مكان إلى آخر.

2- تعريف الفقه القانوني للعقار: لقد سار الفقه في تعريفه للعقار نفس النهج الذي سلكه المشرع

من ذلك نجد انه عرف العقار بحكم طبيعته هو كل شيء له مستقر ثابت لا يمكن نقله بدون تلف، فكل شيء حائز لصفة الإستقرار سواء كان ذلك في اصل خلقتة كالأرض، أو من صنع الإنسان كالبناء يعتبر عقارا بطبيعته، أما إذا كان يمكن نقله دون تلف كالأكشاك فلا تعتبر عقارا وإنما منقولاً⁽²⁾، كما يعرفه المرحوم عبد الرزاق السنهوري في كتابه الوسيط بأنه أي العقار هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه، لا يمكن نقله منه دون تلف. بإستقراءنا لهذه التعاريف نجد أن الفقه القانوني لم يختلف في تعريفه للعقار عن التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري. ونحن بدورنا نلاحظ أن التعريف القانوني جاء مناسباً للفظ العقار ويتمشى والتعريف اللغوي والإصطلاحي والذي سبق دراسته.

الفرع الثالث: تعريف القرض العقاري.

من خلال ما تقدم شرحه حول مفهوم القرض ومن عدة زوايا ومفهوم العقار أيضا يمكن استخلاص

تعريف القرض العقاري على النحو التالي:

- القرض العقاري هو مختلف العمليات المالية التي تهدف إلى تمويل الأشغال التي ترد على الأملاك العقارية، وذلك في إطار سياسة الدولة المنتهجة، التي توفرها عن طريق مصارفها لصالح القائمين بهذه

(1) القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جريدة رسمية، عدد 21، بتاريخ 2008/04/23.

(2) أنور طلبة، شرح قانون التمويل العقاري، المكتب الجامعي الحديث الأزاريطة - الأسكندرية، طبعة 2004، ص 13.

الأشغال، على أن يقوم هؤلاء بتسديد ما لهم من أموال والفوائد المترتبة عنه في الآجال المحددة في العقد.⁽¹⁾

- كذلك يمكن تعريف القرض العقاري على أنه قرض ينتمي إلى صنف القروض الطويلة الأجل والتي تمنحها مؤسسة القرض (البنوك والمؤسسات المالية) للعائلات والأسر لتمكينهم من تلبية متطلباتهم الاجتماعية كالحصول على سكن أو المتعاملين في الترقية العقارية لتمويل عمليات بناء وتجديد الأملاك العقارية من أجل إعادة بيعها أو تأجيرها.⁽²⁾ وبالتالي نخلص إلى أن القرض العقاري هو إحدى أصناف القروض الهادفة إلى التمويل الوحدات العقارية سواء في مجال الشراء أو بناء أو ترميم أو تحسين المساكن والوحدات الإدارية والمنشآت ومختلف المباني، ويكون هذا القرض مضمونا بحق إمتياز على العقار أو برهن رسمي عليه ويخضع قيد الإمتياز أو الرهن للقواعد العامة المطورة في القانون المدني الجزائري.

المطلب الثاني: تحديد الطبيعة القانونية للقرض العقاري.

إن تحديد الطبيعة القانونية للقرض العقاري المبرم ما بين الأفراد وإن كان بدافع بناء أو شراء عقار لا يطرح أي إشكال فهو قرض استهلاكي يخضع لأحكام القانون المدني، لكن التساؤل يطرح حول الطبيعة القانونية للقرض حينما يكون أحد أطرافه شخص معنوي كمؤسسة القرض ويكون الطرف الآخر فيه شخص طبيعي أو شخص معنوي من القطاع الخاص يريد اقتناء ملكية عقارية وعليه وجب تحديد أطراف القرض العقاري (الفرع الأول)، والبحث عن الوصف القانوني للقرض العقاري وطبيعته القانونية لكل طرف من أطراف العقد (الفرع الثاني).

(1) سفيان زغيدي، المرجع السابق، ص 17.

(2) لطيفة طالي، المرجع السابق، ص 10.

الفرع الأول: أطراف عقد القرض العقاري:

ينعقد القرض العقاري بين طرفين اثنين المقرض ويتمثل في مؤسسة القرض (المؤسسة المالية) وبين المقترض الذي قد يكون إما فردا عاديا أو شخص معنوي.

أولا- المقرض: استنادا إلى نص المادة 456 من القانون المدني الجزائري نجدها أوكلت عملية منح القروض الموجهة للأفراد إلى مؤسسات متخصصة بهذه العملية، يطلق عليها مؤسسة القرض، لكن إذا رجعنا إلى القواعد الخاصة للمنظمة للقطاع المصرفي ونعني بذلك أحكام الأمر 11-03 نجد أنه أورد في نصوصه الجهات التي تختص دون سواها بمنح القروض، وتتمثل في البنوك والمؤسسات المالية⁽¹⁾، وعليه نطرح السؤال التالي:

من هو البنك وهل البنك ليس بمؤسسة مالية أم أن هناك ما يميزهما عن بعضهما؟ وعليه سنستعرض تعريف كل منهما لتحديد هذا الفارق إن وجد.

1- التعريف القانوني للبنك: لم يضع المشرع الجزائري تعريفا قانونيا للبنك وإنما حدد مهامه وهذا استنادا إلى نص المادة 70 من الأمر 11-03 والتي اعتبرت أن البنوك هي المخولة دون سواها بالقيام بجميع العمليات المبينة في المواد 66 إلى 68 وباستقراء تلك المواد، والتي على أساسها يمكن تعريف البنك على أنه هيئة مالية تقوم بالعمليات المصرفية، في مقدمتها تلقي الأموال من الجمهور، وكذا القيام بعمليات القرض أي استخدام تلك الأموال المودعة لديها، وبالتالي نستنتج أن المشرع الجزائري اعتمد في تحديد مفهوم البنك على المعيار المادي أو الوظيفي للبنك.

1-1- تعريف البنك من الناحية الفقهية: هو منشأة مالية تنصب عملياتها الرئيسية على تجميع النقود الفائضة عن حاجة الجمهور ومنشآت الأعمال أو الدولة، لغرض إقراضها للآخرين وفق أسس معينة أو

(1) راجع المواد: 70 و 71 من: الأمر 11-03، المتعلق بالنقد والقرض.

استثمارها، كما يعرف كذلك بأنه هيئة مالية تتاجر بالنقود⁽¹⁾، حيث تتولى تجميع الودائع من الأفراد والمؤسسات وتقديمها للآخرين الذين هم بحاجة لها في شكل قرض.

2- التعريف القانوني للمؤسسة المالية: هي أشخاص معنوية تتولى القيام بالأعمال المصرفية ما عدا تلقي الأموال من الجمهور بمفهوم نص المادة 71 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

1-2 - التعريف الفقهي للمؤسسة المالية: بالنسبة للفقهاء القانونيين لم يوضع تعريف للمؤسسة المالية لكن تعريفها كان من الوجهة الاقتصادية أكثر منها قانونية حيث أقتصر على أنها مؤسسة استثمارية تستثمر أموالها الخاصة أو الأموال التي تحت إدارتها في أسهم شركات وسندات دين وسندات حكومية وقروض إسكان وعقارات تجارية وقروض بضمان أوراق مالية.

وعليه فالفرق بين البنك والمؤسسة المالية يتمثل في مصادر الاستخدام والتوظيف للأموال، حيث أن المصدر الرئيسي للبنك هو الودائع التي تتلقاها من الجمهور التي يحق لها توظيفها واستعمالها وهو الأمر المحظور على المؤسسات المالية القيام به.⁽²⁾

ثانيا: المقترض: قد يكون المقترض في عقد القرض العقاري شخصا طبيعيا أو معنويا، وتبرز أهمية التفرقة وتفضيل قائمة الأشخاص الذين تضي عليهم صفة المقترض في التشريعات التي تعطي أهمية لهذا الوصف وتترتب آثار قانونية على هذه الصفة تكفل له الحماية باعتباره طرفا ضعيفا في العقد ويحتاج إلى حماية قانونية.

1- المقترض شخص طبيعي: لكل فرد جزائري الجنسية ويتمتع بالأهلية الكاملة وله راتب شهري مستقر يضمن له سداد الأقساط المتفق عليها في عقد القرض العقاري، الحصول على قرض في المجال العقاري يهدف تمويل شراء أو بناء سكن جماعي أو فردي داخل الإقليم الجزائري، إلا أنه ليس كل الطلبات

(1) Michel Mathieu, l'exploitation bancaire et risque du crédit, France, 1995, P 27.

(2) سفيان زغيدي، مرجع سابق، ص 19.

المقدمة من هؤلاء الأفراد يتم قبولها، إذ يجب أن يمثل طالب القرض لجملة من الشروط والضمانات يقدمها لمؤسسة القرض حماية لمصالح هذه المؤسسة من مخاطر التوقف عن الدفع خاصة القروض العقارية التي سبق وأن أشرنا لبعض خصائصها بإيجاز، من خلال مقدمة الأطروحة وخاصة مقدار المبالغ والأموال الممنوحة وكذا مدة القرض التي تتميز بطول الأجل والتي سوف يتم التطرق إليها تفصيلا من خلال المطلب الثالث.

2- **المقترض شخص معنوي:** هنا الشخص المعنوي يأخذ شكلين في مجال القرض العقاري الذي يوجه للتمويل هما:

أ- التعاونية العقارية: من خلال المادة الأولى من القانون المتعلق بتنظيم التعاونيات العقارية⁽¹⁾، يعطي الحق لرب العائلة في اكتساب مسكن شخصي بكامل الملكية ولتحقيق ذلك تقوم التعاونية العقارية بتوقيع القرض العقاري لأجل البناء، لا تتجاوز مدته العمر القانوني للتعاونية.

ب- المقاول: بالنسبة للمقاول يمكنها أن تتقدم بطلب قرض عقاري لتقوم بتمويل مشروعها الخاص بالسكن، والذي يأخذ صورتين.

- عملية بدون تخصيص: في هذه الحالة يكون للمقترض العقاري أن يقدم مشاركة شخصية تغطي بنسبة 40 بالمائة كحد أدنى من تكاليف المشروع بما فيها ثمن العقار محل الإنجاز، ثم تتبع مشاركة بقرض مقدم من المؤسسة المصرفية أو المالية يغطي 60 بالمائة المتبقية من المشروع.

- عملية مخصصة: هنا يقدم المقترض العقاري مشاركة شخصية تقدر بـ 20 بالمائة من التكاليف بما فيها ثمن العقار والدراسة الأولية، كما يجب عليه إحضار قائمة بأسماء المستفيدين من السكنات بناء

(1) الأمر 76-92، المؤرخ في 23 أكتوبر 1976، المتعلق بالتعاونيات العقارية، جريدة رسمية العدد 12.

على عقد البيع على التصاميم تكمل بقرض عقاري يصل إلى 70 بالمائة من قيمة المشروع.⁽¹⁾

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للقرض العقاري.

بعدما تطرقنا إلى أطراف عقد القرض العقاري سواء من جهة المقرض أو من جهة المقترض سوف نحاول تحديد الطبيعة القانونية للقرض العقاري لكل طرف في عقد القرض.

أولاً: الطبيعة القانونية للقرض العقاري بالنسبة لمؤسسة القرض: إن القرض ليس عملاً تجارياً بطبيعته، إذ يعتبر عملاً مدنياً باعتباره أنه عقد من العقود المسماة والذي تطرق إليه القانون المدني في المواد 451 وما بعدها، ولكن يتغير وصفه ويكتسب الصفة التجارية إذ قام به مصرف "بنك"، ليأخذ وصف العمليات المصرفية والتي تدخل ضمن الأعمال التجارية بحسب موضوعها تأسيساً على ما جاء في نص المادة 02 فقرة 13 من القانون التجاري⁽²⁾ التي تنص: « يعد عملاً تجارياً بحسب موضوعه: - كل عملية مصرفية...»، ولا خلاف في اعتبار جميع العمليات التي تجريها البنوك والمؤسسات المالية من عقود وتصرفات مع العملاء بما فيها عقد القرض العقاري، تعد من قبيل الأعمال التجارية بالنسبة لمؤسسة القرض سواء كان بنكاً أو مؤسسة مالية.

ثانياً: الطبيعة القانونية للقرض العقاري بالنسبة للمقترض: كما سبق الإشارة إليه في أن المقترض قد يكون شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً وفي كل حالة يختلف الوصف القانوني للقرض العقاري وأي طبيعة قانونية يأخذ؟ وهو ما سنتطرق إليه بحسب كل حالة.

(1) رحمانى فائزة، تمويل الترقية العقارية في مجال السكن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص إدارة

مالية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 2003/2005، ص 95.

(2) الأمر 75-59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-27 المؤرخ

في 9 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فيفري 2005، جريدة رسمية، عدد 11

المؤرخة في 09/02/2005.

1- الطبيعة القانونية للقرض العقاري بالنسبة للأشخاص الطبيعية: يهدف الفرد من خلال لجوئه إلى القرض العقاري، إلى الحصول على سكن وهو بذلك يسعى لتلبية حاجياته الشخصية المتعلقة بالإيواء والسكن⁽¹⁾، ولا يهدف إلى الاستثمار وتحقيق الربح، ومن ثمة فلا يوجد ما يمنع من إخضاع القروض العقارية ضمن قانون حماية المستهلك والاعتراف بصفة الاستهلاك لهذا العقد وصفة المستهلك للمقترض المقتني للملكية⁽²⁾، حيث لا تنحصر التصرفات التي يعقدها الشخص بهدف الاستهلاك في الأشياء القابلة للاستهلاك باستخدامها مرة واحدة كالغذاء ولكنها تمتد لتشمل كل الأشياء والسلع الدائمة كالسيارات الأثاث المنزلي بل والعقارات كالمسكن ذاته⁽³⁾ في عملية الترميم والبناء، وعليه فإن طبيعة هذا القرض بالنسبة للأفراد تعتبر ذات طبيعة مدنية.

2- الطبيعة القانونية للقرض العقاري بالنسبة للأشخاص المعنوية: وتتمثل في تلك المؤسسات التي تقوم بنشاطات الترقية العقارية، حيث اعتبرت الأحكام التي جاء بها المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، على أن نشاط الترقية العقارية يتمتع بالصفة التجارية وبالضبط في المادة 04 منه⁽⁴⁾ والتي تنص على أنه « فضلا عن الأحكام التي نص عليها في هذا المجال المادة 2 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن قانون تجاري المذكور أعلاه، تعد أعمال تجارية بحكم غرضها، الأعمال التالية:

- كل نشاطات الاقتناء والتهيئة لأوعية عقارية قصد بيعها أو تأجيرها.

(1) لطيفة طالي، المرجع السابق، ص 12.

(2) مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، مقدمة الأعمال التجارية والمؤسسة التجارية والشركات التجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1993، ص 19.

(3) حسن عبد الباسط جمعي، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 09.

(4) المرسوم التشريعي، رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، جريدة رسمية، عدد 14 المؤرخة في 03 مارس 1993.

- كل النشاطات التوسعية في الميدان العقاري، لاسيما بيع الأملاك العقارية أو تأجيرها...»، ومن ثم نخلص إلى اعتبار القرض العقاري يكتسي الصفة التجارية للطرفين مانح القرض وهو البنك أو المؤسسة المالية، ومتلقي القرض أي مؤسسة الترقية العقارية حيث تعد أعمال تجارية بحسب موضوعها.

- بينما إذا كان الشخص المعنوي في شكل تعاونية عقارية فإنه وحسب المادة 93 من الأمر المتعلق بتنظيم التعاونيات العقارية⁽¹⁾، فإن التعاونية معفية من الضرائب الخاصة بالنشاط الصناعي والتجاري، ومنه نستنتج أن طبيعة القرض العقاري لها طبيعة مدنية كونها تمثل جمعيات تعاونية لا تسعى إلى المضاربة وتحقيق الربح.

المطلب الثالث: خصائص القرض العقاري وتميزه عن العقود المشابهة.

سبق وأن تعرضنا للتعريف المختلفة للقرض التي جاء بها المشرع الجزائري بصورة عامة والتي جاء به فقهاء القانون، وعرجنا على تعريف المشرع والفقهاء للعقار ومنه استطعنا وضع وضبط مفهوم شامل للقرض العقاري والذي من خلاله سوف نحاول التعرف على خصائص هذا النوع من القروض (الفرع الأول) وكذا تميزه عن العقود المشابهة له من خلال (الفرع الثاني)، حتى نزيل الغموض الحاصل بين القرض العقاري وبعض العقود المشابهة، نظرا لدقة المصطلحات وكذا الآثار القانونية التي قد تختلف من عقد لآخر.

الفرع الأول: خصائص القرض العقاري.

يتميز العقد الذي يجمع بين المقرض والمقترض في عملية القرض العقاري بكونه يستمد بعض خصائصه من القواعد العامة والبعض الآخر من التقنيات الخاصة به، سواء من المراكز القانونية لأطراف العقد أو من العملية التمويلية في حد ذاتها، كما أن عملية القرض العقاري تتسم بالعديد من

(1) الأمر 76-92، المؤرخ في 23 أكتوبر 1976، المتعلق بالتعاونيات العقارية، جريدة رسمية العدد 12، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

المميزات أخرى منها ما ينتسب إلى العقد الذي تفرغ فيه العملية، ومنها ما يرجع إلى القرض في حد ذاته، ومن بين الخصائص التي يتميز بها عقد القرض العقاري باعتباره تصرف قانوني ينظم علاقة تعاقدية والتي تستمد من القواعد العامة لنظرية العقد، فيوصف بأنه عقد رضائي، وملزم لجانبين، وأنه من العقود الزمنية، وعقد معاوضة، إلا أن محل العقد مبلغ من النقود وكل ذلك وغيره سيتم تناوله تفصيلاً.

أولاً: القرض العقاري عقد رضائي: نستنتج من خلال نص المادة 450 قانون مدني جزائري بأن عقد القرض يعتبر من العقود الرضائية، التي تنشأ بمجرد تطابق إرادتي المقرض والمقترض فبمجرد تلاقي الإيجاب والقبول تنتقل ملكية مبلغ القرض إلى المقترض، أما تسليم هذا المال فهو التزام ينشأ عن عقد القرض في ذمة المقرض، وليس ركناً في العقد ذاته، فالتراضي كاف وحده لانعقاد عقد القرض دون حاجة لا إلى التسليم ولا إلى الشكل.

ولكن عملياً وتطبيقياً نجد أن عقد القرض عموماً والقرض العقاري خصوصاً تخضع بموجب العرف والممارسات المصرفية لنوع من الشكلية لكن الغاية منها هو تحقيق الحماية التعاقدية اللازمة وخاصة للطرف الضعيف في العقد، كذلك أن هذه الشكلية المتبعة في عقد القرض العقاري ما هي في الأصل إلا شكلية إثبات وليست شكلية انعقاد بمعنى ليست ركناً في عقد القرض، وتؤكد المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه: « وحيث أن القضاة حتى يتأكدوا من صحة الدعوى أن يقوموا ببحث وندب خبير مختص في المالية والحسابات ليبرز لهم عناصر القرض من عدمه وعندئذ يفصل في الدعوى لما تكون أمامه جاهزة لكنهم لم يفعلوا ذلك فكان قرارهم مشوب بالقصور في التسبب ومنعدم الأساس القانوني وهو الأمر الذي جعله عرضة للنقض»⁽¹⁾، يستشف من منطوق القرار أن عقد القرض لا يخضع لمبدأ الشكلية والتي هي الأخرى تتطلب الكتابة الرسمية والتي تكون على شكل نموذج أو سند يحدده القانون إما كنموذج يفرغ

(1) القرار الصادر عن الغرفة العقارية، المحكمة العليا، بتاريخ 2006/04/12، ملف رقم 311002، غير منشور.

فيه المتعاقدان هذا الاتفاق أو كعناصر أساسية يجب اعتمادها في العقد ولما كان منطوق القرار بنذب خبير لتحديد عناصر القرض فهذا يؤكد مبدأ رضائية عقد القرض دون الشكلية.

لكن بالنسبة لاتفاقيات القروض العقارية المبرمة بين مؤسسات القرض والمتعاملين في الترقية العقارية تتضمن بنداً صريحاً على إخضاع هذه الاتفاقية لإجراءات التسجيل والقيود، وهذا اتفاق صريح على جعل عقود القرض العقاري من هذه الفئة عقود شكلية،⁽¹⁾ ونظراً لما تتصف به عقود القروض العقارية من خصائص تميزها عن غيرها من حيث طول مدة القرض وضخامة مبلغ القرض في الغالب والتي سوف نتطرق إليها لاحقاً.

فنحن نرى ضرورة اعتماد ركن الشكلية في مثل هذه العقود حتى تكون الحماية القانونية أكثر لأطراف العقد لأن الكتابة الرسمية من طرف أجنبي عن العقد يساعد أكثر الطرف الضعيف في العقد والذي هو عادة المقترض وخاصة إذا كان شخص طبيعي في تحديد حقوقه والتزاماته ومعرفتهما، كما أن الموثق في تحريره للعقود ملزم بتقديم النصيحة والتي يحتاجها الطرف الضعيف في عقد القرض ونخص هنا المقترض كشخص طبيعي، بالإضافة إلى أن الشكلية لها دور كبير في الإثبات كسند رسمي يرجع إليه القاضي في حالة وقوع أي نزاع بين أطراف عقد القرض العقاري.

ثانياً: القرض العقاري يكون نقدياً: يجب أن يكون المحل في عقد القرض من الأشياء المثلية القابلة للاستهلاك، كالسلع والبضائع غير أنه عملياً يؤكد أن الشيء المقترض يكون في معظم الحالات مبلغ من النقود، مما دفع المشرع على تخصيصها بالذكر في نص المادة 450 من القانون المدني الجزائري، فيدخل القرض العقاري ضمن صنف القروض النقدية، إذ وحسب نص المادة المذكورة « يكون محل القرض الاستهلاكي مبلغ من النقود أو شيء آخر » وتخصيص المشرع بذكر مبلغ نقدي، كذلك الواقع يفرض نفسه والمتمثل في كون الشيء المقترض دائماً ما يكون مبلغاً من النقود حتى أصبح القرض

(1) لطيفة طالي، المرجع السابق، ص 25.

النقدي المعني الأكثر شيوعا لكلمة قرض⁽¹⁾، وهذه الصفة النقدية للقرض تأخذ حصتها من حيث التنظيم القانوني، في التشريعات المقارنة، حيث يطبق عليها القانون الفرنسي مجموعة من القوانين الخاصة والمتعلقة بأسعار الفوائد المختلفة «الربا، التقييس...» والتي لا نجد لها مقابلا في التشريع الجزائري.⁽²⁾

ثالثا: القرض العقاري قرض بفائدة: لقد ميز المشرع الجزائري من خلال نصوص القانون المدني في المواد 454، 455، 456 بين نوعين من القروض:

- النوع الأول هي قروض تمنع فيها الفائدة والتي تبرم بين الأفراد (الأشخاص الطبيعيين)، وفي ذلك سلك المشرع الجزائري مسلك الشريعة الإسلامية التي تعتبرها بمثابة ربا وبالتالي فهي محرمة شرعا وممنوعة قانونا.⁽³⁾

- أما النوع الثاني وهو الذي نحن بصدد دراسته هي القروض التي تمنحها المؤسسات المالية والبنوك بغرض الاستثمار وتشجيع الأنشطة الاقتصادية وتمويل المشاريع العقارية والتي تتم في شكل عقد القرض ويقع على أطرافه تحديد نسبة الفائدة وتضمينها في اتفاقية القرض وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها « حيث بالرجوع للقرار المطعون فيه والحكم المؤيد منه يتبين أن القرض الممنوح للطاعن لم يكن محل اتفاقية أبرمت بين الطرفين وتضبط شروط التسديد والأقساط ونسبة الفوائد وهذا ما يجعل الاستناد لفوائد معينة أمرا يتعذر تحقيقه.

وحيث أن قضاة الموضوع بالحكم بفوائد لم تكن مبنية على نسبة معينة مضبوطة ومتفق عليها فيكونوا قد تجاوزوا سلطتهم الأمر الذي يعرض القرار المطعون فيه إلى النقص».⁽⁴⁾

(1) le crédit immobilier est un prêt d'argent destiné à financer des opérations à caractère immobilier
GAy Raymond, crédit immobilier concurrence et consommation. Fax D99, 1997 page 3.

(2) لطيفة طالي، المرجع السابق، ص 25.

(3) خالف المشرع الجزائري التشريعات المقارنة (المصرية والفرنسية) والتي تبيح أن تكون فائدة للقرض بين الأفراد.

(4) قرار صادر عن الغرفة المدنية القسم الثاني، المحكمة العليا، المؤرخ في 19 أبريل 2006، ملف رقم 327763، غير منشور.

- وبالرجوع إلى نص المادة 456 من التقنين المدني الجزائري أكدت على جوازية إدراج الفائدة التي يحدد قدرها ونسبتها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية وهذا في إطار القروض الممنوحة لتشجيع النشاط الاقتصادي الوطني، ويدخل ضمن ذلك القروض العقارية التي تبرمها المؤسسة المقرضة مع أي طرف كان فردًا أو أي شخص معنوي، على اعتبار أن القروض المصرفية مهما كان نوعها هي عمليات استثمارية وتجارية للبنوك ومن ثم اشتراط الفوائد يعتبر من البديهيات وإلا عدت من قبل عقود العارية بدون عوض أو عقود التبرع، وهذا ما يخالف المهام الرئيسية للبنوك والمؤسسات المالية.

كما أن سعر الفائدة الذي تشترطه البنوك بل وتحرص عليه في اتفاقية القرض وتماشيا مع سلوك المجتمع المرتبط بعقيدته الإسلامية والتي تحرم سعر الفائدة، وهذا أثر كثيرا على نظرة المجتمع سواء كأفراد وحتى مؤسسات نحو اللجوء إلى مثل هذه القروض بما فيها القروض العقارية، وبالتالي أثر ذلك على سياسة الدولة في محاولة القضاء على أزمة السكن وأيضا على البنوك التي مازالت تبحث عن صيغة أخرى تعوض سعر الفائدة، على اعتبار أن القوانين والأنظمة يجب أن تتماشى والسلوك العام للمجتمع حسب عقيدته الإسلامية.

رابعاً: القرض العقاري من عقود المدّة: يعتبر القرض العقاري من العقود الزمنية والذي يعتبر فيها عنصر الزمن من بين خصائصها وهي قروض متوسطة إلى طويلة الأجل في الغالب والتي تتراوح ما بين 7 سنوات إلى 30 سنة، وعنصر المدّة يدخل ضمن مدى تنفيذ الأطراف لالتزاماتهم التعاقدية خاصة من جانب المقترض باعتباره أنه يقوم في الغالب بتقسيم التسديد مع احتساب سعر الفائدة وهذا عادة تقوم به البنوك العقارية التي تمول قطاع السكن والتعمير، بخلاف البنوك التجارية التي تعتمد على القروض قصيرة الأجل⁽¹⁾ وباعتبار أن القرض العقاري من العقود طويلة المدّة، وكذا ضخامة المبلغ الممنوح وقيمة

(1) الطاهر لطرش، تقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون، طبعة سنة 2005، ص 75.

العقار الممول وسعر الفائدة المتغير فإن الحاجة إلى تثبيت ذلك في عقد يوقعه طرفاه ضرورة ملحة تتجسد أهميتها في:

- توفير وسيلة لإثبات حقوق الأطراف وفقا لنص المادة 333 من القانون المدني الجزائري.
- توفير الحماية القانونية اللازمة لمصالحهم حيث أن انعدام الكتابة الرسمية كما أشرنا إلى ذلك قد يؤدي إلى تسرع وتهور المتعاقد في إبرام العقد دون أن يقدر الأمور حق قدرها بمعنى حقيقة الالتزامات التي ستقع على عاتقه.

- كذلك على مؤسسات القرض المصرفية أن تتبنى صيغة العقد النموذجي الموحد⁽¹⁾ حيث أن عقود القرض تختلف من بنك إلى آخر ومن نوع إلى آخر ومن فترة لأخرى حيث تبقى لمؤسسة القرض الحرية في التعديل فيه حسب المتغيرات، مما سبق يمكن القول أن الشكلية كركن من العقد غائبة وهذا راجع لغياب نص قانوني أو تنظيمي يوجب إفراغ القرض العقاري في شكل رسمي واحتياطيا وجب تضمين اتفاقية القرض بندا يتعلق بضرورة تسجيلها لأن التسجيل شكلية اتفاقية.

الفرع الثاني: تفرقة القرض العقاري عن العقود المشابهة.

يعتبر عقد القرض العقاري من بين القروض الائتمانية هذه الأخيرة تشكل بدورها مجموعة من العمليات الائتمانية التي تكون في غالب الأحيان قروضا⁽²⁾ تشترك مع القرض العقاري في بعض الخصائص وتختلف في البعض الآخر منه، ومن هذه العمليات الموسعة للقروض نجد القرض الإيجاري فتح الاعتماد، عمليات الخصم، الضمان الاحتياطي.

(1) لطيفة طالي، المرجع السابق، ص 26.

(2) الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 77.

أولاً: القرض الإيجاري.

1- تعريف القرض الإيجاري: يعرف القرض الإيجاري، على أنه عملية مصرفية ومالية تتم بموجب عقد قانوني تأجير أجهزة وأدوات إنتاجية من وحدة مالية تملكها إلى وحدة إنتاجية تستخدمها لفترة معينة مقابل أقساط محددة للتسديد.

وعليه فالقرض الإيجاري هو أسلوب من أساليب التمويل يقوم بمقتضاه الممول (المؤجر) بشراء أصل رأسمالي يتم تجديده ووضع مواصفاته بمعرفة المستأجر الذي يتسلم الأصل من المورد على أن يقوم بأداء قيمة إيجارية محددة للمؤجر كل فترة زمنية محددة مقابل استخدام وتشغيل الأصل، وفي ظل هذه العلاقة التعاقدية يحتفظ المؤجر⁽¹⁾ بحق ملكية الأصول الرأسمالية المؤجرة، ويكون للمستأجر في نهاية مدة العقد أن يختار بين أحد البدائل الثلاثة وحسب الاتفاق إما شراء الأصل المؤجر مقابل ثمن منفق عليه وإما تجديد عقد الإيجار من قبل المستأجر مع الشركة المؤجرة لمدة أخرى أو إرجاع الأصل إلى الشركة المؤجرة.

2- خصائص القرض الإيجاري: باعتبار القرض الإيجاري وسيلة للتمويل فإنه يمكن أن نستنتج من تعريفه الخصائص التالية:

أ- أنه علاقة تمويلية ذات أبعاد ثلاثة.

- المورد: أو المنتج للسلع الإنتاجية من أجهزة وآلات وغيرها (منقولات).

- المؤجر أو الوسيط المالي: وهو المصرف المتخصص أو المؤجر الذي يبحث عن وسيلة لتوظيف مدخراته، وهو يفضل التوظيف الائتماني طويل الأجل.

- المستأجر: وهو الذي ينتفع بهذه الآلات أو الأجهزة (منقولات) أي المنتفع من عملية التمويل.

(1) سمير محمد عبد العزيز، التأجير التمويلي ومداخله، المالية المحاسبية، الاقتصادية، التشريعية والتطبيقية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفني، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2000، ص 80-81.

ب- أنه ائتمان عيني وليس نقدي.

ج- هو ائتمان إنتاجي.

د- ائتمان طويل الأجل.

3- أنواع القرض الإيجاري: يأخذ الائتمان الإيجاري عدة أنواع أهمها حسب طبيعة وموضوع العقد قرض إيجاري للأصول المنقولة ويشمل التجهيزات وأدوات الاستعمال الضرورية لنشاط المؤسسة المستعملة وهي كأنواع قروض الإيجار الأخرى، وقرض إيجاري للأصول غير المنقولة وتخص تمويل أملاك غير منقولة كالمباني الموجهة للاستعمال التجاري أو لممارسة المهن الحرة وتشمل المباني في طور التشييد، القرض الإيجاري الخاص بالمحلات التجارية والمنشأة الحرفية⁽¹⁾، أما حسب أصل أطراف القرض، فقد يكون طرف وطني كما قد يكون طرف أجنبي.

4- التفرقة بين عقد القرض العقاري والقرض الإيجاري:

أ- من حيث الطبيعة القانونية: يعتبر الائتمان الإيجاري ذات طبيعة تجارية بنص القانون وبالتالي تخضع لقواعد القانون التجاري، بينما يعتبر القرض العقاري في وصفه مدني من جهة المقترض خاصة إذا كان شخص طبيعي أو تعاونية عقارية.

ب- من حيث محل التمويل: يهدف الائتمان الإيجاري إلى تحويل أصول منقولة وعقارية بينما يقتصر القرض العقاري على تمويل العقارات فقط من شراء، بناء، ترميم، توسيع للعقارات.

ج- من حيث الأطراف: إذا كان القرض العقاري ينحصر طرفاه في المؤسسة المالية كمقرض والعميل أو الزبون كمقترض وكطرف ثان، بمعنى عقد القرض العقاري ثنائي الأطراف بينما القرض الإيجاري عقد ثلاثي الأطراف هم: المؤسسة الموردة، المؤسسة المؤجرة، والمؤسسة المستأجرة، وقد سبق التطرق لهم.

(1) راجع المواد 1، 2، 3، 4، من الأمر 96-09 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المتضمن الاعتماد الإيجاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 3 الصادرة بتاريخ 14/01/1996.

د- من حيث القانون المنظم لكليهما: الاعتماد الإجاري يخضع في عملية تنظيمه لقانون خاص من حيث أحكامه وهو الأمر 09-96 المتضمن الاعتماد الإجاري، بخلاف القرض العقاري تحكمه القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني أكثر من النصوص الخاصة التي جاء بها قانون النقد والقرض.

ثانيا- فتح الاعتماد:

1- تعريف فتح الإعتماد: هو التزام البنك بوضع وسائل الأداء تحت تصرف المستفيد أو للغير المعني من طرفه في حدود مبلغ معين من النقود، بمعنى أكثر وضوحا فتح الاعتماد عبارة عن عقد ينشأ بين طرفين هما البنك والمستفيد، حيث يلتزم فيه الأول أي البنك بأن يضع تحت تصرف الثاني وهو المستفيد⁽¹⁾ مبلغا معيناً من المال يتم فيه العقد على طريقة استخدامه بحيث يستطيع المستفيد سحبه كله أو بعضه خلال مدة معينة أو غير معينة، وفي مقابل ذلك يلتزم المستفيد بإعادة المبالغ التي استعملها فعلا من الاعتماد، إضافة إلى دفع الفائدة والعمولة التي يتفق عليها الطرفين في العقد.

2- التفرقة بين عقد القرض العقاري وفتح الإعتماد: تكمن نقاط الاختلاف بين فتح الاعتماد

الذي يصنف على أنه عقد قرض وعقد القرض العقاري في نقاط معينة سيتم توضيحها وهي:

أ- من حيث الصيغة القانونية: حيث يصنف القرض العقاري على أنه عقد من عقود القروض، بينما يصنف فتح الاعتماد على أنه وعد بقرض⁽²⁾ والبعض يصنفه على أنه عقد تمهيدي لعمليات أخرى تتم تنفيذا له، كعقود القرض أو الخصم أو الضمان أو قبول سفتجة مثلا.

(1) الطاهر البارودي، القانون التجاري - العقود التجارية - عمليات البنوك - الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص 390.

(2) شاكرك القزويني، المرجع السابق، ص 93.

ب- من حيث طريقة صرف مبلغ القرض: التي تكون دفعة واحدة في القرض العقاري وذلك بوضع المبلغ تحت تصرف الزبون، أما في عملية فتح الاعتماد يكون للزبون سحب ما يشاء خلال المدة المتفق عليها.

ج- من حيث الاعتبار الشخصي: القروض العقارية تمنح في الغالب على اعتبار الضمان، بينما فتح الاعتماد يكون للاعتبار الشخصي وهذا يعني أن البنك لا يقدم على فتح الاعتماد للزبون إلا بناءً على بعض الاعتبارات المتعلقة بشخص الزبون وهو ما يعبر عنه بالجدارة بالثقة والائتمان.

د- من حيث سعر الفائدة المطبق: يسري في عقد القرض العقاري من إبرام العقد ومع كل مبلغ قرض بينما يسري في فتح الاعتماد من يوم القيام بسحب المبلغ.

ثالثاً - عملية الخصم:

1- تعريف عملية الخصم: عقد الخصم من العقود الائتمانية، ويتمثل في قيام البنك بشراء الورقة التجارية من حاملها قبل تاريخ الاستحقاق، ويمد هذا الشخص في الدائنة إلى غاية هذا التاريخ، فالبنك يعطي المبلغ النقدي لصاحب الورقة قبل أن يحين تاريخ الوفاء بها، وتعتبر عملية الخصم قرصاً باعتبار أن البنك يعطي مالا لحاملها وينتظر تاريخ الاستحقاق لتحصيل هذا الدين.⁽¹⁾

2- التفرقة بين عقد القرض العقاري وعملية الخصم: يكمن الاختلاف بين عملية الخصم

باعتباره قرصاً وبين القرض العقاري في النقاط التالية:

أ- من حيث الطبيعة القانونية: فإن عملية الخصم ذات طابع تجاري لأنها تقع في الغالب على الأوراق التجارية كالسفتجة والشيك والسند لأمر وغيرها. والعمليات المصرفية كذلك هي أعمال تجارية بحسب موضوعها، بينما القرض العقاري قد يكون عملاً مدنياً إذا قام به المقترض لتلبية حاجاته الشخصية وتجارياً إذا كان يهدف إلى الاستثمار المهني أو الاقتصادي.

(1) الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 66.

ب- من حيث الأطراف في العقد: عملية خصم يلجأ إليها التجار والمؤسسات المالية فيما بينها، بينما ينعقد القرض العقاري بين البنك وشخص عادي أو مرقى عقاري.

ج- من حيث الأجل: الخصم عملية قصيرة الأجل بينما عقد القرض العقاري فهو من العقود المتوسطة والطويلة الأجل في الغالب.

المبحث الثاني: أنواع القروض العقارية وآثارها.

يعتبر الحق في السكن، من بين الحقوق الأساسية للإنسان، إذ يكتسي أهمية كبيرة وحيوية للفرد وأسرته بوصفه شرطا أوليا لأي حد أدنى من مقومات العيش المستقر، مما جعل المشرع الجزائري يعتبره حقا دستوريا، ونظرا لهذه الأهمية التي يحظى بها السكن والتي تجعل من الفرد يحرص كل الحرص على توفيره بل وتملكه خاصة أن المواطن الجزائري يحرص كثيرا على مفهوم الملكية وحماية حياته الخاصة، بيد أن تملك السكن ليس مسألة سهلة المنال لفئة عريضة من المجتمع في ظل صعوبات الحصول عليه التي تزداد يوما بعد يوم لأسباب سبق ذكرها، الأمر الذي دفع بالمواطنين إلى البحث عن المال الذي يكفيهم لتحقيق هذا الهدف باللجوء إلى القرض العقاري، خاصة في ظل تنوع أشكاله وصوره في الجزائر وهذا ما سنتناوله في (المطلب الأول)، والتطرق إلى خصوصية القرض العقاري من خلال الآثار المترتبة عليه سواء من حيث الإلتزامات التي يخلفها القرض العقاري أو من حيث مخاطره والتي جعلت منه موضوع الساعة بامتياز بفعل تنامي الإقبال على القروض العقارية من طرف مختلف شرائح المجتمع والمؤسسات المعنية بقطاع السكن، وأيضا أن القرض العقاري يعتبر من العوامل الأساسية التي تقف وراء الأزمة المالية العالمية منذ 2008 لارتباطه بدرجة الخطر المالي، هذا ما سنوضحه في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أنواع القروض العقارية.

تأخذ القروض العقارية أنواع وأشكال متعددة سواء من حيث الجهة المستفيدة منه أو الموجهة إليه أو من حيث الغاية من القرض في حد ذاته، ووفقا لكل هذا سيتم تقسيمها إلى قسمين، حيث يخصص الأول إلى القرض العقاري الموجه للأفراد وفيه نحاول معرفة مختلف صور القروض العقارية وكيفية تطبيقاتها من خلال (الفرع الأول)، أما (الفرع الثاني) فنخصه إلى القرض الموجه إلى الترقية العقارية ونستعرض كذلك شروطه وتطبيقاته.

الفرع الأول: القرض الموجه إلى الأفراد⁽¹⁾

ونقصد بمصطلح الأفراد الأشخاص الطبيعية العادية، بمعنى كل شخص طبيعي يرغب في إنجاز أو شراء مسكن، ومقدرته المالية غير كافية لتغطية هذا الاستثمار العائلي أو الشخصي في الحصول على السكن، لذا يلجأ إلى طلب الحصول على قرض عقاري من البنوك للتمويل، وبطبيعة الحال فإن هذا القرض يأخذ بدوره عدة أنماط وصور وكلها تذهب إلى غاية واحدة وهي قروض عقارية للحصول على الملكية وتمثل في:

أولاً: القرض العقاري الموجه للبناء: هذا النوع من القروض العقارية يقدمه المصرف للزبون المقترض والذي هو شخص طبيعي للقيام بعملية بناء سكن عائلي ويصطلح عليه أيضا البناء الذاتي، وهنا يكون لطالب القرض قطعة أرضية مخصصة للبناء ويرغب في تشييد مسكن عليها ولكن إمكانياته المالية لا تسمح بذلك فيدخل في زمرة طالبي القروض العقارية، كما يدخل في ذلك أيضا عملية تمويل مساكن جاهزة قصد التعلية أو التهيئة والترميم أو التوسيع، وهذا النوع من القروض الموجهة للبناء يتم منحه من طرف المؤسسات البنكية للأفراد على دفعات حسب مراحل تقدم الأشغال، وتتراوح مدة هذا القرض ما بين

(1) سفيان زغيدي، المرجع السابق، ص 25.

15 إلى 30 سنة بحسب الحالة، وتوجد جملة من الشروط تفرضها المؤسسات المالية المانحة لهذا النوع من القروض على طالب القرض أهمها:

1- أن تكون لدى طالب القرض سند الملكية لقطعة الأرض المراد البناء عليها، أو عقد ملكية المسكن الذي يريد صاحبه توسعته أو تهيئته أو التوسيع فيه، ويعتبر هذا أهم شرط كضمان عيني للقرض.

2- أن يكون لدى طالب القرض العقاري راتب ثابت ومنتظم. هذا يعطي للبنك أو مؤسسة القرض التنبؤ من مدى القدرة على السداد من جهة، خاصة أن تحديد أقساط التسديد للقرض تحسب من خلال دخل المقترض⁽¹⁾، ومن جهة ثانية أن البنك يضع في حسابه عنصر الخطر أي عدم السداد وبالتالي يحاول التقليل من هذا الخطر إلى أقصى نسبة ممكنة من خلال هذين الشرطين.

3- بلوغ طالب القرض السن القانوني وهو سن المحدد بنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾ لسنة كاملة (وأن لا يتعدى 70 سنة ويتمتع بالأهلية الكاملة).

4- وهناك شروط أخرى يجب أن تكون لدى المقترض منها:

- التمتع بالجنسية الجزائرية سواء كان مقيم أو غير مقيم بالجزائري أو مندوب في الخارج في مهمات مؤقتة.

- تكوين ملف يحدد وثائقه البنك من جهة تخص هوية المقترض ووثائق تثبت ادعاءاته ومن الوثائق المطلوبة في ملف طلب القرض العقاري.

- استمارة طلب القرض مقدمة من البنك.
- شهادة عمل حديثة للمقترض مع كشف شهري وسنوي لراتبه.
- عقد ملكية الأرض محل البناء مرفوقة برخصة البناء.

(1) سفيان زغدي، المرجع السابق، ص 28.

(2) راجع المادة 40 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

• عقد الرهن للأرض أو السكن المراد توسعته.

• شهادة الميلاد وشهادة الإقامة... إلخ.

ما يمكن أن نبرزه من خلال كل هذا أن عقد القرض هذا يتضمن عدة شروط يفرضها البنك يجب توافرها سواء تعلقت بشخص المقترض أو بمبلغ القرض وضمائنه يحددها البنك وفقا لعدة معايير اقتصادية مالية وقانونية حماية له وضمائنا لمبلغ القرض منها « قيمة القرض أو مبلغه، مدة القرض، استعمال القرض (بناء كلي، تهيئة وترميم، تعليية وتوسيع)، شخص المقترض ذات ملاءة مالية أم لا، ...».

ثانيا- القرض العقاري الموجه للشراء: تأخذ هذه النوعية من القروض العقارية التي يلجأ إليها الأشخاص الطبيعيون عادة قصد شراء مسكن الصور والأنماط التالية:

1- **القرض العقاري لتمويل شراء مسكن جاهز:** ويقصد بالبنائية أو المسكن الجاهز هنا ليس الشاليهات وإنما بنائية قابلة للسكن وفقا للمعايير المعمول بها في إطار أدوات مخطط التهيئة والتعمير حاصلة على رخصة البناء وكذا شهادة المطابقة، ومن ثم على سند الملكية، سواء يكون هذا المسكن ملك للغير أي الأفراد الخواص وكانت فردية أو جماعية جديدة أو قديمة سبق استعمالها، أو كان هذا المسكن في إطار السكن الاجتماعي التساهمي من خلال تمويل شراء وحدة سكنية منجزة في إطار الترقية العقارية.⁽¹⁾

وما يميز هذا الصنف من القروض أنها:

- مبلغ القرض فيها يغطي كحد أقصى نسبة 80 % من قيمة أو ثمن المسكن.
- مدة القرض 15 سنة كذلك كحد أقصى وهي محددة على قدرة الإرجاع وسن المقترض.
- طريقة التسديد تكون وفق رزنامة شهرية في شكل أقساط ثابتة.
- نسبة الفائدة متغيرة طول مدة القرض.

(1) سفيان زغيدي، المرجع السابق، ص 26.

- كذلك أن القروض العقارية البنكية الممنوحة للأسرة معفاة من الرسوم على القيمة المضافة.

- ودائما يتم تقدم وفرض ضمانات (كرهن مثلا) ودفع مبلغ التأمين من طرف المستفيد وتكاليف الموثق.

2- قرض لشراء مسكن بيع بناء على التصاميم⁽¹⁾ (Vente sur le plan)

هذا يعني أن الأفراد يستطيعون شراء مساكن قبل إنجازها أو على قيد الإنجاز، ولكنها موجودة على التصاميم، والبنوك أو المؤسسات المالية يمكنها إقراض الأشخاص أي تمويل السكن قبل بنائه، وتقنية البيع على التصاميم (VSP) جديدة حيث لم تعرفها الساحة العقارية إلا في السنوات القليلة الماضية، وعليه سوف نحاول التعريف بها وكيفية تطبيقاتها.

أ- تعريف البيع على التصاميم: تم تنظيم البيع على التصاميم بالمرسوم التشريعي المتعلق بالنشاط العقاري⁽²⁾، ولكنه لم يورد تعريفا له وهذا تقاعس منه وإذا تركت المسألة للفقهاء الذي عرفه بأنه: « بيع

لعقار لم يشيد بعد فيلتزم البائع بتشييده ونقل ملكيته إلى المشتري بأشكال مختلفة حسب نوع البيع»⁽³⁾

- ويعرف أيضا بأنه: «عقد بيع عقاري محله عقار لم ينجز بعد أو في طور الإنجاز يلتزم بتشييده البائع المتعامل في الترقية العقارية وفقا للنماذج والتصاميم المطلوبة وخلال الأجل المتفق عليه في العقد وتسليمه للمشتري، وذلك مقابل تسبيقات ودفعات مجزأة يدفعها هذا الأخير بحسب تقدم الأشغال في المدة ما بين إبرام العقد وتسليم العقار»⁽⁴⁾.

(1) المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 07 مارس 1994 المتعلق بنموذج عقد البيع على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية، جريدة رسمية العدد 13.

(2) المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتضمن تنظيم النشاط العقاري، جريدة رسمية، عدد 14.

(3) علال قاشي، الضمانات القانونية ودعم الالتزامات التعاقدية في عقد البيع على التصاميم وتقييم ذلك، مداخلة مقدمة ضمن أشغال الملتقى الدولي حول الترقية العقارية، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة ورقلة، 2006، ص2.

(4) نوي عقيلة، النظام القانوني لعقد بيع العقار بناء على التصاميم في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، لسنة 2003-2004، ص 17.

- وبالنظر إلى ما أورده الفقه من تعاريف من جهة، وباستقراءنا للمرسوم التنفيذي رقم 94-58 المتعلق بنموذج عقد البيع على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية نحاول أن نعطي تعريف للبيع على التصاميم على نحو يتفق وطبيعة هذا العقد بأنه: « عقد بيع عقاري محله سكن في طور التشييد يلتزم بمقتضاه المرقى العقاري (البائع) بأن يتم تشييده في الأجل المتفق عليه وبالمواصفات المطلوبة وأن تنتقل ملكيته للمشتري، الذي يلتزم بدفع للبائع دفعات مخصصة من ثمن البيع تحدد قيمتها وطريقة آجال دفعها بالاتفاق بينهما».

ب- تطبيقات هذا القرض: عمليا تطبيق تمويل شراء مسكن وفق البيع على التصاميم يتطلب عدة شروط تخص طالب القرض من جهة والقرض في حد ذاته من جهة أخرى من هذه الشروط.

- أن يكون طالب القرض حائز على عقد بيع على التصاميم يكون محرر لدى موثق ويكون مطابق لأحكام المرسوم التنفيذي المتعلق بنموذج البيع على التصاميم⁽¹⁾، ويكون مؤشر عليه من طرف المرقى العقاري.

- يجب أن يكون ملف القرض مرفق بشهادة الضمان مسلمة من قبل صندوق الضمان والكفالة المتبادلة للترقية العقارية⁽²⁾ ويطلق عليه عقد تأمين بيع على مخطط.

- كذلك يقوم طالب القرض العقاري بإبرام عقد حوالة الحق⁽³⁾ لفائدة البنك الممول ليحل محله اتجاه صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية.

ولهذا النمط من القروض إيجابيات سواء لفائدة المقاولين أو حتى للأفراد الزبائن حيث أنها:

(1) المرسوم التنفيذي رقم 94-58 السالف الذكر.

(2) المرسوم التنفيذي رقم 97-406، المؤرخ في 03 نوفمبر 1997، يتضمن إنشاء صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، جريدة رسمية، عدد 73.

(3) راجع المواد 239، 240، 243، من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

- إمكانية استعمال أموال الزبائن من أجل تحقيق عقد بيع بناء على التصاميم دون اللجوء إلى الاقتراض للمقاول وبالتالي تخفيض سعر البيع.
- التأمين الذي سيحققه عقد بيع بناء على التصاميم.
- كما يمنح للزبائن تحديد المسكن الذي يرغب فيه وامتلاكه بعد تاريخ معين.
- امتلاكه أي المقترض التأمين الذي يضمن له الدفعات الفعلية المطالب بتقديمها مع جمع أقساط المبلغ على مهل.

وعقد البيع بناء على التصاميم يعتبر من العقود الشكلية النموذجية بمعنى أنه يجب أن ينصّب وفق نموذج معين حدده القانون ويكون تحريره أمام موثق ويخضع لإجراءات التسجيل والإشهار.

الفرع الثاني: القرض العقاري الموجه إلى تمويل الترقية العقارية.

قبل الخوض في موضوع هذا القرض وشروطه وتطبيقاته وخصوصيته مقارنة مع القروض العقارية الأخرى، نحاول قبل كل ذلك التطرق إلى تعريف الترقية العقارية.

أولاً: تعريف الترقية العقارية: من خلال نص المادة الثانية من المرسوم التشريعي المتعلق بالنشاط العقاري⁽¹⁾ والتي عرفت نشاط الترقية العقارية على أنه: مجموع الأعمال التي تساهم في إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة، يمكن أن تكون الأملاك العقارية المعنية محال ذات الاستعمال السكني أو محال للوظيفة، محلات تجارية أو مصانع.⁽²⁾

لكن في غالب الأحيان مصطلح الترقية العقارية ينطبق على النشاطات التي يكون هدفها إنجاز العقارات لاسيما السكنات من أجل بيعها أو تأجيرها، خاصة أن نص المادة المذكورة كان غامضاً ولتدارك

(1) المرسوم التشريعي رقم 93-03، سالف الذكر.

(2) محمد مرابط، الإشكالية القانونية التي تثيرها الترقية العقارية، مجلة الموثق، الغرفة الوطنية للموثقين، العدد 6

سنة 2000، ص 19.

ذلك صدر القانون المجدد لشروط ممارسة نشاط الترقية العقارية⁽¹⁾ والذي أزال الغموض الذي شاب المادة الثانية سالفه الذكر .

ومرة أخرى نجد قصورا فادحا للفقهاء في الخوض في هذه المسائل، ربما لحدائثة مثل هذه النصوص والإجراءات المتخذة في مجال التمويل العقاري.

ثانيا: القرض الموجه إلى تمويل الترقية العقارية: نستخلص من التعريف المتعلق بالترقية العقارية أن موضوع القرض الموجه إلى الترقية العقارية يخص الإنجاز (البناء) والتجديد للأموال العقارية.

1- تمويل الإنجاز (البناء): يقصد بالإنجاز تشييد مختلف المشاريع العقارية خاصة تلك المتعلقة بالسكن لتلبية متطلبات وحاجيات أفراد المجتمع من سكنات سواء كانت فردية أو جماعية أوفي إطار تعاونيات عقارية.

2- تمويل التجديد: يقصد به في هذا المجال الزيادة في حجم البناء سواء في التوسيع والتعلية أو حتى في التهيئة والترميم وإعادة التأهيل للعقار المبني.

وبالرجوع إلى التنظيم المعمول به على مستوى البنوك والمؤسسات المالية نجد أن هناك تعريف للقرض العقاري الموجه إلى تمويل الترقية العقارية، حيث جاء التعريف كما يلي: « قرض تمويل إنشاء السكنات والمحلات التجارية والمهنية المحددة للبيع أو الإيجار، أو شراء قطعة أرض لأجل إنشاء عليها عمليات الترقية العقارية ». ⁽²⁾

ثالثا: تطبيقات هذا القرض الموجه للترقية العقارية: مع تحرير القطاع المصرفي والاستقلالية التي أصبح يحظى بها إلى حد بعيد، والتشجيع الذي يحظى به قطاع الترقية العقارية خاصة من حيث تسهيل

(1) القانون رقم 11-04، المؤرخ في 17 فبراير 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، جريدة رسمية عدد 14.

(2) BDL, circulaire n°01/2008 relative Regel , procédure et condition d'octroi de crédit aux promoteurs immobiliers.

الحصول على العقار محل البناء ودعم الدولة في ذلك وأيضا الامتيازات الأخرى للمرقين العقاريين خاصة في مجال التمويل المصرفي أي الحصول على قروض عقارية في مجال نشاطاتهم الترقية العقارية خاصة وأن الدولة في السنوات القليلة الماضية تدخلت بقوة كبيرة في تجسيد برامجها السكنية وأوجدت لذلك العديد من صيغ السكن للقضاء أو التخفيف من حدة الأزمة.

رابعاً: شروط الاستفادة من هذا القرض في مجال الترقية العقارية: هناك جملة من الشروط يجب أن تتوفر في المرقي العقاري، حتى يمكنه الاستفادة من القرض لتمويل نشاطاته الترقية العقارية وتتمثل تلك الشروط في:

- يجب أن يكون المرقي العقاري مسجل في المركز الوطني للسجل التجاري على اعتبار أن أعمال الترقية العقارية تعد من قبيل الأعمال التجارية بحسب الموضوع تأسيساً على المادة الثانية الفقرة الخامسة من القانون التجاري الجزائري.

- يجب أن يثبت ملكية الأرض الذي سوف يتم إنجاز المشروع العقاري الترقوي فيها، سواء سكنات أو محلات مهنية أو تجارية، أما في حالة شراء قطعة أرض من قبل شخص آخر يجب أن يقدم عقد ملكية هذا الشخص حتى يمكنه الاستفادة من القرض العقاري لشراء قطعة أرض.

- يجب على المرقي العقاري أن يتقدم في أشغال المشروع المراد إنجازه بنسبة لا تقل عن 40% من الأشغال الإجمالية للمشروع الترقوي.

- كذلك على المرقي العقاري أن يوقع رهن على قطعة الأرض في حالة تمويل شراءها وأورهن البيانات التي تم إنجازها كل هذا كضمان للقرض.

- كما يجب على المرقي العقاري أن يتقدم إلى البنك بملف يتضمن هو الآخر مجموعة من الوثائق الثبوتية له كمرقي ووثائق أخرى تخص المشروع الترقوي العقاري كتقديم نسخة من السجل التجاري تعطي له حق ممارسة نشاط الترقية العقارية ونسخة من القانون الأساسي للشركة حتى يتم إبراز سلطة المسيرين

وكذلك الوثائق التي تخص المشروع في حد ذاته كرخصة بناء المشروع ومخططه مؤثر عليه من مصالح التهيئة والتعمير، عقد تأمين مدني مهني يغطي مدة الإنجاز.

خامسا: خصوصية القرض الموجه للترقية العقارية مقارنة مع القروض العقارية الأخرى.

ينفرد هذا النوع من القروض العقارية الموجه للترقية العقارية من غيره وخاصة عن ذلك الموجه للأفراد (الأشخاص الطبيعيين) سواء من حيث مقدار التمويل أو مدة القرض وكذا نسبة الفائدة.

- فمن حيث مقدار التمويل يكون القرض في حدود 60 % من القيمة الإجمالية للمشروع المراد إنجازها في إطار الترقية العقارية، وعموما قيمة القرض تكون مرتفعة جدا على مشاريع الترقية العقارية تفوق حجم بناء مسكن فردي.

- أما من حيث مدة القرض فإنها تعادل مدة إنجاز المشروع وعادة 36 شهرا أو 5 سنوات على أقصى تقدير⁽¹⁾، في حين تصل مدة القرض العقاري الموجه للأفراد إلى 30 سنة.

- وكذلك من حيث معدل الفائدة يكون مرتفع وقابل للمراجعة وهذا كله على اعتبار أن أطراف عقد القرض العقاري في الأول غير متكافئين سواء من حيث طبيعة القرض والعمل لكل منهما، الأول أي الموجه للأفراد نجد معدل الفائدة منخفض إلى درجة تصل ما بين 01 إلى 03 % وهذا ما يطلق عليه بالقروض العقارية الميسرة والممنوحة لفئات اجتماعية محددة⁽²⁾ وتسمى كذلك بالقروض العقارية المدعمة أي أن الفارق في نسبة الفائدة تتحمله خزينة الدولة في عقد القرض العقاري في النوع الثاني فالعمل بالنسبة لكليهما عمل تجاري بحسب موضوعه وبالتالي يخضعان لقواعد القانون التجاري وما يتميز به من صرامة في عنصرَي المديونية والوقت، في حين أن القرض العقاري الموجه للأفراد يعتبر عملاً مدنياً

(1) راجع المادة 03 من المرسوم رقم 86-39، المؤرخ في 04 مارس 1986، المحدد لشروط منح القرض بعنوان عمليات الترقية العقارية وكيفياته، جريدة رسمية، العدد 10.

(2) المرسوم التنفيذي رقم 10-87 المؤرخ في 10 مارس 2010، يحدد مستويات وكيفيات منح تخفيض نسبة الفائدة التي تمنحها البنوك والمؤسسات المالية لاقتناء سكن اجتماعي وبناء سكن ريفي، جريدة رسمية، عدد 17.

بالنسبة لهم وتجاري بالنسبة للمؤسسة المقرضة؟ وبالتالي نجد أن البنوك كثيرًا من الأحيان تتراخى في الإقبال على منح القروض العقارية للأفراد ما لم تتأكد من الضمانات الكافية، في حين هذا قد لا يطرح بالنسبة للقروض الموجهة للترقية العقارية على أساس أن عدم السداد القرض قد يعرض المرقي العقاري لشهر الإفلاس وهو في حد ذاته يعتبر بمثابة ضمان إضافي للبنك دعما للائتمان التجاري.

المطلب الثاني: آثار القرض العقاري.

إن عقد القرض العقاري يعد من عقود الاستهلاك، ويعتبر أيضا عقدا من عقود الإذعان، وهو ما يؤدي إلى القول أن هذا الاتفاق ينجر عنه حقوق والتزامات لكلا الطرفين بموجب هذا العقد الملزم لجانبين، إذ أن عقد القرض العقاري يرتب للمقرض أي المستفيد من التمويل حقوق ويفرض عليه التزامات ونفس الشيء بالنسبة للطرف الآخر وهو البنك أو المقرض، هذا ما سنتناوله في (الفرع الأول) كما أن القرض العقاري مرتبط أشد الارتباط بعنصر الخطر لما يتميز به من خصوصية عن باقي القروض المصرفية وهذا سيتم دراسته في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الالتزامات المترتبة عن القرض العقاري.

يعتبر عقد القرض العقاري من العقود الملزمة لجانبين سواء بالنسبة للمقرض أي المؤسسة مقدمة القرض أو بالنسبة للجهة المقرضة أي طالب القرض على اعتبار أن العقد يعتبر من بين مصادر الالتزام وعليه سوف نقوم بدراسة الالتزامات المطلوبة في مثل هذا النوع من العقود القيام بها وتنفيذها والجزء المترتب في حالة عدم تنفيذ هذه الالتزامات ولكل طرف على حدا.

أولاً- التزامات المقرض (مقدم القرض): إن عقد القرض العقاري هو من العقود المسماة أي من العقود التي صنفها القانون وبين آثارها ووضع أحكامها فهي من العقود الملزمة لجانبين، من جهة القرض ومن جانب المقرض الذي عليه التزام بنقل ملكية مبلغ القرض إلى المقرض وأيضا تمكينه منه عن طريق

تسليمه إياه وجعله تحت تصرفه ناهيك عن التزامات هي في الأصل تدخل ضمن مهام ووظائف البنك ولكن لما تكون العملية تخص طرف ثاني في التعامل وقد ينجر عنها نتائج وآثار سلبية للبنك من جهة وحتى للطرف الثاني الذي هو المقرض (الطرف الضعيف في العقد) خاصة وأن عقد القرض العقاري له من الخصوصية ماله وبالتالي يقع على عاتق مؤسسة القرض التزام من نوع خاص اتجاه المقرض وهو التزام بالإعلام خاصة.

1- الالتزام بالإعلام: يقصد بذلك أنه على الجهة المقرضة الالتزام بتبصير المقرض والإفشاء إليه بالمعلومات الضرورية حتى يمكن أن نقول تحذيره من بعض الأمور وهذا الالتزام له من الخصوصية خاصة عندما يتعلق الأمر باتفاق القرض العقاري، إذ يعتبر البعض وجود الالتزام بالتبصير على عاتق المؤسسة المالية المقرضة يتعارض مع التزام بعدم التدخل في شؤون طالب القرض، على غير ذلك يعترف آخرون بوجوده ولكن في حدود ضيقة تتعلق بموافقة مؤسسة مالية على منح القروض العقارية الخاصة بالتحسينات التي يجريها أحد التجار على محله التجاري بقرض معين لكن هذا القرض لم يغط تكاليف التحسينات، فعاود طلب قرض جديد فوافقت المؤسسة المالية على منحه إياه في السنة الموالية، وكان العقد الأول يتضمن أن مبلغ القرض يشمل أقساط التأمين ضد المخاطر (العجز، الوفاة والمرض) وكام ذلك ظاهر في جدول الأقساط والذي يوضح تقسيم مبلغ كل قسط بين رأس المال والمصروفات، أما بالنسبة للقرض الثاني فرغم أن العقد كان يتضمن مثل هذا النص إلا أنه لم يكن هناك بالفعل تأمين ضد المخاطر السابقة، فالقضاء الفرنسي اعتبر أنه إذا كان البنك هو الممول (المقرض) لا يتحمل بالتزام عام بالتبصير، إلا أن المؤسسة المالية حسب الدعوى قد أخلت بالتزامها بتبصير المقرض إلى حقيقة عدم وجود تأمين لتغطية المخاطر بالنسبة للعقد الثاني كما هو الحال بالنسبة للقرض الأول المبرم قبل ذلك، ذلك أن النص في عقد القرض أدى إلى وقوع المقرض في غلط.

كما رفضت محكمة النقض الفرنسية الاعتراف بوجود الالتزام بالتبصير على عاتق البنك، لصالح أحد المقترضين المهنيين الذين يفترض فيهم أنهم على دراية تامة بعملية القرض، وبمدة الالتزامات المالية السابقة في ذمته، حيث كان المدعي في النزاع مقترض سبق له الحصول على قرضين مازالا في طور الاستحقاق، أحد هذين القرضين كان من نفس البنك الممول⁽¹⁾.

وفي القانون الفرنسي، نجد المشرع كان حريصا على أن تأتي بيانات اتفاق القرض العقاري والإعلان المتعلق به وإفيا بحيث تُعلم المقترض بصورة كافية عن مدى التزاماته وحقوقه، حيث جاء في المادة 04 من القانون الصادر في 13 جويلية 1979 المتعلق بتبصير وحماية المستهلك بالبيانات التي يجب أن تتضمنها الرسالة الإعلانية عن التمويل العقاري⁽²⁾، وكل إخلال بالالتزام ينتج عنه جزاء في ذمة المُخل، وعليه فإن مسؤولية المؤسسة المالية هي مسؤولية تقصيرية اتجاه المقترض أساسها الخطأ وفقا للقواعد العامة⁽³⁾، لكن يجب التمييز بين المقترضين فهناك الأفراد العاديين والمهنيين كالمقاولين حيث سبق وقلنا أن عقد القرض العقاري هو من بين عقود الاستهلاك والإذعان خاصة إذا كان الطرف المقترض من الأفراد العاديين فهناك وجب على البنك الالتزام بتبصيره وتحذيره بطريقة واضحة، بخلاف المهنيين الذين أصلا لهم من العلم والدراية بما يكفي⁽⁴⁾.

2- الإلتزام بنقل ملكية مبلغ القرض: طبقا لنص المادة 450 من التقنين المدني الجزائري التي نصت على: « قرض الإستهلاك هو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر...»، وعليه ووفقا للقواعد العامة في أحكام عقد البيع فإنه بمجرد إنعقاد العقد يلتزم

(1) محمد محمد أبوزيد، حقوق والتزامات المستثمر إزاء الممول وفقا لاتفاق التمويل العقاري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 2، جامعة عين شمس، مصر، 2005، ص 205، 206.

(2) عرار الياقوت، التمويل العقاري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، "فرع الأعمال"، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2008-2009، ص 128.

(3) راجع المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

(4) لشعب محفوظ، الوجيز في القانون المصرفي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 111.

المقرض بنقل ملكية مبلغ القرض إلى المقرض ويصبح المقرض دائن بمبلغ القرض اتجاه المقرض الذي تحول إلى مدين، والتزام المقرض يكون بدفع مبلغ القرض المتفق بشأنه في العقد دون أن يكون لتغيير القيمة النقدية من انخفاض أو ارتفاع أي أثر على ذلك تطبيقاً لأحكام المادة 95 من التقنين المدني الجزائري، ومن ثم يقوم البنك بإفراز مبلغ القرض ووضعه في حساب المقرض وإعلامه بذلك.

وباعتبار أن محل الالتزام إعطاء شيء "نقود" فإن انتقال ملكية النقود التي هي شيء معين بنوعه ولكن غير مفرزة فالملكية لا تنتقل إلا بإفرازه، وهذا ما جاء في نص المادة 166 من التقنين المدني الجزائري: « إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء ».

3- الالتزام بتسليم مبلغ القرض: يجب على المقرض أن يسلم إلى المقرض مبلغ القرض حسب الاتفاق وقد يكون تسليم حكمي بأن يضعه في حساب المقرض ويعلمه بذلك بمعنى شرط الإعلام وقد يكون التسليم فعلي مادي باعتبار أن النقود من الأشياء المادية التي يمكن حيازتها مادياً⁽¹⁾ وعادة ما يتم وضع مبلغ القرض في حساب المقرض أو يتم تسليمه صك يحتوي مبلغ القرض وكما أشرنا أن حساب الفوائد تبدأ من تاريخ تسليم المبلغ وليس من تاريخ العقد، والتسليم عادة كذلك ما يتم عبر مراحل وإجراءات معينة هي:

- أن يقدم المقرض طلب تخصيص مبلغ القرض أو جزء منه.
- أن تصدر المؤسسة المالية قراراً بتحديد مبلغ القرض وتسليم مبلغ القرض العقاري يتخذ بدوره عدة صور وأشكال.⁽²⁾

وذلك حسب العملية التي يمولها القرض ومن بينها:

(1) راجع المادة 367 من القانون المدني الجزائري.

(2) لطيفة طالي، المرجع السابق، ص 78، 79.

- تسليم مبلغ القرض في شكل أقساط، وحسب تطور وتقدم الأشغال إذا تعلق الأمر بعملية بناء مساكن فيتم التسليم في كل مرحلة من الأشغال بناء على تقديم تقرير من خلال الزيارة الميدانية التقنية الذي يعده الخبير المختص كالمهندس المعماري.

- تسليم المبلغ من طرف الموثق الذي يكون عادة وكيلًا عن المقرض لأنه يستلم مبلغ القرض ليسلمه للمقترض أو للمتعامل مع المقترض في عقد القرض العقاري المستفيد من القرض، بعد أن يقوم بتأسيس الضمان الأساسي في عقد القرض العقاري وهو الرهن الرسمي.

- قد يسلم مبلغ القرض مباشرة للمتعامل في الترقية العقارية الذي يتكفل بعملية البيع أو البناء، حيث يقوم المقرض (البنك) بتجنيد مبلغ القرض في حساب مفتوح باسم المقترض، وبعد مرور 06 أشهر من تاريخ التجنيد دون استلام المقترض لمبلغ القرض يحق لمؤسسة القرض فسخ العقد وذلك تفاديا للخسارة التي قد تلحق المقرض من جراء تجميد مبلغ القرض دون استعماله من طرف المقترض.⁽¹⁾

وعموما جزاء الإخلال بالالتزام العقدي تحكمه القواعد العامة وهو التنفيذ العيني للالتزام مع التعويض أو الفسخ مع التعويض حسب نوعية وشكل الالتزام العقدي.⁽²⁾

ثانيا- إلتزامات المقترض: بإعتبار أن عقد القرض العقاري هو قرض إستهلاكي، فإنه يترتب عنه حسب نص المادة 450 من التقنين المدني الجزائري على المقرض أن ينقل إلى المقترض المستفيد من القرض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، وفي مقابل ذلك يرد إليه المقترض عند نهاية القرض مستحقات القرض.

وعليه يعد إلتزام المقترض بسداد مستحقات المقرض أحد أهم الإلتزامات المترتبة على إتفاق

القرض، وتتمثل هذه المستحقات في عنصرين هما:

(1) عرعار الياقوت، المرجع السابق، ص 134.

(2) راجع المواد 119، 120، 121 من التقنين المدني الجزائري.

- أقساط مبلغ القرض التي حصل عليها من المقرض (البنك أو المؤسسة المالية).

- الفوائد المتفق عليها في عقد القرض.

1- الالتزام بدفع أقساط مبلغ القرض: في غالب الأحيان نجد أن مبلغ القرض الذي يحصل عليه الطرف

المقترض يشمل أو يدمج فيه بالإضافة إلى مبلغ القرض كأصل التكاليف والمصاريف الإجمالية للقرض

من رسوم تحرير العقد وأتعاب الموثق وخبراء تقييم العقار محل الرهن... ذلك أنه كقاعدة قانونية عامة أن

المقترض هو الذي يتحمل هذه المصاريف قياساً على عقد البيع ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك.

غير أن مصاريف قيد الضمان الذي يضمن الوفاء بمبلغ القرض وتجديده وشطبه يعفي المقترض

منها مثل عقد الرهن ورفع اليد عن الشيء المرهون، والالتزام بدفع الأقساط الخاصة بمبلغ القرض يتم من

خلال دراسة العناصر الآتية:

- المدين والدائن بالالتزام بدفع الأقساط ومحلّه.

- مكان الوفاء وزمانه.

- إثبات الوفاء أو الدفع.

وسيتم دراسة كل هذه المسائل وفق القواعد العامة للعقد.

أ- المدين والدائن في الالتزام بدفع الأقساط ومحلّه⁽¹⁾: هنا نحاول استعراض كل طرف على حدى أي

حالة الدين والحالة التي تخص الدائن.

- المدين في الالتزام بدفع الأقساط: المدين هو المقترض الذي تعاقد مع المقرض بموجب عقد القرض

العقاري، وترتب الالتزام في ذمته على أن يقوم بالوفاء بدفع الأقساط تبعا لما أتفق عليه في العقد، ويجوز

أن يقوم بالوفاء وكيل عن المدين كما لو وكل المدين بنكا للوفاء بالدين.

(1) عرعار الياقوت، المرجع السابق، ص 136.

وإذا ما انتقل العقار محل القرض إلى خلف المقترض، فإن الخلف هو الذي يصبح مدينا بدفع مبلغ أقساط القرض، كحالة وفاة المقترض وآل العقار إلى الخلف العام (الورثة) فيصبح الورثة هم المدينون بالأقساط مكان مورثهم أي شخص المقترض، أو يصبح العقار بعد قسمة التركة لأحد الورثة هذا الأخير يتحول الالتزام إليه ويحل محل المدين في الالتزام بدفع الأقساط، كذلك في حالة أن يكون الخلف خاصا كما لو باع طالب القرض العقار محل الرهن⁽¹⁾ وفقا للضوابط المنصوص عليها في النصوص القانونية ليصبح المشتري هو المدين بالأقساط مكان المقترض على اعتبار أن المشتري يعلم بالقيود المتعلقة بالعقار، ويجوز أن يقوم الغير بالوفاء بالأقساط في حالة وجود حوالة الدين وقبلها الدائن (البنك) وعجز المدين عن الوفاء فالغير يصبح مدين.⁽²⁾

- الدائن في الالتزام بدفع الأقساط: الدائن في عقد القرض العقاري هو المقرض والعبرة في تحقيق صفة الدائن هي بوقت الوفاء لا بوقت نشوء الدين (القرض)، إذ قد يتغير الدائن في الفترة ما بين نشوء الدين واستيفائه، كأن يحول الدائن حقه إلى الغير أو كأن تقوم المؤسسة المالية المقرضة بتحويل حقوقها لدى المقرض إلى جهة التوريق، وقد يكون هناك وسيط يقتصر دوره باعتباره وكيلًا عن الدائن (البنك) في تحصيل القسط، وعندئذ يجب إثبات الوكالة.

وفي الوكالة بالتحصيل أو القبض يقوم الوكيل بتقديم مخالصة موقعة منه هو باسم الدائن، وعندئذ على المقرض دفع القسط إلى الوسيط باعتباره وكيلًا ويتسلم منه المخالصة ويكون الوفاء مبررًا لذمته، وهذا يعد تطبيقًا للقواعد العامة في الوفاء.⁽³⁾

(1) راجع المادتين: 251، 252 من القانون المدني الجزائري.

(2) محمد محمد أبوزيد، اتفاق التمويل العقاري كآلية جديدة لتنشيط سوق العقارات المبنية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 2، جامعة عين شمس، مصر، 2005، ص 198.

(3) راجع المادة 267 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

- محل الالتزام بدفع أقساط القرض: محل الالتزام هو مبلغ أقساط القرض المتفق عليه في العقد، الذي يتم تحديده بعدة معايير منها قيمة القرض الإجمالية ومدة القرض ودخل المقترض إذا كان من الأفراد وقيمة المشروع إذا كان المقترض شخص معنوي (مقارنة الترقية العقارية) والذي سبق الإشارة إليها، حيث أن قيمة القسط يجب أن لا تتعدى ثلث دخل المقترض من الأفراد أصحاب الدخل، أما المقاول فعادة يتم إعادة مبلغ القرض جملة واحدة.

وباعتبار أن محل الالتزام هو مبلغ من النقود، فإنه لا يلتزم المقترض إلا برد قيمة الأقساط لاتفاق الطرفين في العقد دون أن يؤثر ذلك على قيمة العملة من حيث الارتفاع أو الانخفاض تأسيساً على ما جاء به المشرع الجزائري في القانون المدني « إذا كان محل الالتزام نقوداً، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو انخفاضها وقت الوفاء أي أثر»⁽¹⁾.

ب- مكان الوفاء بأقساط القرض وزمانه:

- مكان الوفاء بأقساط القرض العقاري: الأصل أن يكون مكان دفع أقساط القرض في المكان الذي تم الاتفاق عليه بموجب عقد القرض العقاري طبقاً للقواعد العامة⁽²⁾، فإذا لم يوجد اتفاق فمكان دفع أقساط القرض هو موطن المقترض وقت الوفاء باعتباره المدين ذلك أن الدين مطلوب لا محمول.

ويفيد تحديد مكان الوفاء في تعيين الجهة المقصرة في الالتزام فعلى المقرض أن يسعى إلى هذا المكان ليطالب مدينه فإن لم يفعل لا يعتبر المقترض مقصراً، أما إذا كان مكان الوفاء هو موطن المقرض "البنك" فيعد المدين المقترض مقصراً في حالة حلول ميعاد الوفاء ولم يلتزم بالوفاء، وعملياً مكان الوفاء بمبلغ القرض هو موطن المقرض أي مكان تواجد مؤسسة القرض.

(1) المادة 95 من القانون المدني الجزائري.

(2) راجع المادة 282 من التقنين المدني الجزائري.

- زمان الوفاء بأقساط القرض: « يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك هذا ما جاء في نص المادة 281 من التقنين المدني الجزائري...» بمعنى يتم الوفاء تطبيقا لذلك في وقت حلول ميعاد سداد أقساط القرض، لكن قد يحدث وان يحدد الطرفان وقتا لاحقا للوفاء بالالتزام، فالقاعدة المنصوص عليها مكتملة يجوز للأطراف مخالفتها بالاتفاق في العقد الذي يعتبر من بين مصادر الالتزام، وعمليا يتفق الطرفان على وضع رزنامة زمنية يتم من خلالها تحديد مواعيد استحقاق الأقساط، ويلتزم المدين بالوفاء وفقا لتلك الرزنامة.

وفي المقابل يلتزم المقرض ألا يطالب المقرض بالسداد قبل موعد استحقاقها المحدد في الاتفاق، وباعتبار أن مبلغ القرض مرتبط بفائدة فإنه لا يمكن تطبيق القواعد العامة على أساس أن الفائدة مرتبطة بعاملين أساسيين هما مدة القرض وقيمه وباعتبار أن العمليات المصرفية تدخل ضمن الأعمال التجارية فعنصر الزمن مهم بالنسبة للبنك مانح القرض، أما بالنسبة للمقرض فإنه يسعى إلى التعجيل بالوفاء ويجوز له تسبيق الوفاء بالدين كله حتى قبل حلول ميعاد الوفاء وذلك وفق اتفاق بينه وبين مؤسسة القرض، وهذا يخضع لشروط معينة يحددها عادة البنك.

ج- إثبات الوفاء بأقساط القرض: باعتبار أن الوفاء بالدين من التصرفات القانونية، فإن إثباته يخضع للقواعد العامة وتطبيقا لذلك إذا كان مقدار القسط يفوق في الغالب النصاب القانوني للإثبات شهادة الشهود، فيجب أن يكون الإثبات بالكتابة⁽¹⁾ أو بما يقوم مقامها، وعمليا وحسب التنظيم المعمول به في البنوك، بمجرد قيام المقرض بدفع مبلغ القسط إلى مؤسسة القرض يتلقى مخالصة بالدفع تثبت أنه قام بسداد قسط القرض المستحق، وهي مخالصة تحمل تأشيرة البنك وممضاة من الشخص المفوض من البنك باستلام مبلغ القسط.

(1) راجع المادة 333 من التقنين المدني الجزائري.

2-الالتزام بدفع الفوائد: بخلاف الفوائد بين الأفراد التي هي محرمة قانوناً⁽¹⁾ وشرعاً، إلا أن عنصر الفائدة بالنسبة لهذا النوع من القروض المصرفية عامة والعقارية خاصة التي هي محل دراستنا فإن الفائدة هي إحدى عناصر القرض إذ تعتبر بمثابة العوض الذي يلتزم به المقترض اتجاه المقرض مقابل انتفاعه بمبلغ القرض، والأصل أن الفائدة تستحق من اليوم الذي يتسلم فيه المقترض مبلغ القرض ويقصد بالتسليم وضع مبلغ القرض العقاري في حساب المقترض مع إعلامه بذلك حيث لا يشترط هنا الاستلام بصورة مادية لأن الفوائد تكون مقابل الانتفاع البين مع مبلغ القرض سواء كان فرداً أو مقابل عقاري.

وقد نصت المادة 04 من النظام الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية⁽²⁾ على أنه: « تحدد البنوك والمؤسسات المالية بكل حرية، معدلات الفائدة الدائنة والمدينة وكذا معدلات ومستوى العملات المطبقة على العمليات المصرفية، كما يمكن لبنك الجزائر أن يحدد هامشاً أقصى يجب احترامه من قبل البنوك والمؤسسات المالية بالنسبة لعمليات القرض...».

كما صدر المرسوم التنفيذي المتعلق بتخفيض نسبة فائدة القروض التي تقتض لتمويل البناء أو شراء السكن،⁽³⁾ وبالرجوع إلى التقنين المدني في مادته 455 نجد أن الوزير المكلف بالمالية هو الذي يتولى تحديد وتنظيم أسعار ومعدلات الفوائد، لكن يعتبر ذلك تدخلاً إدارياً وحتى وظيفياً في البنوك خاصة أن هذه الأخيرة تتمتع بشخصيتها المعنوية المستقلة وكذلك بطابعها التجاري وهذا قد يؤثر على السير الحسن والجيد للبنك في إدارة وتسيير مواردها المالية.

(1) راجع المادة 454 من القانون نفسه.

(2) النظام رقم 94-13، المؤرخ في 02 يونيو 1994، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية، جريدة رسمية، عدد 72، المؤرخة في 06 نوفمبر 1994.

(3) المرسوم التنفيذي رقم 95-308 المؤرخ في 07 أكتوبر 1995، المتعلق بتخفيض نسبة فائدة القروض التي تقتض لتمويل البناء أو شراء السكن، الجريدة الرسمية العدد 59، بتاريخ 11 أكتوبر 1995.

ثالثا: التعديل في بنود عقد القرض العقاري:

سبق وأن اعتبرنا أن أطراف هذا العقد غير متكافئة إلى درجة صنفناه ضمن عقود الإذعان خاصة إذا كان الطرف الثاني وهو المقرض من الأفراد العاديين الذين ليس لهم من الملاءة المالية ولا من العلم والخبرة في هذا المجال فيصبح الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية بخلاف البنك المقرض ولا حتى المهنيين من المقاولين وغيرهم كما سبق وأشارنا إلى جانب الالتزام بالإعلام.

ولكن عقد القرض يعتبر أيضا عقدا رضائيا وملزما لجانبين وتطبيقا للقواعد العامة فإنه لا يجوز لأي طرف أن يغير في شروط العقد أو يتحلل من آثاره، وإن حدث ذلك فهذا يخالف القانون والقواعد العامة في الالتزام، تأسيسا على المادة 106 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على: « العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون».

وعليه فإن القاعدة العامة تمنع التدخل الانفرادي في تعديل بنود العقود وإن حدث تعديل في شروط العقد فيكون من الطرفين أي بالاتفاق بمعنى وجب حصول إيجاب وقبول من الطرفين لكن هل يكفي أن يكون القبول الصادر عن المقرض والكفيل في حالة الكفالة خاصا بالتعديل الطارئ على شروط الاتفاق؟ أو أن ينبغي أن يكون القبول شاملا للاتفاق بالكامل بعد التعديلات التي أدخلت على شروطه؟

إن من المفيد أن يكون القبول شاملا لشروط الاتفاق، من طالب القرض والكفيل على ما تم تعديله وما لم يطرأ عليه حتى تتاح للشخص فرصة معرفة جميع حقوقه والتزاماته، وهذا الأمر يكفل الحماية القانونية للمستفيد من القرض ضد ما يفرضه المقرض من شروط لاحقة على الاتفاق الأصلي «عقد القرض قبل التعديل» كما يسمح للجهة الإدارية بممارسة رقابتها على الممارسات التعسفية التي قد تصدر عن المؤسسات المالية المانحة للقروض العقارية⁽¹⁾، وقد عرضت على محكمة النقض الفرنسية دعوى

(1) محمد محمد أبوزيد، حقوق والتزامات المستثمر إزاء الممول وفقا لاتفاق التمويل العقاري، المرجع السابق

تتلخص وقائعها في أن أحد البنوك قد وافق في أوت 1983 على منح زوجين قرضا بمبلغ 470 ألف فرنك لتمويل شراء بناء، وعلى إثر تعرض الزوجين لصعوبات مالية فقد أعطيا موافقتهما للبنك في 15 مايو 1990 بإعادة جدولة دين القرض، الأمر الذي تم الاتفاق عليه في 10 يونيو 1990 ليصبح مبلغ القرض 513603 فرنك، وعندما توقف الزوجان عن السداد باشر البنك في اتخاذ إجراءات الحجز والبيع الجبري، غير أن الزوجين رفعا دعوى ببطلان حكم الاتفاق الأخير لعدم صدور عرض مسبق من جانب البنك مما يعد مخالفة لقاعدة أمرة متعلقة بالنظام العام، بالإضافة إلى المطالبة بسقوط حق البنك في الفوائد والسماح بسداد رأس مال القرض حتى عام 2003 وبتلن إجراءات الحجز الإداري ودفن تعويض مقداره 100 ألف فرنك، مستندة على أن أي تعديل في شروط القرض خاصة تلك المتعلقة بقيمة أو بمعدل الفائدة يستوجب أن تسبقه عرض جديد من جانب البنك مانح القرض الأمر الذي لم يتحقق في هذه الدعوى، حيث زادت المبالغ المطلوب سدادها كما رفضت المحكمة الدفع الذي أبداه البنك بأن المستفيد من القرض قد قبل هذا التعديل حيث لا يجوز التنازل عن حكم مقرر بقاعدة أمرة متصلة بالنظام العام.⁽¹⁾

وأمام إفتقار القضاء الوطني إلى أحكام قضائية تخص هذه المسألة " تعديل بنود عقد القرض العقاري" نجد أنفسنا مرة أخرى مجبرين بالإستعانة بالقضاء الفرنسي فيما يخص كذلك تعديل مدة القرض هذا الأخير يميل إلى عدم الحكم بالبطلان إذا اقتصر التعديل في شروط القرض على مدة السداد مع بقاء مبلغ القرض ومعدل الفائدة ثابتا دون تعديل، إذ تعتبر محكمة النقض الفرنسية أن النصوص التي تستوجب صدور إيجاب جديد سابق على أي تعديل في شروط القرض، لا تطبق إذا ترتب على التعديل

(1) نقض مدني فرنسي، الدائرة الأولى، 6 يناير 1998 دالوز 1998، قضاء ص 495، مجلة القانون العقاري 1998 ص 286.

تغيير في مدة القرض وكانت مدة السداد قد امتدت 06 أشهر مع بقاء مبلغ القرض ومعدل الفائدة والشروط الأخرى كما هي دون تعديل.⁽¹⁾

الفرع الثاني: مخاطر القروض العقارية.

سبق وأن تطرقنا إلى خصوصية القروض العقارية ومميزاتها سواء من حيث ضخامة مبلغها النقدي أو من حيث مدتها والتي عادة تكون متوسطة إلى طويلة الأجل، وأيضاً اعتبار القرض العقاري كنوع من القروض الاستهلاكية خاصة ذلك الموجه للأفراد، كل هذا يطرح مخاوف خاصة للجهة المقرضة أي البنك فالإقراض عموماً يشكل مصدر المشاكل التي يمكن أن يقع فيها، وذلك نتيجة المخاطر التي تكثف عملية الإقراض، ذلك أن عنصر الخطر في حد ذاته يعتبر أحد عناصر القرض أي ملازم للعمل البنكي، إلا أن حدته وقوة تأثيره تختلف من بنك إلى آخر حسب القدرة على التنبؤات والاستعدادات، والإجراءات الوقائية والعلاجية في حالة وقوعها، وإذا كان البنك والمؤسسات المالية عموماً وأمام ما تمتلكه من خبرة في مجال إدارة وتسيير القروض عامة والعقارية بوجه خاص وما تتوفر عليه من ترسانة من الخبراء والمهنيين الفنيين في المجال المصرفي وحتى الجانب القانوني ضف إلى ذلك ملاءته المالية أمام كل هذا ونجده يقع في تلك المخاطر المصرفية التي تتسبب فيه في الغالب القروض العقارية وما الأزمة المالية العالمية التي عرفت في عام 2008 وما زالت آثارها إلى اليوم إلا دليل على ذلك.

وللأخطار مصادر وأسباب مختلفة منها ما هو مرتبط بالظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، ومنها ماله علاقة مباشرة بالجهة الطالبة للقرض سواء كان فرداً أو مؤسسة ومنها كذلك ماله علاقة بعملية تسيير البنك، كلها عوامل مؤثرة بشكل مباشر وغير مباشر في تلك المخاطر والتي نحاول توضيحها كالآتي.

(1) ثروت عبد الحميد، اتفاق التمويل العقاري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 116-117.

أولاً: الأخطار الاقتصادية (التجارية): تمثل عملية منح القروض أهم الوظائف الأساسية لأي بنك لما لها من أهمية في جلب المستثمرين والعملاء عموماً وهذا يساعد على الاستقرار المالي والوفرة المالية للبنوك خاصة أن تلك الوفرة المالية مصدرها في الغالب أموال المودعين، إلا أن هذه العملية أي منح القروض في نفس الوقت تعتبر من أخطر الوظائف التي تمارسها عندما لا تصاحبها دراسة علمية وعدم تبصر في منح هذه القروض، والتي تجعل من البنك أو المؤسسة المقرضة حال وقوعها في وضعية مالية خانقة تصل إلى حد الإفلاس⁽¹⁾، وهذه المخاطر التجارية تنفرع إلى:

1- خطر السيولة: يتحقق ذلك في حالة عدم استطاعة البنك في وقت معين من نشاطاته أن يقابل التزامه أو آجال دفع القروض التي استغلها من السوق النقدية أو المالية بسيولة حالية، إلا بعد القيام بعملية بيع لأصوله وهذا قد يكون في غير صالح البنك لأنه قد تكون عملية تحويل أصوله إلى سيولة نقدية تتم بخسارة في قيمتها المالية لمواجهة ديون مستحقة في مواعيدها دون تأخير⁽²⁾ وهو معنى السيولة في مفهومها العام، والسيولة لدى خبراء المالية ورجال الاقتصاد تنقسم إلى ثلاثة أنواع:

أ- سيولة من الدرجة الأولى: وتتعلق بالأموال الموجودة والجاهزة لدى البنك من أوراق نقدية وعمليات أجنبية⁽³⁾، حيث يمكن استخدامها بسهولة وبسرعة في عملية الإقراض، وفي حالة إقبال المودعين على سحب أموالهم وكذا حاجات المعاملات اليومية، بالإضافة إلى هذه الأموال هناك أصول أخرى مثل الشيكات المسحوبة على بنوك أخرى، وكذا الرصيد النقدي يضعه البنك أو المؤسسة المالية في البنك المركزي على وجه الإلزام حسب ما نصت عليه المادة 70 من الأمر 11-03 المتضمن قانون النقد والقرض.

(1) سفيان زغبيدي، المرجع السابق، ص 36.

(2) سيد الهواري، إدارة البنوك، مكتبة عين شمس، القاهرة، 1981، ص 100.

(3) محمود يونس عبد المنعم ومحمد مبارك، أساسيات علم الاقتصاد، الدار الجامعية، مصر، ص 171.

ب- سيولة من الدرجة الثانية: وهي الأموال أو الأصول غير السائلة ولكن قابليتها للتحويل إلى سيولة من الدرجة الأولى بعد القيام بعملية الخصم لدى البنوك أو إعادة خصمها لدى البنك المركزي، وهي أصول قصيرة الأجل، مثل سندات الحكومة، أدونات الخزينة وسندات تجارية.

ج- السيولة من الدرجة الثالثة: ويدخل ضمن هذا النوع هي أموال البنك اتجاه الغير ولكن تاريخ استحقاقها بعيد مثل السندات التجارية أو القروض طويلة الأجل، حيث أنها يصعب تحويلها إلى سيولة من الدرجة الأولى ويمكن للبنك إن حاول بيعها قبل تاريخ استحقاقها أن يتعرض إلى خسائر كبيرة ويتحقق هذا الخطر في الحالات التالية:

- سحب كبير للودائع من طرف المودعين.

- إفلاس المقرض أو المقرضين أو إعسارهم إذا كانوا من غير التجار خاصة إذا كانت قروضهم من ذات المبالغ الضخمة وذات الأجل الطويل.

وينتج عن خطر السيولة وقوع البنك أو المؤسسة المالية في خطر مالي يؤدي إلى تأزم وضعيته المالية ويصبح غير قادر على الوفاء بالتزاماته المالية التعاقدية عند تاريخ استحقاقها، بالنظر إلى حجم موارده المالية، وأمام هذه الوضعية المالية الصعبة للبنك نجده مرغماً إلى التوجه نحو السوق النقدية من أجل إعادة خصم أوراقه التجارية لدى بنوك أخرى وهذا يجعله يتحمل معدلات فائدة مرتفعة⁽¹⁾، أما في حالة عدم إمكانية الخصم فإنه يلجأ إلى بنك الجزائر لطلب القرض، وهنا يطبق عليه معدل فائدة أكبر من الذي يطبقه البنك المقصود وعلى زبائنه، وأمام كل هذا العجز يجعله عرضة لشهر إفلاسه باعتباره مؤسسة مالية تجارية.

2- خطر سعر الفائدة: هو الخطر الذي يتحمله البنك أو المؤسسة المالية من جراء منحه قروضا بمعدلات فائدة ثابتة وهو المعمول به في منح القروض العقارية عادة بالنسبة للأفراد أو حتى للمقاولين

(1) هاشم فؤاد عوض، اقتصاديات والتوازن النقدي، دار النهضة العربية، سنة 1976، ص 142.

ويطلق عليه أيضا خطر سعر الفائدة الإجمالي حسب ما ورد في نص المادة 02 الفقرة الثانية من النظام المتضمن المراقبة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية⁽¹⁾ والتي جاء نصها كما يلي "خطر معدل الفائدة الإجمالي خطر ناشئ في حالة حدوث تغير في معدلات الفائدة الناجمة عن مجموع عمليات الميزانية وخارج الميزانية..."، ومعلوم أن البنك المركزي هو الذي يملك صلاحية تحديد وتغيير نسب الفائدة المطبقة في العمليات البنكية سواء فيما يخص معدل الفائدة على الودائع أو على عمليات القروض، وذلك بتحديد هامش أقصى وهذا ما جاء في نص المادة 4 فقرة 02 من النظام⁽²⁾ الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية بقولها «... غير أنه يمكن لبنك الجزائر أن يحدد هامش أقصى يستوجب احترامه من قبل البنوك والمؤسسات المالية بالنسبة لعمليات القرض».

كما سبق وأشرنا إلى أن خطر الفائدة يتحقق من جراء القروض التي يمنحها البنك بمعدلات ثابتة ونتيجة للتطورات اللاحقة بهذه المعدلات ينعكس الأمر على وضعية البنك ويشكل هذا النوع من المخاطر خطورة كبيرة بالنسبة للمؤسسة المالية كون أن معظم القروض الممنوحة طويلة المدى وعليه فالفارق بين معدلات الفائدة من سنة لأخرى يؤثر على مردودية البنك، حيث يمكن أن يرتفع معدل الإقراض ومعه ترتفع كذلك معدل الفائدة الممنوحة للمودعين فيكون الفارق في سعر الفائدة بين ما يحصل عليه وما يأخذه كبير وبالتالي تحدث الخسارة للبنك.

3- خطر الطرف المقابل: وقد ورد تعريف لهذا النوع من الأخطار في نص المادة 02 الفقرة الأولى من النظام 03-02 السالف الذكر حيث نصت على: « هو الخطر الناشئ في حالة عجز طرف مقابل أو أطراف مقابلة...»، من ذلك نفهم وأن الطرف المقابل هو المقترض والخطر هو عجز المقترض عن

(1) نظام رقم 03-02 المؤرخ في 14 نوفمبر 2002، المتضمن المراقبة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، جريدة رسمية العدد 84، المؤرخة في 18 ديسمبر 2002.

(2) النظام رقم 94-31، المؤرخ في 2 يونيو 1994، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية، جريدة رسمية، العدد 72 المؤرخة في 06 نوفمبر 1994.

إرجاع القرض أو القروض الممنوحة له أولهم في الأوقات المتفق عليها، وقد يكون السبب في ذلك إلى إفلاس المؤسسة المقرضة أو إعسار الفرد، ويعود ذلك إلى أسباب منها، ما يخص المقرض في حد ذاته كأن تكون له رغبة في عدم تسديد القرض أو بسبب الإعسار أو الإفلاس إن كان المقرض مؤسسة.

كذلك في بعض الأحيان يتم الاقتراض لشخص في الخمسينات أو الستينات من العمر فيصل بسرعة إلى مرحلة التقاعد فينخفض دخله ويعجز عن التسديد، هناك احتمال أن يتوفى المقرض قبل سداد القرض وبذلك يتحول القرض في سجلات البنك إلى دين غير عامل، إذا لم يكن البنك قد أمن على حياة المقرض وفي هذه الحالة يحدث الخطر، من الممكن أن يتورط البنك بتقديم تسهيلات، كأن يمنح قروض تزيد عن قيمة العقار المرهون كضمانة، وفي هذه الحالة فإن المقرض الذي قبض أكثر من ثمن عقاره يمكن أن يمتنع عن التسديد إن كان سيء النية أو إذا ساءت أوضاعه المالية، وأمام كل هذا نجد أن المخاطر يتسبب فيها البنك أو المؤسسة المالية وهو ما يطلق عليه بالخطر العملياتي.

4- خطر عملياتي: ويصطلح عليه خطر التشغيل ومضمونه الخسائر الناجمة عن عدم كفاءة وإحراق العمليات الداخلية والعناصر البشرية والأنظمة⁽¹⁾، ويوجد تعريف قانوني لهذا الخطر في نص المادة الثانية من النظام 02-03 السالف الذكر، كما يلي: « خطر عملياتي : خطر ناتج عن نقائص بصميم وتنظيم وتنفيذ إجراءات القيد في النظام المحاسبي وبشكل عام في أنظمة الإعلام الآلي الخاصة بمجموعة أحداث المتعلقة بعملية البنك والمؤسسة المالية المعنية »، وأسباب هذا النوع من المخاطر ترجع إلى العامل البشري بالدرجة الأولى والأساسية وذلك من خلال عدم كفاءة إطارات وموظفي البنك والفهم الخاطيء للأنظمة والقوانين أو من خلال التهاون وعدم الحيطة والغلطات في تنفيذ العمليات البنكية وأيضا سوء

(1) « Risque opérationnelle, risque de pertes ou de sanctions du fait de défaillance de procédures et système internes, d'erreurs humaines ou d'évènements extérieurs ».

Document de référence, Société Générale, 2011, page 207.

التقدير للمخاطر أي مدى قدرة خبراء البنك في التنبؤ بها (المخاطر) وتقييمها والإحتياط منها ومواجهتها في حالة وقوعها أي الوسائل العلاجية لهذه المخاطر.

5- أخطار أخرى وأبرزها:

أ- خطر القرض في حد ذاته: ويدخل ضمن هذا الخطر نوعية القرض إن كان من القروض الطويلة والمتوسطة أو القصيرة الأجل، فالأول نجده يعتمد على مبالغ ضخمة وبالتالي يفقد البنك جزء من أمواله لمدة ليست بقصيرة، كذلك مدى كفاية التأمينات الممنوحة والمقبولة لدى البنك والتي قد تكون غير كافية لسداد مبلغ القرض في حالة عجز المدين عن إرجاعه، أو قد يفقد العقار المرهون قيمته في السوق إلى أقل من رصيد القرض وهكذا، ويدخل كذلك في تحديد خطر القرض بالإضافة إلى الأجل، شروط القرض وهنا مدى كفاية التأمينات عينية أو شخصية، كذلك سعر الفائدة من حيث معدلها وهل هو ثابت أو متغير وقد سبق لإشارة إليها.

ب- الخطر القانوني: وهو خطر ينتج عن قلة فهم للأنظمة والقوانين حتى أن البعض أدرجه ضمن الخطر العملياتي الذي سبق وأشارنا إليه أين يتسبب فيه إطارات وموظفي المؤسسات المالية ويتضح ذلك أثناء تحرير عقد القرض فإن وجد نقص في شروط العقد أو غموض فيها أو حتى غلط في العقد وباعتبار أن العقد هو مصدر لالتزامات الأطراف ووفقا للقواعد العامة فإن الشك يفسر للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، كما قد يكون غموض في غرض القرض⁽¹⁾ وإجمالاً تصبح مسؤوليات والتزامات الأطراف غير واضحة وهذا في غير صالح المؤسسة المالية.

كذلك نكون بصدد خطر قانوني في حالة قيد الرهن هل هو رهن من الدرجة الأولى كالرهن الرسمي أم لا؟ وهل هو مثقل بحقوق الامتياز أم لا كذلك؟ أيضا القروض الممنوحة في إطار البناء خاصة للمقاول الترقوي مقابل رهن تلك البناءات فالإشكال يحدث في حالة مخالفة رخصة البناء، ومن ثمة لا

(1) سفيان زغدي، المرجع السابق، ص 42.

مجال للحصول على شهادة المطابقة وبالنتيجة لا تستطيع المؤسسة المالية تأسيس الرهن. لانعدام سند ملكية البناء وعليه لا مجال لتسجيل عقد البيع، وكلها أخطار متصلة بعمليات قانونية سواء في مجال التشريعات العادية مثل القانون المدني أو قانون التعمير أوفي مجال تطبيق القوانين والأنظمة المتعلقة بالبنوك، وكما ذكرنا أن الخطر القانوني يدخل ضمن الخطر العمليتي على أساس أنها متعلقة بمدى قدرة وكفاءة إطارات وخبراء البنوك.

وكما أشرنا أن من بين الذي يعتبر خطر قانوني هو خطر في تحرير العقود وعدم احترام الأنظمة والقوانين ومثال ذلك ما حدث في الولايات المتحدة في عقود القروض حيث كان يتم إبرام عقد القرض بين المؤسسة المالية وبين المقترض نظير تمويله لشراء المنزل فعقد القرض كان يتضمن شروطا مجحفة من أهمها:

- أن أسعار الفائدة متغيرة وليست ثابتة وتكون منخفضة في البداية ثم ترتفع مع الزمن.⁽¹⁾
 - ترتفع أسعار فائدة القرض العقاري بصفة تلقائية كلما رفع البنك المركزي أسعار الفائدة، وهذا ما يسمى بالرهن العقاري ذي الفائدة القابلة للتغيير.⁽²⁾
 - إذا تأخر المقترض عن دفع أي قسط يحل أجله فإن أسعار الفائدة تتضاعف بنحو ثلاث مرات.
 - تذهب المدفوعات الشهرية خلال السنوات الثلاث الأولى كلها لسداد فوائد القروض، وهذا يعني أن المدفوعات لم تكن تذهب إلى ملكية أي جزء من العقار إلا بعد مرور ثلاث سنوات.
- الملاحظ أنه في عملية تسويق العقارات لمحدودي الدخل كانت تتم بطريقة ملتقة وشروط تبدو سهلة للوهلة الأولى، ولكن بعقود كانت صياغتها بمثابة فخ لمحدودي الدخل، فقد كانت كلها التفاف حول قوانين الدولة والحد الائتماني، وكان الخاسر هو البنك والفرد كذلك، البنك نتيجة إهيار أسعار العقارات بعد

(1) Randall DODD, Topographie d'une crise, Finances développement, Décembre. 2007. P30.

(2) نصر أبو الفتوح فريد، الرهون العقارية والأزمة المالية العالمية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، الطبعة الأولى، 2011، ص 92.

إعسار الفرد على تسديد القرض لأن البنك هو الخاسر الأول بسبب فقدان كسب الثقة للعملاء من جهة وإرجاع أمواله بطرق بسيطة دون حجز وبيع من جهة ثانية، وهذا النموذج بقدر ما يدخل في خطر تحرير العقد والتزامات الأطراف ويدخل كذلك في خطر سعر الفائدة الذي تم دراسته سابقاً.

ج- مخاطر متعلقة بالرهن: حيث يجب على البنك أن يكون مطمئناً من أن العقار محل الضمان قابل للرهن، وأنه ليس مرهوناً من قبل بمعنى غير مثقل بحقوق الامتياز، وأن يتم تقييمه تقييم يقلل من درجة مخاطر عدم السداد للقرض في حالة تم بيعه بالمزاد العلني ذلك أن انهيار أسعار العقار (المنازل) كان أهم الأسباب المباشرة في الأزمة المالية في أمريكا والتي وصفت بالزلزال المالي للبنوك.⁽¹⁾

د- المخاطر الخارجية: وهي المتعلقة بالمحيط الخارجي ونميز فيها نوعين هما:

-الخطر العام: وهو من أصعب المخاطر لأنه يصعب تقديره أو تحديده بدقة في دراسة ملف القرض فهو مرتبط بالأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية إلى جانب الكوارث الطبيعية.

-الخطر المهني: ويتمثل في معرفة وضعية الزبون أو المقترض في قطاعه المهني أو الوظيفي والتنبؤ بالمتغيرات المحتملة التي قد تطرأ، وهذا من أجل معرفة إمكانية التسديد كأن يكون المقترض موظف فمن المتغيرات التي قد تطرأ (الطرد من الوظيفة، التقاعد، الإعسار، الوفاة...) وإن كان مرقياً عقارياً فقد يقع تحت طائلة الإفلاس أو فشل مشروعه (كعدم إتمامه أو سحب المشروع منه...)، كلها متغيرات قد تحدث مما يجعل البنك أو المؤسسة المالية في حالة خطر عدم استرجاع أموالها إن لم تكن قد احتاطت لكل هذا من خلال الضمانات التي تضعها في عقد القروض العقارية.

المبحث الثالث- ضمانات مواجهة مخاطر القرض العقاري.

إنطلاقاً من فكرة أن الخطر ملازم للقرض، لا يمكن إلغاؤه بصفة نهائية أو إستبعاده بشكل مطلق حيث يعتبر منح أي قرض مشكلة للبنك أو المؤسسة المالية. فالدراسة التقنية والمالية للمؤسسة المقرضة

(1) نصر أبو الفتوح فريد، المرجع السابق، ص 92.

تسمح للبنك تقدير الخطر ونوعه ودرجته، بهدف إختيار وتحديد الضمان الذي يغطيه قبل منح القرض فأى خطأ عند منحه قد يجر إلى مشاكل تؤدي حتى إلى إفلاس البنك، لذلك لا بد من دراسة معمقة لحالة المقترض بإستعمال مختلف التقنيات اللازمة لمعرفة ملاءته المالية وقدراته على التسديد، وكذلك الإجراءات الوقائية قبل الدخول في الأساليب العلاجية، ومن أهم الأخطار التي يقع فيها البنك هو خطر عدم الدفع من قبل المقترض بالإضافة إلى عدم توافر السيولة الكافية بالجهاز المصرفي، والذي قد ينذر بتصفيته⁽¹⁾

ومن ثم تعد عملية إختيار الضمانة المناسبة من أصعب المشاكل التي تواجه البنك، وفي الحقيقة إن الأعراف والتجارب المصرفية، خلقت عادات وصيغ لإختيار الضمانات المناسبة وتتركز هذه الصيغ بالخصوص على الربط بين أشكال الضمانات المطلوبة وقيمة القرض التمويلي المعطى من قبل البنك كما أن إختيار الضمان يتم على أساس قيمته السوقية لهذا يُعد تحديد قيمة الضمانات أمراً مهما ونسبيا في ذات الوقت فهو أمر مهم لأنه يضع البنك في مأمن ضد الأخطار المحتملة، وهو أمر نسبي لأن هذه القيمة من المحتمل أن تعثرها بعض التغييرات في المستقبل⁽²⁾ وفي العادة أن قيمة الضمان المطلوب يفوق قيمة القرض.

وأمام كل ما سبق يلجأ البنك في تعزيز مركزه إلى طلب جملة من الضمانات، منها شخصية ترتكز على الإعتبار الشخصي، وأخرى عينية ترتكز على موضوع الشيء المقدم كضمان، أما فيما يخص توزيع القروض العقارية فنجد أن البنك يطلب ضمانات كثيرة تحد من نسبة إحتمال حدوث خطر عدم الدفع

(1) محمد فضل عبد الكريم، تعثر سداد الديون في المصارف الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة وادي النيل، السودان 2001، ص154.

(2) صهيب عبد الله بشير الشخانة، الضمانات العينية (الرهن) ومدى مشروعيته إستثمارها في المصارف الإسلامية، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص83.

مستقبلا من طرف المقترض، وبناء على كل ذلك سوف نتناول في هذا المبحث الضمانات المطلوبة قصد الاستفادة من القرض العقاري، ونستهل ذلك بالضمان الأول وهو إستحداث آلية التأمين لمواجهة خطر عدم الدفع (المطلب الأول) وتأسيس الضمانات (المطلب الثاني).

المطلب الأول- التأمين كآلية مستحدثة لمواجهة مخاطر القروض العقارية.

يشكل موضوع التأمين بإعتباره أحد أهم الضمانات في الوقت الحاضر لموضوع القرض العقاري كما هو معمول به في كافة الدول وفكرة التأمين قائمة على توزيع عبء الخطر وما ينتج عنه من أضرار سواء مادية أو جسدية لشخص معين أو على مجموعة كبيرة من الأشخاص من خلال المؤسسات والشركات، كذلك أنه من أنواع التأمين، تأمين الحماية حيث أنه من المعلوم أن حياة الإنسان تتعرض لمخاطر طبيعية وحتمية وهي غير إرادية مثل الوفاة والأمراض وما يصاحبها من عجز، ومن بين منتجات شركات التأمين نجد التأمين على العقارات وكذا التأمين على القرض (التأمين الإئتماني)، إذ أن التأمين بدأ يأخذ معناه الواسع ليشمل جميع مجالات الحياة الإقتصادية، حيث أصبح ضمن خانة الضمانات التي تطلبها البنوك والمؤسسات المالية في منح الإئتمان، طالما أنه يمنح الدائن حق الإستفادة من التعويض عن الأضرار التي تلحقه جراء عدم إلتزام المدين المقترض بدفع مستحقات الدائن المقرض (البنك)، سواء بسبب الإعسار أو الإفلاس، وحتى في حالة وفاة المدين المقترض.

وعليه فإن الأثر الجوهري والطبيعة القانونية للتأمين على القروض يتمثل في التعويض الذي يمنحه المؤمن (شركة التأمين) للدائن جراء الخسائر الطارئة التي تسبب فيها المدين نتيجة عدم الوفاء بالتزامه بسبب فقدان ملاءته المالية، أما الأثر الآخر للتأمين على القروض هو بعث الثقة والإطمئنان في نفس الدائن المقرض لتقديم القروض اللازمة لعملائه، فالتأمين له أثر مزدوج ليس فقط للدائن المقرض (البنك) بل للمدين أيضا حيث يتسنى للمدين الذي اكتسب وثيقة التأمين أن يمنح حق الإستفادة من هذا التأمين

إلى البنك وذلك عن طريق الحلول القانوني مكان المؤمن له عن طريق إلتزام تقدمه شركة التأمين للخير المستفيد من التأمين.

وقد عرف قطاع التأمين نظاما جديدا متمثل في إستقلالية الشركات العاملة في هذا القطاع وهذا بموجب الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات⁽¹⁾، حيث أصبح قطاع التأمين يلعب دور فعال في مختلف القطاعات الإقتصادية، وخاصة لدى المجتمعات المتطورة أصبح ضرورة ملحة لدرء الأخطار التي لا يمكن للمؤسسات تجاهلها، ونخص بالذات البنوك والمؤسسات المالية التي اختارت التأمين كضمان تكميلي للضمانات المطلوبة عينية كانت أو شخصية.

وفي مجال منح القروض العقارية نجد أن البنوك تعزيزا للثقة والإحتياط عن تخلف الزبون من دفع أقساطه أو مستحقاته، تطلب جملة من التأمينات وفي مقدمتها التأمين على القروض (الفرع الأول) وتأمينات أخرى تخص شخص المقترض (شخص طبيعي) وهو التأمين على الوفاة (الفرع الثاني).

الفرع الأول- التأمين على القرض العقاري.

يعتبر التأمين على القرض العقاري ضمانة تكميلية للضمانات الأخرى الأصلية التي يطلبها البنك المقرض من المدين المقترض، وقبل الخوض في فكرة التأمين على القرض العقاري، نورد تعريف التأمين ونبرز العناصر المكونة له، ثم من خلاله يمكن إستخلاص تعريفاً للتأمين على القرض العقاري وبيان أهميته.

أولاً- تعريف التأمين وعناصره.

1- **تعريف التأمين:** ورد تعريف التأمين في المادة الثانية من قانون التأمينات والتي أحالت ذلك أيضا إلى المادة 619 من القانون المدني حيث جاء تعريفه كما يلي: التأمين هو « عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأن

(1) الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995، والمتعلق بالتأمينات، جريدة رسمية عدد 13 المؤرخة في 08 مارس 1995، المعدل والمتمم.

يؤدي إلى المؤمن له أو الغير المستفيد الذي إشتراط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل أقساط أو أية دفعات مالية أخرى .»

من هذا التعريف نخلص إلى مايلي:

- أن التأمين عقد من العقود المسماة، والذي يجب أن تتوافر فيه كل الأركان المستوجبة لأي عقد من رضى ومحل وسبب.

- كذلك أن عقد التأمين من العقود الشكلية، بمعنى يستلزم الكتابة طبقا للمادة السابعة من قانون التأمينات بقولها: « يحزر عقد التأمين كتابيا، وبحروف واضحة وبنبغي أن يحتوي إجباريا، زيادة على توقيع الطرفين المكتتبين على البيانات التالية:

- إسم كل من الطرفين المتعاقدين وعنوانهما.

- الشيء أو الشخص المؤمن له.

- طبيعة المخاطر المضمونة.

- تاريخ الإكتتاب.

- تاريخ سريان العقد ومدته.

- مبلغ الضمان.

- مبلغ قسط أو اشراك التأمين .»

ومن ذلك نفهم أن المشرع الجزائري إعتبر عقد التأمين عقد من العقود الشكلية التي تستلزم الكتابة وليس الكتابة الرسمية التي يتولاها موظف مختص ومؤهل قانونا في كتابة العقود، بل فرض الكتابة من بيانات إلزامية وعبر عنها بالإجبارية التي يجب أن ترد في كتابة عقد التأمين.

2- عناصر التأمين: من خلال تعريف والتأمين الوارد في نص المادة 619 من القانون المدني نستخلص

أن عناصر التأمين هي:

أ- الخطر: وهو العنصر أو المحور الأساسي في عقد التأمين حيث يتم إفتراضه، إذ يعتبر المحل الذي يرد عليه عقد التأمين، أي الشيء المتعاقد من أجله، وفي مجال القروض العقارية جاء تعريف الخطر كما يلي: « الكارثة التي تؤدي إلى عجز المؤمن له بعد كل جهد أو عمل قام به هذا الأخير لدفع الديون المتعلقة بالمستفيد ».

ب- القسط: عنصر القسط يقصد به المقابل المالي الذي يلتزم به المؤمن له بدفعه لتغطية الخطر الذي يأخذه المؤمن على عاتقه، وإحتساب قسط التأمين يعتمد على طبيعة الخطر ويختلف باختلاف هذه الطبيعة من حيث ترددها، ومدى الخسارة، ومبلغ التأمين، بالإضافة إلى عوامل أخرى⁽¹⁾ وفي التأمين على القرض العقاري حسب ما جاء في الشروط العامة في عقد تأمين القرض العقاري للأفراد، فإنه قسط موحد يدفع من المستفيد بمبلغ القرض خلال ثلاثون (30) يوم من تاريخ صرف القرض، ويتم إلغاء أو فسخ عقد التأمين بعد ستون (60) يوم من تاريخ سريان عقد التأمين إذا لم يقيم المؤمن له من دفع مبلغ القسط⁽²⁾

ج- مبلغ التأمين: ويتمثل في الأداء الذي يلتزم به المؤمن في النهاية ويكون من النقود تدفع إلى المؤمن له أو شخص آخر المستفيد عن تحقق الحادث المؤمن عنه.

ثانيا: تعريف التأمين على القرض العقاري: قبل الوصول إلى وضع تعريف للتأمين على القرض العقاري، نخصص تعريف للتأمين على القرض ثم نختص بالحديث للتأمين على القرض العقاري.

1- تعريف التأمين على القرض: التأمين على القرض هو نظام تأميني - مقابل أجر - من تغطية عدم الوفاء بديون في ذمة أشخاص تم تعيينهم مسبقا ويوجدون في حالة عجز عن دفع.⁽³⁾

(1) أسامة عزمي و شكري نوري موسى، إدارة الخطر والتأمين، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص 87.

(2) سفيان زغيدي، المرجع السابق، ص 67.

(3) سفيان زغيدي، المرجع نفسه، ص 68.

وبالتالي فالتأمين على القرض هو عقد يكتتب من قبل الدائن مقابل دفع الأقساط يضمن فيه خطر القرض، بمعنى أكثر وضوحاً أنه يتم ضد خطر عدم دفع المستحقات المالية، كما يمكن تعريفه بأنه تأمين الديون المتعثرة مستقبلاً، حيث يتم تحويل مخاطر الديون المتعثرة من قبل البنك إلى شركات التأمين في وقت تخلف العميل عن سداد قيمة الدين وفوائده، فتقوم شركات التأمين نيابة عن العميل بتسديده، كما يمكن تعريفه كذلك بأنه العقد الذي بواسطته يتحصل الدائن (البنك) من المؤمن (شركات التأمين) ضمان الأخطار المحتملة، ضد خطر إعسار أو إفلاس مدينه أو ضد عدم الدفع عند الإستحقاق.

2- تعريف التأمين على القرض العقاري: أمام كل ما سبق نستطيع تعريف التأمين على القرض العقاري: على أنه عقد يكتتب من قبل شخص طبيعي (الأفراد) أو شخص معنوي (مركبي عقاري) أمام شركة التأمين، يكون لصالح البنوك أو المؤسسات المالية مانحة الإئتمان، حيث تلتزم بموجبه جهات التأمين بتعويض البنوك عن ضياع أو عدم إمكانية إسترجاع قيمة القرض وفوائده، إما عند إستحقاق الدين أو بعد مرور مدة معينة من تاريخ الإستحقاق.

- وباعتبار أن عقد التأمين كما جاء في نص المادة السابعة من قانون التأمينات، قانون التأمينات هو عقد شكلي أي يتطلب شكلية معينة وكذلك الشأن بالنسبة لعقد التأمين على القرض العقاري فهو عقد شكلي قياس على ذلك بإعتبار أن عقد التأمين متعلق بالمعاملات المالية.

ثالثاً- أهمية التأمين على القرض العقاري: إن للتأمين على القرض دور مهم وفعال في الإئتمان المصرفي طويل الاجل، مثل ما هو الحال بالنسبة للقرض العقاري، وعليه سوف نبين أهميته في النقاط التالية:

أ- التأمين على القرض العقاري وسيلة لكفالة الأمان للمؤمن له: ويقصد من ذلك أن البنوك والمؤسسات المالية المانحة للقروض العقارية، من خلال عملية التأمين على الإئتمان يلغي شك عدم التأكد من إستيفاء أو إسترجاع مستحقات القرض، وذلك على إعتبار أن عقد التأمين يقوم بنقل أخطار معينة في

دائرة المحيط المصرفي إلى شركات التأمين، التي تتعهد بتعويض البنك أو المؤسسة المالية في حالة حدوث الخطر المتفق عليه، ويعني هذا أن التأمين الواقع على القرض العقاري ينقل البنك من حالة الشك والقلق من الوقوع في خطر القرض إلى حالة أكثر أمان وضمان التي كفلتها شركات التأمين بإسترداد مبلغ القرض وفوائده أي أن شركات التأمين تصبح بمثابة كفيل أمام البنك أو المؤسسة المالية مانحة الإئتمان وهذا ما نص عليه قانون التأمينات من خلال المادة 59 مكرر بقولها: « تأمين الكفالة هو عقد يضمن من خلاله المؤمن، مقابل قسط تأمين، للمؤسسة المالية أو المصرفية، تعويض مستحققاتها بشأن عملية تجارية أو مالية في حالة إعسار المدين».

ب- التأمين عامل من عوامل الوقاية وتسيير خطر القرض: إذا كان الهدف أو الغاية المباشرة من التأمين على القرض العقاري هو تعويض المؤسسة البنكية أو المصرفية في حالة عجز المدين عن الوفاء إلا أنه (التأمين) يؤدي هدف أو غاية غير مباشرة هي الوقاية من المخاطر والعمل على التقليل منها عن طريق دراسة اسبابها⁽¹⁾، ذلك أن البنك عند البحث عن الضمان فهو يسعى إلى البحث عن الضمانات الوقائية قبل الوصول إلى الإجراءات العلاجية، فشركات التأمين حالياً - ورغبة منها في حصر مبلغ التعويض إلى أضيق الحدود- تعمل بطرق عديدة على التقليل من نسبة وقوع المخاطر المختلفة ووقاية المؤمن لهم منها، وعلى العموم يعتبر وسيلة لدعم الإئتمان إذ يسهل للمقترض كذلك الحصول على القرض، وذلك بتدعيم الضمانات بضمان إضافي هو التأمين، وبالرجوع إلى الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات نجد أنه لم ينص أو ينظم التأمين على القرض إطلاقاً، وهذا يعتبر نقصاً في موضوع القانون المذكور وعليه نرى أن يتم إدراج ذلك في حال وقوع تعديل لهذا القانون، غير أن المشرع استدرك ذلك من خلال صدور

(1) محمد قاسم، محاضرات في عقد التأمين، الدار الجامعية، بيروت، 1997، ص40.

المرسوم التنفيذي رقم 95-388 المتعلق بإعداد قائمة عمليات التأمين وحصرها⁽¹⁾ حيث صنف ضمنها التأمين على القرض في نص المادة الثانية الفقرة الخامسة وعلى ضوء ذلك تم إنشاء شركات تأمين متخصصة لضمان أو تأمين القرض العقاري، والتي سوف يتم التطرق إليها لاحقاً من خلال الباب الثاني من هذه الدراسة.

الفرع الثاني: التأمين على الوفاة للمقترض:

في إطار عملية منح القروض العقارية، وقصد تعزيز الثقة بين أطراف عقد القرض، يعمد البنك على إجبار المقترض (شخص طبيعي) إلى إكتتاب تأمين على الوفاة، يضمن من خلاله البنك إسترجاع مبلغ القرض، وعليه سوف نقوم بالتعريف بهذا النوع من التأمين وكيفية العمل به في مجال القروض العقارية.

أولاً: مفهوم التأمين على الوفاة: جاء تعريفه من خلال المادة 65 من قانون التأمينات بقولها التأمين على الوفاة: « عقد يتعهد بموجبه المؤمن له بدفع مبلغ معين للمستفيد أو المستفيدين عند وفاة المؤمن له مقابل قسط وحيد أو دوري.»، من خلال نص هذه المادة نستخلص أن لعقد التأمين على الوفاة الخصائص التالية:

- تحقق حالة الوفاة للمؤمن له (المقترض)، ويجب أن يكون ذلك خارج عن إرادة المؤمن له حيث أنه في حالة إنتحار لا يستحق خلفه مبلغ التأمين.
- أن مبلغ التأمين لا يستحق إلا بعد دفع أقساط التأمين، ويكون ذلك مرة واحدة أو بصفة دورية وتحقق حالة الوفاة للمؤمن له.

(1) المرسوم التنفيذي رقم 95-388 المؤرخ في 1995/10/30، المتعلق بإعداد قائمة التأمين وحصرها، الجريدة الرسمية العدد65، المؤرخة في 1995/10/31.

- أن المستفيد في عقد التأمين على الوفاة يكون دائما شخصا ثالثا، أي طرف أجنبي على العقد وعادة ما يكون الخلف العام، وفي حالات قد يستفيد الغير من مبلغ التأمين.

ونظرا لتطور الحياة الاقتصادية وعصرنة قطاع التأمينات أصبحت هذه النوعية من التأمينات تلجأ إليها البنوك في إطار ضمانات القرض، إذ يعتبر إجراء وقائي إحترازي من خطر الوفاة، حيث يتحقق للمقترض يكون البنك أمام حالة عدم الدفع، وعن طريق عقد التأمين يستطيع البنك مطالبة شركة التأمين بالمبلغ المستحق.

ثانيا- مظاهر العمل به في مجال القروض العقارية: بإعتبار أن القرض العقاري هو من القروض طويلة الأجل، وأن المستفيد من التأمين غالبا ما يكون شخص طبيعي، وعليه فإن كل فرد تعرض للموت، حيث تعتبر حالة الموت في مجال القرض بمثابة خطر يهدد الإستقرار المالي للبنك أو المؤسسة المالية، ولهذا السبب نجد في عقد القرض العقاري بندا إلزاميا، يتضمن التأمين على حالة الوفاة للمقترض.

وأن الأفراد المستفيدين من قرض عقاري يجب عليهم إكتتاب تأمين ضد خطر الوفاة ولكن يتم ذلك عن طريق التوقيع على شهادة الإذعان التي تقدم خلال إبرام عقد القرض العقاري، إن هذا الإجراء يعتبر بمثابة التأمين على القرض ولكن الإختلاف يكمن في تاريخ الإستحقاق، حيث يستحق مبلغ التأمين عند وفاة المقترض، على عكس التأمين على القرض الذي يستحق حال تحقق خطر عدم الدفع، من خلال الإتفاق المبرم بين المؤسستين في إطار التأمين على الوفاة، لذا يجب مراعاة ما يلي في هذا التأمين.

- يجب أن يكون محل التأمين على الوفاة بالنسبة للأفراد المستفيدين من قرض عقاري لدى الصندوق الوطني للتوفير والإحتياط بنك، أن يكون هذا القرض موجه لشراء أو بناء سكن أو لشراء أو بناء محلات ذات الإستعمال التجاري أو المهني، أي على جميع أنواع وصور القرض العقاري التي سبق لنا شرحها.

- يجب أن يرفق بعقد التأمين وثيقة تحدد المخاطر المضمونة وتحدد حالات إستحقاق مبلغ التأمين، وتحديد المخاطر التي يضمنها المؤمن يجب أن يكون دقيقا فإذا ذكر مخاطر عدم الوفاء بسبب وفاة

المستفيد، إلا أن هذه المخاطر لم تأت على سبيل الحصر فيمكن الإتفاق على أن يغطي التأمين مخاطر عدم الوفاء بسبب عجز المقرض الصحي أو بسبب فصله من عمله أو إعلان إعساره أو أي خطر آخر يخص المقرض.

وما يمكن أن نلاحظه أنه لا يجوز التعديل اللاحق في المخاطر التي تؤدي إلى العجز عن الوفاء أو بحالات إستحقاق مبلغ التأمين إلا بموافقة المقرض الصريحة على ذلك وتوافر نفس الشروط اللازمة لصحة عقد التأمين نفسه،⁽¹⁾ وعليه نصل إلى أن عقد التأمين على القرض العقاري مضمون بنوعين من التأمينات، التأمين على القرض العقاري والتأمين المتعلق بالمقرض كالتأمين على الوفاء.

المطلب الثاني- تأسيس الضمانات.

ينطوي العمل المصرفي على التعامل مع المخاطر، والتقليل من النتائج السلبية لهذه المخاطر، هذه المخاطر التي تكون مرتبطة بتوزيع القروض البنكية والتي رغم أهميتها في مجال التنمية إلا أن تقديمها لا يخلو من المخاطر، ولهذا نجد أن البنك المقرض يشترط تقديم الضمانات المناسبة حتى تجعله أكثر ثقة وإطمئنان في تقديم الإئتمان لطالبه إذ أن هناك عبارة غالباً ما ترد في الساحة المصرفية مفادها: « ليس هناك تنمية بدون قرض وليس هناك قرض بدون ضمانات»، وتعد الضمانات وسيلة قانونية، حظيت بإهتمام بالغ سواء في القانون المدني أو حتى في القانون المتعلق بالنقد والقرض⁽²⁾، وتصنف الضمانات إلى نوعين: ضمانات شخصية وضمانات عينية⁽³⁾

إن وضع تحت تصرف البنك المقرض شريحة واسعة من التأمينات أو الضمانات الشخصية والعينية، ليختار من بينها ما يكفل له ضمان حقوقه والحفاظ على مصالحه وفقاً لوضع المقرض وظروف

(1) ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 127-128.

(2) الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 27 أوت 2003، السابق ذكره.

(3) رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية 1995، ص 16.

عملية الإقتراض والبنك المقرض حق له أن يختار إحدى الضمانات السابقة أو حتى الجمع بين أكثر من نوع، لأن المشرع لم يلزمه بنوع معين من التأمينات، لكن عملية إختيار الضمان ليس في نوعه بل في قيمته والتي في العادة تفوق قيمة القرض المطلوب، وتعد عملية تقديم الضمانات، والتي تقدم لاحقا للعقد مهمة جدا في اتخاذ قرار توزيع القرض، حيث تجعل متخذ القرار مطمئنا لما قرره، فالضمانات تعني تنفيذ التعهد بالإيفاء لتقي البنك الدائن خطر عدم الوفاء بالدين وتتيح له إستيفاء حقه عند الإستحقاق.⁽¹⁾

كما قلنا فالضمانات إما أن تكون ضمانات شخصية (الفرع الأول) أو ضمانات عينية (الفرع الثاني)

الفرع الأول - الضمانات الشخصية. Sûretés personnelles.

وهي تقوم على تعدد المسؤولين على تنفيذ الإلتزام فيتحقق ضمان الدائن فيها من ضم ذمة أخرى (ذمة شخص) إلى ذمة المدين للوفاء بالدين، بحيث لو أعسر المدين تكون الذمة الأخرى مسؤولة عن الوفاء بنفس الدين، وبذلك تتزايد فرص حصول البنك الدائن على حقه⁽²⁾

وأهم صور التأمينات الشخصية وأوضحها هي الكفالة حتى أن البعض من الفقه عوض التأمينات الشخصية بالكفالة الشخصية⁽³⁾، حيث اعتبروا الكفالة هي التطبيق النموذجي للتأمين الشخصي، أما صورة التضامن بين المدينين⁽⁴⁾، يؤدي إلى زيادة ضمان الدائن ولكن لا يعتبر تأمينا شخصيا لأن كل مدين متضامن مسؤول بصفة شخصية عن الدين في مجموعه⁽⁵⁾، ومن صور التأمينات الشخصية كذلك

(1) مصطفى سراج الدين عثمان، إدارة الأصول ومخاطر التمويل في العمل المصرفي التقليدي والإسلامي، د.ط، اتحاد المصارف العربية، بيروت، لبنان، 2002، ص346.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، التأمينات الشخصية والعينية منشورات الحلبي الحقوقية، 2000، ص6.

(3) سمير تتاغو، التأمينات العينية والشخصية، الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي - الكفالة - قانون التمويل العقاري، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 9.

(4) راجع المواد، 217 وما بعدها من التقنين المدني الجزائري.

(5) سمير تتاغو، المرجع نفسه، هامش3، ص9.

الضمان الإحتياطي والذي هو نوع من الكفالة ويسمى بالكفالة التجارية فهو يطبق في مجال السفنجة السند لأمر والشيك، كما أن الضمان الإحتياطي يخضع للقواعد القانونية الخاصة بوسائل الوفاء والإئتمان⁽¹⁾، وسنقتصر على الكفالة كضمانة شخصية بإعتبارها هي الأكثر نموذج تطبيقي للتأمين الشخصي حيث سنستعرض إلى مفهومها وشروطها وآثارها.

أولاً- مفهوم الكفالة كضمانة بنكية: تعد الكفالة من أهم نظم التأمينات الشخصية في مجال الإئتمان.

أ- تعريف الكفالة: الكفالة هي ما يودعه شخص من الأشخاص من مبلغ نقدي أو سندات أو أوراق مالية لضمان تنفيذ التزام معين يقع على عاتقه أو لضمان تغطية ما قد ينشأ بفعله من مسؤولية في المستقبل.⁽²⁾ وحسب نص المادة 644 من التقنين المدني الجزائري التي تنص على أنه: « الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ إلتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه»، فمقتضى الكفالة إلتزام (تعهد) شخص معين يسمى بالكفيل بتنفيذ إلتزامات طالب التمويل، والذي يسمى بالمكفول تجاه البنك المقرض إذا لم يستطيع الوفاء بهذه الإلتزامات عند حلول آجال الإستحقاق.

والكفالة قد تكون بسيطة حيث يتكفل ضامن واحد في القرض، وقد تكون كفالة تضامن حيث يلتزم بموجبها عدة متكافلين لضمان القرض وسداده عند حلول آجاله، فالكفالة البسيطة يسأل فيها الكفيل بعد تحقق عدم قابلية المدين الأصلي للوفاء، أما الكفالة التضامنية والتي يكون فيها من حق الدائن (البنك) مطالبة أيا من الإثنين: طالب القرض المدين أو كفيله⁽³⁾، وهذا النوع من الكفالات هو الغالب في المعاملات المصرفية، حيث يشترط البنك المقرض في عقد الكفالة أن يتنازل الكفيل عن حقوقه الخاصة

(1) راجع المادة 651 من التقنين المدني الجزائري.

(2) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 28.

(3) شاكور القزويني، المرجع السابق، ص 127-128.

بالدفع، وذلك حتى يتمكن البنك المقرض من متابعة أيا كان سواء المدين طالب القرض أو الكفيل وهذا على أساس يسار وملاءة كل منهما.

إن عقد الكفالة لا يكتفي بضمان أصل الدين فقط، بل تشمل أيضًا ملحقات الدين والمصرفيات، فقد يحدد البنك المقرض والكفيل الإلتزام المكفول مسبقا في عقد الكفالة حتى يعرف الكفيل بالتحديد مبلغ الإلتزام الذي سيكلفه سواء انفراديا أو تضامنيا مع المدين الأصلي، وإذا لم يحدد عقد الكفالة مبلغ الدين المضمون (وهذا قليلا مع ما يحدث في المجال المصرفي) فإن هذا المبلغ يتحدد بحكم القانون وتكون في هذه الحالة كفالة مطلقة فتتصب على الدين المكفول بمقداره وأوصافه وملحقاته،⁽¹⁾ فالكفيل في هذه الحالة يضمن للبنك المقرض الدين الأصلي، الملحقات والمصرفيات على النحو الآتي:

- ملحقات الدين: وهي التعويضات التي يلتزم بها المدين المقترض بسبب إخلاله بإلتزاماته، وتشمل كذلك فوائد الدين المتفق عليها في عقد القرض أو الممول المبرم بين البنك المدين المقترض وكذا فوائد التأخير الناتجة عن الحساب الجاري بسبب توقفه عن النشاط والعمولات والملحقات الأخرى⁽²⁾

- مصرفيات المطالبة الأولى: وهي التي ينفقها الدائن البنك في مطالبة المدين المقترض بالوفاء، وتشمل تكاليف الإعذار ورسوم رفع الدعوى ومصرفياتها.

- ما يستجد من مصرفيات: بعد إخطار الكفيل بما اتخذته البنك الدائن من إجراءات ضد المدين المقترض قصد تغطية الدين (القرض).⁽³⁾

ثانيا - شروط الكفالة: يمكن القول أنه لإنعقاد عقد الكفالة صحيحا يتوجب توافر شروط عامة وهي

(1) راجع المادة 653 من التقنين المدني الجزائري.

(2) Luc Bernet Rollande, principes de technique bancaire, 24 éme édition, Dunod, paris, France,2006 p161-162.

(3) راجع المادة 653 من التقنين المدني الجزائري.

الشروط الواجب توافرها في كل العقود من رضا، محل وسبب⁽¹⁾ إضافة إلى شروط أخرى خاصة فقط بعقد الكفالة وهذه الشروط تتطلب خاصة في الكفيل، وسنكتفي بدراسة الشروط الخاصة دون العامة، ونحيل بالنسبة لهذه الأخيرة للقواعد العامة المنصوص عليها في التقنين المدني، إن الغرض من تقديم الكفيل هو تأمين الدائن ضد مخاطر إفسار مدينه وذلك بضم ذمة مالية إلى ذمة هذا الأخير، ويجب أن تتوافر شروط معينة في الكفيل، وقد وردت هذه الشروط في المادة 646 من التقنين المدني الجزائري وتنص هذه المادة على أنه: « إذا الزم المدين بتقديم كفيل يجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما بالجزائر وله أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا.»، من هذا النص نجد أن الشروط الواجب توافرها في الكفيل هي:

- يجب أن يكون الكفيل موسرا أي قادرا على الوفاء بالالتزام الذي قام بضمانه، ويقع على المدين عبء إثبات يسار الكفيل بما لديه من أموال كافية بالدين الذي كفله ويستوي:

- أن تكون هذه الأموال عقارات أو منقولات متى كان ذلك كافيا للوفاء بدين الدائن.

- أن يكون الكفيل مقيما بالجزائر حتى يستطيع الدائن الرجوع على الكفيل بأسهل الطرق وذلك إذا لم يف المدين بالتزامه، والمقصود هنا بالإقامة العادية ولا يشترط في الكفيل أن يكون جزائريا لأن نص المادة شمل عبارة شخص.⁽²⁾

- أن تكون للكفيل أهلية إبرام العقد وهي أهلية خاصة، ومن المقرر أنه إذا اشترط الكفيل قبل إلتزامه تعويضا يدفعه الدائن أو المدين، فإن أهلية التعاقد تكفي في هذه الحالة، ولا يشترط في الكفالة أهلية خاصة بالنسبة إلى الدائن أو إلى المدين فتجوز أهلية القاصر المميز بالنسبة للدائن أما المدين فتجوز له أهلية القاصر لأنه ليس طرفا في عقد الكفالة.⁽³⁾

(1)- Mansouri Mansour, système et pratique bancaire en Algérie, Editions et distribution Houma, Alger 2005, 133-134.

(2) زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، الطبعة الثالثة، دار الأمل، الجزائر، 2004، ص 27-28.

(3) محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية، (الكفالة، الرهن الرسمي، حق الإختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الإمتياز)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 39.

ثالثا - آثار عقد الكفالة:

تختلف آثار الكفالة باختلاف العلاقات التي تنتج عنها، إذ يترتب عن عقد الكفالة نوعان من العلاقة: العلاقة بين الدائن والكفيل والعلاقة بين المدين والكفيل من جهة أخرى.

1- العلاقة بين الدائن والكفيل⁽¹⁾

يلتزم الكفيل بمقتضى عقد الكفالة أن يضمن تنفيذ التزام المدين (طالب القرض) أو الوفاء به ويترتب على ذلك أن للدائن أن يطالب الكفيل بالوفاء بالالتزام المكفول، ونظرا لصفة التبعية التي يتصف بها عقد الكفالة، فإنه يجب على الدائن أن يطالب أولا المدين قبل مطالبة الكفيل، كما يجب أيضا أن ينفذ على أموال مدينه الأصلي لإستيفاء حقه قبل أن ينفذ على أموال الكفيل وهذا ما يسمى بالدفع بالتجريد،⁽²⁾ الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 901 من التقنين المدني الجزائري، وحق الكفيل قاصر على الدفع بتجريد المدين المكفول ولا يحق له أن يدفع بتجريد مدين آخر غير مكفول في حالة تعدد المدينين، وفي حالة تعدد المتكافلين لدين واحد وفي عقد واحد مع عدم تضامنهم، فإنه لا يكون للدائن أن يرجع على أي منهم إلا بقدر نصيبه في الدين، وهذا ما يسمى بالدفع بالتقسيم، وهذا الحق يثبت عند تعدد المتكافلين في حالة ما إذا رجع الدائن على أحدهم كان لأحدهم التمسك بالدفع بالتقسيم، والمشرع الجزائري جعل الأصل هو التقسيم، فالمدين هو الذي يتحمل حصة المعسر منهم وهذا ما تضمنته المادة 664 الفقرة الأولى من التقنين المدني الجزائري.⁽³⁾

أما إذا كفل المدين متكافلين كل منهم بعقد مستقل، فلا ينقسم الدين بينهم ويسمى ذلك بالتضام، وفي هذه الحالة توجد عدة كفالات مستقلة عن بعضها البعض لكن يجمعها وحدة الدين.⁽⁴⁾ والدفع بالتجريد

(1) راجع المواد من 654 إلى 669 من التقنين المدني الجزائري

(2) زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 58.

(3) المرجع نفسه، ص 76.

(4) راجع المادة 644 من التقنين المدني الجزائري.

والدفع بالتقسيم ليسا من النظام العام ، فهو دفع مقرر لمصلحة الكفيل الشخصية لذلك يجب على الكفيل إذا أراد الإستفادة من هذا الدفع أن يتمسك به ولا يجوز حينئذ للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

2- العلاقة بين الكفيل والمدين⁽¹⁾

إن الكفيل إذا وفى للدائن، فله الحق في الرجوع على المدين (المقترض) بعدئذ بما دفع إما:

أ- بالدعوى الشخصية (دعوى الكفالة): تنص المادة 670 من التقنين المدني الجزائري على أنه: « يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بالوفاء أي بوفاء الدين وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين، إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عند وقت الإستحقاق أسباب تقضي ببطان الدين وانقضائه، فإذا لم يعارض المدين في الوفاء بقي للكفيل الحق في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو إنقضائه.»

وتنص المادة 672 من التقنين المدني الجزائري على أنه : « يكون للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه، ويرجع بأصل الدين والمصروفات غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده.»

ب- بدعوى الحلول: يعني ذلك أن للكفيل الذي وفى الدين أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المدين وهذا ما نصت عليه المادة 671 من التقنين المدني الجزائري.

وهذه الدعوى ما هي إلا تطبيق للقواعد العامة في الوفاء مع الحلول المنصوص عليها في المادة 261 من التقنين المدني الجزائري، ويستطيع أي كفيل أن يرجع على المدين بدعوى الحلول ويستوي أن تكون الكفالة حاصلة بعلم المدين أو بغير علمه وحتى رغم معارضته، ويستوي أن تكون الكفالة لمصلحة المدين أو لمصلحة الدائن ويستوي أن يكون الكفيل مأجورا أو غير مأجور، متضامن أو غير متضامن، فعلاقة

(1) راجع المواد من 670 وما بعدها من التقنين المدني الجزائري.

الكفيل والمدين الأصلي لا تتغير بالتضامن، فللكفيل دائما حق الرجوع بكل الدين طالما أنه أجنبي عن الدين الأصلي وإذا تعدد المدينون بدين واحد وكانوا متضامنين فللكفيل الذي ضمنهم جميعا أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين.⁽¹⁾

الفرع الثاني - الضمانات (التأمينات) العينية. *Sûretés réelles*

وسميت الضمانات العينية بذلك لأن ما يضمن حق الدائن وفقا لها هو عين تخصص لذلك، تكون في الغالب ملكا للمدين المقرض، تقدم ضمانا للوفاء بالالتزام (القرض)، وهذا الضمان لا يتعلق بذمة ملتزم الوفاء، وإنما يرتبط بمال محدد ومعين يجعل للدائن (البنك) حق تتبع هذا المال المؤمن به المدين المقترض في أي يد تكون، كما يجعل له حق التقدم (الأفضلية) على سائر الدائنين.⁽²⁾

وقد عُرفت الضمانات العينية بأنها « تخصيص مال معين للوفاء بالتزام معين، بحيث يظل المال المخصص للوفاء بالالتزام مثقلا بالتأمين، حتى ولو تصرف به المدين»⁽³⁾، ومن خلال ما سبق نرى أن تعريف الضمانات العينية تدور حول فكرة تخصيص مال معين للوفاء بحق البنك الدائن ويمكن حجزه في حالة عدم تسديد المدين لدينه وذلك لاستيفاء الدين منه، كالعقارات والمنقولات وهذا ما يسمى بالرهن.

والتأمينات العينية تختلف عن التأمينات الشخصية في أنه في هذه الأخيرة يضمن شخص وفاء الدين، في حين أنه في التأمينات العينية يكون الضامن لوفاء الدين، في حين أنه في التأمينات العينية يكون الضامن لوفاء الدين (مبلغ القرض العقاري) عينيا، فيكون للبنك الدائن المقرض تأمين عيني، أو حق عيني بالضمان *droit réel de garantie*، فبعد أن كان دائنا عاديا يصبح البنك دائنا مرتها أو دائنا ممتازا، ومنه فالضمانات العينية تركز على موضوع الشيء المقدم (العين) الذي يتمثل في ما

(1) راجع المادة 673 من التقنين المدني الجزائري.

(2) عيد عادل عبد الفضيل، الإئتمان والمدائيات في البنوك الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، 2008، ص 89.

(3) يونس نبيل منوال، إدارة الإئتمان وتقويم المخاطر، د.ط، اتحاد المصارف العربية، بيروت، لبنان، ص 223.

يقدمه المقترض من أصول مادية أو مالية للحصول على القرض العقاري كالعقارات والمنقولات وغيرها من السلع والمنتجات المادية، كما يمكن أن يكون موضوع الضمان أوراق مالية.

- الضمانات العينية المذكورة في القانون المدني الجزائري: التأمينات العينية التي ينظمها التقنين المدني الجزائري طبقاً لترتيب النصوص هي الرهن الرسمي، وفق التخصيص "الإختصاص" والرهن الحيازي، وحقوق الإمتياز "المواد من 882-1001" وقد أوردتها الإرادة التشريعية في الكتاب الرابع من التقنين المدني، بعنوان الحقوق العينية التبعية أو التأمينات،⁽¹⁾ وسوف نكتفي بإعطاء لمحة تعريفية مختصرة لكل من هذه الضمانات ما عدا الرهن الرسمي الذي سيتم التطرق إليه تفصيلاً لاحقاً على أساس أنه موضوع هذه الدراسة.

أولاً- الرهن الحيازي.

الرهن الحيازي يعتبر أحد الضمانات العينية، عرفته المادة 948 من القانون المدني على أنه: « عقد يلتزم به شخص ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئاً يرتب عليه الدائن حقا عينياً يخوله حبس الشيء، إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون»، فالرهن الحيازي يعبر عن مرحلة قديمة حيث كانت العقلية القانونية لا تتصور ترتيب رهن للدائن على شيء دون إنتقال حيازة هذا الشيء إليه، فالرهن الحيازي يتميز أساساً بفكرة إنتقال الحيازة من الراهن إلى المرتهن أو إلى شخص آخر يعينه المتعاقدان.⁽²⁾

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (التأمينات العينية)، دار الهدى عين مليلة- الجزائر، طبعة 2010، ص 11.

(2) يطلق على الرهن الحيازي في القانون الفرنسي مصطلح NANTISSEMENT وهو قد يطلق على المنقول فيسمى GAGE وقد يرد على عقار فيسمى ANTICHRESE، وقد وحد المشرع الجزائري كل هذه الإصطلاحات تحت إسم الرهن الحيازي الذي يشمل رهن المنقول ورهن العقار على السواء.

وفيما يخص أحكام الرهن الحيازي فإنه تطبق الأحكام المنصوص عليها في المواد 891 و 893 و 904 المتعلقة بالرهن الرسمي والذي سوف يتم شرحها في الفصل الثاني من هذا الباب والمتعلق بالرهن الرسمي كضمانة عينية للقرض العقاري وقد ورد ذلك في المادة 950 قانون مدني، وعليه يمكن للبنوك والمؤسسات المالية أن تمنح قروض عقارية مقابل ضمان يتمثل في الرهن الحيازي، وفي هذا الصدد فقد تضمن الأمر رقم 11-03 المتعلق بالنقد والقرض على ما يمكن أن يرد عليه الرهن الحيازي من محل تجاري ورهن للسندات والعقار والبضائع وأموال منقولة ومقتضى الرهن الحيازي هو إنتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن (البنك أو المؤسسة المالية المقرضة)، وفي الرهن الحيازي يجوز للبنك المرتهن إذا لم يستوي حقوقه أن يطلب من القضاء الترخيص له ببيع الأشياء المرهونة (منقولات أو عقارات) بالبيع بالمزاد العلني أو بسعر السوق إذا أقتضى الحال ذلك، أو الأمر له بتمليكه هذه الأشياء وفاء للدين على أن يحسب بيعه بقيمته حسب تقدير الخبراء.

وما يمكن ملاحظته أن الرهن الحيازي نظام شديد التأثير على حياة الراهن الإقتصادية لأنه يحرمه في الحال من حيازة الشيء المملوك له ومن حقه في الإنتفاع به ولما كان الفكر القانوني في العصر الحديث قد وصل إلى إمكان تقرير رهن للدائن دون إنتقال الحيازة له، ومثال ذلك الرهن الرسمي⁽¹⁾

ثانياً - حقوق الإمتياز.

حق الإمتياز تأمين ينشأ بمقتضى نص في القانون، وهو في هذا يختلف عن الرهن الرسمي والحيازي وكلاهما ينشأ بمقتضى عقد. وقد عرفت المادة 982 من التقنين المدني حق الإمتياز على أنه: « الإمتياز أولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته، ولا يكون للدين إمتياز إلا بمقتضى نص قانوني»، ويتضح من هذا التعريف أن الإرادة التشريعية جعلت من الأولوية أي التقدم الصيغة الجوهرية

(1) سمير تناغو، المرجع السابق، ص 237.

لحق الإمتياز وعنصره الأساسي⁽¹⁾، وقد إنتقد بعض الفقه المصري هذا التعريف إذ أنه لم يذكر أن الإمتياز حق عيني تبعي وأن لصاحب الإمتياز تتبع المال المحمل بالضمان⁽²⁾، فحق الإمتياز هو حق أولوية (التقدم) على مجموع أموال المدين أو بعضها بمنحه القانون للدائن بسبب طبيعة حقه، وتسري على حقوق الإمتياز العقارية أحكام الرهن الرسمي⁽³⁾ التي سيتم تناولها لاحقاً.

وعليه يمكن طرح التساؤل الآتي: ما مرتبة البنك المقرض في مجال توزيع القروض العقارية؟ فيقتضي نص المادة 893 الفقرة الأولى من التقنين المدني الجزائري التي أحالت إلى تطبيق النصوص الخاصة في مجال تحديد مرتبة الإمتياز، وفي هذا الصدد نجد أن المادة 121 من الامر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض قد تناولت هذا الحكم وأجابت على التساؤل المطروح في تحديد مرتبة إمتياز البنك المقرض المرتهن، إذ قضت بأن مرتبة إمتياز البنك تكون بعد إمتياز الأجراء والخزينة العامة وصناديق التأمين الإجتماعي، وتكون هذه المرتبة للبنك المقرض إبتداء من تاريخ تبليغ الحجز برسالة موسى عليها مع إشعار بالإستلام إلى الغير المدين "المقترض" أو الذي يحوز الأموال المنقولة أو سندات الدين أو الأرصدة بالحساب، أو إبتداء من تاريخ الإعذار الذي يرسل حسب الأشكال نفسها المطبقة في الحالات الأخرى⁽⁴⁾

ثالثاً- حق الإختصاص: يعتبر حق الإختصاص تأمين عيني تبعي، وهو كالرهن الرسمي⁽⁵⁾ لا يرد إلا على عقار، ويجب شهره حتى ينفذ في مواجهة الغير، إلا أنه يختلف عن الرهن الرسمي في المصدر، فهو لا ينشأ بمقتضى عقد، ولكن بمقتضى حكم من القضاء، فيحق للبنك الدائن الذي يحوز على حكم

(1) سليمان مرقص، التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، الطبعة 2، 1959 ص 515.

(2) طارق زيادة، التأمينات والرهنات والإمتياز العقاري، دار النهار للنشر، لبنان، 1982، ص 276.

(3) راجع المواد 986، 987 و 988 من التقنين المدني الجزائري.

(4) راجع المواد من 121 إلى 124 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

(5) راجع المادة 947 قانون مدني جزائري.

قضائي واجب النفاذ، صادر في الموضوع (القرض)، اللجوء إلى القضاء طالبا توقيع إختصاص على عقار مملوك لمدينه⁽¹⁾ المقترض لضمان الوفاء بالدين المحكوم به ويشمل أصل الدين والفوائد والمصروفات كالمصروفات القضائية، والجهة القضائية المختصة في اتخاذ أمر التخصيص هو رئيس المحكمة التي يقع في دائرتها العقارات التي يريد التخصيص بها طبقا للمادة 941 قانون مدني وكما جاء في المادة 947 قانون مدني بأن ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام يسري على حق التخصيص ولهذا سيتم التطرق إلى أحكام الرهن الرسمي فيما سيأتي من خلال هذه الدراسة والذي يعتبر "الرهن الرسمي" أحد محاورها الأساسية.

(1) راجع المادتين 937 و 940 من القانون المدني الجزائري.

خلاصة الفصل الأول:

من خلال هذا الفصل، اتضح وأن القرض العقاري بقدر أهميته في تمويل قطاع السكن سواء للأفراد أو المؤسسات ومن ثم يساهم في حل معضلة السكن، باعتباره أحد الآليات المنتهجة من طرف الدولة والمؤسسات المصرفية في تمويل الوحدات السكنية وعلى مختلف الصيغ فردي كان أو جماعي خاصة في ظل الإقبال الكثيف على مثل هذه النوعية من القروض، كما تبين لنا أن الغرض العقاري ينفرد بكثير من الخصائص من حيث العملية الممولة أو من حيث ضخامة أمواله وطول آجاله، لكن أيضا يتسبب في مخاطر مالية كارثية ومثالها الأزمة المالية العالمية أو ما يطلق عليها بأزمة الرهون العقارية وكليهما تحصيل حاصل للأول أو الثاني، وأمام هذه المخاطر حاولنا التطرق إلى أهم الضمانات المفروضة والمطلوبة من المؤسسات المالية أو البنوك لمواجهة هذه المخاطر أو التقليل منها إلى أقصى حد ممكن وسوف نستعرض تفصيلا أهم هذه الضمانات من خلال دراسة الرهن الرسمي كضمانة عينية للقرض العقاري وهذا ما سنتناوله في الفصل الثاني.

الفصل الثاني: الرهن الرسمي كضمانة عينية للقرض العقاري.

إن هدف كل دائن هو الحصول على حقه الذي إنضم به مدينه، وعلى المدين أن ينفذ إنضمه عينا، فإن تعذر فإن التنفيذ يكون بمقابل ما يضمن للدائن الحصول على حقه وهو الضمان العام، ويعرف الضمان العام بأن جميع أموال المدين الحاضرة والمستقبلية ضامنة حقوق دائنيه وهم جميعاً متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون.

وللضمان العام عدة مخاطر على الدائنين هي:

- حرية تصرف المدين في أمواله سواء بالبيع أو الهبة أو إنشاء إنضم جديد، ولا يحق للدائن أن يمنعه من ذلك كما لا يستطيع أن يبطل تلك التصرفات التي أجراها المدين على أمواله.

- المساواة بين الدائنين، معنى إشتراك جميع الدائنين في قسمة أموال مدينهم قسمة الغرماء، دون أن يكون لأحدهم حق التقدم على الآخر وأمام الخشية من إفسار المدين وعدم تمكن الدائن من تحصيل دينه بمقتضى الضمان العام الممنوح له على ممتلكات مدينه، كان لا بد من إيجاد ضمانات خاصة تضاف إلى الضمان العام وتعمل على زرع الثقة والاطمئنان في نفس الدائن الذي لا يقنع بالضمان العام.

- والضمان الخاص هو ذلك التأمين الذي يختص به دائن أو أكثر من بين سائر الدائنين. وهو نوعان شخصي وعيني وهذا النوع من الضمانات يضمن للدائن خطر إفسار المدين أو امتناع المدين عن الوفاء، وتقوي فرصة الدائن في استيفاء حقه، فالنوع الأول من الضمان الخاص يعرف بالتأمينات الشخصية ويقصد بها ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي، بحيث يصبح للدائن بدلا من مدين واحد، مدينان أو أكثر، جميعهم مسؤولون عن الدين، وسمي هذا الضمان شخصيا لأنه يتأتى من خلال شخص آخر، والكفالة هي أهم صور التأمينات الشخصية وأوضحها حيث خصص لها المشرع الجزائري بابا كاملا "الباب الحادي عشر" في التقنين المدني الذي سبق تعريفها وشرحها من خلال الفصل الأول.

أما النوع الثاني من الضمان الخاص يعرف بالتأمينات العينية التي هي عبارة عن تخصيص مال معين للوفاء بحق الدائن ويكفل هذا الضمان العيني الوفاء بحق الدائن بالأولوية. على غيره من الدائنين العاديين، والدائنين أصحاب الضمان العيني التاليين له في المرتبة ودون التعرض لقسمة الغرماء. ويكون للدائن أن يتبع الشيء المرهون في أي يد كان ليستوفي منه حقه ولا يتأثر الدائن بخطر إفسار المدين وقد نظم المشرع الجزائري التأمينات العينية في الكتاب الرابع من القانون المدني وعنوانه بالحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية، والتي هي التي هي الأخرى سبق وأن تناولناها في الفصل الأول من خلال المبحث الثالث، إلا أن أهم هذه التأمينات هو الرهن الرسمي الذي أفردنا دراسته من خلال هذا الفصل وقد نظمه المشرع في المواد من 882 إلى 936 من التقنين المدني الجزائري، فبدأ بتعريفه وبيان مصادره ثم نص على آثاره بالنسبة للمتعاقدين والغير، وانتهى بذكر أسباب انقضائه، وما يمكن قوله في هذا الشأن أن الرهن الرسمي ينشأ بموجب عقد رسمي بين الدائن المرتهن والذي هو البنك أو المؤسسة المالية والراهن الذي هو المقترض فردا كان أو مقاولا، ولا يشترط أن يكون الراهن هو المدين نفسه، فقد يكون شخصا آخر ويسمى في هذه الحالة بالكفيل العيني. والرهن الرسمي كأصل عام، لا يرد إلا على العقارات، ولكن استثناءا قد يرد على بعض المنقولات كما هو الحال بالنسبة للسفن والطائرات⁽¹⁾، ومن خصائصه أن حياة العقار المرهون تبقى للراهن، ومن ذلك يجوز للراهن مباشرة كافة السلطات كالإستعمال والاستغلال والتصرف، كما يخول للدائن المرتهن حقي التتبع والتقدم في إستيفاء حقه من المقابل النقدي للعقار المرهون على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، على أن الاحتجاج به على الغير لا يكون إلا إذا تم قيده، وينقضي الرهن الرسمي بطريقتين أصلي وتبعي، فهو ينقضي بصفة تبعية بانقضاء الدين المضمون "تبعية الرهن للدين"، كما ينقضي بصفة أصلية بتطهير العقار المرهون والبيع بالمزاد العلني والتنازل على الرهن، وهلاك العقار المرهون هلاكا كليا، وأمام ما سبق سوف

(1) راجع المادة 886 من القانون العام المدني الجزائري.

نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث نخصص (المبحث الأول) لمفهوم الرهن الرسمي فيه تعريف الرهن الرسمي وخصائصه أما (المبحث الثاني) فنتناول فيه إنشاء الرهن الرسمي ونستعرض من خلاله الشروط الشكلية والموضوعية لإنشاء الرهن، و(المبحث الثالث) نتطرق من خلاله إلى انقضاء الرهن الرسمي كضمانة عينية للقرض العقاري.

المبحث الأول: مفهوم الرهن الرسمي.

سبق وأن بينا في مقدمة هذا الفصل أن المشرع الجزائري جعل الرهن الرسمي أول التأمينات العينية في الكتاب الرابع من القانون المدني وذلك في المواد ما بين 882 إلى 936، حيث قدمه في الترتيب على حق التخصيص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز هذا من ناحية ومن ناحية أخرى جعل من أحكامه دائرة عامة تضم القواعد بالنسبة للتأمينات العينية الأخرى⁽¹⁾.

ومن خلال هذا المبحث سنحاول التعريف بالرهن الرسمي قانونيا وفقهيا وهذا في (المطلب الأول) ثم توضيح أنواعه وخصائصه في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعريف بالرهن الرسمي.

خص الرهن الرسمي كضمان عيني بإهتمام كبير سواء من جانب التشريع الوطني وكذلك من التشريعات المقارنة وذلك بتعريفه وبيان أحكامه، وكتب فيه الكثير من الفقهاء رغم الاختلاف بينهم في بعض المسائل الجانبية وعليه سوف نقوم بتعريف الرهن الرسمي من الجانب القانوني (الفرع الأول) ثم تعريفه من الناحية الفقهية في (الفرع الثاني).

(1) شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية - الفرنسي والمصري - دار هومة، الجزائر 2009، ص46.

الفرع الأول: التعريف القانوني للرهن الرسمي.

عرفت المادة 882 من التقنين المدني الجزائري الرهن الرسمي على النحو الآتي: « الرهن الرسمي عقد يكتسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان».

ونخلص من هذا النص ما يلي:

أولاً: أن المشرع الجزائري عرف الرهن الرسمي بأنه عقد، دون أن يعرفه بأنه حق عيني، حيث أنه غلب فكرة العقد على فكرة الحق، في حين أنه أي المشرع الجزائري أدرج الرهن الرسمي في الباب الأول من الكتاب الرابع المعنون بالحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية وهذا دليل على أن الرهن الرسمي يقصد به الحق⁽¹⁾.

ثانياً: كذلك يبدو من هذا التعريف أن للرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري مصدراً واحداً وهو العقد، ولكن بالرجوع إلى نص المادة 883 من التقنين المدني والتي جاء نصها كالاتي: « لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون....» من ذلك يظهر أن للرهن الرسمي مصدرين آخرين وهما : الحكم القضائي والقانون، وهذا ما يجعلنا نقول أن المادة 882 من القانون المدني عرفت الرهن الرسمي عندما يكون مصدره العقد وأغفلت تعريفه ببقية مصادره.⁽²⁾

ثالثاً: يبدو كذلك أن المشرع الجزائري لم يذكر الدائنين العاديين واكتفى بذكر الدائن بصورة عامة، ولهذا كان عليه إضافة عبارة "الدائنين العاديين" بعد عبارة (أن يتقدم على)، بذلك يكون نص المادة 882

(1) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص224.

(2) محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب 1986، ص112.

أكثر وضوحًا، وينسجم مع حكم المادة 907 قانون مدني جزائري، والتي تنص على أن يتقدم الدائن المرتهن في استيفاء حقه على الدائنين العاديين جميعًا.⁽¹⁾

رابعًا: ما يجلب الانتباه كذلك هو أن هذا التعريف الذي أورده المشرع الجزائري يكاد يكون منقولاً بصورة حرفية من القانون المدني المصري في المادة 1030 التي عرفت الرهن الرسمي كما يلي: « 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». **خامسًا:** نلاحظ كذلك أن المشرع الجزائري أغفل خاصية مهمة للرهن الرسمي وهي احتفاظ الراهن بحيازة العقار المرهون، وعليه أن يوضح ذلك حتى يزيل كل لبس وغموض فيما يخص إحتفاظ الراهن بحيازة العقار المرهون.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للرهن الرسمي:

من خلال بحثنا في موضوع الرهن الرسمي وجدنا أنه لقي إهتمام الكثير من فقهاء القانون المدني من خلال الخوض في البحث فيه، ولهذا وجدنا تعاريف كثيرة للرهن الرسمي نحاول أن نختار أحسنها. **أولًا:** عرفه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بأنه: الرهن الرسمي هو حق عيني ينشأ بموجب عقد رسمي هو الرهن، ويقرر ضمانا لوفاء بدين، وهذا الحق العيني يتقرر على عقار مملوك للمدين أو لكفيل عيني، وبموجبه يكون للدائن الحق في استيفاء دينه من ثمن هذا العقار، مقدما في ذلك على الدائنين العاديين، لمالك هذا العقار وللدائنين أصحاب الحقوق العينية على هذا العقار المتأخرين في المرتبة، ومتتبعا هذا العقار تحت يد من انتقلت له ملكيته.⁽²⁾

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني- التأمينات العينية- الرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحقوق الإمتياز، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة 2010، ص18.
(2) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص270.

ثانياً: كما عرفه أيضاً الأستاذ سمير تناغو بأنه: هو حق عيني تبعي ينشأ بمقتضى عقد رسمي ويتقرر ضمناً لدين على عقار مملوك للمدين أو غيره ويكون للدائن بمقتضاه أن يتقدم في استيفاء حقه من المقابل النقدي لهذا العقار مفضلاً على غيره من الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة، وأن يتبع العقار في أي يد يكون⁽¹⁾

ثالثاً: وعرفه أيضاً رمضان أبو السعود بأنه: حق عيني تبعي يترتب على عقار مملوك للمدين أو غيره "الكفيل العيني" بمقتضى عقد رسمي ضمناً للوفاء بالالتزام، وطالما أنه حق عيني تبعي فهو يمنح صاحبه حقا في التتبع وآخر في الأفضلية.⁽²⁾

لقد حاولنا اعتماد هذه التعاريف التي جاء بها الفقهاء ومن خلال استقراءنا لها لاحظنا أنهم استفادوا من الانتقادات الموجهة للنصوص التشريعية والتي كانت غير واضحة أحيانا، أو يشوبها الغموض أحيانا أخرى، وفي رأينا أن أفضل تعريف للرهن الرسمي هو ذلك الذي وضعه الأستاذ الدكتور سمير تناغو عندما عرف الرهن الرسمي على أساس العقد والذي هو موضوع بحثنا هذا، وعليه نخلص أن الرهن الرسمي هو حق عيني يختلف عن الحق الشخصي في مفهومه.

المطلب الثاني: أنواع الرهن الرسمي وخصائصه.

من خلال هذا المطلب سنحاول التعرف على أنواع الرهن الرسمي في التشريع الجزائري، رغم أن نص المادة 882 من التقنين المدني كانت صريحة عندما عرفت الرهن الرسمي على أنه عقد وبالتالي نستخلص أن مصدر الرهن الرسمي هو اتفاق بين الراهن والمرتهن، غير أنه بالرجوع إلى المادة الموالية وهي المادة 883 من التقنين المدني نجدها أردفت أنواع أخرى للرهن وهذا ما سنعرفه في (الفرع الأول)

(1) سمير تناغو، المرجع السابق، ص19.

(2) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص225

وباستقراءنا تعريف الرهن الرسمي سواء التعريف الذي وضعه المشرع أو التعريفات التي جاء بها فقهاء القانون المدني سنخلص إلى خصائص الرهن الرسمي وذلك في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أنواع الرهن الرسمي.

للرهن الرسمي في التشريع الجزائري ثلاثة أنواع وهي: العقد الرسمي، والحكم القضائي، والقانون. وهذا ما نصت عليه المادة 883 من التقنين المدني الجزائري بقولها: « لا يعقد الرهن الرسمي إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون...»، وعلى هذا فإن الرهن الرسمي على ثلاثة أنواع: رهن اتفاقي ورهن قضائي، ورهن قانوني وبما أن النوع الأول هو جوهر الرهن الرسمي وموضوع دراستنا، سنحاول التطرق إلى النوعين الآخرين بشيء من الإحاطة والشرح مستعرضين مجال وجودهما من خلال النصوص القانونية الخاصة، ومبرزين رأي فقهاء القانون في ذلك، حيث نجد أن التشريعات العربية لم تنص على الرهن القانوني والقضائي عدا التشريعين اللبناني والجزائري⁽¹⁾، من ذلك نجد أن المشرع الجزائري كان متأثراً بالمشرع الفرنسي إلى حد كبير، وفي ذلك يقول الأستاذ علي علي سليمان منتقداً المادة 883 من التقنين المدني الجزائري " وظاهر أن المادة 883 الفقرة الأولى تزيد لا محل له، وذلك لأن مصدر الرهن الرسمي عندنا في القوانين العربية هو العقد وحده ولا تعرف قوانيننا العربية لا الرهن القضائي ولا الرهن القانوني، فأما الرهن القضائي في فرنسا فهو يترتب على حكم قضائي أصدره القضاء" وقد استعاضت قوانيننا العربية عن هذا بحق التخصيص، وأما الرهن القانوني فهو معروف في فرنسا ومقرر على عقارات الزوج لصالح زوجته التي قدمت له بانئة، كذلك مقرر لصالح ناقصي الأهلية على أموال أوليائهم أو الأوصياء عليهم حتى يبلغوا سن الرشد ويتسلموا أموالهم، ونخلص مما تقدم إلى أن نص المادة 883 تزيد لا محل له في القانون الجزائري فيحسن أن يصرف النظر عنه عند إعادة النظر في القانون المدني

(1) علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 69.

الجزائري⁽¹⁾، ورغم الإنتقاد الذي وجه لنص المادة المذكورة سابقا في فقرتها الأول فالوضع ما زال قائما بالرغم من التعديلات التي أدخلها المشرع الجزائري على التقنين المدني بأن يجعل الرهن الرسمي لا يتم إلا بعقد وفي هذا تماشيا مع مبدأ الرضائية في العقود.

أولا- الرهن القضائي: هو الرهن الذي ينقرر بموجب حكم قضائي صادر من المحكمة المختصة، طبقا لما جاء في نص المادة 883 من التقنين المدني الجزائري حيث اعتبرت أن الحكم القضائي مصدر من مصادر الرهن الرسمي واعتبار المشرع الجزائري الرهن القضائي نوعا من أنواع الرهن الرسمي في القانون المدني كما أخذ به في قوانين أخرى كالقانون التجاري⁽²⁾ في نص المادة 247 الفقرة الخامسة والتي وردت في الفصل المتعلق بآثار الحكم بإشهار الإفلاس أو التسوية القضائية التي نصت على «...كل رهن عقاري إتفاقي أو قضائي وكل حق احتكار أو رهن حيازي يترتب على أموال المدين لديون سبق التعاقد عليها...». فهذه المادة كانت صريحة في ذكرها للرهن القضائي وجعلت منه من بين التصرفات التي لا يصح التمسك بها قبل جماعة الدائنين إذا صدرت من المدين المفلس ابتداء من تاريخ التوقف عن الدفع.

أيضا هذا النوع من الرهن القضائي ذكرته المادتين 347 للفقرة الثالثة والمادة 352 الفقرة الرابعة والتاسعة من قانون الإجراءات المدنية⁽³⁾ فبالنسبة للمادة الأولى نصت على: «...ويجوز له أخيرا إذ كان حاملا لسند أن يحصل على إذن بقاء مؤقت لرهن قضاء على عقارات مدينه...» حيث أجازت للدائن الذي بيده سند من حقه أن يحصل على إذن بقاء مؤقت لرهن قضائي على عقارات مدينه، أما بالنسبة للمادة الثانية فقد نصت على ما يلي: «...وإذا حصل الدائن على قيد مؤقت لرهن قضائي على عقارات

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص70.

(2) الأمر 59-75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-27 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 5-2، المؤرخ في 06/02/2005، جريدة رسمية عدد 11، المؤرخة في 09/02/2005.

(3) الملغى بموجب القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جريدة رسمية عدد 21 بتاريخ 23/04/2008

مدينه فيجب أن يثبت في المحضر هذه العقارات مع تعيين موقع كل منها وحدودها ومساحتها ومشمولاتها....ويجري قيد نهائي خلال شهرين من تاريخ سيرورة الحكم الصادر في الموضوع حائز بقوة الشيء المقضي به وذلك بناء على تقديم النسخة التنفيذية لهذا الحكم...».

ولكن ما يمكن الإشارة إليه أن الرهن القضائي تعرض للنقد من طرف الفقهاء سواء الفقه العربي أو الفرنسي، بالنسبة للفقه العربي تم الإشارة إليه في السابق⁽¹⁾، أما بالنسبة للفقه الفرنسي فيرى بأن الرهن القضائي غير عادل من ناحية لأنه يفرض على المدين بغير إرادته رهنا ربما رفض الاتفاق مع الدائن على ترتيبه كما أنه من غير المقبول أن ينشأ هذا الرهن ضمنا لدين صغير القيمة على عقارات قد تكون كبيرة القيمة، فيختل التوازن بين مبلغ الدين المضمون وقيمة العقار المرهون وهو من ناحية أخرى يعتبر بالغ الخطورة على المدين، حيث يندفع دائنون إلى الحصول ضده على أحكام لا يتسرعون في الحصول عليها لولا وجوده⁽²⁾.

ورغم ذلك فالرهن القضائي تصرف قانوني معروف في التشريع الجزائري ونحن نرى أن ذلك مقبول خاصة أنه يأتي من جهاز يلجأ إليه الجميع للفصل في منازعاتهم القضائية وليس من السهل ترتيب هذا الرهن إلا إذا رأى القضاء ضرورة لذلك، حتى أن المشرع الجزائري يلتقي مع المشرع الفرنسي في هذا النوع من الرهن فقد جعله المشرع الفرنسي يترتب على جميع الأحكام سواء كانت صورية أو غيابية، نهائية أو مؤقتة فأعطى للدائن إمكانية تقييد رهن قضائي على كل عقارات المدين وعليه لا يشترط الحكم على المدين للدفع بل يكفي أن يكون حاملا لسند تنفيذي حتى يتمكن من قيد رهن قضائي على عقارات

(1) أرجع إلى الصفحة 95 من الأطروحة.

(2) محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، مطابع دار الشعب، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1979

مدينة⁽¹⁾ وهذا ما أقره المشرع الجزائري أيضا، من ضرورة أن يكون الدائن حاملا لسند تنفيذي ليقيد رهنا قضائيا وليكون لهذا الرهن أثر منتج.

ثانيا- الرهن القانوني: يجد مصدره في القانون، أي ينشأ بنص القانون، عادة يتقرر بالنظر إلى نوعية الدائن، إما لأنه يستحق حماية خاصة، مثلما هو الحال بالنسبة للأشخاص تحت الوصاية، وإما لأن الأمر يتعلق بجماعة عامة يكون من المناسب منحها سلطات خاصة، وتوجد رهون قانونية تأخذ الرتبة من يوم تسجيلها "رهون قانونية عادية"، ورهون أخرى في حالة تسجيلها في ميعاد المحدد قانونا فإن أثرها يرجع إلى الحدث الذي أنشأها،⁽²⁾ كما أن الرهن القانوني يتنوع بين رهن قانوني عام، ورهن قانوني خاص، ولكن يشترط تسجيلها في المحافظة العقارية ليتمكن الإحتجاج بها في مواجهة الغير، وقد أورد القانون الفرنسي عدة أنواع من الرهون القانونية أكثرها كان عاما قبل تعديل 1955 بمقتضى مرسوم 04 جانفي 1955 مثل ما هو الحال بالنسبة لرهن المرأة المتزوجة، وكتلة دائني المدين في حالة الإفلاس، وقد نص القانون المدني الفرنسي بموجب المادة 2121 على الحالات التي ينشأ فيها الرهن بقوة القانون وهي:

- رهن أحد الزوجين لأموال الزوج الآخر.

- رهن القصر والمحجور عليهم على أموال الأوصياء والأولياء عليهم.

- رهن الدولة والمقاطعات والمقاطعات والمنشآت العامة على أموال المحصلين والمديرين المحاسبين.

وهو في فرنسا يشمل جميع عقارات المدين والعقارات التي يحوزها فيما بعد، وهذا يخالف أهم قواعد

الرهن الرسمي الأساسية كالشهر والتخصيص.⁽³⁾

(1) Revue Trim, de droit civil, 1987, page 122

(2) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 69.

(3) Colin Ambroise et Capitant Henri, privilèges et hypothèque, Dalloz-Répertoires pratique, tom, IX, p 1922.

أما المشرع الجزائري، فقد سار على نهج المشرع الفرنسي في إعتبار القانون هو مصدر من مصادر الرهن الرسمي وهذا من خلال نص المادة 883 من التقنين المدني الجزائري، ومن ثم فهو يعتبر الرهن القانوني نوعاً من أنواع الرهن الرسمي، وبالرجوع إلى بعض القوانين الخاصة غير القانون المدني نجده نص صراحة على حالات ينشأ فيها الرهن الرسمي بقوة القانون من هذه الحالات:

1- الرهن القانوني للدائن على عقارات مدينه في حالة الإفلاس، حيث نصت المادة 254 من القانون التجاري على ما يلي: « يقضي الحكم الناطق بالتسوية القضائية أو شهر الإفلاس لصالح جماعة الدائنين بالرهن العقاري الذي يتعين على وكيل التفليسة تسجيله فوراً على جميع أموال المدين وعلى الأموال التي يكتسبها من بعد أولاً بأول ». »

2- الرهن القانوني على الأملاك العقارية للمدنيين لفائدة البنوك والمؤسسات المالية لضمان تحصيل ديونها والتزاماتها التي تم الإتفاق معها، وذلك بموجب المادة 96 من قانون المالية لسنة 2003⁽¹⁾، ويسجل هذا الرهن أمام المحافظة العقارية، و يمثل الرهن بهذه الصفة سنداً وله نفس قيمة الحكم القضائي، وتنفيذاً لمحتوى المادة 96 المذكورة أعلاه، اصدر المشرع المرسوم التنفيذي المتعلق بالرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية ومؤسسات أخرى⁽²⁾

3- الرهن القانوني المقدم للصندوق الوطني للتوفير والإحتياط لضمان القروض الفردية للبناءات المقبولة من طرف هذه المؤسسة المالية، وقد نصت على ذلك المادة 175 من قانون المالية لسنة 1983⁽³⁾ والتي

(1) القانون رقم: 02-11 المؤرخ في 24 ديسمبر 2002، المتضمن قانون المالية لسنة 2003، جريدة رسمية عدد 86 المؤرخة في 25/12/2002.

(2) المرسوم التنفيذي رقم 06-132، المؤرخ في 03 أبريل 2006، المتعلق بالرهن القانوني المؤسس لصالح البنوك والمؤسسات المالية ومؤسسات أخرى، جريدة رسمية عدد 21، المؤرخة في 05/04/2006.

(3) القانون رقم 82-14، المؤرخ في 30/12/1982، يتضمن قانون المالية لسنة 1983 جريدة رسمية عدد 3658 المؤرخة في 30/12/1982

جاء نصها كما يلي: « يؤسس رهن قانوني لصالح الصندوق الوطني للتوفير والإحتياط وذلك ضمانا للقروض الفردية التي تمنحها هذه المؤسسة طبقا للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل ».

4- كما توجد حالة يتحول فيها أحد حقوق الإمتياز الخاصة الواردة على العقار إلى رهن رسمي بقوة القانون طبقا لما جاء في نص المادة 999 من التقنين المدني الجزائري، والمتمثلة في إمتياز بائع العقار على ثمن بيع العقار⁽¹⁾، وهذا ما هو معمول به في الحياة العملية حيث نجد أن الصندوق الوطني للتوفير والإحتياط بإعتباره مؤسسة مالية يقترح تقديم قروض لكل من ينوي شراء عقار فيدفع الصندوق النسبة الأكبر من الثمن ويدفع المشتري نسبة عادة خُمس الثمن، وبالتالي يحصل البائع على كل الثمن، ولكن الصندوق الوطني للتوفير والإحتياط في هذه الحالة يحل محل بائع العقار في كل حقوقه ومن هذه الحقوق إمتياز البائع المنصوص عليه في المادة المذكورة أعلاه حتى يستوفي كامل الثمن من المقترض، وينقلب هذا الإمتياز إلى رهن رسمي بقوة القانون إذا لم يتم القيد في خلال شهرين من تاريخ البيع.⁽²⁾

الفرع الثاني: خصائص الرهن الرسمي.

إنطلاقا من تعريف المشرع الجزائري للرهن الرسمي، يمكن القول بأنه يتميز بالخصائص التالية سواء كحق أو بإعتباره عقدا.

أولاً- خصائص الرهن الرسمي بإعتباره حقا: يتميز الرهن الرسمي وفقا لذلك بعدة خصائص هي:

- (1) تنص المادة 999 من القانون المدني الجزائري: "ما يستحق لبائع العقار من ثمن وملحقاته، يكون له إمتياز على العقار المبيع. ويجب أن يقيد الإمتياز ولو كان البيع مسجلا، وتكون مرتبته من تاريخ البيع إذا وقع التقييد في ظرف شهرين من تاريخ البيع. فإذا إنتضى هذا الأجل أصبح الإمتياز رهنا رسميا".
- (2) زليخة لحميم، إنشاء الرهن الرسمي وإنقضاؤه في القانون المدني الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، سنة 1996، ص73.

1- الرهن الرسمي حق عيني: الرهن الرسمي هو حق عيني يختلف في مدلوله عن الحق الشخصي⁽¹⁾، وسمي بحق عيني لأنه يعطي لصاحبه سلطة مباشرة على مال معين بموجبها يستطيع صاحب الضمان أي الدائن المرتهن إستيفاء دينه من ثمن هذا المال محل الحق بالافضلية أي بالتقدم على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة إذا كانوا أصحاب حقوق مقيدة مثله هذا من جهة، ومن جهة أخرى يخول له أيضا حق التتبع بحيث يستطيع أن ينفذ على العقار المرهون في أي يد كان⁽²⁾، سواء إنتقل هذا العقار المرهون إلى شخص آخر بالملكية أو الحيازة فحق الرهن الرسمي ليس جزءا من حق الملكية كحق الإرتفاق وحق الإنتفاع، بل هو حق الملكية نفسه، أو حق عقاري وضع ضمانا لدين معين⁽³⁾ وهو مبلغ القرض، وحق التتبع يخول للدائن المرتهن طلب بيع العقار في يد أي حائز له إن لم يؤد إليه دينه، واستعمال حقي التتبع والتقدم يخضع لشهر الرهن عن طريق القيد في المحافظة العقارية لأن القيد يعين مرتبة الدائن المرتهن⁽⁴⁾

2- الرهن الرسمي حق تبعي: الرهن الرسمي حق تابع للإلتزام الأصلي لضمان الوفاء به وينتج عن ذلك: - أن الرهن يتبع الإلتزام المضمون من حيث الصحة والبطلان وينقضي بإنقضائه، وقد قررت المادة 893 من التقنين المدني الجزائري هذا الحكم بقولها: « لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعا له في صحته وفي إنقضائه...»⁽⁵⁾، فإذا كان الإلتزام المضمون باطلا كان الرهن باطلا كذلك، وإذا أُبطل الإلتزام الأصلي (عقد القرض) بسبب عيب من عيوب الرضا بطل الرهن كذلك، كما تقضي المادة

(1)- B. Maubru, La transmissibilité de l'hypothèque , thèse de doctorat, Université Toulouse, 1979, page 2

(2) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص271.

(3) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص20.

(4) المرجع السابق، ص126.

(5) المادة 893 مدني جزائري مطابقة لنص المادة 1042 مدني مصري.

933 قانون مدني جزائري بأنه: « ينقضي حق الرهن الرسمي بإنقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين...».

- القاعدة أنه لا يوجد الرهن الرسمي قبل الإلتزام الذي جيء به لضمانه، وإلا فقد ما يرتكز عليه، لكن إستثناءً لا يجوز أن ينشأ الرهن الرسمي قبل نشأة الإلتزام الأصلي كما في حالة إنشاء رهن رسمي لضمان إلتزام ينشأ في المستقبل⁽¹⁾ والتي يعبر عنها بالإلتزامات الإحتمالية، كما هو الحال في الرهن الضامن لفتح إعتقاد لأحد العملاء في أحد البنوك، ويكون الإعتقاد مضموناً برهن رسمي على عقار العميل ولهذا السبب أضافت المادة 893 قانون جزائري عبارة: « ما لم ينص القانون على غير ذلك...» نستنتج من وراء كل ما تقدم أنه:

- يتطلب وجود الرهن قيام إلتزام أصلي يكون ضامناً لتنفيذه، وعليه يكون الرهن إما معاصراً لنشوء الإلتزام المضمون، أو لاحقاً له كما في ترتيب رهن ضامناً لإعتقاد مفتوح أو لدين مستقبلي.

- يشترط لصحة عقد الرهن أن يكون الإلتزام الأصلي صحيحاً وهو عقد القرض العقاري في دراستنا هذه، فلو كان باطلاً أو قابل للإبطال كان الرهن أيضاً كذلك.

- يزول الرهن الرسمي بإنقضاء الإلتزام الأصلي، وعليه إذا أنقضى الإلتزام الأصلي المضمون (مبلغ القرض) لأي سبب من الأسباب، كوفاء الدين أو المقاصة، أو الإبراء⁽²⁾

3- الرهن الرسمي حق عقاري: لا يجوز مبدئياً أن يترتب الرهن الرسمي إلا على العقارات دون المنقول خلافاً للرهن الحيازي، والمال العقاري⁽³⁾، هو كل حق عيني يقع على عقار بما في ذلك حق الملكية من

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص78.

(2) عمر حمزة، الإلتزام البنكي بين الكفالة كضمانة شخصية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الخامس، السويسي، الرباط، المغرب، 2010-2011، ص 227.

(3) راجع المادة 684 من القانون المدني الجزائري.

ذلك أن الرهن يمكن أن يرد على حق الملكية ، أو ملكية الرقبة أو على حق الإنتفاع طالما تعلقت هذه الحقوق بعقار.

والعلة أن الرهن الرسمي لا يرد على المنقولات لأنّ هذا الرهن هو رهن غير حيازي أي لا ينتقل الشيء المرهون " العقار " إلى الدائن المرتهن، بل يظل في حيازة الراهن، وإذا كان من السهل تنظيم شهر الرهن في العقارات حتى يستطيع الغير أن يعلم به، فإن تنظيم ذلك بالنسبة للمنقول غير ميسور⁽¹⁾، وإنما تقوم الحيازة في المنقول مقام إجراءات الشهر في العقار والقاعدة أيضا أن الحيازة في المنقول سند الملكية، ولهذا لا يجوز رهن المنقول بحسن نية إلا رهنا حيازيا.

أما إستثناءً فيمكن أن يترتب الرهن الرسمي على بعض المنقول كالسفن البحرية والنهرية والطائرات⁽²⁾ والمحلات التجارية وقد نظم له القانون طريقة خاصة من طرق الشهر.

وقد واجه إقتصار الرهن الرسمي على العقارات إنتقادات شديدة من الفقه، حيث اعتبروا حجة تعذر تطبيق نظام الشهر على المنقول لم يخل دون إمكان رهنه رهنا حيازيا، كذلك الإدعاء بسهولة نقل المنقول وإخفائه لا تأثير لها من الناحية القانونية على حق الدائن المرتهن في التتبع، وعليه فإن طبيعة الرهن الرسمي لا تتنافر مع إمكان وروده على المنقول، خاصة وأن المشرع أجاز رهن السفينة والطائرة والمحل التجاري رهنا رسميا⁽³⁾

4- الرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة: الرهن الرسمي غير قابل للتجزئة أو القسمة فقد جاء في المادة 892 من التقنين المدني الجزائري: « كل جزء من العقارات المرهونة ضامن لكل دين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها...».

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 21.

(2) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 35.

(3) أحمد سلامة، التأمينات المدنية، دار التعاون للطبع والنشر، طبعة 1966، ص 85.

وعدم قابلية الرهن للتجزئة يكون بالنسبة إلى العقار المرهون، وبالنسبة للدين المضمون، فكل جزء من العقار المرهون يكون ضامنا لكل دين، وكل جزء من الدين يضمنه كل العقار، أي أن هناك نوعا من الارتباط ما بين العقار المرهون والدين المضمون مبني على عدم التجزئة، فإذا كان المرهون جملة عقارات ضامنة لنفس الدين، فكل منها وكل جزء من أجزائها يكون ضامنا لأداء كل الدين، فيجوز للدائن أن يطلب بيعها إذا لم يؤد إليه أي جزء من الدين، وإذا كان المرهون عقارا واحدا مملوكا لمجموعة أشخاص، وحصلت قسمته، فإن كل جزء إختص به أحد المتقاسمين يبقى ضامنا لكل الدين ولكل جزء من أجزائه، ولا يلزم الدائن المرتهن بأن يقسم دعوى الرهن على مالكي العقار⁽¹⁾، وإذا بيع جزء من العقار المرهون، أو إنتقل إلى شخص آخر لأي سبب، فإن أي جزء من أجزاء العقار يكون ضامنا لأداء كل دين وكل جزء منه، وإذا إنقضى جزء من الدين المضمون بالرهن، فلا يترتب على ذلك تخليص جزء مقابل له من العقار المرهون، فإن⁽²⁾ كل العقار أو العقارات المرهونة تبقى مع ذلك ضامنة للجزء المتبقي من الدين، ولكن عدم تجزئة العقار من طبيعة الرهن، لا من مستلزماته، بمعنى أنها لا تتعلق بالنظام العام، ومن ثم فإنه يجوز الإتفاق على مخالفتها ويجوز الخروج عليها بنص قانوني، بدليل أن المشرع ختم المادة 892 تقنين مدني جزائري بقوله: «... ما لم ينص القانون أو يقضي بغير ذلك»، فللدائن المرتهن أن ينزل صراحة أو ضمنا عن عدم التجزئة، كأن يتفق على أن يخصص جزء من الشيء المرهون لضمان الجزء الذي لم يدفع من الدين ويتخلص الجزء الباقي من الرهن نظير ما يدفع من مبلغ القرض من الدين، وقد يقضي بالتجزئة نص في القانون، كما هو الحال في تطهير العقار من الرهن.⁽³⁾

(1) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 128.

(2) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 80.

(3) راجع المادة 916 من القانون المدني الجزائري.

ثانيا- خصائص الرهن الرسمي باعتباره عقداً: ينفرد الرهن وفقاً لذلك بـ:

1- الرهن الرسمي عقد مسمى: حيث وضع له المشرع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة إسماً وبين أحكامه بعد أن عرفه في المادة 882 من التقنين المدني، بين في الفصل الأول كيفية إنشائه من المواد 883 إلى 893 وسنتطرق إليها في المبحث الثاني و تناول في الفصل الثاني آثار الرهن سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير في المواد من 894 إلى 932 كما تناول في الفصل الثالث إنقضاء الرهن من المواد 933 إلى 936 من التقنين المدني الجزائري والتي سنتطرق بالشرح والدراسة في المبحث الثالث من هذا الفصل.

2- الرهن الرسمي عقد شكلي⁽¹⁾: رغم أن المشرع عرف الرهن الرسمي بأنه عقد والعقد هو إتفاق بين طرفين أو أكثر إلا أن هذا الإتفاق يجب أن ينصب في شكل رسمي، والرسمية ركن فيه لا يقوم العقد بدونها، فتخلفها يؤدي إلى بطلان عقد الرهن بطلاناً مطلقاً، وجاءت المادة 883 ق.م.ج صريحة بقولها: « لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي...»، فالقاعدة القانونية كانت أمرة وبالتالي لا يجوز الإتفاق على مخالفتها، وبالتالي مبدأ الرضائية غير كاف في إنشاء الرهن الرسمي وحكمها كما سبق وأن ذكرنا هو البطلان المطلق للرهن الرسمي، بدون كتابته كتابة رسمية.

3- الرهن الرسمي عقد ملزم لجانب واحد: عقد الرهن ملزم لطرف واحد⁽²⁾، فمقرر الرهن هو وحده الذي يلتزم بمقتضاه الراهن سواء كان المدين نفسه أو الكفيل العيني بالتزامين هما:

- الالتزام بإنشاء حق عيني على العقار المرهون، والالتزام بضمان سلامة حق الرهن.

4- الرهن الرسمي عقد معاوضة: لأن الراهن لا يتبرع للمرتهن بالرهن بل يقدمه له بمقابل، وقد يكون هذا المقابل قيام الراهن (المدين) باقتراض مبلغ من المال من قبل الدائن المرتهن.

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص82.

(2) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص129.

وليس من الضروري في عقود المعاوضة أن يكون العوض قد أعطي لأحد المتعاقدين، بل يكفي إعطاؤه للغير، وهو المدين هنا، لكن إذا تلقى الدائن الرهن تبرعا من الكفيل العيني كان الرهن الرسمي عقد تبرع⁽¹⁾

5- **الرهن الرسمي عقد ضمان عيني:** فهو عقد ضمان لأنه ينشأ بقصد إعطاء الدائن ضمان قد يكون كاف وهو الرهن الرسمي الذي يضمن الوفاء بمبلغ القرض، لأن الراهن سواء كان المدين أو الكفيل العيني يلتزم بتقديم عين معينة (عقار) للوفاء بالدين، ففي حالة عجز أو إفسار أو إفلاس المدين (الراهن) أمكن للدائن بيع العين هذه محل الضمان لإستيفاء حقه.

المبحث الثاني: إنشاء الرهن الرسمي.

إن إنشاء الرهن الرسمي سواء كان تم لصالح مؤسسة بنكية أو لغيرها فهو يتطلب جملة من الشروط موضوعية كانت أو شكلية، فهو ينشأ بالاتفاق بين الراهن والدائن المرتهن وبمعنى آخر فمصدره التصرف القانوني ولذا يقتضى ضرورة توافر شروط صحة التصرفات من حيث الذهنية وسلامة الإرادة وعدم مخالفة التصرف لأحكام القانون الآمرة، كما يشترط القانون أن ينصب هذا الاتفاق في شكل خاصا هو الشكل الرسمي، وعليه سوف نعالج كل هذا من خلال مطلبين نخصص (المطلب الأول) للشروط الموضوعية لنشوء الرهن الرسمي، ونخصص (المطلب الثاني) للشروط الشكلية.

المطلب الأول: الشروط، الموضوعية لإنشاء الرهن الرسمي.

بما أن الرهن الرسمي يعد عقدا، فيجب أن يراعى في إبرامه الشروط الواجب توفرها في كل عقد، المقررة في القواعد العامة وهي: الرضا، المحل، السبب، ثم بعد ذلك يجب توفر الشروط الموضوعية الخاصة والمتعلقة بالراهن وملكيته للعقار المرهون وأهليته للتصرف فيه والشروط الموضوعية الخاصة

(1) حسام الدين كامل الأهواني، الوجيز في التأمينات العينية، بهجات للطباعة، بدون سنة طبع، ص 68.

بالدين المضمون، وتخصيص الرهن ومشمولاته،⁽¹⁾ وعليه سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين ندرس في (الفرع الأول) الشروط الموضوعية العامة لإنشاء الرهن الرسمي، ثم في (الفرع الثاني) ندرس الشروط الموضوعية الخاصة.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية العامة لإنشاء الرهن الرسمي:

وهي الشروط التي يتطلبها أي عقد لانعقاده، وبذلك تخضع لأحكام النظرية العامة في العقد، فيشترط لإنشائه، توافر الرضا، والمحل، والسبب.
أولاً: الرضا: يشترط أن يكون موجوداً وصحيحاً.

1- وجود التراضي: يتم التراضي عن طريق تبادل طرفي عقد الرهن الرسمي التعبير عن إرادتهما وهما الراهن والدائن المرتهن، والراهن قد يكون هو المدين وهو الأمر الغالب، وقد يكون شخصاً آخر غير المدين، يرهن ماله لضمان الوفاء بدين غيره، ويسمى في هذه الحالة الكفيل العيني، وقد نص المشرع الجزائري على هذا في نص المادة 884 الفقرة الأولى من التقنين المدني، حيث قررت أنه: «يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو شخصاً آخر يقدم رهناً لمصلحة المدين...».
وتسري على الكفيل العيني أحكام الرهن والكفالة معاً.

2- صحة التراضي: بالإضافة وجود التراضي، وهو الأساس الأول لقيام العقد، إلا أنه يلزم أن يجيء صحيحاً وإلا أعتري الفساد العقد، ولذا يلزم أن يصدر الرضاء عن شخص متمتع بالأهلية، وأن يكون خالياً من العيوب التي تشوه به⁽²⁾ وهي الخلل، والتدليس، والإكراه، والاستغلال والتي يعبر عنها بعيوب الرضى.

(1) عمر حمزة، المرجع السابق، ص 237.

(2) محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات (العقد والإرادة المنفردة)، الجزء الأول، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، سنة 2004، ص 156.

وإذا كانت عيوب الرضى معروفة في نظرية العقد وقد سبق ذكرها إلا أنها سوف نخص بالدراسة الجزء

المتعلق بالأهلية والتي دار حولها خلاف فقهي سواء الأهلية بالنسبة للراهن أو الأهلية بالنسبة للمرتهن.

- فبالنسبة للأهلية فهي قدرة الشخص على إبرام التصرف القانوني بنفسه فإنها تحتاج إلى بعض

الإيضاحات في مجال عقد الرهن، وعدم توافر الأهلية لا يعني عدم إمكان إبرام التصرف القانوني، يمكن

إبرامه عن طريق اللجوء إلى الولاية أو عن طريق من ينوب عن الشخص (الوكالة الخاصة).

ولهذا ندرس فيما يأتي أحكام الأهلية في مجال عقد الرهن باعتبار أنها تثير العديد من المسائل التي ما

زالت محل خلاف في الفقه المقارن، وعليه سوف نقوم بدراسة الدائن المرتهن وأحكام أهليته أما أهلية

الراهن فسوف يتم دراستها ضمن الشروط الموضوعية الخاصة في الفرع الثاني.

- الدائن المرتهن وأحكام أهليته: الدائن المرتهن غالبا ما يكون شخصا معنويا (البنك أو المؤسسة

المالية)، يمثله شخص طبيعي تشترط فيه سوى أهلية الممثل القانوني، وأهلية مباشرة بعض الأعمال، وهنا

يكون الرهن بالنسبة إليه عمل يجني من ورائه النفع لمؤسسته، أما إذا كان الدائن المرتهن شخصا طبيعيا،

فيشترط فيه أهلية التصرف الدائرة بين النفع والضرر حماية له إذا كان ناقص الأهلية⁽¹⁾ وهذا رأي بعض

الفقهاء، وحثهم في ذلك:

إن في هذا القول حماية للدائن المرتهن إذا كان ناقص الأهلية فقد يقبل رهنا لا يعتبر ضمانا كافيا للوفاء

بدينه⁽²⁾

- كذلك أن الشريعة الإسلامية هي المصدر التاريخي لأحكام الأهلية وهي تعتبر الرهن استيفاء للدين،

لهذا تشترط في الدائن المرتهن أهلية التصرفات الدائرة بين النفع والضرر⁽³⁾ وهناك رأي في الفقه يعتبر أن

(1) سمير تناعو، المرجع السابق ص63

(2) المرجع نفسه، ص 62.

(3) شوقي بناسي، المرجع السابق ص109

الرهن الرسمي بالنسبة للدائن المرتهن يعد تصرفا نافعا نفعًا محظا وبناء على ذلك يكفي أن يكون الدائن المرتهن مميزا حتى تتوفر لديه أهلية إبرام الرهن الرسمي، بمعنى لا يشترط أهلية التصرف في الدائن المرتهن وتكفي أهلية التعاقد⁽¹⁾، وحجتهم في ذلك أن الرهن الرسمي عقد ملزم لجانب واحد هو الراهن وسبق توضيح ذلك، ونحن بدورنا نضم رأينا إلى هذا الرأي خاصة أن الحجج المقدمة لأصحاب الرأي الأول كانت ضعيفة من ذلك:

أنه ليس صحيحا أن الرهن الرسمي يعد إستقاء للدين من وجهه، فهذا القول ينطبق على الرهن الحيازي حيث يستوفي الدائن حقه من غلة الشيء المرهون، أما الرهن الرسمي فهو ضمان لاستفاء الدين، وبعبارة أكثر وضوح هو عقد إستيثاق للدائن يضمن الوفاء به، كما أن المشرع لم يشترط أهلية خاصة بالنسبة للدائن المرتهن.

ثانيا- المحل في الرهن الرسمي: المحل في العقد هو موضوع العقد أي الشيء المتعاقد من أجله والمحل في الرهن الرسمي هو إنشاء حق عيني تبقي على عقار مملوك للراهن لضمان الوفاء بالالتزام يترتب في ذمة الراهن نفسه أوفي ذمة غيره، وهو مبلغ القرض⁽²⁾.

ثالثا- السبب في الرهن الرسمي: السبب⁽³⁾ ويقصد به الغرض المباشر المجرد الذي يقصد إليه المتعاقد من هذا الالتزام، أما الغرض غير المباشر فهو الباعث أو الدافع إلى التعاقد⁽⁴⁾، والسبب في الرهن الرسمي

(1) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص291

(2) راجع المواد 92 إلى 95 من القانون المدني الجزائري.

(3) راجع المادتان 97 و98 من القانون المدني الجزائري

(4) العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، (العقد والإرادة المنفردة)، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2001 ص155.

هو ضمان الدين (مبلغ القرض)، فيلزم أن يكون هناك دين مضموناً ينشأ الرهن لضمانه، وأن يبقى هذا الدين إلى حين انقضاء الرهن.⁽¹⁾

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية الخاصة بإنشاء الرهن الرسمي.

إلى جانب مراعاة القواعد العامة في إنشاء الرهن الرسمي والتي أطلقنا عليها الشروط الموضوعية العامة فقد اختص المشرع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة بوضع قواعد موضوعية خاصة في إنشاء الرهن الرسمي فأشترط شرطين هما: - أهلية الراهن للتصرف وملكيته للعقار المرهون وتخصيص الرهن.

أولاً- أهلية الراهن للتصرف وملكيته للعقار المرهون: تنص المادة 884 الفقرة الثانية من التقنين المدني الجزائري على: «...وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه»⁽²⁾. فوفقا لهذا النص يجب أن يكون الراهن سواء كان هو المدين نفسه أي المقترض، أو شخص آخر (الكفيل العيني)، أهلا للتصرف في العقار ومالكا له.

1- أهلية الراهن: إذا كان الراهن هو المدين نفسه (المقترض)، فإن الرهن يعتبر بنسبة له من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر، ذلك أن المدين الراهن يحصل مقابل الرهن على قرض ضمان إلزامه لهذا يشترط لصحة تصرفه هذا أن يكون الراهن بالغا سن الرشد متمتعا بقواه العقلية غير محجور عليه⁽³⁾، وفي حالة ما إذا كان المدين مميزا كالصبي البالغ من العمر أكثر من 13 سنة ومن في حكمه كان عقده باطلا بطلان نسبيا⁽⁴⁾، أما إذا كان الراهن غير المدين أي غير المقترض في عقد القرض العقاري، بأن كان كفيلاً عينياً يقدم ماله رهنا لضمان الوفاء بالدين لشخص آخر، فإن التصرف يعتبر

(1) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق ص292.

(2) يقابلها نص المادة 32 من القانون المدني المصري، وفي فقرتها الثانية أيضا.

(3) رجع إلى المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

(4) سمير تتاغو، المرجع السابق، ص62

بالنسبة له ضاراً ضرراً محضاً وبالتالي يشترط لصحته أن يكون الكفيل العيني بالغاً سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية غير محجور عليه، فإذا كان قاصراً مميزاً كان أو غير مميزاً ومن في حكمهما كان عقده باطلاً بطلاناً مطلقاً⁽¹⁾، هذا الحكم خاص بالكفيل العيني المتبرع وهو الأصل، أما إذا كان الكفيل العيني غير متبرع كأن يكون تقاضى مقابلاً لما قدمه من رهن، كان الرهن بالنسبة إليه عملاً من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر، لذلك يشترط أن تتوافر فيه أهلية التصرف،⁽²⁾ أما بالنسبة لأهلية الشخص المعنوي "المقاولة مثلاً" فيشترط له نفس الشروط الواجبة بالنسبة للشخص الطبيعي فلكي يكون له حق الرهن يجب أن يكون مالكاً وأهلاً للتصرف.

2- ملكية الراهن للعقار المرهون: المشرع الجزائري كان صريحاً في المادة 884 الفقرة الثانية

السالف ذكرها ، حينما أشتراط ملكية العقار المرهون من قبل الراهن، سواء كان هو المدين أي المقترض نفسه أو كان شخص آخر ومرد ذلك راجع إلى خطورة التصرف الذي قد يؤدي إلى ضياع العقار من يد مالكة في حالة عدم قدرته على الوفاء بأداء الدين، وأيضاً الحكمة من اشتراط ملكية العقار المرهون من قبل الراهن هو أنه من آثار الرهن الرسمي ترتيب حق عيني تبقي للدائن على العقار المرهون يمكنه الاستيفاء حقه من ثمنه، فإذا لم يكن الراهن مالكا للعقار المرهون تخلف هذا الأثر المذكور، وفات الغرض المقصود من الرهن⁽³⁾

-المفروض والأصل أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون، وندرس فيما يلي الصور التي قد تخرج على هذا الفرض ونحاول إبراز موقف الفقه والقضاء منها وكذا موقف المشرع الجزائري وهذه الصور هي:

(1) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق ص337.

(2) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص239

(3) محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2001 ، ص217

- الصورة الأولى: رهن ملك الغير.

1- تعريف رهن ملك الغير: يقصد برهن ملك الغير، الرهن الذي يعقده الراهن بإسمه ولحسابه على عقار محدد ومعين مملوك لغيره، والتصرف في ملك الغير يعتبر من المشاكل العويصة المطروحة قانونا وقضاءً في المحاكم من ذلك التصرف بالبيع أو الإيجار، ما يهمننا هو الرهن أين قد يُقدم شخص ما على رهن عقار غير مملوك له رهنًا رسميًا⁽¹⁾، والمثال البارز لرهن ملك الغير هو الرهن الصادر من مشتري العقار قبل شهره، لأن الملكية في بيع العقارات لا تنتقل إلا بالشهر لمصلحة الشهر العقاري للمحافظة العقارية.

2- تمييز رهن ملك الغير عن غيره من الأنظمة القانونية: ميز الفقهاء بين رهن ملك الغير وغيره من الأنظمة القانونية المشابهة على النحو التالي:

أ- رهن المال المستقبل: ما يميز رهن ملك الغير عن رهن المال المستقبل أنه في الحالة الأولى يكون العقار موجودا، بينما في الثانية يكون غير موجودا من الناحية المادية، بعض الفقه يرون فرق ثاني هو أن العقار في الأول يكون معين بالذات، أما في الثاني يكون غير ذلك، ولكن لا مانع أن يكون المال المستقبل معينا بالذات كما في حالة البناء المزمع إقامته وقد حدد في عقد الرهن تحديدا دقيقا⁽²⁾ وحكمه صحيحا طبقا لقواعد العامة.

ب- التعهد عن الغير: إن حالة رهن شخص لعقار لا يملكه يختلف عن حالة ما إذا تعهد شخصا بأن يحمل مالك العقار على رهنه، وهذا التصرف صحيح يخضع لحكم المادة 114 قانون مدني، ويرى بعض

(1) يقول الأستاذ سليمان محمدي: (إن هذا الرهن سيتم شهره، ومن واجب المحافظ العقاري التأكد من صحة العقد وملكية المتصرف للعقار قبل القيام بإجراء الشهر، فلهذه الأسباب نرى بأنه لا يمكن تصور رهن يصدر من غير مالك في ظل نظام قانوني يشترط الرسمية للإنعقاد والشهر للنفاد)، الرهن الرسمي، مطبوعة جامعية، جامعة الجزائر، معهد الحقوق ابن عكنون 2000، 2001 ص12، 13.

(2) شوقي بناسي، المرجع السابق ص114.

الفقهاء أن الشخص إذا رهن عقارا لا يملكه وتعهده في نفس الوقت أن يحمل المالك على إقراض هذا الرهن، كان تصرفه رهنا لملك الغير وتعهده للغير في نفس الوقت⁽¹⁾

ج- التوكيل في الرهن: يختلف التوكيل في الرهن عن رهن ملك الغير، ذلك أنه إذا وكل المالك شخصا في رهن عقاري بوكالة رسمية وخاصة بالتصرف في حد ذاته فيعتبر ذلك التصرف قانوني وصحيح، لأن الوكيل عند رهنه هذا العقار غير المملوك له، لا تتصرف آثاره إلى ذمته بل إلى ذمة الموكل أي مالك العقار، ونفس الحال بالنسبة للنائب مع الأصيل، وإن كان النيابة في التعاقد يجب أن تتم في إطار رسمي أي كتابة رسمية وبالتالي تكون أمام عقد وكالة التي يتم تحريرها في شكل رسمي.

3- حكم رهن ملك الغير في القانون المدني الجزائري. المشرع الجزائري لم يبين حكم رهن ملك الغير في القانون المدني ولم ينص عليه إطلاقا خلافا للمشرع المصري الذي أقره في قانونه المدني وذلك في نص المادة 1033 قانون مدني مصري والتي جاءت فقرتها الأولى كما يلي: « إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية...»، وبالتالي فإن المشرع المصري أعتد بهذا النوع من الرهن ولكن وضع له قيود منها أن يتم إقرار هذا الرهن من المالك الحقيقي وبورقة رسمية، وأثار هذا الرهن لا تترتب إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكا للرهن وبالتالي فحكم رهن ملك الغير تبعا للقانون المصري هو البطلان النسبي ولكن من نوع خاص، فبدون إقرار رسمي من المالك يعتبر ذلك كأن لم يكن.

أما المشرع الجزائري كما ذكرنا لم يشر إليه فبرجعنا إلى المادة 884 فقرة ثانية من التقنين المدني والتي تقرر بأنه «...يجب ان يكون الراهن مالكا للعقار المرهون... » وهذا يعني أن المشرع الجزائري

(1) سمير تتاغو، المرجع السابق، ص67.

أعتبر ملكية العقار شرط أساسي وخاص لانعقاد الرهن الرسمي، وتختلف هذا الشرط معناه البطلان المطلق وهذا هو حكم رهن ملك الغير في التشريع الوطني.

الصورة الثانية رهن المالك الظاهر: المالك الظاهر هو الشخص الذي يظهر على أنه المالك وهو غير ذلك حقيقة، وإن كان الرهن الصادر عنه يعتبر رهنا لملك الغير، ومن ثم كان المفروض أن يكون رهنه كما رأينا باطلا بطلانا مطلقا، لكن حماية للأوضاع الظاهرة وثقة في التعامل وكاستثناء عن القاعدة، قرر الفقه والقضاء صحة رهن المالك الظاهر⁽¹⁾. وغلبوا مصلحة الدائن المرتهن حسن النية على مصلحة المالك الحقيقي فسمحوا للأول بالتمسك بالرهن في مواجهة الثاني.

ومن أمثلة المالك الظاهر المالك بسند صوري والاسم المستعار والوارث الظاهر، وهي على التفصيل الآتي:

1- المالك بسند صوري: الصورية وضع ظاهري يخفي حقيقة العلاقة القانونية بين المتعاقدين، وقد أجاز المشرع الجزائري الصورية في العقود بنص المادة 198 من التقنين المدني الجزائري والتي تقضي بأنه: « إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري»، فهذه المادة كانت صريحة في أنه يجوز للخلف التمسك بالعقد الصوري متى كان حسن النية ومثال ذلك عن العقد الصوري، أن يشتري شخص من مالك عقارا دون أن تتجه إرادتهما لإبرام عقد البيع، وإنما قصدا إيجاد مظهر كاذب ويحتفظ كلاهما بما يسمى بورقة الضد، التي تثبت عدم وجود عقد البيع ففي هذه الحالة يكون سند المشتري في الملكية سندا صوريا ومن ثم كان مالكا صوريا⁽²⁾، ويظهر أمام الناس أنه المالك الحقيقي وعليه يمكن القول بأنه، يجوز للدائن المرتهن وهو البنك عادة باعتباره خلفا خاصا للمالك بسند صوري (المشتري) التمسك بالعقد الصوري (أي عقد البيع) متى كان حسن النية أي

(1) سمير تناعو، المرجع السابق، ص70.

(2) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص121.

متى كان يعتقد أن سند الزاھن سند حقيقي⁽¹⁾، وبناءً على هذا يكون الرهن صحيحاً وناظاً في حق المالك الحقيقي (البائع)⁽²⁾

لكن الإشكال يطرح في حالة تعارض مصالح ذوي الشأن، بحيث يتمسك بعضهم بالعقد الظاهر (الصوري)، في حين يتمسك الآخرون بالعقد الخفي الحقيقي، كاعتماد المثال السابق البائع صاحب السند الخفي وهو الحقيقي قام برهن العقار وفي نفس الوقت قام المالك بسند صوري، وهو المشتري برهن العقار نفسه، فلمن تكون الأولوية في هذه الحالة هل هي للدائن المرتهن من المالك الحقيقي، أم للدائن المرتهن من المالك بسند صوري؟

المشعر الجزائري لم ينص على مثل هذه الحالة، في حين أن المشعر المصري نص صراحة على أن الأولوية تكون للدائن المرتهن من المالك بسند صوري، وذلك في المادة 244 فقرة ثانية التي تقضي بأنه « وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك آخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين ».

وفي غياب نص في القانون المدني الجزائري يطابق النص المصري المذكور أعلاه، فإننا لا نرى حرجاً في الأخذ به، خاصة وأن المشعر الجزائري كان صريحاً بالأخذ بصورية العقد.

2- الوارث الظاهر: الوارث الظاهر أو الموصى له هو من يظهر في نظر الناس أنه الوارث الحقيقي أو الموصى له الحقيقي وهو ليس كذلك، ويحدث ذلك عندما يستلم هذا الشخص أجزاء التركة بوصفه الوارث الحقيقي يتبين فيما بعد أن استحقاقه غير صحيح لوجود وارث يحجبه أو يشاركه في التركة، وفي هذه الحالة عليه رد ما تسلمه من أموال التركة لكن قد يحدث أن يكون قد رهن بعض أو كل ما تسلمه، فهل يعتبر هذا الرهن صحيحاً ويجوز التمسك به في مواجهة الوارث الحقيقي؟

(1) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص311.

(2) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص221.

بالنسبة للمشرع الجزائري لم ينص على هذه الحالة، وعليه وجب التماس حلها بالفقه والقضاء، حيث يلاحظ أن الرأي قد استقر عند الفقه والقضاء الفرنسيين على صحة الرهن الصادر من الوارث الظاهر عملا بقاعدة عرفية مفادها أن الغلط الشائع يولد الحق وهذا الحل في حقيقته تطبيق لنظرية الأوضاع الظاهرة واشتراطوا في لإعمالها أن يكون الدائن المرتهن حسن النية أي يعتقد أنه يتعامل مع المالك الحقيقي، وعليه يرون أن تصرفات الوارث الظاهر لا يمكن أن تضر بالوارث الحقيقي⁽¹⁾، كل هذا حماية للأوضاع الظاهرة⁽²⁾، ويبدو لنا أن هذا الرأي جدير بالتأييد وعلى المشرع الجزائري تداركها مستقبلا في نصوصه.

3- الإسم المستعار: قد يكتسب شخص ملكية شيء بسند صحيح دون أن يكون هو حقيقة المالك لهذا الشيء، ولا يعدو أن يكون اسم مستعار للمالك الحقيقي، وتبدو هذه الحالة قريبة من حالة المالك بسند صوري غير أن الفرق يظهر في أن المالك الحقيقي في حالة الاسم المستعار لا يكون غالبا شخصا قانونيا معترف به، ولهذا لا يتصور أن يوجد بينه وبين المالك الظاهر عقد يخفي عقدا حقيقا فالعقود لا تنشأ إلا بين أشخاص⁽³⁾.

ورغم أن المشرع الجزائري وغيره لم ينص على مثل هذه الحالات إلا أن القضاء تناولها مثلما حدث في فرنسا أن بعض الجمعيات الدينية غير المصرح لها بمزاولة نشاطها إستترت تحت إسم شركات مدنية، وظهرت هذه الشركات بمظهر المالك لكل العقارات الخاصة بهذه الجمعيات، وقام ممثلوها بترتيب رهون على العقارات المذكورة، والرهن بهذا الوصف صادر من مالك غير حقيقي، من إسم مستعار لجمعيات الغير مصرح بوجودها، ومع ذلك فقد قضى القضاء الفرنسي حماية لمرتهن حسن النية، وحماية للإئتمان

(1) Marcel Planiol et Georges Ripert; Traité pratique de droit civil français, tome 12 suretés réelles, 1^{ère} partie par Emile Becqué L.G.D.J. paris, 2^{ème} édition, 1953 p412.

(2) شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، مصر، 1959، ص130.

(3) سمير تتاغو، المرجع السابق، ص71.

العقاري بصحة هذه الرهون⁽¹⁾ ، ونحن نرى أن مثل هذا الحكم يمكن الأخذ به إذا عرضت حالات مشابهة للقضاء الجزائري.

الصورة الثالثة- الرهن الصادر من مالك زالت ملكيته بأثر رجعي: المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي يعتبر كأنه لم يكن مالكا أبداً أو بالتالي فكل التصرفات التي صدرت عنه من قبل تصبح كأن لم تكن هذا هو مقتضى الأثر الرجعي لزوال الملكية لأي سبب من الأسباب.

الزوال كالإبطال والفسخ، فإذا ربطنا هذه القواعد بعقد الرهن الرسمي فإن مالك العقار إذا رهنه ثم زالت ملكيته بأثر رجعي اعتبرت جميع تصرفاته على العقار بما في ذلك الرهن الذي رتبته وعليه كأن لم تكن، وهذا هو الحل في القانون الفرنسي لا يغير منه حتى أن يكون المرتهن حسن النية وقت إبرام العقد⁽²⁾.

ومع ذلك فإن المشرع الجزائري خالف المشرع الفرنسي في هذه الحالة وذلك حينما قرر صحة الرهن الصادر من المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي، وهذا بمقتضى المادة 885⁽³⁾ من التقنين المدني الجزائري والتي جاء نصها كالاتي: « يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأي سبب آخر إذا ثبت أن الدائن كان حسن النية وقت إبرام عقد الرهن»، وعلى ذلك فإنه يجب لتطبيق هذا النص توافر شروط ثلاثة:

الشرط الأول- يجب أن يكون الرهن صادرا من مالك العقار المرهون وقت إبرام الرهن الرسمي: وينبغي أن تكون الملكية ثابتة للراهن بسند حقيقي، وبهذا يتميز هذا الفرض عن رهن المالك بسند صوري أو رهن المالك الظاهر بصفة عامة، فملكية الراهن وإن كانت زائلة، إلا أنها ليست صورية، وينبغي أن يكون سند

(1) Marcel Planiol et georges Ripert; op, cit page 462

(2) Ibid ; page 410

(3) نص المادة 885 قانون مدني جزائري يقابلها نص المادة 1034 قانون مدني مصري ونصها كالاتي: « يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله بأي سبب آخر إذا كان الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن».

ملكية الراهن قائما وصحيحا وقت إبرام عقد الرهن الرسمي، فإن كان الرهن صادر من مشتري لعقار لم يتم بعد بشهره ومن حائز لعقار لم تكتمل بعد مدة اكتسابه بالتقادم، ففي هذه الحالة لا نكون أمام مالك للعقار المرهون، وبالتالي كان الرهن صادر من غير مالك⁽¹⁾

الشرط الثاني- يجب أن يكون المرتهن حسن النية وقت العقد: ومقتضى هذا الشرط أن يعتقد المرتهن بحسن النية أن سند ملكية الراهن غير مهددة بالزوال، وحسن النية هو مناعة الحماية المقررة في نص المادة 885 قانون مدني أي أنها تعني حسن النية هي الإعتبار الأول الذي رعاه المشرع عندما قرر بقاء الرهن رغم زوال ملكية الراهن، فإذا كان المرتهن يعلم أو يمكنه أن يعلم بما يهدد ملكية الراهن فإنه لا يتوافر لديه حسن النية المطلوبة⁽²⁾، وتقرير حسن نية المرتهن مسألة تخضع لتقدير القاض يتم إستنتاجها من سند الملكية وتاريخ الشهر بالمحافظة العقارية وتاريخ إبرام عقد الرهن.

الشرط الثالث: زوال ملكية الراهن بأثر رجعي: أسباب زوال ملكية الراهن متعددة، قد يكون السند الذي اكتسب به حقه قابلا للإبطال لعيب من عيوب الرضا ثم يحكم بإبطاله أو أن يتمتع المالك بالوفاء بالتزامات مترتبة عليه بهذا السند فيحكم بفسخه، أو أن يحكم بفسخ الوصية لتخطيها القدر الجائز للإيحاء به قانونا، أو أن تكون الملكية قد آلت للمالك بمقتضى عقد الهبة ويحكم بالرجوع في الهبة⁽³⁾

1- الأثر المترتب على توافر شروط المادة 885 قانون مدني جزائري: إذا تحققت الشروط الثلاثة كما تم توضيحه بقي الرهن صحيحا وقائما لمصلحة الدائن المرتهن رغم زوال سند ملكية الرهن بأثر رجعي وعلى ذلك فإن ملكية العقار المرهون تزول عن الراهن، وفي نفس الوقت تؤول إلى المالك الحقيقي متقلة

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص223.

(2) نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010، ص72.

(3) سمير تناعو، المرجع السابق، ص72.

بالرهن، على الرغم من أنه " أي المالك الحقيقي" لم يرتب هذا الرهن ولم يشارك في إنشائه⁽¹⁾ وهنا نطرح السؤال التالي ما هو تبرير هذا الحكم؟

أختلف الفقهاء في تبرير هذا الحكم الوارد في المادة محل الدراسة، فمنهم من ذهب إلى ما ذهب إليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بالقول إن غير المالك الذي صدر منه الرهن هو نائب عن المالك نيابة قانونية تبررها حماية الدائن المرتهن حسن النية وهذا الرأي تم نقده لأن النيابة لا تقرر سند مصلحة الأصيل وإضرارا به⁽²⁾، كذلك أن النيابة لا تكون إلا عندما يعمل النائب لمصلحة الأصيل وباسمه أما في حالتنا هذه فيلاحظ أن الراهن عمل لحساب نفسه، ومنهم وحسب ما ورد في المذكرة إيضاحية دائما اعتبروا أن الرهن الرسمي كما يكسب بالعقد يكسب كذلك بالسبب الصحيح الصادر من غير المالك في أحوال معينة إذا أقرن السبب الصحيح بحسن النية⁽³⁾، وهذا الرأي بدوره منتقد لأن الرهن الرسمي ينشأ بمقتضى عقد، ويصعب قبول مصدر آخر له غير العقد.

والبعض رأى ان الراهن ليس هو المالك، ولكن حق الرهن ينشأ مباشرة على بالرغم من ذلك على مال المالك الحقيقي، كما لو كان لا يزال على ملك الراهن، فالراهن يعتبر مالك ظاهر في هذا الفرض فهناك حيلة شرعية تقتض بقاء المال على ملك الراهن⁽⁴⁾، وهذا الرأي هو الآخر لم ينجوا من النقد، حيث أخذ عليه اللجوء إلى الحيل القانونية، في حين إن اللجوء إلى الحيل لا يكون إلا عند العجز عن إيجاد المبررات القانونية للنصوص التشريعية.⁽⁵⁾

(1) سمير كامل، ملكية الراهن للمال المرهون في الرهن العقاري، رسالة دكتوراة، جامعة طنطة، كلية الحقوق (د.ت) مصر، ص 255.

(2) سمير تناغو، المرجع السابق، ص 79.

(3) المرجع نفسه، ص 76.

(4) شفيق شحاتة، النظرية العامة للتأمين العيني، بدون دار طبع، سنة 1953، ص 88.

(5) حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 237.

والآراء الثلاثة السابقة يجمعها أنها تقطع بأن المالك بعد زوال ملكيته يصبح وكأنه لم يكن مالكا في أي وقت مضى، وهي بهذا تطلق الأثر الرجعي لزوال ملكية المالك، ومع ذلك فمن الممكن تفسير بقاء الرهن بعد زوال ملكية الراهن بالحد من إطلاق الأثر الرجعي لزوالها، فليس بحتم إذا زالت الملكية أن تزول بأثر رجعي وتعتبر كأن لم تكن، بل إن الأثر الرجعي يبدو منتقدا إذ ينكر فترة زمنية كان الراهن فيها مالكا حقيقيا للعقار المرهون، ويصطدم على هذا النحو بمراكز قانونية نشأت وتكونت في هذه الفترة.

الصورة الرابعة: الرهن الصادر من مالك المباني المقامة على أرض الغير، الأصل أن مالك الأرض يملك ما عليها من مباني ومنشآت وهذا ما عبر عنه المشرع الجزائري في نص المادة 782 فقرة 1 من التقنين المدني بقوله: " كل ما على الأرض أو تحتها من غراس أو بناء أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأقامه على نفقته ويكون مملوك له....»، فالمشرع أقام قرينة على أن مالك الأرض مالك لما عليها ومع ذلك فهذه القرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري للفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه بقوله: « غير أنه يجوز أن تقوم البينة على أن أجنبيا أقام المنشآت على نفقته كما يجوز أن تقوم البينة على أن صاحب الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وفي تملكها»، وعلى هذا فمن المتصور أن يكون مالك الأرض غير مالك لما عليها من مباني ومنشآت، وأن تكون هذه مملوكة لشخص آخر⁽¹⁾، بإذن مالك الأرض وهذا الشخص الآخر قد يكون صاحب حق إنتفاع على الأرض، أو مستأجرها أو حتى حائز لا يتمتع بأي حق عيني على الأرض، ولاحق شخصي مستمد من عقد إيجار لها⁽²⁾، مثل هذا الشخص يعتبر مالكا

(1) سمير تناغو، المرجع السابق، ص78.

(2) Marcel Planiol et georges Ripert, op, cit page 386.

للمباني والمنشآت وملكيته كاملة، إلا أنها ملكية مؤقتة تزول بإزالة المباني أو بانتقال ملكيتها إلى مالك الأرض بمقتضى أحكام الإلتصاق.

وبما أن المباني عقار وهي مملوكة لصاحبها، وهو غير مالك الأرض فإنه يجوز له التصرف فيها كعقار ومن ثم يجوز أن يرتب عليه رهنا رسميا، وهذا ما نصت عليه المادة 889 من التقنين المدني لقولها: «يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها...»، ولكن وباعتبار أن ملكية الرهن للمباني القائمة على أرض الغير مؤقتة كان حق الدائن المرتهن خاضعا لفرضيتين هما:

الفرضية الأولى: مصير الرهن خلال مدة بقاء ملكية الراهن المؤقتة.

الفرضية الثانية: مصير الرهن بعد انقضاء ملكية الراهن مؤقتة وقبل حلول أجل الدين.

فبالنسبة للفرضية الأولى: أنه في حالة حلول أجل الدين والعقار ما زال مملوكا للراهن يستطيع الدائن المرتهن إتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار من أجل بيعه واقتضاء حقه من ثمنه، أما في حالة حلول أجل الدين إلى ما بعد تصرف الراهن في المباني المرهونة ففي هذه الحالة يباشر الدائن المرتهن حقه في مواجهة المشتري الذي يعتبر حائزا للعقار المرهون طبقا للقواعد العامة⁽¹⁾

أما بالنسبة للفرضية الثانية: فبانقضاء حق الراهن نتيجة انقضاء مدة ملكيته مؤقتة فإن حق الدائن المرتهن هو الآخر ينقضي، فلا يمكنه تتبع المباني، لأن مصيرها إما الإزالة أو اكتساب مالك الأرض لملكيتها حسب أحكام الإلتصاق، وهنا نتساءل عن حق الدائن المرتهن وهل القانون وفر له الحماية الكافية لاقتضاء حقه؟، بالرجوع إلى نص المادة 889 مدني جزائري نجد أن الحق الدائن المرتهن يكون في التقدم الذي يباشره على ما يثبت للراهن بمقتضى الإتفاق بينه وبين مالك الأرض أو بمقتضى القانون، فإذا وجد إتفاق بين الراهن مالك المباني ومالك الأرض. كأن يكون الاتفاق بانتقال ملكية المباني لمالك الأرض دون مقابل، فهنا ينقضي كل حق للدائن المرتهن، ويتحول إلى مجرد دائن عادي، لأن ملكية المباني

(1) راجع المادة 911 من القانون المدني الجزائري.

مؤقتة فيكون قد فقد التقدم لعدم وجود مال يتقدم عليه، وإذا تم الإتفاق بينهما على إنتقال المباني بمقابل أي مقابل تعويض هنا يكون للدائن المرتهن حق التقدم على هذا التعويض، وإذا تم الإتفاق على هدم المباني، هنا يكون للدائن المرتهن حق التقدم أيضا في إستيفاء حقه من ثمن الإنقاذ.⁽¹⁾

أما إذا لم يوجد إتفاق بين الراهن ومالك الأرض على مصير المباني وجب الرجوع إلى أحكام الإلتصاق بمقتضى المادة 786 مدني جزائري والتي تنص على: « إذا أقام أجنبي منشآت بمواد من عنده بعد الترخيص له من مالك الأرض فلا يجوز لمالك الأرض أن يطلب إزالة المنشآت إذا لم يوجد إتفاق في شأنها، ويجب عليه أن يدفع للغير إذا لم يطلب هذا الأخير نزعها إحدى القيمتين المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 785 » والتي نجدها تنص على أنه: « إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة 784 يعتقدوا بحسن النية أن له الحق في إقامتها فليس لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد أو أجره العمل أو مبلغا يساوي ما زاد قيمة الأرض لسبب هذه المنشآت هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها...».

من ذلك نخلص إلى أنه إذا لم يطلب مالك المباني أي الراهن هدم المباني لم يكن لمالك الأرض أن يطلب هذا، وعليه أن يعوض مالكاها مقابل اكتسابه هو ملكيتها بالإلتصاق وهو مخير بين أن يؤدي قيمة المواد وأجره العمل، أو أن يدفع مبلغا يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت وفي هذه الحالة يتقدم الدائن المرتهن في إستيفاء حقه من هذا التعويض⁽²⁾

الصورة الخامسة- رهن العقار المملوك على الشيوع: الملكية الشائعة هي أن يمتلك إثنان أو أكثر وتكون حصة كل واحد منهم فيه غير مفرزة⁽³⁾، فلا يستقل الشريك في الشيوع لملكية المال الشائع أو جزء منه

(1) راجع المادة 889 من القانون المدني الجزائري.

(2) منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، منشأة المعارف، مصر، 1963، ص 49.

(3) راجع للمادة 713 من القانون المدني الجزائري.

بل يستقل بملكية حصة شائعة في كل المال الشائع. وحسب المادة 714 الفقرة الأولى من التقنين المدني فإن الشريك في الشيوخ يملك حصته الشائعة ملكية تامة ويجوز له التصرف فيها وممارسة كافة حقوق المالك لكن بشرط عدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء، ورهن العقار المملوك على الشيوخ متصور في حالتين⁽¹⁾:

الحالة الأولى: هي رهن جميع الشركاء للعقار المملوك لهم على الشيوخ، والحالة الثانية: رهن أحد الشركاء، سواء كان رهنا لحصة شائعة، أو لجزء مفرز منه، أو حتى للعقار كله، وعلى ذلك يتعين علينا أن ندرس أثر القسمة على هذه الرهون.

1- حالة الرهن الصادر من جميع الشركاء: بالرجوع إلى نص المادة 890 الفقرة الأولى مدني جزائري التي تنص على أنه: « يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع المالكين لعقار شائع أي كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته...». بمقتضى هذا النص فإن الرهن الصادر من جميع الشركاء يعتبر صحيحا ونافذ لمواجهتهم جميعا، ويتوقف مصير الرهن على القسمة، فإذا أستحق الدين المضمون بالرهن أثناء قيام الشيوخ فإن الدائن المرتهن يستطيع أن ينفذ بحقه على العقار دون أدنى مشكلة، أما إذا تمت القسمة ومازال الرهن قائما فما هو مصيره؟ في الحقيقة أن الأمر لا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن يختص كل شريك بحصة مفرزة من العقار، وفي هذه الحالة تتحمل كل الحصص بالرهن طبقا لمبدأ عدم تجزئة الرهن.

الحالة الثانية: أن يقع العقار في نصيب أحد المتقاسمين، مقتضى القواعد العامة. أن المتقاسم يعتبر مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوخ وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص، وعلى

(1) نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، 2002، ص119.

ذلك فإن الرهن يبق صحيحا فقط في قدر حصته الشائعة، لأنه لم يرهن أكثر من حصة أما رهن غيره من الشركاء تكون غير نافذة في حقه لوقوعه على مالا يملكون وقت إبرام الرهن وذلك طبقا للأثر الكاشف للقسمة⁽¹⁾

هذا كله تطبيقا لقواعد العامة في الرهن والقسمة وبمقتضى نص المادة 890 مدني جزائري المبين أعلاه إذا أختص أحد الشركاء بكل عقار المرهون على إثر القسمة العينية أو لأن العقار بيع بالمزاد و رسي المزاد عليه، فإن العقار يظل مع ذلك محملا بالرهن كاملا، ويتحمل هذا الشريك بالرهن جميعه، على أن يرجع الشريك على باقي الشركاء السابقين وفقا لأحكام الضمان في القسمة، وذلك ما لم يكن قد أخذ في الإعتبار عند القسمة أو عند تقدير ثمن العقار⁽²⁾.

2- الرهن الصادر من أحد الشركاء: قد يصدر الرهن من أحد الشركاء إما في حصة شائعة أوفي جزء مفرز وقد يكون رهن لكل العقار المملوك على الشيوخ.

أ- رهن الشريك لحصة شائعة: من الثابت أن كل شريك يملك حصته الشائعة في المال ملكية تامة، ولذلك فإنه يستطيع التصرف فيها بأي تصرف، فله أن يرهنها ويصبح رهنه صحيحا نافذا، فإذا باع هذا الشريك حصته الشائعة إلى مشتري انتقلت ملكية الحصة إلى هذا الأخير منقولة بالرهن. وعموما يمكن توضيح ذلك سواء قبل قسمة المال الشائع أو بعد قسمته.

- رهن الشريك لحصة شائعة قبل القسمة: كما سبق وقلنا أن الشريك المشتاع إذا رهن حصته الشائعة كان رهننا صحيحا، فإذا حل أجل الدين (القرض) المضمون، كان للدائن المرتهن أن ينفذ على حصة

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص77.

(2) المرجع نفسه، ص78.

الشريك المرهونة وبيعها بمزاد العلني، وينتج عن ذلك أن يحل من رسي عليه المزداد محل الشريك الراهن ويصبح شريكا على الشبوع⁽¹⁾

- بعد قسمة المال الشائع: إذا وقعت قسمة المال الشائع قبل حلول أجل الدين (القرض) المضمون بالرهن كان مصير الرهن متوقف على نتيجة القسمة وهذا حسب الفرضيات التالية:

الفرضية الأولى: إذا كان من نصير الراهن جزء مفرز من العقار المرهون يساوي حصته الشائعة التي رهنها فإن حق الدائن المرتهن يرد على هذا الجزء المفرز بمقتضى أثر الحلول العيني⁽²⁾ أي حلول الجزء المفرز على الحصة الشائعة، وليس بمقتضى أثر القسمة ذاتها لأن القسمة تقررت على الملكية محل الرهن وليس على الرهن نفسه، فالمرتهن لم يكن متقاسما⁽³⁾

الفرضية الثانية: إذا وقع في نصيب الراهن العقار الشائع كله أو جزء يزيد على الحصة الشائعة المرهونة بعد القسمة فإن حق الدائن المرتهن يظل واردا على الحصة الشائعة المرهونة فقط، وما زاد عن ذلك لا يكون مثقلا بالرهن، وإذا كان بعض من الفقهاء يرى أن الرهن ينتقل إلى كل ما آل للراهن على أساس أن ما زاد عن الحصة المرهونة يصبح امتدادا لها⁽⁴⁾

الفرضية الثالثة: إذا آل إلى الراهن عقار أو عقارات أخرى غير التي رهنها، أو جزء مفرز من عقار غير العقار الذي رهن منه حصته الشائعة، فإن المشرع قرر في هذه الحالة انتقال الرهن إلى ما آل للراهن من عقار آخر، فالمادة 890⁽⁵⁾، الفقرة الثانية مدني جزائري تقرر أنه: «... إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزء مفرزا من هذا العقار ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها إنتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل،

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص138.

(2) Henri De Page et René Dekkers: traité élémentaire de droit civil belge, 1947, tom7, page 406.

(3) سمير تتاغو، المرجع السابق، ص90.

(4) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص147.

(5) يقابلها نص المادة 1039 الفقرة الثالثة من القانون المدني المصري.

ويبين هذا القدر بأمر على عريضة، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي إنتقل إليه الرهن خلال 90 يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة...»، يفهم من هذا النص ما يلي:

أ- إن الرهن ينتقل طبقا لمبدأ الحلول العيني إلى العقار أو العقارات التي آلت إلى الراهن بعد القسمة بما يعادل قيمة الحصة التي كانت مرهونة.

ب- يتم تعيين القدر الذي ينتقل إليه الرهن بأمر على عريضة من القاضي بناء على طلب الدائن المرتهن.

ج- يشترط احتفاظ الراهن بمرتبته التي أكتسبها من تاريخ القيد الأول الوارد على الحصة الشائعة أن يقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي أنتقل إليه الرهن وهذا خلال مدة (90) تسعون يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة.

د- إذا تأخر القيد عن الميعاد المطلوب فإن مرتبة الرهن لا تكون إلا من تاريخ القيد الجديد.⁽¹⁾ وبالتالي فإن هذا التأخر في الميعاد لا يسقط حق الدائن على العقار أو العقارات الأخرى ولكن تسقط مرتبته التي أكتسبها من قبل لتصبح من تاريخ القيد الجديد أما إذا تم القيد الجديد في الميعاد أحتفظ المرتهن بمرتبته القديمة لكنه لا يستطيع مع ذلك مزاحمة حق الدائن المرتهن من جميع⁽²⁾ الشركاء حتى ولو كانت مرتبة هذا الأخير لاحقة للدائن الذي ارتهن من أحد الشركاء كما أن حق الدائن المرتهن لا يضر بما للشركاء الآخرين من إمتياز ضمانا لحقوقهم المترتبة على القسمة، فهذه الحقوق الأخيرة ورغم أنها متأخرة في المرتبة عن حق الدائن المرتهن عن أحد الشركاء أثناء فترة الشروع، إلا أنها تتقدم عليه⁽³⁾

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص140.

(2) المرجع نفسه، ص141.

(3) سمير تتاغو، المرجع السابق، ص91.

الفرضية الرابعة: إذا لم يقع في نصيب الراهن أي جزء من العقار الذي رهن حصته الشائعة فيه وكان

نصيبه من القسمة فقط إما مبلغ من النقود أو منقولات فما هو مصير الدائن المرتهن للعقار؟

- إذا كان ما آل إلى الراهن مبلغ من النقود، فإن منطق حماية الدائن المرتهن يقتضي تمكينه من مباشرة

حقه في الأفضلية على هذه النقود رغم انقضاء حقه في تتبع العقار الذي تقرر له رهن حصة شائعة منه

وهذا ما يأخذ به القانون البلجيكي الصادر عام 1854⁽¹⁾. وهذا فيه نوع من العدالة ذلك أن من حق

الدائن المرتهن مباشرة حقه في الأفضلية على ما تقرر للراهن من حقوق نقدية بمقتضى القسمة.

- أما إذا آلت إلى الراهن بعض المنقولات نتيجة القسمة فمصير الدائن المرتهن حسب الفقه السائد أنه

يفقد حقه في الرهن لأن المنقول لا يصح أن يكون محل لرهن الرسمي، وبانقضاء الرهن يسقط أجل

الدين ويبقى أمام الراهن لتجنب ذلك أن يقدم تأمينا آخر كافيا⁽²⁾

ب- رهن الشريك لجزء مفرز: من الواضح أن الشريط لا يملك ملكية خالصة أي جزء مفرز من المال

الشائع، وهنا نطرح التساؤل التالي، ما هو أثر ذلك بالنسبة لباقي الشركاء؟ وما هو أثره بالنسبة للدائن

المرتهن؟ حتى نجيب على هذه التساؤلات يجب التمييز بين مرحلتين قبل وبعد قسمة المال الشائع⁽³⁾

-المرحلة الأولى: قبل قسمة المال الشائع.

1- بالنسبة لباقي الشركاء: رهن الشريك لجزء مفرز من العقار الشائع بعد هذا الرهن غير نافذ في

مواجهة الشركاء الآخرين، لأن حق كل منهم يتعلق بهذا الجزء ولا يختص الشريك الراهن من دونهم

بسلطة التصرف فيهم⁽⁴⁾ ولهم أن يتمسكوا بحقوقهم في هذا الجزء.

(1) Henri De Page et René Dekkers; op, cit, page408.

(2) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص331.

(3) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص138.

(4) سمير تتاغو، المرجع السابق، ص88.

2- بالنسبة للدائن المرتهن إذا كان لا يعلم بحالة الشبوع فله أن يطلب إبطال التصرف على أساس الغلط، أما إذا كان يعلم بذلك كان الرهن صحيحا لأنه صادر من مالك على أي حال.

المرحلة الثانية: بعد قسمة المال الشائع: إذا تمت القسمة نحاول التمييز بين الفرضيات التالية:

الفرضية الأولى: وقوع الجزء المفرز في نصيب الشريك الراهن أصبح الرهن نافذا في مواجهته، أي منتجا لأثاره.

الفرضية الثانية: إذا وقع الجزء المفرز في نصيب شريك آخر لم ينفذ هذا الرهن في مواجهته، ومع ذلك إذا أنتقل إلى الراهن نتيجة القسمة عقار آخر فإن هذا العقار هو الذي يصبح مثقلا بالرهن بمقتضى فكرة الحلول العيني وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في القواعد العامة للتصرف في الملكية الشائعة بنصه في المادة 714 للفقرة الثانية من التقنين المدني بقوله: «...وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف أنتقل حق التصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل للمتصرف بطريقة القسمة.» وعلى الدائن المرتهن إذا أراد المحافظة على مرتبته القديمة أن يتبع نفس الإجراءات السابق تناولها عن رهن الحصة الشائعة.

كما يحق للدائن المرتهن أن يطلب إبطال عقد الرهن على أساس مبدأ الغلط⁽¹⁾

ج- رهن أحد الشركاء للعقار الشائع كله: الرّاهن لا يملك في هذه الحالة العقار كله، ولهذا فتصرفه يعتبر تخطي لحدود سلطته في التصرف، ومع ذلك لا يعتبر هذا رهنا لملك الغير، لأن الرّاهن يملك حصة شائعة في هذا العقار، إلا أن هذا الرهن يعتبر غير نافذ في حق الشركاء الآخرين وبظل مصيره متوقفا على نتيجة القسمة.

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص144.

فإذا آل العقار كله للراهن انتهى كل عائق عن نفاذ الرهن، وإذا آل للراهن جزء مفرز من هذا العقار تركز على هذا الجزء، وإذا كان نصيب الراهن من القسمة مبلغ من النقود كان للدائن المرتهن أن يباشر حقه في الأفضلية على هذا المبلغ.

ودائما يبقى للدائن المرتهن إذا كان لا يعلم بأن الراهن غير مالك للعقار ملكية مفرزة فله أن يطلب إبطال العقد للغلط.⁽¹⁾

الخلاصة في أن أحكام رهن العقار المملوك على الشيوخ أن الشريك بعد القسمة يحصل على نصيبه المفرز خاليا من كل رهن لم يرتبه هو، وحماية للدائن المرتهن فإن حقه ينتقل إلى ما آل للراهن من مال نتيجة القسمة، ولو كان هذا غير ما نشأ عليه الرهن أصلا، مع فقدان الدائن المرتهن بعض حقوقه بسبب نتيجة القسمة كحق التتبع، إذا كان ما آل إلى الراهن أموال نقدية مثلا.

الصورة السادسة: الرهن الصادر من الحائز المتحصل على شهادة الحياة تشكل شهادة الحياة المحدثه طبقا للمادة 39 من القانون المتعلق بالتوجيه العقاري⁽²⁾ سندا قانونيا بمفهوم المادة 30 من نفس القانون وشهادة الحياة عبارة عن محرر رسمي يعد من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي، تخول لصاحبها بعض إمتيازات الملكية، لكنها ليست لسند الملكية⁽³⁾

ما يهمنا في هذا الشأن هل يمكن أن يتم ترتيب رهن عقاري من قبل الحائز أم لا؟

بالرجوع إلى المادة 884 الفقرة الثانية مدني جزائري بنصها: «... يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه.» وبالتالي شهادة الحياة ليست بسند ملكية كقاعدة عامة طبقا للمادة المذكورة لا يجوز أن يتم ترتيب رهون عقارية من الحائز على عقار لا يملكه.

(1) سمير تناغو، المرجع السابق، ص92.

(2) القانون رقم 90-25، المؤرخ في 18/11/1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية العدد 49 المؤرخة 18/11/1990.

(3) حمدي باشا عمر، محررات شهر الحياة، دار هومة، 2004، ص10.

لكن بالرجوع إل نص المادة 44 من قانون التوجيه العقاري التي تنص على أنه: « يمكن الحائز أن يكون رهنا عقاريا صحيحا من الدرجة الأولى لفائدة هيئات القرض، ينطبق على العقار الذي ذكر في شهادة الحياة، ويكون ذلك ضمان للقروض المتوسطة وطويلة الأمد».

يأخذ من هذا النص أن المشرع الجزائري أجاز صراحة للحائز ترتيب رهن عقاري من الدرجة الأولى لفائدة هيئات القرض، ويرى جانب من الفقه الجزائري أن المشرع قد عامل الحائز معاملة المالك⁽¹⁾ رغم أن هذا يعد استثناء من الأصل، وقد يكون هذا الاستثناء يرجع لأسباب قانونية وأخرى اقتصادية أو اجتماعية القانونية ترجع إلى المساحات العقارية التي ما زال لم يشملها المسح الأراضي العام والأسباب الاقتصادية والاجتماعية ترجع إلى تشجيع الاستثمار الفلاحي وكذلك التخفيف من أزمة السكن في نفس الوقت، لكن الإشكال يثور في حالة ترتيب الحائز للرهن ثم ظهر صاحب العقار الحائز على سند الملكية ومطالبته بإستحقاق ملكيته؟ للرجوع إلى نص المادة 45 من قانون التوجيه العقاري التي تنص على أنه: « لا يمكن أن يترتب مطلقا على دعوة المطالبة نقض رهن العقار لإعادة النظر في الترتيب الأخرى التي اتخذها حائز شهادة الحياة القانوني في حدود صلاحيته»، من ذلك نجد أن المشرع الجزائري جعل الرهن الذي يرتبه الحائز لفائدة هيئات القرض في الفترة بين اعتباره حائزا وإلغاء شهادة الحياة يبق صحيحا وناظدا في مواجهة المالك الحقيقي وهذا ما توافق والمادة 885 مدني جزائري بأن جعلت الرهن الصادر من مالك زالت ملكيته باثر رجعي صحيحا وناظدا في مواجهة المالك الحقيقي.

ثانيا: تخصيص الرهن: تخصيص الرهن مبدأ مزدوج، ينطبق على العقار المرهون من جهة ومن جهة أخرى على الدين المضمون.

(1) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص156.

المبدأ الأول للتخصيص - تخصيص العقار محل الرهن: إن الرهن الرسمي حسب المادة 886 مدني جزائري لا يرد إلا على عقار مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني وينبغي أن يكون معيناً تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه، وأن يتم ذلك في عقد الرهن ذاته أوفي عقد رسمي لاحق وإلا كان باطلاً⁽¹⁾ وبإضافة المادة 887 مدني جزائري يشمل الرهن إلى جانب العقار المرهون ملحقاته وكذلك ثماره طبقاً لنص المادة 888 مدني أيضاً.

1- الشروط الخاصة بالمال المرهون: يتضح من هذه النصوص السالف ذكرها أن المال المرهون يجب أن تتوفر فيه الشروط الآتية:

أ- أن يكون عقاراً: تنص المادة 886 الفقرة الأولى على أنه: « لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك...»، فالرهن الرسمي لا يترتب إلا على العقار، ومن خصائص الرهن الرسمي مقارنة مع نظم التأمينات العينية، أنه لا ينقل حيازة الشيء المرهون من الراهن إلى الدائن المرتهن فيظل الراهن حائزاً للشيء مسيطراً عليه قادراً على التصرف فيه بنقل ملكيته إلى شخص آخر⁽²⁾، لأن إستيفاء الحيازة للراهن لا يشكل خطورة على ضمان الدائن، لأن العقار شيء ثابت بحيزه لا يستطيع الراهن تبديده أو إخفائه وحماية الغير تتحقق في إعلانية حقوق المرتهن على العقار المرهون بالشهر العقاري، وذلك بإثبات حق الدائن المرتهن في سجل يستطيع الإطلاع عليه كل من يريد أن يتعامل على العقار المثقل بالرهن قبل الإقدام على ذلك⁽³⁾

أما المنقول فمن الصعب شهر الحقوق التي تترتب عليه، ولهذا أخضع القانون المنقول لقاعدة أخرى غير قاعدة الشهر، هي قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، كأساس الاعتراف بالحق على

(1) راجع المادة 886 قانون مدني جزائري، وهي مقابلة للمادة 1035 من القانون المدني المصري.

(2) سمير تناعو، المرجع السابق، ص 35.

(3) محمد صبري السعدي، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 32.

المنقول هو الحيازة وليس الشهر، وقد أشرنا سابقا إلى الاستثناء⁽¹⁾ من أن يرد الرهن إلا على عقار من ذلك رهن السفن البحرية والطائرات والمحال التجارية، ورهن المنقول دون نقل حيازته رغم صفته الاستثنائية يعتبر احد التطور في نظم التأمينات في القانون الحديث⁽²⁾.

ب- أن يكون العقار مما يصح التعامل فيه وبيعه في المزاد العلني وهذا الشرط نراه منطقي وصريح لضمان حق الدائن، لأن قيمة هذا الضمان تتمثل في قدرة الدائن على إستيفاء حقه من ثمن العقار بعد بيعه بالمزاد العلني، من ذلك فإنه لا يجوز رهن العقارات المملوكة للدولة أو الهيئات العامة والمخصصة للمنفعة العامة، ذلك أن هذه العقارات لا يصح التعامل فيها⁽³⁾ ويجب أن يكون العقار مما يحوز بيعه بالمزاد العلني، ولهذا يرى جانب كبير من الفقه المصري أنه لا يجوز رهن العقار المشروط عدم التصرف فيه⁽⁴⁾، كما أن هناك من الفقه من يرى عكس ذلك⁽⁵⁾ ولكن السائد هو الرأي الأول الذي أفتى بعدم جواز رهن العقار المشروط بعدم التصرف فيه، ونحن نرى أنه من الجائز إدراج هذا الشرط وفق شروط لا تتناقض مع حق الملكية من حيث المدة خاصة، إذ يمكن إشتراطه لمدة محددة معقولة تساوي مدة القرض.

ج- أن يكون العقار موجودا وقت الرهن: معنى الوجود أن يكون العقار قائما، وعلى ذلك جاء في نص المادة 886 الفقرة الثانية مدني جزائري التي تنص على أنه: «...أن يكون معيننا بالذات تعيينا دقيقا...» فتعيين الشيء من خلال أنه موجود، وقد سكت المشرع الجزائري عن رهن المال المستقبل، خلافا للمشرع

(1) أرجع إلى الصفحة 89 من الأطروحة.

(2) Colin Ambroise et Capitant Henri, cours élémentaire de droit français, tom 2, paragraphe 1673.

(3) محمد صبري السعدي، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص35.

(4) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص352.

(5) جميل الشراوي، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، ص140.

المصري الذي نص في المادة 1033 الفقرة الثاني أنه: « يقع باطلا رهن المال المستقبل⁽¹⁾»، وهذه الفقرة لاقت انتقادا شديدا من كثير من الفقهاء المصريين حيث أعتبروا ذلك إضافة زائدة من المشرع المصري، ولم يكن هناك ما يدعوا إلى وضع هذه القاعدة، لأن نطاق تطبيقها يختلط في معظم الحالات مع نطاق تطبيق قواعد أخرى منصوص عليها في القانون، ولهذا فلا تعطي هذه القاعدة جديدا في هذا الشأن، وإذا رجعنا إلى المشرع الفرنسي وهو الأصل التاريخي لهذه القاعدة نجد أن قاعدة بطلان رهن المال مستقبل تحقق عدة أهداف منها وضع حد لعادة الرهن العام بمعنى أن يرهن المدين كل أمواله الحاضرة والمستقبلية ضمانا للوفاء بالدين، كذلك فإن بطلان رهن المال المستقبل يمنع رهن ملك الغير، وهو باطل بطلانا مطلقا في القانون الفرنسي، لأن المال المستقبل هو مستقبل بالنسبة للراهن فقط ولكنه حاضر غالبا في ذمة شخص آخر،⁽²⁾ وباعتبار أن دراستنا تخص التشريع الجزائري فما هو حكم رهن المال المستقبل عند المشرع الجزائري؟

بما أن المشرع الجزائري لم يتناول ذلك في المادة 886 مدني جزائري سألفة الذكر خلافا للمشرع الفرنسي والمصري، إلا أننا برجعنا إلى القواعد العامة في القانون المدني ومن ذلك نص المادة 92 الفقرة الأولى التي تنص على أنه: « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا » وبناءا على ذلك أن المشرع الجزائري أعترف بصحة التصرفات للمال المستقبل بمعنى أن الأصل هو الصحة، والاستثناء هو البطلان، ومن ذلك نقول أن رهن المال المستقبل هو صحيح ومنتج لآثاره، فإذا قام شخص بشراء مسكن ما زال لم يشيد بعد وقام برهنه، كان رهنه صحيحا بشرط أن يعينه بالذات تعيين دقيقا⁽³⁾، كما في حالة البيع على التصاميم.

(1) سمير تناعو، المرجع السابق، ص 39.

(2) Colin Ambroise et Capitant Henri, op.cit., p 1765.

(3) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 163.

د- يجب أن يكون العقار معينا تعيينا دقيقا: لعل هذا الشرط هو مضمون قاعدة التخصيص، لأن العقار يجب أن يكون معينا بدقة، حتى لا يختلط بباقي عقارات المدين الأخرى من جهة وحتى يسهل على الدائن المرتهن حالة عدم أداء الدين من قبل الراهن، التنفيذ على ذلك العقار الضامن لدينه⁽¹⁾، وقد نصت على هذا الشرط صراحة المادة 886 الفقرة الثانية من التقنين المدني الجزائري بقولها: « يجب أن يكون العقار المرهون...معينا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أوفي عقد رسمي لاحق، وإلا كان باطلا»، وسوف نقوم بشرح واضح لهذه الفقرة من المادة سالفه الذكر المتضمنة هذا الشرط من حيث المقصود بالتعيين عموما والتعيين بالذات والتعيين الدقيق للعقار.

1- المقصود بالتعيين: التعيين للعقار محل الرهن وطبقا لمبدأ التخصيص يقتضي أمرين:

الأول- تعيين العقار بالذات: بمعنى أن يترتب الرهن على عقار بالذات، وليس على كل أموال المدين الحاضرة والمستقبلية ذلك أن الرهن هو رهن خاص وليس رهن عاما، والغرض الأساسي من مبدأ تخصيص الرهن هو القضاء على الرهن العام الوارد على كل أموال المدين نظرا للمفاسد الكثيرة المترتبة عليه⁽²⁾، وبالتالي لا يجوز رهن المدين لجميع ممتلكاته العقارية أو رهن جميع عقاراته الموجودة بجهة معينة⁽³⁾.

(1) سعاد الزروالي، مبدأ تخصيص الرهن الرسمي في التشريع العقاري المغربي، تقديم الدكتور محمد مؤمن، منشورات

مجلة الحقوق المغربية سلسلة "الدراسات والأبحاث"، الطبعة الأولى، 2009، ص83.

(2) شوقي بناسي، المرجع نفسه، ص158.

(3) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص354.

الثاني- تعيين العقار المرهون تعيينا دقيقا: وذلك من حيث المقدار أي المساحة ولو كان موضوع الرهن حصة شائعة بذكر مقدار هذه الحصة كالنصف أو الثلث مثلا (1) كما يشمل التعيين راحة الدقيق للعقار طبيعة هذه العقار وموقعه وأن يرد في عقد الرهن أو عقد رسمي لاحق.

- من حيث طبيعته: هل هذا العقار موضوع الرهن عبارة عن أرض زراعية أو بناء، وإن كانت زراعية فهل هي أرض ساقوية أو بورية، وفي حالة كونها بناء فهل هي منزل أو مصنع أو قد تكون أرض بناء.

- من حيث موقعه: ويكون ذلك بتحديد الجهة التي يقع فيها العقار ومعالم حدوده وما يحيط به من عقارات أخرى، وهذا من أجل تمييزه تمييزا تاما عن غيره من العقارات المجاورة، وأيضا حتى يكون العقار معلوم بدقة نافيا للجهالة.

أن يرد هذا التعيين بعقد الرهن ذاته أوفي عقد رسمي لاحق: من ذلك يجب أن يتم هذا التعيين الدقيق لعقار المرهون في عقد الرهن الرسمي ذاته أوفي عقد رسمي لاحق تكملة لعقد الرهن الرسمي، فالأول يضم العقد والثاني يضمن تعيين العقار المرهون تعيينا دقيقا بالإضافة إلى ذلك يجب أن يتم التعيين أيضا في قيد الرهن، تطبيقا لنص المادة 93 من المرسوم المتعلق بتأسيس السجل العقاري(2)، أما إذ لم يراعى شرط تعيين العقار بأن كان عاما أو لم يعين العقار تعيينا يمنع الجهالة فيه، كان الرهن باطلا بطلانا مطلقا، كما يستفاد من نص المادة 886 مدني جزائري.

فإذا كان الرهن عاما بأن رهن المدين كل أمواله دون أي تخصيص هنا يقع الرهن باطلا بطلانا مطلقا ولا يجوز تصحيحه ويستطيع كل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه،(3) أما إذا جاء الرهن خاصا

(1) سعاد الزروالي، المرجع السابق، ص84.

(2) المرسوم رقم 76-63، المؤرخ في: 25/03/1976، المتضمن تأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية العدد30 المؤرخة في 13/04/1976.

(3) Georges. Ripert et Jean Boulanger, traité de droit civil française, d'après le traité de Marcel planiol, tom3, 3^e édition, paris, 1949, page 2697.

ومع ذلك لم يعين العقار المرهون تعيينا يمنع الجهالة فيه، فإن هذا الرهن يمكن تصحيحه، عن طريق تعيين العقار تعيينا دقيقا في عقد رسمي لاحق.

هـ- ملحقات العقار المرهون: لقد نص المشرع الجزائري على قاعدة شمول الرهن للملحقات في المادة 887 قانون مدني بقوله: « يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقارا، ويشمل بوجه خاص حقوق الإرتفاق والعقارات بالتخصيص وكافة التحسينات والإنشاءات التي تعود بالمنفعة على المالك، ما لم يتفق على غير ذلك، مع عدم الإخلال بإمّتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين المنصوص عليه في المادة 992»، من ذلك نفهم وأنه إذا تحدد العقار محل الرهن، فإن الرهن يمتد إلى ملحقاته بحكم القانون دون حاجة إلى إتفاق صريح بين المتعاقدين، معنى ذلك أيضا أن الدائن المرتهن عند اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار، ينفذ أيضا على ملحقاته ويقتضي حقه من ثمن العقار ومن ثمن الملحقات أيضا في بعض من الحالات أن قيمة الملحقات كبيرة تزيد كثيرا في ضمان الدائن ونعني البنك مانح القرض في حالتنا هذه. إن قاعدة إمتداد الرهن للملحقات هي في الحقيقة تعد تطبيقا لقاعدة أعم وهي قاعدة الفرع يتبع الأصل.⁽¹⁾

الملحقات التي ذكرها المشرع في المادة سالفة الذكر ليست واردة على سبيل الحصر، فهناك ملحقات لحق الإنتفاع مثلا يمتد إليها الرهن⁽²⁾، كذلك فإن نص المادة ليس أمرا فيجوز للأطراف الإتفاق على إستبعاد بعض هذه الملحقات أو كلها من ضمان الدائن المرتهن، وفي حالة عدم وجود إتفاق في ذلك طبق نص القانون الذي يعتبر من ملحقات العقار المرهون.⁽³⁾

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص164.

(2) سليمان مرقص، التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، الطبعة 2، ص55.

(3) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص161.

1- حقوق الارتفاق: يشمل الرهن حقوق الارتفاق الإيجابية المقررة لخدمة العقار المرهون، وهذه الحقوق لا يجوز رهنها إستقلالاً، كذلك لا أهمية لتاريخ نشأة حق الارتفاق فالرهن يمتد إليه سواء كان مقرراً وقت نشأة الرهن أو تقرر بعد هذا التاريخ.⁽¹⁾

2- العقارات بالتخصيص: تنص المادة 683 الفقرة الثانية من التقنين المدني الجزائري على ما يلي: «غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار أو إستغلاله يعتبر عقاراً بالتخصيص»، يفهم من نص هذه المادة أن العقار بالتخصيص هي المنقولات المملوكة لصاحب العقار والمرصودة لخدمته فتأخذ حكمه وتعتبر عقاراً ويمتد إليها الرهن بإعتبارها من الملحقات العقارية للعقار المرهون، وحتى تعتبر المنقولات عقارات بالتخصيص لا بد من توافر جملة من الشروط دائماً حسب مضمون المادة المذكورة أعلاه.

الشرط الأول: يجب أن يكون التخصيص عينياً: بأن تكون هذه المنقولات مرصودة لخدمة العقار، وليست لخدمة صاحب العقار، ومن أمثلتها: الآلات الزراعية المخصصة لخدمة الأرض الزراعية، والآلات المخصصة لخدمة المصنع.

الشرط الثاني: يجب أن يكون مالك العقار هو نفسه مالك المنقول: وأن يتم التخصيص من المالك ذاته: مثلاً لا نكون بصدد عقار بالتخصيص في حالة إستئجار مالك الأرض، آلات من أجل استخدامها في زراعة أرضه، لعدم تحقق شرط وحدة المالك.

إذا توافرت في المنقول شروط إعتباره عقاراً بالتخصيص فإنه يلحق العقار المرهون من حيث إمتداد الرهن إليه بحكم القانون ويسري هذا الحكم سواء كان هذا التخصيص متحققاً وقت نشأة الرهن، أو تحقق

(1) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص33.

بعد ذلك،⁽¹⁾ والمالك حر في الإبقاء على هذا التخصيص أو فصل المنقولات من العقارات الموجودة لخدمتها.

إلا أنه إذا رهن العقار الذي رصدت هذه المنقولات لخدمته تقيدت حريته في ذلك، لأن ذلك متعلق بحق الدائن المرتهن لهذه المنقولات المرصودة لخدمة العقار، ومن حق الدائن المرتهن هنا أن يعترض على هذا الفصل، وفي حالة أنه تم فعلا فصل المنقول عن العقار وانتقلت المنقولات إلى حائز حسن النية، فإن الدائن لا يتمكن من التمسك في مواجهته بحقه على المنقولات، لأن الحائز سيحتج بحسن نية لهذه المنقولات⁽²⁾ وأنه لا يعرف أنها كانت مرصودة لخدمة العقار المرهون.

ومع ذلك يحق للدائن أن ينتقل إلى الحجز على ثمن المنقولات حتى ولو بقي الثمن تحت يد المتصرف إليه حسن النية، وسوف يتم التطرق بشكل أكثر تفصيل ودقة في الباب الثاني من هذه الدراسة.

- التحسينات والإنشاءات: يعرف الفقه التحسينات والإنشاءات بأنها ما يلحق العقار المرهون من زيادة مادية بفعل الطبيعة أو الإنسان⁽³⁾، من هذا التعريف فإن هذه الزيادة في قيمة العقار المرهون قد تكون بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان، بفعل الطبيعة كأن تزيد مساحة الأرض نتيجة تراكم الطمي بفعل الأمطار، والزيادة بفعل الإنسان كأن يقوم مالك العقار المرهون بالبناء عليه إذا كان دون بناء أو زيادة في البناء إذا كان مبني كزيادة طابق جديد أو ملاحق⁽⁴⁾، هذه الزيادة نتيجة التحسينات والإنشاءات يشملها الرهن بحكم القانون، وينطبق هذا الحكم أي كانت قيمة الإنشاءات، ولو زادت قيمتها عن قيمة العقار المرهون، ولكن يشترط ألا يوجد إتفاق على إستبعاد هذه الإنشاءات من ضمان الدائن المرتهن.

(1) سمير تتاغو، المرجع السابق، ص 49.

(2) Raynaud Pierre; hypothèque, Encyclopédie Dalloz, tom 2, page 912.

(3) Marcel Planiol et Georges Ripert et Becqué, op.cit, page 385.

(4) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 359.

ويشترط كذلك أن يكون مالك العقار المرهون، هو مالك الإنشاءات الجديدة فقد يأذن مالك العقار المرهون للغير في إقامة مباني على العقار محل الرهن وتملكها، فالحكم هنا أن الرهن لا يمتد إلى هذه المباني أو الإنشاءات⁽¹⁾، إلا أن الإشكال يطرح في حالة إذا كان مالك العقار (الأرض) غير مالك المباني، وأراد مالك المباني أن يرهنها قبل إنشائها فما هو طبيعة هذا الرهن؟

إن هذا يعتبر رهنا لمال مستقبل بالنسبة لهذه المباني ويحدث ذلك في مقاولات الترقية العقارية ويكون مالك المباني أو بعضها هو مكنتب في شراء مسكن ضمن البناء المزمع إقامته، وقد سبق وأن أشرنا إلى ذلك من خلال المرسوم التنفيذي رقم 94-85 المتعلق بنموذج في البيع وفق التصاميم وهذا الرهن هو رهن صحيح أي الرهن الصادر من مالك المباني المزمع إنشاؤها رغم أنه رهن لمال مستقبل، وحق الدائن المرتهن يمتد إلى الإنشاءات الجديدة، بنفس مرتبة الرهن حتى ولو أقيمت هذه الإنشاءات بعد نشأة الرهن وقيده بفترة طويلة.⁽²⁾

إلا أن ذلك سوف يضر بالمقاول والمهندس المعماري الذي ساهم في إقامة هذه المباني، فللمقاول والمهندس المعماري حق إمتياز على الإنشاءات التي شاركها في إقامتها لإستيفاء حقوقهما قبل رب العمل وهذا الإمتياز العقاري يجب قيده وتحسب مرتبة صاحبه من وقت القيد وفي هذه الحالة سيكون التزام بين الدائن المرتهن من جهة والمقاول والمهندس المعماري من جهة أخرى، فأيهما يقدم لإستيفاء حقه؟

بالرجوع إلى القاعدة العامة بالنسبة للتأمينات العينية فإن الأسبقية تكون بالعبارة من تاريخ القيد وعليه فإن الدائن المرتهن تكون له الأسبقية في إستيفاء حقه عن المقاول والمهندس المعماري على أساس أنه هو أول من قام بقيد الرهن، لكن بالرجوع إلى نص المادة 887 من التقنين المدني الجزائري نجد أن

(1) سمير تناغو، المرجع السابق، ص50.

(2) المرجع نفسه، ص51.

المشروع خرج عن هذه القاعدة (الأسبقية في القيد) بأن أقر تقديم حق المقاول والمهندسين على الدائن المرتهن وسوف نرجع إلى توضيح ذلك لاحقاً في الفصل الثاني من الباب الثاني للأطروحة.

3- إلحاق الثمار بالعقار المرهون: كما سبق وأن اشرنا أن ما يميز الرهن الرسمي هو بقاء العقار المرهون في حيازة الراهن وبالتالي يبقى المدين الراهن مسيطراً على عقاره من حيث إستعماله وإستغلاله فإذا أنتج عقاره ثماراً أستطاع أن يقبضها ويتصرف فيها حتى وهي متصلة بالأرض قبل جنيها بإعتبار أنه منقول بحسب المآل، ما لم يكن تصرفه منطوياً على غش كما يجوز لدائنيه الحجز عليها⁽¹⁾ والثمار إما أن تكون مدنية وهي الإيراد النقدي للعقار أو مادية هذه الأخيرة قد تكون طبيعية بفعل الطبيعة كالكلأ وقد تكون مستحدثة بفعل الإنسان كالمحصولات الزراعية⁽²⁾

وكقاعدة عامة تعد ثمار العقار المرهون وإراداته حقاً لمالك العقار المرهون وهذا ما نصت عليه المادة 895 من التقنين المدني الجزائري: « إن للراهن الحق في إدارة العقار المرهون وقبض ثماره إلى وقت إلحاقها بالعقار»، من ذلك نفهم أنه إذا كانت تلك هي القاعدة أي ملكية الراهن للثمار والتصرف فيها لكن إلى وقت محدد وهو وقت إلحاق الثمار بالعقار المرهون. فما هو هذا الوقت وما هي الآثار المترتبة على ذلك؟

أ- تحديد وقت إلحاق الثمار بالعقار المرهون: بالرجوع إلى نص المادة 888⁽³⁾ مدني جزائري التي تنص على أنه: « توقف وتوزع ثمار العقار المرهون وإرادته مثلما يوقف ويوزع ثمن العقار إبتداءً من تسجيل نزع الملكية الذي هو بمثابة الحجز العقاري»، كما تنص المادة 930⁽⁴⁾ مدني جزائري، على أنه: « ينبغي على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية، فإذا تركت الإجراءات مدة ثلاث سنوات

(1) محمد صبري السعدي، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص43.

(2) سمير تتاغو، المرجع السابق، ص53.

(3) يقابلها نص المادة 1037 قانون مدني مصري.

(4) يقابلها نص المادة 1079 قانون مدني مصري.

فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إنذار جديداً»، يستخلص من هذين النصين أن وقت إلحاق الثمار بالعقار يختلف باختلاف ما إذا كان العقار المرهون ما زال في ملكية المدين الراهن أو انتقل إلى الحائز⁽¹⁾

- ففي حالة بقاء العقار المرهون في ملك الراهن أن وقت إلحاق الثمار بالعقار المرهون يكون من تاريخ تسجيل التنبية بنزع الملكية وقبل ذلك فإن ما تم جنيه من ثمار أو إرادات فإنها لا تلحق بالعقار ولا يشملها الرهن⁽²⁾

- وفي حالة إنتقال العقار المرهون إلى ملك الحائز التي يحكمها نص المادة 930 مدني جزائري فإن وقت إلحاق الثمار بالعقار المرهون يبدأ من تاريخ إنذاره بالدفع أو التخلية وإذا تركت الإجراءات مدة ثلاث سنوات فلا يرد الحائز الثمار إلا من وقت ان يوجه إنذار جديد، وينتج عن إلحاق الثمار بالعقار المرهون أن يمتد الرهن إليها ليشملها، أي تدخل الثمار مهما كان نوعها كما أشرنا إلى ذلك في وعاء الرهن.

المبدأ الثاني للتخصيص - الدين المضمون للرهن: إن من بين الوظائف الأساسية للبنك إعطاء القروض مقابل ضمانات عينية أو شخصية، وإذا كان الدين مضمونا لرهن رسمي عقاري، وغالبا ما يكون كذلك في القروض المتوسطة وطويلة الأمد فإنه يتوجب أن يكون هذا الدين "القرض" محددًا تحديداً دقيقاً، ذلك لأنه يعتبر بمثابة الأصل، والرهن الرسمي ليس إلا ضمان لهذا الأصل، لذا لا يعقل أن يحدد التابع أو الفرع دون الأصل على إعتبار أن الرهن الرسمي حق تابع، فلا ينشأ مستقلاً، إذ يجب أن يستند في وجوده على إلتزام صحيح يضمه، فإذا لم يوجد هذا الإلتزام أو كان غير ممكن الوجود، أو وجد صحيحاً ثم إنقضى، فإن الرهن يأخذ نفس المصير، حيث أن وجوده وبقائه وصحته مقرون بوجود الدين وبقائه وصحته، إضافة إلى ضرورة كونه دين لازماً صحيحاً، والذي ينبغي أن يكون محددًا في الدين المضمون

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص174.

(2) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص284 ومجال تطبيق هذه الحالة المادة 888 مدني جزائري.

هو مقداره ومصدره⁽¹⁾، أيضا أن تحديد الدين "القرض" المضمون لا يمنع أن يكون ديننا معلقا على شرط أو أن يكون ديننا إحتماليا أو مستقبلا، وسوف نتناول فيما يأتي مبدأ تبعية الرهن للدين أي القرض المضمون وطبيعة هذا الدين ومصدره وتحديد مقداره.

مبدأ تبعية الرهن للدين المضمون: تنص المادة 893 مدني جزائري على أنه: « لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعا له في صحته وإنقضائه ما لم ينص القانون على ذلك، 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 تنازل عنه المدين»، يستفاد من هذا النص أمران هما: الأول هو تعزيز مبدأ تبعية الرهن للدين المضمون، والثاني هو حق الكفيل العيني في التمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين إلى جانب الدفع الخاصة به.

الأمر الأول: تقرير مبدأ تبعية الرهن للدين "القرض" المضمون: بمعنى أن الرهن يتبع الدين المضمون، فلا ينفصل عنه، بل يسير معه وجودا وعدما، فالرهن الرسمي لا يوجد إلا ضمانا للقرض العقاري وهو الدين فهو الفرع، والدين هو الأصل والقاعدة أن الفرع يتبع الأصل، ومن ذلك كما سبق الإشارة إليه أن الرهن الرسمي تابع للدين المضمون الذي هو القرض العقاري، سواء في وجوده وصحته وبطلانه وانقضائه بمعنى أن يوجد الدين ثم الرهن، وإن كان الدين نشأ عن عقد صحيح يكون الرهن كذلك والعكس، وإذا أنقضى الدين المضمون لأي سبب من أسباب الانقضاء كالوفاء أو بالتجديد أو بالمقاصة أو بإتحاد الذمة أو بالإبراء...جاز للراهن أن يتمسك بانقضاء الرهن تبعا لانقضاء الدين⁽²⁾، إذا كان هذا الأصل وهو تبعية الرهن للدين المضمون، فإن الاستثناء حسب المادة 893 الفقرة الأولى مدني جزائري لا يكون إلا بنص في القانون على غير ذلك. من ذلك نص المادة 292 مدني جزائري التي أجازت الاتفاق

(1) عمر حمزة، المرجع السابق، ص 249.

(2) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 379.

على بقاء الرهن المقدم من الدين، وذلك عند تجديد الدين، بحيث ينقضي الالتزام الأصلي دون أن يتبعه انقضاء الرهن، كما في حالة إعادة جدولة القرض (الدين) بين المقرض والمؤسسة المالية فإن الرهن يبقى ضمانا إلى الالتزام الجديد⁽¹⁾

الأمر الثاني: حق الكفيل العيني في التمسك بالدفع المتعلقة بالدين والدفع الخاصة به: وهذه الحالة تخص الشخص الغير المدين أي الكفيل العيني، والمبدأ هو أنه للكفيل العيني التمسك بالدفع التي يثيرها المدين المتعلقة بالدين للانقضاء أو بطلان أو إبطال بل أكثر من ذلك أن الكفيل العيني يستطيع أن يتمسك بالدفع تلك حتى ولو نزل المدين عن تقديمها كما في حالة أن الدين المضمون كان قابلا للإبطال بسبب عيب من عيوب الرضا ونزل المدين عن التمسك به، فإن ذلك لا يمنع الكفيل العيني من التمسك بهذا الدفع لإبطال عقد القرض "الدين".

كما أن الدفع الخاصة بالكفيل العيني قد ترجع إلى عقد الرهن المبرم بين الكفيل والدائن المرتهن فقد يكون هذا العقد باطلا أو قابلا للإبطال ومتى حكم بالبطلان بعد الدفع به من الكفيل العيني تخلص من الرهن الواقع على عقاره مع بقاء المدين الأصلي ملزما بالدين⁽²⁾.

2- الدين المعلق على شرط والدين المستقبل والدين الاحتمالي: تنص المادة 891⁽³⁾ مدني جزائري على أنه: « يجوز أن يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جاري، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين»، فطبقا لهذا النص فإنه يجوز أن ينشأ الرهن لضمان دين معلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ، فإذا تحقق الشرط في الحالة الأولى وجد الدين وتأكد الرهن والعكس صحيح والدين المعلق على شرط واقف يدخل ضمن الديون الاحتمالية، كما

(1) عبد الناصر توفيق العطار، التأمينات العينة، سنة 1980، ص 51.

(2) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 181.

(3) يقابلها نص المادة 1040 قانون مدني مصري.

يجوز أن ينشأ الرهن لضمان دين معلق على شرط فاسخ وفي هذه الحالة إذا تحقق الشرط الفاسخ، زال الدين بأثر رجعي وزال تبعاً لذلك الرهن، وإذا تخلف الشرط الفاسخ، استقر الدين وتأكد الرهن تبعاً له⁽¹⁾، كذلك أمكن أن يترتب الرهن ضمان لدين مستقبلي أو دين احتمالي وكلاهما دين لم يكن قد وجد وقت إبرام عقد الرهن ويكمن الفرق بينهما فقط في إن الدين الاحتمالي غير مؤكد.

وقد تم نقد هذا النوع من الدين المستقبلي والدين الاحتمالي من طرف بعض الفقهاء على أساس أن ذلك يخل بمبدأ تبعية الرهن للدين المضمون، إذ كيف يمكن قبول وجود رهن قبل وجود الدين، أي وجود الفرع قبل الأصل، غير أن هناك من الفقهاء من يقرون بهذا النوع من الدين على أساس الواقع العملي والمعمول به خاصة في المؤسسات المالية وهو ما تبناه المشرع الجزائري أيضاً من خلال الرهن لضمان الاعتماد المفتوح والرهن لضمان فتح حساب جاري وكلاهما مثالين لجانب عملي وقانوني في آن واحد.

3- تحديد الدين المضمون: إذا كان المشرع قد نص صراحة كما سبق التطرق إليه على وجوب تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون عن طريق تعيينه بالذات تعييناً دقيقاً فإنه لم يفعل نفس الشيء مع الدين المضمون، واكتفى فقط بضرورة تعيين الدين إذا تعلق الدين بالديون الشرطية والمستقبلة والاحتمالية⁽²⁾، لكن الفقه مجمع على وجوب تعيين وتحديد الدين المضمون تحديداً دقيقاً فلا يكفي أن يعلم الغير أن العقار مرهون ولكن يجب أن يعلم أيضاً مقدار ما يتقله من ديون حتى يتبين ما إذا كان الرهن قد استنفذ انتمانه على العقار، أم أن العقار لا يزال يكفي لضمان قرض أودين جديد.

وسوف نوضح كيفية تحديد الدين المضمون سواء من حيث مقداره أو من حيث مصدره، والجزاء

المرتتب على تخلفه.

(1) محمد صبري السعدي، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 68.

(2) راجع المادة 891 من القانون المدني الجزائري.

أ- **تحديد الدين المضمون من حيث مقداره:** فيجب أن يحدد مبلغ القرض وموعد استحقاقه والفوائد المترتبة عنه على الأقل⁽¹⁾ النسب المئوية وطريقة احتسابها وتاريخ بدأ سريانها، فإذا كان الرهن قد تحصل على قرض عقاري كما هو موضوع دراستنا هذه فيجب أن يذكر في عقد الرهن مبلغ القرض كاملا وموعد استحقاقه وفوائده وتاريخ بدأ سريانها، وسبق وأن أشرنا أعلاه أهمية هذا التحديد لمقدار الدين.

ب- **تحديد الدين المضمون من حيث مصدره:** المشرع الجزائري لم يشر إلى ذلك من خلال نص المادة 891 قانون مدني، إلا أن الفقه مجمع على ضرورة ذلك سواء الفقه المصري والفرنسي⁽²⁾، وقد صدر من محكمة النقض الفرنسية كحكم يؤكد هذا الشرط في 06 فبراير 1939⁽³⁾ وتحديد المصدر الدين له أهمية كبيرة في معرفة ما إذا كان الدين (عقد القرض قد نشأ صحيحا أم لا فللدائنين الآخرين وخاصة التاليين منهم في المرتبة مصلحة في التمسك لبطان عقد القرض (مصدر الدين) إذ شابهو عيب في نشأته.

وتحديد الدين المضمون يجب أن يذكر في عقد الرهن سواء من حيث مصدره وهو عقد القرض العقاري أو من حيث مقداره إلى الحد الأقصى الذي قد يصل إليه المبلغ الأصلي المقترض والفوائد المترتبة عليه، كما يجب أن يذكر ذلك في قيد الرهن عند شهره.

ج- **الجزاء المترتب عن تخلف تحديد الدين المضمون:** إن جزاء عدم تحديد الدين المضمون بالرهن الرسمي هو بطلان عقد الرهن الرسمي نفسه. والبطلان هنا بطلان مطلق، يستطيع أن يتمسك به كل ذي مصلحة فقد يثيره المدين والدائن المرتهن وورثة كل منهما أو الخلف الخاص، والدائنون المرتهنون المتأخرون في المرتبة، وحائز العقار المرهون⁽⁴⁾.

(1) عمر حمزة، المرجع السابق، ص 250.

(2) سمير تتاغو، المرجع السابق، ص 61.

(3) Raynaud Pierre ; op.cit, page 952.

(4) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 374.

المطلب الثاني: الشروط الشكلية لإنشاء الرهن الرسمي.

عقد الرهن الرسمي كما سبق وأن وضحنا من خلال خصائص الرهن الرسمي أنه من العقود الشكلية فيلزم لانعقاده مراعاة شكل خاص هو الرسمية في العقود، ومن ذلك سوف نتطرق إلى المقصود بالرسمية في (الفرع الأول) والحكمة أو الغاية التي قصدتها المشرع من إشتراطها في (الفرع الثاني) ثم الجزء المترتب عن تخلفها في (الفرع الثالث) مع توضيح بعض المسائل المرتبطة بها كالتوكيل في إبرام عقد الرهن الرسمي والوعد بالرهن الرسمي.

الفرع الأول: المقصود بالرسمية:

إشتراط المشرع الجزائري نص المادة 883 خلال نص المادة 883 قانون مدني الرسمية في عقد الرسمي بقوله: «لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي...»، يفهم من ذلك أن الرهن الرسمي يتطلب لإنعقاده مراعاة شكل خاص وهو الرسمية، ويقصد بالرسمية أن يتم تحرير عقد الرهن من قبل ضابط عمومي مختص ووفقا للأشكال التي يتطلبها القانون، ويعتبر الموثق هو الضابط العمومي المكلف بتحرير مثل هذه العقود، وهذا ما قضت به المادة 3 من القانون المتضمن تنظيم مهنة التوثيق⁽¹⁾ بقولها: «الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة». من ذلك نفهم أن الرسمية يجب أن تشمل على عنصرين هما: الكتابة والشخص المخول قانونا القيام بها وهو الموثق كما أشرنا إلى ذلك.

والمشرع يشترط الرسمية في عقد الرهن نفسه، وليس في عقد القرض "الدين"، ذلك أن عقد القرض "الدين المضمون" ينشأ بصفة مستقلة عن الرهن، وغالبا ما ينشأ عقد القرض المنشأ للدين في نفس الوقت

(1) القانون رقم 06-02، المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية لعدد 14 المؤرخة في 08 مارس 2006.

الذي ينشأ الرهن الضامن له، وهناك اتجاه غالب في الفقه الفرنسي⁽¹⁾، يذهب إلى أن الرسمية تشترط من جانب الراهن فقط فهو وحده الذي يجب أن يعبر عن إرادته أمام الموثق في ورقة رسمية، فمن ناحية لا يشترط أن يتم التعبير عن إرادة كل طرفي العقد في نفس المكان وفي نفس الشكر، ومن ناحية أخرى فإن المقصود من اشتراط الرسمية في الأصل هو حماية إرادة الرهن، ولهذا فهو وحده الذي يجب أن يعبر عن إرادته بإنشاء الرهن في الشكل الرسمي، أما الدائن المرتهن فلأن الرهن مقرر لمصلحته فهو يستطيع أن يقبله في أي شكل كان حتى ولو لم يكن شكل رسمي، وقد أيد هذا الاتجاه جانب كبير من الفقه المصري⁽²⁾، ومع ذلك فإن هذا الرأي تم انتقاده بشدة ذلك أنه يصعب تصور عقد "نصف" رسمي كما عبر عنه البعض. وإذا أمكن تصويره فإنه لا يكون رسمياً بمعنى الكامل.

الفرع الثاني: الغاية من اشتراط الرسمية:

رغم ما وجه لاشتراط الرسمية في العقد من نقد باعتبارها استثناء على الأصل في العقود وهو الرضائية، كما أنها من آثار المتخلفة عن القوانين القديمة وهو أثر تخلف على وجه التحديد من القانون الفرنسي القديم حيث كان كل عقد رسمي يرتب رهناً، وظل المشرع الفرنسي متأثراً بهذا التلازم بين الرهن والرسمية فقرر في قانون نابليون أن الرهن الإتفاقي لا ينشأ إلا بعقد رسمي⁽³⁾، ووجود نظام في القوانين القديمة يقر بالرسمية لا يعني أنها أصبحت هي الأخرى بالية لا تتفق مع القوانين الحديثة، فالقانون الحديث في تطوره لا يقطع صلته بالماضي أبداً، ولهذا ينبغي الحكم على الرسمية في الرهن من خلال

(1) Charles Aubry et Charles Frédéric Rau; cours de droit civil français ; tom3 ;6eme édition ; par Bratin.Esman librairie technique 1968 france; page 381.

(2) - سمير تناغو، المرجع السابق، ص25.

(3) Marcel Planiol et georges Ripert, op.cit, page 446.

الوظيفة التي تقوم بها في الوقت الحاضر⁽¹⁾، حيث لا زالت الرسمية في القوانين الحديثة كما في القانون الجزائري تحقق أكثر من فائدة:

- فهي مقررة في مصلحة الراهن لتنبهه إلى خطورة التصرف الذي يقدم عليه واشتراط شكل خاص وإجراءات خاصة من شأنه أن يدفع الراهن إلى التدبر قبل أن يبرم عقد الرهن، والرسمية تحقق فائدة للدائن المرتهن لأنها تزوده منذ إبرام العقد بسند تنفيذي يغنيه عن إجراءات التقاضي إذا أمتنع المدين الراهن عن الوفاء بدينه 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⁽²⁾. فالرسمية تحقق إذن فائدة للراهن والمرتهن وللرهن ذاته ولهذا نلاحظ أن المشرع الجزائري كان صائبا في اشتراطها في عقد الرهن الرسمي.

الفرع الثالث: الجزاء على تخلف الرسمية:

إذا لم يعقد الرهن في الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون، وقع باطلا بطلانا مطلقا باعتباره رهنا ذلك أن تحرير عقد الرهن من طرف شخص له صفة رسمية أي موظف عام وهو الموثق يعتبر ذلك ركن في عقد الرهن، فإذا خلى العقد من أحد أركانه كان ذلك باطلا بطلانا مطلقا، ويستطيع كل ذي مصلحة التمسك به، وقد سبق واشرنا إلى أهمية الرسمية في مثل هذه العقود⁽³⁾، لكن الأمر الذي اختلف بشأنه الفقهاء هو هل عقد الرهن الرسمي الذي تنقصه الرسمية ليس له اثر قانوني أو ماذا؟

(1) سمير تتاغو، المرجع السابق، ص 22.

(2) المرجع نفسه، ص 24.

(3) أرجع إلى الصفحة رقم 147 من الأطروحة.

- البعض من الفقه قال إن تخلف الرسمية في عقد الرهن، يمكن أن يتحول طبقاً لنظرية تحول العقد الباطل إلى وعد بتقديم رهن لكن الوعد بالرهن ينبغي أن يتوافر فيه الشكل الرسمي والبعض قال أنه يمكن تطبيق نظرية انتقال العقد والتي مقتضاها أن العقد إذا كان باطلاً في شق منه، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً فيبطل العقد كله، ومثال ذلك إذا كان العقد يتضمن الاتفاق على إعطاء قرض، وعلى إنشاء رهن لضمان هذا القرض، فإن العقد باعتباره رهناً ويبقى صحيحاً بالنسبة للقرض حيث لا يشترط في إبرامه شكل خاص إلا إذا تبين أن القرض ما كان لينشأ بغير الرهن الضامن له، ففي هذه الحالة يبطل العقد كله.⁽¹⁾

- وهناك قسم من الفقه من يرى أن الرهن الباطل لتخلف الرسمية يمكن أن يتحول طبقاً لنظرية تحول العقد الباطل، لا إلى وعد بإنشاء رهن رسمي، فهذا الوعد يجب أن ينشأ هو الآخر في الشكل الرسمي، ولكن إلى اتفاق منسئ للالتزام بتقديم رهن رسمي، هذا الاتفاق وأن كان لا يعتبر رهناً، أو وعداً بالرهن إلا أنه يصلح أن يكون سنداً للمطالبة بالتعويض⁽²⁾ وبسقوط أجل الدين، وهذه الصورة أي الاتفاق على إنشاء رهن دون مراعاة الشكل ليست نادرة - فقد يتفق في عقد إنشاء الدين - وهذا لا يتطلب أي شرط شكلي - على تعهد المدين أي المقترض بتقديم رهن رسمي.

- وهناك قسم من الفقه من سار في نفس اتجاه المشرع الجزائري وهو أن عقد الرهن الرسمي الباطل على أساس تخلف الرسمية لا ينتج أي أثر قانوني⁽³⁾، أي العدم وهو ما يتفق مع منطلق البطلان المطلق ونحن بدورنا نتفق مع ذلك رغم أن الآراء السابقة لها ما يبررها.

(1) سميّر تتاغو، المرجع السابق، ص 32.

(2) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 287.

(3) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 127.

المبحث الثالث - إنقضاء الرهن الرسمي كضمانة عينية للقرض العقاري.

نصت المادة 893 قانون مدني على أنه: «لا يفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعا له في صحته وفي إنقضائه ما لم ينص القانون على غير ذلك»، كما نصت المادة 933 من نفس القانون على أنه: «ينقضي حق الرهن الرسمي بإنقضاء الدين المضمون، ويعود معه إذا زال السبب الذي إنقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين إنقضاء الدين وعودته».

ويؤخذ من نص المادة 893 ق م ج أن الرهن - سواء كان رسميا أو حيازيا - هو حق عيني تابع للدين المضمون (القرض العقاري)، كما أن الحق التابع يدور مع المتبوع أو الحق الأصلي وجودا وعدما، أي لا يستطيع الرهن العيش بدون الدين الرئيسي، فهو ينشأ (يولد) معه وينقضي معه¹، فالمشرع أرسى بمقتضى هذه المادة مبدأ عاما هو تبعية الرهن في الجملة للدين المضمون، ووفقا لهذا الأصل وتقريرا عليه نص في المادة 933 قانون مدني على إنقضاء الدين المضمون بأي سبب من أسباب إنقضاء الإلتزام يؤدي بالتبعية إلى إنقضاء حق الرهن، فالمبدأ العام إذن هو إنقضاء الرهن تبعا لإنقضاء الدين ولكن ليس من الضروري أن هذه التبعية مطلقة فقد ينقضي الرهن الرسمي لأسباب تتعلق به هو دون أن يؤثر ذلك على الدين المضمون فقد يبقى هذا الأخير قائما وهذا ما يشكل إستثناء على مبدأ تبعية الرهن للدين المضمون في عملية إنقضاء الرهن الرسمي والذي يعرف بإنقضاء الرهن الرسمي بطريق أصلية.

نخلص من هذا أنه إلى جانب إنقضاء الرهن الرسمي بصفة تبعية ينقضي أيضا بصفة أصلية وعليه سوف نوضح ذلك من خلال مطلبين إنقضاء الرهن الرسمي بصفة تبعية في (المطلب الأول) وإنقضاء الرهن الرسمي بصفة أصلية في (المطلب الثاني).

(1) Corine dauchez, Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles, These de doctorat en droit prive ,Université Panthéon-Assas/Ecole doctorale de droit privé, décembre 2013.p 74.

المطلب الأول: إنقضاء الرهن الرسمي بصفة تبعية.

الرهن الرسمي حق تابع للإلتزام الأصلي، يبقى ما بقي هذا الإلتزام ويزول بزواله، وعلى هذا ينقضي الرهن بطريق التبعية بكافة الأسباب التي تؤدي إلى إنقضاء الحق الشخصي أو الإلتزام، فجميع أسباب إنقضاء الإلتزام تعتبر أسبابا لإنقضاء الرهن بصفته تابع للدين المضمون بشرط أن يكون السبب قد قضى على الإلتزام إنقضاء كلياً.

وأسباب إنقضاء الإلتزام هي: الوفاء، والوفاء بمقابل، والتجديد، والمقاصة، وإتحاد الذمة، والإبراء، وإستحالة التنفيذ، والتقادم وإذا زال السبب الذي ترتب عليه إنقضاء الإلتزام المضمون، كأن أبطل الوفاء به لحصوله بشيء غير مملوك للموفي، أو أبطل الإبراء منه لصدوره عن غير ذي أهلية، أعتبر هذا الإنقضاء كأن لم يكن، ومن ثم يعود الإلتزام مضمونا بالرهن، ومع ذلك فإن تطبيق هذه القاعدة يجب ألا يضر بالغير حسن النية وعلى ذلك فإذا كسب شخص بحسن نية⁽¹⁾، أي لا يعلم بالعيب الذي يشوب سبب إنقضاء الرهن، حقا على العقار كأن أشتراه أو إرتهنه وقام بشهره وكان ذلك خلال الفترة ما بين إنقضاء الرهن وعودته، وجب إحترام هذا الحق وذلك بتقرير عدم نفاذ الرهن في مواجهة صاحبه أي الدائن المرتهن الذي عاد رهنه الموجود⁽²⁾، ويرى بعض الفقه أن إشتراط حسن النية في هذا المقام ينطوي على تضيق في حماية الغير بإنقاص الثقة في سجلات التسجيل العقاري وإضعاف الإعتماد عليها، فلم يكتف المشرع بإعتماد الغير على السجلات من حيث عدم وجود رهن مقيد وقت إكتساب الحق، بل إستلزم حسن نية الغير، ويعتبر هذا خروجاً على مبدأ مقرر في مجال الشهر العقاري بصفة عامة، وهو الإعتماد ببيانات السجلات بصرف النظر عن حسن نية أو سوء نية من سجل أو قيد الحق، فالأصل أن العلم الذي يعتد

(1) راجع المادة 933 قانون مدني جزائري.

(2) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص383.

به هو الذي يتم عن طريق التسجيل والقيّد⁽¹⁾، وسوف يتم التطرق لأسباب انقضاء الرهن بصفة تبعية من خلال ثلاثة فروع ، (الفرع الأول) نخصه للإنقضاء وبما يعادل الوفاء أما (الفرع الثاني) فنتطرق من خلاله إلى الإنقضاء بالتجديد والمقاصة ونخصص (الفرع الثالث) إلى الإنقضاء عن طريق الإبراء والتقدم المسقط.

الفرع الأول: الإنقضاء بالوفاء وبما يعادل الوفاء.

أولاً- الوفاء: إذا كان الدين المضموناً برهن، ووفى المدين بالدين (المقترض بمبلغ القرض) كله للبنك الدائن المرتهن، إنقضى الدين وبرئت منه ذمة المقترض المدين بإنقضائه الرهن الذي قام للوفاء به⁽²⁾، وعليه إذا وفى المقترض بالدين كله مع الفوائد الواجبة إلى (البنك المقرض) إنقضى تبعاً له الرهن الذي يضمنه، أما في الوفاء الجزئي كأن يقوم المدين المقترض بتسديد جزء بعض أقساط مبلغ القرض حتى لو كانت هذه الأقساط المسددة تساوي 95% من مبلغ الدين فإن الرهن يبقى كله عملاً بقاعدة عدم تجزئة الرهن⁽³⁾، وعليه فالأصل في الوفاء أنه يترتب عليه إنقضاء الإلتزام ومن ثم ينبغي القول إذن بزوال التأمينات التي تكفله ومن بينها الرهن، غير أن الوفاء مع الحلول الذي يجعل الموفي يحل محل الدائن في الرهن الذي له، بحيث لا نكون بصدد إنقضاء للرهن⁽⁴⁾ ، فقد خرج المشرع الجزائري عن مبدأ التبعية لأن الرهن يبقى والإلتزام ينقضي بالوفاء، فالوفاء الذي ينقضي به الدين، وأيضا الرهن التابع له هو الوفاء بالدين كاملاً.

ثانياً- الوفاء بمقابل: كما ينقضي الدين بالوفاء بمقابل حيث يشترط نص المادة 285 قانون مدني لصحة الوفاء بمقابل، قبول الدائن أن يستعوض الدين المستحق له بشيء آخر يقوم مقام الوفاء، والمشرع

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 437.

(2) إدريس الحياي، محاضرات في القانون العقاري، الطبعة الأولى، 2010، ص 67.

(3) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 187.

(4) راجع المادة 264 قانون مدني جزائري.

الجزائري ذكر شيء ونحن نرى أن يكون المشرع الجزائري واضحا في تحديد ماهية هذا الشيء لأن الشيء يحمل معاني عديدة، فقد يكون شيء عيني مادي كالمنقول أو العقار أو قد يكون غير ذلك كأن يكون عمل ...، ويقتضي وجود إتفاق بين الدائن والمدين بناء على عرض مقدم من أحدهما على ذلك، وإذا كان هذا العوض يتمثل في نقل ملكية شيء أعطي في مقابل الدين المستحق، فإنه يجب إنتقال ملكيته فعلا إلى الدائن حتى تبرأ ذمة المدين المقترض، على إعتبار أن المادة 286 قانون مدني قد نصت على تطبيق أحكام عقد البيع في هذه الحالة.

الفرع الثاني- الإنقضاء بالتجديد و المقاصة.

أولا- بالتجديد: للتجديد أثر مزدوج، فهو يقضي إلى إنقضاء الإلتزام القديم وإنشاء إلتزام جديد مكانه⁽¹⁾، والتجديد قد ينصرف إلى أطراف الرابطة القانونية فيغير شخص الدائن أو المدين، وقد ينصب على محل الإلتزام، فيلزم المدين بأداء آخر غير الذي تعهد به أصلا، وأيا ما كانت صورة التجديد فالأثر المترتب عليه هو إنقضاء الرهن وذلك هو الاصل.

ثانيا- المقاصة: تقضي المقاصة أن يكون هناك طرفان دائن ومدين وكل منهما دائن ومديون للآخر في نفس الوقت، وبالتالي يحق لكل واحد منهما أن يقاص الآخر بماله قبله على قدر المبلغ الأدنى من الدينين، فإن تعلق الأمر بدينين متحدين في النوع، وكان كل منهما مستحق الأداء، أمكن إنقضاء الدينين في حدود الأقل منهما إذا طالب بذلك صاحب المصلحة في الإنقضاء وحددت المادة 297 ق م ج شروطها كما يلي.

- وجود دينين متقابلان - تماثل محل الدينين.

- الدينان ثابتان وخاليان من النزاع - إستحقاق الدينين.

- صلاحية الدينين للمطالبة بهما أمام القضاء.

(1) راجع المادة 291 قانون مدني جزائري.

- ويشترط لصحة المقاصة أيضا أن لا يكون أحد الدينين شيئا نزع دون وجه حق من يد مالكة وكان مطلوبا رده، أو يكون مودعا أو معارا للإستعمال وكان مطلوبا رده، أو يكون حقا غير قابل للحجز⁽¹⁾ وعليه إذا توافرت شروط المقاصة قانونا، وتمسك بها صاحب المصلحة فإن الالتزام ينقضي بقوة القانون وينعكس هذا الأثر على الرهن الذي كان يضمنه فيزيله أيضا.⁽²⁾

الفرع الثالث: الإنقضاء بالإبراء والتقادم المسقط.

أولاً- الإبراء: هذه الحالة مستبعدة في إطار التعامل مع البنوك لأن الإبراء تصرف تبرعي صادر من جانب واحد هو الدائن، وهو سبب كاف لإنقضاء الدين وزوال الرهن، إلا إذا رفضه المدين، ونعلم أن المؤسسات البنكية تهدف إلى تحقيق الربح في منحها القروض مقابل الرهون الرسمية كضمانات بنكية، إذ لا مجال للتبرعات هنا⁽³⁾

ثانيا- التقادم المسقط: إذا إنقضى الالتزام دون الوفاء به عن طريق التقادم المسقط، وتوافر بشأنه مدة هذا التقادم بحسب ما إذا كان تقادم طويل "المادة 308 مدني" أو تقادم خمسي "المادة 309 مدني" أو تقادم رباعي "المادة 311 مدني" أو تقادم بسنتين "المادة 310 مدني" أو تقادم بسنة واحدة "م 312 مدني".

فإذا كان هذا الدين مضمون برهن، وتمسك المدين بالتقادم في دين تم تقادمه، فإن الدين يسقط ويسقط مع الدين توابعه، فالتابع يزول بزوال الأصل، وقد نصت المادة 320 قانون مدني على ذلك بقولها: « يترتب على التقادم إنقضاء الالتزام ... وإذا سقط الحق بالتقادم تسقط معه ملحقاته ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات»، هذه هي بعض أسباب إنقضاء الرهن الرسمي بصورة تبعية لإنقضاء الدين المضمون، ونعرض فيما يلي لكيفية إنقضاء الرهن الرسمي إستقلا عن الدين المضمون.

(1) راجع المادة 299 قانون مدني.

(2) جلال محمد إبراهيم وأحمد محمود سعد، الحقوق العينية التبعية، الجزء الأول الرهن الرسمي، بدون دار نشر، 1994، ص 404.

(3) راجع المادتان 305 و 306 قانون مدني جزائري.

المطلب الثاني - إنقضاء الرهن الرسمي بصفة أصلية.

إنقضاء الرهن الرسمي بصورة أصلية يعني إنقضائه بصورة مستقلة عن الدين المضمون الذي يبقى قائماً، وبالتالي يترتب عن ذلك أن الدائن المرتهن يصبح دائناً عادياً، وحقه في الدين حق شخصي، وينقضي الرهن الرسمي بصورة أصلية إما بالتنازل عن الرهن (الفرع الأول) أو بإتحاد الذمة (الفرع الثاني) كما ينقضي بصفة بهلاك العقار محل الرهن (الفرع الثالث) وينقضي أيضاً بإجراء تطهير العقار (الفرع الرابع) بالإضافة إلى إنقضائه نتيجة بيع العقار بالمزاد العلني (الفرع الخامس).

الفرع الأول - التنازل عن الرهن.

ينقضي الرهن بنزول المرتهن عنه ويكفي لذلك توافر رضاء المرتهن لأنه لا يلزم النزول عن الحق العيني إلا بإرادة صاحبه، فالتنازل عن الرهن هو عمل قانوني يصدر من الدائن المرتهن يزول بمقتضاه الحق العيني التبعية المقرر على العقار، وهو لا يمس الإلتزام المضمون، حيث أثره ينصب فقط على الضمان الخاص الذي يكفله⁽¹⁾، والتنازل عن الرهن يختلف عن النزول عن مرتبة الرهن، فالنزول عن المرتبة لا يؤثر في الحق المضمون ولا في حق الرهن ذاته، وينقضي الرهن بنزول المرتهن عنه، لكن يجب أن يتوافر أهلية التصرف في الحق المضمون به، فإذا كان النزول عن الرهن بغير مقابل، وجب أن تتوافر في المرتهن أهلية الإبراء من الدين، وقد نص المشرع على إنقضاء الرهن العقاري من خلال نص المادة 965 قانون مدني والتي يفهم منها أن التنازل عن الرهن يكون بصورة صريحة وهذا يعني شطب القيد، أن يكون ضمناً ومن أمثلة النزول الضمني إشتراك الدائن المرتهن في بيع العقار المرهون أو هبته بمعرفة المدين أو حضوره توقيع العقد عليه ضامناً خلو المبيع من التكاليف، ويتوجب على المحكمة أن تستخلص ذلك من ظروف الحال نية الدائن المرتهن في النزول عن الرهن، ذلك أن النزول لا يفترض ولا

(1) جلال محمد إبراهيم وأحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص408.

يبنى على الظن⁽¹⁾، كما أن النزول عن الرهن تصرف قانوني منهي لحق عيني تبعي يتم بإرادة منفردة، ومن ثم فهو لا يحتاج إلى قبول الراهن أو الحائز أو غيرهما، ولا حتى علمهما⁽²⁾، ولا يحق لصاحبه الرجوع فيه لحجة عدم قبول من وجه إليه أو من ذوي المصلحة فيه⁽³⁾، كذلك أن النزول عن الرهن لا يشترط فيه أي شكل خاص فيصح أن يكون بكتابة عرفية أو بغير كتابة، لكن في حالة عدم كتابته لا يمكن إثباته بالبينة والقرائن إلا في الأحوال التي تقبلها الشهادة⁽⁴⁾، إلا أنه يجب لمحو القيد أن يتم النزول في محرر رسمي أو يحكم قضائي.

الفرع الثاني - اتحاد الذمة.

اتحاد الذمة كما هو سبب من أسباب انقضاء الشخصية، أو مانع من موانع المطالبة بها، فهو كذلك بالنسبة للحقوق العينية يؤدي نفس الدور، وعلى هذا إذا إنتقلت ملكية العقار المرهون إلى المرتهن، أو إنتقل حق الرهن إلى المالك للعقار المرهون، فإن الرهن ينقضي بسبب إتحاد الذمة، لأنه لا فائدة لأن يكون للشخص رهنا على ما يملكه، إلا إذا وجد مرتهنون آخرون، ولكن إذا لم يوجد على العقار سوى حق رهن واحد وانتقلت ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن فإن الرهن ينقضي بإتحاد الذمة، وإذا زال السبب الذي أدى لإتحاد الذمة كفسخ البيع الذي ملك به الدائن المرتهن العقار المرهون، وهو يزول في هذه الحالة بأثر رجعي، عاد الرهن من جديد⁽⁵⁾

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 423.

(2) يرى بعض الفقهاء أن النزول عن الرهن لا يكون ملزماً إلا إذا اتصل بعلم مالك العقار المرهون، أنظر: عبد الناصر توفيق العطار، التأمينات العينية، سنة 1980، ص 160.

(3) جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 283.

(4) عبد الرزاق السنهوري، (التأمينات الشخصية والعينية)، المرجع السابق، ص 644.

(5) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 392.

الفرع الثالث - هلاك العقار المرهون.

لما كان الرهن يتحدد بالعقار المرهون دون غيره من أموال المدين، فإذا هلك هذا العقار زال المحل المعقود عليه، ومن ثم ينقضي الرهن، ومن قبيل ذلك أن يكون الرهن شاملاً لبناء مقام على أرض دون هذه الأرض، فإذا هلك هذا البناء، فإن الرهن ينقضي بهلاك المعقود عليه، فإذا كان الهلاك جزئياً، فإن الرهن يبقى بالنسبة للجزء الباقي، ويكون ضامناً لكل الدين طبقاً لقاعدة عدم تجزئة الرهن، ومن قبيل ذلك أن تكون الأرض وما عليه من بناء مرهونة، ثم يهلك البناء فيظل الرهن على الأرض، أو يكون الرهن على عمارتين دون الأرض ثم تهلك عمارة دون الأخرى، فيظل الرهن على العمارة الباقية، ويراعى بشأن هلاك العقار المرهون أحكام المادتين 899 و 600 قانون مدني.

- فالمادة الأولى تميز بين ما إذا كان الهلاك بخطأ من الراهن أو بسبب أجنبي، ففي الحالة الأولى يكون الدائن المرتهن مخيراً بين أن يستوفي حقه فوراً وبين أن يقتضي تأميناً كافياً يحل محل العقار المرهون، وفي الحالة الثانية يكون المدين الراهن مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً وبين أن يوفي الدين فوراً.

- أما المادة الثانية فقد قررت إنتقال الرهن بمرتبته إلى ما حل محل العقار المرهون⁽¹⁾، وتضمن المادة نفسها "900 ق م" أمثلة لذلك: مبلغ التعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن المقرر مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة، وبالتالي فإن أثر هلاك الرهن هو تطبيق لفكرة الحلول العيني، بحيث يحل المقابل النقدي محل العقار المرهون⁽²⁾، ويلحق بحالة هلاك العقار إنقضاء الحق المرهون كما إذا رهن المنتفع حقه، ثم إنقضى هذا الحق بموت المنتفع أو بحلول الأجل، ويكون إنقضاؤه في هذه الحالة بصفة أصلية إذ أن الدين يبقى قائماً.

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 422.

(2) سليمان مرقص، المرجع السابق، ص 423.

- مدى صحة القول بإنقضاء الرهن بالتقادم: تعرضنا فيما سبق إلى إنقضاء الرهن بصفة تبعية على أثر إنقضاء الإلتزام الأصلي دون الوفاء به عن طريق التقادم المسقط والآن نعرض لصورة أخرى تحير بشأنها الفقه، وهي مدى القول بسقوط الرهن بالتقادم بصفة أصلية، أي بطريق مستقل عن إنقضاء الإلتزام المضمون به⁽¹⁾، رغم أن المشرع الجزائري رفض الأخذ بفكرة إنقضاء الرهن الرسمي مستقلا عن الدين خاصة وأن هذا التقادم لا تسمح به القواعد العامة، وقد اختلف الفقه في طبيعة هذا التقادم وأساسه، وقد اتجه الرأي الراجح إلى أنه مزيج من أحكام التقادم المكسب والتقادم المسقط، فهو ينتزع من الأول شروط توافره، وهو يتفق مع الثاني من حيث آثاره، وأيا كان صحة هذا القول، فالمسلم به في ظل إستقرار نظم الشهر العقاري وتوافرت العلانية لحقوق الدائنين المرتهنين على نحو "يجعل الحائز في مأمن من أن يتلقى ملكية العقار دون أن يكون على علم بكافة ما ينقله من تكاليف وحقوق عينية، وقد إستقر الحكم في مصر فقها وقضاء إلى أن الرهن الرسمي لا يتقادم وهو في يد الحائز وحده، دون الدين المضمون به مهما طالت مدته وأن القول بعكس ذلك يؤدي إلى نتائج غريبة ومغايرة للحق والعدالة، فالمرتهن الذي يقوم بكل ما يجب عليه من قبض فوائد الدين وتجديد قيد الرهن، قد يرى نفسه وقد سقط حقه في الرهن لفائدة حائز من المتصور جهله وجوده.⁽²⁾

الفرع الرابع: تطهير العقار.

المشرع الجزائري أعتبر أن التطهير سبب من أسباب إنقضاء الرهن الرسمي بصفة أصلية بموجب المادة 934 قانون مدني، وسبق وأن تطرقنا إلى عملية التطهير الذي هو تخلص العقار المرهون وتحريره من الحقوق المقيدة التي تنتقله، سواء تعلق الأمر بالرهن بنوعيه أو بحقوق التخصيص أو بحقوق الإمتياز العقارية الخاصة، وبما أن التطهير يتم بطريق إختياري، وتطهير يتم بحكم القانون والذي يهمننا في هذا

(1) جلال محمد ابراهيم وأحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 410.

(2) عبد الفتاح عبد الباقي، الوسيط في التأمينات العينية، مطبعة دار النشر بالجامعات المصرية، 1954، ص 281.

المقام هو التطهير الإختياري عندما يعرض الحائز على الدائنين المقيدین مبلغا تقديريا يعبر عن قيمة العقار، ويتم قبوله من الدائنين إما صراحة أو ضمنا، حيث أشارت إلى أحكامه المادة 934 ق.م حيث نصت على أنه: « إذا تمت إجراءات التطهير إنقضى حق الرهن الرسمي نهائيا، ولو زالت لأي سبب من الأسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار»، وعلى ذلك يعتبر إجراء التطهير سبب من أسباب إنقضاء الرهن الرسمي بصفة أصلية، والرهن الذي ينقضي هو الذي لا يستوفي صاحبه حقه المضمون كله أو جزءا منه أما الرهن الذي يستوفي صاحبه دينه المضمون فإنه ينقضي بصفة تبعية.

الفرع الخامس- بيع العقار بالمزاد العلني.

إعتبر المشرع الجزائري سبب ثان لإنقضاء الرهن الرسمي بصفة أصلية وهو بيع العقار المرهون بالمزاد العلني بموجب المادة 936 قانون مدني، ذلك أنه إذا طرح العقار المرهون للبيع بالمزاد العلني نتيجة مباشرة أحد الدائنين إجراءات نزع الملكية، ورسا المزاد وتم شهر حكم مرسى المزاد، فإن العقار يتطهر من الرهون التي تثقله، بحكم القانون، وعليه يترتب على بيع العقار بالمزاد العلني إنقضاء كل حق عيني تبعي مقيد على العقار، سواء تم البيع في مواجهة المالك السابق أو الحائز أو الحارس عند التخلية أو الكفيل العيني⁽¹⁾، والنتيجة أن الرهن الرسمي ينقضي بصفة أصلية متى وقع البيع بالمزاد العلني ودفع الراسي عليه المزاد الثمن للدائنين حسب مرتبتهم أو إيداع الثمن الخزينة العامة، وتم شهر حكم رسو المزاد "إيقاع البيع"⁽²⁾، وسوف يتم التطرق إلى البيع بالمزاد العلني لاحقا من خلال الباب الثاني.

(1) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 294.

(2) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 420.

خلاصة الفصل الثاني:

لقد تناول المشرع الجزائري أحكام الرهن الرسمي تفصيلا في القانون المدني من المواد 882 إلى 936، فعرفه في المادة 882 ثم بين مصادره وكيفية إنشائه، وحاولنا من خلال ذلك دراسة وشرح تلك الأحكام ومقارنتها مع بعض التشريعات المقارنة، من ذلك وجدنا أن المشرع الجزائري نقل أحكام الرهن الرسمي من القانون المدني المصري بصورة حرفية، إلا أنه خالفه في البعض منها، والتي يكون فيها قد تأثر بالقانون المدني الفرنسي، مثل تحديده لمصادر الرهن الرسمي "الإتفاقي، القانوني، القضائي" كذلك إغفاله لبيان حكم رهن ملك الغير مثل المشرع الفرنسي كما حاولنا الاستعانة بآراء الفقهاء في المسائل المبهمة معتمدين على الرأي الراجح منهم من خلال حججهم القانونية والمنطقية في نفس الوقت وتوصلنا إلى ملاحظة وهي أن الرهن الرسمي يعد من أهم التأمينات العينية بالنظر إلى خصائصه من ذلك أنه يرد على عقار، كذلك أن إنشائه يتطلب الكثير من الشروط الشكلية والموضوعية، ولهذا نجد أن المشرع الجزائري قدمه في الترتيب على التأمينات العينية الأخرى، كما عرفنا أن الرهن الرسمي ينقضي بطريقتين إما بصورة أصلية أو بصورة تبعية وحاولنا معرفة أسباب كل صورة وهل إنقضائه بصورة تبعية "تبعية إنقضاء الرهن بإنقضاء الدين" تكون مطلقة أو نسبية.

الباب الثاني

مدى فعالية الرهن الرسمي
كضمان للقرض العقاري

الباب الثاني: مدى فعالية الرهن الرسمي كضمان للقرض العقاري.

يعد الرهن الرسمي من أهم وسائل دعم الائتمان في الوقت الحاضر ومن أقوى التأمينات العينية وهذا ما جعل فقهاء القانون المدني يطلقون عليه "أمير التأمينات" بالنظر إلى ما يتمتع به من خصائص الضمان الجيد خاصة أنه يعطي للمرتهن مزايا كثيرة حيث أنه يحميه من مخاطر إعسار مدينه ويخوله حق التقدم على غيره من الدائنين العاديين والدائنين أصحاب الحقوق العينية التالين له في المرتبة، بموجب إجراء القيد الذي بقدر ما يوفره من حماية للدائن، بقدر ما يوفر الإمكان للغير الذي يقدم على إبرام تصرف على العقار محل الرهن، كما يعطي للدائن إمتياز حق تتبع العقار المرهون في أي يد يكون للتنفيذ عليه واستيفاء حقه على ذلك العقار، ويمتد امتياز الدائن المرتهن حتى في حالة هلاك العقار ماديا أو قانونيا، فإن حقه ينتقل إلى المبلغ الذي يحل محل العقار ويستوفي دينه بالأولوية.

أيضا ما يزيد من فعالية الرهن الرسمي كتأمين فعال هو أنه يقع على عقار. هذا الأخير يتمتع بأهمية اقتصادية واجتماعية كبيرة جدا، خاصة أن القيمة الاقتصادية والتجارية للعقار في تزايد إذ ما قرناها بالدين المضمون أي مبلغ القرض ضف إلى ذلك وعلى سبيل الاحتياط قد يلجأ البنك كمؤسسة مقرضة إلى طلب تأمينات إضافية تزيد من فعالية الضمان العيني، كذلك أهم امتياز للقرض العقاري وهو إمكانية طرح الرهن في شكل سند قابل للتداول في السوق المالية غير أن هذه الفعالية أصبحت محل شك لظهور ما يسمى بأزمة الرهون العقارية التي حدثت بالولايات المتحدة الأمريكية سنة 2008، والتي نجم عنها حدوث أزمة مالية ما زالت آثارها وتبعاتها إلى اليوم وقد سميت بتسونامي الرهن العقاري لأنها أحدثت زلزال في البنوك والمؤسسات المالية الأمريكية والغربية عامة، إلى جانب ذلك فإن الرهن الرسمي يعاني من نقاط ضعف كثيرة ترتبط بكونه ضمان عيني يرد على عقار

ويتطلب تأسيسه إتباع إجراءات تتميز بالطول وارتفاع التكلفة، وفي المقابل يجد البنك أو المؤسسة المالية بصفتها دائنة مسبقة بحقوق امتياز لها الأولوية بقوة القانون، كما تبرز إشكالات أخرى من شأنها أن تحد من فعالية الرهن الرسمي كضمان، وبالتالي كان البحث عن أساليب وتقنيات جديدة تكفل الحماية الكافية للإئتمان البنكي وتتسم بالسرعة والمرونة والفعالية الواجبة في الحياة الاقتصادية والمعاملات التجارية، ذلك أن الضمانات اليوم متعددة ومتنوعة وتطورها لم ينته بعد، كما كان الشأن بالنسبة للتأمينات أين كانت التأمينات الشخصية أسبق ظهوراً وممارسة من التأمينات العينية، وأمام كل ما سبق سوف نقوم بدراسة كل ذلك من خلال فصلين نتطرق في (الفصل الأول) إلى الفعالية الظاهرة للرهن الرسمي كضمان للقرض العقاري ونبرز في (الفصل الثاني) الفعالية المحدودة أو النسبية للرهن الرسمي كائتمان بنكي وضرورة تدعيمها ومعالجتها.

الفصل الأول: الفعالية الظاهرة للرهن الرسمي كضمان للقرض العقاري.

يحمل الرهن الرسمي خصائص الضمان الجيد، لما يترتب من التزامات في ذمة الراهن، وما يكفله من امتيازات للبنك بصفته دائن مرتهن، ذلك أن من مستلزماته الزام الراهن بضمان سلامة العقار المرهون بحالته وقيمه التي ارتضاها المرتهن، فيلتزم بضمان تعرضه الشخصي وتعرض الغير له⁽¹⁾ ويشكل الالتزام بضمان سلامة الرهن التزاما جوهريا يقع على عاتق الراهن لضمان سلامة الرهن وبالمقابل هو حق للمرتهن بتمكينه من المحافظة على حقوقه باتخاذ جميع التدابير اللازمة لمواجهة والتصدي لكل ما من شأنه أن يمس بحقه في الرهن وسلامته وما ينقص من ضمانه، ولا تتوقف الحماية التي يمنحها الرهن الرسمي للبنك أو المؤسسة المالية بصفقتها دائن مرتهن عند هذا الحد بل يستهدف الرهن أساسا حماية بلوغ المرتهن غايته من وراء هذا الرهن وذلك في استيفاء حقه من المدين عن طريق بيع العقار المرهون عند اللزوم وقبض الدين أي مبلغ القرض من ثمنه، ويتحقق ذلك بمنحه الحق في أن يستوفي دينه بالتقدم على غيره من الدائنين العاديين أو المرتهين التاليين له في المرتبة، وللاحتفاظ بفعالية الرهن أنه يمكن المرتهن من ممارسة امتيازه في تتبع العقار المرهون والتنفيذ عليه في أي يد كان⁽²⁾ والمرتهن الرسمي كضمان عيني مخصص لفائدة المرتهن لا تجد مفعولها في هذين الحقين أي حق التتبع والأفضلية بل وتكاد تتعدم قيمتها إذا لم يتم قيد الرهن فقيد عقد الرهن ينتج آثاره في ممارسة المرتهن حقه اتجاه الغير بحيث يعد الوسيلة الوحيدة للاحتجاج به وهو ما أكدت عليه المادة 904 الفقرة الأولى من التقنين المدني، وهذا ما يلعبه قيد الرهن في ضمان حق المرتهن اتجاه الغير بالإضافة إلى أن عقد الرهن الرسمي يوفر جملة من الامتيازات الأخرى للبنك بصفته دائن ودائن مرتهن في آن واحد، حيث خول له القانون العديد من الامتيازات باعتباره دائنا قبل أن يكون مرتهنا من ذلك أن جميع أموال المدين الحاضرة والمستقبلية ضامنة

(1) راجع المادتين 898 و 899 من القانون المدني.

(2) Alain Fournier ; hypothèque conventionnelle, répertoire de droit immobilier, édition, Dalloz 2007 ; page 110

لحقه أي يكون له حق الضمان العام، كما يستطيع القيام بكل الدعاوي التي تحمي الضمان العام للدائنين والتي نص عليها القانون المدني الجزائري في المواد من 189 إلى 199 والمتمثلة في الدعوى غير المباشرة، والدعوى البولصية، ودعوى الصورية، مما سبق سوف يتم دراسة هذا الفصل من خلال بحثين نحاول في (المبحث الأول) التطرق إلى وجوب قيد الرهن يحقق فعاليته كضمان، وندرس في (المبحث الثاني) فعالية الرهن الرسمي من حيث الامتيازات الممنوحة للبنك بوصفها دائن مرتهن.

المبحث الأول: وجوب قيد الرهن يحقق فعاليته كضمان.

إذا ما توافرت للرهن الرسمي شروط انعقاده الموضوعية والشكلية فإنه يقوم ويرتب آثاره فيما بين عاقيه، ولكن هذا الرهن لا يكون نافذا في مواجهة الغير إلا بعد قيده وهذا ما أكدته المادة 904 الفقرة الأولى من التقنين المدني، فإذا ما قام الرهن صحيحا وتم قيده فإن الدائن المرتهن يستطيع أن يتقدم على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، وهذا هو حق التقدم أو الأفضلية، كما أن الدائن يستطيع أن يحتج بحقه في مواجهة من تنتقل إليه ملكية العقار المرهون أو يكتسب عليه حقا عينيا آخر يجوز بيعه بالمزاد العلني، متى كان قد تم قيد رهنه قبل تسجيل هؤلاء لحقوقهم، وبالتالي فهو يستطيع أن ينفذ على هذا العقار في يد هؤلاء وذلك ليستوفي من ثمنه حقه بالأولوية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة. وهذا ما يسمى بحق التتبع.⁽¹⁾ ولكي يقبل الغير هذه النتيجة التي تهدد حقوقهم حيث قد لا يجدون من قيمة العقار بعد بيعه أية مبالغ لاستيفاء حقوقهم حتى يمكن تقبلهم هذه النتيجة، فإنه يجب أن يكونوا على بينة من توقع حدوث ذلك، وهم بصدد التعامل على هذا العقار، ويتحقق ذلك عن طريق قيد الرهن الذي يتحقق به وسيلة إعلامهم بوجود حق سابق على حقوقهم⁽²⁾ ألا وهو حق المرتهن المقيد على هذا العقار، ومن ثم نخلص إلى القول أن الواقعة المنشئة لهذين الامتيازين هي القيد.

(1) نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 123.

(2) جلال منصور ابراهيم، وأحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 220.

كما أن القيد الواجب لا يقتصر على إنشاء حق الرهن وإنما يشمل أيضا تحويل هذا الحق للغير، حيث يجب أن يؤشر بهذا التحويل في هامش القيد الأصلي لرهنه، وذلك لكي يتمسك من حل محل الدائن بما له من حقوق في مواجهة الغير⁽¹⁾

وعلى ضوء ما سبق فالتنازع بين الدائن المرتهن والغير يحسم عن طريق القيد، حيث يعتد بأسبقيته عند فض هذا النزاع، فالدائن المرتهن إذا كان قد قيد حق رهنه أولا، يستطيع أن يستعمل حق التقدم بالنسبة إلى دائن ذي حق عيني تبعا (دائن آخر مرتهن رهنا رسميا، أو دائن ذي حق إختصاص، أو دائن ذي رهن حيازي) أو بالنسبة إلى دائن عادي، وله كذلك أن يستعمل حق التتبع، إذا كان قد قيد حق رهنه أولا، بالنسبة إلى شخص انتقلت إليه ملكية العقار المرهون.

وأمام كل ما تم تقديمه من آثار القيد باعتباره إجراء ضروري لضمان تأمين المعاملات العقارية والقروض الممنوحة للتعامل في العقارات فإنه كان من الواجب التعرف على مضمون هذا القيد ويتحقق ذلك من خلال إنشاء القيد " إجراءاته" في (المطلب الأول) وتخصيص قيد الرهن في (المطلب الثاني).

المطلب الأول- إجراءات القيد:

كما سبق وأن أشرنا إلى قيد الرهن ليس شرط لصحة الرهن ذاته فهو صحيح دون قيده لكن لا يحتج به على الغير إلا منذ قيده وفي هذا المعنى تنص المادة 904 الفقرة الأولى من القانون المدني: « لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار»، وتحيل المادة 905 من القانون المدني فيما يتعلق بإجراءات القيد وتجديد هو شطبه وإلغاء الشطب وآثار ذلك كله إلى قانون تنظيم الإشهار العقاري، وحدد المشرع الجزائري في المادة 906 من التقنين المدني الطرف الذي يلتزم بنفقات القيد وتجديده وشطبه.

(1) أنظر المادة 904 من القانون المدني الجزائري.

قبل الخوض في إجراءات القيد سنحاول التعرف على معنى القيد في (الفرع الأول) ثم ومتى يحصل القيد ومن يقوم بهذا الإجراء الشكلي في (الفرع الثاني) ونتناول في (الفرع الثالث) الحوادث التي قد تؤدي إلى وقف إجراء القيد أو تمنع نفاذه.⁽¹⁾

الفرع الأول: معنى القيد:

1- تعريف القيد حسب نظام الشهر الشخصي.

في البلاد التي تعتمد نظام الشهر الشخصي يجري تعريف القيد على أنه: « الوسيلة التي نظمها المشرع لشهر الرهن الرسمي وباقي الحقوق العينية التبعية الواردة على عقار، فهو الإجراء اللازم لكي تنتج هذه الحقوق أثرها مواجهة الغير»⁽²⁾، وباعتبار أن القيد يعتبر من الإجراءات أو الشروط الشكلية إلى جانب الرسمية والتسجيل فإن الفقهاء ميزوا بين القيد والتسجيل من عدة جوانب أهمها:

أ- يؤدي القيد إلى حفظ الحق العيني التبعية لمدة معينة يتوجب بعدها تجديده وإلا اعتبر كأن لم يكن، بينما التسجيل يؤدي إلى حفظ الحق دون تحديد مدة معينة.

ب- يعد القيد الإجراء اللازم لشهر الحقوق العينية التبعية العقارية، بينما يعد التسجيل الإجراء اللازم لشهر الحقوق العينية العقارية الأصلية.

ج- يكفي في القيد استخراج البيانات الجوهرية التي يهمل الغير معرفتها والتي سوف يتم التطرق إليها لاحقاً ويتم إدراجها في قائمة لتدون في دفتر الشهر، بينما التسجيل يتم بنقل صورة كاملة من المحرر المراد تسجيله وإثبات كافة محتوياته في دفتر الشهر.⁽³⁾

(1) جلال محمد إبراهيم وأحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص223.

(2) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص274.

(3) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص260.

د- لا يترتب عن تخلف القيد سوى عدم نفاذه في مواجهة الغير أما بالنسبة للمتعاقدين فإن الحق العيني التبعية يكون قد نشأ بمجرد تمام العقد صحيحا، بينما تخلف التسجيل يؤدي إلى أن الحق العيني الأصلي لا ينشأ أي لا يترتب أثره لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير.

2- تعريف القيد حسب نظام الشهر العيني.

في الدول التي تعتمد نظام الشهر العيني مثل الجزائر يعرف القيد على أنه: « مجموع إجراءات وقواعد قانونية وتقنية تشمل التصرفات القانونية المنصبة على العقارات سواء كانت كاشفة، منشأة، ناقلة معدلة أو منهيبة بحق عيني عقاري أصلي أو تبعية بغض النظر عن نوع التصرف عقد كان أو حكم أو قرار إداريا، وسواء كان مصدر الحق تصرفا قانونيا أو واقعة مادية»⁽¹⁾

انطلاقا من هذا التعريف يتبين لنا جليا أنه لا يوجد فرق بين القيد والتسجيل في ظل نظام الشهر العيني، فالقيد هو الإجراء اللازم لإنشاء ونقل وزوال الحق العيني الأصلي والتبعية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير، وباعتبار أن المشرع الجزائري جمع بين النظاميين، فهو يعتبر القيد شرطا لنفاذ الرهن في مواجهة الغير تطبيقا لنص المادة 904 الفقرة الأولى من التقنين المدني، ويعتبره في المادة 16 من الأمر رقم 74-75⁽²⁾ المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري مصدرا لإنشاء ونقل وتصريح وتعديل وانقضاء الحق العيني بين المتعاقدين وبالنسبة للغير.

الفرع الثاني: القيام بإجراءات القيد أشخاص مؤهلين قانونا.

لما كان قيد الرهن هو الإجراء الذي يختص به الدائن فلا شك أن مصلحته تقتضي الإسراع في إتمام هذا الإجراء قبل أن يخطوا هذه الخطوة غيره فينقدم عليه، لهذا كان بديهيا أن يثبت هذا الحق

(1) ليلي زروقي، التصرفات القانونية الواجبة الشهر والآثار المترتبة عن القيد، مجلة الموثق لسنة 1988، عدد 5 ص13.

(2) الأمر 74-75، المؤرخ في 12/11/1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية العدد 92 المؤرخة في 18/04/1975.

للمرتهن "البنك أو المؤسسة المالية المقرضة" فور انعقاد رهنه صحيحا، ما دامت ملكية العقار المرهون للراهن.

لكن بالرجوع إلى الأمر رقم 76-105 المتضمن قانون التسجيل⁽¹⁾، نجده قد أوكل للموثق تسجيل مختلف العقود التي يبرمها لدى مصلحة التسجيل التي يقع بدائرتها مكتب التوثيق في آجال محددة وتتماشى وطبيعة كل عقد بغض النظر عن إرادة الأطراف، كما أن المادة 10 من القانون المتضمن مهنة التوثيق⁽²⁾، ألزمت الموثق بالسعي إلى إيداع العقود المتضمنة نقل أو تعديل أو إنهاء لملكية عقارية أو حق عيني عقاري، باعتبارها من العقود الواجبة الشهر بالمحافظة العقارية.

ومن هنا يتبين لنا أن الإشهار ليس إجراء إجباري يتولاه طرفي العقد، بل هو إجراء شكلي ملزم به شخص آخر هو الموثق المكلف بإعداد عقد الرهن الرسمي استنادًا إلى المادة 14 من الأمر 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام، مما يستوجب عليه أي الموثق إيداع عقد الرهن بمحافضة العقارية المختصة إقليميا، وذلك مقابل وصل يسلم له طبقا للمادة 41 من المرسوم 76-63، لكي يثبت أنه قد أحترم الآجال المنصوص عليها في المادة 99 من نفس المرسوم المتعلق بتأسيس السجل العقاري⁽³⁾ وعليه قد يتعرض الدائن المرتهن لخطر ضياع حقوقه جراء عدم إيداع الموثق لعقد الرهن الرسمي لقيده، أو قد يتأخر في ذلك أي عدم احترام الآجال المنصوص عليها في المادة 31 من القانون رقم 98-12

(1) الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 09/12/1975، المتضمن قانون التسجيل، جريدة رسمية العدد 81، المؤرخة في 18/12/1976.

(2) القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20/02/2006، المتضمن مهنة التوثيق، جريدة رسمية عدد 14، المؤرخة في 08/03/2006.

(3) بنت الخوخ مريم، فعالية الرهن العقاري كضمان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير - فرع العقود المسؤولية، كلية الحقوق (بن عكنون)، جامعة الجزائر، 2011-2012، ص9.

المتضمن قانون المالية لسنة 1999⁽¹⁾، والتي عدلت في الآجال التي كانت محددة في المادة 99 من المرسوم المتعلق بتأسيس السجل العقاري، حيث حددت هذه الآجال بالنسبة للرهن الذي ينشأ بموجب حكم قضائي يكون الإيداع خلال ثلاثة أشهر من اليوم الذي صدر فيه الحكم نهائياً، أما الرهن الذي ينشأ بموجب عقد اتفاقي كما هو حال دراستنا هذه فيجب قيده خلال شهرين من تاريخ تحريره، غير أن الرهن القانوني لم يحدد المشرع زمناً معين لإجراء القيد.

وارتباط هذا الإجراء بأشخاص غير أطراف العقد من شأنه كما أشرنا أن يضر في مصلحة الدائن المرتهن وقد يفقده ضمانه كلية أو ينقص حقه في التتبع إذا ما تهاون الموثق في إجراء قيد الرهن وفي غير الوقت المناسب، لأنه إذا ما تم التصرف في العقار وقام المتصرف إليه بشهر سند ملكيته قبل القيد فينتقل العقار خالياً من الرهن فيتحول بذلك الدائن المرتهن إلى دائن عادي ويكون بذلك عرضة لمزاحمة بقية الدائنين العاديين ويفقد امتيازهم، وبالتالي على الدائن المرتهن وفي صورتنا هذه هو البنك أو المؤسسة المالية أن تسعى سعي الشخص الحريص على أن يتم القيد مباشرة بعد تحرير عقد الرهن، وهذا للحفاظ على الضمانة التي يكفلها له القيد وأيضاً الحفاظ على مرتبته على أساس أنه قد يسبقه دائنون مرتهنون في القيد وبالتالي يكون ذلك في غير مصلحته لأن تاريخ القيد هو المعتد به في مثل هذه الحالة، ولأن العبرة بتاريخ القيد وليس بتاريخ تحرير العقد، وكمثال على ذلك فإذا إرتهن "أ" عقاراً مملوكاً لـ "ب" في عام 2013، وقام بقيده في عام 2015 فإن مرتبته لم تحسب إلا من عام 2015، ومعنى ذلك أنه إذا إرتهن "ج" هذا العقار في عام 2014، وقام بقيده في نفس العام فإن "ج" سيقتدم على "أ" لأن قيده سابقاً له على الرغم من أن "أ" قد عقد الرهن بتاريخ سابق للرهن الحاصل لـ "ج" وعموماً وحتى يحافظ المرتهن عن حقه في الضمان الذي يؤديه القيد عليه أن يسعى سعي الشخص الحريص على مصلحته في أن يتم القيد

(1) القانون رقم 98-12 المؤرخ في 12/12/1998، المتضمن قانون المالية لسنة 1999، جريدة رسمية عدد 98، لسنة 1998.

مباشرة بعد تحرير عقد الرهن، خاصة أن هذا الإجراء الشكلي تتولاه هيئات وأشخاص أخرى غير المرتهن "الموثق، المحافظ العقاري".

الفرع الثالث: الحوادث التي توقف إجراء القيد أو تمنع نفاذه.

إذا كان قيد الرهن إجراء يملك المرتهن زمامه ووضع لحماية حقوقه وإمكانية الإحتجاج به في مواجهة الغير إذ بموجبه تتحدد مرتبته، كما يمكنه من تتبع العقار المرهون والتنفيذ عليه في مواجهة من إنتقلت إليه ملكيته⁽¹⁾ فإن هناك استثناءات ترد على هذا الحق تحول دون استعماله ومن ثم لا يستطيع الدائن أن يتمتع بهذا الإجراء في مواجهة الغير، وبعبارة أخرى هناك حوادث قد تؤدي إلى وقف إجراء القيد أو تمنع نفاذه، وتتمثل هذه الحوادث في:

أولاً- شهر إفلاس الراهن: من الآثار المترتبة على الحكم بشهر إفلاس المدين، حسب المادة 244 من القانون التجاري الجزائري⁽²⁾، غل يد هذا الأخير، بمعنى أنه يتخلى عن إدارة أمواله والتصرف فيها ويحل محله الوكيل المتصرف القضائي، ومن ثم لا يجوز له أي المدين المفلس إجراء أي تصرف قانوني على أمواله، لأن حقوق جماعة الدائنين تكون قد تعلق بها، وعليه فإن الرهن الرسمي الذي يرتبه بعد صدور الحكم بشهر إفلاسه لا يكون نافذاً في حق جماعة الدائنين طبقاً للمادة 251 من القانون التجاري، ومن باب أولى فلا يجوز إجراء قيد الرهن الرسمي، حتى ولو كان الدائن قد حصل على رهن على عقار مدينه المفلس ولم يقبده، فيمتنع عليه إجراء هذا القيد، وإذا قام بقبده أعتبر هذا القيد عديم الأثر في حقهم ويترتب في ذلك بأن يصبح المرتهن مجرد دائن عادي يتقدم في تفضيلة بدينه فيخضع لقسمة الغرماء.

(1) Bachir latrous, les sûretés meélles et publicité foncière, OPU, 1980, page 17.

(2) الأمر 75-59، المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم بالأمر 96-27 المؤرخ في 09/12/1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02، المؤرخ في 06/02/2005، جريدة رسمية العدد 11 المؤرخة في 09/02/2005.

كما إذا رتب المدين التاجر رهنا رسميا على أمواله في الفترة بين توقفه عن الدفع و صدور الحكم بشهر إفلاسه وهي الفترة التي تعرف في الفقه التجاري بفترة الريبة (الشك)، كان تصرفه هذا خاضعا للبطان الوجوبي، حسب المادة 247-5 من القانون التجاري، وإذا كان ناشئا لضمان الدين سابقا في ذمته، وإما للبطان الجوازي حسب نص المادة 249 من القانون التجاري إذا كان ضمانا ملازما لنشوء الدين⁽¹⁾، لذلك يعتبر القيد الذي يتم إجراؤه في هذه الفترة غير نافذ في مواجهة الغير ولا يحتج به بمعنى عديم الأثر في حق الدائنين، لذلك إذا حكمت المحكمة ببطان التصرف، وهو الرهن الرسمي موضوع دراستنا، فإنه بداهنا لا يكون لقيده أي أثر في حق الدائنين، لذلك فإن الحكم بعد نفاذ القيد الواقع في فترة الريبة يعرض الدائن المرتهن حسن النية الذي تعاقد مع المدين خلال الفترة التي اضطرت فيها أعماله لأشد الأخطار بما يترتب عليه من إسقاط جميع التصرفات المبرمة بما فيها عدم نفاذ القيد في مواجهة بقية الدائنين الذين يحمون مصالحهم بدعوة عدم نفاذ التصرفات.

ثانيا- تسجيل التنبيه لنزع ملكية: قلنا أن حق المرتهن في قيد الرهن يظل قائما بدءا من تحرير عقد الرهن طالما أن ملكية الرهن ما زالت قائمة لكن الإستثناء جاءت به الفقرة الأولى من المادة 735 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾ بنصها على أنه: « لا يجوز للمدين المحجوز عليه، ولا لحائز العقار، ولا للكفيل العيني، بعد قيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية، أن ينقل ملكية العقار أو الحق العيني العقاري المحجوز، ولا أن يرتب تأمينات عينية عليه وإلا كان تصرفه قابلا للإبطال...»⁽³⁾

(1) مصطفى كمال طه، أصول الإفلاس، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 113.

(2) قانون رقم 08-09، المؤرخ في 25/02/2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21، 23 أبريل لسنة 2008.

(3) كانت تقابلها المادة 385 من قانون الإجراءات المدنية الملغى بالقانون رقم 8-9، السالف الذكر، والتي قضت ببطان تصرف المدين.

- وعليه متى كان للمدين الراهن دائن آخر ولو كان دائنا عاديا قبل إجراء القيد من طرف الدائن المرتهن وقام الدائن العادي بطلب التنفيذ على العقار المرهون، وقام بتسجيل تنبيه بنزع الملكية فعندئذ لا يكون للقيد الذي يجريه الدائن المرتهن بعد ذلك أي تأثير ولو كان الرهن صحيحا، لأن الحجز على العقار يغل يد مالكة من التصرف فيه، ولذا ينبغي على المرتهن أن يسارع في قيد حقه حتى لا يسبقه دائن آخر إلى تسجيل تنبيه بنزع ملكية العقار المرهون فيفقد بذلك مزية الرهن⁽¹⁾، وباعتبار العقار محجوزا بين يدي القضاء، فإن أي قيد قد يقع في تاريخ لاحق عليه ما يكون نافذا في حق الدائنين الحاجزين، ولا في حق الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنبيه.⁽²⁾

- لكن يلاحظ أنه يجوز قيد الرهن رغم تسجيل التنبيه، ويظهر ذلك في حالة سقوط أثر الحجز بسقوط تنبيه نزع الملكية لسبب من الأسباب المقررة قانونا، أوفي حالة قيام أي ذي شأن⁽³⁾، حسب المادة 736 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذا أودع قبل جلسة المزايمة مبلغا كافيا للوفاء بأصل الدين والمصاريف المترتبة عليه للدائنين المقيدين في الشهادة العقارية والحاجزين، ويتم وضع المبلغ إما بأمانة الضبط للمحكمة المختصة أو بين يدي المحضر القضائي الذي أوكلت له مهمة الحجز.

ثالثا- شهر التصرف الناقل لملكية العقار المرهون للغير: إذا ما قام الراهن بالتصرف بالعقار المرهون تصرفا ناقلا من ملكية، وبادر المتصرف إليه بشهر عقده قبل أن يقيد الدائن المرتهن (البنك) حق الرهن فإنه في هذه الحالة تنتقل ملكية العقار إلى المتصرف إليه (المشتري) خالصة من الرهن، فإذا أراد الدائن المرتهن، رغم ذلك قيد حقه، كان هذا القيد دون أثر اتجاه المتصرف إليه، ذلك أن الرهن لا ينفذ في مواجهة الغير إلا منذ قيده، وفي هذا المعنى تقضي الفقرة الأولى من المادة 904 من التقنين المدني: «لا

(1) بنت الخوخ مريم، المرجع السابق، ص15.

(2) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص236.

(3) ذوي الشأن حسب نص المادة 736 ق. إ. م. إ. هم: (المدين المحجوز عليه، أو حاجز العقار أو الكفيل العيني).

يكون الرهن نافذاً في حق الغير، إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار...»، وعلى ذلك إذا تهاون الدائن المرتهن في قيد عقد الرهن حتى قام المتصرف إليه بشهر عقده، فقد المرتهن حقه في تتبع العقار تحت يد المتصرف إليه.

وخلاصة القول أن شهر المتصرف إليه عقده الناقل لملاكية العقار المرهون يجعل قيد الدائن المرتهن بعد ذلك غير ممكن وإن وقع بعد ذلك يكون عديم الأثر.

رابعاً - شهر الرغبة في الأخذ بالشفعة: تنص المادة 806 من التقنين المدني على أنه: « لا تكون حجة على الشفيع الرهون والاختصاص المأخوذة ضد المشتري وكذلك كل بيع صدرت منه وكل حق عيني رتبه المشتري أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان في الشفعة، على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمار العقار»، من خلال هذا النص لا بد من التمييز بين أمران:

الأمر الأول: إذا أعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، وقام بشهر هذا الإعلان، فإنه يترتب على ذلك عدم إمكانية الإحتجاج ضده بأي رهن يتم قيده بعد هذا الشهر يكون المشتري - بعقد مشهر - قد رتبه على العقار المشفوع، وهذا حسب القول الراجح فقها، حتى ولو أبرم عقد الرهن قبل ذلك.⁽¹⁾

الأمر الثاني: إن الدائن المرتهن الذي يقيد حقه بعد شهر إعلان رغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة يفقد حق التتبع في مواجهة الشفيع ولكن لا يفقد حق التقدم، بأن يتقدم بمرتبه بالنسبة لما آل للمشتري من ثمن العقار⁽²⁾، أمام كل ما سبق نخلص إلى مضمون المادة سالفة الذكر جمعت بين مصلحتين متناقضتين هما:

أ- مصلحة الشفيع الذي يطالب بالعقار المشفوع خالياً من الرهون الرسمية.

(1) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 129-130.

(2) همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 452.

ب- ومصصلحة الدائن المرتهن الذي ضمن حقوقه المترتبة في ذمة المشتري.

والمتمتع جيدا للمادة نجدها كرسست حماية حقوق الدائن المرتهن من جانبيين، الأول أنها نبهته إلى ضرورة الإسراع في قيد رهنه قبل إبداء رغبة الأخذ بالشفعة، والثاني أنها لم تحرمه حقه في التقدم بمرتبته بالنسبة لما آل إلى المشتري من ثمن العقار، ويمكن الوصول إلى نتيجة هي أن هذه هي الحالات التي تؤدي إلى تعطيل أثر القيد وتجعل من الرهن الرسمي غير نافذ، وهناك من يضيف حالة أخرى وهي وفاة الراهن والمسألة فيها خلاف فقهي كبير فمنهم من أعتبر أن وفاة الراهن تمنع من قيد الرهن.⁽¹⁾

ذلك أن من المبادئ المقررة أن دائني المتوفى العاديين يتسوسون جميعا ولا يمتاز أحدهم على الآخر بسبب لاحق للوفاة، في حين ذهب غالبية الفقه إلى القول بجواز قيد الرهن الذي إنعقد صحيحا في حياة الراهن حتى بعد وفاته⁽²⁾. ذلك أن عقد الرهن نشأ صحيحا، وما القيد إلا إجراء لشهره، فكيف يقال أن الوفاة تمنعه؟، كذلك أن الراهن يلتزم بتسيير إجراءات القيد، وهذا الإلتزام ينتقل إلى ورثة الراهن بعد وفاته، أيضا أنه ليس من العدل أن يترتب عن الوفاة حرمان المرتهن من حقه في الحصول على مزايا حقه بالقيد، ونحن نشاطر هذا القول أو الرأي معللين ذلك بما يلي:

- أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على منع قيد الرهن بعد وفاة المرتهن، ومن ذم يبقى الأصل وهو جواز قيد الرهن حتى بعد وفاة الراهن.

- كذلك وفقا للقواعد العامة نجد الغموض يفسر لصالح الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية من ذلك أن الدائن المرتهن بعد وفاة الراهن دون إجراء قيد الرهن يصبح هو الأضعف من أن يتحول من دائن مرتهن صاحب إمتياز إلى دائن عادي.

(1) محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 148-149.

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 461-463.

المطلب الثاني: تخصيص قيد الرهن.

سبق لنا دراسة مبدأ تخصيص الرهن أي الوارد في عقد الرهن ذاته سواء من حيث الدين المضمون والذي هو في دراستنا هذه مبلغ القرض العقاري أو من حيث العقار المرهون، وقد فرض المشرع قيد الرهن وذلك لأن الأصل أن التخصيص في عقد الرهن يستهدف حماية الدائن والمدين، كذلك التخصيص في القيد فهو يستهدف حماية الدائن حتى يستطيع ممارسة امتيازاه من حيث مضمون القيد أي مبلغ الدين وكذلك يستهدف تخصيص القيد أيضا حماية الغير حتى يتعرفوا بدقة على العقار المرهون، ومقدار الديون التي تثقل العقار، ومن ثم يمكنهم التعامل بثقة فيما يتعلق بالعقار.⁽¹⁾

وكما تم التطرق إلى إنشاء القيد وتجديده وشطبه وإلغاء الشطب والذي أحالته المادة 905 قانون مدني على الأحكام الواردة في قانون تنظيم الإشهار العقاري، وهذا يعني الرجوع إلى الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري وإلى المرسوم رقم 62-76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، وإلى المرسوم رقم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ويتم القيد في المحافظة العقارية التي يقع بدائرة اختصاصها العقار المرهون، أما إذا كان محل الرهن أكثر من عقار وكان واقعة في دائرة الإختصاص. مكاتب متعددة فيجب الشهر في كل مكتب منها، ولا يترتب على القيد أثره القانوني إلا إذا حصل في مكتب الشهر العقاري المختص بإجرائه⁽²⁾، ويتم ذلك أي القيد بناء على طلب ذوي الشأن أو من يقوم مقامهم فيودع الدائن إما بنفسه أو بواسطة الغير جدولين يحتوي كل منهما على بيانات منصوص عليها قانونا أهمها وأبرزها، تعيين العقار محل الرهن واسم مالكة، والدين المضمون (مبلغ القرض) ولواحقه (الفوائد الثابتة أو المتغيرة) كذلك تعيين الدائن والمدين، موطن الدائن، تاريخ ونوع السند

(1) حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 237.

(2) وهذا يكرس أكثر مبدأ الشهر العيني الذي اعتمده المشرع الجزائري، إلى جانب نظام الشهر الشخص الموروث عن الإستعمار الفرنسي.

وسبب الدين المضمون بواسطة الرهن⁽¹⁾ أي مصدر الدين المضمون وبعد التأكد من مطابقة البيانات وصحتها وتوافر الشروط القانونية يسلم المحافظ العقاري نسخة مؤشرة من الجدول إلى مودع مما يثبت إجراء القيد غير أن المحافظ العقاري يرفض القيد في حال ثبوت مخالفة للأحكام القانونية كمخالفة العقد لشروط الرسمية أو إنعدام الأهلية أو عدم تطابق البيانات، ويبلغ المعني بالأمر بالرفض مع التبرير، ويجوز الطعن في قرار المحافظ العقاري أمام المحكمة الإدارية المختصة إقليمياً، أمام كل ما سبق سيتم التطرق إلى تخصيص القيد من حيث الدائن أو المدين في (الفرع الأول) ثم نتكلم عن تخصيص القيد من حيث الدين المضمون في (الفرع الثاني) أما تخصيص القيد من حيث العقار المرهون نتركه لـ (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تخصيص القيد من حيث الدائن أو المدين.

قبل دراسة التخصيص فيما يتعلق بالدين (مبلغ القرض) والعقار المرهون، نوضح ضرورة تعيين ذاتية الدائن والمدين لإرتباط ذلك بالتخصيص نفسه، فتحديد الدائن والذي عادة مؤسسة مالية والمدين سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً يمكن الغير من معرفة المركز القانوني للمتعاقدين وأهليتهما، ولا يخفى على أحد من أن معرفة الأهلية تلقى الضوء مباشرة على مدى صحة العقد وما قد تشوبه من عيوب تبطله.

فالدائن المرتهن هو صاحب المصلحة في القيد، وبالتالي هو الذي يسعى إلى إجراء القيد أو من يقوم مقامه فإذا كان مؤسسة مالية كما في دراستنا هذه فإن ممثلها القانوني هو من يتولى ذلك والذي عادة يكون موظف مكلف بمصلحة المنازعات والشؤون القانونية نيابة عن مدير المؤسسة البنكية ومن بين البيانات التي يجب قيدها فيما يخص الدائن اسم الدائن ولقبه ووظيفته ومحل إقامته (موطنه) أو الموطن المختار في دائرة المحكمة، كما أن البيانات التي يجب قيدها وخاصة بالمدين هي اسم المدين أو المالك

(1) هاشمي مصطفى، عقد الرهن العقاري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق (بن عكنون)، جامعة الجزائر 1، 2011، ص 73.

الذي رتب الحق على ملكه⁽¹⁾، وترتبط بيانات الدائن والمدين بتخصيص القيد على وجه الخصوص في ظل نظام الشهر الشخصي، إذ أن هذه البيانات هي التي تمكن من الكشف على الحالة القانونية للعقار. أما اشتراط القانون ببيان موطن إقامة الدائن والمدين وذلك بغرض تسهيل الإعلانات القضائية والقانونية اللازمة في حالة تسجيل دعاوى قضائية أو تبليغات رسمية فذلك أن الموطن يدخل ضمن محددات الشخصية سواء للدائن أو المدين⁽²⁾، وإذا كان الدائن أو المدين شخصا معنويا فيجب بيان اسم الشخص المعنوي ومركزه الرئيسي، ويلاحظ أنه يجب بيان اسم المدين أو المالك الذي رتب الحق على ملكه، يستخلص من ذلك أنه إذا كان الراهن كفيلا عينيا فلا يلزم ببيان اسم المدين، ولكننا نرى أنه من الواجب بيان اسم المدين في قائمة القيد لتحديد من هو الشخص الذي له دور في تخصيص القيد وحماية الغير وتحقيق مصالحهم بالتوصل إلى عدم الاحتجاج بالقيد إذا أبطل العقد لسبب يتعلق بالمدين أو أهليته.

وفي حالة وفاة الراهن فإن القيد إما أن يتم باسم المتوفى أو بأسماء ورثته ببيان اسم كل منهم على حدى والسماح بالقيد بالإسم المتوفى ينطوي على التيسير على الدائن الذي لا يتمكن من معرفة أسماء الورثة، ذلك أنه إذا تصرف الراهن في العقار المرهون فإن اسمه هو الذي يجب بيانه في قائمة القيد، فالقيد يجب أن يتم باسم من يملك العقار وقت إنشاء الرهن، ويكون القيد باطلا إذا تم بإسم الحائز، بل لا يلزم إطلاقا بيان اسم الحائز⁽³⁾

وفي حالة وفاة الدائن المرتهن فإن لا قيد يمكن أن يتم إما باسم المتوفى أو باسم ورثته إن كان شخصا طبيعيا، وفي حالة حوالة الحق المضمون بالرهن يجوز أن يتم القيد باسم المحيل أو المحال له،

(1) جلال محمود ابراهيم، وأحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 227.

(2) حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 239.

(3) Marcel planiol et Georges. Ripert , op,cit, Tome 13 ; page 762.

وفي حالة الإنابة في الوفاء فإن القيد بإسم المناب أو النائب لا يكون صحيحا إلا بعد قبول النيابة (الإنابة) وإلا كان القيد باطلا.

وعموما وكقاعدة عامة فالقيد لا يفيد إلا الدائن الذي تم القيد بإسمه ولمصلحته، لأن القيد الذي يتم بإسم صاحب حق الإنتفاع بالدين لا يستفيد منه مالك الرقبة، والقيد الذي يتم بإسم الدائن بإراد مرتب لا يستفيد منه من ينتقل إليه حق الدائنية عند وفاة الدائن حتى ولو تضمن القيد بيانا يقيد إنتقاله عند الوفاة.⁽¹⁾

الفرع الثاني: تخصيص القيد من حيث الدين المضمون.

يجب أن تتضمن قائمة القيد على تاريخ ورقم السند الثابت به الدين، مصدر الدين المضمون ومقداره كاملا وميعاد إستحقاقه، ومن ذلك فإن تخصيص الدين (مبلغ القرض) يتحقق بأمرين الأمر الأول بيان السند المنشأ للدين بدقة، والأمر الثاني بيان الدين بدقة مصدر ومقداراً.

أولاً- تحديدا السند المثبت للدين: فيجب بيان تاريخ ورقم السند الثابت به الدين، وذكر تاريخ سند الدين يفيد في التحقق من توافر أهلية إبرام عقد القرض العقاري، كما يفيد في التحقق من توافر أهلية إبرام عقد الرهن الرسمي على إعتبار أن سند الدين يكون غالبا سابقا في التاريخ على الرهن ذاته⁽²⁾، كما يفيد في معرفة ما إذا كان الرهن قد أبرم في فترة الريبة بالنسبة لشخص التاجر كما سبق وأن أشرنا إلى ذلك، وأيضا التحقق من عدم إنقضاء الدين بالتقادم⁽³⁾ ولا خلاف في أن القيد يجب أن يتضمن كافة البيانات المتعلقة بعقد الرهن فالقيد يرد على المحرر الرسمي المتضمن لعقد الرهن ولهذا فإن البيانات الواردة في

(1) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 143.

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 44.

(3) حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 240-241.

القائمة هي البيانات التي تقرن بالمحرر الرسمي المقدم لقيده، كما يجب بيان تاريخ السند والجهة التي تم أمامها أو صدر منها، والسند هنا هو عقد الرهن الرسمي الذي ترتب الرهن بموجبه.

والبيان المطلوب هنا هو تاريخ السند والجهة التي تم أمامه، فيجب ذكر تاريخ توثيق عقد الرهن الرسمي ومكتب التوثيق الذي تم التوثيق أمامه،⁽¹⁾ وهذا فيه مصلحة للغير في معرفة تاريخ إبرام عقد الرهن والجهة التي أبرم أمامها للتحقق من صحة العقد وأنه أنقذ طبقاً لأوضاع القانونية شكلاً وموضوعاً، على أساس أن عقد الرهن هو موضوع أو محل القيد⁽²⁾، ومن الضروري بيان تاريخ السند المثبت للدين باعتباره أمر مهم لتخصيص الدين المضمون إذا ما كانت هناك معاملات وديون متعددة بين طرفي عقد الرهن، وإشترط المشرع ذكر رقم السند لا يكون إلا إذا كان السند عقداً رسمياً، ولكن لا يلزم أن يثبت العقد المنشأ للدين المضمون في ورقة رسمية، بل قد لا ينشأ الدين في عقد ولهذا فإنه لا يتصور وجود رقم للسند، وهذا يعكس مرة أخرى عدم الوضوح فيما إذا كان المقصود السند المثبت للدين أي مبلغ القرض حقاً، أما عقد الرهن فالأخير له بالضرورة رقم تسلسلياً، وإذا كان العقد مشوباً بسبب من أسباب البطلان النسبي وتمت إجازته فلا يلزم قيد الإجازة ذلك أن العقد الباطل بطلاناً نسبياً موجود في الحال ومرتب لآثاره طالما أنه لم يقض بالبطلان⁽³⁾.

ثانياً - بيان مصدر الدين ومقداره وموعد الإستحقاق: مما يزيد في ضمان الدائن هو ذلك التخصيص ببيان مصدر الدين ومقداره كاملاً وميعاد أو أجل إستحقاقه، وهذه البيانات ذات أهمية كبيرة للدائن أولاً في قيد حقه وهو مبلغ القرض كاملاً وسبب وجوده وكذلك ليعلم الغير مقدار الأعباء والتكاليف التي تنقل

(1) أنور طلبة، شرح قانون التمويل العقاري، المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطة، الإسكندرية، 2004، ص 61.

(2) حسام الدين كامل الأهواني، المرجع نفسه، ص 241.

(3) حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 242.

العقار المرهون، ومن ثم يستطيع الغير من معرفة وتحديد المركز⁽¹⁾ المالي لعقارات المدين ومن ثم يكون التعامل معه على بينة وسوف نتناول البيانات الثلاثة تفصيلا كالآتي.

1- مصدر الدين (مبلغ القرض): ومصدر الدين هو السبب المنشئ للدين، وهو عقد القرض العقاري الذي يضمنه تأمين عيني "الرهن الرسمي"⁽²⁾ وتحديد مصدر الدين يمكن من التحقق من صحة هذا الدين وعدم وجود سبب من أسباب الانقضاء مما يؤثر بالتالي في وجود الرهن، عملا بمبدأ تبعية الرهن للدين، كما أنه يمنع المدين من الإبقاء على مرتبة متقدمة لأحد الدائنين في حالة تعدد الديون إذ يتم معرفة أي الديون الذي سدد بحيث لا يبقى الرهن إلا للدين المعين الذي وجد لضمانه أصلاً⁽³⁾.

2- تعيين مقدار الدين (القرض) كاملاً: يجب بيان مقدار كل الدين المضمون بالرهن الرسمي وفقاً لما هو وارد بالسند المنشئ له⁽⁴⁾ ويفهم من ذلك أيضاً ذكر أصل الدين وملحقاته التي تدفع مع الدين حتى تكون له مرتبته، مثل الفوائد المستحقة وقت القيد لأن الدائن الذي هو البنك أو المؤسسة المالية لا يتقدم إلا بالمبلغ المقيد، وإن وجد إختلاف في مقدار الدين الوارد بالقائمة أي القيد عنه في سند الدين (عقد القرض العقاري)، كانت العبرة بما تضمنته قائمة القيد حتى ولو كان يقل بكثير عن ما هو موجود بسند الدين، ذلك أن الغير إذا ما تقرر له حق عيني تبعي أو إكتسب ملكية العقار المثقل بالحق العيني التبعي المشهر بقيد البيانات السالفة الذكر، فإنه لا يحتاج إلا بمقدار الدين الوارد في القيد ومتى قام بالوفاء بهذا الدين المقيد خص له العقار مطهراً من القيد المشهر وحينئذ يحق له طلب محوه اتفاقاً (محو القيد الإتفاقي) أو قضاءً (المحو القضائي للقيد).

(1) محمد مرسي كامل باشا، المرجع السابق، ص 256.

(2) أنور طلبية، المرجع السابق، ص 62.

(3) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 45.

(4) أنور طلبية، المرجع السابق، ص 62.

ويجب أن يذكر في القيد ما إذا كان القرض العقاري ينتج فوائد مع بيان سعرها⁽¹⁾ (سعر الفائدة ثابت كان أو متغير) وكذلك التعويضات التي يحكم بها على المدين لعدم تنفيذ التزاماته كالشرط الجزائي والمصروفات⁽²⁾، وإذا كان الدين مستقبلا أو احتماليا فيجب تحديد مبلغ الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين، وإذا كان الدين مقترنا بشرط إعادة النظر في مقداره بحسب الظروف فيجب بيان هذا الشرط حتى يمكن لفت نظر الغير إلى احتمالات الزيادة التي تدخل على مقدار الدين وإذا لم تذكر بعض الملحقات فلا تكون لها مرتبة للرهن، ولكن يجوز فيما بعد إجراء قيد تكميلي بالنسبة لها وتكون مرتبته في هذه الحالة من تاريخ القيد التكميلي فقط⁽³⁾، ولا يلزم قيد المصروفات التي يدخلها القانون في التوزيع بنفس مرتبة الرهن وهي مصروفات العقد والقيد والتجديد ومصاريف الخزينة العمومية، والنتيجة أن تحديد مقدار الدين بهذه الصورة يهمل الدائن باعتباره صاحب الحق ويهم الغير حيث يمكن تقدير الديون التي يضمنها العقار المرهون ومن ثم يحدد وضعه القانوني بالشراء إذا كان مشتريا...

3- ذكر ميعاد استحقاق الدين: يستهدف هذا البيان إطلاع الغير على مصير الدين أي مدى قيام المدين بالوفاء به، وإذا كان أجل الدين قد حل وقت القيد فيكفي بيان بأن موعد الاستحقاق قد حل دون حاجة لبيان تاريخ الاستحقاق، وإذا كان الدين مؤجلا أو مقسطا، تعين بيان ميعاد استحقاقه أو ميعاد استحقاق كل قسط من الأقساط حسب ما تضمنه سند القرض أو الدين المقدم مع قائمة القيد أو حسب ما تضمنه إتفاق مستقل بشرط أن يكون مقما أيضا مع القائمة⁽⁴⁾.

(1) حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 243.

(2) Marcel planiol ; Georges. Ripert , op cit, page 778.

(3) المرجع نفسه، ص 244.

(4) أنور طلبية، المرجع السابق، ص 63.

الفرع الثالث: تخصيص القيد من حيث العقار المرهون.

فيجب أن تشتمل قائمة القيد على البيانات اللازمة والمفيدة في تعيين العقار من حيث موقعه ومساحته وحدوده وكافة أوصافه وذلك على التفصيل السابق إيضاحه عند دراسة تخصيص العقار في عقد الرهن⁽¹⁾، ويجب أن تتطابق البيانات الواردة في القيد مع تلك المبينة في عقد الرهن، ذلك أن القيد يرد على العقد ولهذا لا يجب أن يخالفه من حيث وصف العقار المرهون، والتخصيص الوارد في عقد الرهن الرسمي لا يغني عن التخصيص اللازم عند القيد والعكس صحيح فالتخصيص عند القيد ضروري لشهر الرهن وإعلام الغير به، ومن ثم فإن التخصيص في عقد الرهن لا يكفي لأن الغير لا يعلم به لأنه ليس من بين أطرافه، وعليه نجد أن تخصيص القيد من حيث الأطراف المدين والدائن ومن حيث الدين المضمون وكذا العقار المرهون في القيد، يوفر أكثر حماية للدائن لضمان حقوقه مهما كان التصرف الذي قد يقوم به الراهن وتصرفه في العقار المرهون يجعل الدائن أكثر اطمئنان في ممارسة امتيازهم وضمان حقه.

وكخلاصة لكل ما تقدم نستخلص أن الدائن المرتهن والذي هو البنك أو المؤسسة المالية أن يسعى إلى قيد الرهن لما للقيد من وظيفة في حماية حق الدائن المرتهن إتجاه الغير، وحتى لا يسبقه الغير في ترتيب حق عيني على العقار المرهون وجب عليه تقييد الرهن مباشرة بعد إبرام العقد على أساس أن مرتبته في الامتياز تتحدد من تاريخ القيد وليس من تاريخ إبرام عقد الرهن.

المبحث الثاني: فعالية الرهن الرسمي من حيث الامتيازات الممنوحة للبنك بوصفها دائن مرتهن:

تظهر فعالية الرهن الرسمي كضمان للقرض العقاري أو كضمانة عينية فعالة من خلال ما يمنحه عقد الرهن الرسمي من امتيازات للبنك بصفتها الجهة المقرضة وبالتالي هو الدائن المرتهن في عقد الرهن

(1) حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 247.

والذي جعل منه ضمان عيني لمبلغ القرض، هذه الامتيازات التي هي حق للدائن المرتهن والذي هو البنك أو المؤسسة المالية وفي المقابل هي التزامات في ذمة الراهن ترتبت بموجب عقد الرهن، بل إن هذه الامتيازات تكون أكثر فعالية بمجرد قيد الرهن إذ يصبح البنك بصفته دائن مرتهن من الحصول على امتياز أهم ليس فقط ضد الراهن بل إن قيد الرهن يكسبه امتياز لمواجهة الغير، وعليه ولإبراز فعالية الرهن الرسمي يقتضي منا البحث عن ما يوفره هذا الضمان العيني من حماية وإمّتياز للدائن المرتهن في إستيفاء حقه وسوف يتم دراسة ذلك من خلال مطلبين نتناول في (المطلب الأول) الامتيازات الممنوحة للبنك كدائن مرتهن بموجب عقد الرهن، ونخصص (المطلب الثاني) للإمّتيازات الممنوحة للبنك بموجب قيد الرهن.

المطلب الأول: الامتيازات الممنوحة للبنك كدائن مرتهن بموجب عقد الرهن.

يترتب عن عقد الرهن الرسمي التزامات في ذمة المدين الراهن أو الكفيل العيني والتي تمثل حقوق أو أشبه بامتياز للدائن المرتهن والذي هو البنك أو المؤسسة المالية مانحة القرض العقاري، متحصلة على ضمان عيني بمبلغ القرض بموجب تأسيس الرهن الرسمي لصالحها، وإذا كان الرهن الرسمي لا يجرّد الرهن من حيّزة العقار المرهون، ويترك له مباشرة كافة سلطات المالك من استعمال واستغلال وتصرف، ولكن بالمقابل يفرض عليه ضمان سلامة الرهن، والامتناع تبعاً لذلك عن القيام بأي عمل من شأنه إنقاص قيمة الضمان، ويترتب على هذا الإلتزام تقييد حقوقه على العقار المرهون بمقدار ما يتعارض مع حق الدائن المرتهن للمحافظ على قيمة الرهن.⁽¹⁾

(1) عبد الله عبد الجليل، قاعدة عدم الحيّزة في الرهن الرسمي (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري) مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير، شريعة وقانون كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، الجامعة الإفريقية، أحمد دراية، أدرار، 2005-2006.

كما أن الراهن مطالب كذلك بإنشاء حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن، كما أن المرتهن كذلك خول له القانون بموجب عقد الرهن الرسمي حقه في التنفيذ على العقار المرهون، ضف إلى ذلك أن ما يزيد في امتيازات البنك كدائن مرتهن أن جميع مصاريف ونفقات عقد الرهن يتحملها الراهن بقوة القانون ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك، وكل ذلك سيأتي تفصيلا حيث سنتناول في (الفرع الأول) إلتزام الراهن في إنشاء حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن (البنك) ونخصص (الفرع الثاني) إلى إلتزام بضمان سلامة الرهن، أما (الفرع الثالث) فيكون إلتزام بالنفقات العقد والقيد، ثم نتناول في (الفرع الرابع) حق البنك الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون.

الفرع الأول: إلتزام الراهن بإنشاء حق الرهن لمصلحة البنك كدائن المرتهن.

ينشأ حق الرهن بمقتضى العقد، والعقد ينشأ بحسب الأصل التزاما على المدين الراهن بترتيب حق رهن على العقار المرهون لمصلحة البنك أو المؤسسة المالية كدائن مرتهن، وهذا الإلتزام ينتج أثره في الحال وبالحكم القانون تطبيقا لنص المادة 165 من القانون المدني والتي تقرر أن: « الإلتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني إذا كان محل الإلتزام شيئا معيناً بذات يملكه الملتزم وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري».

ووفقا لما ورد في نص المادة سالفه الذكر، نخلص إلى أن نشوء حق الرهن يتم بمجرد العقد، ولا يتوقف ذلك على أي إجراء كالقيد مثلا، وإذا كانت المادة 165 من القانون المدني قد أوردت في نهاية نصها تحفظا يتعلق بوجود مراعاة قواعد الإشهار العقاري، فليس مقصوده القيد بدليل أن المادة 904 من القانون المدني تشترط القيد في نفاذ حق الرهن في مواجهة الغير لا في نشوء حق الرهن في ذمة الراهن لصالح المرتهن⁽¹⁾ وعلى هذا إذا كان الراهن ملك للعقار المرهون، وهذا شرط لصحة عقد الرهن فإن حق

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص384.

البنك ينشأ بمجرد العقد، ولا تتوقف نشأته على أي إجراء لاحق كإجراء الشهر مثلا، لأن القيد أو الشهر لازم لنفاذ الرهن في مواجهة الغير وليس لنشأة الحق ذاته.⁽¹⁾

أما إذا كان العقار المرهون غير مملوك للراهن فلا ينشأ حق الرهن لأن رهن ملك الغير في القانون المدني الجزائري باطل بطلان مطلقا، على خلاف ذلك فإن القانون المدني المصري يجعل من رهن ملك الغير باطل بطلانا نسبيا، ومن ذلك فإن حق الرهن لا ينشأ إلا إذا أقر المالك الرهن أو امتلك الراهن للعقار هذا ما يراه الفقه المصري.

ويلاحظ أن القول بنشوب حق الرهن لصالح المرتهن لمجرد العقد إذا كان الراهن ملك للعقار المرهون مسألة أثارت خلاف فقهي كبير، حيث رفض جانب من الفقه الرأي من أن عقد الرهن ينشأ حق الرهن فيما بين المتعاقدين، وأن القيد يجعل هذا الحق نافذا على الغير، فالواقع أن حق الرهن لا وجود له فيما بين المتعاقدين ولا ينشأ عن عقد الرهن، وهو إذا نشأ كان حتما نافذا في حق الغير، وإلا لما كانت هناك فائدة من وجوده، ومن ثم فإن الرهن مصدره القيد لا العقد⁽²⁾، وهذا الاتجاه ينتقد عدم تمييز المشرع بين العقد والحق فيما التمييز بينهما لازم وضروري، وحجة هذا الرأي الأساسية هي أن الرهن لا وجود له بين المتعاقدين فهو ينشأ ابتداء في مواجهة الغير.

وفي الرد على هذا الرأي يقول الأستاذ عبد الرزاق السنهوري « أن الرهن بهذا الوصف ينتج آثارا فيما بين الراهن والمرتهن، وهو إلزام الراهن بضمان سلامة الرهن، وما دام أن لحق الرهن آثارا فيما بين المتعاقدين وذلك قبل القيد، فهذا يعني أن حق الرهن قد نشأ قبل إجراء القيد، ومن ثم فلا يمكن أن يكون مصدر حق الرهن هو القيد، بل يتعين أن يكون مصدره العقد⁽³⁾

(1) سمير تتاغو، المرجع السابق، ص94.

(2) شفيق شحاتة، النظرية العامة للتأمين العيني، 1953، ص46-47.

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التصرف القانوني والواقعة القانونية، الجزء 2 ص772.

ويلاحظ أن الحجج المقدمة للأستاذ السنهوري غير مقنعة حيث تم الرد عليه بأن الإلتزام بالضمان ينشأ عن العقد لا عن الحق وهو الإلتزام شخصي شأنه في ذلك الإلتزام بالضمان الناشئ عن عقد البيع وهو ينشأ على عاتق البائع بمقتضى عقد البيع، وقبل تسجيله وقبل انتقال الملكية للمشتري، فمصدره إذا هو العقد وليس الحق العيني،⁽¹⁾ وفي الحقيقة أن القول بأن حق الرهن ينشأ بمجرد العقد هو الأصوب من الناحية القانونية وذلك للأسباب التالية:

إن القيد لا ينشأ حق الرهن وإنما يجعله نافذا في مواجهة الغير بدليل نص المادة 904 من القانون المدني والتي نصت صراحة على أنه: « لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن...»، من ذلك نفهم أن وظيفة القيد هي أن تجعله نافذا في مواجهة الغير، أما الحق فإنه كان موجودا قبل القيد، وبالتالي القول بأن القيد ينشأ حق الرهن فيه مخالفة للمنطق القانوني وفيه أيضا إخراج للقيد من وظيفته الأساسية والوحيدة المذكورة في المادة 904 قانون مدني.

إن الدائن المرتهن يستطيع التنفيذ على العقار المرهون وهذا ما نصت عليه المادة 902 الفقرة الأولى من القانون المدني حيث نصت على أنه: « يمكن للدائن بعد التتبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه في الآجال ووفقا للأوضاع المقررة في قانون⁽²⁾ الإجراءات المدنية». «.

ويلاحظ من هذه المادة أن المشرع لم يشترط القيد حتى يباشر المرتهن حقه في التنفيذ مما يعني أن حق الرهن نشأ بمجرد العقد، وكل ما في الأمر أن حق الدائن المرتهن في التنفيذ يتعطل في حالة مزاحمة دائن آخر أوفي حالة انتقال ملكية العقار إلى شخص آخر، ففي مثل هذه الأحوال لا يستطيع الدائن

(1) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 86، وأنظر كذلك شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص 46-47.

(2) تم إلغاء قانون الإجراءات المدنية بالقانون رقم 08-09، المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريد الرسمية عدد 21 لسنة 2008.

المرتبه مباشرة حقه في التقدم والتتبع ما دام أن حقه لم يقيد، ولكن كما لا يخفى إن عدم إمكانية مباشرة سلطتي التقدم والتتبع لا تمنع من وجود حق الرهن، كذلك أن الدائن المرتهن عندما يستعمل حقه في التنفيذ على العقار المرهون لا يكون ذلك استناداً إلى حقه في الضمان العام بل استعمالاً لحقه في الرهن⁽¹⁾، والدليل على ذلك أنه إذا كان الراهن شخص آخر غير المدين وهو الكفيل العيني، فإنه يجوز للدائن المرتهن التنفيذ على العقار المرهون قبل قيد الرهن، ولا يعتبر هذا مباشرة للضمان العام للدائن إذ ليس للدائن ضمان عام أصلاً في ذمة الكفيل العيني فحقه قاصر فقط على الرهن الوارد على عقار مملوك للراهن غير المدين.⁽²⁾ هذا الرأي هو الذي ترجح عندنا والذي ينطبق على الأحكام التي أوردها القانون المدني الجزائري لكن بالرجوع إلى المادة 16 من الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري نجدها تنص على أن: « العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية».

وبالتالي فإن السندات المتعلقة بالملكية العقارية، بما فيها الرهن الرسمي باعتباره حق عيني تبقي لا تكون نافذة ولا ترتب آثارها بين الأطراف إلا من تاريخ شهرها بالمحافظة العقارية، ذلك أن الشهر العقاري هو الوسيلة القانونية الوحيدة لإعلان التصرفات التي ترد على العقارات⁽³⁾، وقد أوجبه المشرع لنفاذ هذه التصرفات نظراً لما يحققه من تدعيم للإلتزام العقاري، ونرجع إلى المادة السالفة الذكر والتي توجب شهر الرهن الرسمي ذلك لأن عبارة « حق عيني» عامة تشمل الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية ويدخل الرهن الرسمي ضمنها، كذلك ما يمكن استخلاصه من حكم المادة 16 سالف الذكر أن حق

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 193.

(2) سمير تناغو، المرجع السابق، ص 96.

(3) ليلي طلبة، الملكية العقارية الخاصة - وفقاً للأحكام التشريعية الجزائري - دار هومة، 2010، ص 82.

الرهن ينشأ بشهره عن طريق القيد، ذلك أنها رتبت على عدم الشهر أن لا يكون للحق العيني أي أثر حتى بين الأطراف، وهذا ما يخالف أحكام القانون المدني لا سيما في المادة 904 منه، والتي تجعل وظيفة القيد إعلام الغير فقط، بينما المادة 16 من الأمر 74-75 تجعل وظيفته إنشاء الحق العيني وإعلام الغير، وهنا نطرح الأشكال التالي: - فهل معنى أن عدم قيد الرهن الرسمي في السجل العيني يترتب عليه عدم نشأت هذا الحق بين المتعاقدين فضلا عن عدم سريانه قبل الغير؟

الواقع أن المشرع الجزائري كان عليه أن يتم تعديل المادة 904 من القانون المدني حتى تتماشى والمادة 16 من الأمر المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ذلك أن منطق عدم حجية الرهن الرسمي بين ذوي الشأن معناه أن هذا الحق لا ينشأ إلا بمقتضى القيد لا بمقتضى العقد، وإذا كان الأمر كذلك فإن الآثار المترتبة عن العقد بين الطرفين فيكون لها معنى وسوف تتعطل حتى يتم القيد⁽¹⁾، والخلاصة أن عقد الرهن تبعا لذلك يولد التزامات شخصية بين المتعاقدين قبل القيد، ولا يولد حقوق، أما آثاره سواءً بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير فلا تنتج إلا بعد إجراء القيد.⁽²⁾

الفرع الثاني: إلتزام الراهن بضمان سلامة الرهن:

كما سبق وأن أشرنا أن عقد الرهن الرسمي ملزم لجانب واحد هو الراهن، أما الدائن المرتهن والذي هو البنك أو المؤسسة المالية فلا يتحمل بمقتضى العقد أي إلتزام، إنما يكتسب منه حقوق⁽³⁾، ويعد إلتزام الراهن بضمان سلامة الرهن أهم إلتزام وبالتالي هو حق للبنك باعتباره أهم ضمان للدائن (مبلغ القرض) وقد حرص المشرع الجزائري على إلتزام الراهن بضرورة مراعاة وضمان سلامة الرهن عن طريق عدم التصرف فيه تصرفا ماديا يؤثر في حقوق البنك الدائن المرتهن ويؤدي إلى إنقاص من الضمان كما ألزمه

(1) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص383.

(2) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص195.

(3) جلال محمد إبراهيم وأحمد محمود السعد، المرجع السابق، ص150.

بالمحافظة على العقار من عدم هدمه أو تلفه، ذلك من الأهمية بما كان بالنسبة للدائن المرتهن، أن يجد العقار يوم التنفيذ بنفس القيمة المالية التي أعتمد عليها عندما منح المدين الإئتمان. ومن خلال النصوص القانونية المنظمة لهذا الإلتزام سيتم دراسته من ثلاثة زوايا متناسقة ومتراطة وتدور كلها حول مضمون هذا الإلتزام، الأول تخص الإلتزام بضمان سلامة الرهن، والثانية تتعلق بضمان هلاك العقار المرهون أو تلفه، والثالثة تتعلق بحلول الحق الذي ترتب على هلاك العقار أو تلفه محل العقار المرهون.

أولاً: ضمان سلامة حق الرهن: تنص المادة 898 قانون مدني على ما يلي: « يلتزم الراهن بسلامة الرهن وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية اللازمة وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك »، من هذا النص نحاول أن نعرف مفهوم الإلتزام بضمان سلامة حق الرهن وأساسه ثم مضمون هذا الإلتزام وأيضاً الحقوق الممنوحة للبنك في المحافظة على حقها لسلامة الرهن.

1- مفهوم الإلتزام بضمان سلامة حق الرهن وأساسه:

طبقاً لما ورد في نص المادة 898 قانون مدني بقولها: « يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن... » وهو ما يعني أن الراهن يلتزم بأن يبقي محل الرهن بالحالة التي كان عليها عند إنشاء الرهن⁽¹⁾، وهناك قول آخر، بقاء هذا المحل بالحالة التي تضمن للرهن فاعليته، أي كفايته لسداد الدين عند حلول الأجل لأنه من الأهمية بمكان بالنسبة للبنك كدائن مرتهن، أن يجد العقار يوم التنفيذ بنفس القيمة المالية التي اعتمد عليها عندما منح المدين الإئتمان⁽²⁾، فإذا كان النظام القانوني للرهن الرسمي يقوم على عدم نزع المال المرهون من بين يدي الراهن، وإبقائه لديه، كما كان الوضع قبل الرهن، وأنه إذا كان البنك المرتهن

(1) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 244.

(2) جلال محمد ابراهيم، وأحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 154.

قد قبل هذا المال بحالته التي كان عليها وقت العقد، ضمانا بحقه، فإنه ينبغي ألا يكون في ترك المال بين يدي الراهن ما ينقص قيمته أو يذهب بها بحيث أنه إذا وقع شيء من هذا فإنه يكون ضمانا له ومسئولا عنه.

2- مضمون الالتزام بضمان سلامة حق الرهن: معنى ذلك أن مضمون هذا الالتزام أن الراهن يلتزم- كالبائع- بضمان التعرض والاستحقاق، فلا يجوز له أن يقوم بأي عمل يكون من شأنه إنقاص ضمان البنك أو المؤسسة المالية المرتهنة، هذا المضمون بالتزام الراهن بضمان سلامة حق الرهن، بمعنى أنه يضمن التعرض والاستحقاق وهو ما أجمع عليه الفقه، ووفقا لهذا المضمون فإن الراهن يضمن تعرضه الشخصي بصورتيه القانوني والمادي، كما يلتزم بدفع التعرض القانوني الصادر من الغير.⁽¹⁾

أ- ضمان التعرض الشخصي: إن الراهن ملزم اتجاه البنك المرتهن بالامتناع عن كل عمل مادي أو قانوني - إيجابي أو سلبي (تقصير) - من شأنه إنقاص الضمان المقرر للبنك كدائن مرتهن إنقاصا كبيرا.⁽²⁾

- ضمان التعرض المادي: بمعنى أن الراهن يلتزم بالامتناع عن القيام بأي عمل مادي إيجاب أو سلبي يؤدي إلى إنقاص قيمة العقار المرهون، انطلاقا من هذا، فيمتنع الراهن عن هدم العقار كله أو بعضه كما يمتنع على تخريب العقار أو أن يتركه يتخرب، أو أن ينزع منه بعض أجزائه كالأبواب والشبابيك...، وهذه أمثلة لأعمال مادية إيجابية، كما يمتنع عليه أيضا أن يترك العقار المرهون دون صيانة حتى يتخرب ويعد هذا من قبيل العمل المادي السلبي، ووفقا للمادة 898 قانون مدني فإنه ينبغي توافر شرطان حتى يحق

(1) عمر حمزة، المرجع السابق، ص 268.

(2) همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 387.

للبنك المرتهن أن يعترض على أعمال الراهن وهما: أن تؤدي هذه الأعمال: أولاً إلى إنقاص الضمان وثانياً أن يكون هذا الإنقاص كبيراً.⁽¹⁾

- فبالنسبة للشرط الأول نجد أن الفقه يميز بين إنقاص الضمان (وهو المعول عليه) وبين إنقاص قيمة العقار، فإذا كان هناك ارتباط بينهما من زاوية أن إنقاص قيمة العقار تؤدي غالباً إلى إنقاص قيمة الضمان، إلا أن هذا الارتباط ليس بلازم، لأن نقصان قيمة العقار لا تؤدي بالضرورة إلى الانتقاص من الضمان وذلك متى كانت قيمة العقار الاقتصادية أي في السوق حتى بعد النقصان، تكفي لسداد الدين، كما لو تم رهن مسكن من طابقين قيمته 800 مليون سنتيم لضمان قرض قيمته 200 مليون سنتيم، ثم قام الراهن بهدم جزء من المبنى قيمته 100 مليون سنتيم، ففي هذا المثال نقصت قيمة العقار دون أن يترتب على ذلك إنقاص الضمان.⁽²⁾ لأن ما يتبقى من قيمة العقار المرهون يكفي لسداد مبلغ القرض- إما بالنسبة للشرط الثاني فيجب أن تؤدي الأعمال التي يقوم بها الراهن إلى إنقاص الضمان انقاصاً كبيراً، ونفهم من ذلك أن المشرع قد ترك نوع من الحرية للراهن، وهي الرغبة التي تبدو واضحة في أن الراهن لا تغلوا يده في إدارة والتصرف في أمواله، حتى يتمتع على البنك المرتهن أن يحاسب الراهن على كل صغيرة وكبيرة، لكن يلاحظ أن المشرع لم يضع معيار يتم من خلاله تحديد متى يكون نقصان الضمان كبيراً ومتى لا يكون كذلك، بحيث أن اعتناق معيار عدم كفاية الضمان لسداد الدين كمعيار في هذا الصدد من شأنه إزالة الأسباب الموجبة للاعتراض، فعند تقدير ما إذا كنا بصدد كبير لضمان أم لا فلا ينظر إلى قيمة النقصان الذي لحق العقار في ذاته بل ينظر إليه من خلال مقارنته بمدى كفاية ما يتبقى من العقار لسداد مبلغ القرض⁽³⁾ وملحقاته، فإذا كان ما تبقى يكفي لسداد ذلك أو يزيد، لم يكن النقصان

(1) جلال محمد إبراهيم وأحمد محمود سعد، المرجع السابق ص157.

(2) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص198 .

(3) جلال محمد إبراهيم وأحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص158.

كبيراً أيًا كانت قيمته، حتى ولو كانت في ذاتها مرتفعة، أما إذا كان ما يتبقى لا يكفي لسداد مبلغ القرض وفوائده وملحقاته فإن الإنقاص يكون كبيراً حتى ولو كانت قيمته في ذاتها قليلة⁽¹⁾

- وفي الواقع كل ذلك يرجع إلى العلاقة التي بين قيمة العقار المرهون وقيمة القرض المضمون (الدين).
فكلما كانت قيمة العقار محل الرهن أكبر من قيمة مبلغ القرض المضمون كلما سمح هذا للراهن بإجراء أعمال مادية تنقص من قيمة العقار طالما لم يمس حد التناسب بينما يتبقى من قيمة العقار المرهون وبين قيمة القرض المضمون، ولا يعد هذا إنقاصاً كبيراً للضمان، أما إذا كانت قيمة العقار المرهون، منذ البداية، تساوي بالكاد قيمة مبلغ القرض المضمون إمتنع على الراهن إجراء أي عمل يترتب عليه إنقاص قيمة العقار المرهون، وإلا عد هذا إنقاصاً كبيراً للضمان، والواقع أن هذا المعيار في تحديد ما إذا كان إنقاص الضمان كبيراً أم لا هو الذي يتفق مع القواعد العامة التي تقضي بها المادة 211 الفقرة الثالثة قانون مدني التي تسقط الأجل إذا أضعف المدين بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص، حيث فسرت هذه المادة بأن المقصود منها هو أن يكون التأمين قد ضعف إلى حد أن أصبح أقل من قيمة الدين⁽²⁾

- ضمان التعرض القانوني: ذلك أنه يمتنع على الراهن مباشرة أي تصرف يتعارض مع حق البنك المرتهن أو من شأنه أن يؤثر في هذا الحق⁽³⁾ وبناء على هذا يمتنع على الراهن المسارعة إلى ترتيب حق للغير على العقار المرهون قبل أن يقيد الدائن (البنك) المرتهن حقه في الرهن⁽⁴⁾ كما لو قام ببيعه أو رهنه

(1) في ذات المعنى شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص229، حسام الدين كامل الاخواني، المرجع السابق، ص311، حيث يقول: إن أي عمل يفضي إلى عدم كفاية الضمان هو في الواقع من قبيل الأعمال التي يترتب عليها إنقاص التأمين إنقاصاً كبيراً.

(2) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص199.

(3) سليمان مرقص، المرجع السابق، ص121، همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص387.

(4) إذا تصرف الراهن في العقار المرهون بعد القيد فلا يعتبر عمله هذا إخلالاً بالتزامه بالضمان، لأن حق المرتهن في هذه الحالة يكون نافذاً في حق الغير.

مرة ثانية، ففي الحالة الأولى سيكون العقار بمنأى عن التنفيذ عليه لعدم نفاذ الرهن الغير المقيد في حق الحائز (من انتقلت إليه الملكية)، فمثل هذا التصرف يفقد البنك المرتهن ميزة التتبع، وفي الحالة الثانية ستتأخر مرتبة البنك كدائن مرتهن الأول لأن رهنه غير المقيد لا يكون نافذا في حق المرتهن الثاني وكذلك مثل هذا التصرف أيضا يفقد البنك المرتهن ميزة التقدم، إضافة إلى ذلك يلتزم الراهن بالامتناع عن التصرف في العقار على أنه منقول بحسب المآل لأن مثل هذا التصرف من شأنه أن يؤدي إلى ضياع محل ضمان الدائن أو إنقاصه بصورة جسيمة، ولا يجوز له كذلك بيع العقارات بالتخصيص الملحقة بالعقار لأن من شأن ذلك إلحاق ضرر محقق بالبنك كدائن مرتهن حيث لا يستطيع تتبع هذه العقارات بسبب رجوعها إلى طبيعتها المنقولة وتمسك مكتسبها بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز⁽¹⁾

ب- ضمان التعرض القانوني الصادر من الغير: وهو ما يعني أن يلتزم الراهن بدفع كل إيداع للغير بحق على العين المرهونة من شأنه لو ثبت، المساس بحق البنك المرتهن⁽²⁾، ومن حالات تعرض الغير القانوني، إيداعه ملكية العقار المرهون، أو إيداعه لأنه صاحب حق انتفاع، أو صاحب حق ارتفاق على العقار المرهون، أو أنه صاحب حق رهن قيده قبل أن يقيد البنك المرتهن حقه، ففي مثل هذه الحالات لا بد للراهن أن يتدخل لدفع الإيداع حتى يبقى العقار المرهون خاليا من حقوق الغير، وإلا اعتبر مسئولا ووجب عليه الضمان⁽³⁾

أما التعرض المادي الصادر من الغير كما إذا أتى عملا من شأنه إعاقة استعمال حق ارتفاق مقرر لصالح العقار المرهون، كأن يعزم الجار على إقامة بناء لو تم كان فيه اعتداء على حق الارتفاق بالمطل

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 250.

(2) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق ص 388، أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 246 وعبد الودود يحيى، التأمينات الشخصية والعينية، بدون سند طبع، ص 205.

(3) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 251.

المقرر لصالح العقار المرهون⁽¹⁾، فلا يضمنه الزاھن بل على المرتهن وحالتنا هذه هو البنك أن يدفعه بنفسه، وهو حين يفعل ذلك إنما يفعله باسمه ودون وساطة الراهن⁽²⁾ وذلك راجع لسببين:

- الأول أنه أي المرتهن يدافع عن حق عيني مقرر له على العقار وهو حق الرهن.

- الثاني أن القانون حسب نص المادة 899 الفقرة الثالثة من القانون المدني منح الدائن المرتهن سلطة مباشرة في الدفاع عن حقه، حيث نصت المادة المذكورة على أنه: «...إذا كان من شأن الأعمال الواقعة أن تُعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو جعله غير كاف لضمان كان للدائن أن يطلب من القاضي وقف هذه الأعمال والأمر باتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر»، فإذا لم يفلح الدائن المرتهن من دفع تعرض الغير كان ذلك بمثابة هلاك العقار المرهون نشأ عن سبب أجنبي يخضع حكمه لهلاك العقار المرهون⁽³⁾ كما سنرى لاحقاً.

3- حقوق البنك المرتهن في المحافظة على حقه في سلامة الرهن: بالرجوع إلى المادتين 898 و899 قانون مدني نجد أن للبنك بصفته دائن مرتهن جملة من الحقوق منحها المشرع أياه من أجل تمكينه من المحافظة على حقه في سلامة الرهن وهي وسائل وقائية تهدف إلى منع وقوع الإخلال بالضمان وتتمثل هذه الحقوق في:

أ- الحق في الاعتراض على ما يمس بسلامة الرهن: تنص المادة 898 مدني الجزائري على أن: «... للدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير من شأنه إنقاص الضمان إنقاص كبيراً...» من ذلك نفهم أن المشرع الجزائري منح الدائن المرتهن (البنك) حق الاعتراض على كل عمل مادي أو قانوني إيجابي أو سلبي، صادر عن الرهن من شأنه إنقاص الضمان إنقاصاً كبيراً فيجوز له أن يعترض

(1) عبد المنعم البدرابي، التأمينات العينية مكتبة سيد عبد الله وهبة، الطبعة الثانية، سنة 1972، ص118.

(2) عبد الفتاح عبد الباقي، الوسيط في التأمينات العينية، مطبعة دار النشر بالجامعات المصرية، سنة 1954، ص108.

(3) جلال محمد ابراهيم وأحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص160.

على الأعمال المادية كشروع الرهن في هدم العقار، ويجوز له أيضا أن يعترض على الأعمال القانونية كبيع العقار باعتباره منقولاً بحسب المآل⁽¹⁾، أو بيع العقارات بالتخصيص الملحقة بالعقار الأمر الذي يقتضي فصلها وردها إلى طبيعتها المنقولة، وفي مثل هذه الحالات يجوز للبنك عن طريق ممثله القانوني أن يطلب من القاضي تعيين حارس قضائي على العقار المرهون كما يجوز له أن ينذر المتصرف إليه في المنقولات قبل أن يتسلمها ليحمله سوء النية، ومن ثم لا يمكنه التمسك بقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية، كما يجوز له الحجز على ثمن المنقولات التي تم فصلها وبيعها وتسليمها إلى المشتري حسن النية على أساس أن الثمن يحل محل المنقولات في الرهن.⁽²⁾

ب- الحق في اتخاذ الوسائل التحفظية اللازمة: تنص المادة 898 قانون مدني على أن للدائن المرتهن «...في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية اللازمة، وأن يرجع على الرهن بما ينفق في ذلك»، ففي حالة الاستعجال يحق للبنك كدائن مرتهن أن يتخذ من الوسائل التحفظية الضرورية للمحافظة على سلامة الرهن دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء كأن يعين من يقوم بأعمال الحفظ والصيانة والترميم للمحافظة على العقار المرهون على حالته إلى حين التنفيذ عليه، وله بعد ذلك أن يرجع على الرهن بما أنفقه في ذلك والبنك كدائن مرتهن وهو يقوم بهذه الأعمال باعتباره صاحب حق عيني على العقار المرهون، وليس باعتباره فضولياً⁽³⁾

ج- طلب وقف الأعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر: تنص المادة 899 الفقرة الثالثة قانون مدني على أنه: «...في جميع الأحوال إذا كان من شأن الأعمال الواقعة أن تُعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو جعله غير كافي للضمان كان للدائن المرتهن أن يطلب من القاضي وقف هذه

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، 201.

(2) سليمان مرقص، المرجع السابق، ص 123.

(3) سمير تتاغو، المرجع السابق، ص 112.

الأعمال والأمر باتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر»، من خلال ذلك يبدو وأن نص المادة لا يخص الاعتراض على الأعمال الصادرة عن الراهن فقط بل يشمل الأعمال الصادرة عن الغير أيضا، لأن الأمر يتعلق بجملة من الأعمال الخطرة على العقار المرهون التي تؤدي إلى درجة هلاكه أو تلفه أو جعله غير كافي للضمان⁽¹⁾ فإذا ما تم ذلك كان من حق البنك كدائن مرتهن أن يطلب من القاضي الحكم بوقف هذه الأعمال الخطرة، فيمنع على الراهن من مواصلة الهدم أو الكف عن أي من هذه الأعمال، وللبنك كدائن أن يتخذ من الوسائل التي تمنع وقوع الضرر كأن يطلب من القضاء وضع العقار المرهون تحت الحراسة القضائية.⁽²⁾

د- الجزاء المترتب على إخلال الراهن بالتزامه بضمان سلامة حق الرهن: سبق وقلنا أن تلك الحقوق الممنوحة للدائن من طرف القانون هي عبارة عن وسائل وقائية تهدف إلى منع وقوع الإخلال بالضمان لكن في المقابل القانون منح للدائن المرتهن وسائل علاجية أو جزائية تهدف إلى معالجة الوضع بعد وقوع بالإخلال بالضمان فعلا وهو في ذات الوقت ينطوي على نوع من الجزاء الموقع على الراهن لإخلاله بالتزام بالضمان وهذا فيما تقضي به القواعد العامة التي يؤدي تطبيقها في هذا الصدد⁽³⁾ إلى وجوب التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل أو سقوط أجل الدين.

- التنفيذ العيني: يتمثل في إعادة الحال إلى ما كانت عليه بإزالة آثار العمل أو التصرف الذي أدى إلى إنقاص الضمان كإعادة بناء ما تم هدمه، أو إعادة المنقول الذي تم التصرف فيه⁽⁴⁾، أو القيام بدفع كل إداء للغير بحق على العين المرهونة من شأنه المساس بحق البنك كدائن مرتهن.⁽⁵⁾

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص252.

(2) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص391-392.

(3) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص108.

(4) جلال محمد إبراهيم وأحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص163.

(5) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص203.

- التنفيذ بمقابل: إذا تعذر التنفيذ العيني وأصبح غير ممكن فيصار إلى التنفيذ بمقابل، فيطالب البنك كدائن مرتهن بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب ذلك، ولما كان الضرر الذي يعود على البنك كدائن هو زوال التأمين العيني أو ضعفه مما يهدد بعدم إمكان حصوله على الدين المضمون (مبلغ القرض)، كان الجزاء (التعويض) يتمثل في: إما في تقديم تأمين كافي⁽¹⁾ أو سقوط الأجل ودفع مبلغ القرض (الدين) فوراً⁽²⁾، وللبنك كمرتهن أن يختار بين هذين الحلين.

ثانياً: ضمان هلاك العقار المرهون أو تلفه : تنص المادة 899 قانون مدني في فقرتها الأولى والثانية على أنه: « إذا تسبب الرهن بخطأه في هلاك العقار المرهون أو تلفه كان للدائن المرتهن الخيار بين أن يطلب تأميناً كافياً أو يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل»، الواضح من هذه المادة أنها لم تعالج إلا فرض حدوث الهلاك أو التلف إما بفعل الراهن وإما بسبب أجنبي، ولكنها لم تعالج فرض حدوثها بخطأ الدائن المرتهن، ربما يرجع ذلك إلى ندرة حدوث ذلك على أساس أن حيازة العقار في الرهن الرسمي لا تنتقل إلى الدائن المرتهن فيظل بعيداً عنها ويصعب تصور أن يهلك بخطأ منه، وفيما يلي نحاول دراسة المقصود بالهلاك أو التلف ثم نأتي إلى الهلاك أو التلف المتسبب فيه الراهن وبليه الهلاك أو التلف بسبب أجنبي.

1- المقصود بالهلاك أو التلف: المقصود بإصطلاح الهلاك أو التلف، هو هلاك الضمان وليس فقط الهلاك المادي للعقار المرهون⁽³⁾ بمعنى أن الهلاك والتلف لا يقصد بهما فقط الهلاك أو التلف المادي للعقار، بل يعني ذلك كل ما يؤدي إلى خروج كل العقار أو بعضه من ضمان الدائن المرتهن، ولو رجع هذا إلى تصرف قانوني، ويظهر هذا المعنى بوضوح من نص المادة 900 قانون مدني التي يعتبر فيها

(1) عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص119.

(2) P) chereau, de la spécialité des hypothèques, thèse pour le doctorat, faculté de droit de l'université de paris, éditions Chevalier- Marescric et Cie, paris, 1899, pp. 168 et suiv.

(3) سمير تتاغو، المرجع السابق، تهميش1، ص113.

المشرع نزع ملكية العقار المرهون لمنفعة العامة صورة من صور هلاك العقار، مع أن هذا لا يؤدي دائما إلى هلاك العقار من الناحية المادية.

2- **هلاك العقار المرهون بخطأ الراهن:** إذا ما تسبب الراهن بخطأه في هلاك العقار المرهون أو تلفه كان الدائن المرتهن والذي هو البنك، مخيرا بين أمرين حسب المادة 899⁽¹⁾ في فقرتها الأولى قانون مدني، إمّا مطالبة المدين بتقديم تامين كافي، وإمّا إسقاط الأجل والمطالبة بالوفاء فورا أي أن البنك كدائن مرتهن يصبح له الخيار بين هذين الأمرين، ذلك أن الراهن لا يملك الخيار في أن يعرض على الدائن أحد الأمرين السابقين لأنه هنا يكون مغل بالتزامه بضمان سلامة الرهن، لذا وجب عليه الجزاء الذي أول ما تمثّل في حرمانه من الخيار، ومنح للدائن في الاختيار ومطالبة المدين الراهن بتقديم تأمين كافيا، أو أن يستوفى حقه فورا وهذا حكم عادل نتيجة إخلال الراهن بمسؤوليته في الضمان وتسببه بفعله أو خطأه الشخصي في هلاك أو تلف العقار محل الرهن، فحتى لو رغب الراهن في عدم الوفاء الفوري بالدين وكان لديه تأمين كافيا وعرضه على المرتهن، فإنه لا يكون ملزما بقبول هذا التأمين، ولو كان كافيا، إذا رأى أن مصلحته تتمثل في الوفاء الفوري بالدين، فخطأ الراهن يحرمه من الاختيار لأن البنك كدائن قد لا يثق في تأمين آخر حيث يخشى أن يعود المدين بإهماله إلى التسبب في تلفه أو هلاكه.⁽²⁾

إذا أختار البنك كدائن طلب تقديم تأمين كافي فإن المرجح في تقدير كفاية التأمين للقاضي في حالة وجود خلاف، وإذا أختار طلب الوفاء الفوري بالدين، فإن المدين سيدفع أصل الدين (مبلغ القرض) مع الفوائد من المدة السابقة على الوفاء فقط⁽³⁾ ويعفى من الفوائد الواقعة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ استحقاق الدين، ذلك أن الفوائد هي مقابل الانتفاع بالنقود وهو ما لم يتحقق.

(1) يقابله نص المادة 1038 قانون مدني مصري.

(2) حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 229.

(3) جلال محمد إبراهيم وأحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 169.

3- هلاك العقار المرهون بسبب أجنبي: إذا وقع الهلاك أو التلف بسبب أجنبي أي لا يرجع إلى خطأ الراهن، سواء كان ذلك راجعاً إلى فعل الغير أو قوة قاهرة، ولم يقبل الدائن المرتهن بقاء القرض (الدين) بلا تأمين، فإن الخيار في هذه الحالة يكون حسب المادة 899 الفقرة الثانية قانون مدني للمدين وليس للدائن حيث يختار المدين بين أمرين⁽¹⁾

- إما تقديم تأمين كافي بدلا عن العقار الهالك، ويرى بعض الفقه أنه ليس بلازم أن يتمثل هذا التأمين في رهن رسمي آخر بل أي تأمين آخر (كالكفالة أو رهن حيازي) يصلح بأداء الغرض، والمقصود بالتأمين الكافي هو ذلك الذي يكفي لسداد الدين عند حلول الأجل.

- وإما أن يختار المدين الوفاء بالدين فوراً قبل حلول الأجل، فإذا كان هناك اتفاق بين الأطراف على فائدة اتفاقية كما هو الحال في دراستنا هذه اتفاقية القرض فإن المدين يدفع أصل القرض (أو ما بقي منه) مع الفوائد المستحقة من المدة السابقة على الوفاء، ويعفى من الفوائد المستحقة بين تاريخ الوفاء وتاريخ الإستحقاق الدين أصلاً، ومن منطق تكريس هذه الإمكانية يستخلص أن الخيار بين إسقاط الأجل أو الزيادة في التأمين والذي كان متاحاً في الغرض السابق للدائن المرتهن، قد خول هذه المرة للمدين، إذ بعرضه على الدائن إنشاء حق رهن جديد وكاف على ممتلكاته العقارية الأخرى أو تأمين فعال، سوف يجبره حتماً على قبوله والتنازل بالتالي على مطالبة إسقاط الأجل والوفاء الفوري لانعدام المصلحة، أما إذا تخيز المدين الأداء الفوري للدين المؤجل فلا يجوز للدائن آنذاك رد مسعاه وإجباره تقديم زيادة أو تأمين كاف حتى وإن تبينت قدرته تلبية هذا المطلب⁽²⁾

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، 206.

(2) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 392، جميل الشرفاوي، المرجع السابق ص 189، ص 190.

ثالثاً: انتقال الرهن إلى مقابل هلاك العقار أو تلفه: يعبر عنه البعض بمبدأ الحلول العيني في الرهن، حيث تنص المادة 900 قانون مدني جزائري على أنه: « إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك من مبلغ التعويض عن الضرر» أو مبلغ التأمين أو الثمن المقرر مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة ويلاحظ أن حكم هذه المادة بانتقال الرهن إلى ما يحل محل العقار الذي يهلك أو يتلف "لأي سبب كان" ينطبق سواء أكان الهلاك أو التلف لسبب أجنبي أو نتيجة للتقصير الراهن⁽¹⁾ وتورد المادة 900 مدني جزائري سالفه الذكر ثلاثة حالات يترتب عليها نشوء حق بسبب هلاك العقار المرهون أو تلفه وهي الحقوق التي تحل محل العقار المرهون وهي :

- الحق في مبلغ التعويض عن الضرر وهو المبلغ الذي ينشأ في ذمة الغير الذي تسبب في الهلاك أو التلف المادي للعقار المرهون بفعله أو بفعل شيء في حراسته.

- الحق في مبلغ التأمين وهو المبلغ الذي ينشأ في ذمة شركة التأمين بسبب هلاك أو تلف العقار محل الرهن المؤمن عليه.

- الحق في الثمن المقرر مقابل نزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة.

ففي هذه الحالات الثلاث يحل مبلغ التعويض أو التأمين أو الثمن المقرر مقابل نزع ملكية العقار المرهون كله أو جزء منه، ويترتب على ذلك أن الرهن ينتقل إلى هذه المبالغ ويكون من حق البنك كدائن مرتهن أن يستوفي منه مبلغ الدين بحسب مرتبته،⁽²⁾ وهذه الحالات الثلاث وردت على سبيل المثال لا الحصر إذ يمكن إضافة أمثلة أخرى، بما يحل محل العقار المرهون من ذلك ثمن ما يباع من المنقولات الداخلة في مشتريات الرهن إلى مشتري حسن النية يمتلكها بالحيازة، وكان الثمن في ذمة المشتري لم يؤده إلى الراهن البائع، وأيضا ثمن إنقاص العقار المبني إذا هدمه الراهن وباعه أنفاظا.

(1) محمد صيري السعدي، المرجع السابق، ص 95.

(2) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 207.

ويلاحظ أن الهلاك المقصود بهذا النص ليس الهلاك الذي يعدم الشيء ماديا فحسب بل يشمل جميع الأحوال التي يزول فيها المال المرهون من ذمة الراهن المادية دون أن يمكن تتبعه إذا كان قد إنتقل إلى ذمة أخرى كما في نزع الملكية لمنفعة العامة، وبيع العقار بيعا جبريا ورسوا المزاد على المشتري وهذا ما يسمى بالهلاك القانوني،⁽¹⁾ وأساس حكم المادة 900 قانون مدني هو حلول الحق المترتب على الهلاك أو التلف حلولا عينيا محل العقار المرهون أو محل الجزء الهالك أو التالف منه فحقوق البنك كدائن مرتهن تترتب عليه كما كانت على العقار الهالك أو التالف، ويحتفظ البنك المرتهن بمرتبته كصاحب تأمين عيني بالنسبة للدائنين الآخرين.

الفرع الثالث: إلتزام الراهن بنفقات العقد والقيد.

ما يزيد من فعالية الرهن الرسمي كضمان عيني للبنك كدائن مرتهن أن المشرع الجزائري ألزم المدين الراهن بتسديد مصاريف عقد الرهن الرسمي طبقا للنص المادة 883 قانون مدني بقولها: « لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي... وتكون مصاريف العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك.» يفهم من هذا النص أن الأصل في مصاريف عقد الرهن تكون على عاتق الراهن ذلك أنه صاحب المصلحة في إبرام الرهن كي يتحصل على الإئتمان المطلوب من المرتهن، وتشمل مصاريف العقد من أتعاب الموثق والرسوم والأكثر من هذا يتحمل مصاريف قيد الرهن وتجديده وشطبه وهذا ما نصت عليه المادة 906 قانون مدني حيث قضت بأنه: « تكون مصاريف القيد وتجديده وشطبه على الراهن ما لم يتفق على غير ذلك ».

(1) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المصري في هذا الخصوص (في جميع التي حل فيها محل العقار المرهون أو محل جزء منه شيء آخر، كتعويض أو مبلغ تأمين أو ثمن يرسو به المزاد أو ثمن ملحقات يتم تسليمها فإن الرهن ينتقل إلى هذا الشيء الآخر، ويستوفي الدائن منه الدين بحسب مرتبته، وهذا مثل آخر للحلول العيني) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، وزارة العدل، دار الفكر العربي، سنة 1998، ص 54

وقد أوردنا هذا في مجال الفعالية الظاهرة للرهن الرسمي كضمان للقرض، ذلك أن الدائن المرتهن لا يتقل كاهله بكل هاته المصاريف والتي عادة ما تكون مرتفعة من شأنها أن تقلل أو تحد من فعالية الضمان بالنسبة للبنك كمرتهن لو كانت ملزمة له، ولكن هذه ليست قاعدة أمره فيجوز للأطراف الاتفاق على مقاسمة كل النفقات، غير أن الواقع العملي ولم كانت البنك أو المؤسسة المالية هي أحد أطراف عقد الرهن فغالبا يتم تطبيق الأصل وهو أنه لا يتم اللجوء إلى مقاسمة الأتعاب مع عملائها ذلك أن البنك في الأصل هو مؤسسة مالية تجارية ومن ثم فهو يسعى إلى تحقيق الربح وتجنب الخسائر أو التخفيف من أخطارها، وعليه ولما كانت مثل هذه النفقات تزيد من أعبائه فإنه يجعل من الراهن هو الذي يتحملها وهذا امتياز لبنك كدائن مرتهن، وذلك أنه يسعى دائما إلى تقوية ضمانه.

الفرع الرابع: حقوق البنك كدائن مرتهن بالتنفيذ في العقار المرهون:

إن حق البنك كدائن مرتهن في التنفيذ على العقار يختلف بحسب ما إذا كان هذا التنفيذ في مواجهة المدين أو في مواجهة الكفيل العيني.

أولا: حق البنك كدائن مرتهن في التنفيذ في مواجهة المدين: للدائن المرتهن عموما وبإجماع الفقه في مواجهة مدينه صفتان وحقان، فهو أولا دائنا عادي، أي صاحب حق شخصي، الأمر الذي يخوله التنفيذ على أي مال من الأموال المملوكة لمدينه والتي تشكل الضمان العام لهذا المدين، ليستوفى حقه منه للشتراك مع سائر الدائنين، وهو ثانيا دائن مرتهن أي صاحب حق عيني (هو حق الرهن) وهو بهذه الصفة يكون له ضمان خاص على العقار المرهون يخوله التنفيذ عليه وإقتضاء حقه منه بالأولوية على سائر الدائنين التاليين له في المرتبة، ومتتبعا إياه في أي يد يكون وهذا ما يعرف بالضمان الخاص.⁽¹⁾

(1) جلال محمد ابراهيم وأحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص200.

1- حقوق البنك باعتباره دائنا عاديا: إن ما يعطي الرهن الرسمي كضمان فعال بالنسبة للدائن المرتهن أنه لا يسلبه صفاته كدائن عادي، أين تكون له كافة الحقوق التي تكون لسائر الدائنين العاديين، لأن صفته كدائن مرتهن لا تنزع منه صفته كدائن عادي وعلى أساس ذلك يكون له حق الضمان العام على جميع أموال المدين الحاضرة والمستقبلية، ويترتب على ذلك مايلي:

أ- يحتفظ البنك كدائن بكل الدعاوي التي تحمي الضمان العام لدائنين، وهي وسائل التنفيذ التي نص عليها المشرع الجزائري في المواد من 189 إلى 199 قانون مدني المتمثلة في الدعوى الغير المباشرة والدعوة البولصية، ودعوة الصورية⁽¹⁾

ب- لا يكون له عند التنفيذ ميزة التقدم، بل يشترك مع باقي الدائنين في قسمة المال محل تنفيذ قسمة غرماء.⁽²⁾

ج- يحق له التنفيذ على أموال المدين غير المرهونة دون أن يكون مجبرا على البدء بالتنفيذ على العقار المرهون⁽³⁾، وكذا يمارس هذا الحق في حالة لم يكف ثمن العقار المرهون بالوفاء بحقه وهو مبلغ القرض تبعا لدراستنا هذه.

ومن الناحية العملية تبدو أهمية لجوء البنك كدائن مرتهن إلى صفته كدائن عادي، وتفضيل التنفيذ بها على التنفيذ بصفته كدائن مرتهن، في الأحوال التي يكون فيها لمدينه مبالغ من النقود مودعة في أحد المصارف مثلا (يسهل التنفيذ عليها والحصول على حقه منها، فمثل هذا الطريق للحصول على حقه أفضل وأسرع من الطريق الذي يظهر فيه بصفته كدائن مرتهن يرغب في الحصول على حقه بالتنفيذ على العقار المرهون، لأن هذا الطريق الأخير يقتضي المرور بإجراءات طويلة ومعقدة، وإذ نحن أجبرنا الدائن

(1) حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص361.

(2) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص268.

(3) جلال محمد إبراهيم وأحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص202.

المرتتهن بوجوب أن ينفذ على العقار المرهون أولاً قبل أن ينفذ على أموال المدين غير المرهونة، لكان في ذلك إضراراً به، ووضعها في مرتبة أدنى من مرتبة الدائن العادي، وهو ما ليس من المنطق أو العدل في شيء، لان البنك كدائن حين طلب من مدينه أن يقرر له ضمان خاصا على مال من أمواله إنما أراد أن يضمن مركز أفضل مما عليه الدائن العادي، ومن ثم فلا يجوز أن يؤدي مركزه هذا الإضرار به وحرمانه من الحقوق التي يتمتع بها الدائنين العاديين⁽¹⁾

2- **حقوق البنك باعتباره دائناً مرتتهناً:** إن البنك بهذه الصفة يكون صاحب حق عيني هو حق الرهن، ومن ثم يكون حقه متركزاً في العقار المرهون، الأمر الذي يخوله التنفيذ عليه وتتبعه في أي يد يكون واقتضاء حقه بالأفضلية على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة وهو في كل هذا يتوجب عليه إتباع الآجال والأوضاع التي قررها قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 902 في فقرتها الأولى من القانون المدني حيث قضت بأنه: « يمكن للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه في الآجال ووفقاً للأوضاع المقررة في قانون⁽²⁾ الإجراءات المدنية»، وإتباع الآجال والأوضاع المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يعد أمراً متعلقاً بالنظام العام، ذلك أن هذه الإجراءات وضعت خصيصاً لمراعاة حق كل من الراهن والمرتهن بحيث تحقق التوازن بين مصالحهما المتعارضة.

والسؤال المطروح: هل يمكن أن يتم الاتفاق بين البنك كمرتهن والراهن على وضع شرط تملك العقار المرهون لمرتهن في حال عدم الوفاء بالدين، حتى يتفادى المرتهن كل تلك الإجراءات والآجال المحددة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية؟

(1) جلال محمد إبراهيم وأحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 201.

(2) ألغي قانون الإجراءات المدنية بموجب القانون رقم 8-9 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الجواب هو موجود في نص المادة 903 من قانون مدني، هو بطلان الشروط التي تهدف إلى تفادي الإجراءات المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من ذلك شرط تملك العقار المرهون عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به، حتى ولو رضي المدين وهذه الإجراءات المقيدة لحق البنك كدائن مرتهن في التنفيذ على العقار المرهون سيتم تناولها من خلال الفصل الثاني من هذا الباب.

- والملاحظ أن البطلان يقتصر على الشرط الوارد في صلب العقد، أما عقد الرهن يبقى صحيحا لان شرط التملك يبطل ولا يبطل⁽¹⁾، ونكون أمام نظرية إنقاص العقد⁽²⁾ التي أخذ بها المشرع في المادة 104 قانون مدني وبالرجوع إلى نص المادة 903 قانون مدني نجد أن المشرع قد أبطل شرطين هما:

- شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء بالدين، وشرط البيع بلا إتباع الإجراءات المحددة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وأرجع الفقهاء سبب بطلان شرط التملك إلى عدة اعتبارات أهمها:

- أن الدائن المرتهن يلجأ إلى هذا الشرط استغلالا منه للمركز الاقتصادي الضعيف للمدين كي يحصل على ملكية العقار المرهون بأقل من قيمته الحقيقية فالمدين ونظرا لحاجته للمال قد يرضخ لما يملئ عليه من شروط خاصة إذا ضن أنه باستطاعته الوفاء بالدين عند حلول أجله، لكن في أغلب الأحيان يخيب ضنه ويجد نفسه عاجزا على ذلك نتيجة تراكم الفوائد أو لأسباب أخرى، ومن ثم يفقد ملكية عقاره مقابل دين يقل في غالب الأحيان عن قيمة العقار المرهون الحقيقية⁽³⁾

(1) يوسف أفريل، الرهن الرسمي العقاري (ضمانات بنكية للدائن المرتهن)، تقديم الدكتور محمد خيرى، الطبعة الأولى 1432هـ، سنة 2011، ص 84.

(2) سمير تناغو، المرجع السابق، ص 227.

(3) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 422.

- إن شرط التملك يعتبر إخلالا بالتوازن الذي أقامه المشرع بين المصالح المتعارضة للدائن المرتهن والراهن، ويعد أيضا مساسا بالأحكام المنظمة للرهن الرسمي، كفرض شرط التملك يعد ضمانا جديدة ابتدعها الدائن المرتهن ولا يجد حكمها ضمن أحكام الرهن الرسمي.⁽¹⁾

- إن في تملك الدائن المرتهن للعقار المرهون إخراجا للعقار من الضمان العام للدائنين وهو الأمر الذي يلحق الضرر بهم ويخالف ما يقضي به القانون من أحكام في هذا الشأن⁽²⁾، ونحن نرى أن ضرورة تعديل المادة 903 من التقنيني المدني الجزائري وإدراج مثل هذا الشرط وجعله جوازيا للأطراف مع ضبطه بقواعد قانونية كأن يقع تملك العقار المرهون من طرف الدائن المرتهن بعد حلول أجل الدين وعجز المدين عن الوفاء به، وأن يكون الدين لا يعكس القيمة السوقية للعقار المرهون، وفي رأينا أيضا أن هذا كذلك يدخل ضمن حقوق الدائن المرتهن في استيفاء حقه ما دام أن الراهن لم يستطع الوفاء بالتزامه، ذلك أن الاعتبارات المقدمة من طرف بعض الفقهاء كلها تصب في مصلحة الراهن ومتجاهلة مصلحة المرتهن كذلك لا ننسى وأن الراهن وهو يقدم هذا الضمان يعتقد كذلك ويضع في الحسبان أن العقار المرهون قد يضيع منه عن طريق بيعه في المزاد العلني إذا لم يتم الوفاء بالدين المضمون.

ونجد كذلك أن من التشريعات المقارنة قامت بتعديل قوانينها من ذلك التشريع الفرنسي بعد التعديل الذي حصل في سنة 2006 نص في باب الرهن الرسمي صراحة على جواز الاتفاق على شرط التملك في عقد الرهن الرسمي وفق ضوابط معينة⁽³⁾، وأخيرا يلاحظ أن المادة 903 في فقرتها الثانية قانون مدني جزائري تنص على ما يلي: «...غير أنه يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه على أن يتنازل المدين لدائنه على العقار المرهون وفاء لدينه»، فهي تقرر صراحة صحة الاتفاق بين الدائن المرتهن والمدين الراهن

(1) حسام الدين كامل الاخواني، المرجع السابق، ص398.

(2) جلال محمد إبراهيم وأحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص209.

(3) حيث نصت المادة 2459 من القانون المدني الفرنسي على مايلي: « il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Toute fois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur ».

بعد حلول أجل الدين أو قسط منه، على أن يتنازل المدين عن عقاره المرهون لدائنه المرتهن كوفاء لدينه ونحن كذلك لا نرى خلاف بين شرط التملك والتنازل، ذلك أن بعض من الفقه أجاز أن يتفق الراهن مع الدائن المرتهن على أن يبيعه العقار المرهون بأي ثمن كان⁽¹⁾، ويجوز لأي ذي مصلحة أن يعترض عن ذلك خاصة فيما يتعلق بالثمن الذي يبيع به العقار إذا لم يكن بثمن المسوق حفاظا على الضمان العام للدائنين.

أما عن شرط البيع بلا إجراءات والمقصود به الشرط الذي بمقتضاه يحق للدائن المرتهن عند حلول الأجل وعدم الوفاء بالدين، أن يبيع العقار المرهون دون إتباع الإجراءات المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتعلقة بالبيع الجبرية أي أن يتم الاتفاق بين الراهن والمرتهن على بيع العقار المرهون بغير مزاد أو بمزاد يجري دون تدخل المحكمة، ويطلق عليه في الفقه الفرنسي " شرط الطريق الممهد"⁽²⁾، على أساس أنه شرط " يمهد للدائن المرتهن الحصول على حقه دون أن يسلك إجراءات طويلة ومعقدة، وهو شرط باطل حسب المشرع الجزائري والذي عبرت عنه المادة 903 قانون مدني حيث نصت على أنه: « يكون باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله ... في أن يبيعه (أي العقار المرهون) دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن »، وأساس هذا البطلان لمخالفة الشرط السابق للنظام العام. ذلك أنه شرط يمس بمصلحة المدين وباقي الدائنين، لأنه لو تم البيع وفقا للإجراءات المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ونقصد بالبيع عن طريق المزاد العلني سوف يحقق ذلك أكبر سعر للعقار وبالتالي يمكن للراهن أن يقوم بالوفاء بدينه كاملا ويمكن أن يبقى من ثمن العقار ما يكفل به باقي الدائنين الآخرين إن كانوا لديه دائنين الذي

(1) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص424.

(2) clause de voie parée.

لهم هم كذلك مصلحة في الباقي من الثمن يمكنهم من الحصول على حقوقهم، أما مصلحة الراهن في أعمال هذا الشرط هو لئيتجنب المصرفيات التي تتجم عن البيع بالمزاد العلني.

وما نخلص إليه أن شرط البيع بلا إجراءات باطلا سواء تم الاتفاق بشأنه عند إبرام عقد الرهن الرسمي أو بعد إبرامه⁽¹⁾ وكما أشرنا أن الشرط يبطل ولا يبطل أي البطلان يقتصر على الشرط وليس على العقد.

ثانيا: حق البنك كدائن مرتهن التنفيذ في مواجهة الكفيل العيني: الحقوق التي أوردناها سابقا، والتي يتمتع بها الدائن المرتهن، قاصرة على الحالة التي يكون فيها الراهن هو المدين، أما إذا كان الراهن كفيلا عينيا، فإن حقوق البنك كدائن مرتهن تختلف في مواجهته عما سلف ذكره، والتي سنستعرضها فيما يلي:

1- فإذا كان المرتهن في علاقته بالمدين الراهن يستطيع أن ينفذ على أمواله غير المرهونة، فإنه يفعل ذلك بماله كدائن عادي من حق الضمان العام على أموال مدينه، وهو ما ليس له في مواجهة الكفيل العيني، لأن الكفيل العيني ليس مدينا إنما هو كفيل للمدين، لذا لا يجوز للبنك كدائن مرتهن أن ينفذ على أموال الكفيل العيني غير المرهونة، لأن مسؤولية الكفيل العيني عن المدين ليست مقررة على ذمته المالية ككل بل هي محصورة في حدود ما رهنه فقط، وهو ما يعبر عنه بعض الفقه بأن إلتزام الكفيل العيني إنما هو « إلتزام عيني»⁽²⁾، أي يتركز في العين المرهونة فقط، وعبر عنه البعض من الفقه بأن مسؤولية الكفيل العيني « مسؤولية مادية محددة بالعقار الذي قدمه»⁽³⁾.

وهذا الحكم نص عليه المشرع الجزائري في المادة 901⁽⁴⁾ قانون مدني التي نصت على أنه: « إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا على ما رهن من ماله...». وعليه

(1) Marcel Planiol et georges Ripert, op cit ; page 203.

(2) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص419.

(3) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص286، وأنظر أيضا شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص268.

(4) يقابلها المادة 1050 قانون مدني مصري.

فإن مسؤولية الكفيل العيني محصورة في حدود ما قام برهنه فقط، وهذا هو كذلك رأي الفقه في تحديد مسؤولية الكفيل العيني، لكن إذا كان لا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل العيني غير المرهونة، إلا أن ذلك لا يعني حرمان البنك كدائن مرتهن من إمكان التنفيذ على أموال المدين غير المرهونة بالإضافة إلى أموال الكفيل العيني المرهونة.⁽¹⁾

2- إذا كانت القاعدة السابقة تفيد أن مسؤولية الكفيل تنحصر في العقار المرهون، ولا تتعداه إلى غيره من أمواله، إلا أنه من المستقر، بصدد التنفيذ على الكفيل العيني الآتي:

أ- أنه لا يجوز له، على خلاف الكفيل الشخصي غير المتضامن الدفع بالتجريد حيث تنص المادة 901 قانون مدني على أنه لا يكون للكفيل العيني: «... حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك» ومؤدي هذا النص أنه في حالة ما إذا شرع البنك كدائن مرتهن في مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار المرهون لاستيفاء حقه من ثمنه، فإنه لا يجوز للكفيل العيني أن يمنعه من ذلك بحجة وجوب البدء بالتنفيذ على أموال المدين ذلك أنه يتمتع على الكفيل العيني التمسك بالدفع بالتجريد، وبناء على هذا كان للبنك كدائن مرتهن الخيار عند الشروع في التنفيذ بين البدء بالعقار المرهون من الكفيل العيني وبين البدء بالتنفيذ على أموال المدين غير المرهونة، بل ويقرر الفقهاء أن هذا الخيار ممنوح للدائن المرتهن حتى ولو كان للمدين عقار مرهون مع العقار المرهون من قبل الكفيل العيني في نفس الدين فيجوز للدائن المرتهن التنفيذ على أي من العينين المرهونتين⁽²⁾ ولكن هذا الحكم، أي حرمان الكفيل العيني من الدفع بالتجريد، ليس من النظام العام، لذا يجوز، باتفاق الأطراف منح الكفيل العيني هذا الحق وهو ما عبرت عنه المادة 901 قانون مدني بقولها: «...ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك».

(1) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع نفسه، 419 و420.

(2) جلال محمد إبراهيم وأحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص215.

ب- إذا كان لا يجوز للكفيل العيني الدفع بالتجريد فإنه يجوز له تخليه العقار، ومرد هذا أن الكفيل ليس مسئولا مسؤولية شخصية عن الدين إنما هو مسؤول في حدود العقار المرهون فقط وهذا الحكم نصت عليه المادة 902⁽¹⁾ الفقرة الثانية قانون مدني بقولها «...وإذا الراهن شخصا آخر غير المدين جاز له تفادي أي إجراء موجه إليه إن هو تخلى عن العقار المرهون وفقا للأوضاع والأحكام التي تتبعها الحائز في تخلية العقار»، وعليه بإمكان الكفيل العيني أن يتفادي أي إجراء موجه إليه من الإجراءات التنفيذ إذ هو تخلى عن العقار المرهون وفقا للأوضاع والأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار، وهي الأوضاع المنصوص عليها في المادة 922 قانون مدني وعلى ذلك يتخلى الكفيل العيني عن العقار المرهون بتقرير يقدمه أمام قلم كتاب محكمة العقار الابتدائية، ويؤشر به في هامش تسجيل تنبيه نزع الملكية، وعليه أن يعلن الدائن المرتهن بالتخلية في خمسة أيام من وقت التقرير بها، وعندئذ لا يستمر في اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة الكفيل العيني، ولو أنه يبقى مالكا للعقار، ويجوز لكل ذي مصلحة بما في ذلك البنك كدائن مرتهن والكفيل العيني نفسه تقديم طلب إلى قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس يتخذ الإجراءات في مواجهته، وإذا طلب الكفيل العيني تعيينه حارسا وجب تعيينه وتتخذ إجراءات التنفيذ ضد الحارس القضائي، وبعد بيع العقار واستيفاء الدائن المرتهن (البنك) حقه من ثمنه، إن بقي شيئا من هذا الثمن كان من حق الكفيل العيني، لأنه يبقى مالكا للعقار المرهون⁽²⁾

ج- إن إلزام الكفيل هو إلزام تابع، ولذا 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⁽³⁾

(1) تقابلها نص المادة 1051 قانون مدني مصري.

(2) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص421.

(3) راجع المادة 893 من القانون المدني الجزائري.

د- عند إرادة البنك كدائن مرتهن في التنفيذ على الكفيل العيني فإن إجراءات التنفيذ تتخذ في مواجهته باعتباره حائزاً للعقار لا في مواجهة المدين فيوجه إليه تنبيه نزع الملكية ويسجل على اسمه، على أن يكفل المدين بالوفاء قبل بدأ التنفيذ ضد الكفيل العيني وهو الرأي الصائب وهناك من الفقه من ذهب إلى القول بوجوب إتباع إجراءات التنفيذ الواجب اتخاذها في مواجهة المدين، لأن مركز الكفيل العيني يختلف عن مركز الحائز، وفي رأينا نجد أن الرأي القائل بوجوب إتباع إجراءات التنفيذ باسم الكفيل العيني هو الرأي الأصوب من عدة أوجه قانونية ومنطقية، إذا كان قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يفصل بشكل واضح في الأمر ورغم أننا باستقرائنا للمادتين 735 و736 من نفس القانون نجد أنه يورد الكفيل العيني في قيد أمر الحجز ويخصص له مركز قانوني مستقل إلى جانب المدين المحجوز عليه أو حائز العقار كذلك ما تعرض له المشرع الجزائري في المادتين 901 و902 من التقنين المدني هذا من الجوانب القانونية⁽¹⁾، أما من حيث الجوانب المنطقية التي تخول للبنك كدائن مرتهن وجوب إتباع إجراءات التنفيذ الواجب إتباعها على العقار تحت يد الحائز هي:

- توجيه التنبيه بنزع الملكية وتسجيله يتم باسم العقار المرهون وهو الكفيل العيني، وليس المنطق أن يتم توجيهه إلى المدين وتسجيله باسمه، مادام أنه لا يملك العقار المرهون ولم يقدّم برهانه.
- الأساس المنطقي الآخر أن تنبيه نزع الملكية كما هو واضح ينطوي على نزع ملكية العقار المرهون ومن ثم كان من الواجب توجيهه وتسجيله باسم من تكون له ملكية العقار وهو الكفيل العيني.
- كذلك أن هذا القول يتناسب مع المركز القانوني للكفيل العيني فهو مسؤول في حدود العقار الذي قدمه للراهن، ومن وجب القول بتوجيه الإجراءات في التنفيذ إليه باعتبارها تنصب على العقار المخصص للوفاء بالدين.⁽²⁾

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص247.

(2) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص270.

المطلب الثاني: الامتيازات الممنوحة للبنك كمرتهن بموجب قيد الرهن.

إذا كان حق الرهن ينشأ بمجرد العقد، والتي حاولنا من خلال المطلب الأول توضيح حقوق وامتيازات البنك كدائن مرتهن في مواجهة الراهن أو الكفيل العيني، إلا أن حق الرهن لا يكون نافذا في مواجهة الغير إلا بالقيد في مصالح الشهر العقاري كما عبرت عن ذلك المادة 904 الفقرة الأولى من التقنين المدني بقولها: « لا يكون الرهن نافذا في حق الغير، إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكتسب هذا الغير حقا عينيا على العقار...».

- والمقصود بالغير هو كل صاحب حق يضار من وجود الرهن الرسمي،⁽¹⁾ وعلى هذا يعتبر من الغير كل دائن مرتهن آخر أو صاحب أي حق عيني تبعية مقيد على العقار سواء كان دائنا مرتهنا رهنا رسميا أو حيازيا، أو صاحب حق اختصاص أو حق امتياز عقاري وكذلك يعتبر من الغير الدائن العادي، ولو أنه غير صائب حق على العقار إلا أنه يضار من وجود الدائن المرتهن لأنه سينتقم عليه وقت التنفيذ، كما يعتبر من الغير كل صاحب حق عيني أصلي على العقار كالمالك.⁽²⁾

أما مظهر نفاذ الرهن في حق الغير هو أن البنك باعتباره دائن مرتهن فيكون له حق الأفضلية أو التقدم وحق التتبع، ونجد أن التقدم والتتبع يهدفان إلى استيفاء حق الدائن المرتهن، وهما قوام الرهن⁽³⁾ وجوهره، وإعمال التتبع حتما سيتبعه إعمال التقدم، بيد أن التتبع تظهر فعاليته عند خروج العقار من ذمة الراهن، بينما التقدم يتم إعماله بغض النظر عن بقاء العقار في ذمة الراهن أو انتقاله إلى الغير مما يجعل التتبع وسيلة لحماية التقدم، وسوف نستعرض حق البنك كدائن مرتهن في التقدم والأفضلية في استيفاء حقه عن بقية الدائن من خلال (الفرع الأول) ثم ندرس حقه في التتبع من خلال (الفرع الثاني).

(1) Marcel Planiol et georges Ripert, op.cit ; page 708.

(2) سمير تتاغو، المرجع السابق، ص 126.

(3) Philippe Malaurie et Laurent Aynées ; les suretés la publicité foncière, 2 édition 2006, par Laurent Aynées et pierre Cropro ; Defrénois, paris, page 158.

الفرع الأول - حق البنك في التقدم.

التقدم أو الأفضلية هو الغاية من الرهن، وهو يعني أن يستوفي البنك كدائن مرتهن حقه متقدماً أو مفضلاً على غيره من الدائنين الذين لا يتمتعون بنفس مركزه سواء كانوا دائنين عاديين أم دائنين مرتهنين متأخرين في المرتبة، وبمقتضاه يتقدم عليهم في استيفاء حقه من المقابل النقدي للعقار المرهون، وهو ما قضت به المادة 882 قانون مدني بنصها على أن الرهن يخول صاحبه الحق في: «...أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن العقار...»، وأيضاً المادة 907 من نفس القانون بقولها: « يستوفي الدائنون والمرتهنون حقوقهم اتجاه الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا أجروا القيد في يوم واحد».

ويعتبر الفقه حق التقدم هو جوهر الرهن الرسمي، ذلك أن الغاية النهائية والوحيدة للبنك كدائن مرتهن في استيفاء حقه المضمون بالأولوية على غيره من الدائنين، وحق التقدم ما هو إلا وسيلة وامتنياز لتمكين الدائن المرتهن من مباشرة حقه في التقدم عندما ينتقل العقار المرهون إلى الحائز⁽¹⁾ وعليه إذا بقي العقار المرهون في حيازة الراهن ولم يتصرف فيه امتنع استعمال حق التمتع في حين يبقى حق التقدم قائماً،⁽²⁾ وتظهر أكثر أهمية حق التقدم إذا عرفنا أن البنك كدائن مرتهن يتمتع. بهذا الحق سواء باشر إجراءات التنفيذ على العقار المرهون وهو بين يدي الراهن أو بعد أن ينتقل إلى الحائز،⁽³⁾ كما أنه يباشر في مواجهة الحارس الذي قد يتخلى له الحائز عن العقار المرهون.⁽⁴⁾

(1) جلال محمد إبراهيم وأحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص244.

(2) حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 463، أحمد سلامة، المرجع نفسه، ص330.

(3) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص116.

(4) محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، مطابع دار الشعب، القاهرة، الطبعة الثالثة 1979، مصر ص280.

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام حق التقدم في أربعة مواد هي المواد من 907 إلى 910 من القانون المدني. فالمادة 907 عالجت مسألة وعاء (أو محل) التقدم أي الأموال التي يستوفي منها الدائن حقه بالتقدم، أي على ماذا يتم التقدم، أما المادة 908 فوضحت كيفية حساب مرتبة الدائن المرتهن أي مسألة درجة التقدم، والمادة 909 تطرقت إلى تحديد الحقوق التي يستوفيهها الدائن بالتقدم أي بماذا يتقدم الدائن المرتهن، في حين المادة 910 عالجت حكم نزول الدائن المرتهن عن مرتبته لصالح دائن مرتهن آخر، وسنعالج أحكام التقدم على الترتيب الذي أورده المشرع الجزائري بداية بوعاء التقدم ثم درجته ومرورا بنطاقه وانتهاء بحكم نزول الدائن المرتهن عن مرتبته لدائن مرتهن آخر.

أولاً: وعاء حق التقدم: يقصد بوعاء التقدم (أو محله أو موضوعه) الأموال التي يستوفي منها البنك كدائن مرتهن حقه والذي هو مبلغ القرض، بالتقدم على الدائنين الآخرين، وعليه فإن هذا الوعاء لا بد أن يكون مبلغاً من النقود، ولا يمكن أن يكون غير ذلك ومن ثم قبل إجراء التوزيع. أن يتحول العقار المرهون إلى مبلغ من النقود⁽¹⁾، وقد عالجت المادة 907 من القانون المدني ذلك بنصها: « يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم (قبل) الدائنين العاديين من ثمن العقار أو من المال الذي حل محل هذا العقار بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا أجروا القيد في يوم واحد»، يفهم من مضمون المادة أن وعاء التقدم هو إما ثمن العقار المرهون كما سبق وأشارنا إليه، وإما المال الذي حل محل هذا العقار، وهذا يجعلنا نستنتج أن حق التقدم لا يرد على العقار ذاته، وإنما على المقابل النقدي له أي كان⁽²⁾، ومن ثم كان لزاماً قبل التوزيع تحويل العقار المرهون إلى مبلغ نقدي، والأصل أن يتم هذا التحويل بطريق البيع بالمزاد العلني، لكن هذا لا يمنع من وجود طرق أخرى غير طريق البيع، وهي القروض التي أشارت إليها المادة 889 قانون مدني الخاصة بالرهن الصادر من مالك المباني المقامة على أرض الغير، والمادة 900 قانون مدني الخاصة

(1) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 436.

(2) حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 464.

بهلاك أو تلف العقار المرهون، وغيرهما من المواد الموزعة هنا وهناك، وفي مجال تحديد وعاء التقدم نصت المادة 882 قانون مدني على أن الرهن الرسمي "يخول صاحبه حقا عينيا يتقدم بمقتضاه على الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة «في استيفاء حقه من ثمن العقار»، وهو ما قد يفهم منه أن التقدم لا يرد إلا على "ثمن" العقار المرهون، ومنه نخلص إلى أن ذلك لا يتم إلا بتحويل العقار إلى مبلغ نقدي يبيعه بيعا جبرياً بالمزاد العلني، ومن ثم يمارس البنك بصفته دائن مرتهن حقه في التقدم على هذا المبلغ النقدي، لكن هذا الفهم سرعان ما يتبدد حين نجد المادة 907 قانون مدني تنص على: « يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين أو من المال الذي حل محل هذا العقار...»، وحين نجد المادة 900 قانون مدني تنص على أنه: « إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك من مبلغ التعويض عن الضرر أو مبلغ التأمين أو الثمن المقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة» هذه النصوص تفيد وبوضوح تام أن التقدم لا يرد على "ثمن" العقار المرهون فقط بل يرد أيضا على كل مال يحل محل العقار المرهون بشكل يجوز معه القول بأن حق التقدم يرد على المقابل النقدي للعقار المرهون أيا كان، أي سواء أكان ثمنا للعقار أو غيره، وبالرجوع إلى نص المادة 889 قانون مدني التي تنص على: « يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها وفي هذه الحالة يكون للدائن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الإنقاذ إذا هدمت المباني ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المباني وفقا للأحكام الخاصة بالالتصاق»، وبالرجوع إلى كل النصوص السابق ذكرها نخلص إلى أن موضوع التقدم يشمل ما يلي:

1- **ثمن العقار المرهون وملحقاته:** يتمثل وعاء التقدم بصفة أساسية وجوهرية في ثمن العقار المرهون وملحقاته، أي أن الدائن المرتهن والذي هو البنك أو المؤسسة المالية، يباشر حقه في التقدم على هذا

التمن ليستوفي منه دينه، وتتم إجراءات التنفيذ على العقار وبيعه في المزاد العلني ليتحول إلى مبلغ من النقود يستوفي منه الدائن حقه، ويستوي أن يكون البيع قضائياً أو ودياً.⁽¹⁾

وإذا كان وعاء التقدم، على ما قدمنا هو المقابل النقدي للعقار المرهون، فإنه ينبغي فهم العقار هنا بشكل متسع⁽²⁾، يشمل ليس فقط العقار المرهون بل ينصرف أيضاً إلى كل وعاء الرهن (أو مشتقات الرهن) على ما سلف تحديده، فيشمل العقارات بالتخصيص، وحقوق الارتفاق، والتحسينات والإنشاءات، وكذلك ثمار العقار المرهون التي تلحق به بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية إذا اتخذ الإجراء في مواجهة المدين الراهن حسب ما تقضي به المادة 888 قانون مدني، ومن تاريخ توجيه إنذار للحائز بالدفع أو التخلية إذا اتخذ الإجراء في مواجهة الحائز حسب ما تقضي به المادة 930 قانون مدني⁽³⁾

2- المال الذي يحل محل العقار المرهون: نص المشرع الجزائري في المادة 907 قانون مدني على المال الذي يحل محل العقار المرهون وبالرجوع إلى المادتين 889 و900 قانون مدني سالفنا الذكر يمكن القول أن للبنك كدائن مرتهن الحق في ممارسة حق التقدم في استيفاء حقه من ثمن الإنقاض، ومبلغ التعويض، ومبلغ التأمين، ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة، فهذه هي أهم صور تحول العقار المرهون إلى مبلغ نقدي بغير طريق البيع الجبري بالمزاد العلني.

أ- ثمن الإنقاض: من خلال مضمون نص المادة 889 قانون مدني أنه في حالة الرهن الصادر من مالك المباني القائمة على أرض الغير يكون للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء حقه والذي هو مبلغ القرض من ثمن الإنقاض في حالة ما إذا هدمت المباني المرهونة، أو من ثمن التعويض المدفوع من قبل مالك الأرض في حالة ما إذا استبقى هذا الأخير المباني طبقاً لأحكام الالتصاق.⁽⁴⁾

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص301.

(2) سمير تناعو، المرجع السابق، ص258.

(3) جلال محمد ابراهيم وأحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص247.

(4) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص302.

ب- مبلغ التعويض: هو المبلغ الذي يدفعه المسؤول عن هلاك العقار أو تلفه، حيث ينتقل الرهن إلى هذا المبلغ، وعليه فإنه يتعين على المرتهن، أن يبادر بإخطار المسؤول والمتسبب في هلاك العقار أو تلفه مباشرة، عن الامتناع عن دفع مبلغ التعويض لمالك العقار المرهون (الراهن)، على أساس أن العقار مرهون لضمان حقه، فإذا قام البنك كدائن مرتهن بهذا الإخطار إمتنع على المسؤول دفع مبلغ التعويض للراهن وإذا دفعه رغم ذلك كان ذلك غير مبرئ لذمته في مواجهة البنك كدائن مرتهن، أما في حالة تقاعسه في إخطار المسؤول عن الهلاك أو التلف في الوقت المناسب وقام الأخير بدفع مبلغ التعويض إلى الراهن كان ذلك مبرئاً لذمته في مواجهة الدائن المرتهن، ولا يمكن في هذه الحالة القول أن المسؤول كان مخطئاً في دفع المبلغ، لأن الرهن كان مقيداً، ومن ثم كان يفترض علم المسؤول بوجوده وانقاله إلى مبلغ التعويض، لأن في مثل هذا القول من جهة إرهاباً كبيراً للمسؤول، ذلك أنه من غير المعقول إلزام كل مسؤول قبل دفع مبلغ التعويض بالتوجه إلى مكتب الشهر العقاري لمعرفة جميع من لهم حقوق مقيدة على العقار، ومن جهة أخرى قد يقال إن قيد الرهن لم يشرع لإعلام الناس كافة بوجود الرهن، وإنما شرع لصالح من يتعاملون مع الراهن في العقار المرهون، ومن الصعب جداً اعتبار المسؤول عن الضرر من طائفة المتعاملين،⁽¹⁾ وهناك من الفقه من يرى أن للدائن المرتهن الحق في حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد المسؤول حتى لا يقوم بالوفاء به للراهن، وله الأفضلية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له المرتبة⁽²⁾

ج- مبلغ التأمين: تنص المادة 900 قانون مدني على أنه: «إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان إنتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك من...مبلغ التأمين...»، وعلى ذلك يفهم أن

(1) حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص376.

(2) محمد بلعتروس، قاعدة عدم الحيابة في الرهن الرسمي (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري) مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير الشعبة الشريعة والقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، الجامعة الإفريقية أحمد دراية، أدرار، السنة 2005-2006، ص120.

العقار المرهون متى كان مؤمنا عليه ضد المخاطر، ووقع الهلاك أو التلف للعقار المرهون، فأستحق المؤمن له (الراهن) مبلغ التأمين، ومن ثم انتقل الرهن إلى هذا المبلغ النقدي وثار التساؤل فقها عن الوسيلة الفعالة التي تكفل للدائن المرتهن (البنك) التوصل إلى مباشرة حقه في التقدم على مبلغ التأمين حيث طرح السؤال التالي، هل يلزم الدائن المرتهن بإخطار شركة التأمين بضرورة الامتناع عن دفع عوض التأمين للراهن لأن العقار كان مرهونا لضمان حقه، أم أنه غير ملزم بهذا الإخطار على أساس أن الرهن كان مقيدا ومن ثم يفترض في شركة التأمين العلم به؟

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول أنه ليس من حق شركة التأمين أن تؤدي إلى الراهن ما أستحق في ذمتها بسبب هلاك العقار، بل يجب عليها أن تحتفظ بمبلغ (عوض) التأمين لصالح الدائن المرتهن تأسيسا على أن الرهن يشهر بطريق القيد، وقد أخذ على هذا الرأي أنه يرهق شركات التأمين، وينحرف بالشهر عن أهدافه ذلك أن قيد الرهن قد شرع لمن يتعاملون مع الراهن بشأن العقار، فيكتسبون عليه حقوقا عينية، حينئذ بحكم التزامهم قاعدة الأسبقية في الشهر، ولكن ليس من العدل الانحراف بالقيد عن أهدافه، يجعله وسيلة إعلان تلزم الكافة، فشركة التأمين في تقدير هذا الفقه لا يقع عليها التزام بالكشف عن الحالة القانونية للعقار، كما هو الحال بالنسبة لمن يريد شرائه أو اكتساب أي حق عيني آخر⁽¹⁾، ولذلك يذهب الرأي الراجح في فرنسا إلى القول بأنه يجب على الدائن المرتهن عند هلاك العقار أو تلفه - أن يقوم بإخطار شركة التأمين بوجود رهنه، فإذا حصل هذا الإخطار في وقت مناسب فهو مانع للشركة من الوفاء بالعوض (مبلغ التأمين) إلى الراهن حتى يسوى الخلاف بين الراهن والمرتهن أو حتى يستوفي الأخير مطلوبه من شركة التأمين.⁽²⁾

(1) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص366.

(2) Marcel Planiol et georges Ripert; op.cit, tome 13, page 275.

وهذا الرأي الأخير هو الذي أخذ به المشرع الجزائري في قانون التأمينات رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995، حيث نصت المادة 36 منه على ما يلي: « إذا وقع حادث في مجال تأمينات الأموال يحصل الدائنون الممتازون أو المرتهنون تبعا لرتبهم وطبقا للتشريع الساري على التعويضات المستحقة. غير أن المدفوعات المقدمة عن حسن نية قبل تبليغ المؤمن بالدين الإمتيازي أو الرهني تكون مبرئة »، فالفقرة الأولى حفظت للدائنين الممتازين والمرتهنين حقهم في التقدم على التعويض المستحق تبعا لمرتبتهم في القيد، في حين قررت الفقرة الثانية أن ما تدفعه شركة التأمين عن حسن نية من جهة وقبل تبليغها بالدين الممتاز أو الرهني من جهة أخرى يكون مبرئا لزمتهما في مواجهة الدائنين الممتازين والمرتهنين، الخلاصة أنه حتى يكون وفاء شركة التأمين للمؤمن له (صاحب العقار المرهون) قابلا للاحتجاج به على الدائنين الممتازين والمرتهنين يجب توافر شرطين: الأول: وهو عدم وجود تبليغ من الدائنين الممتازين أو المرتهنين بالدين الممتاز أو الرهني، والثاني: توافر حسن النية عند المؤمن (شركة التأمين) وقت الوفاء، ومن هذا التعويض أيضا على التأمين تعويضات الحرب التي تستحق للمالك عن هلاك العقار أثناء الحرب، حيث صدرت قوانين في فرنسا في هذا المعنى عقب الحرب العالمية الأولى، والحرب العالمية الثانية⁽¹⁾، وما يمكن قوله أن المشرع لم يضع أي تحديد أو تقييد معين لانتقال حق الدائن إلى ما سيتقاضاه المؤمن له من تعويضات على الأضرار اللاحقة بعقاره بقطع النظر عن أهمية الضرر أو نوعه أو مصدره⁽²⁾

كذلك أن انتفاع الدائن (البنك المرتهن) بالتعويضات لا يتطلب منه إتمام شكلية معينة كالحصول على تفويض أو توكيل من طرف المدين الراهن أو الكفيل العيني المستفيد من تلك التعويضات، إلا أنه

(1) Raynaud Pierre; Hypothèque, Encyclopédie, Dalloz ; Tome 2, page 917.

(2) Durry. G ; Hypothèque et assurance ;l'évolution du droit des suretés , Revue juridique et commercial ; 1982 ; page 27 et sui.

يتوجب على الدائن المرتهن (المؤسسة البنكية) إعلام المؤمن بالرهن المسلط على العقار المؤمن ورغم أن هذا الشرط أثار احتجاج بعض شرّاح القانون سبق التطرق إليها.

د- **مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة:** قد تنزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة، فإذا حدث ذلك فإن العقار ينطهر من الرهن أو بعبارة أخرى يعتبر أن العقار قد هلك هلاكاً قانونياً⁽¹⁾، فيسقط الأجل ويستحق الدين فوراً، ويحصل البنك المرتهن على حقه من مقابل الملكية للمنفعة العامة بحسب مرتبة رهنه.

ويذهب جمع من الفقه الفرنسي إلى اعتبار مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة من قبيل ثمن العقار وليس من قبيل المال الذي يحل محل العقار⁽²⁾، فنزع ملكية العقار يعتبر في الحقيقة بيعاً، والتعويض الذي تدفعه الدولة، يعتبر بمثابة الثمن⁽³⁾، لكن بالرجوع أحكام القانون المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة⁽⁴⁾، نجد أن المشرع وفر من وسائل العلم بأمر نزع الملكية من خلال إخضاع هذه العملية حسب المادة 03 اجراء يشتمل على:

- التصريح بالمنفعة العامة.

- تحديد كامل للأماكن والحقوق العقارية المطلوب نزعها، وتعريف هوية المالكين وأصحاب الحقوق الذين تنتزع منهم هذه الملكية والتي يتولاها المحافظ العقاري من خلال التحقيق الذي يجريه سواء على العقارات أو في تحديد الملاك وأصحاب الحقوق المطلوب نزع ملكيتها.

(1) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 367.

(2) Marcel Planiol et georges Ripert; op.cit, page 262.

(3) أحمد سلامة، المرجع السابق، هامش رقم 03، ص 347.

(4) القانون رقم 91-11، المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق لـ 27 أبريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، الجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة بتاريخ 1991/05/08.

- تقرير عن تقييم الأملاك والحقوق المطلوب نزع ملكيتها والذي عادة تعده مصالح مديرية أملاك الدولة، باعتبارها هي خبير الدولة.⁽¹⁾

- قرار إداري بقابلية التنازل عن الأملاك والحقوق المطلوب نزع ملكيتها، توفير الإعتمادات المالية اللازمة للتعويض وهذا الأخير يجب أن يكون قبلي عادل ومنصف ويستوي أن يكون عيني أو نقدي ويجب أن يتم دفعه من قبل الجهة المستفيدة من نزع الملكية. كل هذه الإجراءات وما يصاحبها من علانية وتبليغ تجعل البنك المرتهن يتقدم لإستيفاء حقه من مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة والذي تم قيده وتأتي مرتبتها من تاريخ القيد.

ثانيا : درجة حق التقدم: إن الدائن - المؤسسة البنكية- المرتهن باشرطه ضمان دينه بمقتضى رهن عقاري يطمح بلا شك تبوء مركز ممتاز يخول له استيفاء دينه بالأولوية على غيره من الدائنين، إلا أن تحقق ذلك يتوقف على ضبط درجة مرتهن العقار في السلم التفاضلي إذا ما واجه دائنين اكتسبوا بدورهم حقوق رهن على ذات العقار المرهون⁽²⁾ بل وقد توجد تأمينات عينية أخرى مقيدة على نفس العقار، كما يواجه دائنين غير مرتهنين للعقار ولكن لهم من أسباب التفضيل ما يُحتم فصل تزاممه معهم.

والقاعدة العامة في درجة التقدم يحكمها مبدأ عام نصت عليه المادة 908 من القانون المدني والذي مفاده أن الأولوية في استيفاء الحق تكون للأسبق في القيد وما يفهم كذلك أن هذه المفاضلة تقتضي وجود تزامم بين دائنين مرتهنين على نفس العقار المرهون لأنه من غير التصور وجود هذا التزامم بين دائنين مرتهن قيد حقه على العقار ودائن عادي لأن الأسبقية دائما تكون للدائن المرتهن، فإذا حدث تزامم بين الدائنين المرتهنين كانت الأولوية على أساس تاريخ قيد رهونهم، ونفس الحال يقال إذا حدث تزامم بين

(1) زويبر براحلية، التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العقاري كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، لسنة 2008، ص22.

(2) ميسون الأسود، الطبيعة القانونية للرهن العقاري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، العقود والاستثمارات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس، السنة الجامعية 2004/2005، ص78.

دائن مرتين وأصحاب حقوق عينية تبعية خاضعة للقيد كأصحاب الرهن الحيازي والتخصيص والامتياز الخاص على العقار فإن الأولوية تكون بحسب الأسبقية في القيد.⁽¹⁾

ولكن السؤال المطروح كيف يمكن أن تتم المفاضلة بين الدائنين ما قاموا بقيد رهونهم أو حقوقهم في يوم واحد؟ الجواب هو أنه من غير المتصور أن يتقدم صاحب حق على آخر رغم قيدهما في يوم واحد⁽²⁾ إذا بادر أحدهما بالقيد في وقت سابق أيا كان الفاصل الزمني بينهما، وهذا ما قصده المشرع الجزائري بقوله في المادة 907 قانون مدني: « يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم... بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا أجروا القيد في يوم واحد»⁽³⁾ والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يأخذ بما سار عليه المشرع الفرنسي أي إذا تقدما إثنان في نفس اليوم للقيد يأخذون نفس المرتبة، بل تكون هناك مفاضلة وفقا لأرقام متتابعة طبقا لتاريخ وساعة القيد.

ومن ثم حتى يحافظ البنك كدائن مرتين على مرتبته والتقدم على باقي أصحاب الحقوق السعي إلى قيد حقه في أسرع وقت وإن كانت العملية موكولة إلى أشخاص آخرين، والبنك كدائن مرتين يستطيع استيفاء حقه بالتقدم وفقا للمبادئ التالية:

1- يتقدم البنك كدائن مرتين على كافة الدائنين العاديين في استيفاء حقه من الشيء المرهون ولو كان حقه قد أنشأ بعد حقوقهم، وأيا كان تاريخ القيد.

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 116.

(2) سمير تتاغو، المرجع السابق، ص 240، والذي ذكر أن المواد 16 و 19 و 20 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الشهر العقاري عملت على تنظيم عملية القيد بما يحدد على وجه الدقة ساعة القيد، ويرى الأستاذ السنهوري، أنه يتم المفاضلة بين الدائنين في القيد بتقديم واحد على الآخر بالدقائق، (التأمينات الشخصية والعينية)، المرجع السابق ص 493.

(3) في القانون الفرنسي قبل تعديل 1955، كانت المادة 2147 ق.م.ف تقضي أن القيود التي تتم في يوم واحد تحسب في نفس الدرجة، لكن بعد تعديل أصبحت تحسب بالنظر إلى تاريخ نشأة الرهن - Raynaud Pierre et G.Marty, les sûretés, la publicité foncière, Tom3,vol1,ser 1971, p187.

2- ترتيب الدائنين المرتهنين على نفس العقار، فإن المفاضلة تكون وفقا لتواريخ تسجيلهم، بغض النظر تاريخ الدين، فإذا قيدت في يوم واحد، فإن المفاضلة تكون وفقا لأرقام متتابعة طبقا لتاريخ وساعة إجراء القيد.

3- المفاضلة بين المرتهن رهنا رسميا ودائنين أصحاب تأمينات عينية أخرى، فإن الأولوية بينهم تكون للأسبق في القيد،⁽¹⁾ كذلك صاحب الإمتياز العام يفضل على الدائن المرتهن رهنا رسميا في أي كان تاريخ قيده طبقا لما ورد في نص المادة 986 الفقرة الثالثة قانون مدني حيث جاء نصها كما يلي: « غير أن حقوق الامتياز العامة ولو كانت مرتبة على عقار لا يجب فيها الإشهار ولا حق التتبع، ولا حاجة الإشهار أيضا في حقوق الامتياز العقارية الضامنة بمبلغ مستحق للخرينة العامة، وهذه الحقوق الممتازة جميعا تكون أسبق في المرتبة على أي حق امتياز عقاري آخر أو حق رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده...» وهذا هو الاستثناء الذي قد يؤثر على امتياز البنك كدائن مرتهن ويفقده مرتبته في الأسبقية والذي سنتناوله في الفصل القادم، كما ترد على هذه القاعدة العامة أيضا استثناءات أخرى منها:

- يمتد الرهن إلى ملحقات الشيء المرهون كالتحسينات والانشاءات، مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين، أي أن هؤلاء يستوفون حقوقهم قبل الدائن المرتهن ولو كان حقه مقيدا قبل امتيازها الواقع على هذه الملحقات.⁽²⁾

- لا يكفي القيد وحده حتى يكون الرهن الحيازي نافذا في حق الغير، بل يجب أن يقترب القيد بانتقال حيابة العقار المرهون إلى المرتهن، أو إلى الغير، لأنه إذا تزامم البنك كدائن مرتهن رهنا رسميا، ودائن مرتهن لنفس العقار رهنا حيازيا، فإن مرتبة هذا الأخير لا تحسب إلا من يوم انتقال الحيازة إلى جانب

(1) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص493، سليمان مرقص، المرجع السابق ص363، سمير تناغو، المرجع السابق، 239 وما بعدها.

(2) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 297.

القيد، فإذا قيد الرهن الرسمي قبل الرهن الحيازي، أي إنتقال الحيازة للمرتهن رهنا حيازياً، تقدم صاحب الرهن الرسمي (البنك).

ثالثاً: نطاق حق التقدم: يقصد بنطاق الأفضلية أو نطاق حق التقدم تحديد المبالغ التي يستوفيهها الدائن المرتهن - المؤسسة البنكية أو المالية - بالتقدم على غيره من الدائنين العاديين والدائنين المرتهين التاليين له في المرتبة⁽¹⁾، ومنه طرح السؤال التالي - ما هي الحقوق التي يستوفيهها البنك المرتهن بالتقدم أو بعبارة أخرى بماذا يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين المرتهين التاليين له في المرتبة؟

كما سبق وأن بيّنا بأن حق التقدم هو جوهر الرهن الرسمي، وبالرجوع إلى نص المادة 900 من القانون نجدها أنها اكتفت بذكر المصاريف دون أصل الدين وفوائده حيث نصت على ما يلي: « يترتب على قيد الرهن إدخال مصاريف العقد والقيد والتجديد إدخالاً ضمناً في التوزيع وفي مرتبة الرهن نفسها وإذا سجل أحد الدائنين تنبيه نزع العقار انتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل»، والجواب هو أن البنك كدائن مرتهن تتمثل حقوقه بالتقدم أصل الدين والمصروفات وبعض الفوائد على التفصيل التالي:

1- أصل الدين: رأينا عند دراسة مبدأ تخصيص الرهن أنه مبدأ مزدوج يتعلق أحدهما بتخصيص الرهن من حيث الدين المضمون، بمعنى يجب تحديد أصل الدين (مبلغ القرض) في عقد الرهن، ويضاف إلى هذا وطبقاً لمبدأ تخصيص القيد حسب المادة 93 من المرسوم المتعلق بتأسيس السجل العقاري⁽²⁾ يجب تحديد أيضاً أصل الدين في قائمة قيد الرهن، وي طرح موضوع أصل الدين التساؤلين التاليين ما هو الدين المعتمد به في صورة اختلاف بين الدين الحقيقي في عقد الرهن والمذكور في القيد؟ ثم كيف يتم ممارسة حق التقدم إذا كان الدين من الديون الشرطية أو الاحتمالية أو المستقبلية؟

(1) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 361.

(2) المرسوم رقم: 76- 69 المؤرخ في 25 مارس 1976، السالف الذكر.

أ- حكم اختلاف أصل الدين بين عقد الرهن وقائمة القيد: سبق وان أشرنا إلى أنه إذا تطابق الدين المذكور في القيد مع الحقيقة فلا إشكال في الأمر، أما إذا اختلف المذكور في القيد عن الدين الحقيقي والذي هو مذكور في عقد الرهن، فإذا كان المذكور في القيد هو الأكثر، أخذ بأصل الدين الحقيقي ولا يأخذ بذلك الزائد في قائمة القيد، وإذا كان المذكور في القيد هو الأقل، أخذ به ولا يأخذ بالدين الحقيقي، لأن الزيادة لم تشهر، والعبرة كما رأينا هي بالقيد ما لم يزد على الحقيقة⁽¹⁾، وبالنسبة للأول فإن الزيادة غير قائمة على أساس، لأن القيد يعتمد على سند الرهن في وجوده ومداه، أما بالنسبة للثانية، فإن الزيادة تكون غير نافذة في حق الغير فلا يتقدم بها البنك على غيره من الدائنين⁽²⁾ لأن الهدف من تخصيص الرهن بالدرجة الأولى هو حماية أطراف عقد الرهن بينما الهدف من تخصيص قيد الرهن هو حماية الغير الذين يحتج ضدهم بالرهن.

ب- كيفية ممارسة حق التقدم في حالة الديون الشرطية والاحتمالية والمستقبلية، هذا وقد رأينا من قبل أن المادة 891 قانون مدني تجيز أن يرتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي كما يجوز أن يرتب ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار، وليبيان كيفية ممارسة حق التقدم إذا كان الدين شرطيا أو مستقبلا أو احتماليا وهو الموضوع الذي نظمت أحكامه المادة 908 قانون مدني حيث نصت على أنه: « تحسب مرتبة الرهن من وقت تقييده ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط أو كان دينا مستقبلا أو احتماليا»، ويستفاد من هذا النص أن المشرع الجزائري جعل مرتبة الرهن المشار إليه أعلاه محددة بوقت القيد.

(1) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص362.

(2) سمير تناغو، المرجع السابق، ص235.

وقد نشور الصعوبة بشأن هذه الديون في الفرض الذي يتخذ فيه أحد الدائنين الآخرين إجراءات التنفيذ على العقار، ويتم بيعه وفقا للقانون⁽¹⁾ قبل تحقق الشرط أو وجود الدين المستقبل أو الاحتمالي فكيف يتم مباشرة حق التقدم للدائن المرتهن والذي هو البنك أو المؤسسة المالية؟ نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعالج هذه الحالات، ولذلك فسوف نرجع إلى الفقه والقضاء الفرنسي لنلمس الحلول التي استقروا عليها بشأن هذه الحالات، فإذا كان الدين معلقا على شرط فاسخ، فإن معنى ذلك أن الدين موجود غير أن مصيره مهدها إذا تحقق الشرط الفاسخ، فالدائن المرتهن - البنك أو المؤسسة المالية- في هذه الحالة يسمح له بالاشتراك في التوزيع طبقا لمرتبته، لكنه يلزم بتقديم ضمان كاف يكفل رد ما استوفاه من حق إذا تحقق الشرط الفاسخ، وفي هذه الحالة يعاد توزيع ما رد على سائر الدائنين وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا،⁽²⁾ أما إذا كان الدين معلقا على شرط واقف، فمثل هذا الدين يعد دينا على احتمال الوجود إذا تحقق الشرط، ولذلك لا يجوز للبنك كدائن مرتهن أن يطالب بحصته في التوزيع لأن دينه احتمالي ولا يجوز بمقتضى هذا الدين الاحتمالي حرمان باقي الدائنين من استيفاء حقوقهم من كل ثمن العقار، ولذلك استقر الرأي في فرنسا على أن يقدر لهذا الدائن حصة احتمالية، فيما لو فرض وكان دينه موجودا ومستحقا ثم يتم التوزيع الفعلي لكل ثمن العقار على الدائنين التاليين له في المرتبة، غير أن هؤلاء يلتزمون بتقديم ضمان يكفل الوفاء بحصة هذا الدائن تحت شرط واقف إذا ما تحقق الشرط.⁽³⁾

ويظهر لنا مما تقدم أن الصورة الأولى تختلف عن الصورة الثانية، فبالنسبة للدين المعلق على شرط فاسخ، يستوفي البنك كدائن مرتهن حصته في التوزيع، مع تقديم ضمان يكفل الرد في حالة تحقق الشرط، وبالنسبة للدين المعلق على شرط واقف، يختص الدائنون الآخرون بحصصهم كاملة مقدرة على أساس

(1) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 262، وأنظر محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 285.

(2) Charles Aubry et Charles Frédéric Rau ; op.cit,page 566.

(3) Gabriel Baudry-Lacantinerie et P De Loynes, Du mantissement des privilèges et des hypothèque ; 3emeedition, 3vol,1906 .

ثمن العقار كله، ولكن تحتسب للدائن حصة افتراضية، ويقدم الدائنون تأميناً يتضمن إستيفاءها إذا تحقق الشرط.

أما إذا كان الدين قد نشأ عن فتح حساب جار، فهو دين احتمالي كذلك كما أنه دين مستقبل، فهو احتمالي لأنه لا يعرف من سيكون الدائن قبل إقفال الحساب الجاري، ومستقبل لأنه أياً كان الدائن فحقه لم يوجد بعد ولكنه سيوجد في المستقبل،⁽¹⁾ حيث لا يتحقق وجود الدين ويتحدد مقداره إلا بقطع الرصيد وإقراره، غاية الأمر أنه يجب تحديد الدين الذي يضمنه الرهن بقدر معين أو بحد أقصى، يذكر في العقد وفي قائمة القيد، وقد يشترط البنك لفتح الحساب الجاري أن يقدم العميل (الزبون) رهناً لمصلحة البنك يضمن الوفاء بما قد يترتب في ذمته من ديون، وفي شأن هذا الرهن فإن مرتبته تحتسب من تاريخ القيد في حدود المبلغ المذكور في قائمة القيد، فإذا كان الرهن يضمن الدين الناشئ عن الحساب خلال فترة زمنية معينة، فلا يستطيع البنك أن يحتج برهنه إلا في حدود المبالغ التي تستحق على العميل في خلال هذه الفترة، أما المبالغ التي تستحق بعد ذلك فلا يضمنها الرهن.⁽²⁾

وقد أثير البحث أيضاً بشأن حصة البنك في توزيع ثمن العقار المرهون، إذا كان ديناً احتمالياً لم يتحقق وجوده، وأن يتعين قدره بصفة نهائية إلا بقطع الرصيد وإقراره، وقد اتجه القضاء في فرنسا إلى مذاهب مختلفة فقيل بتوزيع الثمن على الدائنين الآخرين مع التزامهم بتقديم ضمان عيني يكفل الوفاء بالمبلغ التقديري المحدد في قائمة القيد، وقيل بإرجاء التوزيع إذا كان التحقق من وجود الدين قريباً، وثم رأى آخر يقضي بتوزيع حصص الدائنين السابقين للبنك في المرتبة، أما المتأخرون فتبقى حصصهم في التوزيع معلقة حتى يتحدد مصير الدين الناشئ عن الحساب الجاري.⁽³⁾

(1) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 495.

(2) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 363.

(3) Marcel Planiol et georges Ripert; op. cit ; page 284.

وقد يكون الدين المضمون بالرهن إيراد مرتباً لمدى الحياة، فكيف يمكن استيفائه عند توزيع ثمن العقار خاصة إذا كانت مرتبة صاحب المرتب متقدمة على غيره من الدائنين؟، المستقر عليه فقها وقضاءً في فرنسا، إن الدائن بالمرتب مدى الحياة ليس بإمكانه الاستئثار برأس مال يعادل الأقساط الدورية التي قد تستحق له، وذلك لأن عدد هذه الأقساط غير معلوم لأنه مرتبط بحياة شخص معين لم يمت بعد، ولذلك ذهب رأي أول إلى وجوب حبس رأس مال معين يودع بخزانة المحكمة ويستثمر استثماراً من شأنه تمكين صاحب المرتب من الحصول على مرتبه، لكن هذا الحل انتقد على أساس أنه من الصعب جداً تقدير رأس المال هذا لأن صاحب المرتب ما زال على قيد الحياة ولم يمت بعد، ويذهب رأي آخر وهو الراجح في الفقه الفرنسي والمصري إلى القول بتوزيع ثمن العقار المرهون على سائر الدائنين بحسب مراتبهم، غاية الأمر أنه يجب أن يلتزم الدائنون المتأخرون بتضامنهم لأداء المرتب في مواعيد استحقاقه الدورية، ويقول بعض أنصار هذا الرأي بوجوب تقديم تأمين عيني، يعوض الدائن بالمرتب، ما فاتته من زوال الرهن المقرر على العقار.⁽¹⁾

2- المصاريف: يشمل نطاق التقدم بالإضافة إلى أصل الدين مصاريف العقد والقيود والتجديد وهذا ما نصت عليه المادة 909، الفقرة الأولى يقولها: « يترتب على قيد الرهن إدخال مصاريف العقد والقيود والتجديد إدخالاً ضمنياً في التوزيع وفي مرتبة الرهن نفسها»، وقد أعتبر الفقهاء هذه المصاريف المذكورة أعلاه من ملحقات الدين المضمون فهي تأخذ مرتبته في التقدم ولو لم تذكر في القيد، ذلك أن حق التقدم يشملها بقوة القانون.⁽²⁾ والأصل أن هذه المصاريف يتحملها الراهن وهذا ما نصت عليه المادة 883 قانون

(1) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص497، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق ص296.

(2) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص296.

مدني بالنسبة لمصاريف العقد، والمادة 906 من نفس القانون بالنسبة لمصاريف قيد الرهن وتجديده وهذا يشكل في حد ذاته امتياز للبنك المرتهن ، خاصة وأن هذه المصاريف تكون في الغالب مكلفة جدا .

أما إذا دفعها البنك كدائن مرتهن كان من حقه الرجوع بها على الراهن ويستوفيهما منه بقوة القانون إلا إذا وجد اتفاق يقضي بأن يتحملها البنك كدائن مرتهن،⁽¹⁾ ويلاحظ أن المصروفات الواردة بالمادتين أعلاه قد وردت على سبيل الحصر وهي مصاريف العقد والقيد والتجديد، لذا من المستقر أنه لا يقاس عليها أية مصروفات أخرى (فلا يدخل فيها مثلا مصاريف الدعوى التي قد يرفعها الدائن للمطالبة بالدين⁽²⁾)، ولكن هذا لا ينع من إمكان أن يتخذ الطرفان على شمول الرهن لغير ما ذكر من مصروفات وفي هذه الحالة فإن مرتبة هذه المصروفات تتحدد من تاريخ قيدها.⁽³⁾

3- الفوائد: سبق وأن أشرنا إلى أن الدين المضمون بالرهن⁽⁴⁾ إذا كان مبلغا من النقود وهذا هو مجال دراستنا، فيجب أن يتم تحديد هذا المبلغ كاملا بمعنى بيان رأس المال والفوائد المترتبة على هذا القرض، ذلك أن كل ذلك يتم قيده، وعليه فإن البنك كدائن يستوفي حقه بالتقدم كذلك من الفوائد المترتبة في ذمة الراهن كاملة أي من بدء تاريخ سريانها وتكون ضمن مبلغ الدين كله أي حساب الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين حسب ما تنص عليه المادة 891 قانون مدني، لكن يلاحظ أن المشرع الجزائري منع أخذ الفوائد بين الأفراد حسب نص المادة 454 قانون مدني، وأباح ذلك للبنوك والمؤسسات المالية طبقا لنص المادة 456 من نفس القانون.

4- نزول الدائن المرتهن من مرتبة رهنه لدائن مرتهن آخر: قد يتم تقييد قاعدة الأسبقية بإرادة الأطراف لأن المركز الممتاز الذي يأخذه الدائن السابق في القيد على باقي الدائنين عند التوزيع ليس له مساس

(1) سمير تناعو، المرجع السابق، ص 237.

(2) جلال محمد إبراهيم وأحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 251.

(3) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 97.

(4) أرجع إلى الصفحة 141 من الاطروحة.

بالنظام العام، وبالتالي يجوز أن يتنازل عنه لفائدة دائن مرتهن آخر⁽¹⁾، وهو الموضوع الذي نظمت أحكامه المادة 910⁽²⁾ قانون مدني حيث نصت على أنه: « يمكن لدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار، ويجوز التمسك تجاه هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التي يجوز التمسك بها تجاه الدائن الأول عدا ما كان منها متعلقا بانقضاء حق هذا الدائن الأول إذا كان هذا الانقضاء لاحقا للتنازل عن المرتبة »، ودراسة هذا الموضوع تقتضي منا التطرق إلى بيان مفهوم النزول عن مرتبة الرهن وشروطه.

أ- المقصود بالنزول عن مرتبة الرهن: قد يتفق الأطراف على تحديد مرتبة الرهن مستثنين بذلك ما سيقرره تطبيق قاعدة الأسبقية في القيد⁽³⁾، ذلك أن نظام النزول عن مرتبة الرهن يفترض وجود عدة دائنين مرتهين لنفس العقار فينقصد اتفاق بين الدائن المتقدم والدائن المتأخر عنه في المرتبة، موضوعه تنازل الأول عن مرتبته للثاني، فيحل كلاهما محل الآخر في مرتبته⁽⁴⁾ وقد عرف الفقه النزول عن مرتبة الرهن بأنه عمل قانوني القصد منه أن ينزل مرتهن متقدم في المرتبة إلى دائن مرتهن آخر متأخر عنه في المرتبة على نفس العقار، فيصبح كل منهما في مرتبة الآخر⁽⁵⁾ وعمليا تمت عدة أسباب تجعل من الدائن المرتهن المتقدم ينزل عن مرتبته إلى دائن مرتهن آخر متأخر عنه في المرتبة إما تبرعا أو معاوضة وهي:

- (1) سعاد الزروالي، مبدأ تخصيص الرهن الرسمي في التشريع العقاري المغربي، تقديم الدكتور محمد مؤمن، منشورات مجلة الحقوق المغربية سلسلة "الدراسات والأبحاث"، الطبعة الأولى، 2009، ص 136.
- (2) يقابلها نص المادة 1059، قانون مدني مصري.
- (3) ميسون الأسود، المرجع السابق، ص 81.
- (4) حسام الدين كامل الاهواني، المرجع السابق، ص 646.
- (5) همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 484.

- إذا كان للدائن المرتهن المتنازل تأمين آخر يعتمد عليه غير العقار المرهون وفي حقه كاملا، وبالتالي فهو ليس بحاجة إلى الرهن ومن باب أولى ليس بحاجة إلى مرتبة الرهن، ومن ثم لا يجد مانعا من التنازل عنها تبرعا لدائن مرتهن آخر.

- كذلك إذا كان الدائن المرتهن المتنازل واثقا أن قيمة العقار المرهون تكفي لسداد كل الديون المقيدة، لكن الدائن المتأخر عنه في المرتبة لا يملك مثل هذه الثقة، ومن ثم يعتمد هذا الأخير إلى الحصول على مرتبة متقدمة.

- كما قد يعتمد الدائن المرتهن إلى التنازل عن مرتبته مقابل عوض مالي يتحصل عليه من الدائن المرتهن المتنازل له، وغالبا أن المتنازل حقه مضمون بتأمين آخر يفى بحقه كاملا، أو تأكده من أن العقار المرهون يفى بجميع الديون المقيدة لغاية مرتبة المتنازل له.

ب- شروط التنازل عن مرتبة الرهن: يقتضي التنازل عن مرتبة الرهن توفر بعض الشروط من أهمها:

- الشرط الأول: يجب أن يكون كل من المتنازل والمتنازل له دائنا مرتهنا لنفس العقار المرهون وقام كل منهما بقيد حقه مما نتج عنه تقدم أحدهما في المرتبة على الآخر، ومن ثم فإنه لا يجوز التنازل لفائدة الدائن العادي ولا كذلك للدائن المرتهن الذي لم يقيد حقه.

الشرط الثاني: يشترط في التنازل ألا يلحق ضررا بحقوق الدائنين أصحاب المراتب التي تتوسط مرتبتي الرهن اللتين سيتناولهما التغيير⁽¹⁾

- الشرط الثالث: يجب أن يكون التنازل في حدود الدين المضمون بالرهن المتنازل عن مرتبته، ومعنى هذا أن الدائن الذي يحل في المرتبة لا يحل في حق أكبر من الحق الذي كانت له هذه المرتبة، وحكمة هذا الشرط واضحة وهي عدم المساس بحقوق الدائنين الذين يحتلون مرتبة وسطى بين المتنازل والمتنازل له.

(1) ميسون الأسود، المرجع السابق، ص 81.

- الشرط الرابع " يجب لنفاذ النزول عن المرتبة الرهن أن يؤشر عن مرتبة الرهن في هامش القيد الأصلي للرهن وهو ما نصت عليه المادة 904 الفقرة الثانية حيث قضت بأنه: « لا يصح التمسك... بالتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي».

الفرع الثاني: امتياز البنك كدائن مرتهن في مباشرة حق التتبع.

سبق وان رأينا أن من خصائص حق الرهن الرسمي باعتباره حقا عينيا تبعا أنه يخول للدائن المرتهن حقا في تتبع العقار تحت أي يد يكون، فحق البنك كمرتهن قد تعلق بالعقار فله الحق في أن يتبعه إذا خرج من حيازة الراهن إلى حيازة الغير⁽¹⁾، كما أن الخاصية الأساسية التي يمتاز بها الرهن الرسمي، تكمن في كون الراهن يظل حتى التنفيذ الجبري محتفظ بكامل حقوقه الناتجة عن تملك العقار المرهون وخصوصا حقه في التصرف فيه بحرية⁽²⁾، مما يعرض البنك كدائن مرتهن لخطر عدم استطاعته التنفيذ على الشيء المرهون بعد أن أصبح ملك لغير الراهن وتنعهد بذلك كل قيمة للممارسة حق التقدم أو الأفضلية.

لذلك سخر حق التتبع للاحتفاظ بفعالية حق التقدم وتثبيته في حال بيع العقار⁽³⁾، لقد عرف بأنه امتياز مرتبط بكل حق عيني والذي يسمح للدائن - البنك - باسترجاع كامل حقه من الحائز للعقار، فهو يظهر كتقنية متوازنة للحماية، نظرا للاحتفاظ المدين بحرية التصرف في المال المرهون،⁽⁴⁾ وبالتالي فحق التتبع يقصد به قدرة الدائن المرتهن على التنفيذ على العقار المرهون بمقتضى حق الرهن ولو انتقلت

(1) رمضان ابو السعود، المرجع السابق، ص38.

(2) فارس ياسين كرباح، شرح القانون المدني، التأمينات العينية، من دون دار نشر، الطبعة الأولى، 1995، ص531.

(3) Nicolas rontehevsky et François Jacob, (droit des sûretés), banque et droit pratique du droit bancaire, n°98, novembre 2004, page 48.

(4) Alain fournier, op.cit , page 120

ملكته إلى الغير، أو اكتسب عليه هذا الغير حقا قابلا للرهن (الحائز)،⁽¹⁾ وهو يثبت لكل دائن مرتهن حتى ولو كانت مرتبة رهنة لا تسمح له باستيفاء حقه من ثمن العقار المرهون.

والعلاقة بين حق التقدم وحق التتبع وثيقة فإذا كان حق التقدم هو "جوهر الرهن".⁽²⁾ أو "بيت القصيد"⁽³⁾ فيه فإن هذا الجوهر يمكن أن يكون مهددا إذا لم يسانده حق التتبع، لأنه بدون هذا الأخير يفقد المرتهن كل قيمة للتقدم بمجرد تصرف الراهن في العقار المرهون لشخص آخر.

وهكذا يكمل حق التتبع حق التقدم المقرر للدائن المرتهن - البنك - ، وهو داعم له إذ يخول للبنك كدائن مرتهن ممارسة حق التقدم على هذا العقار حتى بعد خروجه من الذمة المالية للراهن ودخوله في ذمة شخص آخر⁽⁴⁾، إذا الواضح أنه لا يمكن الكلام عن الحق في التتبع إذا لم يتصرف الراهن، في العقار المرهون، فالتصرف والتتبع حقان مرتبطان لا يتصور قيام أحدهما دون الآخر، كما أن التتبع ليس إلا خادما للتقدم، تناط به إزالة العقوبات القانونية التي تعترض سبيل التقدم⁽⁵⁾، فالتتبع ليس حق مستقلا عن التقدم، بل هو حماية وامتداد له، والسؤال المطروح حول هذا الحق يتمثل في: إلى أي مدى يضمن حق التتبع فعالية الرهن كضمان للبنك كمرتهن؟ الإجابة على هذا التساؤل يقتضي منا أن نعالج الضمانات التي يوفرها هذا الحق عند مباشرته من طرف البنك كدائن مرتهن أولا مع توضيح قصور الحماية التي يمنحها لصاحبه ثانيا.

أولا: ضمان حق التتبع لحقوق البنك كمرتهن: لقد نظم المشرع الجزائري أحكام حق التتبع في المواد من 911 إلى 932 قانون مدني، حيث أنه يستلزم مباشرة حق التتبع مجموعة من الشروط لا بد من توافرها

(1) جميل الشراوي، المرجع السابق، ص 233.

(2) سمير تناغو، المرجع السابق، ص 266.

(3) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 425.

(4) هالدير أسعد أحمد، تتبع المنقول في القانون المدني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009 ص 41.

(5) جلال محمد إبراهيم واحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 269.

في شخص من يباشره وهو البنك أو المؤسسة المالية كدائن مرتهن، وفي شخص من يباشر ضده وهو الحائز للعقار المرهون⁽¹⁾ ومتى توافرت كان لصاحب هذا الحق (البنك) أن يباشر امتيازه بنزع ملكية العقار المرهون من يد حائزه، بعد توجيه التتبيه بنزع الملكية إلى المدين ثم إنذار الحائز بالدفع أو بالتخلية وتسجيله بالمحافظة العقارية فيوضع بذلك العقار تحت يد القضاء، ويترتب عن هذا آثار قانونية هامة حماية لحق الدائن الحائز من حيث عبث الراهن أو الحائز للعقار، وسوف نورد كل ذلك تفصيلا.

1- شروط مباشرة الحق في التتبع: إن الحق في التتبع لا يثبت إلا بعد توافر جملة من الشروط في شخص من يباشره وهو البنك كدائن مرتهن، وفي شخص من يباشر ضده وهو الحائز وهذا ما نصت عليه المادة 911 قانون مدني بقولها: « يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون من يد الحائز لهذا العقار إلا إذا أختار أن يقضي الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه، ويعتبر حائزا للعقار المرهون كل من انتقلت إليه لأي سبب من الأسباب ملكية هذا العقار أو أي حق عيني آخر قابل للرهن دون أن يكون مسؤولا مسؤولية شخصية عن الدين المضمون».

أ- الشروط الواجب توافرها في الدائن المرتهن- البنك:- وهي ثلاثة شروط:

الشرط الأول: حلول أجل الدين: البنك أو أي دائن مرتهن آخر لا يستطيع إعمال أو مباشرة حق التتبع للعقار المرهون للتنفيذ عليه في يد الحائز إلا إذا حل أجل دينه، فإذا كان للدين أجل لم يحل- ولو كان ممنوحا من المحكمة- لا يجوز للدائن (البنك) استعمال حقه في التتبع حتى يحل ذلك الأجل، أما إذا كان للدين أجل لم ينقضي ولكنه سقط لأي سبب من أسباب السقوط⁽²⁾، جاز للدائن أن يقوم باتخاذ الإجراءات ضد من تصرف إليه الراهن في العقار المرهون وهو الحائز⁽³⁾، وهذا الشرط في حقيقة الأمر هو من

(1) راجع المادة 911 قانون مدني جزائري.

(2) من الأسباب الأخرى لسقوط الأجل إفلاس المدين أو إعساره، أوفي حالة إضعاف التأمينات لدرجة كبيرة أو عدم تقديم ما وعد بتقديمه من تأمينات، سمير تناغو، المرجع السابق، ص147، وأنظر المادة 211 قانون مدني.

(3) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص145.

الشروط العامة للتنفيذ بالدين سواء تعلق الأمر بدائن عادي أو دائن ممتاز، وسواء تم التنفيذ في مواجهة الراهن والحائز،⁽¹⁾ وتطبيقا لشروط حلول أجل الدين لا يمكن مباشرة حق التتبع إذا كان الدين شرطيا أو مستقبلا أو مؤجلا إلا بعد أن يتحقق الشرط أو يوجد الإلتزام أو يحل محله.⁽²⁾

الشرط الثاني: نفاذ حق الدائن المرتهن (البنك) في مواجهة الحائز: حتى يستطيع البنك كدائن مرتهن تتبع العقار المرهون يجب أن يكون حقه على العقار المرهون نافذا في مواجهة الحائز ويكون كذلك أي نافذا إذا كان مقيدا قبل اكتساب الحائز حقه على ذات العقار، فالتتبع لا يعدو أن يكون تزاكما بين صاحب حق عيني تبعي هو الدائن المرتهن، وصاحب حق عيني أصلي هو المتصرف إليه⁽³⁾، وكل حق من هذين الحقين لا يحتج به في مواجهة الغير إلا بشهره عن طريق القيد بالنسبة للحقوق العينية التبعية، والتسجيل بالنسبة للحقوق العينية الأصلية.

والعبرة بالأسبقية في الشهر لا بالأسبقية في تاريخ السند المنشئ للحق⁽⁴⁾، فإذا أبرم عقد الرهن مثلا قبل إبرام التصرف في العقار المرهون، ولكن شهر الرهن تأخر عن شهر هذا التصرف فإن الرهن لا ينفذ في مواجهة المتصرف إليه (الحائز) ولا يستطيع البنك كدائن مرتهن أن يتتبع العقار تحت يده، ولهذا فمن مصلحة الدائن المرتهن أن يحرص ويسارع إلى قيد رهنه، وكل تأخير في ذلك من شأنه أن يعرضه للكثير من المخاطر لا تقف فقط عند فقدانه لحق التتبع وتأخير درجة الأفضلية، بل إن عدم القيد يفقده الحق في الأفضلية ذاته،⁽⁵⁾ ولا يحتج به في مواجهة المتصرف إليه ولا في مواجهة الدائنين العاديين، ويصبح دائنا مثلهم تماما.

(1) همام محمود زهران، المرجع السابق، ص 488.

(2) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 261.

(3) Robert Beudant et Paul Lerebours; cours de droit civil Français ; Tom13 et 14, par pierre voirin ; Edition Rousseau ; paris, 1948 ; page 1021.

(4) سمير تناغو، المرجع السابق، ص 144.

(5) Robert Beudant et Paul Lerebours, Ibid , page 1039.

الشرط الثالث: ألا يكون مانع يحول دون التتبع: ومن ذلك التصرف في العقارات بالتخصيص والمنقول بحسب المآل إذ سبق وأن تناولنا أنه إذا تم التصرف فيها وتسلمها المتصرف إليه، جاز له إذا كان حسن النية أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، ومن ثم تنتقل إليه ملكيتها خالية من الرهن وبالتالي لا يملك الدائن المرتهن تتبعها في يده، ولكن يمكن له الحجز على ثمنها في يد المشتري إذا لم يوفي ثمنها بعد إلى البائع ليستوفي حقه منها بالتقدم على غيره،⁽¹⁾ كذلك الشأن بالنسبة للعقار المرهون الذي تم نزع ملكيته من يد الراهن أو الحائز لأجل المنفعة العامة، ففي هذه الحالة تنتقل ملكية العقار مطهرة من الرهن الأمر الذي يؤدي إلى انقضاء حق التتبع، ويبقى للدائن المرتهن - البنك - حق التقدم لأستيفاء حقه من مقابل نزع الملكية، خاصة إذا كان هذا المقابل تعويض نقدي، أما إذا كان مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة تعويضاً عينياً كأن يكون عقاراً فكيف يستوفي الدائن المرتهن حقه وهذا هو الإشكال المطروح؟ الإجابة هو أن يتم التنفيذ على هذا العقار عن طريق الحجز عليه قضائياً ويتم بيعه جبراً بالمزاد العلني ليستوفي الدائن المرتهن من ثمنه.

ب- الشروط الواجب توافرها في الحائز: الحائز هو من يباشر البنك كدائن مرتهن في مواجهته حقه في التتبع، واصطلاح الحائز هنا مستعمل في معنى خاص يختلف عن المعنى المألوف لهذا الاصطلاح، ذلك أنه من انتقلت إليه الملكية هو صاحب حق عيني على العقار ولذلك لا يعتبر حائزاً في القواعد العامة، والمقصود باصطلاح الحائز هنا للدلالة على أن هذا الشخص أجنبي عن الدين،⁽²⁾ فيشترط لاعتبار من تباشر في مواجهته إجراءات التنفيذ حائزاً جملة من شروط نصت عليها المادة 911 الفقرة الثانية قانون مدني وهي:

(1) عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 125.

(2) سمير تتاعو، المرجع السابق، ص 147.

الشرط الأول: ألا يكون الشخص مسؤولاً عن الدين مسؤولية شخصية: والحكمة من هذا الشرط هي أنه لو كان الشخص مسؤولاً عن الدين مسؤولية شخصية تجاه الدائن المرتهن كان من الحائز لهذا الأخير أن ينفذ على جميع أمواله، بما في ذلك العقار المرهون، بما له من حق الضمان العام.

وتطبيقاً لهذا الشرط لا يعتبر حائزاً المدين الراهن لأن الدائن وهو ينفذ على العقار في مواجهته إنما يستفيد من حقه في الرهن في أثره المباشر ما بين المتعاقدين، ولا يعتبر حائزاً الضامن أو الكفيل العيني إذا انتقلت إليه ملكية عقار مرهون ضماناً لنفس الدين،⁽¹⁾ وهذا الشرط يقودنا إلى الكلام عن مسألة مهمة وهي مقارنة مركز الحائز بمركز كل من الكفيل العيني والوارث.

الحائز والكفيل العيني: يلاحظ أن مركز الكفيل العيني يقترب من مركز الحائز في عدة جوانب أهمها.

- أن الكفيل العيني لا يسأل عن الدين المضمون بالرهن إلا في حدود العقار المرهون، أي له مسؤولية عينية مثلها مثل مسؤولية الحائز، وفي هذا الموضوع نصت المادة 901 قانون مدني على أنه: « إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا على ما رهن من ماله... ».

- يجوز للكفيل اتخاذ إجراءات التخلية المقررة للحائز، طبقاً لنص المادة 902 قانون مدني حيث قضت بأنه إذا كان الراهن شخصاً غير مدين: « جاز له تفادي أي إجراء موجه إليه إن هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع والأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار»، ومع ذلك فإن مسؤولية الكفيل وإن كانت عينية ومحدودة فهو ضامن بإرادته، كما أنه ليس أجنياً عن الدائن المرتهن، فهو طرف في عقد الكفالة الذي يربطهما معاً، على خلاف ذلك الحائز⁽²⁾

(1) Marcel Planiol et Georges Ripert; op.cit ; page 1043.

(2) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 314.

الحائز والوارث: ترى غالبية الفقه العربي أن الوارث للعقار المرهون لا يعتبر حائزاً، لكنهم اختلفوا في تفسير القاعدة الشرعية التي تحكم انتقال التركة إلى الورثة وهي قاعدة « لا تركة إلا بعد سداد الديون» حيث انقسموا إلى اتجاهين.

- اتجاه ذهب إلى القول أن أموال التركة لا تخلص للورثة إلا بعد سداد الديون، بعبارة أخرى أن الوارث لا يتلقى أي حق في التركة إلا بعد تصفية ديونها تماماً فلن تعرض إطلاقاً صورة للوارث قريبة للحائز، لأن الوارث لن يتلقى أبداً أي مال تعلق به حق الغير.⁽¹⁾

- واتجاه ثان ذهب إلى القول أن القاعدة الشرعية تقتضي أن الوارث يتلقى أموال التركة وديونها بمجرد الوفاة، وأنه لا يسأل عن ديونها إلا في حدود حقوقها، فتكون مسؤوليته عن الديون عينية محددة،⁽²⁾ وهذا الحل لاق القبول عند كثير من الفقهاء، وذلك أن مسؤولية الوارث ما هي إلا مسؤولية عينية محدودة بقيمة ما آل إلى الوارث من التركة، وكلا الرأيين لا يرتب عليه نتائجهما المنطقية من اعتبار الوارث حائزاً⁽³⁾.

2- إجراءات مباشرة الحق في التتبع: إن مباشرة حق التتبع للعقار المرهون من طرف البنك بصفته دائن مرتتهن يستلزم إتباع إجراءات معينة منصوص عليها في كل من القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث تنص المادة 923 قانون مدني على أنه: « إذا لم يختار الحائز أن يقضي الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو أن يتخلى عن هذا العقار، فلا يجوز للدائن المرتتهن أن يتخذ في مواجهته (إجراءات) نزع الملكية وفقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار، ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع التنبيه في وقت واحد»، يفهم من هذا النص أن المشرع قد وفر الحماية لكل من الدائن المرتتهن والحائز في نفس الوقت.

(1) مذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، الجزء 7، ص 94.

(2) سمير تناغو، المرجع السابق، ص 152.

(3) المرجع نفسه، تهميش 3، ص 152.

بالنسبة للدائن المرتهن يستطيع أخذ حقه وهو مبلغ الدين من الحائز دون أن يكلف نفسه إتباع إجراءات التنفيذ ونفس الحال في حالة تطهير العقار من الرهن فهنا كذلك الحائز مجبر على تخليص العقار من الرهن وهذا عن طريق تسديد الديون المقيدة وبالتالي يتقدم الدائن المرتهن-البنك- في استيفاء حقه كاملاً ونجد أن البنك أو المؤسسة المالية غايتها هي استيفاء حقه أي قبض ديونها كاملة، كما أن المشرع أعط الحماية للحائز بان يحتفظ بالعقار المرهون إن هو سلك مسلك قضاء الديون أو تطهير العقار وإن كان غير قادر على ذلك له أن يتخلى عن العقار، ودائماً نجد أن امتياز البنك كدائن مرتهن موجود في حالة أن الحائز لم يفعل شيئاً من سبق ذكره فهنا جاز للدائن المرتهن أن يباشر في مواجهته حق التتبع وفق إجراءات معينة تتمثل فيما يلي:

أ- التنبيه على المدين بالوفاء: ويسمى أيضاً بالتنبيه نزع الملكية أو التنبيه العقاري⁽¹⁾ ، وهو أول إجراء يقوم به البنك كدائن مرتهن والغاية منه هو تنبيه المدين على الوفاء بالدين، باعتباره المسؤول الأصلي عن الدين، فقد يكون مستعداً للوفاء بالدين ومن ثم تتوقف إجراءات التنفيذ، وقد تكون له دفع يوجهها للدائن المرتهن،⁽²⁾ وهذا التنبيه لا يتم إلا بناء على سند تنفيذي، وعقد الرهن الرسمي يعتبر سنداً تنفيذياً للمرتهن ضد المدين الراهن.

ب- إنذار الحائز: حيث على الدائن المرتهن-البنك- أن يوجه إنذار إلى الحائز بالدفع أو التخلية، وإذا توالى انتقال ملكية العقار من حائز إلى آخر، فيكون الإنذار إلى الحائز الأخير، على اعتبار أن الدائن المرتهن له حق عيني وليس حق شخصي بالنسبة للعقار المرهون فهو يمتلك سلطة ممارسة حق التتبع للعقار بغض النظر عن الأشخاص، وقد اشترط القانون في إنذار الحائز شرطين أولهما أن يلي الإنذار

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص317.

(2) همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص500.

التنبيه على المدين أويتم معه في وقت واحد على الأقل⁽¹⁾ والثاني أن يكون الإنذار مصحوبا بتبليغ التنبيه إلى الحائز، فإذا تخلف أحد الشرطين وقع الإنذار باطلا.⁽²⁾

ج- تسجيل التنبيه والإنذار: يجب على البنك كمرتهن أيضا أن يقوم بتسجيل كلا من التنبيه والإنذار بمكتب الرهون الكائن بدائرته موقع العقار وذلك خلال شهر من يوم تبليغ التنبيه للمدين، ومنذ ذلك الحين يعتبر الحجز نهائيا، أي أن العقار أصبح تحت يد القضاء.⁽³⁾

د- اتخاذ إجراءات البيع ضد الحائز: يستمر الدائن المرتهن في اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد الحائز إذا لم يلجأ هذا الأخير إلى قضاء الديون أو التطهير أو التخلية.

3- مباشرة الدائن المرتهن (البنك) لحق التتبع يقيد سلطة الحائز:

إذا كان الحائز قبل مباشرة الدائن المرتهن حق التتبع على العقار المرهون يظل متمتعا بكافة السلطات التي يخولها إياها حق الملكية أي سلطات الاستعمال والتصرف، إلا أن هذه السلطات تنقيد بالقدر الذي يكفل سلامة الرهن وعدم إنقاص قيمته إنقاصا كبيرا⁽⁴⁾ حيث نصت المادة 733 قانون إجراءات مدنية وإدارية على أنه إذا قام المدين المحجوز عليه أو حائز العقار أو الكفيل العيني باختلاس أو إتلاف (العقار المرهون أو الحق العيني... تعرض للعقوبات المقررة في قانون العقوبات للجرائم المتعلقة بالأموال المحجوزة فضلا عن التعويضات المدنية عند الإقتضاء)، أما بعد مباشرة البنك كدائن مرتهن لحق التتبع فإن سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف تنقيد من حيث النطاق الزمني لمباشرتها⁽⁵⁾

(1) راجع المادة 923 من القانون المدني الجزائري.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 154.

(3) راجع المادة 725 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(4) نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 131.

(5) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 222.

فبالنسبة لسلطة التصرف فهي تتقيد من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية كما هو الشأن بالنسبة للراهن، وفي هذا المعنى تنص المادة 735 قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: « لا يجوز للمدين المحجوز عليه، ولا لحائز العقار، ولا للكفيل العيني، بعد قيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية، أن ينقل ملكية العقار و/أو الحق العيني العقاري المحجوز، ولا أن يرتب تأمينات عينية عليه، وإلا كان تصرفه قابلاً للإبطال...»، يلاحظ أن المشرع الجزائري حكم على التصرف في العقار المرهون بعد تسجيل التنبيه بالبطلان النسبي، مع أن الصواب هو عدم النفاذ ذلك أن التصرف فيما بين المتصرف والمتصرف إليه صحيح لكنه غير نافذ في حق من يباشر الحجز وهو الدائن المرتهن.

أما بالنسبة لسلطتي الاستعمال والاستغلال: فإنه فيما يتعلق بالثمار نجد أن المادة 930 قانون مدني قررت أنها لا تلحق بالعقار المرهون إلا من تاريخ إنذار الحائز بالدفع أو التخليّة، في حين عالجت المادة 730 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الحالات المتعلقة بتأجير العقار المرهون مع اتخاذ وقت قيد أمر الحجز معياراً للتمييز بينها فتضمنت أنه إذا لم يكن العقار المحجوز مؤجراً وقت تسجيل الحجز استمر المحجوز عليه حائزاً له بصفته حارساً بحكم القانون إلى أن يتم البيع، ما لم يصدر أمر قضائي بخلاف ذلك، كما يسأل عن ثمار العقار من يوم تسجيل أمر الحجز إلى أن يتم بيع العقار، إلا إذا كان العقار من المساكن وكان المحجوز عليه هو الذي يقيم فيه، فيبقى فيه من دون أجرّة إلى أن يتم بيعه بالمزاد العلني.

أما إذا كان العقار مؤجراً وقت قيد أمر الحجز، اعتبرت الأجرّة المستحقة محجوزة تحت يد المستأجر بمجرد تبليغه الرسمي لأمر الحجز، ويمنع عليه الوفاء لمالك العقار المرهون، فهو بذلك يعتبر حجز ما للمدين لدى الغير⁽¹⁾، فإذا سبق للمستأجر أن دفع الأجرّة للمدين المحجوز عليه قبل تبليغه الرسمي، صح وفاؤه ويسأل عنها المدين بصفته حائزاً لها، وهذا لا يتعارض مع نص المادة 469 مكرر 4

(1) بنت الخوخ مريم، المرجع السابق، ص33.

من القانون المدني المتعلقة بعدم جواز احتجاج المستأجر على من إنتقلت إليه الملكية بما دفعه مقدما من بدل الإيجار إذا ثبت هذا الأخير أن المستأجر كان يعلم وقت الدفع بانتقال الملكية أو كان من المفروض حتما أن يعلم بذلك (1)

إلا أنه بالنسبة لعقود الإيجار الثابتة التاريخ والمبرمة قبل قيد أمر الحجز فتبقى نافذة في مواجهة الدائن المرتهن إلا إذا أثبت هذا الأخير أو الراسي عليه المزاد ولو بعد البيع وقوع غش من المدين المحجوز عليه أو المستأجر، وفي هذه الحالة يمكن فسخ عقد الإيجار عن طريق الفسخ القضائي، أما الإيجارات التي يبرمها الحائز واللاحقة على تسجيل التنبيه أو التي ليس لها تاريخ ثابت فلا تكون نافذة في مواجهة الدائن (البنك). (2)

4- إلحاق الثمار بالعقار لتوزع كما يوزع ثمن بيع العقار:

معنى إلحاق الثمار بالعقار أنها تصبح جزءا منه وتأخذ حكمة رغم أنها في الأصل منقول، فهي تعتبر تبعا لحجز العقار بقوة القانون دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات مستقلة لحجزها، كما أنها توزع مع ثمن العقار المتحصل من بيعه بالمزاد العلني وبذات الطريقة التي يوزع بها الثمن، ووفقا لنص المادة 888 والمادة 930 من القانون المدني فإن الثمار لا تلحق بالعقار المرهون إلا من تاريخ إنذار الحائز بالدفع أو التخلية، في حين نجد أن المادة 732 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على إلحاق الثمار بالعقار من تاريخ قيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية، فلا شك أن النص الأول هو الواجب التطبيق، فليس ثمة ما يمنع من ترتيب الآثار المتصلة بتقيد حق الحائز في استغلال العقار وقبض ثماره على مجرد إعلان الإنذار وقبل تسجيله، ذلك أن هذه الآثار تتعلق بتقيد حقوق الحائز في تأجير العقار

(1) بريارة عبد الرحمان، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية وفقا للتشريع الجزائري، منشورات البغدادي الجزائر، طبعة أولى، 2006، ص 234.

(2) راجع المادة 731 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

والانتفاع به، وهذه القيود لا تتصل بحقوق الغير بل تمس سلطة خاصة بالحائز، فلا تحتاج إذن إلى اتخاذ إجراء من إجراءات التسجيل، فتسجيل التتبيه يترتب عنه أن تصرف من الحائز في العقار المرهون لا يكون نافذا في مواجهة الدائن المرتهن، أما تسجيل إنذار الحائز يفيد فقط إعلام الغير بالحجز على العقار، كما يفيد الدائن المرتهن لأن التأشير به يحول دون سقوط التتبيه.

والحكمة من إلحاق الثمار هي أن يتوافر للدائنين أكبر مبلغ ممكن من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنه لو تركت الثمار للمدين دون اعتبارها محجوزة تبعا لحجز العقار فإن المدين سوف يسعى إلى إطالة الإجراءات ليتمتع بالثمار قبل أن يفقد العقار، ولذلك فإن إلحاق الثمار بالعقار يؤدي إلى عدم تشجيع المدين على إثارة المنازعات وتعطيل إجراءات التنفيذ، ومن ناحية ثالثة فإن إلحاق الثمار بالعقار يؤدي إلى دفع ما يعود على الدائن المرتهن - البنك - من ضرر بسبب طول إجراءات التنفيذ.⁽¹⁾ ولتحديد مقدار الثمار التي تلحق العقار فغن المادة 837 قانون مدني حددته واعتبرت الثمار الطبيعية أو الصناعية مقبوضة من يوم فصلها أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوم بيوم.

5- **خيارات الحائز غايتها ضمان حق البنك كدائن مرتهن:** إن المشرع منح للحائز في حالة عدم تمكنه من منع مباشرة حق التتبع وسائل أو خيارات تؤدي إلى منع نزع العقار من يده وهي في غايتها هي امتيازات ممنوحة للبنك كدائن مرتهن قبل أن تكون للحائز، ذلك أن الحائز بقدر ما هو مخير فهو مجبر على هذه الخيارات وإلا اتخذت ضده إجراءات التنفيذ على العقار وبيعه جبرا عليه، وبالتالي يكون مخيرا بين أداء الدين المضمون للبنك كدائن مرتهن أو التخلي عن العقار المرهون، أو تطهير العقار⁽²⁾

أ- قضاء الديون: إن غاية البنك كدائن مرتهن هو الحصول على حقه دون عناء، وبالتالي إذا كانت مصلحة الحائز هو اللجوء لقضاء الديون من أجل رد الدائن المرتهن عن مباشرة حق التتبع، فإنه في

(1) العربي شحط عبد القادر ونبيل صقر، طرق التنفيذ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص156.

(2) راجع المادة 911 قانون مدني جزائري.

المقابل لولا هذه الميزة التي يحظى بها الدائن المرتهن (حق التتبع) لما تمكن من استيفاء حقه من الحائز رغم أنه ليس هو المدين الأصلي ولكن الذي دفعه إلى هذا الخيار هو وقف مباشرة حق التتبع والتنفيذ على العقار المرهون.

ولقد نظم المشرع أحكام قضاء الديون في مواد من 912 إلى 914 من القانون المدني، حيث نصت المادة 912 قانون مدني على أنه يجوز للحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يقبضه هو وملحقاته بما في ذلك مصاريف الإجراءات من وقت إنذاره، ويبقى حقه هذا قائماً إلى رسو المزاد وله في هذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون، كما يجوز له أن يحل محل الدائن الذي استوفى الدين فيما له من حقوق إلا ما كان منها متعلقاً بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين، ويتضح من هذه المادة أن الحائز لا يثبت له الحق في وفاء الدين للمرتهن إلا عند حلول أجل هذا الدين المضمون، وهذا يؤدي بنا إلى طرح السؤال التالي، فيما تتمثل هذه الديون الواجبة الدفع؟ يتضح من نص المادة 912 قانون مدني سالفه الذكر أن على الحائز أن يدفع أصل الدين المضمون (مبلغ القرض)، وجميع ملحقاته (فوائده) وكل المصروفات والنفقات التي تحملها البنك المرتهن ابتداء من إنذاره بالدفع أو التخلية والتسجيل، فإذا لم يدفع الحائز إلا جزءاً من هذه المبالغ فيحق للبنك كدائن مرتهن أن يستمر في التنفيذ على العقار حتى ولو كان الجزء المتبقي من الدين قليلاً، وذلك إعمالاً لمبدأ عدم تجزئة الرهن،⁽¹⁾ ويحق للحائز الرجوع بما وفاه من دين على المدين أو على المالك السابق للعقار المرهون، كما يحق للحائز أن يحل محل الدائن المرتهن في حقوقه والحلول هنا قانوني أي بقوة القانون.

ب- تخلية العقار المرهون: ومعنى ذلك أن يتجنب الحائز إجراءات التنفيذ على العقار في مواجهته حتى لا يظهر اسمه في إجراءات البيع، كشخص تنتزع ملكيته لسداد الديون بالرغم من أنه أجنبي عنها، مما

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 159.

يسيء إلى سمعته، فالحائز يتخلى عن العقار لتبأشر إجراءات التنفيذ في مواجهة حارس أو أمين تعينه المحكمة لهذا الغرض، وبالتالي إعمالاً لحق التتبع أمكن للبنك كدائن مرتهن مباشرة حق التتبع والتنفيذ على العقار في أي يد كان، وهذا كذلك يدخل ضمن ضمان حق التتبع لحقوق البنك كمرتهن، ويترتب على التخلية مواصلة الإجراءات ولكن تحويل مجراها فبعد أن كانت تتخذ في مواجهة الحائز، أصبحت تتخذ في مواجهة الحارس أي أمين العقار⁽¹⁾

وإذا كانت التخلية هي حق للحائز دون غيره بشرط عدم مسؤوليته عن الدين، وإذا أصبح الحائز مسؤولاً عن الدين إمتنع عليه أن يلجأ إلى التخلية سواء نشأت المسؤولية عن الدين طبقاً لإتفاق أو بنص القانون، كما إذا تحقق شرط قضاء الديون جبراً في حالة من الحالتين الواردتين في المادة 914 قانون مدني، وفي كلتا الحالتين لا يجوز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخلية عن العقار،⁽²⁾ وهاتين الحالتين اللتين ذكرتهما المادة 914 ق م والتي تجعل الحائز يقوم بقضاء الدين إجبارياً هما:

الحالة الأولى: أن الحائز يجبر على قضاء الدين إذا كان مديناً للراهن بسبب تملكه للعقار المرهون بمبلغ من النقود حل أجل أدائه وكان كافياً لقضاء ديون جميع الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة على العقار حتى وقت شهر سند ملكيته.⁽³⁾

وعلى ذلك حتى نكون أمام حالة إجبار الدائن المرتهن الحائز بالوفاء بالدين يجب توافر الشروط الآتية:

- أن يكون الدين الذي في ذمة الحائز مبلغ من النقود وليس شيء آخر.
- أن يكون سبب الدين تملك الحائز للعقار المرهون.
- أن يكون الدين مستحق الأداء، بمعنى أن أجل أدائه قد حل.

(1) Robert Beudant et pierre voirin; cours de droit civil Français ; Tom 14, Edition Rousseau ; paris, 1948 ; page 1171.

(2) محمد صديري السعدي، المرجع السابق، ص186.

(3) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص535.

- أن يكون الدين كافياً لوفاء ديون جميع الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة قبل شهر سند الحائز.
- أن يكون الحائز قد شهر سند ملكيته.

الحالة الثانية: التي يجبر فيها على قضاء الدين هي أنه إذا كان في ذمة الحائز بسبب تملكه العقار المرهون مبلغ غير مستحق الأداء حالاً، أو غير كاف لوفاء الديون جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار، ومغاييراً لجنس هذه الديون، جاز لهؤلاء الدائنين بما فيهم الدائن المرتهن -البنك- بعد إنفاقهم الجماعي إجبار الحائز على أن يدفع لهم ما في ذمته من مبلغ للراهن ويقدر ما هو مستحق لهم على أن يقتسموا هذا المبلغ فيما بينهم حسب الترتيب الذي يختارونه لأنفسهم⁽¹⁾

الآثار المترتبة على القضاء الإجباري للدين: يترتب عن القضاء الإجباري للدين من طرف الحائز مجموعة من الآثار تصب في مصلحة الدائن والحائز كذلك ومن هذه الآثار:

- يفقد الحائز صفته كحائز، ويصبح مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين في مواجهة الدائنين.
- يتمتع على الحائز سلوك سبيل تطهير العقار وتخليته، لأنه أصبح مسؤولاً عن الدين شخصياً، ومن شروط التطهير والتخلية أن لا يكون الحائز مسؤول عن الدين مسؤولية شخصية.
- يحق للدائنين بما فيهم البنك كدائن مرتهن التنفيذ على جميع أموال الحائز بما لهم من حق الضمان العام على أمواله، على أساس أنه أصبح مسؤول مسؤولية شخصية عن الدين.⁽²⁾
- لا يجوز للحائز الرجوع بشيء على المدين الراهن أو المالك السابق، لأنه لم يفتقر، وكل ما وفاه كان ملزم به بسبب تملكه العقار المرهون.⁽³⁾

- القضاء الإجباري للدين يؤدي إلى تطهير العقار من جميع القيود الواردة عليه.

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص323.

(2) جلال محمد إبراهيم وأحمد محمود السعد، المرجع السابق، ص313.

(3) سمير تناغو، المرجع السابق، ص267.

ثانيا- عرقلة إجراء التطهير لحق التتبع: يشكل حق التتبع وفقا لما تم دراسته من قبل امتياز خاص وفعال للبنك كدائن مرتهن باعتباره يسمح للمرتهن بحجز العقار وبيعه من أجل ممارسة حق التقدم على الثمن،⁽¹⁾ وذلك كمقابل أو نتيجة طبيعية على إحتفاظ الراهن بملكية العقار المرهون وامتلاكه لسلطة التصرف فيه، بحيث ان المشرع حينما منح الحق في التتبع لدائن المرتهن إنما أراد أن يحفظ حقوق الدائن المرتهن من جهة والحفاظ على فعالية الرهن الرسمي كضمان للمرتهن.

غير أن هذه الحماية تبقى مهددة وقاصرة أمام الحق الممنوح للحائز أو الخيار المتمثل في رخصة تطهير العقار من الرهن، المنصوص عليها في المادة 915 من القانون المدني فهي وسيلة تسمح للحائز أن يعرض على الدائنين المسجلة حقوقهم قبل تسجيل سند ملكيته دفع القيمة المقدرة للعقار، مقابل تخليص العقار من الرهن التي تنقله، ليتفادى بذلك الذين يستعملون حق التتبع المرتبط بالرهن⁽²⁾ ، ويلجأ إليه عادة إذا كانت قيمة العقار أقل من قيمة الدين، إذ يسمح للدائنين المرتهنيين الحصول على قيمته دون إتباع إجراءات التنفيذ الجبري⁽³⁾، ذلك أن التطهير يمكن الحائز من أن يستبق الأحداث فيتخذ موقفا من شأنه إما تحرير العقار مما يتقله من رهون، أو إجبار الدائنين على طرح العقار في المزاد.⁽⁴⁾

وعليه فهو يفيد الحائز في الاحتفاظ بملكية العقار المرهون دون أن يدفع أكثر من قيمته ومن جهة أخرى يفيد الراهن لأن إجاز القانون للتطهير تشجع الغير على شراء العقار المثقل على أمل تطهيره دون فقد ملكيته، فضلا عن ذلك أنه يحقق ميزة أو فائدة للدائن المرتهن لأنه أي التطهير يمكنه من الحصول على قيمة العقار دون إتباع إجراءات نزع الملكية بما يقتضيه هذا من جهد ووقت ونفقات خاصة أن هذه العناصر مهمة بالنسبة للبنوك والمؤسسات المالية ونعني عنصر الزمن والنفقات، بل نجد أن الدائن يقبل

(1) Nicolas Rontchevsky ; François jacob ; droit des sûretés; la semaine juridique du droit bancaire ; n°98, novembre 2004 ; page 49.

(2) Stéphane piedelièvre et Frédéric Guerchoun ; (hypothèque) ; répertoire de droit immobilier ; édition Dalloz ; 2010 ; page 103.

(3) Michel Farge ; les sûretés ; presses universitaire de Grenoble 2007 ; page 330.

(4) السيد عبد النايل، أحكام الضمان العيني والشخصي، جامعة الملك سعود، من دون سنة طبع، ص 210.

التطهير على الرغم من أن القيمة المعروضة قد لا تكفي لسداد ديونهم، قانعين بأن الوفاء الجزئي الحالي والمؤكد خير من الوفاء الكلي المؤجل والمحتمل، خاصة إذا كانوا لا يأملون أن يحقق البيع الجبري ثمنا أعلى من القيمة التي يعرضها الحائز (1)

بالرغم من المزايا التي يتمتع بها هذا الإجراء، إلا أنه في حقيقة الأمر غير عادل ذلك أن المشرع ظاهريا قد أعطى للدائن حماية من خلال حق التتبع، إلا أنه في المقابل منح للحائز وسيلة قانونية تشكل خطرا كبيرا على ضمانه، ولأن مثل هذا الإجراء (التطهير) يؤدي إلى إخفاء كل الرهون بما في ذلك الدائنين غير المسدد لهم حقوقهم، فاللجوء إلى هذا الخيار يجرد الدائن المرتهن من حقه على الرغم منه أو يجبره على الاستعمال حقه في وقت لم يكن له إرادة في اختياره، ولذلك فهو يحتم عليه فرضين يكون في كلاهما متضررا، وتفصيلا لذلك سنتولى تبيان المخاطر التي تعترض حق البنك كدائن مرتهن سواء في حالة قبول عرض التطهير أوفي حالة رفضه.

1- حالة قبول العرض: لا يعني قبول عرض الحائز استيفاء الدائنين لكامل حقوقهم، وإنما قد يتعرضون لمخاطر عديدة، أولها أن هذا فيه إجبارا لهم على قبول الوفاء بالدين قبل حلول أجل الدين باعتبار أن الحائز لا يلتزم بمراعاة آجال استحقاق الديون،⁽²⁾ ولكن عادة قبول العرض من طرف جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار إن رأوا أن العرض يحقق مصالحهم، كما لو كان المبلغ الذي عرضه عليهم الحائز يفي بجميع حقوقهم، أو أنه يعبر عن القيمة الحقيقية للعقار، لكن نجد أن البنك كدائن مرتهن يجد نفسه مضطرا للبحث عن مجال آخر يوظف فيه أمواله بعدما كان مطمئنا إلى أنها وظيفت بالفعل، فالبنك أو المؤسسة المالية من وظائفها الأساسية هي احتراف الاقتراض بضمان فعال كالرهن الرسمي، فعرض

(1) بنت الخوخ مريم، المرجع السابق، ص38.

(2) راجع المادة 915 من القانون المدني الجزائري.

التطهير قبل حلول أجل الدين يضر بمصلحته⁽¹⁾ لكونه يقرض بفائدة وتقصير الأجل بهذه الطريقة يؤدي إلى حرمانه من فوائد المدة التي أتفق عليها بموجب عقد القرض العقاري، ذلك أن الحائز لا يلزم بدفع الفوائد المترتبة عن المدة الباقية للدين، وهذا كله قد يؤدي إلى المساس بالائتمان العقاري.

كما تكمن خطورة التطهير في تحكم الحائز في الوقت الذي يلجأ فيه إليه، فيعمد إلى اختيار الوقت الذي تكون فيه، قيمة العقار منخفضة فيعرض عليهم مبلغا قليلا وقد لا تكون هذه القيمة كافية للوفاء بجميع الديون، فيجد الدائن المرتهن نفسه مجبرا بين أمرين إما قبول العرض المتمثل في هذا المبلغ المنخفض، وإما اللجوء إلى إجراءات البيع بالمزاد العلني الذي لا يؤدي في غالب الأحيان إلى الوصول أكثر مما عرضه الحائز، وقد يتعرض الدائن في حالة قبول العرض إلى إجباره على قبول الوفاء الجزئي لديونه، وهو ما قد يحدث حين يكون المبلغ المعروض أقل من قيمة دين الدائن المرتهن الوحيد أو أقل من مجموع ديون الدائنين المتعددين، حيث لن يحصل المتأخر منهم في المرتبة على كامل حقه، وعلى الرغم من أن هذا الأخير لم يستوفي حقه كاملا، إلا أنه يفقد الرهن الذي كان يضمن هذا الحق، وباعتبار أن انقضاء الرهن هو نتيجة حتمية للتطهير⁽²⁾، يضاف إلى ذلك أنه إذا كان الحائز قد تلقى ملكية جزء من العقار المرهون كان له أن يظهر هذا الجزء فقط، وهذا يعد خرقا لمبدأ عدم تجزئة الدين، ويلاحظ أن التطهير لا يتم بمجرد قبول العرض بل يجب، حسب المادة 921 قانون مدني - على الحائز أن يدفع

(1) حسني محمد عبد الدايم، الإئتمان العقاري بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص343.

(2) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص346.

المبلغ الذي قوم به العقار بزيادة العشر للدائنين الذين تسمح مرتبتهم⁽¹⁾ باستيفاء حقوقهم منه أو إذا أودع هذا المبلغ الخزينة العامة.

2- حالة رفض العرض: إذا رفض الدائن المرتهن -البنك- عرض التطهير أملا في ثمن أعلى، فإنه لن يسلم من المجازفة في هذه الحالة من جراء هذا الموقف، لأنه يستلزم عليه في هذه الحالة أن يطلب بيع العقار بالمزاد العلني ولو كان دينه غير حال الأداء خلال مدة قصيرة محددة بثلاثين يوما من آخر إعلان رسمي، يضاف إليها آجال المسافة ما بين الموطن الأصلي للدائن وموطنه المختار، على ألا تزيد آجال المسافة على ثلاثين يوما أخرى (المادة 918 قانون مدني) وإجمالا تصبح المدة القصوى هي ستون يوما كحد أقصى، وقد لا تكون الظروف مواتية لذلك، كما لو قدم الحائز عرضه في وقت تكون فيه قيمة العقارات منخفضة، ولا يملكون الدائنون الانتظار إلى حين ارتفاع الأسعار، إذ أنهم مجبرين على اتخاذ إجراءات البيع في الوقت القصير والمحدود المفروض عليهم، وسيتم الرجوع إلى إجراء التطهير كإجراء في غير صالح البنك كدائن مرتهن بما يقلل من فعالية الرهن الرسمي كضمانة بنكية خلال الفصل الثاني لهذا الباب، يبقى للدائن كذلك الخيار وهو أدري بأن يرفض العرض إذا رأى أنه طرح العقار للبيع بالمزاد العلني يمكنه من الحصول على كامل حقه، كما أن المشرع سوى بين الدائنين والكفلاء في حق رفض العرض فأجاز للكفلاء أيضا طلب بيع العقار بالمزاد⁽²⁾، ذلك لأن للكفيل مصلحة في أن يباع العقار بأعلى ثمن ممكن حتى يستوفي الدائن حقه ولا يرجع عليه.⁽³⁾

(1) يقول الدكتور علي سليمان منتقدا نص المادة 921 مدني جزائري فيما يخص زيادة عشر المبلغ أن هذا غير منطقي وما هو سبب إلزام الحائز بذلك فهذا حكم غريب، مجاف للمنطق، ولم يرد مثله لا في القانون المدني الفرنسي ولا في القوانين العربية الأخرى، المرجع السابق، ص73-74.

(2) جلال محمد إبراهيم وأحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص366.

(3) سمير تناغو، المرجع السابق، ص278.

خلاصة الفصل الأول:

حاولنا من خلال هذا الفصل إبراز فعالية الرهن الرسمي كضمان للقرض العقاري بالنظر إلى الامتيازات التي يمنحها الرهن الرسمي للدائن المرتهن (البنك أو المؤسسة المالية) والتي هي صاحبة القرض من أجل حماية حقوقها فوجدنا أن الرهن الرسمي يشكل ضمان فعّال لكل دين من خلال الحقوق التي يقرها عقد الرهن والتي هي لصالح المرتهن سواء من حيث الالتزامات المفروضة على الرهن بموجب هذا العقد وهي الإلتزام بتسديد نفقات العقد والقيود وكذا بالضمان والمحافظة على سلامة العقار المرهون لكون عقد الرهن من عقود الضمان فإن من مستلزماته إلزام الراهن بضمان سلامة الرهن بحالته وقيمه التي ارتضاها البنك كمرتهن، فيلتزم بضمان تعرضه الشخصي وتعرض الغير له، حيث وجدنا أن هذا الإلتزام ضمان سلامة الرهن يشكل التزاما جوهريا يقع على عاتق المقترض الراهن خاصة أن من خصائص الرهن هو احتفاظ الراهن بالعقار المرهون، وامتلاكه لسلطة التصرف في العقار وأمام هذا السلوك الذي قد يقوم به الراهن كان لا بد من قيد الرهن الذي من شأنه أنه يعطي للبنك كدائن مرتهن سلطتي التقدم والنتبع وهما أهم الضمانات التي يعطيها الرهن للدائن المرتهن فهما يلعبان دورا أساسيا ومتكاملا في حماية حقوق البنك كدائن مرتهن فالأول يحميه من نتائج إنشاء حقوق جديدة على العقار المرهون، والثاني يحميه من نتائج أعمال التصرف التي قد يقوم بها المدين الراهن.

الفصل الثاني: الفعالية المحدودة للرهن الرسمي كائتمان بنكي للقرض العقاري وضرورة تدعيمها.

إن من أهم خصائص الرهن الرسمي أنّ المدين يحتفظ بحياسة عقاره ويتحقق له بذلك فائدة الإستمرار في إستغلاله وإدارته، حيث منحت بعض التشريعات كالتشريع المدني الجزائري سلطة التصرف في العقار المرهون للمدين الراهن شريطة عدم الإضرار بالدائن المرتهن، وبقاء حياسة العقار المرهون في يد المدين تخوله مباشرة كل السلطات التي يمنحها له حق الملكية من إستعمال وإستغلال وتصرف وما يتتبع ذلك من القيام ببعض الأعمال القانونية والمادية التي تمس العقار المرهون⁽¹⁾، والتي من شأنها الحد من فعالية الرهن الرسمي كضمان جيد للقرض العقاري، هذا بالإضافة أنّ الرهن الرسمي يعاني كذلك من نقاط ضعف كثيرة بكونه ضمان عيني وارد على عقار، ويتطلب تأسيسه إتباع إجراءات تتميز بالطول وإرتفاع التكاليف وفي المقابل يجد الدائن (البنك) نفسه مسبقا بحقوق إمتياز لها الأولوية بقوة القانون، وذلك أن القيمة الفعلية لأي علاقة تعاقدية تكمن من جهة في حسن تنظيمها بعناية ودقة وإعطائها كامل فعاليتها ومن جهة أخرى في قوة ضمان تنفيذها وتحقيق غايتها التي تأسست لأجلها.

ومن ثم سنحاول إبراز الإشكالات والمخاطر التي تعترض إكتمال الرهن ليكون ضمانا كافيا للقرض العقاري، سواء من خلال إبراز فعاليته المحدودة تبعا للمخاطر المرتبطة بالملكية وسلطات الراهن على المال المرهون في (المبحث الأول) و نبرز محدودية وعدم فعالية الرهن الرسمي كضمان بسبب طول وتعطيل إجراءات التنفيذ ومزاحمة أصحاب حقوق الإمتياز للبنك كدائن في (المبحث الثاني) أما (المبحث الثالث) فنخصه إلى تدعيم فعالية الرهن الرسمي ليكون ضمانا كافيا للقرض العقاري.

(1) محمد مومن، أثار الرهن الرسمي بالنسبة للمدين والغير، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش العدد 30، 1998، ص 29.

المبحث الأول: الفعالية المحدودة تبعاً للمخاطر المرتبطة بالملكية وسلطات الرهن على المال المرهون.

إن تأسيس الرهن الرسمي كضمان للقرض العقاري يشترط على الراهن أن يكون مالكا للعقار المرهون وهو إشتراط أوجده منطبق القانون المدني الذي يصنف الرهن كحق عيني تبقي لحق عيني أصلي هو حق الملكية والذي يتبعه وجوداً وعدمًا، ويمكن للراهن أن يكون مالكا للعقار ملكية موقوفة على شرط واقف وإن كانت نادرة لكن يمكن تصورها وفي حالة تحقق الشرط ينعقد الرهن بأثر رجعي، وينحل في حالة عدم تحققه، كما يمكن أن تكون ملكية الراهن معلقة على شرط فاسخ، ولكن هشاشة هذين الوضعين استدفع بالمقرض إلى رفض هذا النوع من الملكية للعقار المرهون، حيث يشترط التقديم المسبق لسند ملكية العقار محل الرهن، كما يمكن أن تتصور حالات أخرى متعلقة بالملكية والتي قد تضر بالدائن المرتهن من ذلك الرهن الصادر من مالك زالت ملكيته بأثر رجعي، ورهن العقار المملوك على الشيوخ والرهن الصادر من مالك المباني المقامة على أرض الغير.

واشتراط إظهار الراهن لسند الملكية وإن كان سهلا للبعض فإنه يصعب على البعض الآخر إن لم نقل مستحيلاً سيما بالنسبة للعقود الإدارية، صاحب حق التخصيص، البيع على التصاميم، شهادة حياة، وقد صنفها البعض من بين المشاكل الرئيسية التي تعاني منها عملية الإقراض، ذلك أن الدائن المرتهن يعتبرها غير فعالة كضمان عيني للقرض العقاري، ويختلف سند الملكية حسب الهدف من عقد القرض العقاري و يتعد الإشكال حسب كل حالة سواء تعلق الأمر بملكية الراهن للعقار المرهون عموماً أو تعلق الأمر بسند الملكية بحسب الغاية من القرض العقاري بصورة خاصة والتي تجعل من البنك بصفته كدائن مرتهن يعزف على منح القرض العقاري بسبب المخاطر المرتبطة بالملكية وبالتالي يصبح الضمان العيني محدود الفعالية أو يلجأ إلى تدعيم فعالية الرهن بوسائل وآليات أخرى تجعله في منأى عن تلك المخاطر المتوقعة، وعليه سيتم معالجة ذلك من خلال مطلبين، (المطلب الأول) نخصه للمخاطر المرتبطة

بالملكية والتي لها تأثير سلبي على فعالية الرهن الرسمي كضمان. أما (المطلب الثاني) سنتطرق من خلاله إلى الفعالية المحدودة للرهن المرتبطة بسبب السلطات الممنوحة للمدين الراهن على العقار المرهون من خلال أن هذا الرهن لا ينقل حيازة العقار المرهون إلى الدائن المرتهن.

المطلب الأول: المخاطر المرتبطة بالملكية.

المفروض أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون الذي يقدمه كضمان عيني للدين المضمون والذي هو القرض العقاري، غير أنه ثمة مسائل تثار بمناسبة إعمال هذا الشرط، ذلك أن ملكية الراهن للعقار المرهون لا تتوفر دائما في صورتها البسيطة، والتي لا تثير أية غموض بصدد إبرام عقد الرهن سواء إستمرت ملكية الراهن لما رهن حتى تنفيذ الدائن المرتهن على العقار المرهون، أو إنتقلت إلى الغير بسبب من أسباب كسب الملكية قبل التنفيذ حيث يثبت للدائن التتبع.

ذلك أن مسألة ملكية الراهن للعقار محل الرهن، تثير عدة مسائل قانونية متشعبة، نظرا لتعدد طرق إنتقالها مما يخلق صعوبات في المجال العملي كالتشكيك في ملكية الراهن مما يشكل خطرا على ضمان البنك كدائن مرتهن وقد يؤدي إلى فقد تأمينه ويظهر ذلك من خلال عدة حالات نحاول التطرق إليها من خلال ثلاثة فروع، (الفرع الأول) نتكلم فيه عن الرهن الصادر من مالك زالت ملكيته بأثر رجعي أما (الفرع الثاني) نخصه للرهن الصادر من مالك على الشيوع و (الفرع الثالث) نتطرق من خلاله للرهن الصادر من مالك المباني القائمة على أرض الغير وهي كلها حالات مرتبطة بالملكية وتشكل خطرا على محدودية الرهن الرسمي كضمان.

الفرع الأول: الرهن الصادر من مالك زالت ملكيته بأثر رجعي.

المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي يعتبر كأن لم يكن مالكا أبداً، وبالتالي فكل التصرفات التي صدرت عنه من قبل تصبح كأن لم تكن، هذا هو مقتضى الأثر الرجعي لزوال الملكية إذا أطلق حكمه

فإذا صدر رهن من مالك ثم زالت عنه ملكيته بعد هذا، ترتب على زوالها زوال الرهن بالتالي، وهذا هو الحل في القانون الفرنسي، لا يغير منه حتى أن يكون المرتهن حسن النية وقت إبرام العقد،⁽¹⁾ ومع ذلك فإن القانون المدني الجزائري قد وضع حكماً مخالفاً للحكم السابق، وهذا ما نصت عليه المادة 885 ق.م.ج : « يبقى صحيحاً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه لأي سبب آخر، إذا ثبت أن الدائن كان حسن النية وقت إبرام عقد الرهن »⁽²⁾ ويعتبر هذا النص خروجاً عن القواعد العامة التي تقضي أنه متى زال حق الملكية بأثر رجعي زالت معه التصرفات الواقعة على هذه الملكية بأثر رجعي، بما فيها الرهن، إلا أن المشرع الجزائري حماية للمرتهن قرر بقاء الرهن صحيحاً بشروط ثلاثة هي:

- أن يصدر الرهن من مالك.

- أن يكون المرتهن حسن النية.

- زوال ملكية الراهن بأثر رجعي.

ظاهرياً يبدو هذا الحل حماية للمرتهن، إلا أنه لا يخلو من المخاطر على ضمانه للقرض العقاري

وذلك من الإشكالات التي يثيرها والتي تظهر من خلال ما يلي:

أولاً- في حالة زوال الملكية بأثر رجعي وأسباب زوال ملكية الراهن متعددة، فقد يكون السند الذي اكتسب

به حقه قابلاً للإبطال لعيب من عيوب الإرادة ويحكم بإبطاله، أو أن يمتنع المالك بالوفاء بالتزامات مترتبة

عليه بهذا السند فيحكم بفسخه، أو أن يحكم بفسخ الوصية لتخطيها القدر الجائز الإيصاء به قانوناً⁽³⁾ ففي

كل هذه الحالات تؤول إلى المالك الحقيقي ملكية العقار مثقلة بالرهن، بالرغم من أن هذا الأخير لم يرتب

هذا الرهن ولم يشارك في إنشائه، والإشكال الذي قد يعترض الدائن المرتهن والذي هو البنك في دراستنا

(1) Marcel Planiol et georges Ripert, op Cit, page 410.

(2) يقابلها نص المادة 1034 من القانون المدني المصري.

(3) سميير تتاغو، المرجع السابق، ص75.

هذه هو أنه قد يقع المالك الحقيقي الذي آلت إليه ملكية العقار المرهون في حالة إفلاس، فما مصير الرهن في حالة رفع جماعة الدائنين دعوى عدم نفاذ التصرف في مواجهة المتصرف على أساس أن المتصرف إليه وهو الراهن قد إشتري العقار وهو عالم بأن المتصرف متوقف عن الدفع؟⁽¹⁾ فمتى حكم بعدم نفاذ التصرف بناء على طلب الوكيل المتصرف القضائي، ترتب على ذلك عدم نفاذ الرهن في حق جماعة الدائنين طبقا للمادة 249 من القانون التجاري الجزائري، ويسري الحكم بعدم نفاذ التصرف في حق جماعة الدائنين سواء نشأت حقوقهم قبل حصول التصرف أو بعد حصوله وفقا للمادة 247 من القانون التجاري، ومن ثم يجب إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التصرف، وتطبيقا لذلك يتعين على المتصرف إليه رد المال موضوع التصرف إلى التفليسة⁽²⁾، ويصبح بذلك المرتهن دائن عادي يتقدم في التفليسة بدينه ويخضع لقسمة الغرماء ومزاحمة بقية الدائنين، تطبيقا لمبدأ المساواة في الضمان العام، مما يعرضه لخطر عدم إستيفاء حقه كاملا أو لجزء منه.

ثانيا- إشتراط المشرع لإعمال أحكام المادة 885 قانون مدني، أن يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت العقد ومقتضى هذا الشرط أن يعتقد المرتهن بحسن النية سند ملكية الراهن غير مهددة بالزوال، وحسن نية المرتهن هو الإعتبار الأول الذي راعاه المشرع عندما قرر بقاء الرهن رغم زوال ملكية الراهن، فقد قصد بذلك حماية الثقة المشروعة التي أعطاهها دائن مرتهن حسن النية لسند ملكية الراهن، وتتوافر حسن النية للمرتهن إذا كان لا يعلم وقت العقد بما يهدد سند ملكية الراهن، وإذا كان لا يستطيع أن يعلم بهذا لو أنه بذل عناية الرجل المعتاد، غير أن هناك حالة تجاوز فيها مسألة حسن النية وهي عندما يكون الراهن قد تلقى العقار بموجب عقد بيع ولم يسدد الثمن كاملا للبائع وقام برهنه بعد ذلك فيقوم البائع بالمطالبة بفسخ عقد البيع بناءً على دعوى الفسخ، فمتى فسخ عقد البيع آل العقار إلى مالكة الحقيقي متقلا بالرهن لعدم

(1) بنت الخوخ مريم، المرجع السابق، ص66.

(2) مصطفى كمال طه، أصول الإفلاس، المرجع السابق، ص128.

علم المرتهن بإمكانية زوال الملكية، غير أن المشرع و بالمقابل أقام في المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري قرينة قاطعة ينتفي معها حسن نية الدائن، وذلك من خلال نص المادة 85 منه، فإذا رفعت دعوى بالطعن في سند ملكية الراهن بالفسخ وتم تسجيل الدعوى أو التأشير على هامش تسجيل سند الراهن⁽¹⁾، فإن الرهن الذي يرتبه هذا الأخير على العقار لا يسري في حق البائع أي المالك الحقيقي، لأنّ الدائن المرتهن يعتبر سيء النية بإعتباره عالم برفع الدعوى أو كان بإستطاعته أن يعلم بها إن إطلع على سند ملكية الراهن وعليه ينتقل العقار إلى مالكة الحقيقي خاليا من الرهن ولا يكون للمرتهن إلا الرجوع إلى القواعد العامة للضمان.

الفرع الثاني: الرهن الصادر من مالك على الشيوع.

الشيوع يذهب في الأصل ضد طبيعة الحق ذاته بإعتباره إستثنائاً بقيمة معينة، إلا أنه يكون من الممكن التوفيق بين الإستثناء والشيوع، فيكون الحق إستثنائاً على الشيوع، وهو ما لا يستحيل منطقاً ولكن إذا أمكن حل المشكلة من الناحية المنطقية، فإنّ حلها من الناحية العملية يبدو صعباً في كثير من الأحيان حيث تتشابك حقوق الشركاء على الشيوع وحقوق الغير الذي تعامل معهم أو مع بعضهم والمقصود هنا الدائن المرتهن، ولهذا لم يتأخر الفكر من القديم عن إستنكار نظام الملكية الشائعة بما ترتبه من خصومات⁽²⁾، ورغم ذلك فالملكية الشائعة قائمة من الناحية العملية لا سبيل إلى القضاء عليها فأسبابها تكاد تكون حتمية في بعض الأحيان كالميراث مثلا، وإنتشار الملكية الشائعة في الواقع العملي هو الذي يبرر إهتمام المشرع بتنظيم أحكامها في نصوص متعددة.

(1) محمدي سليمان، ضرورة تعميم شهر الدعاوى المتعلقة بالحق العيني العقاري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الجزء 41، عدد 01، لسنة 2000، ص 79.

(2) سمير تتاغو، المرجع السابق، ص 81.

والملكية الشائعة أو ملكية العقار الشائع، هي تلك الملكية التي يتعدد فيها المالكون لهذا العقار دون أن يختص كل منهم بجزء مفرز فيه، ولقد أورد المشرع الجزائري تعريفاً لها من خلال نص المادة 713 من القانون المدني، وهي أن يمتلك إثنان أو أكثر شيئاً وتكون حصة كل واحد منهم فيه غير مفرزة، فلا يستقل الشريك في الشيوع بملكية المال الشائع أو جزء منه، بل يستقل بملكية حصة شائعة في كل المال الشائع، وحسب المادة 714 من نفس القانون، إعتبر المشرع حق الشريك في الشيوع حق ملكية تامة، وبالرجوع إلى نص المادة 890 من القانون المدني كذلك نجد أن المشرع الجزائري أعطى للشريك أو الشركاء على الشيوع الحق في إمكانية ترتيب رهون على المال الشائع، ووفقاً لذلك فالرهن الصادر من جميع الشركاء لا يطرح أي إشكالية، لأن إجماع الشركاء عليه ينفي كل شبهة للتعارض بين مصالحهم أو الإضرار ببعضهم، ومصير الرهن على هذا النحو لا يتأثر في المستقبل بقسمة العقار المرهون أيا كانت نتيجة القسمة، غير أن المشكلة تنثور حول الرهن الصادر من مالك على الشيوع، والذي قد يرهن حصته الشائعة في العقار، أو أن يرهن جزء مفرز يساوي حصته من هذا العقار فإذا رهن الشريك حصته الشائعة، فإن الرهن يكون صادراً من المالك وهو صحيح منتج لكافة آثاره إلا أن مصيره مرتبط بنتيجة القسمة وبعدم الإضرار بحقوق الآخرين.

لذلك فالرهن الوارد على المال الشائع محدود الفعالية من خلال ضعف حق التتبع إذ يتعرض فيه البنك كدائن مرتهن لأخطار كبيرة، إن لم نقل إستحالة في التنفيذ في حالة عجز المدين عن الوفاء بمبلغ القرض العقاري، ويتجلى ذلك من خلال:

قد ينتقل الرهن الرسمي إلى عقارات أخرى غير التي رهنها الشريك، فقد يحدث أن تكون العقارات التي وقعت في نصيب الشريك الراهن بعد القسمة لها قيمة أقل وبالتالي تنقص من قيمة الضمان، كما قد يتأخر البنك بصفته دائن مرتهن في إجراء قيد جديد على المال الذي إنتقل إليه الرهن مما يترتب عليه

فقدانه للمرتبة التي كان يتمتع بها، وتحسب مرتبته من تاريخ القيد الجديد والتي قد لا تسمح له بإستيفاء حقه كاملا.

كما نصت الفقرة الأخيرة من المادة 890 قانون مدني على: « ولا يضر إنتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء، ولا بإمتياز المتقاسمين » ، وعليه فالدائن المرتهن من أحد الشركاء في الشيوخ الذي إنتقل رهنه إلى عقار آخر يتأخر عن المرتهن من جميع الشركاء لهذا العقار، حتى ولو كانت مرتبة المرتهن الأول متقدمة على مرتبة المرتهن الأخير، وكذلك بالنسبة لحق إمتياز المتقاسم الذي يكون للشركاء على العقار الذي إنتقل إليه الرهن ضمناً لحقوقهم المترتبة على القسمة، بالرغم من أن المادة 890 في فقرتها الثانية تجعل من الرهن الذي ينتقل بعد القسمة إلى عقارات غير تلك التي كانت مرهونة في الأصل يحتفظ بمرتبته القديمة إذا تم القيد الجديد طبقا للأجال القانونية، إلا أنه يتأخر عن إمتياز المتقاسم والرهن الذي تمّ من جميع الشركاء في الشيوخ،⁽¹⁾ كما قد يحدث وأن يرتب أحد الشركاء رهنا على كامل العقار، فإذا آل لإليه جزء من العقار، لا العقار كله كان الرهن الواقع على الحصص الأخرى باطلا لأنه يعد رهنا لملك الغير .

كما قد لا يقع في نصيب الراهن لا العقار المرهون ولا عقار آخر يحل محله بل منقول فإن المرتهن في هذه الحالة يفقد حق رهنه على العقار المرهون لأنه وقع في نصيب شريك لم يرهنه، وكذلك لا ينتقل رهنه إلى المنقول الذي وقع في نصيبه، وعلى هذا الأساس فالدائن المرتهن يسقط حقه في تتبع العقار المرهون الذي لم يقع بعد القسمة في نصيب الراهن، أما حماية الدائن المرتهن فتكون بتقرير بقاء حقه في الأفضلية لا على العقار المرهون فقد انقضى حقه في التتبع لهذا العقار، ولكن على ما حل محل العقار المرهون من عقار آخر أو أية قيمة مالية أخرى وهذا كذلك يقلل من فعالية الضمان خاصة إذا آل

(1) أحمد خالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2008، ص164 .

إلى الرهن قيمة مالية غير عقارية على اعتبار أنّ العقار يعد أكثر الضمانات العينية نظراً لقيّمته المالية التي لا تعرف الانهيار في الغالب وكذلك أن المنقول لا يصح أن يكون محلاً للرهن الرسمي العقاري⁽¹⁾

ونلاحظ أنّ المشرع الفرنسي قد كفل الحماية فقط للمتقاسم بعد القسمة مضحياً بعد هذا بكل مصلحة للدائن المرتهن ويرجع هذا إلى إعتناق القانون الفرنسي فكرة الأثر الرجعي للقسمة على إطلاقها وهي فكرة يؤدي منطقتها إلى إهدار كل حماية للدائن المرتهن، لأنه إذا صدر الرهن من مالك على الشبوع ثم لم يقع في نصيبه بعد القسمة العقار الذي رتب عليه الرهن، فإنه بمقتضى الأثر الرجعي للقسمة يعتبر كأنه لم يكن مالكا في أي يوم من الأيام لهذا العقار، وبالتالي يزول حق الدائن المرتهن ليس فقط في مواجهة المتقاسم الذي آل إليه العقار المرهون، ولكن أيضا في مواجهة غيره من دائني الراهن فلا يستطيع المرتهن أن يتمسك في مواجهتهم بحقه في الأفضلية على ما حل محل العقار المرهون في ذمة الراهن من عقار آخر أو من مبلغ من النقود⁽²⁾

وما تجدر الإشارة إليه أنّ المشرع الجزائري لم يتعرض لمسألة عدم حصول الراهن على أي جزء من العقار كما في حالة أن تكون قسمة العقار المشاع مستحيلة، مما يفرض بيعه بالمزاد العلني أو أن يتم الإتفاق على أن يمتلك أحدهم العين دون مقابل، وبالتالي قد لا يحصل الشريك الراهن على أي شيء سواء من القسمة أو أي تعويض آخر، فيتعرض بذلك المرتهن لخطر عدم الحصول على حقوقه لعدم وجود مال يحجز عليه، وهنا نتساءل لماذا المشرع لم ينص في هذه الحالة على الحلول العيني كما نص عليه في المادة 890 قانون مدني، والسؤال الآخر إذا لم يدفع الشريك الراهن ما في ذمته من دين فكيف يمكن مطالبته بذلك؟ عمليا وفي إطار الممارسات التوثيقية في حالة حصول الراهن على معدل القسمة

(1) أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 167.

(2) Marcel Planiol et georges Ripert; op cit ; p433.

مقابل البيع بالمزاد أو أحد المتقاسمين على العين ينتقل حقه إلى ما آل إلى هذا الشخص بمرتبه أي حلول إتفاقي⁽¹⁾

ولهذا كان لا بد من البحث عن تأصيل آخر لأحكام التشريع، يصلح في نفس الوقت لأستنباط أحكام أخرى لتحقيق أكبر قدر ممكن من الحماية للمتقاسمين والدائنين معاً.

الفرع الثالث: الرهن الصادر من مالك المباني القائمة على أرض الغير.

الأصل أن مالك الأرض، يملك ما عليها من مباني و منشآت، وهذا ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 782 الفقرة الأولى من القانون المدني، والتي تعتبر قرينة قانونية بسيطة يجوز إثبات عكسها، وهو ما عبر عنه من خلال الفقرة الثانية من نفس المادة المذكورة، ذلك أنه من المتصور جدا أن نكون أمام شخصين أحدهما يملك الأرض، والآخر يملك ما عليها من مباني، كأن يرخص شخص لآخر بإقامة منشآت على أرض يملكها، بحيث يكون الشخص الذي شيد المباني حائزا للأرض بموجب ايجار أو إنتفاع بها، وقد يقوم الشخص بالبناء دون ترخيص من مالك الأرض، وهي أكثر الحالات وقوعا من الناحية العملية خاصة عندما تكون الأرض مملوكة ضمن الأملاك الوطنية الخاصة، أو أن يقيم منشآت عليها خلال فترة حيازته للأرض، ويضطر صاحب الأرض لرفع دعوى إستحقاق على الحائز للمباني، وينجح في إسترداد أرضه، وفي كلتا الحالتين قد يحدث وأن يرهن صاحب تلك المباني التي شيدها، وعندئذ تتحدد حقوق المرتهن بحقوق الراهن نفسه فمصير الرهن يكون مرتبط بمصير ملكية الراهن لتلك المباني وفقا للمادة 889 من القانون المدني والتي أحالتنا إلى أحكام الإلتصاق،⁽²⁾ ولكن ولما كانت ملكية الراهن للمباني مؤقتة كان حق الدائن المرتهن خاضعا لجملة من الإحتمالات ولهذا سوف نحاول إبراز حالات محدودية الرهن الرسمي كضمان وهي:

(1) بنت الخوخ مريم، المرجع السابق، ص70.

(2) راجع المادتين 784 و 785 من القانون المدني الجزائري.

أولاً- حالة إنقضاء حق الراهن للمباني نتيجة إنقضاء مدة ملكيته المؤقتة: فإن حق الدائن المرتهن هو الآخر ينقضي، فلا يمكنه تتبع المباني، لأن مصيرها إما الإزالة أو إكتساب مالك الأرض لملكيتها حسب أحكام الإلتصاق، والسؤال المطروح هنا: ما هي الحماية التي قررها المشرع للدائن المرتهن في هذه الحالة، وهل هي كافية لإستيفاء حقه كاملاً؟ الجواب نجده في المادة 889 من القانون المدني والتي بمقتضاها أن حق الدائن المرتهن يكمن في التقدم الذي يباشره على ما يثبت للراهن بمقتضى الإتفاق بينه وبين مالك الأرض، أو بمقتضى القانون، فإذا كان هناك إتفاق بين الراهن (مالك المباني) ومالك الأرض كنا أمام ثلاثة احتمالات:

الإحتمال الأول: إذا تم الإتفاق على إنتقال ملكية المباني لمالك الأرض دون مقابل، فهنا ينقضي كل حق للدائن المرتهن ويتحول إلى مجرد دائن عادي، فهو قد فقد التتبع لأن ملكية المباني المرهونة مؤقتة، وفقد التقدم لعدم وجود مال يتقدم عليه (1)

الإحتمال الثاني: إذا تم الإتفاق على إنتقال ملكية المباني أو المنشآت لمالك الأرض بمقابل، هنا يكون للدائن المرتهن (البنك أو المؤسسة المالي) حق التقدم على هذا التعويض أي على المقابل وهنا يتأثر ضمان الدائن المرتهن على أساس أنه يتقدم على المقابل النقدي الذي تم الإتفاق عليه بين صاحب الأرض ومالك المباني خاصة إذا كان هذا التعويض لا يرقى إلى قيمة المباني.

الإحتمال الثالث: إذا تم الإتفاق على هدم المباني أو إزالتها، هنا يكون للدائن المرتهن حق التقدم في إستيفاء حقه من ثمن الإنقراض، وهذا من شأنه كذلك الإنقاص من الضمان خاصة أن مصاريف الهدم يتم خصمها.

أمّا إذا لم يوجد إتفاق بين الراهن ومالك الأرض على مصير المباني وجب الرجوع إلى أحكام المادتين 785 و 786 قانون مدني ومن خلالهما نخلص إلى أن للراهن أن يطلب هدم المباني وفي هذه

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص134.

الحالة يباشر الدائن المرتهن حقه على ثمن الإنقاض، هذه الأخيرة التي قد لا تكون كافية للوفاء بحقوقه ويتحول بذلك إلى دائن عادي مما يعرضه لمزاحمة بقية الدائنين وقسمة الغرماء، وإذا لم يطلب الراهن إزالتها فعلى مالك الأرض تعويضه مقابل ملكيتها وفقا لأحكام الإلتصاق، وهو مخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغا يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المباني، وعادة ما يعين القاضي خبيراً لذلك، فيقوم ثمن المثل للأرض خالية من المنشآت ثم يقدر ثمن المثل للعقار بعد إقامة المباني، والفرق بين القيمتين هو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب إقامة المنشآت⁽¹⁾، وعليه فإن المرتهن ينتقل حقه بالأولوية إلى مبلغ التعويض الذي قد لا يكون كافيا للوفاء بحقوقه أي لا يغطي المبلغ الإجمالي للقرض العقاري.

بينما ترى المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري أن إستبدال المباني بقيمة التعويض أو ثمن الإنقاص يعد تطبيقاً للحلول العيني، ويرى جانب من الفقه وجوب التمييز بين الحالتين.

- الحالة الأولى: إذا حل أجل الدين أي ميعاد الوفاء قبل إستبدال المباني بمبلغ التعويض أو ثمن الإنقاض، كان للدائن المرتهن أن يباشر حقه في التقدم على هذه المبالغ بمقتضى حقه في الرهن مباشرة.

- الحالة الثانية: إذا تم إستبدال المباني القائمة بمبلغ التعويض أو ثمن الإنقاض قبل حلول موعد الوفاء بالدين، فإن هذه المبالغ تحل محل المباني في ضمان الوفاء بالدين الذي لم يحل أجله بعد، ويعتبر هذا تطبيقاً للحلول العيني⁽²⁾

(1) حرش محمد، إلتصاق المنشآت بالأرض بفعل الإنسان في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل الماجستير في فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2010، ص35.

(2) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص368.

وفي كلتا الحالتين نجد أنّ الدائن المرتهن قد يفقد الكثير من حقه ذلك أن فقده للعقار في حد ذاته يعد خسارة كبيرة لضمّانه، لأنه يستحيل أن تكون قيمة المباني قائمة مثل هي زائلة، كما أنه أيضا يصعب جدًّا أن تتساوى قيمة العقار ومبلغ التعويض حتى ولو كان قام بها خبير مختص.

المطلب الثاني: الفعالية المحدودة بسبب سلطات المدين الراهن على العقار المرهون.

بالرغم من كون الظاهر يوحي لنا بأنّ عقد الرهن الرسمي يعتبر إلتزاما فقط في ذمة الراهن، إلاّ أنه يمنحه في المقابل حقوق وسلطات على العقار المرهون بمقتضى بقاء حيازته للعقار المرهون إذ أنه من الثابت أن الرهن الرسمي لا يرتكز على نقل ملكية المال المخصص لضمان إيفاء الدين فيظل مالك العقار المرهون واضعًا يده عليه محتفظًا بكامل حقوقه الناتجة عن تملكه له، فتكون له حق إدارة العقار المرهون وإستعماله والتصرف فيه وهي نفس الحقوق المقررة للمالك⁽¹⁾، مما يشكل خطرًا كبيرًا على ضمان البنك كمرتهن خصوصا في الحالة التي يتصرف فيها الراهن تصرفا من شأنه الإضرار بهذا الحق، كما أنه قد يهلك أو يتلف العقار المرهون وهو في يد الراهن بسبب أجنبي.

وعليه سيتم التطرق لكل هذا عبر فروع ثلاث نبين من خلالها الفعالية المحدودة أو النسبية للرهن الرسمي بسبب هذه سلطات المدين الراهن على العقار المرهون، حيث نخصص (الفرع الأول) لسلطة الراهن في التصرف في العقار المرهون و (الفرع الثاني) نشرح من خلاله سلطة الراهن في إستعمال العقار المرهون وإستغلاله أما (الفرع الثالث) فنخصصه لحالة هلاك العقار المرهون بسبب أجنبي.

الفرع الأول: سلطة الراهن في التصرف في العقار المرهون.

منحت بعض التشريعات كالتشريع المدني الجزائري سلطة التصرف في العقار المرهون للمدين الراهن شريطة عدم الإضرار بالدائن المرتهن حيث جاء في المادة 894 من القانون المدني: «يجوز للراهن

(1) أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة والرهن وحق الإختصاص وحق الإمتياز، 1980، ص168.

أن يتصرف في العقار المرهون على أن أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن»، وبناء عليه يكون للراهن في حدود القيد المذكور أن يجري كافة التصرفات المادية والتصرفات القانونية في العقار المرهون.⁽¹⁾

وهكذا يمكن للراهن أن يبيع العقار أو يقايض عليه أو يهبه فالرهن لا يقيد حرية المالك الراهن في التصرف في العقار المرهون، وإذا كانت مراعاة مصلحة الراهن كمالك تقتضي القول بإطلاق حريته في إستعمال سلطاته كمالك للعقار المرهون، وذلك بالطبع في حدود الإطار العام لإستعمال الحقوق، فإن مراعاة مصلحة البنك كدائن مرتهن، وكصاحب حق عيني متقرر على العقار تقتضي - للمحافظة على هذا الحق - منع المالك من مزاولة السلطات التي يترتب عليها الإنتقاص من القيمة الإقتصادية للعقار المرهون⁽²⁾، لأن من حقه أن يجد العقار المرهون - عند حلول أجل القرض (الدين) بنفس القيمة التي قبلها عندما وافق على إرتهانه مقابل منح المدين هذا الأجل وبالنسبة للتصرفات القانونية الصادرة من الراهن سواء كانت ناقلة للملكية كالبيع والهبة، أو منشئة لحق عيني على العقار المرهون كالإنتفاع والإرتفاق والرهن، ولكن هذه التصرفات تكون مشروطة بالأتمس بحق الدائن المرتهن ولا تؤثر فيه وهنا يجب التمييز بين التصرفات القانونية الصادرة من الراهن والتي تم شهرها قبل أن يقيد الدائن المرتهن حقه حيث تكون نافذة في حقه، وبالتالي تمس بحقه وتؤثر فيه ويكون على الراهن واجب الإمتناع عن إجرائها، فإن إجرائها رغم ذلك أعتبر مخلا بإلتزامه بضمان سلامة الرهن، وفي ذلك إخراج للدائن المرتهن من إنقاص في ضمانه والسعي باللجوء إلى القضاء وما يجره عليه من إهدار للوقت الذي قد يكون في غير صالحه، خاصة أن الدائن المرتهن عبارة عن بنك أو مؤسسة مالية.

(1) عمر حمزة، المرجع السابق، ص 263.

(2) وديع فرج، اثر الرهن الرسمي على حقوق مالك العقار المرهون، مجلة القانون والإقتصاد، الجزء 3، العدد 2، سنة 1973، ص 177.

أما بالنسبة للتصرفات القانونية الصادرة من الراهن بعد أن قيد الدائن المرتهن حقه فلا تنفذ في حقه، ومن ثم فهي لا تضر بمصالحه، وبالتالي يجوز للراهن إجراؤها، لكن الملكية تنتقل متقلة بالرهن، ولكن هذه الحقوق لا تنفذ قبل الدائن المرتهن، أما التصرفات المادية التي يجوز للراهن إجراؤها بدهاءة فهي تملك التصرفات التي تزيد من قيمة العقار المرهون كالبناء وغرس الأشجار.

إلا أنه قد يعتمد إلى القيام ببعض التصرفات التي تشكل خطراً كبيراً على حقوق البنك المرتهن حتى ولو تم القيام بها بعد قيد هذا الأخير لرهنه، بحيث تؤثر في الكيان المادي للعقار المرهون بتحويله كله أو بعضه إلى منقول كبيع العقار على أنه منقول بحسب المأل أو بيع العقارات بالتخصيص، فتتقص من قيمته الاقتصادية، وتحد من فعالية الضمان، وقد تضيع على المرتهن كل الضمانات الناشئة عن الرهن، وهذه التصرفات وإن كانت لا تقع تحت الحصر، فإن أهمها:

أولاً- التصرف في العقار المرهون بإعتباره منقولاً بحسب المأل: تصرف الراهن في العقار بإعتباره منقولاً بحسب المأل قد لا ينطوي على خطر كبير للراهن، من هذا تصرف الراهن في الثمار وهي متصلة، أو في المحصول وهو قائم على الأرض، مثل هذا التصرف يعتبر من أعمال الإدارة وهو من حق الراهن طالما أن الثمار لم تلحق بالعقار بعد، بتسجيل تنبيه نزع الملكية،⁽¹⁾ أما إذا كان التصرف في العقار بإعتباره منقولاً بحسب المأل يتخطى نطاق التصرف في الثمار ليرد على أصل العقار المرهون، فهو ينطوي على خطر كبير للدائن المرتهن لأن مثل هذا التصرف إذا تم تنفيذه فعلاً - ومثاله أن يبيع الراهن المنزل المرهون انقاضاً- أن يهدم المنزل المرهون ويستولي المشتري على أنقاضه يتم بيع الأبنية المقامة على أرضه أو جزء منها والتي تدخل في الرهن إلى مشتر يقوم بفصلها عن الأرض ونقلها إليه

(1) Raynaud Pierre, op.cit ; p919

فتصبح هذه الأبنية أنقاضاً⁽¹⁾، وبما أن الرهن لا يرد إلا على عقار فإن مثل هذا التصرف يؤدي إلى تغيير جوهر الشيء، والسؤال الذي يطرح نفسه هل يتحمل البنك كدائن مرتهن نتائج هذا التحويل؟.

إن هذه التصرفات تشكل خطراً كبيراً على حقوق المرتهن فهي تؤدي بلا أدنى شك إلى إنقاص الضمان⁽²⁾ فوجه الخطر الذي يمثله هذا التصرف على سلامة الرهن والضمان المقرر للمرتهن، أن هذا التصرف إذا تم تنفيذ وتسلم المشتري حسن النية العقار المبيع وهدمه فعلا فلن يستطيع المرتهن إستناداً لحقه في الرهن أن يتتبع الأنقاض في يد المشتري الذي سيحتج بحيازته وأن الحيازة في المنقول سند الحائر وهي القاعدة التي عبّرت عليها المادة 835 من القانون المدني بأن الحيازة في المنقول بسند صحيح وبحسن نية سند الملكية ويتعقد الأمر أكثر على البنك كمرتهن إذا كان المتصرف إليه الحسن النية قد دفع مقابل الأنقاض المالك المتصرف، فيفقد بذلك كل ميزة على الأنقاض، وماله إلا الرجوع على الراهن بدعوى ضمان السلامة، أما إذا كان ما زال لم يدفع الثمن فإنه يجوز له أن يحجز عليه تحت يد المشتري ليباشر عليه حقه في الأفضلية، ولكن بعد عناء تكبد الإجراءات الطويلة للحجز⁽³⁾

كما يمكن للمرتهن المطالبة بسقوط أجل الدين طبقاً للمادة 211 من القانون المدني وهذا الحل في ظاهره فيه فائدة للمرتهن إلا أن الحقيقة غير ذلك خاصة إذا كان الدائن بنكا كما في دراستنا هذه وترتب على الدين فوائد (فوائد القرض العقاري) فإن سقوط الأجل يترتب عليه فوات أو سقوط تلك الفوائد⁽⁴⁾ وهذا في غير مصلحة البنك كدائن مرتهن من جهة وكمؤسسة مالية تجارية من جهة ثانية، وعندما عرض على محكمة النقض الفرنسية نزاع بين الدائن المرتهن والغير الذي تصرف إليه الراهن في حق إستخراج محتويات الأرض من أتربة ورمال وأحجار ومعادن، قضت المحكمة بأن بيع محتويات الأرض مع إعتباره

(1) محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية التبعية، دار الثقافة، بيروت، 2006، ص120.

(2) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص218.

(3) بنت الخوخ مريم، المرجع السابق، ص80.

(4) رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص294.

بيع لمنقول فيما بين المشتري ومالك العقار فإنه لا يمكن الإحتجاج به قبل الدائن المرتهن، ذلك لأن التغيير القانوني الحادث في عناصر العقار بإرادة المتعاقدين لا يمكن تغليبها على طبيعة تلك الأشياء الحقيقية والقانونية القائمة وقت استعمال الدائن لحقوقه، كما قضت المحكمة بأن مثل هذا العقد الذي تم بين الراهن والغير في خصوص هذه الأتربة والأحجار والمعادن لا يحتج به قبل الدائن المرتهن إلا إذا كام مسجلا قبل الرهن⁽¹⁾.

وقد تعرض القضاء الفرنسي للعديد من أوجه النقد، وأول وجوه النقد هو أن القضاء الفرنسي وقع في تناقض بين، فمن الصعب قبول الإتجاه بأن بيع الأنقاض أو عناصر العقار المرهون بصفة عامة (أحجار، أشجار...) يعد تصرفا في منقول بالنسبة للعاقدين بنما يعتبر تصرفا عقاريا بالنسبة للدائن المرتهن، وهذه الطبيعة المزدوجة تتنافى وأهن القواعد الأساسية التي تحدد طبيعة العقود عموما والتي تقضي بأن طبيعة العقد لا تتوقف على قصد العاقدين، لا فيما بينهما ولا فيما يختص بعلاقتهما مع الغير⁽²⁾.

والنقد الثاني أن المشتري وجب تسجيل عقده لإمكان الإحتجاج به قبل الدائنين المرتهنين، وهذا الأمر لا يتفق مع أحكام الشهر العقاري في القانون الجزائري، التي تقضي بوجود شهر جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله، ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم، ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن⁽³⁾.

(1) philippe simler et philippe Delebecque ; Droit civil les sûretés la publicité foncière ; 4^e éditions Dalloz, paris, 2004 ; page388.

(2) وديع فرج، المرجع السابق، ص190.

(3) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص295.

ثانياً- التصرف في العقارات بالتخصيص: العقارات بالتخصيص هي منقولات بطبيعتها تم تخصيصها لخدمة العقار فأخذت حكمه وشملها، فالقاعدة أن تعتبر العقارات بالتخصيص ضمن ملحقات العقار ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك، ويقع عبء إثبات هذا الإتفاق على من يدعيه، فإذا تصرف المالك الرهن بالبيع في هذه العقارات سيؤدي حتماً إلى ضرر محقق بالبنك المرتهن إذ ينتج عنه فصل العقارات بالتخصيص عن العقار المرهون ورجوعها إلى طبيعتها المنقولة⁽¹⁾، مما يترتب عنه بالضرورة خروج هذه الأموال عن نطاق الرهن لأنه لا يتناول سوى الحقوق العقارية، ويفقد الدائن المرتهن (البنك) حقه بتتبعها خصوصاً إذا اكتسب شخص ثالث هذه الأموال عن حسن نية فتنتقل إليه خالية من الرهن، لأنه يستفيد من القاعدة القانونية الحيازة في المنقول سند الملكية فالرهن لا يمنح حق تتبع الأموال المنقولة، كما يمكن للدائن مباشرة حقه في التقدم إذا قام المشتري حسن النية بدفع ثمن المنقول كاملاً للراهن، لأنه ليس لدى المشتري ما يحجز عليه، كما قد يتعرض المرتهن لخطر التزاحم مع إمتياز بائع المنقول، ذلك أنه قد يحدث أن المشتري يكون قد إشتري المنقولات ولم يدفع ثمنها بعد للراهن، ويكون السؤال أيهما تكون له الأولوية بالنسبة للثمن؟ بالرجوع إلى المادة 997 من القانون المدني نجدها تنص صراحة على وجوب مراعاة حقوق الغير المكتسبة بحسن نية، فلا مبرر من إستبعاد تطبيقها في حالة الدائن المرتهن رهناً رسمياً، الذي يمتد رهنه إلى هذه المنقولات مع جهله وقت إلحاقها بتعلق حق الغير بها.⁽²⁾

ونخلص من كل ما تقدم بأن الحرية التي تركها المشرع لمالك العقار المرهون لا تتعادل والحماية التي يفرها للدائن المرتهن، فقاعدة الحيازة في المنقول سند للملكية كثيراً ما تقف عائقاً في سبيل تحقيق تلك الحماية، خاصة في حالتنا هذه والتي تلتقي فيها بحسن نية المشتري، ذلك أن المرتهن لا يستطيع أن يتمسك بحق الرهن في مواجهة المشتري حسن النية ويمتنع عليه تتبع هذه المنقولات بالتخصيص ولا يكون

(1) فارس ياسين كرباح، المرجع السابق، ص 477.

(2) بنت الخوخ مريم، المرجع السابق، ص 81.

أمام المرتهن - إذا لم يكن الثمن قد وفى فعلا إلى الراهن البائع إلا أن يحجز على الثمن تحت يد المشتري عليه بما له من أفضلية، وهذا من شأنه أن يكلف البنك كدائن مرتهن إجراءات طويلة ومكلفة وغير مضمونة النتائج، كما أن قيمة الضمان قد تتضاءل وبالتالي يكون البنك قد فقد جزء من الضمان المكفول بمبلغ القرض وفي جميع الحالات التي يتم فيها بيع العقارات بالتخصيص حيث يحدث ذلك البيع إنتقاصا في قيمة العقار المرهون، فإن الدائن المرتهن يستطيع أن يطلب إسقاط الأجل لإضعاف التأمين وتقاضي دينه فورا، وهذا أيضا لا يكون في مصلحته من الناحية التجارية، خاصة إذا كان الدائن بنكا أو مؤسسة مالية كما هو الحال في بحثنا هذه على إعتبار أن ذلك سوف يحرمه من الفوائد المترتبة على مبلغ القرض سبب إسقاط الأجل.

كما أن تسلط الراهن أو بقاء حيازة العقار المرهون تحت يد الراهن قد يؤدي إلى تبيد عناصره الهامة أو تخريبه، بحيث يفقد الدائن المرتهن الكثير من حقوقه، بحيث لا تجديه حقوق التتبع والتقدم وقواعد الإشهار، ولا سبيل لعلاج ذلك إلا بإصلاح تشريعي يعطي حماية أكثر للدائن المرتهن.

الفرع الثاني - سلطة الراهن في إستعمال العقار المرهون وإستغلاله.

طالما أن الرهن الرسمي لا ينزع من الراهن حيازة العقار المرهون، فإن له الحق في إستغلال هذا العقار طبقا لما جاء في المادة 895 من القانون المدني، بأن للراهن الحق في إدارة العقار المرهون، وفي قبض ثماره إلى وقت إلحاقها بالعقار⁽¹⁾، يضع هذا النص مبدأ أساسيا في شأن إستغلال العقار المرهون، وهو أن يتولى الراهن إدارة هذا العقار، والحق في الإدارة يقتضي أن تكون للراهن السلطة الكاملة في الإستغلال دون أي قيد، ومن ثم فهو يستطيع أن يتخير الطريقة التي يستغله بها، من ذلك يجوز أن يحول الأرض الزراعية إلى أرض صناعية فيقيم عليها مصنعا بما يحتاجه المصنع من أجهزة وأدوات وغيرها،

(1) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص280.

وله أن يحول الأرض الزراعية إلى مباني للسكن...، ويجوز العكس بأن يحول المصنع إلى أرض زراعية، والمبنى إلى مصنع، وما إلى ذلك⁽¹⁾

وإذا كان حق الإستغلال يثبت للراهن، فإن مقتضى ذلك أن يكون له الحق في إجارته وقبض أجرته، ومع ذلك إذا زادت مدة الإيجار عن حد معين، أو زادت المدة المقبوض عنها الأجرة مقدما أو المحولة عنها الأجرة عن حد معين، فإن العمل يكتسب خطورة خاصة لأنه ينقص من قيمة العقار ذاته عند البيع لذلك أعتبرها المشرع في حكم أعمال التصرف التي تمس مساسا خطيرا بحقوق المرتهن ومركزه،⁽²⁾ على ضوء هذه الأفكار يمكن تحليل أحكام التشريع في شأن التشريع في شأن ما يقرره الراهن أو الحائز على حد سواء من إيجار على العقار المرهون وقبض أجرته، بالنظر لما يترتب على هذا الإيجار بحسب تاريخ تقريره ومدته التي قد تمتد إلى ما بعد تسجيل التنبية بنزع الملكية من إنقاص لضمان البنك كدائن مرتهن، وذلك كما يلي:

أولاً- إيجار العقار المرهون: فحق الراهن في إستغلال العقار المرهون لا يتأثر بحق الرهن في ذاته طوال المدة التي تسبق تسجيل التنبية بنزع الملكية فتتخذ التصرفات التي تصدر من الراهن⁽³⁾، وهذا الحق يرجع إلى أن الراهن ما زال مالكا للمرهون وحائزا له حتى بعد الرهن، من ذلك فقد نظمت المادة 896 قانون مدني أحكام سريان تأجير العقار المرهون في مواجهة الدائن المرتهن، وعلى ضوءها سنفرق بين حالتين الإيجار الثابت التاريخ والإيجارات طويلة المدة حالتين:

1- حالة الإيجار الثابت التاريخ: وفقا للمادة 896 فقرتها الأولى من القانون المدني يجب التمييز بين الإيجار الثابت التاريخ قبل تسجيل التنبية، والإيجار غير ثابت التاريخ أو المعقود بعد تسجيل التنبية.

(1) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص403.

(2) سي يوسف زهية، عقد الرهن الرسمي، دار الأمل للنشر، تيزي وزو، الجزائر، 2006، ص110.

(3) Michel Cabrillac et Christian Mouly, Droit des sûretés, litec ; paris ; 4ème édition;1997,page 342.

- إذا كان الإيجار ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه بنزع الملكية، فإنه ينبغي التمييز بين فرضين:⁽¹⁾

الفرض الأول: إذا كان الإيجار ثابت التاريخ قبل قيد الرهن، فإنه يسري في مواجهة الدائن المرتهن ايا كانت مدته، وهنا تكمن الخطورة التي تؤثر على ضمان المرتهن خاصة إذا كانت مدته طويلة كأن تفوق تسع سنوات أو يكون للمستأجر الحق في التمديد، وتبدأ من تاريخ بدء سريان عقد الإيجار.

الفرض الثاني: إذا كان الإيجار ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه وبعد قيد الرهن، فلا يسري إلا لمدة تسعة سنوات ابتداء من تاريخ بدء الإيجار حتى ولو كانت المدة تزيد عن ذلك كأن تكون عشر سنوات مثلاً.

2- حالة الإيجار غير ثابت التاريخ: قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، أو كان قد عقد بعد هذا التسجيل، فلا ينفذ في حق المرتهن إلا في حدود أعمال الإدارة الحسنة، فيسري لمدة سنة واحدة أو اقل أو أكثر، بحسب ما يراه قاضي الموضوع،⁽²⁾ وما يمكن الإشارة إليه أنه وفقاً لنص المادة 731 قانون إجراءات مدنية وإدارية⁽³⁾ التي تنص على أنه: «عقود الإيجار التي ليس لها تاريخ ثابت، وعقود الإيجار التي أبرمها المدين المحجوز عليه بعد قيد أمر الحجز، لا تكون نافذة في حق الدائن الحاجز» ، يفهم من هذا النص أن المشرع قد اعتبر أن عقود الإيجار التي ليس لها تاريخ ثابت أو التي أبرمت بعد قيد أمر الحجز لا تكون نافذة لتشكل بذلك حماية أكبر المرتهن (البنك)، عكس ما جاء في المادة 896 قانون مدني التي اعتبرها نافذة إذا كانت من أعمال الإدارة الحسنة ، لذلك من المستحسن أن يتم إعادة تعديل أو صياغة أحكام هذه المادة حتى تتماشى مع أحكام المادة 731 قانون إجراءات مدنية وإدارية لتزيد من ضمانات التأمين.⁽⁴⁾

(1) بنت الخوخ مريم، المرجع السابق، ص82.

(2) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، طبعة 2010، ص113.

(3) قبل التعديل كانت المادة 384 في فقرتها الثالثة من قانون الإجراءات المدنية تنص على بطلان الإجراءات اللاحقة للتسجيل ما لم يأذن بها القضاء.

(4) بنت الخوخ مريم، المرجع السابق، ص83.

ومنذ صدور المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري فإن المادة 21 منه تشترط الكتابة والتسجيل في عقود الإيجارات طبقاً للعقد النموذجي المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي رقم 94-69 المؤرخ في 19/03/1994، لتكون نافذة في حق الغير بنصه في المادة 11 منه على: « عملاً بأحكام المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في أول مارس سنة 1993 والمتعلق بالنشاط العقاري، يخضع هذا العقد للتسجيل لدى المصالح المختصة»، ومع تعديل أحكام عقد الإيجار في القانون المدني، بمقتضى القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 المعدل والمتمم للقانون المدني، فإنه طبقاً للمادة 467 مكرر من القانون المذكور والتي نصت على: « ينعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلاً » ، وهكذا أصبح المشرع يعتبر الكتابة ركناً في عقد الإيجار يترتب على تخلفها البطلان، وحتى تتماشى مع أحكام المادة 21 من المرسوم التشريعي المتعلق بالنشاط العقاري، وعملاً بأحكام هذه المادة يمكن للدائنين الحاجزين أو للرأسي عليه المزاد التمسك بعدم سريان الإجراءات المبكرة قبل القيد في حقهم أو التمسك ببطلان الإيجار الشفوي المبهم قبل القيد ومن ثم عدم نفاذه في حقهم على أساس أنها لم تحترم الشروط الواردة في هذه المادة.

3- **الإيجارات الطويلة المدة:** تعتبر الإيجارات الطويلة المدة أكثر خطورة على ضمان الدائن لأنها تمس بالقيمة الحقيقية للعقار المرهون وتنقص منها عند بيعه بالمزاد العلني طبقاً لما جاء في الفقرة الثانية من المادة 896 قانون مدني، ذلك أن وجود الإيجار يؤدي إلى عدم الإقبال شراء العقار، ذلك أن الإيجارات الطويلة الأجل تعتبر أقرب إلى أعمال التصرف منه إلى أعمال الإدارة⁽¹⁾، ولذلك نجد المشرع إستلزم تسجيله مثله مثل أعمال التصرف حتى يمكن الغير من العلم به في حالة ما إذا أراد أن يتعاقد على هذا العقار، حيث أوجبت المادة 17 من الأمر 74-75 على ضرورة شهر عقود الإيجار الطويلة المدة حتى تكون نافذة في مواجهة الغير، بنصها: « إن الإيجارات لمدة إثنى عشرة (12) سنة لا يكون لها أثر بين

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص112.

الأطراف ولا يحتج بها اتجاه الغير في حالة عدم إشهارها...» ، وطبقا لهذا النص فإن الإيجار الذي تم شهره قبل قيد الرهن يكون نافذا في حق الدائن المرتهن أيا كانت مدته ولو زادت عن 12 سنة أما إذا كان الإيجار بعد تسجيل التنبيه بنزع الملكية فلا ينفذ في حق المرتهن إلا إذا أمكن اعتباره من أعمال الإدارة الحسنة، أما إذا شهر الإيجار بعد قيد الرهن وقبل تسجيل التنبيه بنزع الملكية فلا يكون نافذا إلا في حدود 12 سنة ، تحسب ابتداء من تاريخ الإيجار، ما يمكن الإشارة إليه أن المادة 896 قانون مدني تحدد مدة الإيجار الذي ينفذ في حق المرتهن بـ تسع (9) سنوات، ونحن نرى توحيد النصين بأن يتم تعديل المدة مع المدة المنصوص عليها في المادة 17 من الامر 74-75، على أساس قاعدة الخاص يقيد العام لأن نص المادة 17 هي التي تطبق ذلك أن الشهر يتم في المحافظة العقارية والمحافظة العقاري يطبق النص الذي ينظم مجاله،⁽¹⁾ ويعتبر الإيجار من أعمال الإدارة الحسنة، إذا لم تقل أجرته عن أجره المثل، ولا تعجل أجرته إلا في الحدود المألوفة، وكانت مدته لا تجاوز المدة المعتادة وفقا لما تجري عليه العادة في تأجير مثل هذا العقار.

ثانيا- مدى حق المدين الراهن في قبض أجره العقار المرهون وحوالتها مقدما:

قد سبق أن قلنا أن الراهن يحتفظ في إستغلال وإستعمال العقار المرهون ويكون له بالتالي الحق في قبض الأجرة والتصرف فيها عن طريق الحوالة ولو قبل إستحقاقها، ونظمت هذا الأمر المادة 897 من القانون المدني ، وتعرف بأنها المبالغ التي تدفع مقدما إلى مالك العقار كئمن إيجاره لمدة تزيد عن ثلاث سنوات، أما الحوالة فيقصد بها حوالة المنتفع من الإيجار الذي دفع ثمنه مقدما إلى شخص آخر ليحل محله في الإنتفاع بالعقار المؤجر،⁽²⁾

(1) بنت الخوخ مريم، المرجع السابق، تهميش 1، ص84.

(2) جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006 ص100.

وعليه إذا قام الراهن بتأجير العقار المرهون وقبض أجره معجلة وتحويلها للغير بواسطة حوالة الحق⁽¹⁾، حيث يلاحظ في هذا الإطار أن الثمار - ومنها الأجرة - تلتحق بالعقار المرهون بمجرد تسجيل التنبيه بنزع الملكية، وعليه فإنه يسري عليها أي الأجرة ما يسري على الثمار، فأجرة العقار من الفترة السابقة على تسجيل التنبيه بنزع الملكية تكون حقا خالصا للمالك الراهن أما أجرة العقار اللاحقة على تسجيل التنبيه تلتحق بالعقار المرهون وتوزع على الدائنين. ومن ثم فإن قبض الراهن أجره عن مدة لاحقة لتسجيل التنبيه أو حوالتها يكون ذلك من شأنه الإضرار بالدائن المرتهن (البنك أو المؤسسة المالية) المتعلق حقه بها وهذا من ناحيتين، فهو يؤدي إلى حرمانه منها أي الأجرة من جهة، وإلى إنقاص قيمة العقار عند عرضه للبيع بالمزاد العلني من جهة أخرى⁽²⁾ لأنه من سيقبل على الشراء سيضع في حسابه عند تقديره للثمن أنه سيظل لفترة محروما من أجرة العقار.

خلاصة القول أنه إذا كانت المخالصة بالأجرة أو حوالتها مقدما عن مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات فلا يجب شهرها، فإذا كان لها تاريخ ثابت فإنها تسري في حق الدائن المرتهن لكامل المدة، وعليه نقول أن مثل هذه التصرفات تشكل خطرا حقيقيا على ضمان المرتهن الذي لا يجد علاجاً لضعف تأمينه، لإنعدام الحماية الناجمة إزاء مثل هذا النوع من التصرفات والأعمال، ما لم يخول الدفاع عن حقه بسلاح واق وفعال يستطيع إستعماله فوراً بمجرد إقدام المالك على تعريض سلامة قيمة الشيء المرهون للخطر، فلا فائدة إذن من تقييد الراهن أو الحائز بالنسبة لهذا النوع من التصرفات بقيود مماثلة لتلك التي تحمي الدائن من التصرفات الخاضعة للتسجيل في المحافظة العقارية، كما أن إحتفاظ المدين الراهن بالحيازة العقار المرهون وكما سبق واشرنا إليه وما يجريه من تصرفات على المال المرهون والتي قد تشكل خطرا

(1) أحمد سلامة ، مذكرات في نظرية الإلتزام، الكتاب الثاني، أحكام الإلتزام، مطبعة القاهرة، بدون سنة نشر، ص126.

(2) جلال محمد إبراهيم وأحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص196.

على الدائن المرتهن من إنقاص للضمان أو فقدانه كذلك ما يمكن أن يؤدي إلى فقدان الضمان أو المساس به هو هلاك العقار أو تلفه وهذا ما سنتناوله في الفرع الثالث.

الفرع الثالث: هلاك أو تلف العقار بسبب أجنبي.

رأينا فيما سبق، أن الدائن يمنح إئتمانه للمدين بناء على الضمان المقرر على العقار المرهون، وبالحالة التي كان عليها عند تقديم الإئتمان، لذا يجب أن تبقى حالة المرهون كما كانت عند نشوء حق الرهن، فالدائن له اتخاذ كل الإجراءات اللازمة لحفظ رهنه، حتى ولو كان دائئا تحت شرط أو لأجل⁽¹⁾، وإذا كانت مراعاة مصلحة المدين المقترض كمالك تقتضي القول بحريته في إستعمال سلطاته كمالك للعقار المرهون، فإن مراعاة حقوق الدائن المقرض كصاحب حق عيني منقرر على العقار، تقتضي حماية لهذا الحق، منع المالك من مزاوله السلطات التي يترتب عليها الإنتقاص من قيمة العقار وبالتالي لا يصبح للمدين على العقار المرهون ذات السلطات التي تثبت له عليه قبل الرهن، بل تنفيذ سلطاته على هذا العقار نتيجة إلتزاماته كراهن.

والمبدأ المقرر في هذا المجال أن للراهن كأصل عام، أن يمارس على العقار المرهون السلطات التي يخولها له حق الملكية، بشرط ألا يضر بحقوق المقرض كدائن مرتهن، لكن ونتيجة لإحتفاظ الراهن بالعقار المرهون قد يحدث أن يهلك العقار أو يتلف وهو في حيازة الراهن⁽²⁾، فإن حق الدائن المرتهن محمي بمقتضى ما نصت عليه المادة 899 من القانون المدني، حيث أجاز المشرع للدائن المرتهن الرجوع على الراهن بالضمان، وقد تمت الإشارة إلى ذلك من خلال إلتزامات المدين الراهن بالضمان، لكن ما هو ليس في صالح الدائن المرتهن هو فرضية أن يتم الهلاك أو التلف بسبب أجنبي، أي بسبب لا

(1) محمد مومن، المرجع السابق، ص 32.

(2) الحسن الملكي، تأملات في النظام القانون للرهن الرسمي بالمغرب، مجلة الإشعاع المغربية، العدد 26، سنة 2002 ص148.

دخل لإرادة المدين المقترض فيه، سواء كان ذلك راجعا إلى فعل الخير أو قوة قاهرة، ورفض الدائن المرتهن بقاء القرض (الدين) بلا تأمين وهي نادرة الحدوث مع المؤسسات المالية عادة⁽¹⁾، فإن الخيار في هذه الحالة يكون حسب المادة 899 الفقرة الثانية من القانون المدني، للمدين وليس للدائن، حيث يختار المدين بين أمرين- إما تقديم تأمين كاف وإما إسقاط أجل الدين (القرض) والوفاء فوراً قبل حلول الأجل.⁽²⁾

وهناك نجد أن الإختبار ممنوح للراهن فهو قد يختار ما يناسبه هو من ذلك فقد يختار الوفاء بالدين فوراً قبل حلول الأجل هذا لا يساعد البنك كدائن مرتهن الذي كان يريد الإستثمار في أمواله والحصول على فوائد أكبر، كما أن المدين قد يقترح تقديم تأمين يراه هو كاف في حين أن البنك لا يرى ذلك، مما قد يضطر إلى قبول أحد الإقتراحين من المدين الراهن، وكلاهما في غير صالحه كدائن مرتهن.

المبحث الثاني: محدودية الرهن الرسمي كضمان بسبب تعقيد إجراءات التنفيذ ومزاحمة أصحاب حقوق الامتياز.

يمنح الرهن للدائن المرتهن الحق في بيع العقار المرهون، بعد حجزه والحصول على قيمة دينه بالأفضلية على باقي الدائنين العاديين بل وحتى الدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة، لكون رهنه امتياز من الدرجة الأولى أضف إلى إمكانية لجوئه مباشرة إلى الحجز على العقار محل الرهن دون المرور بمرحلة الحجز على الأموال المنقولة للمدين المقترض وذلك في حالة حيازته لعقد رهن مشمول بالصيغة التنفيذية، وتسبق مرحلة الحجز مرحلة التسوية التي تبدأ بمجرد امتناع المقترض عن دفع أحد الأقساط، أين يوجه له البنك المقرض رسالة يدعو فيه لدفع القسط في المكان والزمان المنفق عليه في عقد القرض، ذلك أنه وفقا للقواعد العامة يجب أن يتم الوفاء بمجرد ترتيب الالتزام في ذمة المدين

(1) مراد جديدي، الضمانات العينية للنظام المصرفي (من مخاض التعددية إلى الولادة القيصرية)، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، منوبة، تونس، 2007، ص 46.

(2) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 390.

المقترض، وفي العادة يحرص أطراف اتفاق القرض العقاري على تحديد مواعيد استحقاق الأقساط، ويجب على المقترض الراهن أن يوفي بكل قسط بمجرد حلول أجله،⁽¹⁾ وفي حالة عدم التزام المقترض بدفع أقساط القرض في تاريخ استحقاقها بعد تنبيهه بذلك، أين يوجه البنك كدائن مرتهن إنذار بالدفع فإن لم يستجب المقترض فإن البنك يدخل في مرحلة المنازعة القضائية وذلك بتوجيه إنذار بالدفع للمدين المقترض للوفاء بما عليه من دين، فإن الم يوفي المدين بالتزامه بالدفع يلجأ البنك إلى توقيع أمر الحجز. ويقع على الدائن المرتهن (البنك أو المؤسسة المالية) واجب إنذار المدين الراهن وذلك تحت طائلة البطالان، كما أن البنك في مرحلة ما قبل النزاع يحاول اقتراح عدة آليات للتسوية، وذلك لتفادي التنفيذ الجبري الذي يتميز بالطول وثقل الإجراءات، من ذلك يتم اقتراح عدة طرق أولية للتسوية كالتخفيف من مبلغ المدفوعات وذلك بتخفيض نسبة الفائدة أو إعادة الجدولة للأقساط غير المدفوعة كما أن البنك المقرض ملزم في حالة التنفيذ بإتباع إجراءات البيع بالمزاد العلني، كل ذلك قد يكون في غير صالح البنك كدائن مرتهن، والتي يكون البنك في غنى عنها، كما أنه غير ضامن لاستيفاء كل حقوقه ذلك أن بيع العقار بالمزاد العلني قد لا يُمكنه من الحصول على ثمن يضمن به مبلغ القرض كل هذا سيتم التطرق إليه من خلال (المطلب الأول)، ضف إلى ذلك أن البنك المرتهن قد يجد من يزاومه في التقدم على استيفاء حقه من ذلك أصحاب حقوق للامتياز العامة والخاصة ومن ثم يجد البنك نفسه عرضة لمثل هذه الأخطار التي قد تفقده حقه تماما، بالإضافة إلى أنه يكون غير مستحق لكامل مبلغ القرض سبب قيام الحائز بإجراء التطهير والذي يكون في الغالب في غير صالح المرتهن، هذا ما سنبحثه من خلال (المطلب الثاني).

(1) راجع المادة 457 من القانون المدني الجزائري.

المطلب الأول: التزام البنك المرتهن بإتباع إجراءات التنفيذ للبيع بالمزاد العلني.

من بين القيود التي فرضها المشرع على الدائن المرتهن، هو إلزامه بإتباع إجراءات البيع بالمزاد العلني للعقار المرهون لاستيفاء حقه، وجعل من الشرط الذي يكون بينه وبين الراهن و المتضمن لبيع العقار المرهون دون إتباع الإجراءات التي رسمها وحددها القانون ، والمحددة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية باطلا بطلانا مطلقا وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 10/07/1987 تحت رقم 40184 والذي جاء فيه ما يلي: « الدائن المرتهن لا يستوفي حقه من العقار المرهون إلا طبقا للإجراءات التي نص عليها القانون و التي تنتهي آخر الأمر إلى بيع العقار بالمزاد، وكل اتفاق على غير ذلك يكون باطلا لمخالفته النظام العام لأن الإجراءات التي فرضها القانون وضعت لضمان حق كل من الدائن المرتهن والراهن بما يحقق التوازن بين المصالح المتعارضة فالإخلال بشيء 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 يخول للدائن المرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله...في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان الاتفاق قد أبرم بعد الرهن...»⁽¹⁾ وعليه يظهر أن غاية المشرع من إلزام المرتهن بإتباع إجراءات البيع بالمزاد العلني هو حماية كل من مصلحة الدائن المرتهن وائتمان المدين، غير أن التساؤل الذي يطرح: هل قيام البنك المرتهن والمقرض في آن واحد بإجراءات الحجز على العقار المرهون يعتبر وسيلة ناجعة لتمكينه من استيفاء حقه كاملا وفي أسرع الآجال؟ للإجابة على هذا التساؤل نستولي إثارة هذه الإشكالات في التنفيذ من خلال تبيان المدة التي تستغرقها إجراءات التنفيذ على العقار (الفرع الأول) ثم تبيان ما إذا كانت هذه الإجراءات كفيلة بتمكين المرتهن من تحصيل دينه كاملا (الفرع الثاني).

(1) المجلة القضائية، العدد الرابع، سنة 1990، ص16.

الفرع الأول: طول آجال التنفيذ على العقار المرهون:

لقد أفرد قانون الإجراءات المدنية والإدارية لهذا الموضوع فصلا كاملا وهو الفصل الخامس من الباب الخامس تحت عنوان في الحجز التنفيذي على العقارات و الحقوق العينية العقارية المشهورة، ويعتبر الحجز العقاري وسيلة من وسائل التنفيذ الجبري على أموال المدين الراهن لتمكين المرتهن من وضع عقارات مملوكة لمدينه أو لغيره تحت يد القضاء من أجل بيعها بالمزاد العلني وإستيفاء دينه من ثمنها⁽¹⁾ وتسهيلا على المرتهن أجاز المشرع أن يقوم بالتنفيذ على العقار بغض النظر عن عدم كفاية المنقولات، كاستثناء عن القاعدة العامة،⁽²⁾ إلا أن التنفيذ على العقار يتميز عن غيره من طرق التنفيذ الأخرى بكثرة الشكليات الإجرائية سواء من حيث تعددها أو طولها أو تعقيدها، ويرجع ذلك إلى نظرة الشارع للعقار التي تختلف عن نظرتة للمنقول، باعتبار أن العقار أهم في قيمته الاقتصادية والاجتماعية من المنقول، مما أدى إلى تعدد الإجراءات وتشابكها في كثير من الأحيان، وهذا ما يجعلنا نطرح التساؤل التالي: - هل تلك القواعد الإجرائية التي رسمها المشرع والمتعلقة بإجراءات الحجز على العقار هي طريقة سهلة وميسرة للدائن لإتباعها؟ يمكن القول أن من بين العوائق والإشكالات التي تعترض سبيل الرهن الرسمي لكي يكون ضمانا كافيا للدائن المرتهن (البنك) هو طول إجراءات التنفيذ على العقار، بالإضافة إلى تكلفتها من مصاريف نشر وإشهار والتي تنعكس سلبا على ضمان المرتهن.

أولاً: إشتراط الصيغة التنفيذية كمقدمة للتنفيذ: لكي يتحصل الدائن على دينه بالأفضلية على باقي الدائنين وذلك بعد بيع العقار محل الضمان وفقا لإجراءات البيع بالمزاد العلني، يجب أن يكون حائزا على سند تنفيذي و الذي يتحصل عليه بطريقتين.

(1) عمارة بلغيث، التنفيذ الجبري وإشكالاته، دراسة تحليلية مقارنة لطرق التنفيذ وإجراءاته، دار العلوم و النشر والتوزيع عناية، 2004، ص114.

(2) بنت الخوخ مريم، المرجع السابق، ص86.

1- **الصيغة التنفيذية التي يتضمنها العقد الرسمي:** يشترط غالباً البنك تضمين اتفاقية القرض الصيغة التنفيذية وذلك لتسهيل عملية الحجز حتى يتفادى اللجوء إلى المحكمة لإمهاره بالصيغة التنفيذية، ويمنح الموثق باعتباره موظف عمومي الصيغة التنفيذية لمرة واحدة فقط، وفي حالة ضياعها فإنه على الدائن اللجوء إلى القضاء، وعملياً نجد أن البنك كدائن مرتين يلجأ إلى توجيه خطابات يعذر من خلالها المدين المقترض والراهن بدفع الدين عن طريق وسائل ودية، ثم يتم اللجوء إلى المحضر القضائي الذي يتوجه بدوره إلى المحافظة العقارية بغرض استظهار شهادة عقارية ليقوم بعدها بتوجيه إنذار بالدفع لغرض الوفاء الاختياري خلال عشرين يوماً، وبعد إنتهاء هذا الأجل الممنوح للمدين وفي حالة عدم الوفاء يقوم المحضر القضائي بتحرير محضر إمتناع عن الدفع، ثم يتم إستصدار أمر بتوقيع الحجز العقاري على العقار المرهون لدى رئيس المحكمة المختصة، ثم يقوم بتبليغه حسب مقتضيات المادة 725 قانون إجراءات مدنية وإدارية إلى المدين يعذره أنه في حالة عدم وفائه بدفع مبلغ الدين في أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي يباع العقار على إثر ذلك بالمزاد العلني.

وما يجدر الإشارة إليه هو أن الرهن الإتفاقي يتميز عن الرهن القانوني هو تضمن العقد المؤسس للرهن الصيغة التنفيذية، بينما تغيب في الرهن القانوني، مما يدفع البنك إلى إمهاره بهذه الوسيلة في حال ضياع الصيغة التنفيذية للرهن الإتفاقي ويقوم بغرض استصدار هذه الصيغة يلجأ إلى طريقة ثانية وهي:

2- **الصيغة التنفيذية المكرسة بواسطة الحكم القضائي:** حيث يلجأ البنك كدائن مرتين إما إلى استصدار أمر أداء وفقاً لأحكام المواد 306، 307، 308 قانون إجراءات مدنية وإدارية، لكون الدين مبلغ نقدي ثابت بالكتابة وحال الأداء ومعين المقدار، وترفق جميع المستندات المثبتة للدين مع العريضة، أين يفصل رئيس المحكمة في الطلب خلال أجل أقصاه خمسة (05) أيام من تاريخ إيداع الطلب⁽¹⁾

(1) راجع المادة 307 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

يتم التبليغ الرسمي وتكليف المدين بالوفاء بأصل الدين و المصاريف في أجل خمسة عشر (15) يوماً، ويبقى للمدين حق الاعتراض على أمر الأداء في أجل خمسة عشر (15) يوماً، تبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي، وإذا لم يرفع الاعتراض في الأجل المحدد، يحوز أمر الأداء قوة الشيء المقضي به (1) وهذا يطيل أمد النزاع خاصة أن الأمر الأداء إذا لم يطلب إمهاره بالصيغة التنفيذية خلال سنة واحدة من تاريخ صدوره يسقط ولا يرتب أي أثر.

كما أن المادة 178 من القانون 90-10 المتعلق بالنقد و القرض تمكن البنك من تقديم عريضة بواسطة ممثلها القانوني لرئيس المحكمة للحصول على أمر ببيع كل مال مرهون لصالحها حسب المادة 179 من نفس القانون و تخصيصه مباشرة ودون أي مماطلة بناتج البيع و تسديد لماله من مبالغ كامل الدين وفوائده الأصلية وكذا فوائد التأخير، ولكن الإشكال في تطبيق هذه المادة هو ورود كلمة "مال" والتي تعني المال المنقول و العقار في آن واحد. وبالرجوع إلى المادة 721 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أجازت للدائن المرتهن الذي بيده سنداً تنفيذياً الحجز على العقارات و أو الحقوق العينية العقارية لمدينه مباشرة حتى لو انتقلت ملكيتها إلى الغير.

وبعد إلغاء قانون النقد والقرض بموجب الأمر 03-01 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض والذي لم يتناول الأحكام المتعلقة بالرهن العقاري لكن المشرع تناولها بموجب نص المادة 96 من قانون المالية لسنة 2003 (2)، والتي تمنح للرهن القانوني المؤسس من طرف البنك نفس قيمة الحكم القضائي، و تمنحه المحكمة الصيغة التنفيذية و يقوم المحضر القضائي بتنفيذه، وتطبيقاً لنفس المادة (المادة 96) صدر المرسوم التنفيذي 06-132 المتعلق بالرهن القانوني المؤسس لصالح البنوك

(1) راجع المادة 309 القانون نفسه.

(2) القانون رقم 02-11، المؤرخ في 2002/12/24، المتضمن قانون المالية لسنة 2003. الجريدة الرسمية، العدد 86 المؤرخة في 25 ديسمبر 2002.

والمؤسسات المالية والمؤسسات الأخرى، وأنه أهم ما جاء به هذا التعديل هو إعطاء الرهن القانوني بعد مهره بالصيغة التنفيذية نفس قيمة الحكم القضائي وقد حدد المرسوم سالف الذكر كليات الحصول على الصيغة التنفيذية وذلك بإتباع الإجراءات التالية:

- يقوم الممثل المؤهل للبنك أو المؤسسة المالية بالاستعانة بمحضر قضائي، ليعاين عدم وفاء بالتزاماته وديونه في التاريخ المحدد ويبلغ المحضر القضائي إعدارًا بالدفع للمقترض لتسديد المبالغ المستحقة في أجل شهر واحد.

- في حالة عدم الدفع في الأجل المحدد، بعد تبليغه عن طريق إعدار ثان للدفع من طرف المحضر القضائي، ويحدد له أجل جديد مدته خمسة عشر يوما قبل اللجوء إلى المحكمة المختصة.

- إذا امتنع المدين عن الدفع بعد انقضاء الأجل المحدد، يقدم الممثل القانوني للبنك أو المؤسسة المالية ضد المدين العاجز عن الوفاء طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، طلبا إلى المحكمة المختصة إقليميا للحصول على الصيغة التنفيذية التي تمكن من تنفيذ إجراءات الحجز العقاري.

- يتم تقديم الطلب المذكور آنفا في شكل عريضة تتضمن إلزاميا تسمية المقر الاجتماعي للبنك أو المؤسسة المالية، وكذا تعيين ممثلها القانوني، الهوية الكاملة للقرض، التعيين الدقيق للعقار المثقل بالرهن، تحديد مبلغ القرض والفوائد والتأخير والمصاريف، وبيان أجل استحقاقه، مع إرفاق العريضة بكل الوثائق الثبوتية لذلك، كاتفاقية القرض، نسخة من جدول قيد الرهن.

ما يمكن استخلاصه أن إجراء الحجز يتطلب أولا الحصول على الصيغة التنفيذية للسند المثبت للدين أو إلى استصدار أمر الأداء للدين، وكل هذا يتطلب إجراءات وأجال تزيد في إرهاق الدائن المرتهن و نعني البنك أو المؤسسة المالية كان في غنى عنها.

الفرع الثاني: طول آجال التنفيذ على العقار المرهون:

إن الغاية من إنشاء الرهن الرسمي هو ضمان استيفاء الدين من قبل الدائن المرتهن، ذلك أن الرهن الرسمي هو حق عيني تابع للالتزام، فلا يقوم على استقلال بل مرتبط بالدين الأصلي فيقوم مع قيام الدين ويزول مع زواله بالانقضاء أو البطلان أو الإبطال⁽¹⁾، من أنه متى استوفى الدائن دينه انقضى حتما الرهن الرسمي، حيث أنه هناك عدة أسباب تؤدي إلى انقضاء الرهن الرسمي إما بصورة أصلية أو تبعية، وفي دراستنا هذه فإن الرهن الموقع لضمان القرض العقاري ينقضي إما بقيام المقترض الراهن بالوفاء بقيمة القرض كاملة وهو ما يصطلح على تسميته بالوفاء العادي أو الحالة العادية لتنفيذ الالتزام، أو قد يتم الوفاء بطريقة جبرية أو الوفاء الجبري والذي سوف يتم التطرق إليه بإسهاب مبرزين الإشكالات التي تعترضه وتعد إجراءاته وطول آجاله، حيث يلجأ البنك إلى هذا الإجراء بعد استيفاء إجراء التسوية الودية، وإصرار المقترض على عدم الوفاء، حيث يوجه هذا الإجراء في مواجهة المقترض أو الكفيل العيني أو الحائز للعقار.

- تبدأ هذه الإجراءات بإصدار أمر الحجز العقاري من المحكمة المختصة خلال ثمانية أيام من تاريخ إيداع الطلب⁽²⁾، وعند الحصول على هذا الأمر يكلف المحضر القضائي الواقع في دائرة اختصاصه العقار المراد الحجز عليه، بإبلاغ أمر الحجز إلى المدين الراهن وإعداره بأنه إذا لم يقم بالوفاء خلال أجل شهر واحد من التبليغ الرسمي سيباع العقار جبرا عليه، كما أن المحضر يقوم بقيد أمر الحجز في المحافظة العقارية في يوم التبليغ أو في اليوم الموالي له كأقصى حد، في حالة عدم الوفاء من طرف المدين خلال المدة الممنوحة له، يحضر المحضر القضائي قائمة شروط البيع ويودعها بأمانة ضبط

(1) حسن فتوح، الرهن الرسمي وإشكالاته بالنسبة للعقار في طور التخفيف لسلسلة الإجتهد القضائي، مجلة فصلية تعني بالدراسات القانونية والعمل القضائي، العدد2، ماي 2011، ص37.

(2) أرجع للمادة 724 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المحكمة⁽¹⁾، ويؤشر فيها رئيس المحكمة المختصة و يحدد فيها جلسة للاعتراضات وجلسة لاحقة للبيع، وتاريخ وساعة انعقادها، كما أنه يجوز للدائن أن يستصدر أمراً على عريضة، يسمح للمحضر القضائي بدخول العقار، للحصول على البيانات اللازمة لوصف العقار ومشتملاته، وهذا الأمر غير قابل لأي طعن⁽²⁾، وهذا حتى يتم توضيح المركز القانوني للعقار في علاقته بالعقارات الأخرى والغاية من بيان هذه العناصر أو مشتملات العقار هو تحديد المركز القانوني للراسي عليه المزداد إزاء هذه الحقوق والالتزامات، حتى يتبين المقبل على المشاركة في المزايدة حقيقة الوضع القانوني الذي سيكون عليه⁽³⁾

- يتم تحديد الثمن الأساسي الذي يبدأ فيه البيع بالمزاد العلني والقيمة التقريبية له في السوق والتي تحدد من طرف الخبير المعين من طرف رئيس المحكمة، بطلب من المحضر القضائي أو الدائن الحاجز بعد إثبات إيداع أتعاب الخبير، الذي يودع تقرير خبرته خلال عشرة أيام من تاريخ تعيينه وإلا استبدل بغيره⁽⁴⁾، ويجب على المحضر القضائي خلال خمسة عشرة يوماً الموالية لإيداع قائمة شروط البيع بأمانة ضبط المحكمة، بتبليغ الأشخاص المعنيين بالحجز وهؤلاء الأشخاص هم المدين المحجوز عليه، الكفيل العيني والحاجز للعقار إن وجد، المالكين على الشيوع إذا كان العقار مشاعاً، الدائنين المقيدين، بائع العقار أو مقرض ثمنه أو الشريك المتقاسم أو المقايض به إن وجد، وفي حالة الوفاة لمن يهمله الأمر، يكون التبليغ الرسمي للورثة،⁽⁵⁾ ثم يتم نشر نسخة من قائمة شروط البيع وذلك على نفقة الدائن الحاجز،

(1) راجع المادة 737، من نفس القانون.

(2) راجع الفقرة الثالثة من المادة 722، من نفس القانون.

(3) عبد العلي حفيظ، **الحجز التنفيذي العقاري**، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص وحدة القانون المدني المعمق، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2008-2009، ص 61.

(4) راجع المادة 739 قانون الإجراءات المدنية والإدارية

(5) راجع المادة 740، من نفس القانون.

في جريدة وطنية والتعليق على لوحة الإعلانات بالمحكمة خلال ثمانية أيام⁽¹⁾ التالية لآخر تبليغ رسمي بإيداع القائمة.

الأصل أن يجري البيع في اليوم المحدد لذلك، ولكن قد تطرأ عوامل تؤدي إلى تأجيله، من ذلك يجوز للمدين المحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني، أن يطلب بعريضة إستعجالية من رئيس المحكمة تأجيل إجراءات بيع العقار، إذا تم إثبات أن ما يدره العقار من إيرادات سنوية كافية للوفاء بجميع ديون الدائنين المقيدة ديونهم، كذلك إذا ثبت أن قيمة إحدى العقارات كافية للوفاء بجميع الديون لجميع الدائنين⁽²⁾، وهنا يصدر أمر بتأجيل إجراءات البيع لمدة سنة على الأكثر ثم يستأنف بعد ذلك في حالة عدم الوفاء بمبلغ القرض، وهذه المدة تعتبر طويلة بالنسبة للمرتهن، خاصة أن المرتهن هو بنك أو مؤسسة مالية وعنصر الزمن مهم في تعاملاتها التجارية، كما أن الوفاء بمبلغ القرض غير مضمون، وقد يكون التأجيل في يوم البيع ذاته، وذلك في حالة إخبار ذوي الشأن بإيداع قائمة شروط البيع، فإذا تأكد القاضي أن هذا الإعلام لم يتم فعليه أن يؤجل جلسة البيع ويحدد ميعادًا جديدًا للجلسة⁽³⁾، كما قد توقف إجراءات البيع في حالة رفع دعوى الفسخ من طرف الدائن بائع العقار لعدم دفع الثمن إلى حين الفصل في الخصومة من طرف قاضي الموضوع وهذه الدعوى قد تطول وتستغرق وقتًا وهذا كله يزيد في طول آجال التنفيذ، فإذا تم تأجيل إجراءات البيع سواء قبل البيع أو في يوم البيع، فإنه يجب أن يشتمل الحكم الصادر بتأجيل البيع على تحديد جلسة لإجراء البيع في تاريخ لاحق و تتخذ الإجراءات المطلوبة وفقا للمادة 748 قانون الإجراءات المدنية والإدارية بخصوص النشر والإعلان.

(1) راجع المادة 748، من نفس القانون.

(2) راجع المادتين 743 و 740، من نفس القانون.

(3) العربي شحط عبد القادر و نبيل صقر، طرق تنفيذ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 163.

يحرر المحضر القضائي قبل جلسة البيع بالمزاد العلني بثلاثين يوماً على الأكثر وعشرين يوماً على الأقل، مستخرجاً من مضمون السند التنفيذي وقائمة شروط البيع موقعا منه. ويقوم بالنشر والإعلان عن البيع على نفقة طالب التنفيذ أي البنك كدائن مرتهن مع تحديد مكان النشر⁽¹⁾، وفي حالة عدم إحترام المحضر لإجراءات النشر والتعليق جاز لأطراف التنفيذ طلب إلغاء إجراءات النشر قبل جلسة البيع بثلاثة أيام على الأقل بناءً على عريضة تقدم إلى رئيس المحكمة، ويترتب على ذلك تأجيل البيع إلى جلسة لاحقة،⁽²⁾ وعلى ضوء ما تم صرفه من خلال جميع مراحل التنفيذ إلى يوم البيع بالمزاد العلني يقدر رئيس المحكمة المصاريف المستحقة بموجب أمر على عريضة، ويقدمه إلى المحضر القضائي أو إلى أحد الدائنين، ويعلن عن هذا التقدير قبل افتتاح المزاد العلني، على أساس أن هذه المصاريف تدخل ضمن حقوق الامتياز، وبالتالي تزاحم هذه المصاريف حقوق البنك كمقرض بموجب عقد القرض وكدائن مرتهن بموجب عقد الرهن الرسمي والذي سوف يستوفي دينه في مرتبة لاحقة بعد هذه الحقوق والتي سوف يتم التطرق إليها لاحقاً.

بعد إتمام جميع إجراءات الحجز والتبليغ تأتي مرحلة البيع بالمزاد العلني والتي تخضع هي الأخرى لإجراءات عديدة، تبدأ بانعقاد جلسة البيع بالمزاد العلني والذي يجري في جلسة علنية برئاسة رئيس المحكمة أو القاضي الذي يعينه لهذا الغرض بمقر المحكمة التي أودعت فيها قائمة شروط البيع، في التاريخ والساعة المحددين لذلك، وبحضور المحضر القضائي، والدائنين المقيدين والمدين المحجوز عليه والحائز والكفيل العيني إن وجد، وعدد من المزايدين لا يقل عن ثلاثة أشخاص على الأقل⁽³⁾، وتنتهي

(1) راجع المادتين 749 و 750 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

(2) بنت الخوخ مريم، المرجع السابق، ص 89.

(3) راجع المادة 753 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

عملية البيع بصدور حكم برسو المزاد، وعند إجراء عملية البيع بالمزاد العلني لا يخلو الحال من الفرضيات التالية:

- **الفرضية الأولى:** قد لا يتوفر النصاب من المزايدين الذي يجب أن لا يقل عن ثلاثة مزايدين كأن يحضر يوم الجلسة مزايدين واحد أو اثنين فقط، أو قد يكون العرض المقدم أقل من الثمن الأساسي للمزايدة أو قد لا يتقدم أحد بأي عرض في الجلسة خلال خمسة عشرة دقيقة فيثبت الرئيس ذلك في سجل الجلسة، ويقرر تأجيل البيع إلى جلسة لاحقة، يحدد تاريخها خلال فترة لا تقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد عن خمسة وأربعين يوماً من تاريخ التأجيل، وبذات الثمن الأساسي، ويعاد النشر والتعليق عن البيع وفقاً للإجراءات السابق ذكرها.⁽¹⁾

- **الفرضية الثانية:** فإذا تم عقد جلسة جديدة وبغض النظر عن عدد المزايدين، إذا كانت العروض المقدمة أقل من قيمة الثمن الأساسي وغير كافية لقيمة الدين (مبلغ القرض العقاري) والمصاريف، يقوم رئيس جلسة البيع بالمزاد بتأجيله وإنقاص عشر الثمن الأساسي مع إعادة النشر والتعليق وفقاً للإجراءات المحددة في المادة 750 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفي الجلسات الموالية، يباع العقار موضوع الرهن لمن تقدم بأعلى عرض وكان آخر مزايدين ولو كان أقل من الثمن الأساسي، وقد تجدد المزايدة إذا تقدم شخص بعرض جديد يزيد عن سدس الثمن الأساسي للبيع والمزايدة⁽²⁾

- **الفرضية الثالثة:** قد يعاد بيع العقار بالمزاد في حالة عدم قيام الراسي عليه المزاد بتنفيذ شروط مرسى المزاد، ويتم ذلك بعد إعداره بالدفع خلال خمسة أيام، ويترتب عن تجديد المزاد في كل مرة، النشر والإعلان عن جلسة جديدة وإعادة لجميع الإجراءات القانونية التي تتطلبها المزايدة وكلها تعتبر بمثابة إهدار للوقت، وتهديد لضمان البنك أو المؤسسة المالية بصفتها دائن مرتهن.

(1) راجع المادتين 754 و 755، من نفس القانون.

(2) راجع المادة 760، من نفس القانون.

وفقاً للأحكام القانونية المقررة للتنفيذ على العقارات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وعلى الرغم من محاولة تبسيطها والتقليص من مدتها، إلا أنها تبقى معقدة ترهق الدائن في تحصيل ديونه نظراً لما قد تطرأ من ظروف وعوامل تزيد من تعقيدها من ذلك أن المشرع لم يشير إلى حالة تعدد الدائنين وشروع أحدهم في إجراءات الحجز على عقار المدين، لكن لسبب ما أو ربما بتواطؤ مع المدين ينسحب الدائن المباشر لإجراءات الحجز فيؤدي ذلك إلى انقطاعها، خصوصاً وأن الدائن المرتهن بنكا، فإنه يتعرض لخطر فوات الفوائد بسبب سقوط أجل الدين مع إمكانية عدم الحصول على حقه.

لكن بالرجوع إلى نص المادة 124 من الأمر 11-03 المتعلق بالنقد و القرض التي تنص على ما يلي : « يمكن للبنوك و المؤسسات المالية إذا لم يتم تسديد المبلغ المستحق عليها عند حلول الأجل، ويغض النظر عن اعتراض وبعد مضي 15 يوماً، بعد إنذار مبلغ للمدين بواسطة عقد غير قضائي، الحصول عن طريق عريضة بسيطة موجهة إلى رئيس المحكمة على أمر بيع كل رهن تشكل لصالحها، ومنحها بدون شكليات حاصل هذا البيع تسديدا لرأس المال والفوائد وفوائد التأخير، ومصاريف المبالغ المستحقة»، من ذلك نفهم أن مضمون المادة سالفة الذكر في ظاهرها توجي بأنها تضمنت إجراءات تنفيذ مبسطة تكفل للبنوك و المؤسسات المالية سهولة تحصيل قيمة القرض و الفوائد، حيث بعد مضي 15 يوماً من إنذار المدين بواسطة محضر قضائي مختص إقليمياً يمكن استصدار أمر بيع كل رهن أكتتب لصالح البنوك أو المؤسسات المالية، وذلك عن طريق عريضة بسيطة موجهة إلى رئيس المحكمة المختصة.

لكن فيما يخص الرهن واجهت البنوك عملياً بعض العراقيل في ممارسة الامتيازات الواردة في نص المادة 124 سالفة الذكر ومن هذه العراقيل على وجه الخصوص إشكالية الاعتراف بالرهن القانوني، تتمثل في رفض الكثير من المحاكم التوقيع على طلبات الحجز العقاري، بسبب عدم وجود عقد الرهن الرسمي وذلك عند شروع البنوك في التنفيذ على العقارات المرهونة، بالرغم من أن سريان الرهن القانوني

عمليا وقانونيا بمجرد شهر جدول قيده لدى السجل العقاري الواقع في دائرته العقار المرهون، ليتدخل المشرع من جديد لفض هذا الإشكال السائد في المحاكم وكان ذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 132-06 يحدد كفيات الحصول على الصيغة التنفيذية لهذا النوع من الرهن⁽¹⁾ والتي سبق الإشارة إليها.

الفرع الثالث: عدم كفاية الأموال المتحصل عليها من المزاد:

إن الغاية من اللجوء إلى إجراءات التنفيذ الجبري هو تمكين البنك الدائن بمبلغ القرض من الحصول على أمواله بعد فشل كل الوسائل والطرق الودية، ذلك أن التنفيذ الجبري عن طريق الحجز والبيع بالمزاد العلني ليس هدفا في حد ذاته، وإنما يعد وسيلة قانونية لتحصيل الديون المستحقة، حتى أن البعض من الفقه اعتبر البيع الجبري عمل سلطة عامة تستأثر بصلاحيه اقتضاء الحقوق جبرا⁽²⁾، ذلك أنه يتم تحويل محل التنفيذ من عقارات المدين المحجوزة إلى مبلغ من النقود، بعد بيعها بالمزاد العلني يستوفي البنك الدائن بمبلغ القرض حقه منها، إلا أن الخطر الذي قد يهدد البنك المرتهن بالرغم من إتباعه للإجراءات القانونية، هو قلة الأموال المتحصل عليها من البيع بالمزاد مقارنة بمبلغ القرض العقاري الذي ما زال في ذمة المدين الراهن، وهذا من شأنه أن يحرمه من الحصول على حقه كاملا، أو عدم استيفاء أصلا، لتأخره في المرتبة أو لمزاحمته من طرف أصحاب حقوق الامتياز وقت توزيع المبالغ المتحصل عليها من التنفيذ أي من البيع بالمزاد العلني، فيتحول بذلك البنك المرتهن بعد ما كان صاحب حق عيني

(1) المرسوم التنفيذي 132-06 المؤرخ في 2006/04/03 المتعلق بالرهن القانوني المؤسس لصالح البنوك و المؤسسات المالية والمؤسسات الأخرى.

(2) عبد العلي حفيظ، المرجع السابق، ص117.

إلى دائن عادي يخضع لمزاومة بقية الدائنين العاديين⁽¹⁾، ومن الأسباب التي تؤثر في قلة الثمن المتحصل عليه من بيع العقار المرهون بالمزاد ما يلي:

أولاً: احترافية الأشخاص المتنافسون في المزاد: من بين الأمور التي تحدث في أسواق المزاد، اتفاق المشتريين أو بعضهم على أن يكفوا عن الزيادة في ثمن الشراء للعقار المرهون، حتى يرسو المزاد على ثمن منخفض، فكثير ما يتواطأ المزايدون فيما بينهم من أجل تخفيض السعر المفروض على العقار محل المزاد خاصة وأنه قد أصبح للمزيدات أشخاص متمرسين ومتخصصين في مثل هذه الأمور، فتكون غايتهم هو الحصول على العقار بأقل سعر ممكن، فقد يعرضون أحياناً سعر أقل من الثمن الأساسي للمزايدة، أو يتفقون على عدم الحضور لجلسة المزايدة لتأجيل عملية البيع بسبب عدم توافر النصاب وقد يقوم رئيس جلسة المزايدة بإنقاص عشر الثمن في حالة عدم الحضور، وقد تتكرر هذه العملية أي التأجيل وإنقاص الثمن كلما اقتضى الأمر ذلك، فبيع العقار لمن تقدم بأعلى عرض ولو كان أقل من الثمن الأساسي، فيكون المتنافسون قد حققوا غايتهم في الإستئثار بالعقار بأقل بكثير من قيمته السوقية أو ثمنه الحقيقي، والذي لا يكون حتماً كافياً للوفاء بقيمة الدين (القرض العقاري) وبالتالي يفقد البنك كدائن مرتهن الكثير من حقوقه، كما قد يجبر البنك المرتهن في حالة عدم حضور المزايدين، إلى قبول بيع العقار بالثمن الأساسي وفقاً للمادة 754 ق إ م إ، مكتفياً بالحصول على جزء من ديونه والجزء الآخر يحصل عليه بالرجوع على الراهن المقترض طبقاً للقواعد المتعلقة بالضمان العام، كما أن الراهن لا يمكن أن يطالب بتكملة الثمن بسبب بيع العقار بغبن يزيد عن الخمس، وفقاً للمادة 360 من القانون المدني والتي تنص على: « لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون » وذلك بحجة أن الثمن المتحصل عليه من المزاد هو أعلى ثمن ممكن ولا يمكن مضاعفة⁽²⁾ أو الحصول على أكثر من

(1) بنت الخوخ مريم، المرجع السابق، ص 91.

(2) بنت الخوخ مريم، المرجع السابق، ص 92.

ذلك، كما أن البعض يعتبر عقد البيع بالمزاد العلني هو عقد بيع قضائي بمعنى أنه تم تحت سلطة القضاء⁽¹⁾

ثانياً: عدم وجود الضمان في البيع بالمزاد العلني: إذا كان الأصل في ضمان العيب الخفي أنه يطبق على كل أنواع البيوع، ويدخل ضمن التزام البائع بالضمان، وعلى أساس أنه لكل قاعدة استثناء وهذا ما أكدته المادة 385 من القانون المدني والتي استبعدت ضمان العيب بصورة عامة، بسبب الشكل الذي يتم به البيع إذ نصت على أنه: « لا ضمان للعيب في البيوع القضائية، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد.» يفهم من ذلك أن البيوع التي تجريها السلطة القضائية أو التي تجريها السلطة الإدارية عن طريق المزاد لا يقوم فيها الضمان ويرجع السبب في ذلك أن هذا النوع من البيوع يتم بعد القيام بإجراءات النشر والإعلان لمدة كافية، بحيث تسمح و تتيح للراغبين في المزايدة أن يفحصوا الشيء المعلن عن بيعه قبل الإقدام على الاشتراك في المزايدة، والتمكن عن طريق ذلك من إدراك العيب خاصة مع إقبال عدد كبير من الجمهور المتمرس على مثل هذا النوع من البيوع مما يساعد على فحص المبيع وكشف العيوب إن وجدت، كذلك أن عملية البيع تتم تحت إشراف قضائي مما يجعل البيع يتم وفق إجراءات قانونية صارمة من كل الجوانب.

كما أن المصلحة العامة تقتضي التضييق في فسخ هذه البيوع مراعاة لما تتطلبه من إجراءات وما تستغرقه من وقت طويل ونفقات باهضة، ثم إن ثمن العقار المرهون والذي سيتم بيعه بالمزاد سوف يوزع على الدائنين أصحاب الحقوق، ومن الصعب بعد كل هذا إعادة الوضع إلى ما كان عليه من قبل⁽²⁾، وكل هذه المعطيات مجتمعة تشكل تبريراً كافياً لاستثناء البيع المذكور من الضمان، لأن الضمان في مثل

(1) محمد سلام ، تحقيق الرهن الرسمي في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 2002، ص98.

(2) رمضان أبو السعود، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والمصري، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 1993، ص391.

هذه البيوع لا يستحقه المشتري ولا يستطيع مطالبة البائع به مهما بلغت جسامة العيب ودرجته، مما يترتب عن ذلك أن المقبلين على المزايدة لا يعرضون أعلى الأسعار، فمعرفة المزايد بأنه لن يكون له الحق في الضمان يؤدي به إلى التقدم بثمن منخفض.

ثالثاً: إنخفاض قيمة العقار المرهون: إن الرهن العقاري الذي يهدف إلى ضمان الدين (القرض) لا ينصب على الكيان المادي للشيء كما هو الحال في الحقوق العينية الأصلية، حيث يستفيد صاحبها استفادة مادية مباشرة من الشيء، إنما يرتبط بالقيمة الاقتصادية تلحق الذي سيجري عليه، فتكون للبنك المرتهن سلطة على هذه القيمة يمارسها في مواجهة الدائنين ومن انتقل إليه الحق المرهون⁽¹⁾ كالحائز مثلاً، وعلى أساس أن العقار يعتبر الضمان الجيد والبديل المناسب لمبلغ الائتمان في حالة عجز المقترض عن دفع مبلغ القرض أو الإيفاء بالإلتزامات المطلوبة منه كالإلتزام بدفع أقساط مبلغ القرض حسب الاتفاق، فقد يكون أي العقار المرهون كضمان لمبلغ القرض هو السبب في ضياع حق البنك المرتهن فاحتمال هلاكه (العقار) أمر وارد، كما يمكن أن تكون قيمته أقل بسبب سوء التقدير أو التقلبات الاقتصادية من قيمة مبلغ القرض العقاري عند عرضه للمزاد، والتي قد تكون مرتفعة عند تقديمه كضمان ثم تتخفص بصورة مفاجئة كما حدث في الولايات المتحدة الأمريكية وسبب ذلك فيما يعرف بأزمة الرهن العقاري التي تسببت في الأزمة المالية، حيث انهارت أسعار العقارات فجأة في وقت كان الإعتماد عليها كضمان في منح القروض العقارية وكانت قيمة العقار تتزايد باستمرار في السوق كضمان، ومع تراجع النمو الإقتصادي في الولايات المتحدة الأمريكية تراجعت أسعار العقارات من جهة، وتوقف المقترضين عن سداد قروضهم للبنوك، ووجدت البنوك أنها لا تستطيع بيع العقارات لإسترداد قيمة القروض، لأن قيمة هذه العقارات ببساطة أصبحت اقل كثيراً من قيمة القروض، والنتيجة أن فقاعة القروض العقارية قد انفجرت، وعلى ذلك فقد شكل إهيار أسعار المنازل أهم الأسباب المباشرة للأزمة المالية في الولايات

(1) إدوارد عيد، التأمينات العينية، بدون سنة طبع، ص 133.

المتحدة الأمريكية، وتبع هذا الإنهيار عدم القدرة على سداد الديون المتعثرة من قبل مشتري العقار بالتقسيط ومن ثم إفلاس العديد من المصارف⁽¹⁾ والحال نفسه فيمكن أن نتصور قيمة هذا الضمان "العقار المرهون" لا يمكن أن تتجاوز مبلغ القرض المطلوب، فقيمة الضمان أمر نسبي، والضمان المطلوب في الوقت الراهن قد تكون قيمته في المستقبل مختلفة تماما عن قيمته وقت إبرام العقد، فإحتمال أن يفقد هذا الضمان جزءا من قيمته أمر وارد جدا، فإذا تدهورت قيمة العقار يؤدي هذا إلى فقدان الضمان لفعاليته في تحقيق الحماية لصاحبه وهو البنك المقرض والدائن المرتهن في آن واحد.

وعليه فالخطر الذي يتعرض له البنك كدائن مرتهن هو انخفاض قيمة العقار المرهون في السوق والتي تتقلب من وقت إلى آخر كما سبق وأشارنا إلى ذلك ما حدث في أمريكا، وتغيرها يكون بحسب وضع العقار المرهون إذا كان مؤجرا أو غير مؤجر أو وجود معوقات في نقل الملكية، كذلك الوضع الاقتصادي والاجتماعي الداخلي والعالمي له أثر جدي على القيمة السوقية للعقار، فنتأثر هبوطا وارتفاعا بالعديد من المؤثرات التي تلعب دورا أساسيا في تحديد قيمته، كالأوضاع الاقتصادية العامة من تضخم وانكماش، وهذا ما جسده فعلا على أرض الواقع الأزمة المالية العالمية الأخيرة والمعروفة بأزمة الرهن العقاري، والتي تمخض عنها انخفاض كبير في قيمة العقارية المرهونة، وأدت إلى ضياع حقوق الكثير من البنوك والمؤسسات المالية المقرضة لعدم تمكنهم من استيفاء حقوقهم (مبلغ القرض العقاري) بالرغم من بيع تلك العقارات بالمزاد، كونها لم تأتي بقيمتها الحقيقية سبب الانخفاض الحاد في أسعارها، ولهذه الإعتبارات يعتبر تحديد قيمة الضمانات أمر هام ونسبي في ذات الوقت، فهو أمر هام لأنه يضع البنك كدائن مرتهن في مأمن ضد الأخطار المحتملة كخطر عدم تسديد المقرض لمبلغ القرض وبالتالي إمكانية البنك بالتنفيذ على العقار المرهون لإستيفاء حقوقه، كذلك عقد الرهن يعتبر بمثابة ضغط على المقرض الراهن يجعله يوفي بالتزاماته في تسديد أقساط القرض خوفا من أن يفقد عقاره، كما أنه أمر نسبي لأن هذه القيمة أي

(1) نصر أبو الفتوح فريد، المرجع السابق، ص92

قيمة العقار محل عقد الرهن الرسمي من المحتمل أن يعترضها بعض التغيرات في المستقبل وهي بحوزة المرتهن تؤثر سلبا على إستيفاء دينه متى بيع بالمزاد.

أمام كل ما سبق نخلص إلى أن المشرع الجزائري ظاهريا قد وضع المرتهن في مركز أفضل من الدائنين العاديين الآخرين، وذلك من خلال تمكينه من ممارسة حقه والحجز على العقار المرهون والتنفيذ عليه، نتيجة مماثلة مدينه في تنفيذ إلتزامه، إلا أنه في المقابل وفي سبيل تحقيق ذلك وضع له مجموعة من الإجراءات تمتاز بالصعوبة والتعقيد بحجة حماية المدين الراهن والدائن المرتهن في نفس الوقت، إلا أن هذه المبررات لم تعد مقنعة، فالرغبة في حماية أطراف الائتمان يمكن تحقيقها بغير حاجة إلى الطول والتعقيد، بل أن هذا الأخير يؤدي إلى عكس المقصود منه، فهو يرهق البنك كدائن مرتهن ذلك لأنه هو الذي يتحمل في النهاية مصاريف التنفيذ، ويعطل مصالحه، فليس صحيح أن تبسيط الإجراءات يؤدي إلى كثرة التنفيذ على العقارات، فالمدين كما سبق وأشرنا إذا علم أنه سينفذ على عقاره ببسر سيسارع إلى الوفاء بالتزاماته، بما يقلل من حالات نزع الملكية.

كما قد يباع العقار المرهون بعد كل مراحل الحجز، بأقل من مبلغ القرض وفوائده وملحقاته، ورسوم ومصاريف هذه الأخيرة التي يكون لأصحابها الأولوية في إستيفائها والتي تقطع أو تخصم من ثمن بيع العقار بالمزاد العلني، والتي سوف نتطرق إليها لاحقا من خلال المطلب الثاني.

لذلك كان على المشرع أن يأخذ بعين الإعتبار أن هذه الإجراءات قد لا تمكن الدائن من الحصول على حقه وإنما قد تؤدي إلى إنقضاء الرهن دون الوفاء بسبب أن بيع العقار بالمزاد من الأسباب التي تؤدي إلى إنقضاء الرهن وفقا للمادة 936 من القانون المدني، وعليه لا يكون أمام البنك كدائن مرتهن الذي فقد مركزه الممتاز إلا الانتظار للحصول على نسبة من دينه في حالة ما بقي من ثمن العقار شيء.

المطلب الثاني: مزاحمة حقوق الإمتياز وإستعمال التطهير يقلل من فعالية الرهن الرسمي كضمان للقرض العقاري.

رأينا سابقا أن البنك كدائن مرتهن الذي سجل حقه يتمتع بإستيفاء هذا الحق من ثمن العقار المرهون، وذلك بالتقدم على سائر الدائنين المرتهنين التاليين له في التسجيل أو القيد، إعمالا لقاعدة الأسبق قيدا أسبق حقا،⁽¹⁾ إلا أن بعض الديون التي خول لها المشرع الجزائري صفة الإمتياز على العقار رهنا رسميا والتي أعفاها من الشهر في السجل العقاري، قد تحدث خلخلة في الأخذ بتلك القاعدة على إطلاقها من جهة وتزيد من محدودية وعدم فعالية حق تقدم الدائن المرتهن وبالتالي التأثير سلبا على إستيفاء حقه كاملا (الفرع الأول).

ومن جهة أخرى، قد يفقد الرهن الرسمي فعاليته كضمان عيني، في حالة إجراء التطهير من طرف الحائز الذي يملك وحده هذا الإجراء حينما يرى أن قيمة العقارات السوقية منخفضة فيعرض قيمة العقار على الدائن المرتهن الذي يكون أمام خيارين أحلاهما مر قبول العرض و بالتالي عدم إستحقاق الدائن لكل حقه في حالة رفضه يكون مجبر على اللجوء إلى البيع بالمزاد العلني وهذا قد لا يساعد الدائن أيضا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نسبية فعالية الرهن الرسمي كضمانة بنكية سبب مزاحمة حقوق الإمتياز.

مرة أخرى نجد البنك المقرض في وضع سيء لسبب مزاحمته من قبل أصحاب حقوق الإمتياز مما قد يفقد حقه كاملا أو جزء منه، إن حقوق الإمتياز ترد على جميع أموال المدين من منقولات وعقارات حسب الفقرة الأولى من نص المادة 984 من القانون المدني، وهي لا تخضع للقيد حتى ولو كان محلها عقارا حسب ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة 986 قانون مدني، فإنه من غير المتصور إعمال مبدأ الأسبقية في القيد، لأن حقوق الإمتياز العام- كما ذكرنا- لا تخضع للقيد، ومن ثم نص المشرع على

(1) يوسف أفريل، المرجع السابق، ص296.

حكم خاص أورده في المادة 986 الفقرة الثالثة من القانون المدني حيث نصت المادة على ما يلي: « غير أن حقوق الإمتياز العامة ولو كانت مترتبة على عقار لا يجب فيها الإشهار ولا حق التتبع، ولا حاجة للإشهار أيضا في حقوق الإمتياز العقارية الضامنة بمبلغ مستحق للخزينة العامة، وهذه الحقوق الممتازة جميعا تكون أسبق في المرتبة على أي حق إمتياز عقاري آخر أو حق رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده... ».

ونفس الحكم طبقه المشرع بخصوص إمتياز المصاريف القضائية من خلال نص المادة 990 الفقرة الثانية من القانون المدني والتي نصت على: « وتستوفي هذه المصاريف قبل أي حق آخر ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمي... » وأيضا بخصوص إمتياز الخزينة العامة حيث نصت المادة 991 الفقرة الثانية منها من القانون المدني على ما يلي: « وتستوفي هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الإمتياز في أي يد كانت وقبل أي حق آخر ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمي ما عدا المصاريف القضائية» (1)

كذلك ما يدخل ضمن الديون الممتازة هي المبالغ المستحقة للخدم والكتابة والعمال وكل أجير آخر (الأجراء) وذلك من الإثنى عشر شهرا الأخيرة كما جاء في نص المادة 993 من القانون المدني حيث نصت على: « يكون للديون التالية إمتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار. المبالغ المستحقة للخدم والكتابة والعمال وكل أجير آخر، من أجرهم ورواتبهم من أي نوع كان من الأثنى عشر شهرا الأخيرة... ». هذا عن أصحاب الإمتياز العام، كذلك قد يتعرض البنك المرتهن إلى مزاحمة أصحاب الإمتياز الخاص من ذلك إمتياز المقاولين والمهندسين المعماريين طبقا لنص المادة 1000 من القانون المدني والتي سوف يتم التطرق إليها لاحقا.

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص285.

وإنطلاقاً مما سبق، فإذا كان البنك المقرض صاحب حق إمتياز خاص وهو حق لا يمكن تصوره إلا في حالة ما إذا كان البنك مقيد رهنه طبقاً لمقتضيات المادة 904 من القانون المدني، وواضح من خلال النصوص القانونية سالفه الذكر أنّ البنك حتى ولو كان صاحب حق الإمتياز على العقار المرهون فإن الأولوية في توزيع منتوج العقار تعطى لإمتيازات المصاريف القضائية، وإمتيازات الخزينة العامة، وكذلك تكون الأسبقية للإمتيازات الممنوحة للأجراء لأجرة إثنى عشر شهراً الأخيرة، كذلك إمتيازات المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين.

وعليه فإن البنك أو المؤسسة المالية المقرضة حتى في حالة حصوله على ضمان يعطيه أقصى مراتب الأولوية في إستيفاء حقه فإن الأمر لا يخلو من صعوبات ومخاطر، وتتجلى أهم المخاطر التي تضعف من فعالية الرهن الرسمي المخول للبنك في أنّ الديون الممتازة التي للخزينة معفية من التسجيل في سجل المحافظة العقارية⁽¹⁾ حيث لا تخضع للشهر والإعلان حتى يكون عموم الدائنين على علم بها، وبالوضع المالية للمدين وعلاقته بالإدارة الضرائب، ليجد البنك نفسه أمام مزاحمة لم تكن في الحسبان وذلك عند تحقيق الرهن الرسمي.

وإن كان من العدل والإنصاف أن يستوفي من أنفق المصروفات القضائية حقه بالأولوية على جميع الدائنين، لأنها أنفقت لمصلحة الدائنين المشتركة، فيستحق من تكبدها رعاية خاصة، تتمثل في إعطائه أولوية في إستيفائها، وفي إعفائه من التسجيل نقادياً لزيادة النفقات دون طائل، ناهيك أن الدائنين يكونون على علم بهذه المصروفات، لذلك فكل دائن يعلم أنه ملزم بهذه النفقات ويعرف مقدارها، ولا يمكنه أن يجادل في إستحقاقها.

(1) محمد خيرى، إجراءات وآثار تسجيل الحقوق العينية المترتبة على العقارات المحفظة، دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق، الدار البيضاء، 1984، ص 234.

بالمقابل إذا كانت المصلحة العامة تقتضي أن تستفي الخزينة حقوقها بالأفضلية على جميع الدائنين الآخرين، ولو كانوا مرتهين برهن رسمي، فليس من العدل في شيء أن تعفى الخزينة من إشهار ديونها، لأن هذا الإعفاء من شأنه أن يخلق وضعية جديدة للعقار موضوع الرهن الرسمي ويحرم بالتالي الدائنين من المطالبة بضمانات تكميلية. وبالتالي و تماشيا مع دولة الحق والقانون، يتعين على المشرع أن يخضع إمتيازات الخزينة لقاعدة الشهر والإعلان، لأن بهذه القاعدة نعطي للدائن إمكانية إستثمار أمواله بعيداً عن كل ما من شأنه أن يشوش على هذا الإستثمار أو يفقده حقوقه أو يضعفها.

أولاً: إمتياز المصاريف القضائية: إن المصروفات القضائية التي انفتحت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها، فمن الطبيعي أن يكون لها إمتياز على ثمن العقار المرهون، فمثلا : لو فرضنا أن البنك صاحب حق الرهن الرسمي قد باشر معاملة نزع الملكية الجبري، تحقيقاً للرهن المقيد ودفع من ماله الخاص ما تقتضيه هذه المعاملة من رسوم ونفقات فإن ما دفعه في هذا السبيل يدخل في إطار المصاريف القضائية ويعتبر دينا ممتازاً مفضلاً في إستيفائه على الدائنين كافة وحتى على الدائن (البنك) صاحب الرهن الرسمي من الدرجة الأولى⁽¹⁾

وقد تطرق المشرع الجزائري للمصاريف القضائية من خلال نص المادة 418 قانون إجراءات مدنية وإدارية التي نصت على: « تشمل المصاريف القضائية، الرسوم المستحقة للدولة، ومصاريف سير الدعوى، لا سيما مصاريف إجراءات التبليغ و الترجمة والخبرة وإجراءات التحقيق، ومصاريف التنفيذ، كما يحددها التشريع. وتشمل المصاريف القضائية أيضا أتعاب المحامي وفقا لما يحدده التشريع ».

من هذا النص يفهم أن نطاق هذا الإمتياز ليشمل فقط المصاريف القضائية التي توافرت الشروط القانونية بشأنها لإكتساب حق الأفضلية، دون أن يمتد إلى أصل الدين، ذلك أن القيام بإجراءات التنفيذ على عقار المدين، يستدعي إنفاق مجموعة من المبالغ، كأداء الرسوم القضائية لدى كتابة الضبط

(1) عمر حمزة، المرجع السابق، ص305.

بالمحكمة، ومصاريف الخبراء والمترجمين، وكذا نفقات الحراسة القضائية، ويضاف إليها مصاريف إجراءات التبليغ للمحضرين القضائيين وأتعاب المحامين...، فكان طبيعياً إعطاء من أنفق تلك المصروفات حق الأسبقية على باقي الدائنين في استيفائها، ويتطلب في المصاريف القضائية المنفقة لبيع العقار وتوزيع ثمنه لكي تتصف بصفة الامتياز شرطين اثنين⁽¹⁾:

1- يلزم أن يتم إنفاق مبالغ معينة للتنفيذ على عقار المدين وذلك وفقاً للقانون، سواء كانت هذه المبالغ ذات صبغة قضائية، أي أنها صرفت بمناسبة دعوى قضائية وفق إجراءات رسمية وليس بصفة ودية.

2- أن تتم استفادة دائنون آخرون من إنفاق هذه المصروفات إذ لا يحق الاحتجاج في مواجهة دائن المدين بهذا الامتياز إذا لم يستفيدوا من إنفاق هذه المبالغ.

ويبقى أنه وعند توزيع ثمن بيع العقار، فإنَّ المنفق لهذه المصاريف يسترجعها بالأفضلية عن غيره من الدائنين بما فيها الدين الأصلي المستحق للدائن المرتهن وهذا بطبيعة الحال يشكل خطر على إئتمانه خاصة أنَّ تلك المصاريف والتي سبق ذكرها في الغالب تكون باهظة أو مكلفة حتى ولو أنفقا البنك فإنها تدخل ضمن المخروجات أو النفقات وليس ضمن المداخل أو الأرباح.

ثانياً: إمتياز الخزينة العمومية: إنَّ الدين العمومي يحتل مرتبة هامة في ميزانية الدولة، فكان من البديهي أن يتمتع المشرع بحق الامتياز تعزيزاً لضمان تحصيله،⁽²⁾ كما أنَّ حقوق الإمتياز العام لا تخضع للقيد، لأنه لو تمت مزاحمة الدائن المرتهن رهناً رسمياً مع دائن آخر مزود بحق إمتياز عام وارد على العقار المرهون، فإنه من غير المعقول إهمال مبدأ الأسبقية في القيد أسبق في الإمتياز، لأن حقوق الإمتياز

(1) عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الإلتزامات والعقود، الكتاب الأول، الإلتزامات بوجه عام، الجزء الثالث، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1999، ص 270 .

(2) سعيد مرتضي، ضمانات تحصيل الضرائب المباشرة في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكادال، الرباط، السنة الجامعية 2003، 2004، ص 107.

العام - كما ذكرنا- لا تخضع للقيد، ومن ثم نصّ المشرع على حكم خاص أورده في المادة 986 الفقرة الثالثة من القانون المدني حيث نصت على مايلي: «... غير أنّ حقوق الإمتياز العامة ولو كانت مترتبة على عقار لا يجب فيها الإشهار ولا حق التتبع، ولا حاجة للإشهار أيضا في حقوق الإمتياز العقارية الضامنة بمبلغ مستحق للخزينة العامة، وهذه الحقوق الممتازة جميعاً تكون أسبق في المرتبة على أي حق إمتياز عقاري آخر أو حق رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده...».

ومقتضى هذا النص أنّ الدائن صاحب الإمتياز العام، وهو حق لا يقيد وبموجبه يتقدم على البنك الدائن المرتهن رهناً رسمياً أيّ كان تاريخ قيده⁽¹⁾ ذلك أنّ حق إمتياز الخزينة العامة يجد مصدره بقوة القانون في الأولوية، وفي إطار سعي المشرع إلى تكريس هذا التوجه وتعزيز مركز حقوق الإمتياز العامة، عمل على إعفائها من القيد⁽²⁾ وأكدت المادة 991 قانون مدني حق إمتياز الخزينة العامة بالأولوية على ثمن الأموال المثقلة بهذا الإمتياز أو كانت مضمونة برهن رسمي، ما عدا المصاريف القضائية التي تأخذ مرتبة متقدمة على حق إمتياز الخزينة العامة، كما وضحت المادة سالفه الذكر ماهية المبالغ المستحقة للخزينة العامة عندما نصت على: « المبالغ المستحقة للخزينة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أي نوع كان، لها إمتياز ضمن الشروط المقررة في القوانين والمراسيم الواردة في هذا الشأن. وتستوفي هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الإمتياز، في أي يد كانت وقبل أي حق آخر، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمي، ما عدا المصاريف القضائية».⁽³⁾

(1) philippe simler et philippe Delebecque , Droit civil, les suretés ; la publicité foncière, Dalloz, 2^e édition, 1995, page352-353

(2) نور الدين لعرج، الشكلية في عقد الرهن في التشريع المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق- فرع القانون الخاص- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكادال- الرباط، السنة 1999-2000 ص 219.

(3) المادة 991 قانون مدني جزائري وتقابلها المادة 1139 من القانون المدني المصري وكذا المادة 1118 من التشريع المدني السوري، والمواد للتشريعات الثلاثة متطابقة تطابقاً حرفياً.

ونجد أن معظم التشريعات تنص على هذا المبدأ، وأكدت على هذا الإمتياز، على أن المبالغ المستحقة للخرينة العامة تأتي بعد المصروفات القضائية، وتجدر الإشارة أن هذه الإمتيازات المتعلقة بالخرينة العامة لا تطال ديون الدولة عموماً، بل تقتصر على مستحقات الخرينة من ضرائب ورسوم بالشروط المقررة في القوانين والقرارات الصادرة في هذا الشأن، وعليه فإن من أهم المخاطر التي قد تضعف من فعالية الرهن الرسمي المخول للبنك، في أن الديون الممتازة المستحقة للخرينة العامة المنصوص عليها في المادة 991 من القانون المدني معفية من التسجيل، بحيث لا تخضع للقيد حتى يكون عموم الدائنين على علم بها، فيجد البنك نفسه كدائن مرتين أمام مزاحمة لم تكن في الحسبان وذلك عند توزيع ثمن بيع العقار المرهون، مما يؤثر سلباً على ضمانه وقد يفشل في إستيفاء حقه كاملاً أمام هذه المزاحمة وكما سبق وأشرنا أنه إذا كانت المصلحة العامة تقتضي أن تستفي الخرينة حقوقها بالأفضلية، فليس من العدل في شيء أن تعفى من إشهار ديونها، لأنَّ هذا الإعفاء من شأنه أن يخلق وضعية جديدة للعقار موضوع الإمتياز والرهن الرسمي، ويحرم بالتالي الدائنين من المطالبة بضمانات إضافية أو تكميلية.

قد يقول قائل بأنَّ البنك الدائن يتحمل مخاطر إئتمانية بإعتبار أنه ملزم - بداية - بالتحري عن وضعية العقار لدى مصلحة الضرائب وغيرها من الإدارات التي قد يكون لها إمتياز على العقار، ولكن ليس من العدالة و تماشياً مع فلسفة دولة الحق والقانون، من أنه كان على المشرع أن يخضع إمتيازات الخرينة لقاعدة الشهر والإعلان، فتكون له إمكانية التدخل والدفاع عن مصالحه في كل حالة يجد فيها أنَّ الضمان الممنوح له قد ضعفت قيمته.

ثالثاً: إمتياز المبالغ المستحقة للأجراء: كما جاء في نص المادة 993 من القانون المدني والتي نصت على ما يلي: « يكون للديون التالية إمتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار. المبالغ المستحقة

للخدم، والكتابة، والعمال وكل أجبر آخر من أجرهم ورواتبهم من أي نوع كان الأتى عشر شهراً الأخيرة. تستوفي هذه المبالغ مباشرة بعد المصاريف القضائية والمبالغ المستحقة للخزينة العامة ...».

نفهم من مضمون هذه المادة أنّ المشرع الجزائري عكف على إعطاء حق إمتياز بالأولوية على البنك كدائن مرتين برهن رسمي للعمال الأجراء مهما كانت وظائفهم، خاصة أنّ مجال دراستنا هذه يتناول موضوع القرض العقاري والرهن الرسمي وعندما نفهم الإطار الذي يدور حوله هذا البحث نجده قطاع السكن بوجه خاص، وهذا الأخير قد يكون للأفراد العاديين من خلال شراء سكن أو ترميم بناء، لكن عندما يكون القرض في إطار الإستثمار كالذي يتحصل عليه المرقى العقاري هنا نكون أمام مثل هذه الحالات والتي عادة تكون مزاحمة العمال الأجراء الذين لم يستوفوا أجورهم من هذا المرقى العقاري، لذلك تدخل المشرع ومنحهم هذا الإمتياز في إستيفاء حقوقهم (أجورهم) لمدة إثني عشر شهراً الأخيرة (لمدة سنة كاملة) ويأتي إمتيازهم من ثمن العقار المرهون بعد إمتياز المصاريف القضائية وإمتياز الخزينة العامة، بل الأدهى من كل ذلك أنّ امتياز هؤلاء يشمل جميع أموال المدين من منقول وعقار والعبارة جاءت بصورة الجمع منقول وعقار ولم يرد عليها التخيير وكل ذلك يزيد من مخاطر ومحدودية فعالية الرهن الرسمي كإئتمان وضمان للقرض العقاري بسبب هذا التزام.

ما تجدر الإشارة إليه أن تقرير هذا الإمتياز مبني على إعتبارات إنسانية، ذلك أنه ليس لدى هؤلاء (الأجراء) الوقت ولا الوسائل اللازمة لتحقيق يسار الذين يستخدمونهم كما أنّ هذا الإمتياز لا يضمن إلاّ الأجر أو الرواتب لا كل الديون التي تكون مطلوبة للأجراء، فلا يضمن المبالغ التي تدفع إليهم على سبيل التعويض إذا فصلوا من أعمالهم في وقت غير لائق، أو العطايا التي يوعدون بدفعها إليهم⁽¹⁾

(1) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص393.

رابعاً: إمتياز المقاولين والمهندسين المعماريين: وهي تدخل ضمن حقوق الإمتياز الخاصة، حيث ينص المشرع في المادة 1000⁽¹⁾ قانون مدني على أن: « المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم بتشبيد أبنية أو منشآت أخرى في إعادة تشبيدها أو في ترميمها أو في صيانتها يكون لها إمتياز على هذه المنشآت ولكن بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه ويجب أن يقيد الإمتياز وتكون مرتبته من وقت القيد « والاعتبار الذي يقوم عليه هذا الإمتياز هو أن المقاول أو المهندس المعماري قد أدخل قيمة في ذمة رب العمل وزاد في ثروته، فمن العدل أن تكون حقوقه قبله مضمونة بهذه الزيادة ذاتها⁽²⁾ والحق الممتاز هو حق المهندس أو المقاول المعماري الذي تعاقد مع المالك على القيام بتشبيد أبنية أو منشآت أخرى أو في إعادة تشبيدها أو ترميمها أو صيانتها، فلا يضمن الإمتياز حق المهندس أو المقاول المعماري الذي يقوم بهذه الأعمال بدون عقد، وباعتباره فضولياً مثلاً⁽³⁾ وهذا الإمتياز يجب أن يخضع للقيد، ومن تاريخ قيده تحسب مرتبته، ولكن بالرجوع إلى المادة 887 قانون مدني نجدها تنص على أنه : « يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً ويشمل بوجه خاص حقوق الإرتفاق والعقارات بالتخصيص وكافة التحسينات والإنشاءات التي تعود بالمنفعة على المالك ما لم يتفق على غير ذلك، مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين المنصوص عليها في المادة (1000) ». »

فالرهن إذن يمتد إلى ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً ومنها التحسينات والإنشاءات مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين بمعنى أن هؤلاء يستوفون حقوقهم قبل الدائن المرتهن ونعني هنا البنك ولو كان حق هذا الأخير مقيداً قبل قيد إمتيازهم الوارد على هذه

(1) تقابلها نص المادة 1148 قانون مدني مصري.

(5) Raynaud (p) ; privilèges immobiliers ; encyclopédie Dalloz ; Tome 4 , page 175.

(3) سمير تتاغو، التأمينات العينية والشخصية، توزيع منشأة المعارف جلال حزي وشركاه، 2008، ص352.

الملحقات أو الإنشاءات⁽¹⁾ والامتياز الذي يكفل حقوق المقاول والمهندس المعماري ينبغي أن يتوافر في محل العمل صفة المبنى أو المنشأة والامتياز ضامن لعمليات إقامة مباني ومنشآت أو إعادة إقامتها إذا كانت قد تلفت أو ترميمها أو إصلاحها بأي شكل⁽²⁾

وبخلاف إمتياز حفظ المنقول وترميمه الذي يرد على ثمن المنقول كله، فإن إمتياز المقاول والمهندس المعماري يرد فقط، بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه، لأن الإمتياز لا يرد على ما زاد في قيمة العقار وقت الإنتهاء من عمليات البناء أو الإنشاء، ولكن فيما توجد من زيادة في هذه القيمة وقت بيع العقار، كما أشرنا أن إمتياز المقاول أو المهندس المعماري يجب شهره بطريق القيد، وتحسب مرتبته من وقت قيده. فإذا أقام المهندس أو المقاول منشآت على عقار مرهون من قبل، فمقتضى شمول الرهن لهذه المنشآت أن صاحب الرهن على هذه المنشآت يحسب من وقت قيد الرهن وهو دائماً وقت سابق على إمتياز المقاول أو المهندس المعماري، لأنَّ الفرض أن العقار مرهون من قبل، ولهذا قرَّرَ المشرع في المادة 887 قانون مدني سالفه الذكر أن شمول الرهن للمنشآت على هذا النحو لا ينبغي أن «... يخل بإمتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين النصوص عليها في المادة (1000)».

ومقتضى هذا أن إمتياز المقاول أو المهندس المعماري يتقدم في هذه الحالة على الرهن رغم أسبقية الرهن في القيد، وقد يكون في هذا خروج على قاعدة مراعاة وقت القيد عند حساب مرتبة الأفضلية⁽³⁾، ومرة أخرى نجد أن البنك المقرض عرضة لخطر المزاحمة والتي قد تفقده الكثير من حقوقه، خاصة أن دراستنا تتمحور حول القروض العقارية في مجال السكن بالخصوص والذي تتولاه عادة شركات البناء أو مقاولات البناء والتي تتصادف ومثل حالة الإمتياز هذه.

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص297.

(2) Charles Aubry et Charles Frédéric Rau; op cit ;p263.

(3) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص652.

الفرع الثاني: نسبة فعالية الرهن الرسمي كضمانة بنكية عند استعمال إجراء التطهير.

سبق وأن أشرنا إلى التطهير كخيار ثان يقوم به الحائز لتطهير العقار وتخليصه من جميع الرهون. والتطهير إجراء أسسه القانون يمكن من تحرير العقار من الرهون الموظفة بمجرد عرض يقدمه حائز أو مشتري العقار للدائنين المرتهنين والذي منهم البنك أو المؤسسة المالية ويتضمن العرض إقتراحاً بدفع ثمن ذلك العقار أو مبلغاً تقديرياً بقيمته من أجل إستيفاء ديونهم منه مقابل إنقضاء حقهم في التتبع وهو إجراء مكلف وبطيء ونادر الإستعمال فإذا قبل هؤلاء الدائنون العرض دفع لهم الحائز هذه القيمة حسب ترتيب إستحقاقهم، وإذا ما قوبل هذا الاقتراح بالرفض وجب على الراض طلب بيع العقار بالمزاد العلني، حتى ولو كانت ديونهم غير حالة، وينتهي الحال عندئذ إما برسو المزاد على الحائز أو على غيره، وفي الحالتين يطهر العقار مما عليه من حقوق⁽¹⁾

وإن كان التطهير يبدو وسيلة لحماية حائز العقار المرهون إلا أنه يحقق مصلحة المدين الراهن حيث يسهل عليه التصرف في عقاره بإتخاذ من يرتضي شراؤه رغم تحمله بالديون⁽²⁾ والتطهير يهدف إلى تحرير العقار من الحقوق العينية المقيدة عليه وضمان إنتقال ملكية العقار إلى المشتري خالصة⁽³⁾ وتبعاً لذلك وبالنظر للدور الهام الذي يضطلع به التطهير فقد إرتأت العديد من التشريعات ضرورة تنبيه من ذلك القانون المدني المصري في المادة 1064 والقانون الفرنسي في المادة 2181 من القانون المدني⁽⁴⁾

إلا أن ذلك لا يجب أن يحجب عيوب وسيلة التطهير وذلك بالنسبة للبنك المرتهن للعقار، فقد يعتمد الحائز إلى توخي إجراء التطهير في فترة ركود إقتصادي تكون قيمة العقارات قد إنخفضت فيها، فيكون

(1) نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 142-143.

(2) محمد البوسالمي، حق التتبع في المادة المدنية، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بنونس، 1991، ص104.

(3) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح التنفيذ الجبري طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2015، ص259.

(4) ميسون الأسود، المرجع السابق، ص64.

البنك الدائن ملزم إمّا بقبول عرضه أو رفضه والمطالبة بالبيع الجبري للعقار والذي سبق و اشرنا إلى إجراءاته الطويلة والمعقدة وعدم ضمان إستيفاء البنك لمبلغ القرض كاملاً عند عملية البيع، ونفس الشيء في حالة إجراء التطهير في مثل هذه الظروف عندما يحدث الركود الإقتصادي وتتنخفض قيمة العقارات لذلك فإنّ بيان آثار خيار التطهير وإنعكاسه على مصالح البنك الدائن يستوجب حتماً التطرق لذلك مع إبراز الجانب السلبي له على العملية الإئتمانية.

أولاً- إجراءات التطهير: تتطلق إجراءات التطهير بإعلان رسمي يوجهه الحائز إلى الدائنين المقيدة حقوقهم يتضمن عرضاً يدفع ثمن العقار أو مبلغاً يعادل قيمته مقابل تحريره للعقار من الرهون، ويتم الإعلان في مواطنهم المختارة وهذه هي المرحلة الأولى، ثم تأتي المرحلة الثانية والتي يبدي فيها الدائنون رأيهم في العرض المقدم إمّا بالقبول أو بالرفض.⁽¹⁾

المرحلة الأولى: عرض الحائز قيمة العقار على البنك الدائن: يبدأ التطهير بإعلان رسمي يتضمن جملة من البيانات يوجهه الحائز إلى البنك كدائن مرتهن إلى جميع الدائنين الآخرين المقيدة حقوقهم على العقار إن وجدوا، عارضاً عليهم إستعداده الفوري للوفاء بديونهم في حدود ما قدره من قيمة العقار ويجب أن يتم العرض في شكل رسمي يتولاه المحضر القضائي وما يدل على ذلك أن المشرع إستعمل عبارة " إعلان رسمي في المادة 918 قانون مدني ويجب توجيه إعلان العرض إلى كل واحد من الدائنين المقيدة حقوقهم سواء كانت ديونهم حالة أو مؤجلة ⁽²⁾، وحتى يحدث التطهير مفعوله يجب على الحائز أن لا يترك أي شخص مما تكون لهم حقوق على العقار وطبقاً لنص المادة 916 في فقرتها الأولى قانون مدني أن يتم إعلان الدائنين في مواطنهم المختارة المذكورة في القيد، وأما المادة 917 قانون مدني فقد تضمنت مضمون العرض والذي هو مبلغ نقدي واجب الدفع في الحال والذي يجب أن يتضمنه الإعلان الرسمي

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص362.

(2) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص513.

أياً كانت آجال إستحقاق الديون المقيدة، وبمجرد أن يظهر الحائز إستعداده للوفاء يصبح ملتزماً بما عرض من مبلغ، ويبقى على هذه الحال على الأقل ثلاثين (30) يوماً التي حددها القانون للدائنين لإبداء رأيهم بالقبول أو الرفض، ولا يمكنه الرجوع في عرضه إلاً برضا جميع الدائنين، فإذا قبلوا عرضه توجب عليه أن يدفع لهم هذا المبلغ فوراً،⁽¹⁾ وهذه القاعدة الخاصة بوفاء الحائز ليست من النظام العام، من ذلك يجوز للدائنين التنازل عن الدفع الفوري ويمنحوا الحائز أجلاً للوفاء بديونهم،⁽²⁾ وتنص المادة 916 من القانون المدني على جملة من البيانات الواجب ذكرها في العرض، نذكر منها: خلاصة سند ملكية الحائز ببيان طبيعة سند ملكيته هل هو تصرف قانوني أم واقعة مادية كالتقادم أو واقعة مركبة كالشفعة، فإذا كان تصرف قانوني وجب عليه أن يذكر نوعه هل هو بيع أو هبة.... ويجب أن يذكر تاريخ السند واسم المالك السابق وتعيينه تعييناً دقيقاً، وأن يذكر كذلك تاريخ تسجيل ملكيته مع رقم التسجيل، مع ذكره أيضاً الثمن وما عسى أن يوجد من تكاليف تعتبر جزءاً من الثمن، ويجب على الحائز أن يذكر العقار المتقل بالحقوق، وتعيينه بدقة، وكذلك قائمة الحقوق المقيدة على العقار، وتاريخها ومقدارها وأسماء أصحابها، حتى تمكن كل دائن من الدائنين الآخرين المقيدة حقوقهم والمتقدمين عليه في المرتبة من تحديد حظوظه في الإستيفادة من المبلغ المعروض الذي وجب تبيانه وتحديده في الإعلان الرسمي والمعروض كقيمة تقديرية للعقار وإذا كان بيد الحائز كأصل عام، تقدير قيمة العقار إلاً أن المشرع قيده بقيدين يجب احترامهما إذا كان التصرف الذي اكتسب به الحائز ملكية العقار يتمثل في عقد البيع.

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص335.

(2) Marcel Planiol et georges Ripert; op cit ; p584.

القيد الأول: يجب أن لا يقل المبلغ عن السعر الذي يتخذ أساساً لتقدير الثمن في حالة نزع الملكية⁽¹⁾ وبالرجوع إلى المادة 739 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن السعر أو الثمن الأساسي يخضع لسعر السوق العقارية ويحدده في عرض البيع بالمزاد العلني الخبير العقاري.

القيد الثاني: يجب أن لا يقل المبلغ في أي حال عن الباقي في ذمة الحائز من ثمن العقار، فمثلاً إذا إشتري الحائز العقار بمبلغ 1000 ألف دينار جزائري ودفع للبائع خمسه أي 200 ألف دج، فيجب عندئذ ألا يقل عرضه عن المتبقي في ذمته وهو 800 ألف دج.

المرحلة الثانية: خيار البنك الدائن في قبول أو رفض العرض: إذا حصل العرض صحيحاً مستوفياً جميع ما أشرطه المشرع من حيث الشكل والمضمون إنتهت المرحلة الأولى وبدأت المرحلة الثانية وهي المرحلة التي يبدي فيها الدائنون بمن فيهم البنك أو المؤسسة المالية صاحبة حق الرهن الرسمي رأيهم في عرض الحائز إما قبول العرض أو رفض العرض.

1- قبول العرض: يقبل الدائنون المرتهنون تطهير العقار من الرهون كلما كانت قيمته تفي بجميع الديون المضمونة أو أن المبلغ المعروض يعبر عن القيمة الحقيقية للعقار، أو أنه بلغ حداً من غير المتوقع أن يتجاوزه الثمن الذي يمكن أن ينتج عند طرحه للبيع بالمزاد،⁽²⁾ وهذا القبول يمكن أن يكون صريحاً أو ضمناً وهو ما يفهم من المادة 918 قانون مدني حينما إعتبرت سكوت الدائنين أو أحد كفلائهم عن رفض العرض في مدة محددة قانوناً قبولاً ضمناً للعرض⁽³⁾، وهذه المدة هي على أكثر تقدير ستون (60) يوماً من تاريخ آخر إعلان رسمي.

(1) جلال محمد إبراهيم وأحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص356.

(2) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص535.

(3) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص371.

يتولد على قبول العرض صراحة أو ضمناً إلتزاماً شخصياً في جانب الحائز بدفع المبلغ الذي عرضه وقبله الدائنون، بحيث يصبح بمقتضى العرض المقبول مسؤولاً مسؤولية شخصية وعينية في مواجهة الدائنين⁽¹⁾، ويمتد بمقتضاه ضمان تنفيذه إلى كافة أمواله دون أن يتجاوز حدود الديون المضمونة والمبلغ المصرح به والمقيد إضافة إلى فوائده القانونية الجارية منذ تاريخ الإعلان إلى حين الوفاء بالمبلغ، على أن موافقة الدائنين المرتهنين لا يترتب عليها تطهير العقار ما لم يتم الدفع الفعلي للمبلغ المعروض.

2- رفض العرض: معناه عدم موافقة الدائنين المرتهنين أو أحدهم على عرض الحائز والرفض لا يقتصر فقط على عدم الموافقة النظرية على العرض، بل هو في حد ذاته إجراء عملي مقتضاه طلب بيع العقار بالمزاد العلني، بمجرد رفض العرض يؤدي ضرورة إلى بيع العقار بالمزاد العلني⁽²⁾ والحق في الرفض لم يقصره المشرع على الدائنين المرتهنين، بل أعطاه أيضاً لكل كفيل لحق مضمون برهن، لأن مصلحة الكفيل أيضاً أن يباع العقار بأعلى ثمن ممكن حتى يستوفي الدائن المرتهن حقه ولا يرجع على الكفيل، وهذا الحكم نصت عليه المادة 918 قانون مدني بقولها: «يجوز لكل دائن قيد حقه ولكل كفيل لحق مقيد أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره، ويكون ذلك في مدى ثلاثين يوماً من آخر إعلان رسمي يضاف إليه آجال المسافة بين الموطن الأصلي للدائن وموطنه المختار، على ألا تزيد آجال المسافة على ثلاثين يوماً أخرى». والمشرع لم يستعمل لفظ: «رفض العرض» ولكنه عبر عن هذا: «بطلب البيع» تأكيداً لما في الرفض من صفة الإجراء الإيجابي فكما أن عرض التطهير يتم بإعلان رسمي، فإن رفض العرض يتم بإعلان رسمي أيضاً يقوم به الدائن المرتهن أو الكفيل لذين مضمون برهن ويوجهه إلى الحائز وكذلك إلى المالك السابق للعقار.

(1) Michel Cabrillac et Christian Mouly; op cit, page 723.

(2) سمير تتاغو، المرجع السابق، ص 178.

ولا يكفي مجرد الإعلان حتى يعتبر العرض مرفوضاً، بل أن يقترن هذا بإيداع مبلغ في الخزينة العامة يكون كافياً لتغطية مصاريف البيع بالمزاد⁽¹⁾، لأن من يطلب بيع العقار ويودع مصروفات البيع، لن يسترد هذه المصروفات إذا لم تسفر إجراءات البيع بالمزاد عن ثمن يزيد على الثمن الذي عرضه الحائز، وإذا لم يتم إعلان الرفض في الميعاد، أو لم يقترن بإيداع مصروفات البيع بالمزاد كان الطلب باطلاً، ومقتضى هذا هو بطلان رفض العرض الذي تقدم به الحائز، وإذا كان رفض التطهير من جانب الدائن أو الكفلاء، يعني في نفس الوقت بيع العقار بالمزاد، فإن هذا البيع يتم طبقاً لقواعد وإجراءات التنفيذ على العقار المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي سبق التطرق إليها، ويلاحظ أن المبلغ الذي يتخذ أساساً للبيع بالمزاد في هذه الحالة قد يكون أقل من المبلغ الذي قوم به العقار⁽²⁾

ثانياً: الأثر السلبي للتطهير بالنسبة للبنك الدائن المرتهن:

فلو نظرنا إلى كل من يهمله التطهير لوجدنا أن الدائنين المرتهنين والدائنين أصحاب الديون الممتازة على العقار، والحائز والمدين وفي النهاية الإئتمان، فإن إجراء التطهير يشكل أثر سلبي عليهم، فبالنسبة للدائن المرتهن (البنك في حالتنا هذه) والدائنين أصحاب الحقوق الممتازة على العقار، نجد أن التطهير يضرُّ بهم حيث أنه يجردهم من حقهم على الرغم منهم، أو يجبروهم على استعمال حقهم في وقت لم يكن لهم إرادة في إختياره، وذلك لأنَّ الحائز يستطيع أن يباشر إجراءات التطهير دون إنتظار لحلول آجال الديون وفي ذلك مخاطر إئتمانية كبيرة للبنوك إذا كانت هي صاحبة هذه الديون لما قد ينجر عن ذلك من خسائر في إيراداتها المالية بسبب فقدانها لفوائدها سبب قطع الآجال المقررة، كما أن التطهير من شأنه أن يؤدي إلى إجبار الدائنين على قبول وفاء جزئي لحقوقهم، وبالتالي عدم إمكانية إستحقاق البنك لمبلغ القرض (الدين) كاملاً ذلك أن التطهير مقرر لمصلحة الحائز، على أساس أنه هو المخول بإجراء

(1) راجع المادة 919 قانون مدني جزائري.

(2) سمير تتاغو، المرجع السابق، ص181.

التطهير حيث أنه إذا لاحظ أن الديون المقيدة أكبر من قيمة العقار فهنا يبادر بهذا الإجراء وهذا أيضا مفيد بالنسبة للمدين الراهن إذ يسهل عليه أن يجد مشتريا لعقاره المثقل بالديون.⁽¹⁾

كما أن التطهير يقيد الإئتمان بصفة عامة، حيث أنه يسهل التصرف في العقار المثقل بديون مقيدة وخاصة إذا تجاوزت هذه الديون قيمة العقار، فلولا التطهير لأحجم الأشخاص عن التعامل في شأن هذا العقار، لأن من يرتضي شراءه لا يمكنه أن يحتفظ بملكيته إلا إذا كان مستعدا في سبيل ذلك بأن يفي بكل ما يتقله من ديون، وهذا أمر نادر الوقوع، أما السماح بالتطهير يشجع راغبي الشراء على الإقدام عليه، فيستطيع من يريد شراءه أن يشتريه ثم يلجأ إلى تطهيره بعرض قيمته على الدائنين.

ما يمكن إستخلاصه أن إجراء التطهير من طرف الحائز ينعكس بالسلب على نسبية ومحدودية فعالية الرهن الرسمي كضمان للقرض العقاري، ذلك أن الحائز هو وحده من يملك القدرة على تحديد وقت التطهير وهو الوقت أين تكون فيه أثمان العقارات منخفضة لسبب أو لآخر وبهذا يضع البنك كدائن مرتهن أمام أمر واقع فإما أن يقبل عرض الحائز، فإن قبل العرض طبعاً يكون العرض غير مساوياً لقيمة الدين وعليه عدم إستحقاق البنك لمبلغ القرض كاملاً بسبب إجراء التطهير هذه الحالة الأولى وإذا رفض العرض كان مجبراً على بيع العقار بالمزاد العلني وقد لا يأتي البيع بما يرجوه البنك كدائن مرتهن والذي سبق التطرق إليها بالإضافة إلى أن التطهير يقطع على البنك المقرض والدائن المرتهن قيمة الفوائد المؤجلة بسبب قطع آجال الدين (القرض).

المبحث الثالث: ضرورة تدعيم فعالية الرهن الرسمي ليكون ضمانا كافيا للقرض العقاري.

المؤسسة البنكية المقرضة ورغم أنها تتوفر على ضمانات الرهن الرسمي العقاري، وبالرغم من الإيجابيات التي يمنحها هذا الرهن لصاحبه من امتيازات حتى أصبح من أكثر الضمانات انتشاراً حتى أن

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص155.

بعضهم أطلق عليه نعت "ملك التأمينات" ونموذجها⁽¹⁾ وذلك لكونه يشكل أرقى النظم القانونية التي توصلت إليها التشريعات المعاصرة في مجال الضمانات بما جعله الأكثر إنتشاراً وميولاً من قبل المؤسسات البنكية المقرضة وهذا تعزيزاً لحمايتهم في تعاملهم مع مدينهم⁽²⁾

إذ ورغم الفعالية الظاهرة التي يحضى بها ضمان الرهن الرسمي العقاري على صعيد المعاملات الإئتمانية، فهو لم يرق بعد من التبسيط والفعالية في أداء وظيفته الدرجة التي يربوها البنك كدائن مرتهن والتي من المفترض أن تعكس تلك الأهمية واقعا، فالرهن الرسمي لا يحيط البنك إلا بحماية محدودة مرجعها نسبية نجاعة فعالية الرهن الرسمي كضمان للقرض العقاري والذي سبق وأن تطرقنا إلى خصوصيته من حيث أنه يتميز بضخامة مبلغه وطول أجله، كما أن هذا التأمين لم يعد يحقق الحماية الكافية مقارنة بمبلغ الدين والدليل هو ما اصطلح عليه بأزمة الرهن العقاري أو أزمة القروض العقارية والتي تسببت في أزمة مالية عالمية، كما أن العوائق التي كشفت عن عدم الثقة في القوة الملزمة للعقد وعن عجز القانون وعدم قدرة وفعالية إجراءات التنفيذ الجبري ومزاحمة أصحاب حقوق الإمتياز للبنك كدائن مرتهن كل ذلك انعكس سلبا على فعالية الرهن الرسمي كضمان للقرض العقاري.

وهذا ما جعل المؤسسة البنكية تحاول جاهدة استنفاد الوسائل الودية، والمراسلات مع المقترض الراهن قبل اللجوء إلى القضاء، ويعزى السبب في ذلك إلى طول فترة الإجراءات القضائية وما تتخللها من اعتراضات واستئناف، الأمر الذي يحرم المؤسسات البنكية من رؤوس أموالها لفترة زمنية تحرمها من تحقيق مكتسبات وأرباح عديدة، وقد لا تحصل على كل حقوقها في النهاية.

(1) (G) chauvin ; l'évolution des garanties du crédit aux particuliers, 82^{ème} congrès des notaire de France, 1986, p771.

(2) سامي غليس، حماية الدائن المرتهن للعقار، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في الحقوق ، شعبة القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس3 ، السنة الجامعية 1995-1996، ص13.

وهذا ما جعل البنوك أو المؤسسات المالية مانحة الائتمان تتخذ من الاحتياطات اللازمة والتنبؤ للمخاطر التي قد تقع فيها قبل منحها الائتمان، من خلال اللجوء إلى الآليات الاتفاقية التي تقوي مركزه وتدعم ضمانه أكثر (المطلب الأول) والبحث عن الائتمان أو الضمان الأنسب والفعال دعماً للرهن الرسمي من خلال الآليات القانونية والمؤسسية المستحدثة في هذا المجال (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الضمانات المحددة بموجب الشروط التعاقدية.

إن عملية إبرام العقود تتم كما هو معلوم بمحض إرادة المتعاقدين فإذا تم ذلك ترتبت أحكام تلك العقود وآثارها، والتي تكون محددة مسبقاً من قبل الشارع إذ أن هذا الأخير هو الذي يرتب على كل عقد آثار معينة، والشروط التي تقترن بالعقود من شأنها أن تزيد أو تنقص من هذه الآثار لمصلحة أحد المتعاقدين أو كلاهما حسب المصالح المتبادلة والمرجوة من إبرام العقد أساساً، إذ أنها تضيف إلى نتائج العقد حقوقاً والتزامات بين أطراف العلاقة التعاقدية، ونظراً لتطور فكرة الشروط المقترنة بالعقد، يمكن للدائن المرتهن تحديد بعض الشروط في العقد، بغرض تعزيز الضمان وإمكان تدارك بعض المشاكل المرتبطة بعدم الاستقرار المالي أو تأخر تنفيذ الإلتزام، أو لتفادي التصرفات التي تسيء بالمركز المالي للراهن، أو إمكان ذكر حقه في الملكية من أجل إسترجاع ماله،⁽¹⁾ ولإبراز فعالية هذه الشروط لا بد من معرفة ما تحققه من ضمان للمرتهن.

فقد لاحظ الفقهاء أن الدائن قد لا يكتفي بالحماية القانونية التي كفلها المشرع له حيال كافة التصرفات التي يجريها الراهن على المال المرهون، والتي قد تؤدي إلى المساس بحقه ومن ثم يعمد هذا الدائن إلى تدعيم هذه الحماية القانونية، بحماية إتفاقية من خلال ما يشترطه في عقد الرهن كإشتراط على الراهن المنع من التصرف في العقار المرهون (الفرع الأول) وشرط تملك المرتهن للعقار المرهون (الفرع الثاني).

(1) Marie laure Bermend ; droit du crédit ; economica, 3^{ème} édition, paris,1993 ;p134.

الفرع الأول: شرط المنع من التصرف في العقار المرهون.

إذا كانت مراعاة مصلحة الراهن كمالك تقتضي القول بإطلاق حريته في استعمال سلطاته كمالك للعقار المرهون من ذلك أنه يتمتع بحرية كبيرة في التصرف في العقار المرهون سواء كان التصرف مادياً أو قانونية مما يشكل خطراً على ضمان المرتهن، لذلك فإنه من الضروري تقييد هذه السلطة بالشكل الذي لا يتعارض مع حق الملكية⁽¹⁾، وفي نفس الوقت يحافظ على حقوق المرتهن ويمكنه من إستيفائها في الاجال المتفق عليه وبدون خطورة، ذلك أنه إذا كانت تصرفات مادية في العقار المرهون فيستطيع القيام بها إذا كان من شأنها أن تزيد من قيمة العقار، أو أنها لا يترتب عليها المساس بقيمة العقار، فمثل هذه التصرفات المادية محمودة ولا تتعارض مع مبدأ فعالية الرهن الرسمي كضمان.

أما التصرفات القانونية التي يجريها الراهن من رهن أو بيع أو تنازل لشخص آخر كالتصرف في المنقول بحسب المأل والذي طرحنا خطورته على ضمان المرتهن، كذلك من الناحية العملية في حالة وقوع مثل هذه التصرفات القانونية كالبيع مثلاً، فإن الدائن له مكنة حق التتبع الذي يمكنه من تتبع العقار المرهون في أي يد كان، وبالتالي لا يختلف الأمر بالنسبة له سواء بقي العقار في يد الراهن أو تصرف فيه للغير، إذا في كلتا الحالتين يستوفي حقه، إلا أن الأمر لا يخلو من خطورة عرض الحائز للتطهير في الوقت الذي تكون فيه قيمة العقار منخفضة، وقد لا تكون هذه القيمة كافية لإستغراق كامل مبلغ القرض العقاري، حتى ولو رفض العرض من الدائن المرتهن، فيؤدي ذلك إلى نفس النتيجة خاصة إذا كانت قيمة العقار منخفضة.

وتفادياً لكل ذلك لا بد على الدائن أن يصطنع لنفسه حماية وفق شروط والتزامات إتفاقية مع المدين الراهن فيشترط عليه عدم التصرف في العقار المرهون، خاصة وأن هذا الشرط يدرج من طرف البنوك في الرهن القانوني، وبالقياس يمكن إدراجه في عقد الرهن الرسمي العقاري الإتفاقي.

(1) بنت الخوخ مريم، المرجع السابق، ص101.

ورغم أن إشتراط هذا الشرط فيها خلاف فقهي كبير بين من يرححه وبين من يرفض إدراجه العبارة أن المسألة لم تلقى الإجماع عند الفقه وهذا ما شجعنا على الخوض فيه وتوضيح مزاياه في عملية الإئتمان البنكي خاصة.

أولاً- مضمون شرط المنع من التصرف: الملاحظ في أن الفقهاء في بادئ الأمر كانوا يرفضون مثل هذا الشرط وسار على نهجهم القضاء أيضا، إذ نجد مثلا أن الفقهاء في فرنسا وحتى القضاء كان يحكم ببطلانه لكون أن التقنين الفرنسي جاء خاليا من تنظيمه، فكان يرى فيه أنه شرط خطير يقيد حق الملكية الممنوح للراهن، كما أنه شرط يؤدي إلى حبس الأموال وتجميدها وهذا لا يتماشى مع المصالح والحرية الإقتصادية التي تقوم على أساس تداول الأموال، كما أنه حتما يؤدي إلى المساس بالنظام العام الإقتصادي للمجتمع، ويحد من حرية التعاقد ويقيدها، إلا أن القضاء ونظرا لإنتشار هذا الشرط على الصعيد العملي أصبح يتساهل في الحكم حتى قضي بصحته إذا كان لا يتضمن إهدارا كاملا لمضمون الملكية ولحرية تداول الأموال،⁽¹⁾ وبهذا تأثرت مختلف التشريعات كالتشريع المصري من خلال المادة 823 من القانون المدني المصري، الذي أباح الشرط المانع من التصرف ولكن ضمن شروط، إذا توافرت يحدث الشرط أثره في مواجهة المالك الذي لا يجوز له بأي حال من الأحوال القيام بأي تصرف محذور عليه بمقتضى الشرط المقترن بالعقد، وفي حالة القيام بذلك يكون مصير ذلك التصرف غير نافذ في مواجهة المستفيد من هذا الشرط، مع بقاء العقد صحيحا.

وبالرجوع إلى مختلف نصوص القانون المدني الجزائري، لم نجد ما ينص على هذا النوع من الشروط، فالمشرع الجزائري سكت عن ذلك ولم ينظم الشرط المانع من التصرف على الرغم من أهميته وخطورته في آن واحد، كونه يستجيب لحاجات عملية ملحة وفعالة في العملية الإئتمانية خاصة.

(1) علي عبد الهادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية التبعية، دار الثقافة، عمان، 2005 ص120.

وأمام عدم وجود نص صريح يحول دون إعمال هذا الشرط، فهذا لا يعني حرمان المتعاقدين من إمكانية إدراج مثل هذا الشرط⁽¹⁾، وعليه يمكن للمرتهن أن يحمي ضمانه من خلال إشتراطه له في العقد، ذلك أن حرية الراهن في التصرف في العقار المرهون لا يمكن أن تختلف عن حرية أي مالك لعقار غير مرهون في التصرف، ما دام أن المدين الراهن قد رتب مثل هذا الرهن العقاري الرسمي فإنه كان يعلم أن سلطته في التصرف ستتقيد، وأن هذا العقار يمكن أن يضيع منه عند التنفيذ، وبالتالي التصرف فيه قد يلحق ضرراً بالمرتهن.

كما يمكن أن نستنتج بالقياس يأخذ بهذا الشرط، وذلك بالرجوع إلى المرسوم 63-76 المتضمن تأسيس السجل العقاري إذ جاء في المادة 104 منه: « يحقق المحافظ العقاري بأن البطاقة العقارية غير مؤشر عليها بأي سبب يفيد حرية المتصرف في الحق من صاحبه الأخير » ، يفهم من هذا النص بمفهوم المخالفة إذا وجد شرط في العقد المشهر يمنع من التصرف، فإن المحافظ العقاري يمتنع عن شهره وفي ذلك إقرار صريح بصحة الشرط المانع من التصرف وترتيب آثاره القانونية كما نجد أيضا أن المشرع الجزائري أخذ بهذا الشرط من خلال المادة 87 من نفس المرسوم حين تعرض لآثار الشهر العقاري بإعتباره حجة على الكافة حيث نصت على: « إن الخلف الخاص لصاحب حق عيني عقاري الذي أشهر العقد أو القرار القضائي الذي يثبت فيه حقه الخاص لا يمكنه الاعتراض على العقود بين الأحياء والتي تم إعدادها بصفة متميزة من أجل إثبات شروط عدم قابلية التصرف المؤقت وجميع التقييدات الأخرى لحق التصرف... »، يتضح من هذا النص أنه إذا إنتقل حق عيني عقاري من سلف إلى خلف وكان التصرف مثقلا بقيد عدم التصرف إلترم الخلف بهذا الشرط إلى حين انقضاء الأجل المحدد له.

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص242.

وعليه يمكن القول أنه يمكن إدراج مثل هذا الشرط في عقد الرهن العقاري الرسمي لأنه لم يرد فيه نص يمنع ذلك من جهة ومن جهة ثانية أنه لا يؤدي إلى سلب حق الملكية أو أحد عناصرها سلبا دائما، وإنما هو يمنع التصرف لمدة مؤقتة.

ثانيا: تحديد شروط إدراج شرط المنع من التصرف: كما سبق وقلنا أن هذا الشرط وقع فيه خلاف فقهي كبير بين رافض له وجعله باطلا، وبين مؤيد له ولكن وفق شروط محددة متى توافرت صح الإتفاق على منع التصرف وهي الباعث المشروع والمدة المعقولة⁽¹⁾، وتقدير مدى مشروعية السبب الباعث ومعقولية المدة يخضع لمراقبة وسلطة قاضي الموضوع.

1- أن يكون الشرط مبنيا على باعث مشروع: تقضي المادة 98 من القانون المدني: « كل إلتزام مفترض أن له سببا مشروعاً، ما لم يعم الدليل على غير ذلك... »، وهذا الشرط يتعلق بسبب الإلتزام وسبب العقد والعبرة هنا بالباعث الدافع⁽²⁾ إلى إشتراط مثل هذا الشرط في عقد الرهن فلا بد من وجود مصلحة هامة ومشروعة تدعو إلى الشرط غير مخالفة للأداب والنظام العام، وبالتالي هذه المصلحة الجدية المشروعة هي المبرر الحقيقي لإباحته فإذا إقتضت مصلحة المتعاقدين إلى منع التصرف في العقار المرهون، وتبين أنها مصلحة جدية ومشروعة غير مخالفة للأداب والنظام العام وبالطبع للقانون، ذلك أنه لا يوجد نص قانوني يحول دون إعمال هذا الشرط في العقد الرهن العقاري الرسمي.

وإستجابة لداعي المصلحة الجدية والمشروعة وجب الخروج عن القاعدة العامة حماية لهذه المصلحة⁽³⁾، بإدراج مثل هذا الشرط، خاصة أن القانون يقر بالحماية التعاقدية بل ويجعلها هي الأصل في معظم العقود طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة والذي نصت عليه المادة 106 من القانون المدني « العقد

(1) شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 213.

(2) بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2001، ص 169.

(3) بنت الخوخ مريم، المرجع السابق، ص 104.

شريعة المتعاقدين ...»، وعليه فللمرتهن مصلحة مشروعة، لأنه يتفادى إجراءات التتبع ضد الحائز الذي تنتقل إليه الملكية وهو في حكم المتصرف إليه وبقي نفسه مغبة المخاطر أو المساوي التي يتحملها إذا استعمل المتصرف إليه الحائز رخصة التطهير التي هي مكرسة قانوناً لحائز العقار المرهون دون غيره.

وقياساً على ذلك وحتى يحقق هذا الشرط فعاليته المنشودة، فإنه لا يجوز الحجز على المال الممنوع من التصرف، حيث أن المال غير القابل للتصرف فيه، غير قابل للحجز عليه، لأن القول بغير ذلك سيدعو المتصرف إليه إلى التحايل على الشرط المانع من التصرف، وذلك عن طريق الإقتراض من شخص من الأشخاص، ويترك الدائن يحجز على العقار المرهون ويبيعه بالمزاد العلني ليحصل على حقه من ثمن البيع، وبذلك يكون المتصرف قد تصرف في المال الممنوع ولو بطريقة غير مباشرة، وعدم جواز الحجز نتيجة حتمية أو تحصيل حاصل لشرط المنع من التصرف، بحيث يكون عدم جواز الحجز بقدر عدم جواز التصرف، وهذا ما يستخلص ويستنتج من حكم المادة 636 الفقرة الخامسة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في إطار القسم الأول من الباب الخامس والمتعلق بالحجوز وبالضبط الأموال غير القابلة للحجز حيث جاء فيها: «الأموال التي يملكها المدين ولا يجوز له التصرف فيها ...».

وعليه فالباعث المشروع يحمي مصلحة مشروعة، وهي تفادي إجراءات تتبع العقار، وما يترتب عليها من نفقات وجهد⁽¹⁾، ناهيك عن خطورة إجراء التطهير، فكل ذلك يعتبر باعث مشروع لإعمال مثل هذا الشرط علّه يوفر حماية أكثر للدائن المرتهن.

2- أن يكون المنع من التصرف لمدة معقولة: حتى يحقق الشرط فعاليته في الضمان ويكون المصلحة التي يحميها مصلحة مشروعة وأن لا يتعارض كل ذلك مع حق الملكية المكرس لحق التصرف، يجب أن تكون مدة المنع من التصرف مدة محددة التوقيت، فبمفهوم المخالفة أن لا يكون المنع مؤبداً، لأنه على هذا النحو فإن ذلك يتعارض مع حق الملكية وحرية التصرف لأنه يجرّد المالك من سلطة التصرف التي

(1) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، هامش 2، صفحة 246.

تعتبر عنصراً جوهرياً لحق الملكية، وفي ذلك مخالفة لأحكام النظام العام، كما أنه يحبس المال عن التداول، وبالقياس كذلك لا يجوز أن يكون المنع لمدة طويلة لأنه حينئذ يجاوز الحاجة أو المصلحة التي أدرج من أجل حمايتها، وما دام أن دراستنا تتناول موضوع القرض العقاري والرهن الرسمي، وباعتبار أن القرض محصور في مدة محددة فلا مانع من أن تكون المدة الممنوحة للمقترض الراهن في إرجاع مبلغ القرض المضمون بالرهن الرسمي هي نفس المدة المتفق عليها في شرط المنع من التصرف، من ذلك تكون مدة المنع معقولة ومشروعة الباعث، حيث تكون هي المدة التي يوفي فيها المقترض (المدين) الراهن بالدين المضمون بالرهن، وهذا حتى يأمن الدائن المرتهن مخاطر التطهير في حالة بيع المدين للعقار قبل وفاء الدين (مبلغ القرض)، أو قيامه بالتصرف في العقار بالتخصيص أو المنقول بحسب المال، فتتخفف بذلك قيمة العقار المرهون، وبالتالي ينقضي حقه في التمتع⁽¹⁾، كلها مخاطر محتملة يتحملها الدائن المرتهن وعليه وجب إعمال مثل هذا الشرط لتدعيم فعالية الضمان أكثر.

ثالثاً- ضرورة قيد (شهر) شرط المنع من التصرف: حتى يحدث ويحقق شرط المنع من التصرف الحماية المرجوة للدائن المرتهن، وجب شهره بالمحافظة العقارية، ذلك أن نظام الشهر يعتبر الوسيلة الوحيدة لضمان ذلك طالما أن هذا الحق الممنوح للدائن المرتهن مرتبط بعقار قد يثور مشكل مزاحمة حقوق عينية أخرى منقولة لنفس العقار كحق الإرتفاق أو حق تخصيص أو حق إمتياز، فلا يكون شرط المنع نافذاً في مواجهة الخلف الخاص إلا إذا تم شهره، ذلك أنه إذا كان هذا الشرط غير مشهر فلا يستطيع صاحب الحق والذي هو الدائن المرتهن الإحتجاج بحقه في مواجهة الخلف الخاص⁽²⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 87 من المرسوم 76-63 سالفة الذكر.

(1) إبراهيم سيد أحمد، المنع من التصرف فقهاً وقضائياً، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص60.

(2) محمدي سليمان، نفاذ العقد، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2004 ص274.

ومن ثم نخلص إلى أن هذا الإجراء المتمثل في شهر هذا الشرط من شأنه أن يضمن حماية للغير أيضاً، فإذا قام المتصرف إليه برهن العقار الممنوع من التصرف فيه وفق هذا الشرط، إستطاع المرتهن أن يعلم بالشرط، فيمتنع عن إرتهان العقار وبذلك نصل إلى حماية الدائن مع إعطاء الحق للمدين الراهن بالتمسك بالمنع، إذا ما قبل الدائن إرتهان العقار رغم المنع.⁽¹⁾

الخلاصة هو أن شرط المنع من التصرف كان لها انصارها من جمهور فقهاء القانون المدني وفق الشروط السالفة الذكر، وهذا لما فيه من حماية ضمان الدائن وتدعيم لفعالية الرهن الرسمي كضمان عيني للقرض العقاري، والحماية ليس فقط في التصرف في حد ذاته وإنما أيضاً هو حث المدين الراهن على التعجيل بالوفاء بدينه حتى يستطيع إسترجاع ممارسة سلطاته المقيدة على العقار المرهون وخاصة سلطة التصرف، ولذلك كان على المشرع الجزائري أن يجيز صراحة لإمكانية أعمال مثل هذا الشرط المفيد في بعض الأحوال بالشكل الذي لا يتعارض مع حق الملكية ولا يؤدي إلى القضاء على حق التتبع، كما يمكن أن يخضع أعمال هذا الشرط تحت مراقبة القاضي إذا ما كان مبالغ فيه من حيث مدة المنع مثلاً كما أن التنصيص عليه بجوازه يخدم أكثر الحرية التعاقدية ويشجع عملية الإئتمان.

الفرع الثاني- شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء بمبلغ القرض:

إن الغاية التي ينشدها الرهن الرسمي العقاري كضمان للقرض العقاري هو بلوغ إستيفاء البنك المرتهن لحقه، عن طريق بيع العقار المرهون وإستيفاء حقه بالأولوية غير أنه قد يقترن عقد الرهن بشروط إتفاقية يلجأ إليها المتعاقدين وهما البنك المقرض والمرتهن في نفس الوقت مع المدين المقترض الراهن عند إبرام عقد الرهن، بأن يتفق الأول مع الثاني أن يتملك الدائن المرتهن العقار محل الرهن عند عدم الوفاء في مقابل مبلغ القرض (الدين المضمون)، أو الحق في تملك العقار المرهون لقاء الدين أو أي ثمن آخر يتفقا عليه، فمثل هذا الشرط إعتبره المشرع صراحة باطلاً أياً كان الثمن المتفق عليه، وهذا من خلال

(1) سميير كامل، المرجع السابق، ص100.

المادة 903 من القانون المدني بقولها: « يكون باطلا كل إتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم إستيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يمتلك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان... ولو كان هذا الإتفاق قد أبرم بعد الرهن...».

فالنص يمنع طرفي عقد الرهن من الإتفاق على انتقال ملكية العقار إلى الدائن المرتهن في حالة عدم الوفاء بالدين، تحت طائلة البطلان فيبطل الشرط إذا تم الإتفاق على أن تملك العقار يكون لقاء الدين، أي بإعتبار أن الدين يعادل ثمن العقار، كما يبطل أيضا إذا أتفق على مبلغ محدد يختلف عن مقدار الدين بحيث يكون ثمنا للعقار، سواء أكان هذا الثمن أقل من القيمة الحقيقية للعقار، أم كان مساويا للقيمة الحقيقية له، بل ولو كان حتى أكبر منها، وذلك بإعتبار أن الظروف التي يتم فيها هذا الإتفاق بحد ذاتها مثيرة لشبهة إستغلال البنك الدائن لظروف المقرض المدين، لذا رأى المشرع إبطال الشرط حتى في هذه الحالة من باب التحوط، وأخذ بالغالب، إذ الغالب هو توافر الإستغلال⁽¹⁾

وبطلان هذا الشرط أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1992/03/25 تحت رقم 81688 والذي جاء فيه مايلي: « علاوة عن أن قضاة الموضوع لم يبينوا كيف أن عقد الرهن المؤرخ في 1951/11/16 تحول إلى عقد ملكية علما بأن الرهن لا يعد طريقا من طرق التملك ولا يمكن صاحبه من تملك الشيء المرهون، وغاية ما هناك أنه يتخذ كضمان لإستيفاء دينه في حالة إمتناع المدين عن ذلك وهذا ببيع المال المرهون بالمزاد العلني مما يجعلهم قد أساءوا فعلا تطبيق القانون وأشابوا قرارهم بالغموض والقصور في التسبيب وعرضوه للنقد ... »⁽²⁾ وفي قرار آخر لها صادر في 2007/03/21 أكدت على: « أن الرهن ضمان لإستيفاء الدين ولا يعد طريقا لتملك الشيء المرهون، وكل إتفاق يقضي بخلاف ذلك يعد باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته النظام العام تطبيقا للمواد 882 و 903 من القانون

(1) محمد علي إمام، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1956، ص333.

(2) قرار تحت رقم 81688 غير منشورا صادر في 1992/03/25.

المدني». (1) وعليه يقع باطلا الإتفاق الذي يعقده المرتهن مع الراهن قبل حلول أجل الدين، والذي بموجبه يتملك الأول عند عدم وفاء الثاني بالدين وقت حلول أجله العقار المرهون بثمن معلوم أيا كان كما سبق الإشارة إلى هذه العبارة، (2) والأسباب التي حدت بالمشرع إلى إبطال هذا الشرط متعددة أهمها هو رغبته في حماية الراهن (خاصة إذا كان هو المدين) الذي تضطره الحاجة إلى الاستدانة فيستغل المرتهن هذه الحاجة ويفرض عليه هذا الشرط، ضف إلى ذلك أن تملك العقار يعتبر إخلالا بالتوازن الذي أقامه المشرع بين المصالح المتعارضة للدائن المرتهن والراهن، وهناك أسباب أخرى واعتبارات لا داعي للخوض فيها ذلك أنها اجتهادات وآراء تبحث عن تسبيب بطلان هذا الشرط، على أن ما تجدر ملاحظته هو أن هذا بطلان إنما يقتصر على الشرط الوارد في صلب العقد، إما عقد الرهن فيبقى صحيحا وقائما إلا إذا كان هذا الشرط هو الباعث للتعاقد فهنا يبطل العقد أيضا، لأن التملك يُبطل ولا يُبطل ويكون باطلا بطريق القياس شرط تملك الدائن المرتهن مالا آخر للراهن في مقابل مبلغ القرض أو شرط حصوله بعد بيع العقار على كل ثمنه ولو كان أكثر من مبلغ القرض المضمون. (3)

وشرط تملك العقار المرهون يكون باطلا سواء تم الإتفاق عليه عند إبرام عقد الرهن، أو كان في إتفاق لاحق لعقد الرهن، ذلك أن الإتفاق اللاحق كالإتفاق المعاصر يكون باطلا ولنفس الأسباب، لكن وفي المقابل يلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة 903 من القانون المدني تنص على ما يلي: « غير أنه يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه على أن يتنازل المدين لدائنه على العقار المرهون وفاء لدينه»، يفهم من ذلك أنه يمكن إدراج هذا الشرط وذلك بسبب إنتفاء شبهة الإستغلال، كما أن هذه الفقرة وإن كانت

(1) قرار رقم 347927 الصادر بتاريخ 2007/03/31، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، لسنة 2008، ص 75.

(2) جلال محمد إبراهيم وأحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 208.

(3) مصطفى جدوع كريم سعد، آثار الرهن الرسمي بالنسبة للدائن المرتهن والحائز في التشريع العقاري المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الخامس- الرباط، السنة 1980-1981، ص 63-64.

تجيز للمدين التنازل عن العقار المرهون للدائن عند حلول الدين أو قسط منه، نلاحظ أن المشرع أقر هذا الإتفاق وهذا حماية للدائن المرتهن بل وجعل عدم الوفاء بجزء من الدين كاف لإعمال هذا التنازل عن العقار المرهون، عندما ذكر عدم الوفاء بقسط واحد من مبلغ القرض والذي حل أجله يجوز تنازل المدين الراهن عن العقار محل الرهن للدائن المرتهن، وإن كان ذلك متروكا للمدين بمعنى أن المدين له حرية الاختيار في القيام بهذا التنازل، كما أن المشرع بتمعن كبير للمادة 903 قانون مدني منع إدراج هذا الشرط وسمح بإدراجه من خلال الفقرة الثانية للمادة المذكورة، غير أنه أخذ بعين الاعتبار مصلحة الراهن في حين كان يجب عليه أن يولي الأهمية لمصلحة مانح الائتمان بترك الحرية للأطراف المتعاقدة بإدراج هذا الشرط دون تحديد فترة إدراجه مع إحاطته ببعض الشروط، خاصة أن عقد الرهن الرسمي هو من العقود الشكلية التي يتطلب تحريرها في شكل رسمي من قبل موظف عمومي هو الموثق، وعندما ذكرنا هذا فإن الرسمية فيها مزايا كبيرة للأطراف المتعاقدة لما توفره من حماية لمصالح الأطراف وحماية الائتمان كما أن الموثق ملزم بتبنيه الأطراف ونصحهم حول كل ما يشمل العقد من آثار قد تكون في صالح طرف وفي غير صالح الطرف الآخر، فمثل هذا الشرط من شأنه أن يقوي الضمان أكثر ويجعل من الرهن الرسمي أكثر فعالية، بحيث يجعل الدائن المرتهن مطمئنا بعدم اللجوء إلى الإجراءات الطويلة والمعقدة والمكلفة التي يتطلبها التنفيذ على العقار، فلا مانع من إدراجه خصوصا وأننا نجد أن المادة 973 الفقرة الثانية من القانون المدني تجيز تملك الدائن المرتهن حيازياً إذا لم يستوفي حقه، أن يطلب من القاضي تملكه المنقول وفاء للدين على أن يتم حساب قيمته حسب تقدير الخبير هذا من جهة⁽¹⁾، ومن جهة ثانية نجد أن المشرع الفرنسي قد حاول من خلال تعديل القانون المدني لسنة 2006 فيما يخص

(1) هذا الإجراء في القانون الفرنسي يمكن تطبيقه على العقار المرهون وهي آلية جديدة أدخلت وفق تعديل القانون الفرنسي، نصت عليها المادة 2458 ق م ف، والهدف منها تبسيط التنفيذ على العقار، وهي تؤدي من الناحية القانونية إلى نقل الملكية وفق شروط محددة بناء على تقديم طلب إلى القاضي المختص ويسمى هذا الإجراء بالإسناد القضائي l'attribution judiciaire

إصلاح قانون التأمينات العينية، بموجب الأمر رقم 06-324 المؤرخ في 13/03/2006 تنشيط الائتمان العقاري طبقا للمادة 2459 قانون مدني فرنسي⁽¹⁾، بتضمين عقد الرهن الرسمي شرطا يقضي بأن يصبح المرتهن مالكا للعقار المرهون عند عدم الدفع في تاريخ الاستحقاق ، وقد اعتبرت هذه الإباحة بمثابة إرجاع التأمينات العينية التقليدية جاذبيتها الضائعة ففي القانون الروماني كانت حيازة الشيء تنتقل إلى الدائن المرتهن وكانت هذه الغاية من الرهن، ولم يكن مسموحا للدائن المرتهن أن يبيع الشيء المرهون ما لم يوجد اتفاق على إعطاء هذا الحق، ثم أصبح هذا الاتفاق مفترضا وأصبح للدائن أن يبيع الشيء المرهون بالطريقة التي يختارها سواء كان بالمزاد أو بالممارسة⁽²⁾، وهنا بتكريس مصالح الدائن المرتهن، الذي يجد نفسه قادرا على الحصول على حقه دون تدخل من السلطة العامة، بعد ما كان ملزما بإتباع إجراءات الحجز⁽³⁾، إذ رأى هذا المشرع الفرنسي أن من أكثر مخاطر الرهن العقاري الرسمي بيع العقار بالمزاد والذي قد لا يأتي بالثمن الذي يساوي قدر الدين، وفي هذا الجانب وللرفع من فعالية التأمينات العينية قام المشرع الفرنسي في إطار الإصلاحات التي أدخلها بموجب الأمر الصادر بتاريخ 21 أبريل 2006 المعدل للحجز العقاري والذي شجع على البيع الودي للعقار تحت سلطة القاضي وفقا للمادة 2200 من القانون المدني الفرنسي، وهذا دون إتباع إجراءات الحجز⁽⁴⁾.

الفعالية التي يحققها هذا الشرط: كما سبق وأشرنا إلى أن شرط تملك المرهون عند عدم الوفاء هو الشرط الذي وفقا له يتفق الدائن مع المدين أو بالأحرى كما هو في بحثنا هذا البنك المقرض الذي هو دائن مرتهن في آن واحد مع المقترض بإعتباره راهن على أنه يكون للبنك الدائن عند حلول أجل الدين وعدم

(1) Article 2459 c. civ ; « il peut être convenu dans la convention d’hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l’immeuble hypothéqué, toutefois, cette clause est sans effet sur l’immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur ».

(2) Marcel Planiol et georges Ripert ;op.cit ; page903.

(3) Sophie hébert ;(le pacte commissaire après l’ordonnance du 20/03/2006) Recueil Dalloz 2007, p2052.

(4) بنت الخوخ مريم، المرجع السابق، هامش3، ص 110.

الوفاء به، الحق في تملك العقار المرهون لقاء مبلغ القرض أو حتى قسط منه.⁽¹⁾ والغاية التي يحققها مثل هذا الشرط أنه يدعم و يستجيب لأهداف الضمان، وإنعاش الاقتصاد، فهو يحقق ضمان أمثل وأنجع للمرتهن أيا كان بنكا أو شخص آخر ذلك أنه يسمح له باستيفاء حقه دون تكبد مشقة وعناء إجراءات التنفيذ الطويلة والمكلفة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يحمي هذا الشرط المرتهن من مخاطر افلاس مدينه وما يترتب على ذلك من آثار، إذ يجنبه إلحاق العقار بأموال التفليسة، ذلك أنه بمجرد سقوط أجل الدين بسبب الإفلاس استطاع المرتهن أن يملك العقار وفق الشرط المدرج في العقد.

وعليه فإدراج مثل هذا الشرط يجعل من الرهن العقاري الرسمي ضمانا ممتازا، إذ انه يشجع على نمو وتزايد قوة الإرادة الفردية و توسيع مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية في نطاق التأمينات، ذلك أن الحرية العقدية لا توجد فقط في كيفية التنفيذ وإنما أيضا في تكوين العقد⁽²⁾

ضرورة تحديد شروط أعمال التملك: إن مثل هكذا شرط لا يمكن إدراجه بصيغة تلقائية، وإنما لا بد من إحاطته بشرط لضمان مصالح الراهن وتجنب تبديد انتمائه وتحقيق وحماية مصالح المرتهن فلا يتم اللجوء إليه أو تنفيذه إلا عند الضرورة وبشروط معينة ومحددة، هذه الأخيرة التي يمكن إستخلاصها بالقياس وفقا لما جاءت به المادة 2459 من القانون المدني الفرنسي التي وضعت حدا لشرط التملك لا يمكن تخطيه، إذ قضت هذه المادة أن هذا الشرط يكون من دون أثر إذا كان العقار المرهون يشكل الإقامة الرئيسية للمدين، فإذا كان الراهن لا يملك سوى العقار الذي يقيم فيه وقام برهنه فلا يمكن أن يتم إدراج مثل هذا الشرط أو تفعيله، وإذا تم ذلك فيكون عديم الأثر ولضمان مشروعية هذا الشرط فلا بد أن يتم تعيين قيمة العقار من طرف الخبير المختص، ويجب أن تكون قيمة العقار مساوية أو أقل من قيمة الدين المستحق، حتى لا يقع المدين الراهن في غبن بسبب القيمة المتفاوتة بين قيمة العقار وقيمة الدين،

(1) جلال محمد إبراهيم وأحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 207.

(2) sophie.hébert ; op cit ; p2055.

بمعنى أن لا يكون هناك تفاوت بين القيمتين، وكما يمكن إدراج ذلك تحت مراقبة القضاء في الشق الذي يحدد قيمة العقار المرهون وبالطبع باللجوء إلى الخبير الذي يقيم ذلك، كما أنه حتى يحقق شرط التملك الحماية والضمان المنشود منه للمرتهن فإن نظام الشهر يعتبر الطريقة الوحيدة لضمان ذلك طالما هذا الحق مرتبط بعقار فقد يثور مشكل مزاحمة أصحاب حقوق عينية أخرى مثقلة لنفس العقار، ومتى تم شهره بالمحافظة العقارية استطاع المرتهن الاحتجاج به في مواجهة الخلف الخاص لمدينه.

أمام ما تقدم نرى أنه من الضروري على المشرع الجزائري أن يقوم بجوازية إدراج مثل هذا الشرط عند إبرام عقد الرهن العقاري الرسمي ذلك أنه لا مانع يمنع عندئذ من الإتفاق على أن يمتلك الدائن المرتهن العقار المرهون مقابل ثمن معين أكبر أو أقل من الدين المضمون، ويكون هذا الإتفاق صحيحا سواء كان الأجل قد حل بالنسبة للدين بمجموعة أو حل جزء منه فقط، بل قد يكون في تجنب إتباع إجراءات بيع العقار بالمزاد العلني ما يحقق مصلحة الراهن في عدم اللجوء إلى هذه الوسيلة وما يترتب عليها من نفقات وجهد، وسيان عندئذ أن يكون هذا الإتفاق قد تم بين المدين الراهن والدائن المرتهن، أو بين هذا الأخير والكفيل العيني.⁽¹⁾

المطلب الثاني: تدعيم فعالية الرهن كضمان بموجب الآليات القانونية والمؤسسية المستحدثة.

إستهلينا دراسة هذا المبحث بالحديث عن القرض العقاري والمخاطر المصرفية التي تنتج عنه، وفي مقدمتها خطر عدم الدفع من طرف المقترض وخطر السيولة الذي قد يتعرض له البنك أو المؤسسة المالية، ومن أجل زيادة الإلتزام ومواجهة خطر عدم الدفع من طرف المقترض سواء كان فردا أو مؤسسة يلجأ البنك إلى تأمين نفسه وذلك بإشتراطه ضمانات كافية من المقترض ويعتبر الرهن الرسمي ضمان حقيقي وملمس لما له من إيجابيات سبق الإشارة والتطرق لها رغم من يحوم حوله من نقائص وسلبيات حاولنا توضيحها من حيث الضمان، ونظرا لكون البنوك والمؤسسات المالية يمثلون أكبر نسبة من

(1) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص185.

المتعاملين في مجال القروض العقارية كان من الضروري أن يتم منحهم حماية خاصة تعمل على زيادة الثقة في هذا النوع من الضمان، مما دفع بالمشروع إلى تجسيد صور أخرى من الضمانات من أجل توفير محيط أكثر أمنا، بالبحث عن آليات تمويلية تكفل الحماية والضمان للبنك المقرض المرتهن في تحصيل ديونه، فلجأ إلى جملة من الإصلاحات لتطوير السوق الرهنية، وتشجيع البنوك على المشاركة في منح القروض العقارية فأستحدثت هيئات تمويلية تسمح بحل مشكلة السيولة لدى البنوك وتقليل نسبة المخاطر التي تتعرض لها وتسهيل إعادة تمويلها، من خلال جعل المقرض قادرا على الوفاء.

وقد أوكلت هذه المهام إلى مؤسسات مالية، وهي كل من شركة ضمان القرض العقاري. (SGCI) وشركة إعادة التمويل الرهني (SRH) و صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية (FGCMPI) وموازية مع ذلك تم اتخاذ جملة من الاجراءات على المستوى التشريعي، تمثلت في مراسيم في إطار قانون المالية لسنة 2005 وإصدار قانون التوريق لسنة 2006 هادفين بذلك إلى تطوير السوق الرهنية بالجزائر.

لذلك كان لا بد من التطرق إلى الدور الذي تلعبه هذه الهيئات والتقنيات في التشجيع على منح القروض الرهنية، وفعاليتها الحمائية لفائدة البنك كدائن مرتهن، حيث سنتناول شرح مؤسسة ضمان القرض العقاري في (الفرع الأول) والدور الذي تلعبه كشركة تأمين للقرض العقاري ونتطرق في (الفرع الثاني) إلى الدور الذي قد تقوم به شركة إعادة التمويل الرهني في مواجهة بعض مخاطر القروض العقارية ونخصص (الفرع الثالث) لتقنية التوريق كآلية مستحدثة لإعادة التمويل الرهني.

الفرع الأول – شركة ضمان القرض العقاري: (société de garantie du crédit immobilier)

تعتبر هذه الشركة من الهيئات المستحدثة من أجل تأمين البنك كدائن مرتهن من مخاطر إعسار المقرض النهائي أو المؤقت، وهي شركة مساهمة عمومية إقتصادية وكونها كذلك لأنها أنشأت بمشاركة

المؤسسات المالية العمومية وشركات التأمين العمومية، أنشأت بتاريخ 1997/10/05، وتم اعتمادها بتاريخ 1999/05/28، بموجب قرار صادر عن وزارة المالية من أجل تأمين القروض العقارية فهي تعد بمثابة شركة تأمين، تمنح شركة ضمان القرض العقاري للمقترضين ضمانا بسيطا (موجه لتغطية حالة العسر النهائية للمقترض)، وضمانا كليا (موجه لتغطية حالة العسر المؤقتة، أو التأخر في تسديد)، مع حق الحلول في الحقوق الرهنية.

أولا- موضوع نشاط الشركة: حتى يتم معرفة الدور الذي تقوم به هذه الشركة في حماية الإئتمان من خلال الضمان الذي تمنحه للدائن وتشجيعه على منح القروض لطالبيها، سوف نتطرق إلى كيفية عملها وإلى الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها في هذا الموضوع.

1- كيفية تدخل الشركة: من ذلك يقوم البنك بتأمين نفسه بواسطة إبرام عقد تأمين القرض بينه وبين المؤمن المتمثل في شركة ضمان القرض العقاري، وموضوع هذا العقد يتمثل في ضمان الشركة للمخاطر التي يتعرض لها البنك والمتمثلة في خطر عدم الدفع من طرف المقترض بسبب إعساره أو إفلاسه حسب الحال وذلك في إطار القروض الممنوحة من طرف البنك، ونظرا لأهمية صعوبة الضمانات التي تتحملها الشركة، وضعت شروطا صارمة لضمان هذه القروض العقارية على المؤسسات المالية، منها: وجود الرهن وأهمية الرهن كضمان، وإمكانيات المقترض المالية (الملاءة المالية لطالب القرض)، وشرط دفع أقساط التأمين، ومقدار القرض لا يجب أن يتعدى 80% من سعر السكن أو العقار، لإحتمال أنه لو بيع بالمزاد العلني يكون أقل من 80% من قيمة السكن وهذا عادة ما تقوم به البنوك في منحها القروض العقارية، ويسري هذا العقد ويرتب آثاره من تاريخ تبليغ المؤمن للبنك بمنح ضمانه كما يسري هذا الضمان طيلة مدة القرض الممنوح، ويرتب هذا العقد التزامات متبادلة لكل من الشركة والبنك، كأن يلتزم البنك عند إكتتاب عقد التأمين بالتصريح بكل المعلومات اللازمة للمؤمن (الشركة SGCI) لتحديد المخاطر التي يأخذها على عاتقه كقيمة مبلغ القرض، كما يلتزم البنك كذلك بدفع قسط مبلغ التأمين وذلك خلال مدة

15 يوما من تاريخ موافقة المؤمن على منح الضمان، ويختلف القسط حسب مدة القرض الممنوح وما إذا كانت التغطية جزئية أو شاملة للمخاطر، أما بالنسبة للمؤمن المتمثل في الشركة يلتزم بدفع التعويض بحسب الأخطار المؤمن عليها، ففي حالة عدم دفع المقرض "المدين الراهن" مبلغ القرض في الآجال المحددة يقوم البنك بالمطالبة القانونية له⁽¹⁾

2- أهداف شركة ضمان القرض العقاري: تلعب الشركة دورا مميزا في عملية تشجيع مؤسسات القرض على خوض مجال القروض العقارية، والتصدي لمخاطر العجز، والتوقف عن الدفع من طرف المقترضين، فهي تهدف إلى تقديم ضمانات للمؤسسات البنكية والمالية المقرضة من جهة، والتأمين على القروض العقارية من جهة أخرى فمهمتها الأساسية تتمثل في ضمان القروض الرهنية، من خلال تغطية إيسار المدين وذلك في إطار عقد الانضمام المبرم بين شركة ضمان القرض العقاري والبنوك إذ تضمن هذه الشركة لصالح البنوك تغطية ضد خطر عدم تسديد القروض العقارية الممنوحة للخواص، والتي تكون صالحة مدة القرض حيث يعطي هذا الضمان الفارق بين جميع المبالغ المسترجعة من طرف البنك وتلك التي كان لها أن تحوزها عادة⁽²⁾ أي مبلغ القرض وفوائده مجتمعة، وعليه فإن هذه الشركة انشئت لتحقيق الأهداف التالية:

- تقديم ضمانات للإتمادات أو القروض الممنوحة من طرف البنوك أو المؤسسات المالية المقرضة الموجهة لتمويل عقار ذو طابع سكني أو مهني، حيث تضمن خطر عجز المقرض عن دفع قيمة القرض العقاري إضافة إلى الفوائد المترتبة عليه.

(1) أمقران راضية، ضمانات البنك في المجال الإئتمان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2006، ص 105 .

(2) شلغوم رحيمة، ضمانات القرض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر 2008، ص 130 .

- مراقبة تسيير المؤسسات المقرضة، وذلك في مادة المنازعات مع حق الحلول محلهم لمتابعة عمليات إسترجاع الديون،⁽¹⁾ وبالتالي تلعب هذه الشركة دورا هاما في تشجيع البنك كدائن مرتهن على خوض القروض العقارية بمساعدتها على التصدي لأخطار عدم التسديد.

ثانيا- الضمانات الممنوحة من قبل شركة ضمان القرض العقاري: حسب الشروط العامة لعقد التأمين على القرض العقاري تكون الضمانات كما يلي:

1- عملية تأمين القرض العقاري الممنوح للأفراد: تأخذ عملية التأمين على القرض العقاري شكلين إما تأميننا أو ضمانا بسيط، وإما أن يكون كليا، ولكل منهما شروطه.

أ- الضمان البسيط: ويكون ضد خطر الإعسار النهائي للمقترض وفي هذه الحالة نميز بين التغطية المحدودة والتغطية الشاملة.

- التغطية المحدودة: عند إستعمال الرهن وبيع الملك المرهون (العقار محل الرهن) من طرف المقترض، لا تكون هناك مسؤولية تعود على الضامن، وفي هذه الحالة يكون التعويض بنسبة 90% من مجمل الأصل والفوائد المطلوبة، مع طرح المبلغ المتحصل عليه من بيع العقار المرهون.

- التغطية الشاملة: في هذه الحالة يكون إستعمال الرهن وبيع المال (العقار) المرهون من مسؤولية الضامن، ويكون التعويض الناجم عن الضرر يساوي 60% من مجمل الأصل والفوائد خلال مدة سريان عقد التأمين على القرض، بعد إثبات الحادث (التوقف عن دفع المستحقات)، أما المبلغ المالي المتبقي فيتم خصمه من قيمة التعويض بعد بيع العقار المرهون ويدفع لشركة ضمان القرض العقاري في حدود 30% الباقية، وبعد أن يدفع المؤمن للبنك يحل محله في حقوقه ودعاويه ضد المقترض طبقا للمادة 38

من الأمر 95-07 المؤرخ في 25/01/1995 المتعلق بالتأمين.⁽²⁾

(1) لطيفة طالي، المرجع السابق، ص147.

(2) الأمر رقم 95-07، السالف الذكر.

ب- الضمان الكلي (الشامل): بالإضافة إلى الضمان البسيط تشمل عملية الضمان تعويض التأخر عن تسوية الإستحقاقات من طرف المقترض، ويسمى الإعسار المؤقت، ويكون كذلك عند عجز الفرد المقترض عن دفع أربعة (4) إستحقاقات شهرية مجتمعة أو ستة (6) إستحقاقات شهرية غير مجتمعة وفي هاتين الحالتين تقوم شركة ضمان القرض العقاري خلال هذه الفترة بتغطية هاتين الحالتين كحد أقصى، ولا تكون تغطية الحادث الناتج عن التأخير في الدفع إلا بعد سنة من تنفيذ القرض.

2- ضمان القروض الممنوحة للترقية العقارية: ويكون ذلك في حالة الإفلاس النهائي للشركات العاملة

في الترقية العقارية وتقدر بـ 90% من مجموع الإستحقاقات والفوائد، كما أن إستعمال وبيع الأملاك

المرهونة لا تسأل عنه شركة ضمان القرض العقاري ، ويمنح التعويض المستحق على النحو التالي:

- تعويض 50% من مجمل الأصل والفوائد المطلوبة إلى غاية تاريخ إستعمال الضمان أما البقية التي

تمثل الرصيد المتحصل عليه بعد البيع الفعلي للعقار المرهون فيتم خصمه من التعويض (50% السابقة)

في حدود 40% المتبقية، وعليه فإن هذا الضمان الذي تقدمه شركة ضمان القرض العقاري له مزايا عدة

منها: تغطية خطر القرض ودراسة الخطر وإمكانية تحقيق المشروع وتخفيض المصاريف التي يتحملها

البنك، وفي حالة عجز المقترض الراهن، فالبنك الدائن المرتهن يتجنب إجراءات الحجز على العقارات

التي كما سبق وأشرنا إليها من أنها شاقة وطويلة ومكلفة، لذا فشركة ضمان القرض العقاري تحل محل

المقترض فتدفع المستحقات، وتحل محل البنك المرتهن فيما يخص تتبع عمليات تغطية المستحقات على

الراهن، أي بعبارة أخرى "حلول شخصي"⁽¹⁾، كما أن هذا الضمان القائم على تقنية التأمين يعد بصفة

حقيقية الضمان الأكثر حماية بالنسبة للبنك، فهي ضمانة أكيدة، لأن التعويض يدفع بصفة إلزامية للدائن.

ثالثا- الضمان المالي في عقد البيع على التصاميم: من خلال المادة 121 من قانون المالية رقم

89-26 المؤرخ في 31/12/1989 المتضمن قانون المالية لسنة 1990، حيث نوهت هذه المادة على

(1) رحمانى فايضة، المرجع السابق، ص106.

إمكانية إنشاء صناديق الضمان والكفالة المتبادلة في مختلف القطاعات، هدفها الأساسي ضمان القروض المصرفية الموجهة إلى الإستثمار في قطاع معين، وفي هذا الشأن صدر المرسوم التنفيذي رقم 97-406⁽¹⁾ المتضمن إنشاء صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية (FGCMPI) (Fonds de Garantie et de Caution Mutuelle de la Promotion Immobilière)، والصندوق يتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي موضوع تحت وصاية وزارة السكن، وهو ذو طابع تعاوني لا يسعى إلى تحقيق الربح.

- دور الصندوق في ضمان القرض العقاري حيث تم إنشاء هذا الصندوق لضمان حقوق المستفيدين من السكنات المنجزة في إطار البيع على التصاميم، وذلك بضمان مبالغ التسبيقات الأولية المقدمة من طرف هؤلاء إلى المرقي العقاري وبذلك يكون البنك الممول بطريقة غير مباشرة مستفيد من تغطية هذا الضمان وهذا ما جاء في نص المادة 54 من قانون 11-04⁽²⁾ المتضمن القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية " فإنه يجب على المرقي العقاري إكتتاب تأمين لدى صندوق ضمان والكفالة المتبادلة للترقية العقارية يضمن له إفلاسه، وإتمام المشروع"، وذلك أنه في حالة إفلاس المرقي العقاري، أو تصفيته قضائيا يحل الصندوق محل المستفيدين بالإمتياز من الدرجة الأولى، وفي حدود الأموال والديون المدفوعة للمرقي العقاري وبموجب هذا الضمان يكون البنك في تمويله لعملية عقارية (منح قروض عقارية) يجد نفسه محاط بجملة من الضمانات الفعالة.

(1) المرسوم التنفيذي رقم 97-406، المؤرخ في 03/11/1997، يتضمن إنشاء صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، الجريدة الرسمية عدد 73 لسنة 1997.

(2) قانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية عدد 14 المؤرخة في 06 مارس لسنة 2011.

الفرع الثاني - شركة إعادة التمويل الرهني: (société de refinancement hypothécaire)

إن تحسين مستوى أداء الإئتمان المصرفي ومن خلاله تحسين كفاءة أسواق رؤوس الأموال يعد أمراً بالغ الأهمية والإعتناء به يعد ضرورة ملحة لسلامة وصحة الأنظمة المصرفية والمالية.

ويعد إنشاء مؤسسات إعادة التمويل الرهني من بين الآليات والأساليب الحديثة التي تم التوصل إليها في البلدان المتطورة كحل لمشكلة القروض طويلة الأجل بصفة عامة وتمويل قطاع السكن بصفة خاصة، لذا فإن إعادة التمويل الرهني يهدف إلى تيسير شروط الإقراض السكني⁽¹⁾، وتحفيز البنوك على الإستثمار في القرض العقاري خاصة وأن معظم القروض العقارية هي قروض طويلة الأجل مما يجعل الكثير من البنوك تعزف على منح مثل هذه القروض رغم الضمانات المقدمة من طرف المقترض، إذ أن ذلك يجعل البنوك في حاجة إلى سيولة تمكنها من مواصلة نشاطاته المصرفية، والاستمرار في القيام بباقي العمليات البنكية التي منها منح قروض عقارية أخرى، وأمام هذا الإشكال يلجأ البنك إلى عملية إعادة الخصم بمقابل لدى البنك المركزي وذلك من أجل الحصول على السيولة اللازمة مقابل سعر فائدة محدد مسبقاً، وهذا في الغالب لا يكون في صالح البنك والذي سبق الإشارة إليه في الفصل الأول من الباب الأول، هذه الوضعية أدت إلى عدول وعزوف الكثير من البنوك عن عملية تمويل القروض العقارية، ولحل هذا الإشكال عمدت الحكومة الجزائرية إلى البحث عن تقنية حديثة وعملية تحل هذا الانسداد و تحفز البنوك والمؤسسات المالية على تمويل الترقية العقارية والسكن بصورة عامة، وقد أوكلت مهمة توفير السيولة للمؤسسات المقرضة إلى شركة إعادة التمويل الرهني (SRH)⁽²⁾، حيث تتلخص

(1) عبد الحميد غوفي وعمر طالب، إعادة التمويل الرهني وآثاره على المنظومة المالية والمصرفية في الجزائر، (دراسة حالة شركة إعادة تمويل الرهني SRH) مركز البحث العلمي والتقني حول المناطق الجافة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر.

(2) رحمانى فايزة، تمويل الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن، دراسة تحليلية ونقدية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق - بن عكنون، جامعة الجزائر، 2003-2004، ص 58.

عملية إعادة التمويل في كون البنك وبعد منحه قروض عقارية تتحصر في (شراء مسكن، بناء مسكن عائلي أو فردي، توسيع المسكن أو إعادة ترميم السكن)، وبعد قيام البنك بجمع كل القروض التي منحها للزبائن وبإنشاء محفظة مالية يقوم ببيعها إلى شركة إعادة التمويل الرهني والتي تقوم بدورها على إدارة هذه المحفظة مقابل عمولة يتفق عليها مسبقا، ويتم هذا العقد أو الإتفاق في شكل إتفاقية إطار يحدد فيها المبلغ المعاد تمويله ونسبة الفائدة التي تتغير حسب احتياجات السوق المالية، وكذا الضمانات التي يقدمها البنك المعاد تمويله والمتمثلة في الرهون المقدمة من طرف المقترضين، وسوف نبين مهام شركة إعادة التمويل الرهني والمزايا التي تمنحها هذه الشركة كآلية ضمان وتأمين للقرض العقاري.

أولا- مهام شركة إعادة التمويل الرهني: تسعى الشركة إلى إعادة تمويل البنوك وتحسين سيولتها المالية، وبالتالي تقديم الدعم المالي في منح القروض العقارية خاصة تلك الموجهة للسكن، كما تهدف أيضا إلى تحريك الاستثمار العقاري عن طريق السوق المالية، وجعل هذه الأخيرة آلية أساسية لمعالجة أزمة السكن في الجزائر، وعموما تتمثل مهام الشركة التي وردت في عقد تأسيسها ونظام الأساسي في:

- العمل على تطوير وتحسين سوق رأس المال في الجزائر من خلال قيامها بإصدار سندات قرض متوسطة وطويلة الأجل كأداة استثمارية جديدة من شأنها جلب المدخرات طويلة الأجل للمؤسسات الإدخارية البنكية وغير البنكية لإستخدامها في الإستثمارات المتوسطة والطويلة الأجل⁽¹⁾ وبالتالي فهي تعمل على تدعيم الإستراتيجية المتعلقة بتطوير الوساطة المالية الموجهة لتمويل السكن وذلك بهدف تحقيق الضغط على ميزانية الدولة.

- جلب رؤوس أموال من السوق المالية بواسطة إصدار أوراق مالية مضمونة برهن عقاري من الدرجة الأولى، ذلك أن القروض العقارية المشكلة لمحفظتها تكون مضمونة برهونات عقارية من الدرجة الأولى والتي تسمى بآلية التوريق، والتوريق هو تحويل القروض والديون إلى أوراق مالية (سندات) تطرح للتداول

(1) عرعار الياقوت، المرجع السابق، ص 98.

في السوق المالية، وهي أوراق تستند إلى ضمانات عينية أو مالية ذات تدفقات مالية متوقعة، وتعتبر آلية قانونية مالية للتحكم في مخاطر وتحسين تدفق السيولة بطرحها إلى التداول للحصول على أوراق مالية وسوف يتم التطرق إلى هذه الآلية تفصيلاً في الفرع الثالث.

- العمل على تطوير وتحسين سوق تمويل الإسكان من خلال تمكين البنوك والمؤسسات المالية من الإسهام في منح القروض العقارية السكنية⁽¹⁾

ثانياً - مزايا شركة إعادة التمويل الرهني: تعتبر شركة إعادة التمويل الرهني شركة ضمان للبنوك المانحة للقروض العقارية وهذا بدور يدعم أكثر فعالية الضمان المقدم من طرف المقترض والذي هو الرهن الرسمي وذلك من خلال:

- أن هذه الشركة تمكن البنك من تلبية حاجاته من الأموال الجارية الناتجة عن قواعد السيولة والتحويل التي يفرضها بنك الجزائر وتقديم عملية إعادة تمويل حافظات الرهون بصفة مباشرة حلاً لمشكل تمويل البنوك.

- تقوم شركة إعادة التمويل الرهني بإصدار سندات خاصة بالديون (القروض العقارية) والقروض المضمونة برهونات عقارية من الدرجة الأولى) مما يساعد على تطوير السوق المالية، ومن جهة أخرى تحفيز المدخرين المحتملين من توظيف أموالهم في البنوك وبالتالي توفير السيولة اللازمة، ذلك أن هذه السندات هي في حد ذاتها ضمان للقروض المضمونة برهانات عقارية.

- تعمل الشركة على تمكين البنوك من إدارة موجوداتها بكفاءة أعلى والتقليل من نسبة المخاطر التي قد تتعرض لها البنوك في عدم الحصول على ديونها كما سبق وأن تطرقنا إلى ذلك.

- كما أن الشركة تهدف إلى إعطاء الضمانات للقروض الممنوحة من طرف المؤسسات المالية في إطار الحصول على ملك عقاري ذو طابع سكني وهذا يعزز الضمان ويدعمه أكثر.

(1) عبد القادر بلطاش، الإقتصاد المالي والمصرفي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 68.

- ما يعزز الضمان كذلك في أن الشركة تعمل على مراقبة تسيير المؤسسات المالية في شان المنازعات القانونية مع حق الحلول محلهم لمتابعة عمليات استرجاع الديون.

ثالثاً- طرق إعادة التمويل الرهني: هناك طريقتين في عملية إعادة التمويل الرهني وهما:

1- إعادة التمويل مع حق الرجوع: يعني ذلك أنه للبنك أو المؤسسة المالية الحصول على المبالغ المطلوبة لإعادة تمويل القروض العقارية التي منحها في حدود 80% من الضمانات المقدمة⁽¹⁾، مع إذا ما بقي هذا الإئتمان ضمن موجودات البنك وإثر ذلك تتحمل جميع الأخطار المتعلقة بالقروض الممنوحة في إطار تمويل السكن، ومنه تبقى الضمانات سواء كانت رهن أو تأمينات أخرى مسجلة باسمه.

2- إعادة التمويل بدون حق الرجوع: وهذه تعتبر الطريقة الأمثل في الضمان ، من خلالها يستطيع البنك أو المؤسسة المالية الحصول على الأموال المطلوبة في إطار عملية إعادة التمويل، دون أن يكون لشركة إعادة التمويل الرهني حق الرجوع على البنك أو المؤسسة المالية عند عدم تحصيل الديون، وعليه تتحمل الشركة المذكورة الأخطار المتعلقة بالقروض العقارية التي تمت إعادة تمويلها، مما يعني أن عملية التمويل دون حق الرجوع، ينتج عنها تحويل كل الأخطار المرتبطة بالقروض العقارية المحولة من قبل البنك إلى الشركة.

وهذه العملية تتوافق مع نص المادة 243 من القانون المدني « بأن حوالة الحق تشمل ضمانات، كالكفالة والامتياز والرهن كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط» ولهذا الأسباب فإنه عملية إعادة التمويل بدون رجوع تتم في إطار اتفاق يتم بموجبه المدين المقترض وبهدف تسديد دينه بنقل الرهن المؤسس لصالح دائنه (البنك) لصالح دائن آخر هو شركة إعادة التمويل الرهني، وتفرغ عملية الحلول في عقد رسمي يعتمد أساساً على (اتفاقية القرض، عقد الرهن) ويقوم البنك المقترض من الشركة بتوقيعها بعد الحصول على مبلغ إعادة التمويل، ويحرص على تقييد ذلك على هامش القيد بالمحافظة العقارية وفي

(1) سفيان زغيدي، المرجع السابق، ص 88.

المقابل يشترط كذلك أن يتم اتفاق بين البنك والشركة من خلاله تتعهد البنوك المانحة للقروض العقارية في الاستمرار في إدارة القروض المتنازل عنها لفائدة شركة إعادة التمويل الرهني مقابل عمولة متفق عليها كما تلتزم الشركة بموجب هذا الاتفاق أو العقد بإدارة وإسترداد المبالغ (الديون) المستحقة من المقترضين.

الفرع الثالث: التوريق كتقنية وآلية جديدة لإعادة تمويل القروض الرهنية.

إن الهدف الأساسي من إعادة تمويل القروض الرهنية، هو حماية البنك أو المؤسسة المالية من حدة مخاطر القرض العقاري، ولهذا تم اللجوء إلى أحد التقنيات المالية التي تعمل على سد فجوة التمويل، والتي تركز أساسا على تحويل القروض الرهنية إلى سندات (أوراق مالية) مستحقة، تكون قابلة للتداول في السوق المالية، وهي أوراق تستند إلى ضمانات عينية أو مالية ذات تدفقات نقدية متوقعة، ولا تستند إلى مجرد القدرة المتوقعة على السداد من خلال التزامه العام بالوفاء بالدين،⁽¹⁾ وتعد الجزائر من الدول القلائل التي أصبحت تستخدم هذه التقنية المالية مقارنة بالدول النامية، وفي هذا المجال تم إصدار القانون المتضمن توريق القروض الرهنية⁽²⁾ لذلك سوف نستعرض التوريق وأساليبه ومزاياه.

أولاً- تعريف التوريق: التوريق هو تحويل الديون والقروض إلى أوراق مالية تكون قابلة للتداول في السوق المالية، وهي أوراق تستند إلى ضمانات عينية أو مالية ذات تدفقات نقدية متوقعة.

- كما يعتبر التوريق تقنية يتم من خلالها التنازل عن مجموعة من الديون المتجانسة، إلى مؤسسة مالية متخصصة، حيث تقوم هذه الأخيرة بإصدار أوراق مالية بقيمة الديون ووضعها في السوق المالية، وعليه فإن مصطلح التوريق يتأسس بتحويل مجموعة من القروض إلى سندات.

(1) عبيد علي أحمد الحجازي، التوريق ومدى أهميته في ظل قانون الرضا المقارن، دار النهضة العربية، مصر 2001 ص10.

(2) القانون رقم 06-05 المؤرخ في 20/02/2006، المتضمن توريق الديون الرهنية، جريدة رسمية عدد15 المؤرخة في 12 مارس 2006.

- كما تسمى هذه العملية بالتوريق المصرفي، لقيام مؤسسة مالية بحشد مجموعة من الديون المتجانسة والمضمونة كأصول، ووضعها في صورة دين واحد معزز إئتمانيا ثم عرضه على الجمهور من خلال منشأة متخصصة للاكتتاب في شكل أوراق مالية تقليلا للمخاطر من جهة، وضمانا لسيولة مالية للبنك من جهة أخرى.

- قد عرف المشرع الجزائري التوريق في نص المادة 2 الفقرة الأولى من القانون 05-06 وجاء نصها كالتالي: « يفهم هذا القانون بما يأتي: التوريق: عملية تحويل القروض الرهنية إلى أوراق مالية...».

من خلال هذا التعريف القانوني للتوريق يمكن شرح هذه التقنية بأنها قيام البنك أو المؤسسة المالية بمنح قروض عقارية للأفراد الذين يرغبون في امتلاك سكن أو ترميم بعد تقديم الضمانات اللازمة في شكل رهون عقارية من الدرجة الأولى، وعند الحاجة الماسة للسيولة يقوم البنك أو المؤسسة المالية بجمع كل القروض العقارية والاحتفاظ بها في محفظتها المالية والتنازل عنها إلى مؤسسة مالية متخصصة في إعادة التمويل الرهني، وتقوم هذه الأخيرة بإصدار سندات ذات قيمة مالية تساوي مبلغ القروض العقارية الممنوحة وبذلك تكون الهيئة إستحوذت على مخاطر الإئتمان ومخاطر السيولة في وقت واحد.⁽¹⁾

ثانيا- أساليب التوريق: يتم التوريق بتداخل ثلاثة آليات لنقل ملكية الأصول من البنك البادئ للتوريق إلى الشركة المتخصصة في إعادة التمويل الرهني، فالآلية الأولى ترتبط باستبدال الدين والآلية الثانية المشاركة الجزئية، والآلية الثالثة وهي المعمول بها في الجزائر طبقا لقانون 05-06 المتعلق بالتوريق هي حوالة الحق، وعلى ضوء ذلك سيتم التطرق لشرح الأساليب والآليات الثلاثة.

(1) نصر أبو الفتوح فريد، المرجع السابق، ص 85.

1- استبدال الدين: إن تحقيق عملية التوريق من خلال هذه الآلية تسمح باستبدال الحقوق والالتزامات الأصلية بأخرى جديدة، غير أنه يقتضي الحصول على الموافقة من جميع الأطراف ذات الصلة بالقرض على إمكانية تحويله كلياً أو جزئياً.⁽¹⁾

2- المشاركة الجزئية: وتتمثل هذه الآلية في بيع للذمم المدينة من قبل الدائن الأصلي (البنك أو المؤسسة المالية المقرضة) إلى الشركة أو الهيئة المتخصصة بئراء القروض الرهنية وإعادة تمويلها، ولا يتحمل بائع الدين بعدها أي مسؤولية فيما لو عجز المدين عن التسديد للدائن الأصلي، وعلى الشركة المتخصصة في شراء هذه القروض العقارية التأكد من أن أهلية المدين وجدارته الإئتمانية، وهناك طرق عديدة لحماية هذا المشتري (الشركة) تتمثل في حصوله على ضمانات عقارية أو سندات مديونية وحقوق إدارة الدين كوصي عليها.⁽²⁾

3- التنازل: ومؤداه التنازل عن الأصول لصالح الدائنين أو المقرضين (البنك أو المؤسسة المالية)، ويكثر استخدام هذه الآلية أو الطريقة في توريق الذمم المالية الناشئة عن بيع بعض الأصول أو إيجارها، ففي عقدي البيع والإيجار يتم الاستمرار في دفع الأقساط إلى الممول الأصلي الذي يقوم بدوره بتحويلها إلى مشتري القروض الرهنية (الشركة أو الهيئة) أو تسديدها ضمن سلسلة من الحوالات متفق عليها في عقد التوريق، وكخلاصة لكل ذلك أن التنازل لا يتم إلا باحترام المرحلتين التاليتين.

أ- التنازل عن القروض الرهنية من البنك لفائدة مؤسسة مالية أخرى متخصصة، وما هذا إلا عبارة عن عملية عقد بيع للقروض الرهنية مبرم بين البنك وتلك المؤسسة، والمحرم لدى موثق يتم تسجيله لدى مصلحة العقود المختصة إقليمياً.

(1) سفيان زغدي، المرجع السابق، ص93.

(2) محمد أحمد غانم، التوريق (الماهية، المزايا، الإجراءات، العناصر)، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر 2009، ص20.

ب- قيام المؤسسة أو الشركة المتنازل لها وهي مؤسسة التوريق بإصدار أوراق مالية مدعمة بقروض رهنية من الرتبة الأولى، وكنتيجة لهذا التنازل تنتقل القروض الرهنية من البنك إلى مؤسسة التوريق⁽¹⁾، حيث تنص المادة 15 من القانون المتعلق بالتوريق سالف الذكر على: « لا يسري مفعول التنازل عن القروض من المؤسسة المتنازلة لفائدة مؤسسة التوريق ابتداء من التاريخ المبين في الجدول المذكور في المادة 13 أعلاه.

- تحل مؤسسة التوريق محل المؤسسة المتنازلة بقوة القانون فيما يخص القروض المتنازل عنها وكل أشكال الضمانات المتعلقة بها ابتداء من هذا التاريخ، دون أن يكون قبول الطرف الثالث لازماً يجب أن لا ترد الديون المتنازل عنها في أصول المؤسسة المتنازلة».

- وحسب المادة 14 من قانون التوريق فإن البيانات التي يجب ذكرها في جدول التنازل منها: يجب أن يعنون الجدول بتسمية « عقد التنازل عن القروض المدعمة برهونات عقارية ذات الرتبة الأولى».

- التعيين الدقيق للبنك أو المؤسسة المالية التي بادرت بإجراء التوريق (التنازل) وكذا المؤسسة المتنازل لها المتمثلة في شركة إعادة التمويل الرهني.

- قائمة الديون محل التنازل: ويجب أن تتضمن إسم وعنوان المقترضين ومكان تسديد الأقساط ومبلغ القروض وتاريخ الأقساط النهائية ومكان تسديدها، ونسب الفائدة ومميزات الرهن.

- النص في جدول التنازل على تاريخ إيداعه، ويعتبر هذا البيان مهم جداً لمؤسسة التوريق، حيث يسري مفعول التنازل عن القروض أو الديون الرهنية ابتداء من هذا التاريخ⁽²⁾

- كما يمكن إدراج بيانات أخرى في جدول التنازل، يكون ناتج عن إتفاق الطرفين.

(1) ينتقل الرهن الرسمي القانوني إلى مؤسسة التوريق، ويتم تسجيل هذا الإنتقال في هامش القيد لهذا الرهن عن طريق إرسال مستخرج من الجدول المذكور في نص المادة 13 من قانون 06-05 المذكور سابقاً، في ظرف مغلق مع إشعار بالوصول، وذلك في أجل 30 يوماً من تاريخ التوقيع على الجدول.

(2) راجع المادة 5 الفقرة الثانية من قانون توريق الديون الرهنية.

- ويجب تسجيل جدول التنازل والذي من خلاله يتم تسجيل الضمانات والتأمينات لصالح مؤسسة التوريق، وتقع إجراءات التسجيل على عاتق المؤسسة المتنازلة (البنك).

- انتقال محفظة القروض العقارية تتم لمجرد تسجيل جدول التنازل في المحافظة العقارية، ويكون لشركة إعادة التمويل الرهني بعدها إدارة هذه القروض العقارية واستيراد مبالغها.

ثالثا- أهمية ومزايا التوريق: يعتبر التوريق من النظم الحديثة في الجزائر، لذلك فإن مزاياها لا تظهر بشكل جلي ولكن بالرغم من ذلك ومقارنة مع الدول التي لها تقاليد في مثل هذه التقنية فإن مزاياها عديدة، حيث أنها جاءت كحل إستراتيجي لمعالجة العجز المالي للبنوك الناتج عن تقديم قروض متوسطة وطويلة الأجل (القروض العقارية)، ومن ثم سوف نبين أهمية ومزايا التوريق بالنسبة للبنوك أو المؤسسات المالية المقرضة في النقاط التالية.

1- التوريق وسيلة لتحسين السيولة: تعد وسيلة التوريق آلية جديدة لتحسين السيولة النقدية، التي يمكن توظيفها في إنشاء محافظ صناديق استثمارية غرضها الربح، فعلى سبيل المثال يعد التوريق مصدرا لتحصيل رسوم الخدمات التي تحصلها البنوك عادة وذلك من خلال الودائع التي يتم تلقيها بفائدة معينة وتستخدمها البنوك في منح القروض للزبائن بفائدة أعلى لتحقيق الربح الذي يتمثل في الفرق بين الفائدتين الأمر الذي يكفل إدارة جيدة للأصول محل التوريق، كما أن التوريق يمكن البنك من السيولة من خلال تحويل أصول غير سائلة إلى أوراق مالية قابلة للتداول، الأمر الذي سينجم عنه تحسين السيولة في محفظتها الإستثمارية، لأن تنفيذ عمليات التوريق يركز على إدخال أصول مالية جديدة⁽¹⁾ ويعد ذلك أهم الأسباب المحفزة لعملية التوريق، من خلال النفاذ إلى سوق المال حيث يمكن البنك من زيادة مصادر التمويل مع التقليل من مخاطر الإئتمان، من ذلك نجد أن الكثير من الزبائن يفضلون شراء أوراق مالية عالية التقييم خاصة إذا كانت مستندة إلى أصول عقارية بحالة القروض المضمونة برهن رسمي.

(1) سفيان زغيدي، المرجع السابق، ص 94.

2- التوريق وسيلة للتحكم في المخاطر: كما سبق وأن بينا أن البنك المقرض هو من يتحمل كل المخاطر المتعلقة بتوزيع القروض والقروض العقارية خاصة، كخطر عدم الدفع من المقرض وخطر السيولة وخطر معدلات الفائدة.... إلخ، أين يتعين عليه (البنك) البحث عن آليات تجنبه مثل هذه الأخطار، ومع ظهور وإستحداث وسيلة التوريق أصبح البنك أو المؤسسة المالية في مأمن عن ذلك، حيث يسمح التوريق للبنوك التجارية تنويع مصادر التمويل والتقليل من المخاطر، كما يؤدي نظام التوريق إلى توزيع أفضل للمخاطر المالية المتعلقة بمحافظ البنوك التي تتوفر على قروض عقارية رهنية وهذا من خلال تحويل المخاطر المرتبطة بالقروض إلى جهات أخرى، وعليه فإن البنك بإعتماد آلية التوريق تساعده على جلب رؤوس أموال لم يكن باستطاعته توفيرها في غير اعتماد هذه الوسيلة، كما تسمح وسيلة التوريق عموماً للبنوك تحويل جزء من المخاطر المرتبطة بالقروض العقارية إلى السوق المالية، الأمر الذي ينعكس إيجاباً على البنك في منح القروض بكل ارتياح.

وعليه نخلص إلى أن هذه الآلية أو الوسيلة والتي هي التوريق تعتبر من بين الضمانات التقنية التي يلجأ إليها البنك للتقليل أو درء للمخاطر التي قد تواجهه وتزيد من قيمة الضمان المقدم للحصول على القرض العقاري ونقصد الرهن الرسمي ذلك أن هذه الأوراق المالية قيمتها السوقية هي ناجمة عن قيمة الرهن التي تستند عليها في الضمان.

خلاصة الفصل:

من خلال هذا الفصل تبين لنا أنه لا وجود لضمان مثالي يحقق حماية كاملة وشاملة لصاحبه، وهذا ما ظهر من خلال الفعالية المحدودة للرهن الرسمي كضمان للقرض العقاري خاصة فيما يتعلق بالتنفيذ على الملكية الشائعة أو من خلال الصعوبة التي يجدها الدائن المرتهن أثناء مباشرة إجراءات نزع الملكية والبيع بالمزاد العلني كما تظهر محدودية فعاليته من خلال إجراء عملية التطهير من طرف الحائز للعقار وكذا دون أن ننسى مزاحمة أصحاب حقوق الإمتياز للدائن المرتهن (البنك) في إستيفاء حقه كاملا، ولذا كان لا بد من تدعيم هذا الضمان حتى يؤدي الدور المرجو منه وترجع للرهن الرسمي فعاليته وهذا ما تجلّى لنا فعلا من خلال دراستنا لبعض الشروط التي يمكن إدراجها في العقد وإبراز مدى دعمها لهذا الضمان كما أن المخاطر الكبيرة التي تتجم عن منح القروض العقارية جعل الكثير من البنوك والمؤسسات المالية تعزف عن خوض في هذا الميدان بالرغم من الضمانات التي يحاول اشتراطها مقابل تقديم الإئتمان وهذا ما دفع بالمشرع الجزائري إلى تجسيد صور أخرى من الضمانات من أجل توفير محيط أكثر أمنا، بالبحث عن آليات ومؤسسات تمويلية تكفل الحماية والضمان للبنك المرتهن في تحصيل ديونه من جهة، وتشجيعها على المشاركة في منح القروض العقارية ، ويبقى فقط تفعيل ذلك عمليا بما يتماشى والغرض الذي تم من أجله إستحداث مثل هذه التقنيات والهيئات الداعمة لعملية الإئتمان العقاري و الرهن الرسمي .

خاتمة

تبين لنا بعد هذه الدراسة المتعلقة بالقرض العقاري والضمان الممنوح والمتمثل في الرهن الرسمي من جهة أنّ هذا الأخير ما هو إلا وسيلة من خلالها يمكن للمتعاملين مع المؤسسات البنكية تقديمها للحصول على الائتمان البنكي، ومن جهة أخرى فهي أداة إثبات حق المؤسسة البنكية في الحصول على أموالها التي اقرضتها بالطريقة القانونية، وذلك في حالة عدم تسديد الزبائن لديونهم، ذلك أن من أهم وظائف البنك أو المؤسسات المالية هو استثمار موجوداتها المالية عن طريق تمويل المشاريع الاقتصادية بصفة عامة والمشاريع السكنية بصورة خاصة، وهذا بموجب ما تمنحه من قروض عقارية والعمل على تسييرها، ثم الغاية لإسترجاعها عند حلول آجال إستحقاقها، وذلك باتخاذ كل الضمانات اللازمة.

القرض العقاري بضمان رهن العقار محل التمويل لا يعتبر مقصوراً على دولة كالجزائر، فالعالم كله عرف هذا النوع من القروض وجربه منذ تاريخ طويل، ولا يزال يستخدمه في تمويل مشاريعه الضرورية كمشاريع السكن للمواطنين، وعلى الرغم من تأثر هذا المنتج بالسماة الخاصة لكل بلد تم تطبيقه فيه، إلا أن الأسس العامة التي تحكمه هي أسس متشابهة فالسياسة التي اعتمدها الدولة الجزائرية والمتمثلة في إشراك البنوك والمؤسسات المالية لمنح القروض العقارية، كان له الأثر الإيجابي بالنسبة للطبقة المتوسطة للمجتمع، إذ أصبح بإمكان هذه الطبقة الحصول على سكن، وذلك باعتماد صيغة الدفع بالتقسيط، وبالرغم من القرض العقاري الموجه للسكن سواء المخصص للأفراد أو مؤسسات الترقية العقارية ما زال لم يحرر بعد من التدخل الحكومي في منحه وتحديد ضماناته خاصة أن عملية الإسكان اعتبرت إحدى الرهانات السياسية والاقتصادية والإجتماعية بالنسبة للدولة الجزائرية، فالخلفيات السياسية والاقتصادية والإجتماعية ما زالت هي التي تحدد نمط سير البنوك.

وانطلاقاً من فكرة أن الخطر ملازم للقرض عموماً والقرض العقاري خاصة لما له من خصوصية يتميز بها من حيث مقدار مبلغ القرض وطول آجاله، فقد حاولنا تبيان تلك المخاطر التي قد تتعرض لها

البنوك والمؤسسات المالية نتيجة منح القروض العقارية، حتى أننا عرّجنا ضمنا في هذه الدراسة على الأزمة المالية العالمية والتي كان من أهم أسبابها القروض العقارية وسميت بها «أزمة القروض العقارية» وكل ذلك سيتم توضيحه من خلال النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها.

أولاً- النتائج: من خلال دراستنا لموضوع القرض العقاري والرهن الرسمي في التشريع الجزائري توصلت إلى النتائج التالية:

- إن اعتماد القروض العقارية في الجزائر كان من أجل تحقيق رهانات إجتماعية أكثر منها رهانات مالية، بفعل أزمة السكن، والصيغ المتعددة والمعتمدة في هذا المجال جعلت شريحة كبيرة من المجتمع تقبل على الإعتماد على القروض العقارية من أجل شراء أو بناء سكن.

- يشكل الإلتئان البنكي في معظم البنوك الجزء الأكبر من نشاطاتها فكان من الطبيعي إذن أن تخص مخاطر القروض العقارية بالإهتمام الأول من قبل البنوك والسلطات الرقابية.

- ينطوي العمل المصرفي على التعامل مع المخاطر عموما، ومخاطر القروض العقارية خصوصا لذا نجد البنك يتخذ كل الوسائل والآليات لتجنب هذه المخاطر من خلال البحث عن الضمانات الفعالة.

- يعتبر إختيار الضمانات وتحديد قيمتها أحد الشروط الجوهرية التي يبني البنك أو المؤسسة المالية المقرضة قرار رفض أو قبول منح القرض، وغالبا ما تتجه البنوك إلى طلب ضمانات عينية وفي مقدمتهم الرهن الرسمي بهدف التغطية الجيدة للقرض العقاري وإسترجاعه، ذلك أن الرهن الرسمي يعتبر الضمان الجيد بالنسبة للبنوك في عملية القروض العقارية نظرا لخصوصية كل منهما.

- أمام تخوف البنوك في تعاملاتها بالقروض العقارية بسبب مخاطرها، وقصد تشجيع البنوك والمؤسسات المالية في عمليات التمويل العقاري، قامت الدولة بإنشاء مؤسسات وصناديق على تقديم خدمات محفزة للبنوك على تمويل الأفراد على السكن وكان ذلك بإنشاء شركات مالية من أجل تأطير البنوك وضمان

قروضها على غرار شركة إعادة التمويل الرهنى «S.R.H»، وشركة ضمان القرض العقاري «S.G.C.I»، وكذا صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية «FGCMPI».

- تطرقنا من خلال هذه الدراسة إلى الرهن الرسمي كضمان عيني بالنسبة للبنك كدائن مرتين، مبرزين فعاليته كضمان للقرض العقاري وهذا إنطلاقاً من أنه تأميناً عينياً يتمتع بالعديد من المزايا والتي تجعله أكيدا للقرض العقاري من خلال:

* أن الرهن الرسمي لا يجوز أن ينعقد إلا على عقار مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك، والعقار كما هو معلوم من أفضل الضمانات لما يتمتع به من حماية ضد الهلاك والتلف وهذا عكس المنقولات، كما أن قيمته في السوق الجزائرية في زيادة مستمرة أو على الأقل في إسقرار.

* شرط الشكلية في كتابة عقد الرهن الرسمي يحقق أكثر من فائدة في الإلتزام العقاري، لأنها تضمن إلى حد كبير أن يراعى في إبرام العقد الشروط اللازمة لصحته، كما أن الرسمية تزود الدائن منذ إبرام العقد بسند قابل للتنفيذ، يغنيه عن إجراءات التقاضي في حالة عدم وفاء المقترض بالدين عند حلول أجله.

* كما أن الشكلية لا تعني الكتابة الرسمية بل تعني أيضاً قيد الرهن لدى المحافظة العقارية والقيد بدوره يحقق فعالية أكثر للرهن الرسمي كضمان للبنك المرتهن حيث يعتبر وسيلة فعالة لكفالة العلانية والإشهار وإعلام الكافة بوجود حق عيني يثقل العقار محل هذا الحق، وهي وسيلة لا تغني عنها وسيلة أخرى للإشهار، كما أن قيد الرهن يجعله قائماً ومنتجاً لآثاره ليس بين المتعاقدين فقط بل في مواجهة الغير أيضاً ويمنح للبنك المرتهن مركز تفضيلي بالنسبة لغيره من الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة وبمقتضاه يتقدم عليهم في استيفاء حقه من المقابل النقدي للعقار المرهون ويعتبر الفقهاء حق التقدم هو جوهر الرهن الرسمي، كما أن القيد يمكن البنك المرتهن من مزية تتبع العقار المرهون والتنفيذ عليه في يد الغير.

* من المزايا التي يتمتع بها الرهن الرسمي كضمان كذلك أنه ضمان لأي دين أياً كانت طبيعته وأوصافه، فيجوز أن يضمن الرهن ديناً مؤجلاً أو شرطياً، كما يجوز أن يضمن الرهن الرسمي ديناً

مستقبلياً وهذا حسب نص المادة 891 من القانون المدني الجزائري، ويتحقق ذلك إذا فتح مصرف إعتماً لأحد زبائنه مضمونا برهن يأخذه البنك على عقار لهذا المدين فيوجد الرهن أولاً قبل أن يوجد الدين، ثم يوجد الدين بعد ذلك، ويعتبر الرهن موجوداً حتى قبل أن يتسلم الزبون (المدين) الإعتماد المضمون بالرهن. * إن الرهن الرسمي لا يحرم الدائن من حقه في الضمان العام، وبذلك يكون للدائن المرتهن ضمانان عام وخاص فالرهن الرسمي نظام ضمان إضافي.

- كذلك يجد الرهن الرسمي فعاليته كضمان من أنه إذا حدث وأن هلك العقار المرهون أو تلف فإن حق الدائن المرتهن ينتقل إلى قيمة هذا العقار، سواء كان مبلغ التعويض الذي يحصل عليه المدين من الغير المعتدي على العقار، أو كان مبلغ التأمين المتحصل عليه من إحدى شركات التأمين، أو كان التعويض بسبب نزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة والذي يحصل عليه المدين الراهن، فإن كان تعويض عيني ينتقل الرهن إلى العين محل التعويض «الحلول العيني».

- الرهن الرسمي تبرز فعاليته من أنه حق غير قابل للتجزئة، فكل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل دين، ولا يقتصر على جزء من الدين يتناسب مع قيمة هذا العقار، فإذا تصرف الراهن في إحدى عقاراته المرهونة على أساس أنه وفي معظم ألساط الدين فإن العقارات المرهونة كلها تبقى ضامنة للدين «مبدأ تبعية الرهن للدين المضمون» وعلى ضوءه فإن الرهن يوجد بوجود الدين وينقضي بانقضائه.

- في حين نجد أن الرهن الرسمي العقاري رغم تصدره لقائمة الضمانات العينية في عمليات الائتمان البنكي، إلا أن هناك مجموعة من الإشكالات والعراقيل التي تعترضه كضمانة عينية، وبالتالي الحد من فعاليته في مجال القروض العقارية (الإئتمان) منها:

- المخاطر المرتبطة بالملكية العقارية وما يطرحه الرهن الرسمي العقاري من إشكالات احتمالية سواء تعلق الأمر بسند الملكية من ذلك الرهن الصادر من مالك زالت ملكيته بأثر رجعي والتي حاولنا توضيح الآثار السلبية للرهن كضمان بالنسبة للبنك المرتهن، كذلك الأمر يطرح في الرهن المؤسس من طرف المشتري للسكن بصيغة البيع على التصاميم، والذي لا يمكن اكتماله إلا بعد تقديم شهادة المطابقة التي تحرر أو تمنح بعد إنتهاء الأشغال، أيضا إذا تعلق الأمر بالرهن الصادر من مالك على الشيوخ والذي يبقى مصيره مرتبط بنتيجة القسمة وبعدم الإضرار بحقوق الآخرين، وبالتالي يعتبر الرهن الرسمي في مثل هذه الحالات المذكورة محدود الفعالية، من خلال ضعف حق التتبع إذ يتعرض فيه المرتهن لأخطار كبيرة من ذلك عندما يرتب أحد الشركاء رهنا على كل العقار الشائع، فإذا آلت إليه بعد القسمة جزء من العقار كان الرهن الواقع على الحصص الأخرى باطلا لأنه يعد رهنا لملك الغير، والحال يكون أخطر عندما لا يقع في نصيب الراهن لا العقار المرهون ولا عقار آخر يحل محله فإن المرتهن في هذه الحالة يفقد حق رهنه على العقار المرهون لأنه وقع في نصيب شريك لم يرهنه.

- كما حاولنا رصد وإبراز أهم الصعوبات التي تؤثر في فعالية الرهن الرسمي كضمان، حيث يواجه البنك كدائن مرتهن أثناء تحقيق ضماناته ونقصد بالتنفيذ على العقار مجموعة من الإجراءات المعقدة سواء تعلق الأمر بإجراءات الحجز وما يتبعها من إجراءات التنفيذ للبيع بالمزاد العلني وما قد يتخللها من طعون ومنازعات وهذا يؤدي بالضرورة إلى طول الأجال من جهة مما يؤثر ذلك على فعالية الرهن الرسمي كضمان نتيجة هذه الإجراءات المعقدة والطويلة وما تتطلبه من مصاريف يتحملها الدائن وقد لا يحصل على حقوقه كاملة في النهاية إما بسبب انخفاض سعر البيع بالمزاد العلني بسبب العملية في حد ذاتها، أو نتيجة انخفاض القيمة الاقتصادية للعقار محل الرهن وبالتالي أصبحت الحماية التي يمنحها لصاحبه نسبية.

- كذلك قد تكون أموال المدين محل تأمينات مختلفة، أين يجد المرتهن نفسه في مزاحمة مع دائنين آخرين، ومحدودية الرهن الرسمي تظهر أكثر وضوح بوجود إمتيازات جديدة تسبق الرهن الرسمي العقاري بقوة القانون في المرتبة مما يقلل من فعاليته.

ثانيا: التوصيات.

وقد توصلت بعد التعمق في دراسة الموضوع إلى عدة ملاحظات وتوصيات أراها ضرورية لإصلاح وتقويم نظام القروض العقارية وجعلها أكثر قدرة على تحقيق رهاناتها الإقتصادية والمالية والإجتماعية المنشودة من جهة، وتفعيل الرهن الرسمي العقاري كضمان لمواجهة مخاطر القروض العقارية من جهة ثانية.

وهذا ما دفعنا إلى إبداء مجموعة من التوصيات التي نرى فائدة في أن نعتبرها ويأخذ بها مشرعنا ومختلف الفعاليات المؤثرة في العملية، وفيما يلي استعرض هذه التوصيات:

- يجب أن يتم إصلاح المنظومة المصرفية بما يواكب التحول الإقتصادي والإجتماعي الذي يشهده المجتمع بما يجعلها أكثر فعالية في تقديم خدماتها المصرفية من ذلك إحداث نظام معلوماتي دقيق يعتمد عليه البنك في الحصول على المعلومات المتعلقة بزبائنه والتي تسمح له بإتخاذ القرارات السليمة لمنح القروض العقارية والكشف المبكر عن حالات عدم الدفع الممكنة.

- وضع آليات تسهل للمستهلك المقترض ولوج القضاء في مواجهة المؤسسات البنكية، خاصة فيما يخص إلغاء أو التخفيف من الشروط التعسفية التي تفرضها البنوك على المقترض في عملية التعاقد والتي وصفناها بعقود إذعان.

- أن إستخدام القروض العقارية في مجال شراء وبناء العقارات يعمل على تحقيق مصالح المؤسسات المالية المانحة لها وهو ما نشاهده في تعارض المصالح لأطراف التعاقد من خلال عقود الإذعان

المستخدمة دوماً في تلك المجالات وبالتالي ضرورة تدخل المشرع لضبط عقد القرض العقاري بما يحقق الحماية للطرفين المقرض والمقترض، أو بإيجاد تدابير حمائية للمقترض من الشروط التعسفية للمؤسسات المالية.

- ضرورة تدخل المشرع لتحديد الطريقة المعتمدة لإحتساب الفوائد البنكية وأن لا تترك الحرية للبنوك لإختيار الطريقة التي تناسبها، ونفترض في هذه النقطة إعتقاد نظام المربحة والتخلي عن الفوائد الربوية خاصة في القروض الممنوحة للأفراد، بإعتبار أن أي منظومة يجب أن تساير وتتماشى مع البيئة الإجتماعية والدينية للمجتمع، وعليه ضرورة أن تسعى المؤسسات المالية نحو إعداد الدراسات اللازمة لتحويلها إلى مؤسسات مالية إسلامية أو على الأقل إعتقاد بنوك إسلامية أو الطرق الإسلامية في التعامل فيما يخص منح القروض خاصة وأن بيئة المجتمع الجزائري تؤكد هذا التوجه.

- إذا كان منح القروض العقارية وما يحققه من رهانات مالية وإقتصادية وإجتماعية، فإن ذلك لا يخلو من مخاطر مالية للمؤسسات البنكية تؤدي إلى إفلاس البنك وما حدث من أزمة مالية عالمية سنة 2008 بالولايات المتحدة الأمريكية والتي وصفت بتسونامي القرض العقاري إلا دليل قوي على ذلك، لذلك يجب على البنك البحث عن إختيار أفضل الضمانات لمواجهة مثل هذه المخاطر وتعزز حمايته الإئتمانية ويأخذ في الإختيار تحديد قيمة الضمانات حيث يأخذ في عين الإعتبار عند تقويم الضمانة بإعتقادها عدة عناصر منها:

- إمكانية تسويق هذه الضمانة وبيعها بسهولة وذلك لتحويلها إلى سيولة نقدية عند الحاجة دون الوقوع في خسارة.
- الإستعانة بخبراء معتمدين لدى المصرف(البنك) من أجل إجراء الضمان المقدم ومدى كفايته مقارنة مع الإئتمان.

• إستقرار قيمة الضمانة حيث أنه من الضرورة بمكان أن تكون قيمة الضمان مستقرة وذلك خلال فترة التمويل ولغاية سداده.

• كذلك يراعى إمكانية نقل ملكية هذه الضمانات بسهولة وبشكل قانوني إلى شخص آخر وذلك عند الحاجة دون الوقوع لإجراءات معقدة قد تتطلب وقت طويل.

- تماشيا مع دولة الحق والقانون، يتعين على المشرع أن يُخضع إمتيازات الخزينة لقاعدة الشهر والإعلان، لأن بهذه القاعدة نعطي للدائن إمكانية إستثمار أمواله بعيداً عن كل ما من شأنه أن يشوش على هذا الإستثمار أو يفقده حقوقه أو يضعفها، خاصة أن الخزينة العمومية تستوفي حقوقها بالأولوية على جميع الدائنين الآخرين ولو كانوا مرتهين برهن رسمي، فليس من العدل في شيء أن تعفى الخزينة من إشهار ديونها.

- ضرورة تفعيل نظام صناديق الضمان لإستعاب كافة الشرائح الاجتماعية لما تشكله هذه التقنية من وقاية من منازعات العجز عن التسديد، تبسيط الإجراءات القضائية وتسريع وتيرة البت فيها والتعامل مع تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية بفعالية ونجاعة، خاصة فيما يتعلق بأمر الحجز والتنفيذ على العقار المرهون كعامل من عوامل الحماية والفعالية لتجنب البطء وكثرة النفقات، وذلك بفرض آجال قصيرة بما في ذلك آجال الطعون في إجراءات التنفيذ على العقار، مع تحديد أسبابها تقاديا للدعاوى الكيدية، ويتم ذلك من خلال تعديل بعض مواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية مثل المادة 724 بتقليص مدة أمر الحجز الذي يقدمه رئيس المحكمة إلى النصف (4 أيام عوض 8 أيام) وكذلك المادة 725 بتقليص مدة التبليغ بإنذار المدين بالدفع في آجال 8 أيام عوض شهر كما هو محدد والحال نفسه في المدة الممنوحة للمحافظ العقاري في قيد أمر الحجز وفقا للمادة 728 أن تقلص إلى النصف أي تصبح «...خلال أجل أقصاه (4) أيام.»

- كما نقترح أن يتم التخلي عن بعض الإجراءات والتي تكون مكلفة والإكتفاء بأمر الحجز الذي يصدره رئيس المحكمة وكذلك قيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية أما إجراء إنذار المدين بالدفع خلال مدة شهر فيمكن التخلي عنه، ذلك أن المدين الراهن يكون على علم بميعاد الدين سواء بموجب العقد المبرم أو بموجب التنبيه الذي يكون البنك قد أبلغه به.
- نلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري لم يذكر الدائنين العاديين واكتفى بذكر الدائن بصورة عامة، ولهذا كان عليه إضافة عبارة "الدائنين العاديين" بعد عبارة (أن يتقدم على)، ليصبح النص كما يلي: «...أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة...» وهذا حتى ينسجم مع حكم المادة 907 مدني جزائري، والتي تنص على أن يتقدم الدائن المرتهن في استيفاء حقه على الدائنين العاديين جميعا.
- وجوب إدراج شرط المنع من التصرف في عقد الرهن، فيما لا يتعارض مع حق الملكية، ودون أن يؤدي إلى القضاء على حق التتبع، كأن يكون هذا المنع مؤقتا مدة القرض ولسبب مشروع وهو لتجنب المرتهن المخاطر التي قد تنجم عن استعمال الحائز لرخصة إجراء التطهير.
- إذا كانت المادة 903 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري تبطل شرط تملك العقار المرهون من طرف الدائن المرتهن عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله، في حين نجد أن نفس المادة في فقرتها الثانية تجيز للمدين الراهن على أن يتنازل لدائنه على العقار المرهون وفاء لدينه.
- ومن ثم فإذا كانت هذه المادة موجودة أصلا لحماية المدين الراهن، في حين أن المشرع أهمل الطرف الآخر في العلاقة التعاقدية وهو الدائن المرتهن خاصة أنه هو مانح القرض العقاري الذي هو أيضا يتميز بضخامة مبلغه وقد يعرض البنك المقرض إلى مخاطر جمة تصل حد الإفلاس كما حدث في الولايات المتحدة الأمريكية " أزمة القروض العقارية"، وعليه نقترح على المشرع أن يعدل في نص المادة 903 من القانون المدني من « جواز إدراج شرط تملك العقار المرهون من قبل الدائن المرتهن بسعر السوق، وتكون

تحت مراقبة قاضي الموضوع». أي أن يتم إعمال هذا الشرط وفق شروط محددة بما تراعى فيه مصلحة الطرفين أي المرتهن والراهن، خاصة أن طول إجراءات البيع بالمزاد العلني والتي غالبا لا تؤدي إلى إستيفاء المرتهن لحقه كاملا، وبالتالي تضمن الحماية لحقوق الراهن وفي نفس الوقت تحقق مصالح المرتهن.

- كذلك على المشرع الجزائري أن يعمل على توسيع دائرة قيود حق الملكية لصالح المرتهن بأن يقيد تصرف الراهن في العقار المرهون خلال فترة الرهن، وذلك من خلال قواعد القانون المدني بما يكفل ويحمي مصالح مرتهن العقار.

من خلال دراستي توصلت إلى أن القواعد المنظمة للرهن الرسمي تظل قاصرة عن توفير الحماية للبنك المقرض، وتظل هذه الفعالية نسبية خاصة في مواجهة القرض العقاري وما يحمله من مخاطر وما الأزمة المالية التي شهدتها البنوك العالمية إلا دليل على ذلك، ولذا وجب على المشرع أن يواكب التشريعات الحديثة والتي هي الأخرى تكون مواكبة للتطورات الحاصلة في العالم.

وفي الأخير أتمنى أن أكون قد وفقت في الإجابة على الإشكالية المطروحة في هذه الدراسة.

تم بحمد الله وبِعونه.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً- باللغة العربية

* القرآن الكريم.

I - الكتب:

01. إبراهيم سيد أحمد، المنع من التصرف فقهاً وقضائياً، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
02. أحمد خالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2008.
03. أحمد سلامة، التأمينات المدنية، دار التعاون للطبع والنشر، 1966.
04. أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الإلتزام، الكتاب الثاني، أحكام الإلتزام، مطبعة القاهرة، بدون سنة نشر.
05. أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة والرهن وحق الإختصاص وحق الإمتياز، 1980.
06. أحمد بن عبد العزيز العميرة، نوازل العقار "دراسة فقهية تأصيلية لأهم قضايا العقار المعاصرة"، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، 2011.
07. إدريس الحياتي، محاضرات في القانون العقاري، الطبعة الأولى، 2010.
08. إدوارد عيد، التأمينات العينية، بدون سنة طبع.
09. أسامة عزمي و شقري نوري موسى، إدارة الخطر والتأمين، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.
10. إسحاق إبراهيم منصور، نظرية القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون سنة طبع.
11. أدير أسعد أحمد، تتبع المنقول في القانون المدني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت بدون سنة طبع.
12. أنور طلبية، شرح قانون التمويل العقاري، المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطة، الإسكندرية، 2004.
13. بربارة عبد الرحمان، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية وفقاً للتشريع الجزائري، منشورات البغدادي، الجزائر، طبعة أولى، 2006.
14. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2001.
15. ثروت عبد الحميد، اتفاق التمويل العقاري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
16. جلال منصور إبراهيم وأحمد محمود سعد، الحقوق العينية التبعية، الجزء الأول الرهن الرسمي، بدون دار نشر، 1994.
17. جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع الجزائر، 2006.
18. جميل الشرفاوي، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع.
19. حسام الدين كامل الأهواني، الوجيز في التأمينات العينية، بهجات للطباعة، بدون سنة طبع.
20. حسن عبد الباسط جمعي، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية القاهرة، 1996.

21. **حسني محمد عبد الدايم**، الإئتمان العقاري بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دراسة مقارنة، جدار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
22. **حمدي باشا عمر**، محررات شهر الحيازة، دار هومة، 2004.
23. **رمضان أبو السعود**، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
24. **رمضان أبو السعود**، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والمصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1993.
25. **زاهية سي يوسف**، عقد الكفالة، الطبعة الثالثة، دار الأمل، الجزائر، 2004.
26. **سليمان محمدي**، الرهن الرسمي، مطبوعة جامعية، جامعة الجزائر، معهد الحقوق ابن عكنون 2000-2001.
27. **سليمان مرقص**، التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد، مطابع دار النشر للجامعات المصرية الطبعة 2، 1959.
28. **سمير تناغو**، التأمينات العينية والشخصية، الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي - الكفالة - قانون التمويل العقاري، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.
29. **سمير محمد عبد العزيز**، التأجير التمويلي ومداخله، المالية المحاسبية، الاقتصادية، التشريعية والتطبيقية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفني، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2000.
30. **سي يوسف زهية**، عقد الرهن الرسمي، دار الأمل للنشر، تيزي وزو، الجزائر، 2006.
31. **سيد الهواري**، إدارة البنوك، مكتبة عين شمس، القاهرة، 1981.
32. **السيد عبد الناييل**، أحكام الضمان العيني والشخصي، جامعة الملك سعود، من دون سنة طبع.
33. **شاكور القزويني**، محاضرات في اقتصاد البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000.
34. **شفيق شحاتة**، النظرية العامة للتأمين العيني، بدون دار نشر، سنة 1953.
35. **شمس الدين الوكيل**، نظرية التأمينات في القانون المدني، مصر، 1959.
36. **شوقي بناسي**، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانن المدني الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية- الفرنسي والمصري- دار هومة، الجزائر 2009.
37. **صهيب عبد الله بشير الشخانة**، الضمانات العينية (الرهن) ومدى مشروعيته إستثمارها في المصارف الإسلامية، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
38. **طارق زيادة**، التأمينات والرهنونات والإمتياز العقاري، دار النهار للنشر، لبنان، 1982.
39. **الطاهر البارودي**، القانون التجاري - العقود التجارية - عمليات البنوك - الأوراق التجارية والإفلاس دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، من دون سنة طبع.
40. **الطاهر لطرش**، تقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون، طبعة سنة 2005.
41. **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التصرف القانوني والواقعة القانونية الجزء 2.
42. **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة في الملكية، الجزء الخامس، دار الإحياء التراث العربي، بيروت، ط 1952.
43. **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، التأمينات الشخصية والعينية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000.

44. عبد الفتاح عبد الباقي، الوسيط في التأمينات العينية، مطبعة دار النشر بالجامعات المصرية، 1954.
45. عبد القادر بلطاش، الإقتصاد المالي والمصرفي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
46. عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الإلتزامات والعقود، الكتاب الأول، الإلتزامات بوجه عام، الجزء الثالث، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1999.
47. عبد المطلب عبد الحميد، البنوك الشاملة وعمليات إدارتها، دار الجامعة الإسكندرية، مصر، 2000.
48. عبد المنعم البدرابي، التأمينات العينية مكتبة سيد عبد الله وهبة، الطبعة الثانية 1972.
49. عبد الناصر توفيق العطار، التأمينات العينة، سنة 1980.
50. عبيد علي أحمد الحجازي، التوريق ومدى أهميته في ظل قانون الرضا المقارن، دار النهضة العربية مصر، 2001.
51. العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، (العقد والإرادة المنفردة)، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2001.
52. العربي شحط عبد القادر ونبيل صقر، طرق التنفيذ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2007.
53. علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1992.
54. عمارة بلغيث، التنفيذ الجبري وإشكالاته، دراسة تحليلية مقارنة لطرق التنفيذ وإجراءاته، دار العلوم و النشر والتوزيع، عنابة، 2004.
55. عيد عادل عبد الفضيل، الإئتمان والمدائنات في البنوك الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، 2008.
56. فارس ياسين كرجاج، شرح القانون المدني، التأمينات العينية، من دون دار نشر، الطبعة الأولى، 1995.
57. لشعب محفوظ، الوجيز في القانون المصرفي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
58. ليلى طلبية، الملكية العقارية الخاصة- وفقا للأحكام التشريعية الجزائري- دار هما، 2010.
59. محمد أحمد غاتم، التوريق (الماهية، المزايا، الإجراءات، العناصر)، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية، مصر، 2009.
60. محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتابة، 1986.
61. محمد حسين منصور، النظرية العامة للإئتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2001.
62. محمد سلام، تحقيق الرهن الرسمي في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 2002.
63. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح التنفيذ الجبري طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2015.
64. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني- التأمينات العينية- الرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحقوق الإمتياز، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة 2010.
65. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات (العقد والإرادة المنفردة) الجزء الأول، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 2004.
66. محمد علي إمام، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1956.

67. محمد فضل عبد الكريم، تعثر سداد الديون في المصارف الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة وادي النيل، السودان 2001
68. محمد قاسم، محاضرات في عقد التأمين، الدار الجامعية، بيروت، 1997.
69. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية، (الكفالة، الرهن الرسمي، حق الإختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الإمتياز)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005
70. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية التبعية، دار الثقافة، بيروت، 2006.
71. محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، مطابع دار الشعب، القاهرة، الطبعة الثالثة مصر، 1979
72. محمود يونس عبد المنعم ومحمد مبارك، أساسيات علم الاقتصاد، الدار الجامعية، مصر، من دون سنة طبع.
73. مصطفى سراج الدين عثمان، إدارة الأصول ومخاطر التمويل في العمل المصرفي التقليدي والإسلامي د.ط، اتحاد المصارف العربية، بيروت، لبنان، 2002
74. مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، مقدمة الأعمال التجارية والمؤسسة التجارية والشركات التجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت 1993.
- أصول الإفلاس، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005
75. منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، منشأة المعارف، مصر، 1963.
76. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشوران الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010.
77. نبيل سعد، الحقوق العينية الاصلية، منشأة المعارف، 2002.
78. نصر أبو الفتوح فريد، رهون العقارية والأزمة المالية العالمية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، الطبعة الأولى، 2011.
79. نور الدين لعرج، الشكلية في عقد الرهن في التشريع المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق- فرع القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكادال- الرباط السنة 1999-2000.
80. هاشم فؤاد عوض، اقتصاديات والتوازن النقدي، دار النهضة العربية، 1976، ص 142.
81. همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
82. يوسف أفريل، الرهن الرسمي العقاري(ضمانة بنكية للدائن المرتهن)تقديم الدكتور محمد خيرى، الطبعة الأولى 1432هـ-2011
83. يونس نبيل منوال، إدارة الائتمان وتقويم المخاطر، د.ط، اتحاد المصارف العربية، بيروت، لبنان، من دون سنة طبع.
84. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، وزارة العدل، دار الفكر العربي، سنة 1998.

II- الأطروحات والرسائل الجامعية:

01. أمقران راضية، ضمانات البنك في المجال الائتمان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2006.

02. **بنت الخوخ مريم** ، فعالية الرهن العقاري كضمان (مذكرة لنيل شهادة الماجستير- فرع العقود المسؤولية)، كلية الحقوق (بن عكنون)، جامعة الجزائر، 2011-2012.
03. **حرش محمد**، إتصاق المنشآت بالأرض بفعل الإنسان في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل الماجستير في فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2010.
04. **رحماني فائزة**، تمويل الترقية العقارية في مجال السكن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص إدارة مالية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 2003/2005.
05. **زليخة لحميم**، إنشاء الرهن الرسمي وإنقضاؤه في القانون المدني الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، سنة 1996.
06. **زوبير براحلية**، التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة في التشريع الجزائري مذكرة ماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر. باتنة، لسنة 2008.
07. **سامي غليس**، حماية الدائن المرتهن للعقار، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في الحقوق ، شعبة القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس3 ، السنة الجامعية 1995-1996.
08. **سعيد مرتضي**، ضمانات تحصيل الضرائب المباشرة في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكادال، الرباط، السنة الجامعية 2003،2004.
09. **سمير كامل**، ملكية الراهن للمال المرهون في الرهن العقاري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، دون سنة طبع.
10. **شلغوم رحيمة**، ضمانات القرض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر 2008.
11. **عبد العلي حفيظ** ، الحجز التنفيذي العقاري، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص وحدة القانون المدني المعمق، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2008-2009.
12. **عبد الله عبد الجليل**، قاعدة عدم الحيازة للرهن الرسمي (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري) مذكرة مكتملة لنيل شهادة الماجستير، شريعة وقانون كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، الجامعة الإفريقية، أحمد دراية، أدرار، 2005-2006.
13. **عرعار الياقوت**، التمويل العقاري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، "فرع الأعمال"، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2008-2009.
14. **عمر حمزة** ، الإئتمان البنكي بين الكفالة كضمان عينية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، السويسي، الرباط، المغرب، 2010-2011.
15. **لطيفة طالي**، القرض العقاري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، (فرع عقود ومسؤولية)، جامعة الجزائر، كلية - الحقوق، 2001-2002.
16. **محمد البوسالمي**، حق التتبع في المادة المدنية، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بتونس، 1991.

17. **محمد بلعتروس**، قاعدة عدم الحيازة في الرهن الرسمي (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري)، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير الشعبة الشريعة والقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، الجامعة الإفريقية أحمد دراية، أدرار، السنة 2005-2006.
18. **محمد خيرى**، إجراءات وأثار تسجيل الحقوق العينية المترتبة على العقارات المحفوظة، دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق، الدار البيضاء، 1984.
19. **سفيان زغدي**، الآليات القانونية لمواجهة مخاطر القروض العقارية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الموسم الجامعي 2012-2013.
20. **محمدي سليمان**، نفاذ العقد، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2004.
21. **مصطفى جدوع كريم سعد**، آثار الرهن الرسمي بالنسبة للدائن المرتهن والحائز في التشريع العقاري المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الخامس- الرباط، السنة 1980-1981.
22. **ميسون الأسود**، الطبيعة القانونية للرهن العقاري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير "العقود والاستثمارات" كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس، السنة الجامعية 2004/2005.
23. **نوي عقيلة**، النظام القانوني لعقد بيع العقار بناء على التصاميم في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، لسنة 2003-2004.
24. **هاشمي مصطفى**، عقد الرهن العقاري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق (بن عكنون)، جامعة الجزائر 1، 2011.
25. **محمد فضل عبد الكريم**، تعثر سداد الديون في المصارف الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة وادي النيل، السودان 2001.

III- البحوث والمقالات:

01. **الحسن الملكي**، تأملات في النظام القانوني للرهن الرسمي بالمغرب، مجلة الإشعاع المغربية، العدد 26، سنة 2002.
02. **حسن فتوح**، الرهن الرسمي وإشكالاته بالنسبة للعقار في طور التخفيض سلسلة الإجتهد القضائي، مجلة فصلية تعني بالدراسات القانونية والعمل القضائي، العدد 2، ماي 2011
03. **ليلى زروقي**، التصرفات القانونية الواجبة الشهر والآثار المترتبة عن القيد، مجلة الموثق، عدد 5، لسنة 1988
04. **محمد محمد أبو زيد**، اتفاق التمويل العقاري كآلية جديدة لتنشيط سوق العقارات المبنية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 2، جامعة عين شمس، مصر، 2005.
05. **محمد مرابط**، الإشكالية القانونية التي تثيرها الترقية العقارية، مجلة الموثق، الغرفة الوطنية للموثقين العدد 6، سنة 2000.
06. **محمد مومن**، آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمدين والغير، المجلة المغربية للإقتصاد والقانون المقارن جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، مراكش العدد 30، 1998.

07. محمدي سليمان، ضرورة تعميم شهر الدعاوى المتعلقة بالحق العيني العقاري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الجزء 41، عدد 01، لسنة 2000.
08. مراد جديدي، الضمانات العينية للنظام المصرفي (من مخاض التعددية إلى الولادة القيصرية)، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، منوبة، تونس، 2007.
09. وديع فرج، اثر الرهن الرسمي على حقوق مالك العقار المرهون، مجلة القانون والإقتصاد، الجزء 3، العدد 2، سنة 1973.
10. عبد الحميد غوفي وعمر طالب، إعادة التمويل الرهني وآثاره على المنظومة المالية والمصرفية في الجزائر، (دراسة حالة شركة إعادة تمويل الرهني SRH) مركز البحث العلمي والتقني حول المناطق الجافة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر.
11. سعاد الزروالي، مبدأ تخصيص الرهن الرسمي في التشريع العقاري المغربي، تقديم الدكتور محمد مؤمن، منشورات مجلة الحقوق المغربية سلسلة "الدراسات والأبحاث"، الطبعة الأولى، 2009.
12. عبد الحميد غوفي وعمر طالب، مركز البحث العلمي والتقني حول المناطق الجافة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر.
13. علال قاشي، الضمانات القانونية ودعم الالتزامات التعاقدية في عقد البيع على التصاميم وتقييم ذلك، مداخلة مقدمة ضمن أشغال الملتقى الدولي حول الترقية العقارية، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة ورقلة، 2006.

IV- الدوريات والمجلات:

01. المجلة القضائية، العدد الرابع، سنة 1990، وزارة العدل.
02. مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، لسنة 2008، وزارة العدل.

V- المعاجم:

01. المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، بيروت، الطبعة 43، سنة 2008.

VI- النصوص القانونية:

* الأوامر:

01. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
02. الأمر رقم 75-59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-27 المؤرخ في 9 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02، المؤرخ في 06 فيفري 2005، جريدة رسمية، عدد 11 المؤرخة في 09/02/2005.
03. الأمر رقم 75-74، المؤرخ في 12/11/1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية العدد 92 المؤرخة في 18/04/1975.
04. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-27 المؤرخ في 09/12/1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02، المؤرخ في 06/02/2005.

05. الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 09/12/1975، المتضمن قانون التسجيل، جريدة رسمية العدد 81، المؤرخة في 18/12/1976.
06. الأمر رقم 76-92، المؤرخ في 23 أكتوبر 1976، المتعلق بالتعاونيات العقارية، جريدة رسمية العدد 12، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
07. الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 15 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات جريدة رسمية، عدد 13، المعدل والمتمم بقانون رقم 06-04 المؤرخ في 2006، جريدة رسمية، عدد 13.
08. الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995، والمتعلق بالتأمينات، جريدة رسمية عدد 13 المؤرخة في 08 مارس 1995، المعدل والمتمم.
09. الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المتضمن الاعتماد الإجاري، الجريدة الرسمية، العدد 3 الصادرة بتاريخ 14/01/1996.
10. الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 يتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010.

* القوانين:

11. القانون رقم 82-14، المؤرخ في 30/12/1982، يتضمن قانون المالية لسنة 1983 جريدة رسمية عدد 3658، المؤرخة في 30/12/1982
12. القانون رقم 90-25، المؤرخ في 18/11/1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية، المؤرخة 18/11/1990، العدد 49.
13. القانون رقم 91-11، المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق لـ 27 أبريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، الجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة بتاريخ 08/05/1991.
14. القانون رقم 98-12 المؤرخ في 12/12/1998، المتضمن قانون المالية لسنة 1999، جريدة رسمية عدد 98 لسنة 1998.
15. القانون رقم: 02-11 المؤرخ في 24 ديسمبر 2002، المتضمن قانون المالية لسنة 2003، جريدة رسمية عدد 86، المؤرخة في 25/12/2002
16. القانون رقم: 06-02، المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 08 مارس 2006، العدد 14.
17. القانون رقم 06-05 المؤرخ في 20/02/2006، المتضمن توريق الديون الرهينة، جريدة رسمية عدد 15 المؤرخة في 12 مارس 2006.
18. القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21 بتاريخ 23/04/2008
19. القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية عدد 14 لسنة 2011.

* المراسيم:

20. المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، جريدة رسمية عدد 14، المؤرخة في 03 مارس 1993.
21. المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 07 مارس 1994 المتعلق بنموذج عقد البيع على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية، جريدة رسمية العدد 13.
22. المرسوم التنفيذي رقم 95-308 المؤرخ في 07 أكتوبر 1995، المتعلق بتخفيض نسبة فائدة القروض التي تقتض لتمويل البناء أو شراء السكن، الجريدة الرسمية العدد 59، بتاريخ 11 أكتوبر 1995.
23. المرسوم التنفيذي رقم 95-338 المؤرخ في 30/10/1995، المتعلق بإعداد قائمة التأمين وحصرها، الجريدة الرسمية العدد 65، المؤرخة في 31/10/1995.
24. المرسوم التنفيذي رقم 97-406، المؤرخ في 03/11/1997، يتضمن إنشاء صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، الجريدة الرسمية عدد 73 لسنة 1997.
25. المرسوم التنفيذي رقم 06-132 المؤرخ في 03/04/2006 المتعلق بالرهن القانوني المؤسس لصالح 24 البنوك و المؤسسات المالية ومؤسسات أخرى، جريدة رسمية عدد 21 المؤرخة في 05/04/2006.
26. المرسوم التنفيذي رقم 10-87 المؤرخ في 10 مارس 2010، يحدد مستويات وكيفيات منح تخفيض نسبة الفائدة التي تمنحها البنوك والمؤسسات المالية لاقتناء سكن اجتماعي وبناء سكن ريفي، جريدة رسمية، عدد 17.

* الأنظمة:

27. النظام رقم 94-13 المؤرخ في 02 يونيو 1994، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية، جريدة رسمية، المؤرخة في 06 نوفمبر 1994، عدد 72.
28. النظام رقم 02-03 المؤرخ في 14 نوفمبر 2002 المتضمن المراقبة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، جريدة رسمية بتاريخ 18 ديسمبر 2002، العدد 84.

ثانيا - باللغة الفرنسية:

I- Les ouvrages :

- 01 **Alain Couret et Jean Déreze et Gerard Hirogoyen**, sou la direction de Marie, Laure Hillion – Lécuyeron lamy, droit de financement haut bilan trésorie, Relation banque entreprise. 2édition LAMYS.
- 02 **Ambroise Colin et Henri Capitant**, cours élémentaire de droit français, tom 2, Paragraphe, 1673.
- 03 **Bachir latrous**, les sûretés meélles et publicité foncière, OPU, 1980
- 04 **Charles Aubry et Charles Frédéric Rau**, cours de droit civil français, tom3, 6^{eme} édition, par bratin Esman librairie technique, 1968, France.

- 05 **Colin Ambroise et Capitant Henri**, privilèges et hypothèque, Répertoires pratique, tom, IX librairie, Dalloz, paris.
- 06 **Gabriel Baudry-Lacantinerie et P De Loynes**, Du nantissement des privilèges et des hypothèque, 3emeedition, 3vol, 1906.
- 07 **georges.Ripert et Jean Boulanger**, traité de droit civil française, d'après le traité de M.planiol, tom3, 3^e édition, paris, 1949.
- 08 **Gay Raymond**, crédit immobilier concurrence et consommation. Fax D99,1997.
- 09 **Henri De Page et René Dekkers**, traité élémentaire de droit civile belge tom 7, 1947.
- 10 **Hervé le Lorgane**, mathématique du crédit, Cyrolbes, Paris, préface,1991.
- 11 **Luc Bernet Rollande**, principes de technique bancaire, 24^e édition, Dunod, paris, France,2006.
- 12 **Mansouri Mansour**, système et pratique bancaire en Algérie, Editions et distribution Houma, Alger 2005.
- 13 **Marcel Planiol et georges Ripert**, Traité pratique de droit civil français, tome 12 suretés réelles, 1^{ere} Partie, par Emile Becqué L.G.D.J. paris, 2^{eme} édition, 1953.
- 14 **Marie laure Bermend**, droit du crédit, economica, 3^{eme} édition, paris,1993.
- 15 **Michel Cabrillac et Christian Mouly**, Droit des sûretés, litec, paris,4^{eme} Editions, 1997.
- 16 **Michel Farge** ; les suretés ; presses universitaire de Grenoble, 2007.
- 17 **Michel Mathieu**, l'exploitation bancaire et risque du crédit, France, 1995.
- 18 **Philippe Malaurie et Laurent Aynées** , les suretés la publicité foncière, 2^e édition, par Laurent Aynées et pierre Cropo, Defrénois, paris, 2006.
- 19 **philippe simler et philippe Delebecque** ; Droit civil les sûretés la publicité foncière, 4^e éditions Dalloz, paris, 2004.
- Droit civil les sûretés la publicité foncière, 2^eéditions, Dalloz,1995.
- 20 **Raynaud Pierre**, hypothèque, Encyclopédie, Dalloz, Tom 2, paris, Sans date.
- privilèges immobiliers, encyclopédie Dalloz, Tome 4, paris, Sans date
- 21 **Robert Beudant et Paul Lerebours**, cours de droit civil Français, Tom 13 et 14, par pierre voirin, Edition Rousseau, paris, 1948.
- 22 **Robert Beudant et pierre voirin**, cours de droit civil Français, Tom,14, Edition Rousseau, paris, 1948.
- 23 **Raynaud Pierre et G.Marty**, les sûretés, la publicité foncière, Tom3,voll,sery 1971

II- Thèses:

- 01 **B. MAUBRU**, La transmissibilité de l'hypothèque , thèse de doctorat, Université Toulouse, 1979.
- 02 **Corine dauchez**, Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles, Thèse de doctorat en droit prive, Université Panthéon-Assas/Ecole doctorale de droit privé, décembre 2013.
- 03 **P. chereau**, de la spécialité des hypothèques, thèse pour le doctorat, faculté de droit de l'université de paris, éditions Chevalier- Marescrp et Cie, paris, 1899, pp. 168 et suiv.

III- Les articles:

- 01 **Alain Fournier** ; hypothèque conventionnelle, répertoire de droit immobilier, édition, Dalloz, 2007
- 02 **Durry.G**, Hypothèque et assurance, l'évolution du droit des sûretés, Revue juridique et commercial, 1982.
- 03 **G chauvin**, l'évolution des garanties du crédit aux particuliers, 82^{ème} congrès des notaires de France,1986.
- 04 **Nicolas Rontchevsky et François jacob**, droit des suretés, la semaine juridique du droit bancaire, n°98, novembre 2004 .
- 05 **Randall DODD**, Topographie d'une crise, Finances développement, Décembre. 2007.
- 06 **Sophie hébert** ,(le pacte comissoire après l'ordonnance du 20/03/2006) Recueil Dalloz 2007
- 07 **Stéphane piedelièvre et Frédéric Guerchoun**, (hypothèque), répertoire de droit immobilier, édition Dalloz, 2010 .

IV- Circulaire:

- 01 BDL, circulaire n°01/2008 relative Regel, procédure et condition d'octroi de crédit aux promoteurs immobiliers.

V- Document:

- 01 Société Générale, Document de référence 2011.

الفهرس

الصفحة	
01	مقدمة
11	الباب الأول: ماهية القرض العقاري والرهن الرسمي.
13	الفصل الأول: ماهية عقد القرض العقاري.
13	المبحث الأول: مفهوم القرض العقاري وطبيعته القانونية.
13	المطلب الأول: مفهوم القرض العقاري.
14	الفرع الأول: تعريف القرض.
18	الفرع الثاني: تعريف العقار.
20	الفرع الثالث: تعريف القرض العقاري.
21	المطلب الثاني: تحديد الطبيعة القانونية للقرض العقاري.
22	الفرع الأول: أطراف عقد القرض العقاري.
25	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للقرض العقاري.
27	المطلب الثالث: خصائص القرض العقاري وتميزه عن العقود المشابهة.
27	الفرع الأول: خصائص القرض العقاري.
32	الفرع الثاني: تفرقة القرض العقاري عن العقود المشابهة.
37	المبحث الثاني: أنواع القروض العقارية وأثارها.
38	المطلب الأول: أنواع القروض العقارية.
38	الفرع الأول: القرض العقاري الموجه إلى الأفراد.
43	الفرع الثاني: القرض العقاري الموجه إلى تمويل الترقية العقارية.
47	المطلب الثاني: آثار القروض العقارية.
47	الفرع الأول: الالتزامات المترتبة عن القرض العقاري.
59	الفرع الثاني: مخاطر القروض العقارية.
66	المبحث الثالث: ضمانات مواجهة مخاطر القروض العقارية.
68	المطلب الأول- التأمين كآلية مستحدثة لمواجهة مخاطر القروض العقارية.
69	الفرع الأول- التأمين على القرض العقاري.
74	الفرع الثاني: التأمين على الوفاة للمقترض:
76	المطلب الثاني- تأسيس الضمانات.
77	الفرع الأول- الضمانات الشخصية.
83	الفرع الثاني- الضمانات (التأمينات) العينية.
88	خلاصة الفصل
89	الفصل الثاني: الرهن الرسمي كضمانة عينة للقرض العقاري.
91	المبحث الأول: مفهوم الرهن الرسمي
91	المطلب الأول: التعريف بالرهن الرسمي.
92	الفرع الأول: التعريف القانوني للرهن الرسمي.

93	الفرع الثاني: التعريف الفقهي للرهن الرسمي:
94	المطلب الثاني: أنواع الرهن الرسمي وخصائصه
95	الفرع الأول: أنواع الرهن الرسمي.
100	الفرع الثاني: خصائص الرهن الرسمي.
106	المبحث الثاني: إنشاء الرهن الرسمي.
106	المطلب الأول: الشروط الموضوعية لإنشاء الرهن الرسمي.
107	الفرع الأول: الشروط الموضوعية العامة لإنشاء الرهن الرسمي:
110	الفرع الثاني: الشروط الموضوعية الخاصة بإنشاء الرهن الرسمي.
146	المطلب الثاني: الشروط الشكلية لإنشاء الرهن الرسمي.
146	الفرع الأول: المقصود بالرسمية:
147	الفرع الثاني: الغاية من اشتراط الرسمية:
148	الفرع الثالث: الجزاء على تخلف الرسمية:
150	المبحث الثالث: إنقضاء الرهن الرسمي كضمانة عينية للقرض العقاري.
151	المطلب الأول: إنقضاء الرهن الرسمي بصفة تبعية.
152	الفرع الأول: الإنقضاء بالوفاء وبما يعادل الوفاء.
153	الفرع الثاني: الإنقضاء بالتجديد و المقاصة.
154	الفرع الثالث: الإنقضاء بالإبراء والتقدم المسقط.
155	المطلب الثاني: إنقضاء الرهن الرسمي بصفة أصلية.
155	الفرع الأول- التنازل عن الرهن.
156	الفرع الثاني- اتحاد الذمة.
157	الفرع الثالث- هلاك العقار المرهون.
158	الفرع الرابع – مدى صحة القول بإنقضاء الرهن بالتقدم.
159	الفرع الخامس: تطهير العقار.
160	خلاصة الفصل
162	الباب الثاني: مدى فعالية الرهن الرسمي كضمان للقرض العقاري.
164	الفصل الأول: الفعالية الظاهرة للرهن الرسمي كضمان للقرض العقاري.
165	المبحث الأول: وجوب قيد الرهن يحقق فعاليته كضمان.
166	المطلب الأول: إجراءات القيد
167	الفرع الأول: معنى القيد.
168	الفرع الثاني: القيام بإجراءات القيد أشخاص مؤهلين قانوناً.
171	الفرع الثالث: الحوادث التي توقف إجراء القيد أو تمنع نفاذه.
176	المطلب الثاني: تخصيص قيد الرهن.
177	الفرع الأول: تخصيص القيد من حيث الدائن أو المدين.
179	الفرع الثاني: تخصيص القيد من حيث الدين المضمون.

183	الفرع الثالث: تخصيص القيد من حيث العقار المرهون.
183	المبحث الثاني: فعالية الرهن الرسمي من حيث الامتيازات الممنوحة للبنك بوصفها دائن مرتهن.
184	المطلب الأول: الامتيازات الممنوحة للبنك كدائن مرتهن بموجب عقد الرهن.
185	الفرع الأول: إلتزام الراهن بإنشاء حق الرهن لمصلحة البنك كدائن المرتهن.
189	الفرع الثاني: إلتزام الراهن بضمان سلامة الرهن
202	الفرع الثالث: إلتزام الراهن بنفقات العقد والقيد.
203	الفرع الرابع: حقوق البنك كدائن مرتهن بالتنفيذ على العقار المرهون.
213	المطلب الثاني: الامتيازات الممنوحة للبنك كمرتهن بموجب قيد الرهن.
214	الفرع الأول : حق البنك في التقدم.
233	الفرع الثاني: امتياز البنك كدائن مرتهن في مباشرة حق التتبع.
252	خلاصة الفصل
253	الفصل الثاني: الفعالية المحدودة للرهن الرسمي كائتمان بنكي للقرض الرسمي وضرورة تدعيمها
254	المبحث الأول: الفعالية المحدودة تبعاً للمخاطر المرتبطة بالملكية وسلطات الرّاهن على المال المرهون.
255	المطلب الأول: المخاطر المرتبطة بالملكية.
255	الفرع الأول: الرهن الصادر من مالك زالت ملكيته بأثر رجعي.
258	الفرع الثاني: الرهن الصادر من مالك على الشيوخ.
262	الفرع الثالث: الرهن الصادر من مالك المباني القائمة على أرض الغير.
265	المطلب الثاني: الفعالية المحدودة بسبب سلطات المدين الراهن على العقار المرهون.
265	الفرع الأول: سلطة الراهن في التصرف في العقار المرهون.
271	الفرع الثاني- سلطة الراهن في إستعمال العقار المرهون وإستغلاله
277	الفرع الثالث: هلاك أو تلف العقار بسبب أجنبي.
278	المبحث الثاني: محدودية وعدم فعالية الرهن الرسمي كضمان سبب تعقيد إجراءات التنفيذ ومزاحمة حقوق الامتياز.
280	المطلب الأول: التزام البنك المرتهن بإتباع إجراءات التنفيذ للبيع بالمزاد العلني.
281	الفرع الأول: طول آجال التنفيذ على العقار المرهون.
285	الفرع الثاني: طول آجال التنفيذ على العقار المرهون.
291	الفرع الثالث: عدم كفاية الأموال المتحصل عليها من المزاد.
297	المطلب الثاني: مزاحمة حقوق الإمتياز وإستعمال التطهير يقلل من فعالية الرهن الرسمي كضمان للقرض العقاري.
297	الفرع الأول: نسبية فعالية الرهن الرسمي كضمانة بنكية سبب مزاحمة حقوق الإمتياز.

307	الفرع الثاني : نسبة فعالية الرهن الرسمي كضمانة بنكية عند استعمال إجراء التطهير.
313	المبحث الثالث: ضرورة تدعيم فعالية الرهن الرسمي ليكون ضمانا كافيا للقرض العقاري.
315	المطلب الأول: الضمانات المحددة بموجب الشروط التعاقدية.
316	الفرع الأول: شرط المنع من التصرف في العقار المرهون.
322	الفرع الثاني- شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء بمبلغ القرض.
328	المطلب الثاني: تدعيم فعالية الرهن كضمان بموجب الآليات القانونية والمؤسسية المستحدثة.
329	الفرع الأول – شركة ضمان القرض العقاري (SGCI):
335	الفرع الثاني- شركة إعادة التمويل الرهني (SRH):
339	الفرع الثالث: التوريق كتقنية وآلية جديدة لإعادة تمويل بالرهن.
345	خلاصة الفصل
347	خاتمة
357	قائمة المصادر والمراجع
368	فهرس

ملخص الرسالة

لعل القرض العقاري في الجزائر يعتبر من أهم القطاعات التي أولتها البنوك العمومية بالغ الإهتمام والرعاية خاصة مع البرامج السكنية المعروضة بمختلف الصيغ، والتي تهدف إلى تشجيع المواطنين متوسطي الدخل للاستفادة من القروض التي تقدمها البنوك الوطنية للحصول على سكن بمختلف صيغه المطروحة، وباعتبار أن القروض الممنوح في إطار صيغ التمويل العقاري هي قروض طويلة الأجل قد تمتد إلى أكثر من 35 سنة، ولنا أن نتصور حجم الأخطار التي يمكن أن تصيب البنوك أو المؤسسات المالية المقرضة من بقاء إئتماناتها خارج نطاق سيطرتها كل هذه المدة.

وإنطلاقاً من فكرة أن الخطر ملازم للقرض لا يمكن إلغاؤه بصفة نهائية أو إستبعاده بشكل مطلق، والذي على أساسه تعد عملية إختيار الضمانة المناسبة، أصعب المشاكل التي تواجه البنك، ويشكل الرهن الرسمي العقاري أهم الضمانات المناسبة والذي تفضله البنوك على غيره، كونه يوفر للبنك الإطمئنان في الحصول على ما قدمه من أموال في حال تقاعس المقترض عن التسديد، أو حدوث أي خطر ناتج عن إهمال المدين المقترض، وهذا الإطمئنان ناشئ عن ثبات هذا الضمان، وعدم تعرضها لأي أخطار يمكن أن ينقص من قيمته، وإن حدث ذلك فإنه يحدث في حالات إقتصادية نادرة يقل حدوثها.

كما أن الرهن الرسمي يعطي للبنك المرتهن إمتياز خاص على سائر الدائنين وهو حقي الأفضلية والتتبع بالإضافة إلى أن الرهن الرسمي كضمان عيني لا يسلب البنك حقه في الضمان العام، ومن هنا نجد أن الرهن الرسمي هو الضمان المفضل لدى البنوك، لما يحققه من فعالية مقارنة بالضمانات الأخرى. لكن هذه الفعالية قد تكون نسبية خاصة وأن هذا الرهن يخول للراهن ممارسة سلطاته كاملة على العقار المرهون مما قد يضر بالبنك المرتهن عند مباشرة إجراءات الحجز والتنفيذ وهي إجراءات طويلة ومكلفة، وفي النهاية قد لا يحصل على حقه كاملاً بسبب مزاحمته من طرف أصحاب حقوق الإمتياز أو بسبب عملية البيع بالمزاد في حد ذاتها وما تحوم حولها من شُبُهات.

وفي الحقيقة إنَّ قيمة الضمانات المطلوبة، أمر نسبي إلى حد بعيد، فالضمان المطلوب في الوقت الراهن قد تكون قيمته في المستقبل مختلفة تماماً عن قيمته الآن.

Résumé du mémoire

Le prêt hypothécaire en Algérie est l'un des secteurs les plus importants accordé par les banques publiques, particulièrement avec les différents modes d'attribution de logements. Ces programmes encouragent le citoyen à revenu moyen à bénéficier de prêts bancaires qui lui permettent, selon différentes formules, d'avoir un logement.

L'avantage pour le citoyen c'est que ces prêts, qui font partie de l'investissement immobilier, lui sont octroyés à longue échéance, allant jusqu'à 35 ans. Mais, paradoxalement, ce crédit à longue échéance peut constituer une source de problèmes aux institutions financières et aux banques publiques qui ne pourraient éventuellement pas contrôler ce processus ou ce prêt à long terme.

L'idée que le risque inhérent au prêt bancaire ne peut ni être abrogé, ni être annulé définitivement ou d'une manière absolue, reste le problème le plus crucial des banques qui ne peuvent opter que pour des garanties appropriées : l'une des garanties les plus sûres des banques réside alors dans l'hypothèque formelle et officielle pour pouvoir récupérer son dû auprès du débiteur/ emprunteur qui lésine devant le remboursement ou le néglige.

Ce type de garantie protège les banques et permet leur assurance et leur valeur face aux risques cités, excepté dans des cas spécifiques liés à des problèmes économiques spécifiques aussi.

Ainsi, ce type de garantie, à savoir l'hypothèque, le donne à la Banque un privilège hypothécaire spécifique par rapport aux autres créanciers, ce privilège s'inscrit surtout dans ce que l'on nomme le suivi du processus / prêt, d'autant plus que les banques sont protégées par la sécurité publique. Il en ressort que

l'hypothèque officielle reste la meilleure garantir par rapport aux autres suretés ou d'autres garanties.

En revanche, cette efficacité des banques en matière de garantie peut-être relative étant donné que le bénéficiaire du logement a des droits sur ce bien immobilier, droit qui peut léser le créancier en l'occurrence la banque publique lors de l'application de l'hypothèque, application qui dure dans le temps et qui est couteuse. En fin de compte, le créancier c'est-à- dire la banque ne peut récupérer pleinement ses droits en raison d'une part des droits d'accession et d'autre part en raison de l'opération de la vente aux enchères qui peut porter préjudice à l'institution bancaire.

En vérité, la valeur de la garantie requise est relative et muable car elle change en fonction du temps et sa valeur aussi.

Résumé du mémoire

Peut-être le prêt hypothécaire en Algérie est l'un des secteurs les plus importants accordés par les banques publiques une grande attention et de soins, en particulier avec les programmes résidentiels offerts diverses formules, qui vise à encourager les citoyens à revenu moyen de bénéficier des prêts accordés par les banques nationales pour le logement différentes formules à portée de main, et considérant que les prêts accordés formats de trames d'hypothèque sont prêts à long terme peuvent aller jusqu'à plus de 35 ans, et pour nous d'imaginer la taille des dangers qui peuvent infecter les banques ou les institutions financières de prêter Aitmanadtha restent en dehors de la portée du contrôle depuis si longtemps.

Et sur la base de l'idée que le risque inhérent au prêt ne peut être annulé de façon permanente ou de l'élimination en termes absolus, qui sur la base de plus de choisir le processus de garantie appropriée, les problèmes les plus difficiles de la banque, et constitue une hypothèque formelle les des garanties les plus appropriées et favorisée par les banques de l'autre, il offre le réconfort de la banque à pour obtenir son argent en cas de défaillance de l'emprunteur pour le remboursement ou la survenance d'un risque de négligence débiteur emprunteur, cette assurance découle de la stabilité de cette garantie, et non exposé à des dangers pouvant nuire à sa valeur, si ce qui est arrivé, il est arrivé dans des situations économiques rares Au moins, il se produit.

En outre, son éviction formelle donne à la banque privilège hypothécaire spéciale sur les autres créanciers, ce qui est mon droit de préférence et de suivi en plus des officiels yeux hypothèque de garantie de la banque ne supprime pas le droit à la sécurité publique, et ici, nous constatons que la forclusion formelle est la sécurité préférée dans les banques, pour atteindre efficace par rapport à d'autres garanties.

En revanche, cette efficacité des banques en matière de garantie peut-être relative étant donné que le bénéficiaire du logement a des droits sur ce bien immobilier, droit qui peut léser le créancier en l'occurrence la banque publique lors de l'application de l'hypothèque, application qui dure dans le temps et qui est coûteuse. En fin de compte, le créancier c'est-à-dire la banque ne peut récupérer pleinement ses droits en raison d'une part des droits d'accession et d'autre part en raison de l'opération de la vente aux enchères qui peut porter préjudice à l'institution bancaire.

En fait, la valeur de la garantie requise, est relative à une large mesure, nécessaire à l'heure actuelle des moyens de sécurité peut être utile à l'avenir tout à fait différent de sa valeur aujourd'hui.