

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة العقيد الحاج لخضر- باتنة

نيابة العمادة لما بعد التدرج  
والبحث العلمي والعلاقات الخارجية

كلية العلوم الاجتماعية والعلوم  
الإسلامية - قسم الشريعة والقانون

# الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير ، تخصص شريعة وقانون

إشراف الأستاذ الدكتور  
سعيد فكره

إعداد الطالب  
علاوه هوام

## لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د. حسن رمضان فحلة	أستاذ التعليم العالي	جامعة العقيد الحاج لخضر باتنة	رئيسا
أ.د. سعيد فكره	أستاذ التعليم العالي	جامعة العقيد الحاج لخضر باتنة	مقررا
د. عبد القادر بوهنتالة	أستاذ محاضر	جامعة العقيد الحاج لخضر باتنة	عضوا مناقشا
د. الطاهر زواقري	محاضر	المركز الجامعي خنشلة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية

1429.1428 هـ / 2007 - 2008 م

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

وَلَا كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ يَجْرُوا كَاتِبًا فَهِيَ مَقْبُوضَةٌ

## الإهداء

إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله وأطال عمرهما.

إلى روح ولدي يوسف .

إلى الزوجة الكريمة والأبناء ذكورا وإناثا .

إلى أحفادي

- الناصر صلاح الدين

- محمد سيف الدين

- يوسف أميين

- خديجة

## شكر وتقدير

كان من فضل الله علي ان تولى أستاذنا الكبير الدكتور سعيد فكره  
الإشراف على هذا العمل المتواضع.  
وإني لأرجو الله أن يتولى عنا جزاء أستاذنا بقدر ما بذل من جهده  
وما ضحى من وقته على عظم تبعاته وتنوع مسؤولياته .  
وأتقدم له بجزيل الشكر وعظيم التقدير على توجيهاته ونصائحه العلمية  
التي أفدت منها كثيرا، فجعله الله ذخرا للعلم وسندا للطلابه.  
وشكري إلى كل من قدم لي يد المساعدة في إنجاز هذا البحث وإتمامه  
من قريب أو بعيد ولو بالكلمة الطيبة.



## المقدمة

### تقديم

الحمد لله شرع لعباده ما يكفل لهم السعادة في الدنيا والآخرة والصلاة والسلام على رسوله سيدنا محمد بن عبد الله أرسله الله بشريعة باقية خالدة إلى يوم الدين ، صالحة لكل زمان ومكان ، عامة لا تخص أمة دون أمة ولا شعبا دون شعب ، رضي الله عن أصحاب رسول الله و أتباعهم والمجتهدين منهم الذين بذلوا قصارى جهدهم في إستخراج كنوز الشريعة الغراء ، وبيان ما اشتملت عليه من أحكام وحكمـــــــم وأسرار فجزاهم الله أحسن الجزاء .

### وبعد

فإن الشرائع السماوية كلها جاءت بوجوب المحافظة على المال لأنه عصب الحياة ومن الضروريات التي لا غنى للإنسان عنها ولا تصلح الحياة بدونها، يقول الله تعالى ﴿المال والبنون زينة الحياة الدنيا والباقيات الصالحات خير عند ربك ثوابا وخير أملا﴾<sup>1</sup>

كما أن الشرائع نهت عن الاعتداء على المال؛ فحرمت الغصب والسرقعة والربا ونحو ذلك من كل ما يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل أو الحصول عليه من طريق غير مشروع وقد عنيت الشريعة الإسلامية بكل ما فيه إصلاح للدنيا والدين وكل ما يحقق للناس الخير ويبسر لهم سبل الحياة ويطمئنهم في دنياهم ولو كانت الشريعة الإسلامية لا يعنيه شئ من دنيا الناس لاقتصرت أحكامها على جوانب العقائد والعبادات والأخلاق فقط .

وكان من بين ما نظمته الشريعة للناس في الحياة كل جوانب المعاملات المالية من بيع وشراء وهبة وقرض وإجارة وإعارة ووصية ورهن وغير ذلك ، وهي بصدد تقريرها لنظام المعاملات حرصت على أن تجعله قائما على أسس راسخة من القيم الفاضلة وأن تحيطه بسياج متين من الأخلاق الرفيعة كالأمانة وإتقان العمل والوفاء بالوعد وغير ذلك من الفضائل التي تضمن بقاء هذا النظام قويا شامخا يزهو على كل الأنظمة الأخرى .

وكما حرصت الشريعة على مزج نظام المعاملات بكل القيم الفاضلة، فإنها في الوقت ذاته حرصت على تشريع مجموعة من العقود تكون وظيفتها تهيئة مناخ الأمانة وغرس بذور الثقة في نفوس المتعاملين مما يكون له أبعاد الأثر في دفع عجلة النشاط الإقتصادي وحلول الرخاء بين الناس ، وبدون هذه العقود يتجمد النشاط الإقتصادي إن لم يلفظ أنفاسه وهذه العقود يسميها الفقه الإسلامي بعقود التوثيق ويندرج تحتها عقد الرهن ، ولما كان الرهن الحيازي هو أحد أهم أنواع الحقوق العينية التبعية التي ظهرت في المجتمعات التي كانت لها تشريعات على درجة عالية من التطور وقتها.

فظهر في بادئ الأمر في شكل نقل ملكية المدين إلى الدائن مع إتزام الدائن بنقل هذه الملكية مرة ثانية إلى المدين عندما يستوفي دينه في الأجل المحدد ، ثم تطورت هذه الفكرة إلى نظام بيع الوفاء .

<sup>1</sup> - الكهف / 46

وبتطور المجتمع الروماني استطاع المشرع أن يميز بين حق الملكية والمحل الذي ينصب عليه وفي مرحلة متقدمة أصبح يميز بين الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية .

فاستحدثت طفرة جديدة للتأمينات بحيث يكون في مقدور المدين أن يقرر حقا عينيا تبعا على الشيء دون أن يفقد حقه في ملكيته ، وجاز له أن يقدم مالا معيناً كرهن دون أن يفقد حق الملكية وللدائن حق تتبع الشيء ، تلك هي المرحلة التي نشأ فيها الرهن الحيازي ويسمى PIGNUS أو GAGE .

ثم تطور الأمر وسمح بإدراج شرط بيع الشيء المرهون في عقد الرهن أو إمتلاكه عند عدم الوفاء ، ثم ألغي شرط التملك في عهد قسطنطين وابقى على شرط البيع . والرهن الحيازي منذ العهد الروماني يرد على العقار والمنقول ، مع إعتبار نقل حيازة الشيء المرهون ركنا في العقد ، وعلى هذا النمط سار القانون الفرنسي القديم حتى القرن السادس عشر، وبحلول عهد التقنين المدني الفرنسي ( تقنين نابليون ) فرق بين الرهن الوارد على العقار فقط والرهن الوارد على العقار والمنقول والرهن الوارد على المنقول فحسب ، وبتقنين نابليون تأسس عهد جديد في تطور قواعد الرهن الحيازي بفعل إزدهار الرأسمالية الصناعية والتجارية واستتبع معها إنقلابا في الأوضاع الإقتصادية والإجتماعية مما أدى إلى ظهور ثورة تشريعية تغير على إثرها النظام القانوني الذي كان يحكم الرهن قبل ذلك وإنحاز إلى حماية التجار ومصالحهم على حساب الدائنين العاديين وفي محاولة لتخليص الرهن التجاري من الشكليات ظهرت أنواع أخرى من الرهن الواردة على المنقول دون إنتقال الحيازة تشبه إلى حد بعيد الرهن الرسمية .

وغني عن البيان أن القانون المدني الجزائري الذي نشأ حديثا وفي ظل النهج الإشتراكي هو مزيج من القانون الفرنسي والمصري على الخصوص وبتغير النظام الإقتصادي أصبح في حاجة إلى تعديلات جادة لجعله يتماشى والإقتصاد الحر، الأمر الذي أوجد ثغرات وتناقضات وغموض بين النصوص القانونية وما يجري به العمل ومن ذلك إبرام عقود الرهن الحيازي دون نقل الحيازة مع عدم وجود نص واضح وصريح يبيح مثل هذا العمل .

ومع التسليم بأن الغاية من الرهن هو التوثيق والضمان فإن وجود بدائل عن نقل الحيازة تحقق المقصد من الرهن ولا تنافي مقاصد الشريعة باعتبارها مصدرا رسميا للقانون المدني ، فإنه ومن أجل النظر في فكرة الرهن الحيازي وتأصيلها منهجيا بتتبع عناصر إنشاء العقد وأنواع الرهن وسلطات كلا من الراهن والمرتهن وضبط كيفية إنقضائه بمنهج مقارن بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري ، جاءت فكرة البحث في هذا الموضوع الموسوم بالرهن الحيازي في الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري الذي تصدر العناصر التالية معالم مقدمته.

## أولاً : أهمية البحث

إن عقد الرهن الحيازي يعد من أهم أدوات الائتمان وفقاً لنظم التأمينات العينية وأكثرها شيوعاً وتكمن أهميته في أنه من أهم عقود التوثيق والضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني مصداقاً لقوله تعالى ﴿ وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فإمضوا بها على أصل ما أقام الله بالدين والعدل ﴾ (1) .

وباعتبار المعاملات عصب الحياة والمال سنامها جاءت الشرائع السماوية تأمر بوجوب المحافظة على المال وتنتهي عن الاعتداء عليه ، ولذا عني الفقه الإسلامي بالرهن وحذا حذوه القانون المدني معتبراً آياه صمام أمان للأموال ، لحاجة الإنسان إلى المال وغريزته الجامحة في توفير متطلبات حياته بشتى سبل التعامل المالي ، وحتى يحافظ النظام المالي على إتزانه وتضبط قواعد المعاملات ، جاء الرهن الحيازي كإطار تشريعي لحماية حقوق الدائنين أفراداً ومؤسسات عند إفسار المدينين وعجزهم عن الوفاء ومتى توثق الدين برهن كان المرتهن قد اطمأن على ماله الذي رهنه ومن هنا كان البحث يهدف إلى التاصيل الشرعي والقانوني لنظام الرهن الحيازي ومقارنة النظامين كما أن البحث يتناول موضوع إنتقال الحيازة من الراهن إلى المرتهن وهي السمة المميزة له ، منذ أن عرفه المجتمع البشري ، ومظاهر التخلي عن نقل الحيازة في ظل ظهور بدائل عنها .

كما تبرز أهمية الموضوع في إجراء مقارنة بين قواعد الفقه الإسلامي ونصوص القانون المدني الجزائي المنظمة للرهن الحيازي .

## ثانياً : أسباب إختيار البحث

إن أهم سبب لإختيار هذا الموضوع هو رغبتني الملحة في فهم وإستيعاب جانب مهم من الحقوق العينية التبعية في الفقه الإسلامي وما يقابلها في القانون المدني بغية إدراك مختلف مسائل الموضوع مع محاولة اكتساب الطريقة المنهجية في عملية المقارنة التي سأقوم بها باعتبارها أداة فعالة في البحوث المتصلة بالموضوع وبتخصصي ومن هنا فإنني أسعى من خلال هذا البحث بالتعمق في ثنايا أحد أهم مواضيع التأمينات العينية ، حتى يكون أحد الركائز الأساسية في التحصيل العلمي الأكاديمي والمساعد في أداء الواجب المطلوب من كل باحث .

وبناء على ما سبق ، فلا جرم بأن هذا الموضوع الهام يكسبني البحث فيه زادا معرفياً متعدياً إلى الفروع الشرعية والقانونية فهو موضوع كبير ومتداخل تنتشعب أفكاره في مختلف فروع الفقه الإسلامي بشتى مدارسه وفرقه واختصاصه بما يزيد البحث تأصيلاً وعمقا ، كما أن ندرة الكتابة والتأليف إن لم أقل انعدامها في القانون المدني الجزائي على حدائته ، بحسب إطلاعي ، وكذلك ترتيب الموضوع في آخر الموضوعات المقررة في الدراسة الجامعية جعل تدريسه ودراسته تكاد تكون منعومة لعدم إمكانية تغطية الحجم الساعي المقرر لكل موضوعات القانون المدني وهي الأسباب الجوهرية التي دفعتني لإختيار هذا الموضوع على الرغم من كون عملية الإختيار عملية دقيقة ومعقدة تتداخل في شأنها عوامل ومقاييس متعددة ومتنوعة تنصدرها العوامل الذاتية واستحواذ المشكلة المدروسة على جملة الاهتمامات ومن هذه الزاوية جاء إختيار الموضوع .



### ثالثا : إشكالية البحث

إن إشكالية البحث محددة في سؤال جوهري مفاده ما مدى صلاحية استمرار العمل بنظام الرهن الحيازي في ظل بروز مظاهر التخلي عن نقل حيازة المال المرهون وظهور بدائل تؤدي الغرض من نقل حيازة الشيء المرهون مع بقاء محل الرهن في حيازة الراهن ، وتضمن للدائن المرتهن إستيفاء حقوقه كاملة غير منقوصة ، وما مدى توافق البدائل التي إعتدها القانون المدني مع ما قرره الفقه الإسلامي في هذا الشأن وهل بإقرار العمل بنظام الرهن الحيازي دون نقل الحيازة بداية الطريق للوصول إلى الاستغناء عنه ، أم لا يمكن الاستغناء عنه مهما تطور الفكر القانوني في تأصيل هذا النظام .

### رابعا : أهداف البحث

أ : إن الهدف الأساسي لهذا البحث هو محاولة الإجابة عن الإشكالية المحددة سلفا من أجل تحقيق الأهداف العلمية والفكرية والواقعية لموضوع الرهن الحيازي .  
ب : الوصول إلى بلورة رؤية معرفية في دراسة الموضوع بين مقاصد الفقه الإسلامي وأحكام القانون المدني الجزائري سواء ما ينظم العلاقة بين الأفراد أو بين المؤسسات أو فيما بين الأفراد والمؤسسات .

ج : تهدف الدراسة إلى الوقوف على العلاقة بين الأحكام الفقهية والأحكام القانونية ومدى توافق نصوص القانون المدني الجزائري المنظمة للرهن الحيازي مع أحكام وقواعد الفقه الإسلامي ، خاصة مع التطور المذهل في المعاملات المالية ، وظهور الحاجة الماسة إلى عقود التأمين والضمانات الكافية في ظل انعدام الثقة ونظرة كل طرف للآخر بعين الشك والريبة ولعل الواقع أثبت أن فرط البنوك والمؤسسات المالية في منح القروض بضمانات غير كافية ، مما صعب من مهمة تحصيلها ، ومع الظروف المواتية التي توفرها المنظومة القانونية جراء التحول الاقتصادي من نظام إلى نظام زاد في تعثر المعاملات المالية وإخفاق رجال الأعمال المقرضين ، فأخذت الثقة تهتز وتراجع بعد هروب عدد كبير منهم خارج الوطن ، ومن هنا كان الرهن الحيازي من أعظم وسائل بث الثقة بين المتعاملين وتكثيف عقود الضمان وسرعة دوران دولا ب التمويل مما يفضي إلى تفعيل نشاط الحركة التجارية والمالية .

### خامسا : منهج البحث

باعتبار موضوع البحث ينصب على الدراسة المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني فقد أشرت إعتما د المنهج الإستقرائي مدعوماً بآليات التحليل والمقارنة فالأولى لتحليل موقف كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري في كل مسألة من مسائل البحث لمعرفة طبيعة هذا الموقف والأساس الذي بني عليه .

وأما الثانية فاعتمدها في المقارنة بين المذاهب الفقهية والقانون المدني الجزائري لمعرفة أوجه الشبه وأوجه الاختلاف ، كما أتبع في إنجاز هذا البحث الخطوات المنهجية الآتية :

— أقدم في عرض ودراسة مسائل البحث أحكام الفقه الإسلامي على القانون المدني الجزائري .

— قصرت الدراسة الفقهية على آراء المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة مع بعض الإشارات إلى المذاهب الأخرى مع التركيز على المذهب الإباضي بحكم انتشاره في بعض مناطق الوطن .

— حاولت ترجمة الأعلام الذين اعتمدت على مؤلفاتهم أو الذين وردت أسماءهم في متن البحث .

### **سادسا : خطة البحث**

لكي تبلغ هذه الدراسة الغاية المرجوة منها إرتأيت بعد القراءات الأولية وجمع المادة العلمية وتبويبها وترتيب فصولها ومباحثها ومطالبها واستشارة المشرف وأهل الخبرة والكفاءة من أساتذتي الكرام ، تقسيم خطة هذا البحث في تأصيلها العام إلى مقدمة وثلاثة فصول و خاتمة .

**المقدمة :** تحتوي على العناصر المنهجية المطلوبة حيث حددت فيها أهمية الموضوع وأسباب الكتابة فيه واشكاليته ومقاصده والمنهج المتبع في إنجاز البحث وخبطه ومصادره ومراجعته ثم مسح للدراسات السابقة والصعوبات التي واجهتني .

**— الفصل الأول :** ماهية الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري .  
**المبحث الأول :** مفهوم الرهن الحيازي ومشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري .

**المبحث الثاني :** أنواع الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري .  
**الفصل الثاني :** إنشاء الرهن الحيازي وانقضاؤه في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري .

**المبحث الأول :** إنشاء الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري .  
**المبحث الثاني :** إنقضاء الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري .  
**الفصل الثالث :** آثار الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري .  
**المبحث الأول :** التزامات وحقوق الراهن في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري .  
**المبحث الثاني :** التزامات وحقوق المرتهن في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري .  
**الخاتمة :** وفيها أحاول حصر أهم النتائج المتوصل إليها في البحث .

### **سابعا : مصادر البحث و مراجعه**

من أجل تحقيق أهداف موضوع البحث والإجابة على إشكاليته وما تفرع عليها من أسئلة سأعتمد على جملة من المصادر والمراجع والرسائل الجامعية والأبحاث العلمية الجادة التي أصلت لأفكار الموضوع وعناصره ، حيث سأكشف عنها في الهوامش وفهرس المصادر بمختلف أنواعها حسب الترتيب الأبجائي ، مع مراعاة المصادر الفقهية لكل مذهب وبحسب الترتيب الزمني لظهور كل مذهب وحتى التي حصلت عليها من مختلف المكتبات الجامعية والعامّة داخل الوطن وخارجه وعلى الأخص المكتبات الجامعية بالقاهرة ، وما تيسر لي إقتناؤه من المعرض الدولي للكتاب بالقاهرة لسنوات 2007 و 2008 فضلا على مكاتب دور الثقافة والشباب والمساجد العتيقة وبعض المكتبات الخاصة لأساتذتي الكرام وقد اقتضت طبيعة الموضوع إعتقاد ثلاثة أنواع من المصادر والمراجع .

1 — **مصادر الفقه الإسلامي** : لقد كان المصدر الأساسي المعتمد هو القرآن الكريم وبعض تفاسيره ، وعلى الصحيح من أحاديث النبي ﷺ وشروحا ، وكذا ما ألفه فقهاؤنا الأجلاء في فقه المعاملات الشرعية ، باعتبار الموضوع ينتمي لتخصصها مع مراعاة الإستفادة من مختلف فقهاء المذاهب الإسلامية المشهورة ، سيما ما أصله المالكية في الموضوع وأهم تلك المصادر :

أ — **في الفقه الحنفي** : الفتاوي الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام ، المبسوط للسرخسي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام الكاساني درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ، شرح المجلة لسليم رستم الباز .

ب — **الفقه المالكي** : المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس ، مواهب الجليل للحطاب ، شرح الخرشي على مختصر خليل ، حاشية الدسوقي ، بلغة السالك لأقرب المسالك للشيخ الصاوي ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد لابن رشد القرطبي .

ج — **الفقه الشافعي** : كتاب الأم للشافعي ، العزيز شرح الوجيز للرافعي .

د — **الفقه الحنبلي** : المغني لابن قدامة المقدسي .

هـ — **الفقه الإباضي** : كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد أطفيش .

2 — **مصادر القانون المدني وأهمها** : الوسيط في شرح القانون المدني لعبد الرزاق السنهوري ، أحكام الضمان العيني والشخصي للسيد عيد نايل ، التأمينات الشخصية والعينية لسليمان مرقس ، التأمينات الشخصية والعينية لسفير عبد السيد تناغو ، الوسيط في التأمينات العينية لعبد الفتاح عبد الباقي ، التأمينات العينية لعبد المنعم البدر اوي ، التأمينات العينية لعبد الناصر العطار ، دروس في التأمينات العينية لمحمد لبيب شنب ، التأمينات الشخصية والعينية لمحي الدين إسماعيل علم الدين ، التأمينات العينية لمنصور مصطفى منصور والتأمينات العينية والشخصية لنبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينية لحسين عبد اللطيف حمدان ، المفيد في حق الملكية لعبد الحميد عثمان محمد ، الحقوق العينية التبعية لمحمد وحيد الدين سوار ، عقد الرهن الرسمي لسي يوسف زاهية .

3 — **معاجم اللغة والأعلام** : لقد كان هدفي من إعتداد المعاجم اللغوية ضبط المصطلحات الأساسية في البحث من الناحية اللغوية وأهمها لسان العرب لابن منظور ، الصحاح في اللغة والعلوم لأسامة مرعشلي ، أما كتب الأعلام فهي للتعريف بمن لهم مكانة خاصة في موضوع الدراسة .

وهذه المصادر هي على سبيل المثال لا الحصر لأن كل فكرة في البحث تحتاج إلى نوع منها لتأصيله منهجيا لذلك ينبغي على من يريد الإطلاع على الموضوع أن يتناولها في مجموعه ليستخلص قيمة توظيف كل مصدر في ثنايا البحث .

و للأمانة العلمية أقول بأن الوسيط في شرح القانون المدني للمرحوم السنهوري كان خير عون في الإهتمام لأغلب الأحكام القانونية الواردة في القانون المدني المصري والمماثلة للقانون المدني الجزائري لما لهذا الفقيه من اسبقية في رسم منهج دراسة القانون المدني بوجه عام .

## ثامنا : الدراسات السابقة

من الأسباب التي دفعتني إلى اختيار موضوع البحث بمحاولة التأسيس المنهجي له فضلا عن توجيهات المشرف وبعض الخبراء من الأساتذة الكرام أن موضوع الرهن الحيازي موضوع جاد ولم يتطرق إليه الباحثون بشكل أكاديمي وبنفس العنوان ونفس الخطة التي اخترتها سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون المدني الجزائري لذلك كان سعيي حثيثا للعثور على مصادر أكاديمية حديثة وجادة في الموضوع إلا أنني لم أعثر على أي دراسة بنفس العنوان والخطة وإنما حصلت على بعض الدراسات التي عالجت أفكار أو فروعاً جزئية فيه والتي كان أهمها:

— دور الحيازة في الرهن الحيازي، دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية والشريعة الإسلامية ، وهي أطروحة دكتوراه مقدمة من بيان يوسف حمود رجب ، عالجت موضوع الحيازة بصفة عامة ودورها في الرهن الحيازي قدمها بجامعة القاهرة ، وقد أفادتني من جهة التأسيس الشرعي والقانوني لدور الحيازة في الرهن الحيازي .

— رهن الدين وتنظيم أحكامه بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، بحث مقارن ، أطروحة دكتوراه مقدمة من مصطفى عبد الحميد محمود عياد تناولت موضوع رهن الدين وأحكامه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي قدمها بجامعة القاهرة ، وقد ساعدتني في تأسيس الأحكام الفقهية لرهن الدين .

— نفاذ الرهن وآثاره ، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي ، دراسة مقدمة من مصطفى راتب حسن علي لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق بجامعة القاهرة ، أفادتني كثيراً في نفاذ الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني .

— نظام الرهن الحيازي الوارد على المنقول في التشريع المدني والتجاري الجزائري ، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية من إعداد إبراهيم بن غانم مقدمة بكلية الحقوق جامعة الجزائر ، وقد أفادتني في رهن المنقول المادي في القانون المدني الجزائري .

— نظام الرهن الحيازي الوارد على الديون العادية في التشريع الجزائري ، بحث لنيل درجة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية من إعداد العربي بن قسمية مقدمة بكلية الحقوق جامعة الجزائر ، وقد ساعدتني على تأسيس رهن المنقول المعنوي " الدين " في القانون المدني الجزائري .

— إلتزام المرتهن بحفظ الشيء المرهون واستثماره في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دراسة مقارنة ، بحث لنيل درجة الماجستير من إعداد عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير مقدم بكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر الشريف بالقاهرة وقد شد أزرني في تأسيس الإلتزامين أرى أنهما من أهم الإلتزامات المرتهن .

وأشير أنه في حدود ما أتيت لي من أمكانيات لم أعثر على دراسة فقهية وقانونية تناولت موضوع البحث على النحو الذي تمت به هذه الدراسة من حيث جمع عناصر الموضوع وترتيب مسائله ، أما الدراسات العامة فهي على وفرتها في الجانب الفقهي إلا أنها قليلة في جانب القانون المدني الجزائري ، ولذلك فلست أدعي أنني أسير في طريق لم يؤمه غيري فقد طرقه الكثيرون من قبلي وفي جزئيات الموضوع وفروعه وكان لكتابتهم الأثر الذي لا ينكر في إنارة الطريق أمامي ، والكشف عن دروبه ومسالكه .

## تاسعا : صعوبات البحث

لعل كون هذا البحث هو التجربة الأساسية لي في ميدان البحث العلمي الأكاديمي لإرتباط مذكرة الماجستير بالجدة وتوظيف المنهجية العلمية في إعداد البحوث الأكاديمية ، وسعيا مني إلى تحقيق ذلك واجهت بعض الصعوبات المنهجية خاصة في تأصيل القواعد والأحكام الفقهية ، ناهيك عن مشقة الدراسة المقارنة ، كما واجهتني صعوبة في شح المراجع القانونية التي عالجت موضوع البحث في القانون المدني الجزائري الأمر الذي إستدعى إستئناسي بالقانون المصري وأحيانا الفرنسي باعتبارهما رافدين من روافده .

وبالتوكل على الله عز وجل ثم القراءة والجمع والبحث والسفر للحصول على أهم المراجع والعودة إلى المشرف في كل مرحلة أمر بها وفي كل محطة أنزلها للسؤال وطلب التوجيه والنصيحة هي وسائل ذلت ما صادفني من صعوبات وتجديني أعتبرها المفتاح الذي سيفتح باب البحث أمامي وأهم إفادة لي هي إكتشاف الكثير من المصادر والمراجع التي لم أتصور في بادئ الأمر امكانية استغلالها .

﴿ ربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير ﴾ (1)

# الفصل الأول

ماهية الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

## المبحث الأول

مفهوم الرهن الحيازي ومشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

## المبحث الثاني

أنواع الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

لقد حرصت الشريعة الإسلامية على بناء قواعد تنظم العلاقة بين المتعاملين في مجال المعاملات المالية فأوجدت تنظيماً يضمن الحقوق عموماً، والمالية منها خصوصاً من الضياع ومن أهم هذه التنظيمات الرهن الحيازي كوسيلة لتوثيق المعاملات المالية عند انعدام الكتابة وهو ذات التنظيم الذي تبناه القانون الوضعي .

ولبيان مفهوم الرهن الحيازي ومشروعيته في إطار الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري من ناحية مشروعيته وجوازه سفراً وحضراً مع بيان المواقف المختلفة للمذاهب الفقهية ، أخصص فصلاً لماهية الرهن الحيازي وأنواعه في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري على أن أقسم هذا الفصل إلى مبحثين أتناول في المبحث الأول بيان مفهوم الرهن الحيازي ومشروعيته ، وفي المبحث الثاني أنواع الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري .

## **المبحث الأول**

### **مفهوم الرهن الحيازي ومشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري**

لبيان مفهوم الرهن الحيازي لا بد من تعريفه لغة وفقها وقانوناً ، ولذلك أقسم هذا المبحث إلى مطلبين أخصص المطلب الأول لمفهوم الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري والثاني لمشروعية الرهن الحيازي وحكمته في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري .

#### **المطلب الأول**

### **مفهوم الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري**

إن الرهن الحيازي عبارة مركبة تشمل لفظين هما: الرهن والحيازة ، فلزم إبراز تعريف كل لفظ على حده ثم اللفظ مركباً ، وهو ما سأحاول توضيحه في الفروع التالية.

## **الفصل الأول**

### **مفهوم الرهن الحيازي لغة**

#### **البند الأول: مفهوم الرهن لغة**

يطلق على الرهن عدة معانٍ أهمها:

فقد يطلق الرهن على الدوام والثبوت، فيقال رهن الشيء<sup>(1)</sup> أي دام وثبت، ومن هنا قيل: هو ما يوضع وثيقة للدين أي : الشيء الذي يضمن الدين لحين استيفائه.  
ويعرف الرهن في اللغة بأنه حبس الشيء بأي سبب<sup>(2)</sup>.

كما يطلق على ما وضع عند الإنسان مما ينوب مناب ما أخذ منه<sup>(1)</sup> ، فيقال: رهنت فلانا داراً رهناً<sup>(2)</sup> ، كما يطلق على الرهن: الحبس ، وجمع الرهن رهان ورهون ورهن<sup>(3)</sup>

1- الأصفهاني : ( أبو القاسم الحسن بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني ) ، المفردات في غريب القرآن ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، ص 204 .  
2- عبد الكريم حامدي : محاضرات في الفقه المقارن، مقرر السنة الرابعة قسم فقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية بجامعة باتنة ، طبع مكتبة القلعة ، سنة 1996-1997 ، ص 105 .

ومن ذلك قوله تعالى ﴿ كل نفس بما كسبت رهينة ﴾<sup>(4)</sup> أي محبوسة بما قدمته، و كذلك قوله ↑  
﴿ نفس المؤمن مرهونة بدينه حتى يقضى عنه ﴾<sup>(5)</sup> .

وقيل: معناه الثبوت والدوام والركود، فيقال ماء رهن أي راكد، ونعمة رهنه أي ثابتة ودائمة.  
وقال: الشاعر:

**وفارقتك برهن لا فكاك له      يوم الوداع فاضحى الرهن قد غلقا<sup>(6)</sup>**

فشبه لزوم قلبه واحتباسه بالرهن، فيبقيه ولا يفارقه للعجز عن فكاكه .  
والمحبوس هو الثابت في المكان لا يزايله<sup>(7)</sup> ولا يفارقه .

وجاء في القرآن الكريم : ﴿ فرهان مقبوضة ﴾<sup>(8)</sup> ، وقرأ عمر وابن كثير ( قَرُهْنٌ ) بضم  
الراء والهاء جمع رهان ، فهو جمع جمع<sup>(9)</sup> .  
وبذلك تم التوصل إلى أن الرهن في اللغة يحمل معاني: الدوام والثبوت والحبس ،  
فقبل كل شيء دام وثبت فقد رهن ، والرهان الثابت وقد يراد به الكفيل أو الضامن<sup>(10)</sup> ، كما  
قد يراد به المرهون<sup>(11)</sup> .

ويسري ارتباط هذه المعاني اللغوية بالمفهوم الاصطلاحي للرهن.  
والخلاصة أن جميع هذه التعريفات اللغوية تبين أن الرهن يطلق على الحبس وعلى  
دوام الحبس وعلى الكفالة وعلى العين المرهونة، وهو مناسب لجميع المعاني التي استعملها  
الفقهاء في عقده المخصوص، لأن المرهون محبوس أو محتبس بدين المرتهن ويظل تحت  
يده ليستوفي منه وكفيل بدينه .

1- الفيروز أبادي: (مجد الدين محمد بن يعقوب الشيرازي المتوفى سنة 717 هـ) ، القاموس المحيط ، ط 3 ، مطبعة مصطفى الحلبي ، مصر ، 1952 ، ج 4 ، ص 231 .  
2 - ابن منظور: (أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري) ، لسان العرب ، طبعة جديدة محققة ، دار و مكتبة الهلال ، بيروت ، المجلد 6 ، ص 247 .  
3 - ابن منظور : لسان العرب ، المرجع نفسه، مجلد سادس، ص 247 .  
4- المدثر / 38 .  
5 - الحطاب: (أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي) ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط 2 ، دار الفكر ، بيروت ، 1978 ، جزء 5 ، ص 2 .  
6- ابن قدامة : المغني على مختصر الخرقي ، ط 2 ، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004 ، المجلد 4 ، ص 234 .  
7- ابن منظور: لسان العرب، المصدر السابق، مجلد 6 ، ص 347 .  
8 - البقرة / 283 .  
9 - القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ، ط 3 ، دار الكتاب العربي، 1967 ، المجلد 2 ، ج 3 ، ص 308 .  
10- الزمخشري : الفائق في غريب الحديث ، دار إحياء الكتب العربية ، 1953 ج ص .  
11- القرطبي : المرجع نفسه، ج 3 ، ص 308 .



## البند الثاني، مفهوم الحيازة لغة

حيازة الشيء ضَمَّةً ، وحاز الشيء ضَمَّةً<sup>(1)</sup> وأضاف واضعوا المعجم الوسيط إلى الضم الامتلاك<sup>(2)</sup> فمن حاز الشيء حيازة ضمه وملكه، كما أضاف ابن منظور إلى معنى الضم والملك القبض أو الاستبداد بالشيء والتسلط عليه ، فيقال حازه ويحوزه إذا قبضه وملكه واستبد به<sup>(3)</sup>.

وقد يأتي معنى الحيازة لبيان ما في ذمة الشخص من أموال، فيقال حيازة الرجل أي ما في حوزته من مال منقول أو عقار<sup>(4)</sup>.

ومن هنا قيل الحوز من الأرض أن يتخذها شخص ويبين حدودها فيستحقها فلا يكون لأحد فيها حق معه ، فذلك الحوز ، والحوز الجمع وكل من ضم شيئاً الى نفسه من مال أو غير ذلك، فقد حازه مطلقاً فيقال حزت الشيء جمعته<sup>(5)</sup>.

وبتحليل المفهوم يتبين أن الحيازة والإحراز في اللغة جاءتا بمعنى واحد ، فحاز الشيء أحرزه<sup>(6)</sup> ، وحزت الشيء إذا أحرزته ، وأما العلاقة بين الإحراز والحيازة في عرف الفقهاء فهو العموم، والخصوص ، ذلك لأنهم يستعملون الإحراز بمعنى وضع الشيء في حرز مثله، وبمعنى ملاحظته وحراسته<sup>(7)</sup> ، ويستعملون الحيازة في باب تملك المال ، ويقصدون بها الاستيلاء عليه وكذلك الحيازة والقبض بمعنى واحد في اللغة، وجاء في لسان العرب حازه يحوزه إذا قبضه ، وحزت الشيء أحرزته ، والشيء إذا صار في اليد فقد قبض وأحرز.

وببيان مفهوم لفظي الرهن والحيازة أخلص الى أن الرهن الحيازي يفيد احتباس العين وثيقة بالحق ليستوفي الحق من ثمنها أو من ثمن منافعها عند تعذر أخذه من (الغريم)<sup>(8)</sup> \* ، أي وضع عين مال في يد الدائن كوثيقة إلى أن يستوفي حقه من المدين أو من ثمن العين المتسلط عليها أو من عائدات منافعها ، وكل عين طاهرة ينتفع بها ومقدور على تسليمها معلومة غير منهي عنها جاز أن تكون محل رهن لجواز بيعها.

<sup>1</sup> - الفيروز أبادي : القاموس المحيط ، المرجع السابق ، ج 4 ، ص 232.

2 - إبراهيم مصطفى : المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية، 1961، ط 3، القاهرة، ج 4، ص 380.

3 - ابن منظور : لسان العرب، المرجع السابق، مجلد 4، ص 269.

4 - إبراهيم مصطفى : المعجم الوسيط ، المصدر نفسه، ج 4، ص 380.

5 - ابن منظور : لسان العرب، المرجع نفسه، مجلد 4، ص 269.

6 - ابن منظور : لسان العرب، المرجع نفسه، مجلد 4، ص 269.

7 - محمد عبد الجواد محمد: الحيازة والتقدم في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي، ط منشأة المعارف 1977، الإسكندرية ، ص 63 .

8 - القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ، المصدر السابق، ج 3، ص 409.

-\*الغريم: الذي له الدين والذي عليه الدين جميعا، والجمع غرماء انظر ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، مجلد 11، ص 41.

## الفرع الثاني

### مفهوم الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي

للفقهاء المسلمين في مفهوم الرهن الحيازي مذاهب تبعا لمناهجهم فيما يعتبر وما لا يعتبر من أركانه وشروطه ، وللوقوف على ذلك ، أورد ما تيسر لي من المفاهيم المعتمدة في كل مذهب من المذاهب الفقهية الأربعة لخصائص الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي .

### البند الأول : مفهوم الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي

أ - عند المالكية : عرفه ابن الحاجب بأنه<sup>(1)</sup> : ( بذل من له البيع ما يباع أو غررا ، ولو اشترط في العقد وثيقة بحق)<sup>(2)</sup> .

فالرهن شيء متمول أي من الأموال كانت عينا أو عرضا أو حيوانا أو عقارا أو غيرهما كمنفعة ، كما يطلق الرهن على الشيء المبذول، يطلق أيضا على العقد ، وعليه عرفه الصاوي في حاشيته بالقول بأنه: ( عقد لازم لا ينقل الملك ، قصد به التوثق في الحق)<sup>(3)</sup> .

وجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير بأن الرهن هو (ما قبض توثقا به في دين)<sup>(4)</sup> .

وفي حاشية الدسوقي هو: (بدل من البيع ما يباع أو غررا ، ولو اشترط في العقد وثيقة لحق)<sup>(5)</sup> .

ب - عند الحنفية: عرفه ابن الهمام بأنه: (الرهن هو جعل الشيء محبوسا بحق يمكن إستيفائه من الرهن كالدين)<sup>(6)</sup> .

وعرفه القدوري بأنه ( الرهن هو جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفائه من الرهن كالدين)<sup>(7)</sup> .

---

1- هو عثمان بن عمر المولود في مصر سنة 570هـ والمتوفى فيها سنة 646هـ وهو فقيه مالكي ولقب بابن الحاجب نسبة لعمل أبيه، انظر: خير الدين الزركلي في كتابه الموسوم (الإعلام) صادر عن دار العلوم للملايين، ط 5، 1980، ج 4، ص 211 .

2- صالح عبد السمیع الأبى الأزهرى : جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك، إمام دار التنزيل ، دار الفكر، بيروت ، ج 2 ، ص 77 .

3 - الصاوي : احمد بن محمد الصاوي المالكي المتوفى سنة 1241هـ) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ، دار المعارف ، مصر، 1972، ج 7 ، ص 196 .

4 - الدسوقي : (شمس الدين محمد عرفه الدسوقي)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مطبعة بولاق القاهرة، ج 12 ، ص 480 .

5 - العدوي : حاشية العدوي ، تحقيق يوسف الشيخ محمد البضاعي، دار الفكر، بيروت، 1412هـ ، ج 6 ، ص 406 .

6 - ابن الهمام: (محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد كمال الدين الشهير بابن الهمام، ت: 861 هـ) ، فتح القدير ، دار إحياء التراث العربي ، ط 1 ، 1980 ، ج 8 ، ص 189 .

7 - الزيلعي : ( فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي المتوفى سنة 743 هـ) ، تبیین الحقائق كنز الدقائق، المطبعة الأميرية بولاق مصر، ط 1، 1930 ، ج 17 ، ص 80 .

ج — عند الشافعية: عرفه أبو شجاع<sup>(1)</sup> بأنه: ( الرهن هو جعل عين مال وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه)<sup>(2)</sup>.

و عرفه الخطيب بأنه: ( عقد على عين مخصوصة بها متى صارت في يده استمرار قبضها لاستيفاء مال مخصوصا، ما في حكمه)<sup>(3)</sup>

وقال الرملي : ( هو جعل عين مال ممتولة وثيقة بدين ليستوفى منها عند تعذر وفائه )<sup>(4)</sup>.

د — عند الحنابلة : عرفه ابن قدامة بأنه: ( الرهن هو المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه من هو عليه )<sup>(5)</sup>.

و عرفه البهوتي بأنه: ( توثقة دين . أي جعل عين مالية وثيقة بدين ، أو عين مضمونة يمكن أخذه . أي الدين كله أو بعضه . إن لم تف منها )<sup>(6)</sup>.

وقال الزركشي هو : ( كل عين جعلت وثيقة بحق يمكن استيفاؤه منها )<sup>(7)</sup>

و عند الصنعاني ( الرهن عقد على عين مخصوصة يستحق بها من صارت في يده استمرار قبضها لاستيفاء مال مخصوص )<sup>(8)</sup> .

وبإمعان النظر في هذه المفاهيم يبين الآتي:

أولاً : انفرد الحنفية بوصف المرهون كونه محبوسا بخلاف ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة الذين وصفوه بكونه وثيقة ، ولعل السر في ذلك أن فقهاء الحنفية يشترطون الحبس الدائم للمرهون، فلا يصح للراهن استرداده والانتفاع به حتى ولو أذن له المرتهن بخلاف المالكية والحنابلة الذين أجازوا استرداد المرهون للانتفاع به .

ثانياً : إن المالكية عبروا عن الرهن بقولهم ( ما يباع أو غررا ) والحنفية بلفظ شيء و الشافعية

( عين مال ) ويرجع سبب إختلافهم في التعبير عن المرهون إلى أن المالكية يجيزون أن يكون

المرهون ديناً لأنه يجوز بيعه، وبالتالي يجوز رهنه على عكس الأئمة الثلاثة الحنفية

1- أحمد بن الحسين بن احمد أبو شجاع شهاب الدين، أبو الطيب الأصفهاني / أنظر، الأعلام، المصدر السابق، ج1، ص 177.  
2- البجيرمي: ( سليمان البجيرمي ) ، حاشية البجيرمي على المنهج ، المطبعة الأميرية، مصر، 1889هـ، ج 8، ص 73 . / وانظر ايضا سليمان بن عمر بن منصور العجلي المصري، في حاشية الجمل على شرح المنهج، دار الكتب العلمية، بيروت 1996، ج 12، ص 144.  
3 - الشربيني: (شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب ت 977) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مطبعة الحلبي، مصر، 1958، ج 2، ص 121.  
4 - الرملي: ( شمس الدين محمد بن أبي شهاب الدين الرملي المتوفى سنة 1004 هـ )، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر 1967، ج 13، ص 367.  
5 - ابن قدامة : ( موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن قدامة المتوفى سنة 630هـ )، المغني، دار الفكر، بيروت، ط 1، 1984، ج 4، ص 379.  
6 - البهوتي: ( منصور بن يونس بن إدريس البهوتي المتوفى سنة 1051 هـ )، كشف القناع، دار الفكر، بيروت، 1982، ج 10، ص 40.  
7 - المرادوي : ( علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي المتوفى سنة 885 هـ )، الإنصاف ، مطبعة السنة المحمدية، ط 1، ج 8، ص 278.  
8- الصنعاني: ( احمد بن القاسم العنسي اليمني الصنعاني، ت 1221 هـ )، التاج المذهب لأحكام المذهب، دار الحكمة اليمنية، 1993، ج 5، ص 107.

والشافعية والحنابلة، فإنهم لا يجيزونه كون المرهون عندهم دين، بل يجب أن يكون عينا ولذا استعملوا لفظ المال وعين المال.

**ثالثا :** ذهب المالكية إلى جواز رهن ما يباع وما لا يباع لغرر، بخلاف المذاهب الأخرى الذين قالوا لا يجوز رهن ما فيه غرر، مما أدى إلى خلو تعاريفهم منه بصفة مطلقة.

**رابعا :** أن المالكية عبروا عن المرهون بلفظ: ( **حِق** ) وعبر عنه الحنابلة والشافعية بلفظ ( **رِبِن** ) والسر في هذا هو أن المرهون به عند الأخيرين لا يكون إلا ديناً، أما المالكية والحنفية فقد أجازوا أن يكون المرهون به عينا مضمونة، مع تميز الحنفية باشتراطهم ضمان العين بنفسها لا غيرها، في حين أجاز المالكية الرهن بعين المرهون به أو غيره على اعتبار أن لفظ حق لفظ عام يشمل الدين والعين المضمونة (1).

ومنه يمكن التوصل بأن المفهوم الأولى بالاتباع هو ما جاء به السادة المالكية لأنه أوفى بالغرض الذي من أجله شرع الرهن وهو حصول الثقة، ولأنه أتاح الفرصة للراهن برهن ما لا يستطيع بيعه ليحصل على ما يحتاج إليه، كما أتاح للمرء أن يرهن ديناً له على شخص لدى شخص آخر من أجل الحصول على حاجته، فهو إذن يتسم بالمرونة والتوسعة على المحتاجين ويساعد على أداء دوره الإقتصادي بوصفه أداة ائتمان (2).

### **البند الثاني . خصائص الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي**

من مفاهيم الفقهاء السابقة للرهن يتبين أن عقد الرهن الذي هو أحد الوثائق الثلاثة المتصلة بالحقوق (3) يعطي الدائن حق حبس الشيء المرهون لحين الوفاء بالتمام، كما يعطيه حق إستقاء دينه من ثمن المرهون في حالة عدم الوفاء أو المماطلة، ويتقدم على غيره من الغرماء ومن ذلك تتحدد خصائص الرهن في الفقه الإسلامي كالتالي :

1- **أنه حق عيني :** حيث لا يكفي الرضا في الرهن بل لا بد من تسليم الشيء المرهون تسليمياً فعلياً إلى الدائن المرتهن، وذلك بنقل حيازة المرهون إليه كضمان لأن الضمان المقرر للدائن لا يتحقق إلا إذا كان المرهون تحت سلطته سواء كان منقولاً أم عقاراً.

1- عبد الفتاح عبد الله البرشومي : أحكام الرهن والشفعة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط 2، مصر، 2004، ص 42.

2- يرى محمد حسني إبراهيم : أن المفهوم الأولى بالاتباع هو ما ذهب إليه الأحناف لأنهم يرون ضرورة أن يكون المرهون محبوساً تحت يد المرتهن حتى يتمكن من استيفاء حقه منه أو من ثمنه عند عجز المدين عن السداد وامتناعه عند حلول الأجل بخلاف ما لو خرج من تحت يده ولأن خروج المرهون من تحت يد المرتهن يتعارض مع الحكمة من تشريع الرهن، انظر ( الرهن في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة )، ط1، 1994، دار الطباعة المحمدية، القاهرة، ص 8.

3- الرملي : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المصدر السابق، ج 13، ص 367 / وانظر: حاشية الجمل، المصدر السابق، ج 12، ص 144 حيث جاء فيه: ( إن الوثائق بالحقوق ثلاثة، شهادة ورهن وضمان، فالشهادة لخوف الحجر والأخران لخوف الإفلاس).

2 — أنه حق تابع : إن الرهن بطبيعته لا ينشأ مستقلاً لذاته وإنما ينشأ تبعاً لغيره، فقد صنفه الفقهاء ضمن قائمة عقود الضمان والتوثيق ، وهي التي لها طبيعة محددة ، هي تأمين الحقوق لدى المدنيين بها.

3 — أنه لا يقبل التجزئة :

من خصائص الرهن أنه لا يقبل التجزئة ، أي أن جميع المرهون ضامن لجميع الدين، وجميع الدين مضمون بكل الرهن<sup>(1)</sup> وعدم التجزئة من طبيعة الرهن لا من مستلزماته، وكون الرهن متعلقاً بجملة الحق المرهون لا ببعضه هو رأي الجمهور، وقال قوم يبقى من الرهن بيد المرتهن بقدر ما يبقى من الحق<sup>(2)</sup> وحجتهم في ذلك أن جميع الرهن محبوس بجميعه، فوجب أن يكون أبعاضه محبوسة بأبعاضه<sup>(3)</sup>.

4 — أنه عقد تبرع:

عقد الرهن يستفيد منه الدائن والمدين فالرهن لا يصح أن يكون عوضاً عن أجل الدين ، لأن أجل الدين زمان والزمان لا يقوم بالمال، وقد جاء في بدائع الصنائع (ولأنه عقد تبرع للحال فلا يفيد الحكم بنفسه كسائر التبرعات )<sup>(4)</sup>.

5 — أنه من عقود الحفظ :

تستمد طبيعة الرهن من الغرض الذي أعده الشرع له، إذ بانتقال حيازة المرهون إلى الدائن تختلف طبيعة المرهون حسب صورته ، فقد يأخذ شكل الوديعة مع تميزه عن الوديعة المعروفة من حيث الغرض منها، فالحفظ في الرهن، القصد منه التوثيق والضمان ، شريطة أن تكون العين المرهونة لا تقبل النماء والزيادة ولا تحتاج إلى نفقات، ومؤدى ذلك أن العين المرهونة ثابتة، وكل المطلوب من الدائن هو حفظ المال المرهون حتى يحل أجل الدين وحينها إذا لم يوف المرهون إلى أداة وفاء لسداد الدين بعد أن كان ضماناً معنوياً طيلة فترة الأجل<sup>(5)</sup>.

أما إذا كانت العين المرهونة نامية وتقبل الزيادة وتحتاج إلى نفقات خلال فترة تواجدها بيد المرتهن، فتتغير طبيعة الرهن ولا تقتصر على مجرد الحفظ، بل تظهر عوامل جديدة تضم للحفظ، مثل الإنفاق على العين المرهونة<sup>(6)</sup>.

1- محمد إسماعيل أبو الريش : مذاهب الفقهاء في عقد الرهن ، مطبعة الأمانة، ط 1، 1986، ص 40 .  
2 - مصطفى راتب حسين: نفاذ الرهن وآثاره، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، إشراف عبد الناصر توفيق العطار، جامعة القاهرة ، 2005، ص35  
3 - ابن رشد القرطبي : ( الإمام القاضي أبو الوليد محمد بن احمد بن محمد ابن رشد القرطبي، 520-592 هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، حققه وعلق عليه وخرج أحاديثه ماجد الحموي، دار بن حزم، بيروت، ط 1، 1995، ج 4، ص 1437.  
4 - محمد حسين عبد الرحمان : مشتملات الشيء المرهون ، 1998، ط 1، دار النهضة العربية، مصر، ص 34 ./انظر: محمد إبراهيم محمد خلف ، محاضرات في القانون المقارن، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون بأسبوط ، سنة 2000، ص 40.  
5- تأسيساً على ذلك فإن للمصرف الإسلامي أن ينص في عقد الرهن على الضمان بالرهن، ويجوز أن يكون الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي، ويجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون، أو الحد الذي ينتهي إليه هذا الدين، فإذا امتنع العميل من الوفاء بالدين أو أهمل في أدائه فإنه يجوز للمصرف إذا لم يستوف حقه أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني، أو بسعره في بورصة السوق، وهذا يبسر على المصاريف الإسلامية مهمتها في اقتضاء دينها من العميل، ويوفر لها وسيلة قانونية تجيز العميل الممتنع عن الوفاء على سداد دينه وترفع الضرر الذي يمكن أن يلحق بهذه المصارف من جراء الامتناع عن السداد - انظر مجلة روح القوانين، جامعة طنطا ، العدد 6 الصادرة في ديسمبر 1991، ص 149 بعنوان المصارف الإسلامية لإبراهيم خلف.  
6 - الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، ط 2، دار الفكر ، دمشق ، 1985، ج 5، ص 181.

## الفرع الثالث

### مفهوم الرهن الحيازي في القانون المدني الجزائري

لبيان المفهوم القانوني للرهن يتعين استعراض هذا المفهوم في القانون المدني الجزائري وبعض المدونات المدنية المقارنة وعبارات بعض فقهاء وشرح القانون ، ثم أخلص إلى خصائص عقد الرهن وللتوضيح أعقد لذلك ثلاثة بنود .

#### البند الأول ، مفهوم الرهن الحيازي في القانون المدني الجزائري مقارنا ببعض القوانين .

لقد عرفت المادة 948 ق.م.ج الرهن الحيازي بقولها: ( الرهن الحيازي عقد يلزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا تخوله حسب الشيء إلى أن يسوفي الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون )<sup>(1)</sup> .  
من خلال النص يظهر وان المشرع الجزائري اعتبر الرهن الحيازي عقدا يبرم لضمان الدين العالق في ذمة المدين بصفته راهنا أو كفيلا عينيا .  
وعرفه القانون المدني المصري بالمادة 1096 بما يلي :

( الرهن الحيازي عقد يلزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان ، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا ، تخوله حسب الشيء لحين استيفاء الدين وان يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون )<sup>(2)</sup>

وعرفه القانون المدني العراقي: بالمادة 1321:

( الرهن الحيازي عقد به يجعل الراهن مالا محبوسا في يد المرهن أو في يد عدل ، بدين يمكن للمرهن استيفاؤه منه ، كلاً أو بعضاً ، مقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة ، في أي يد كان هذا المال )<sup>(3)</sup> .

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

- القانون رقم 80 - 07 المؤرخ في 09 أوت 1980

- القانون رقم 83-01 المؤرخ في 29 يناير 1983

- القانون رقم 84-21 المؤرخ في 24 ديسمبر 1984

- القانون رقم 87-19 المؤرخ في 8 ديسمبر 1987

- القانون رقم 88-14 المؤرخ في 3 ماي 1988

- القانون رقم 89-01 المؤرخ في 7 فيفري 1989

- القانون رقم 05-01 المؤرخ في 20 جوان 2005

- القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007

2- القانون المدني المصري الصادر بموجب القانون رقم 131 المؤرخ في 29-7-1948.

3- القانون المدني العراقي: الصادر في 4-6-1951 بالقانون رقم 40 لسنة 51 المنشور في الوقائع العراقية في العدد المرقم: 3015، في 8-9-1951

وجرى نص المادة 1100 من القانون المدني الليبي مطابقا لنص المادة 948 مدني جزائري والمادة 1096 مدني مصري، دون اختلاف في مفهومه وأحكامه<sup>(1)</sup>.

وذهب القانون المدني الأردني في المادة 1372 منه على أن :

( الرهن الحيازي هو احتباس مال في يد الدائن أو يد عدل، ضمانا لحق يمكن استيفاءه منه كله أو بعضه بالتقدم على سائر الدائنين )<sup>(2)</sup>

وعرف المشرع الإماراتي الرهن الحيازي في المادة 1448 معاملات مدنية بقوله :

( الرهن الحيازي عقد ينشئ الحق في احتباس مال في يد الدائن أو في يد عدل ضمانا لحق يمكن استيفاءه منه كله أو بعضه بالتقدم على سائر الدائنين )<sup>(3)</sup>

أما القانون المدني الفرنسي فقد عرف الرهن الحيازي في المادة 2071 بأنه :

( عقد يسلم به مدين شيئا لدائن ضمانا للدين )<sup>(4)</sup>

وقد ورد في النص الأصلي لفظ nantissement والذي يستعمل للرهن الحيازي الوارد على المنقول وعلى العقار وحتى يكون المصطلح معبرا عن حقيقة محددة فقد فرق بينهما بلفظين أخص منه هما gage خاص برهن المنقول الحيازي و Antichrèse خاص برهن العقار حيازيا)<sup>(5)</sup>

ولعل حداثة القانون المدني الجزائري واستيقاء نصوصه من أحدث ما توصلت إليه المدونات المدنية العربية والغربية في موضوع الرهن وتأثره بالفقه المالكي جعله يتحاشى النقد الفقهي الموجه للمدونات المدنية التي سبقتة في الظهور وأهم ما يستخلص من دراسة النصوص السابقة ما يأتي:

— تأثر القانون المدني الجزائري بالقانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري في أحدث ما توصلنا إليه.

— أن النصوص القانونية تناولت الرهن الحيازي على أساس أنه عقد ولم تتعرض للحق الذي يتولد منه، بينما كان ينبغي أن تتناول الرهن باعتباره حق، إذ أن حق الرهن هو الغاية وعقد الرهن وسيلة نشوئه<sup>(6)</sup>.

1 - فايز أحمد عبد الرحمان : التأمينات العينية والشخصية، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 214.

2- السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1920، ج 10، ص 739.

3- عبد الخالق حسن احمد : الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية ، 2006 ، أكاديمية شرطة دبي، ج 7، ص 244

4- Le nantissement et un contrat par le quel un débiteur remet une chose à son : Droit civil théorique Français

créancier pour sûreté de la dette .

5 - بيان يوسف حمود رجب : الحيازة في الرهن الحيازي ، أطروحة دكتوراه، تحت إشراف د/ جميل الشرفاوي، جامعة القاهرة، 1986، ص 25.

6- مصطفى راتب حسن علي : نفاذ الرهن وأثاره ، المرجع السابق ، ص 18.

— يؤخذ على النصوص القانونية أنها قصرت التقدم على ثمن الشيء المرهون بينما في الحقيقة يثبت على أي مبلغ آخر حل محل هذا الشيء كتعويض أو تأمين.

وقد استدرك المشرع الجزائري هذا الأمر وقرر بالمادة 954 ق.م.ج إنتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق، وللمأخذ المسجلة على القوانين المدنية تدخل الفقه القانوني وعرف الرهن كما سيأتي في البند الموالي.

### **البند الثاني ، مفهوم الرهن الحيازي عند بعض فقهاء القانون**

1— ففي الفقه المدني المصري عرف شمس الدين الوكيل الرهن الحيازي بأنه: (نظام قانوني يكفل للدائن بمقتضى عقد أبرمه مع الراهن أن تخس المال المرهون، وأن يتقدم الدائنين العاديين، والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي للمال المرهون، في أي يد يكون)<sup>(1)</sup>.

2 — وفي نفس المدرسة ذهب محمد لبيب شنب إلى أن الرهن الحيازي هو: (سلطة تثبت للدائن بمقتضى عقد على شيء معين، تحوله أن تخس هذا الشيء لحين استيفاء حقه، وأن يسئو في حقه من ثمن هذا الشيء، أو من أي مقابل نقدي له بالأولوية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أي يد يكون)<sup>(2)</sup>.

3 — وفي الفقه المدني اللبناني قال حسين عبد اللطيف حمدان عن الرهن الحيازي بأنه: (حق عيني إتفاقي يترتب بموجب عقد على متول أو عقار يضعه الراهن في يد الدائن المرهن، أو في يد شخص آخر يثق عليه المتعاقدان، ضمانا لدين على الراهن أو على غيره، ويحق للدائن بمقتضاه أن تخس المرهون لحين استيفاء الدين، وإن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمنه في أي يد يكون)<sup>(3)</sup>.

وأما في العراق فقد عرف يوسف بيان حمود رجب الرهن الحيازي بأنه: (حق عيني تبعي يقرره المدين أو وكيله العيني، على حق مملوك له، ويلتزم بتسليم محله للدائن، أو العدل لضمان الوفاء بدينه من المقابل المالي لحل هذا الحق عند تعذر وفائه من غيره)<sup>(4)</sup>.

وتحصيلا لذلك فإن الرهن الحيازي هو: (حق عيني تبعي ينشأ بمقتضى عقد فيقدم المدين الراهن مالا معيناً إلى الدائن المرهن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان لضمان الوفاء بحق الدائن، وبموجب ذلك يمكن للدائن المرهن إن يسئو في حقه من القيمة المالية لحل هذا الحق عند تعذر وفائه).

1- شمس الدين الوكيل : نظرية التأمينات في القانون المدني ، ط 2 ، منشأة دار المعارف بالإسكندرية، 1959 ، ص 38.

2- محمد لبيب شنب : دروس في التأمينات العينية والتخصية ، دار النهضة العربية، مصر، 1973 ، ص 135.

3 — حسين عبد اللطيف حمدان : التأمينات العينية ، دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمين والإمتياز ، ط 2 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007 ، ص 61.

4- يوسف بيان حمود رجب: دور الحيازة في الرهن الحيازي ، المرجع السابق، ص 42.



## البند الثالث، خصائص عقد الرهن الحيازي في القانون المدني الجزائري

في ضوء التعريفات والتعابير السالفة تستشف الخصائص الجوهرية للرهن الحيازي والسمات المميزة له والمتمثلة في:

### 1 – (أنه عقد رضائي ملزم للجانبين) :

إن عقد الرهن الحيازي ينعقد بمجرد تبادل الإيجاب والقبول وبدون تسليم الشيء المرهون، إذ التسليم التزام لا ركن (1).

ولا جرم أن هذا الرهن يولد التزامات متبادلة في ذمة طرفيه ، فهو يشغل ذمة الراهن بالتزامات معينة كالإلتزام بتسليم الشيء المرهون ، ونقل حيازته إلى المرتهن أو الشخص المعين إتفاقاً (2) وضمن سلامة الرهن ونفاذه، كما يلقي التزامات على عاتق الدائن المرتهن كالمحافظة على الشيء المرهون واستثماره وإدارته ورده في نهاية الرهن.

ويلاحظ أن رضائية عقد الرهن الحيازي خاصية تميزه عن الرهن الرسمي الذي تعد الشكلية ركنا جوهريا فيه، يتم بإفراغ التعبير عن الإرادة في ورقة رسمية (3) كما أن هذه الخاصية تميزه عن الرهن الرسمي لأن هذا الأخير لا يولد التزامات إلا في ذمة جانب واحد هو الراهن (4)

### 2 – (الرهن الحيازي من عيني) :

يتميز الرهن الحيازي بكل ما تتميز به الحقوق العينية التبعية على اعتبار أن عقد الرهن من عقود الضمان، ومن ثم فهو يخول للدائن سلطة مباشرة على الشيء موضوع الحق (5) سواء كان منقولاً أو عقاراً، كما يعطيه الأولوية في ثمن بيع الشيء المرهون وصلاحيه تتبعه في أي يد يكون، فهو في هذه الخاصية يتفق مع الرهن الرسمي، والفرق الوحيد هو أن الرهن الحيازي يرد على المنقول وعلى العقار وينقل الحيازة، في حين يرد الرهن الرسمي على العقار فقط وتبقى الحيازة في يد الراهن.

1 - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، المصدر السابق، ج 10 ، ص 742 ، وفي هذا الصدد يرى وحيد الدين سوار في مؤلفه : شرح القانون المدني ، الكتاب الثالث ، ط 1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2006، صفحة 173، بأن عقد الرهن شبه رضائي .  
2 - عبد الحميد عثمان محمد: المفيد في حق الملكية والحقوق العينية التبعية، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص 354.  
3 - تنص المادة 324 ق.م.ج على أن: ( الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه)  
4 - لقد كان عقد الرهن الحيازي في ظل التقنين المدني المصري القديم عقد عيني، حيث كان التسليم ركنا فيه إذ لا يكفي تراضي العاقدين وهو بذلك يكون ملزماً لجانب واحد فقط وهو المرتهن الذي يلتزم بالمحافظة على العقار المرهون.  
انظر: السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج 10، ص 742.  
5- سي يوسف زاوية: عقد الرهن الرسمي، ط1، دار الأمل للنشر والتوزيع، تيزي وزو، 2006، ص 11.

### 3 – الرهن الحيازي من تبعية :

الرهن الحيازي عقد تابع مثل الكفالة والرهن الرسمي فهو لا يوجد لذاته بل لضمان حق آخر هو الدين<sup>(1)</sup>، فيقوم بقيام هذا الدين ويتبعه في وجوده وعدمه، ويبطل ببطلانه وينقضي بانقضائه ويتحدد تكليفه بحسب طبيعة الالتزام الأصلي، فإن كان الالتزام الأصلي تجاريا، كان الرهن تجاريا، وكانت المنازعات الخاصة بانعقاده وتنفيذه من اختصاص القضاء التجاري<sup>(2)</sup> وإن كان الالتزام مدنيا كان رهنا عاديا، وقد عبر المشرع الجزائري عن خاصية تبعية الرهن للدين المضمون بالرهن في الفقرة الثانية من المادة 893 ق.م.ج والتي تقابل المادة 1042 ت.م.م<sup>(3)</sup>.

والملاحظ أن نص المادة 893 م.ج قرر هذا الحكم بشأن الرهن الرسمي، إلا أن المشرع عند تعرضه لهذه المسألة بخصوص الرهن الحيازي، أحال من خلال المادة 950 إلى الحكم الأنف الذكر، على اعتبار أن الأحكام الواردة في شأن الرهن الرسمي تعد شريعة عامة لسائر التأمينات العينية فيما لا يتعارض مع طبيعتها الخاصة<sup>(4)</sup>

### 4 – الرهن الحيازي من غير قابل للتجزئة :

ومقتضى هذه الخاصية أن الرهن في عمومه يتقل الشيء المرهون بأكمله لضمان الوفاء بالدين كله، فكل جزء من المال ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بكل المال، وهذا المبدأ معروف في الفقه الإسلامي<sup>(5)</sup> وقد أكد المشرع الجزائري عليه في المادة 892 التي تقابل المادة 1041 ت.م.م بقوله: (كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل دين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك)<sup>(6)</sup>، وهذا النص أخذ عن المادة 2114 من القانون المدني الفرنسي<sup>(7)</sup> الذي جاء تكريسا للمبدأ الذي أعلنه الفقيه الفرنسي Dumolin الذي يقول : (hypothèque ne se divise point)<sup>(8)</sup>.

1- عبد الخالق حسن احمد: الوجيز في شرح المعاملات المدنية، المرجع السابق، ص 101. / وانظر في هذا المعنى سي يوسف زاهية في مؤلفها عقد الرهن الرسمي، المرجع السابق، ص 12.  
2- السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج 10، ص 743.  
3- تنص المادة 893 م.ج على ما يلي: (لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه، ما لم ينص القانون على غير ذلك).  
4- عبد الحميد عثمان محمد: حق الملكية والحقوق العينية التبعية، المرجع السابق، ص 456.  
5- محمد وحيد الدين سوار: شرح القانون المدني، الحقوق العينية التبعية – الكتاب الثالث، ط 1، دار الثقافة عمان، 2006، ص 32.  
6- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.  
7- تنص المادة 2114 ق.م.ف على أن (التامين يبقى بكامله على كل العقارات المخصصة وعلى كل عقار منها وعلى كل جزء من هذه العقارات) والنص باللغة الأصلية  
( elle... subsiste en entier sur tous les immeubles affectes sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles )  
8- سي يوسف زاهية : عقد الرهن الرسمي ، المرجع السابق، الجزائر، ص 15.

ما ورد في القولين السابقين مطابق للفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري من جهة اعتبار أن الرهن لا يتجزأ .

5 – (الرهن الحيازي) هو يرو على عقار أو منقول :

هذه الخصيصة ينفرد بها الرهن الحيازي عن الرهن الرسمي، فيجوز أن يكون محله عقارا، كما يجوز أن يكون منقولا ، ولا يكون القيد ضروريا لسريان الرهن الحيازي في مواجهة الغير إذا ورد على عقار<sup>(1)</sup> وقاعدة قيد الرهن الحيازي الوارد على العقار أكدها المشرع الجزائري في المادة 966 ق مدني التي تنص: ( يشترط في نفاذ الرهن العقاري في حق الغير إلى جانب تسليم الملك للدائن، أن يقيد عقد الرهن العقاري، وتسري على هذا القيد الأحكام الخاصة بعقد الرهن الرسمي)<sup>(2)</sup>.

وهذا النص يقابل نص المادة 1114 ق.م.م والمنقول عنه حرفيا ، ويستفاد من النصوص التشريعية أنه لكي ينفذ الرهن الحيازي العقاري في حق الغير يجب أن تنتقل حيازة العقار المرهون إلى الراهن، وأن يقيد عقد الرهن وفق أحكام قيد الرهن الرسمي، وهو ما يعني أن القيد لا يغني عن انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن لا تغني عن القيد<sup>(3)</sup>.

## **الفرع الرابع**

### **الموازنة**

إذا عدنا إلى مفهوم الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني أمكننا إبراز نقاط الإتفاق والإختلاف .

– ففي ما يتعلق بالمفهوم نجد أن الفقهاء المسلمين اختلفوا في رؤاهم لمفهوم الرهن تبعا لاختلافهم فيما هو من الشروط وما هو من الأركان، فالحنفية يعتبرون الحبس الدائم ركن في الرهن بخلاف باقي المذاهب، فهم ينظرون إلى الحبس أو القبض بأنه شرط لزوم وليس ركنا.

ويوافقهم في ذلك القانون المدني الجزائري الذي لا يرى نقل حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن ركنا في عقد الرهن بل هو التزام يقع على عاتق المدين الراهن. – يتفق

1 - جابر محجوب علي ، و فائز الكندري ، التأمينات العينية في القانون الكويتي، 2004، ص 280 / وانظر في هذا المعنى أنور العمروسي في كتابه الحقوق العينية التبعية ، سنة 2003، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص 302.  
2- الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.  
3 - فاروق إسماعيل : ماذا تعرف عن الرهن الرسمي والرهن الحيازي، 2003، ص 99.

القانون المدني الجزائري مع الفقه الإسلامي في أن كل ما يجوز بيعه يجوز رهنه، وانفرد الفقه المالكي بجواز أن يكون المرهون ديناً، وحذا القانون المدني حذو هذا المذهب. — تميز الفقه المالكي عن باقي المذاهب حين اعتبر المرهون حق واعتبرته باقي المذاهب دين.

وخالفت النصوص التشريعية هذا المنحى واعتبرت الرهن عقداً وقدمته عن الحق، وما كان ينبغي ذلك، على أساس أن حق الرهن هو الغاية وما العقد إلا وسيلة لنشؤته. وبخصوص عقد الرهن فإن القانون المدني قد اتفق مع الفقه الإسلامي في أنه عقد رضائي، لا يتم إلا برضا طرفيه إذ كلاهما يعتبر الرضا أساس التعاقد والقوة الملزمة للعقد مصداقاً لقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾<sup>(1)</sup>

وقال عليه ↑ : ﴿ لا يجل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه ﴾<sup>(2)</sup> — ساير القانون المدني الفقه الإسلامي في شأن اعتبار عقد الرهن عقد تابع للإلتزام الأصلي الذي وجد لضمانه<sup>(3)</sup> بسبب عدم استقلالية الرهن بذاته، بل وجد لضمان الوفاء بالالتزام في ذمة الدين .

— شايح القانون المدني الفقه الإسلامي في اعتبار كل منهما أن عقد الرهن هو عقد ملزم للجانبين، لما يرتبه من إلتزامات في ذمة كل من الراهن والمرتهن، فالراهن يلتزم بتسليم العين المرهونة منقولا كانت أو عقارا إلى الدائن المرتهن ، والمرتهن يلتزم بالمحافظة على الشيء المرهون واستثماره ورده للراهن حالة إستيفائه لحقه. — يختلف الفقه القانوني عن الفقه الإسلامي في اعتبار الأول عقد الرهن من عقود المعاوضات، لقيام الرهن مقام الحصول على أجل الدين أو مدته، في حين يعتبر الفقه الإسلامي عقد الرهن من عقود التبرع، لأن الرهن لا يصح أن يكون عوضا عن أجل الدين على أساس وأن أجل الدين زمان والزمان لا يقوم بالمال. — وافق القانون المدني الفقه الإسلامي في أن الرهن غير قابل للتجزئة فكل جزء من المال المرهون يضمن الوفاء بكل الدين المضمون، وكل جزء من الدين مضمون بالمال المرهون كله.

فتنص المادة 892 ق.م.ج على أن: (كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل دين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها...) <sup>(4)</sup> في هذا المعنى نصت المادة 721 من مجلة الأحكام العدلية على أنه: ( إذا أوفى مقدم من الدين فلا يلزم مرد مقابله من الرهن والمرهون حسب مجموع الرهن وإسماكه الى أن يسوفي تمام الدين) <sup>(5)</sup>

<sup>1</sup> - النساء / 29.

<sup>2</sup> - الدار قطني : السنن ، عالم الكتب ، بيروت، 1951، كتاب البيوع، ج 3 ، ص 26، حديث رقم 2885.

<sup>3</sup> - الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته ، ط 3، دار الفكر، الجزائر، 1991، ج 5، ص 120 .

<sup>4</sup> - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26-9-1975 المتضمن القانون المدني.

<sup>5</sup> - رستم سليم : شرح المجلة، ط 3، دار أحياء التراث العربي، بيروت، 1986.

— لا يختلف القانون المدني عن الفقه الإسلامي بخصوص محل الرهن الحيازي ، فإذا كان الفقه الإسلامي لا يفرق بين أن يكون محل الرهن عقارا أو منقولاً، فكذلك الشأن بالنسبة لمحل الرهن الحيازي في القانون؛ إذ كما يصلح أن يكون المنقول محل رهن يصلح أيضاً أن يكون عقارا وهو ما سيأتي تفصيلاً في المبحث الثاني من هذا الفصل .

## **المطلب الثاني**

### **مشروعية الرهن الحيازي وحكمته في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري**

إن كل نظام يتناول تنظيم العلاقات بين الناس لا بد له من سند يدعمه ويرتكز عليه وهو ما سألحوا إبرازه في هذا المبحث وذلك ببيان السند الذي يدعم الرهن والحكمة من مشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، فأعقد لذلك فرعين ، أخص الأول بمشروعية الرهن وحكمته في الفقه الإسلامي والثاني لمشروعية الرهن الحيازي وحكمته في القانون المدني الجزائري.

## **الفرع الأول**

### **مشروعية الرهن الحيازي وحكمته في الفقه الإسلامي**

يستدل الفقه الإسلامي على مشروعية الرهن الحيازي كنظام لتوثيق الحقوق والإلتزامات المالية الثابتة في الذمة ضماناً للوفاء بها بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع وللوقوف على هذه الأدلة أحاول تبيانها في البند الأول وأخص البند الثاني بالحكمة من تشريع نظام الرهن الحيازي.

### **البند الأول ، مشروعية الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي**

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية بمدارسهم الفقهية المختلفة وآرائهم الفقهية المتباينة على جواز الرهن وأثبتوا مشروعيته بالكتاب والسنة والإجماع والقياس .

— **من الكتاب :** فلقول الله تعالى: ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ، وَلَا تَكْفُرُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْفُرْ فَإِنَّهُ آتَمُّ قَلْبًا وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴾ (1)

الأمر حسب الآية الكريمة أن الله سبحانه وتعالى أمر على سبيل الندب بالتعامل بالرهن حال السفر كل من يتعاقد مع غيره ولم يجد كاتباً يوثق له فليرهن شيئاً يعطيه لمن له الدين كي يطمئن الدائن على ماله وأن يحرص المدين على وفاء دينه خوفاً من ضياع ماله المرهون .

فقوله سبحانه وتعالى ( فرهان ) جمع رهن وهو مصدر مقرون بالفاء والمصدر المقرون بالفاء الواقع محل الجزاء يفيد الأمر ويجري مجراه فيصير المعنى فارهنوا رهانا مقبوضة (2)

والأمر هنا للإباحة لا للوجوب لوجود القرينة الصارفة وهي قوله تعالى ﴿ فإن آمن بعضكم بعضا فليؤد الذي أؤتمن أماته ﴾ (1) ولأن الأمر بالكتابة بدلا عن الرهن يكون عند عدم التمكن منها والتحكم فيها ، ولأن الآية الكريمة جاءت مباشرة عقب آية المداينة وهي قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه . . ﴾ (2) فقد ندب الله تعالى إلى كتابة الدين والإشهاد عليه ثم عقب بعد ذلك بما ينبغي إتباعه حال تعذر وجود الكاتب وبين أن البديل هو الرهن، فكما أن الرهن بديل عن الكتابة فقد يكون اللجوء إليه عند عدم قبول الدائن التوثق بالكتابة، والواقع الجمع بين الأمرين الرهن والكتابة للتوثيق. والملاحظ أن جواز التعامل بالرهن يكون في الحضر كما في السفر سيما بعد تغير أحوال الناس وخراب الذمم، فسدا لذريعة الفساد بأكل أموال الناس بالباطل استوجب طلب الرهن في السفر والحضر ، وما ذكر السفر وحده في الآية إلا جريا على الغالب من أحوال الناس (3).

**وأما السنة :** فقد ورد عن الرسول الكريم عليه أفضل الصلاة والسلام ما يفيد أنه مارس هذا النوع من المعاملات ، فقد روي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ اشترى طعاما من يهودي بنسيئة (4) ورهنه درعا من حديد، وفي لفظ توفي رسول الله ﷺ ودرعه مرهونة عند يهودي بثلاثين صاعا من شعير (5).

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ ﴿ الظهر يركب بنفقة إذا كان مرهونا، ولين الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة ﴾ (6).

وعنه أيضا قال، قال رسول الله ﷺ ﴿ لا يعلق الرهن له غنمه وعليه غرمه ﴾ (7).

فهذه الأحاديث تدل بصريح عباراتها على أن رسول الله ﷺ قد تعامل بالرهن ، وفي ذلك دليل على جوازه، لأنه لو لم يكن جائزا ما تعامل به. وأما معاملته عليه الصلاة والسلام لليهودي دون مياسير الصحابة فمرد ذلك الى أحد الأمور التالية .

1 - البقرة / 283.

2 - البقرة / 282.

3 - عبد الفتاح عبد الله البرشومي : أحكام الرهن والشفعة في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق، ص 26. وكذلك الدكتور محمد حسني إبراهيم سليم ، الرهن في الفقه الإسلامي، المرجع السابق ، ص 11.

4- النسيئة : التأخير والتأجيل وهي هنا بمعنى التأخير وليس المقصود ربا النسيئة .

5- اليهودي : هو أبو الشحم رجل من بني ظفر، نيل الاوطار للشوكاني، ج 5، ص 263.

6- الشوكاني : ( محمد بن علي بن محمد ، ت 1255 هـ ) ، نيل الاوطار، دار الكتاب العلمية ، بيروت . ج 5 ، ص 234 ، /وايضا صحيح البخاري ، 53، كتاب الرهن، باب الرهن مركوب ومطلوب، ج 2، ص 888.

7- الشوكاني : المرجع نفسه ، ص 235.

— إما لجواز معاملة أهل الكتاب ، فيما لم يتحقق تحريم العين المتعامل فيها، وجواز رهن السلاح عن أهل الذمة لا عند أهل الحرب، وجواز الشراء بالثمن المؤجل .  
أو لأن الصحابة لم يكن عندهم وقتها طعام زائد عن حاجتهم، أو يكون قد خشي أن لا يأخذوا منه ثمنًا أو عوضًا فلم يرد التضيق عليهم (1).

**أما الإجماع :** فقد أجمعت الأمة على جواز الرهن في السفر ولم يعرف لها مخالف في ذلك ، أما الرهن في الحضر فقد اتفق جمهور الأمة وعامة علمائها على جوازه في الحضر أيضا ولم يعارض في ذلك إلا قلة يسيرة من العلماء كابن حزم الظاهري، ومجاهد ، ولا حجة لهم لثبوت فعله من رسول الله ﷺ حال الحضر، فضلا عن أن علة تشريع الرهن كما توجد في حال السفر، توجد أيضا في حال الحضر (2).

**وأما القياس :** فهو قياس الرهن الذي هو عقد وثيقة على الكفالة إذ كل منهما عقد تابع لعقد أصلي ، وهو العقد الذي حصل فيه التزام المدين الذي أراد الدائن التوثيق له بعقد الرهن أو الكفالة .

### **البند الثاني : حكمة تشريع الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي**

لقد شرع الرهن ليحقق مصالح العباد في الحال والمآل (3) بتيسير التعامل بين الناس، وبتحقيق الطمأنينة في نفوس الدائنين، فهو نظام لا يخلو في تشريعه من الأخذ بعين الاعتبار لمصلحة الجانبين الدائن والمدين ، فيجد المدين الراهن من يقرضه عندما يقدم لدينه رهنا ، فكان بذلك وسيلة ميسرة لضمان الحقوق من الضياع، والتشجيع على فعل الخير والحث على التعاون.

ومن الحكمة أيضا بث الاطمئنان في نفس الدائن المرتهن وعدم الخشية على أمواله، فضلا عن أن الرهن يشجع على قضاء حوائج الناس وتعاونهم.  
ولا جرم أن الشريعة الغراء بأحكامها وتعاليمها ترغب في كل ما يجلب التيسير على الناس، فهي لا تحل بواد إلا ويتغير حاله من عسر الى يسر ومن قحط الى رخاء.

## **الفرع الثاني**

### **مشروعية الرهن الحيازي وحكمته في القانون المدني الجزائري**

إن كل نظام يتناول تنظيم العلاقات بين الناس لا بد له من سند شرعي يؤسس عليه أحكامه ويستمد منه قوته الإلزامية ومن اجل شرح مشروعية الرهن الحيازي وحكمته في القانون المدني الجزائري ، أقسم هذا الفرع إلى بندين أخصص البند الأول لمشروعية الرهن الحيازي في القانون المدني الجزائري و البند الثاني أعقده للحكمة من مشروعيته .

1 - حسن أيوب : فقه المعاملات المالية في الإسلام ، ط 3 ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة ، 2006 ، ص 200.  
ويراجع أيضا عبد الفتاح عبد الله البرشموي ، أحكام الرهن والشفعة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 28.  
2 - ابن قدامة: المغني ، ط 1، دار الفكر بيروت، 1984، ج 4، ص 391، وفي هذا المعنى أيضا عبد الرحيم الديب في كتابه: استثمار المال المرهون في القانون المدني وفي الفقه الإسلامي، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 28.  
3- محمد حسني إبراهيم سليم : الرهن في الفقه الإسلامي، المرجع السابق ، ص 11، وفي هذا المعنى أيضا محمد نجيب عوضين المغربي : آثار الرهن الحيازي بالنسبة للدائن المرتهن، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 22.

## البند الأول: مشروعية الرهن الحيازي في القانون المدني الجزائري

يجد الرهن سند مشروعيته في النصوص التشريعية في مختلف المدونات المدنية التي تكفلت بتنظيم هذا النوع من المعاملات وقد سبقت الإشارة إلى النصوص التي تناولت الرهن الحيازي كما هو الحال في المادة 948 من القانون المدني الجزائري والمادة 1096 مدني مصري ، فهذه النصوص تبين أن الرهن الحيازي هو نوع من التأمين العيني أساسه نقل حيازة المال المخصص لضمان الدين إلى الدائن المرتهن الذي يتقرر له حق عيني على موضوع الضمان يمنحه القدرة على حبس هذه العين حتى استيفاء الدين بالأولوية على ثمنه في أي يد يكون، فتخلي الراهن عن الحيازة المادية للمال المرهون وتسليمه إلى الدائن المرتهن هو لب التعامل وجوهره ، ولعل ذلك هو سبب تسميته بالرهن الحيازي، بل أن انتقال حيازة المرهون إلى المرتهن يعتبر في بعض المدونات ركنا لازما لانعقاد الرهن<sup>(1)</sup> بمعنى أن الرهن ما كان لينعقد إذا لم يبادر الراهن إلى تسليم المرهون إلى المرتهن ، أما في القوانين المدنية الحديثة ومنها التقنين المدني الجزائري فقد أصبح الرهن الحيازي عقدا رضائيا ينعقد بتوافق إرادة طرفيه دون حاجة إلى تسليم المرهون، وبهذا أصبح نقل حيازة المال المرهون وتسليمه للدائن المرتهن مجرد التزام يترتب في ذمة الراهن بناء على عقد الرهن.

وهكذا أخلص إلى أن المصدر المباشر في تنظيم عقد الرهن والسند القانوني له<sup>(2)</sup> هو النصوص التشريعية فضلا عن أحكام القضاء والفقه القانوني الذي كان ولا يزال يسد كل ثغرة لم تتناولها النصوص بشكل تفصيلي ، زيادة عن توجيه المشرع نحو المعالجات لصائبة، وتقويم ما جانب الصواب منها مما يجعله من المصادر غير المباشرة ، وبالنتيجة فهو سند لمشروعية الرهن الحيازي .

## البند الثاني : الحكمة من تشريع الرهن الحيازي في القانون المدني الجزائري

إن الحكمة من تشريع الرهن مردها إلى تنظيم هذا النوع من المعاملات والتي درج الناس عليها وألغوها من قديم الزمان لحاجتهم إليه وعدم استغنائهم عنه، لما يحققه من مصالح لطرفي العقد وفي تزكية الأموال ونمائها.

ففي جانب المدين يوفر الرهن له من يقرضه ليسد حاجته وينتظر ميسرته، وفي جانب الدائن فهو يوفر له ضمانا قويا للوفاء بدينه بما يمنحه من أفضلية وتتبع على المال المرهون وما يحل محله من قيمة أو تعويض<sup>(3)</sup> .

<sup>1</sup> - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ،المصدر السابق، ج 10، ص 740 / وللاستزادة يراجع القانون المدني المصري القديم المادة 540/ف 1 و 662 وكذلك المادة 101 من القرار 3339 والمادة 46 من المرسوم الاشتراعي المنظم للتأمينات العينية في القانون اللبناني .

<sup>2</sup> - يوسف بيان حمود رجب : دور الحيازة في الرهن الحيازي، المرجع السابق، ص 66.

<sup>3</sup> - سمير كامل : شرط الملكية في الرهن العقاري ،رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة عين شمس ، المطبعة العربية الحديثة ، 1979 ، ص 21.



وهكذا تظهر أهمية الرهن في مجال التعامل الائتماني بما يوفره من مزايا لا تتوفر في وسائل الإئتمان الأخرى ، أما في جانب الأموال فنظام الرهن يحفظها وينميها باستثمارها في المشاريع الاقتصادية الإنتاجية ذات الأثر البالغ في تحريك دواليب الحياة الاقتصادية وانتعاشها (1).

إذن فالرهن يسد حاجة المحتاج ويضمن الحقوق من الضياع بتوثيقها وييسر التعامل بين الناس (2).

## **الفرع الثالث**

### **الموازنة**

بعد توضيح مشروعية الرهن وحكمته في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري سأحاول إبراز عناصر الاتفاق والاختلاف في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني.

ففي ما يتعلق بالمشروعية لا أجد خلافا بين القانون المدني والفقه الإسلامي في إجازة التعامل بالرهن باعتباره عقد توثيق لضمان الوفاء بما في الذمة.

— يوافق القانون المدني الجزائري الفقه الإسلامي في تنظيم أحكام الرهن الحيازي، ولا يمانع الفقه الإسلامي من الأخذ بالرهن دون نقل حيازة المال المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، إذ يعتبر جانب منه أن نقل الحيازة وتسليم المرهون التزام يرتبه عقد الرهن وليس ركنا، كما يتفق الجانب الآخر من الفقه الإسلامي والذي يعتبر نقل الحيازة والتسليم ركنا مع القانون المدني المصري القديم وكذلك قانون التأمينات العينية اللبناني والقانون المدني الأردني الذي يأخذ بعينية عقد الرهن.

— يوافق القانون المدني الجزائري الفقه الإسلامي في الحكمة من مشروعية الرهن الحيازي لإتحاد الغاية من الرهن وهي تحقيق مصالح العباد والبلاد في الحال والمآل، بتيسير التعامل وإيجاد جو من التكافل والتضامن وجعل أموال الجماعة تنمو وتزدهر.

### **المبحث الثاني**

#### **أنواع الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري**

لم أجد في مصادر ومراجع الفقه الإسلامي التي يسر الله لي الإطلاع عليها خلافا بين الفقهاء حول الطبيعة العينية للمال المرهون سواء أكان عقارا أم منقولا أم دينا، ذلك أن الحقوق العينية في الفقه الإسلامي تنقسم إلى قسمين:

أ- حقوق عينية متعلقة بذات العين وهي تقابل ما يسمى في القانون بالحقوق العينية الأصلية كحق الملكية لأنها تتميز بالاستقلالية في وجودها فهي لا تستند لغيرها من الحقوق.

1- سمير عبد السيد تناغو : التأمينات العينية ، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2000 ، ص 9.  
2- وهبة الزحيلي : المعاملات المالية المعاصرة ، ط 1 ، دار الفكر بيروت ، 2002 ، ص 82.

ب- حقوق عينية تتعلق بالقيمة المالية للعين، وهي تقابل في اصطلاح القانون الحقوق العينية التبعية وهو ما يسميها الفقه الإسلامي باصطلاح الرهن أو حق الوثيقة. فالحق العيني الذي يتقرر لصالح المرتهن بمقتضى عقد الرهن على المرهون ، لا يتعلق بذات المرهون، ولكنه يتعلق بماليته وهذا ما يميزه عن الحق العيني الأصلي المتعلق بذات العين، فالرهن لا يتصور وجوده مستقلا بل لأبد لوجوده من وجود دين، وهو المرهون به فيكون الرهن تابعا له.

والحق في الوثيقة باعتباره حقا عينيا، يمنح الدائن المرتهن سلطة مباشرة في استيفاء حقه من القيمة المالية للمرهون، وله بمقتضى الحق العيني حق أفضلية وتقدم على تلك القيمة المالية لاستيفاء حقه منها، فلا يزاومه أحد في ذلك من بقية غرماء المدين أي بقية الدائنين. والرهن في الفقه الإسلامي يرد على كل مال يمكن رهنه كما هو الشأن في القانون المدني.

ولما كانت الأموال القابلة للرهن لا تخرج عن أن تكون عقارا أو منقولا فإنني أقسم هذا المبحث إلى مطلبين أخص المطلب الأول برهن العقار والمطلب الثاني برهن المنقول

## **المطلب الأول**

### **رهن العقار حيازيا في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري**

لم يخصص علماء الفقه الإسلامي مصطلحا بإسم رهن العقار ولكن حديثهم عن الرهن كان عموما من غير تخصيصه بفرع، هل هو رهن عقار أم منقول، وإنما اكتفوا بتعريف الرهن على أنه: ( توثيق دين بعين يمكن استيفاءها منها أو من بعضها إذا تعذر الوفاء منه ) ، فالرهن الحيازي الذي يقابل الرهن في الفقه الإسلامي بغض النظر على نوع المال الذي يكون محلا له، إذ يكفي إسقاط الشروط التي حددها الفقهاء على المال المرهون ليتحقق الرهن.

أما في القانون المدني الجزائري فقد خص المشرع رهن العقار حيازيا بثلاث مواد هي:

- 1- المادة: 966 وهي خاصة بنفاذ رهن العقار في حق الغير
- 2- المادة: 967 وتتعلق بجواز تأجير العقار المرهون حيازيا للراهن.
- 3- المادة: 968 وتتضمن وجوب صيانة وحفظ العقار المرهون ودفع ما يترتب عليه من ضرائب وتكاليف.

ومن المعلوم أن الرهن الحيازي لا ينفذ في حق الغير إلا إذا انتقلت حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن ، أو ما يسميه علماء الفقه الاسلامي بالقبض<sup>(1)</sup> ، إلا أن القانون المدني شذ عن هذه القاعدة وأضاف إلى شرط القبض شرطا آخر وهو القيد الذي هو

إجراء معاملة يتميز به القانون المدني وتمشيا مع ما ذهب إليه المقنن المدني من تخصيص رهن العقار حيازيا من أحكام خاصة به والمتمثلة في قيده وجواز تأجيله إلى الراهن وأخيرا وجوب صيانتها وحفظه لذلك قسمت هذا المطلب إلى أربعة فروع أخص أحكام قيد رهن العقار بفرع أول وجواز تأجيله بفرع ثاني ولصيانتها وحفظه فرعا ثالثا ثم أعقد فرعا رابعا للموازنة.

## الفرع الأول

### خضوع رهن العقار حيازيا للقيد في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

يشترط لنفاذ الرهن الحيازي عموما أيًا كانت طبيعة المال المرهون سواء كان عقارا أو منقولاً انتقال حيازة الشيء المرهون إلى المرتهن أو إلى عدل<sup>(2)</sup> يرتضيه المتعاقدان بغرض إعلان الغير بتعلق المرتهن بالشيء المرهون، برغم بقاء الشيء المرهون على ملكية الراهن، غير أن القانون المدني لم يكتف بشرط انتقال حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى العدل ونص صراحة على وجوب قيد عقد الرهن العقاري إلى جانب الشرط المتفق عليه فقها وقانونا فنص المادة 966 ق.م.ج على ما يلي: (يشترط لنفاذ عقد الرهن العقاري في حق الغير، إلى جانب تسليم المالك للدائن، أن يقيد عقد الرهن العقاري، وتسري على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي)<sup>(3)</sup>.

فبجانب انتقال حيازة المرهون لا بد لنفاذ الرهن الحيازي الوارد على العقار من قيد عقد الرهن بحيث لا ينفذ الرهن إلا باجتماع هذين الشرطين ومن تاريخ اجتماعهما<sup>(4)</sup>.  
ويقيد عقد الرهن الحيازي الوارد على العقار على الوجه الذي يقيد به عقد الرهن الرسمي<sup>(5)</sup> تطبيقاً لحكم الإحالة الوارد في نص المادة 966 أعلاه.

ومنه يلزمنا الرجوع إلى المبادئ الأساسية لقيد الرهن الرسمي المنصوص عليه بالمادة 905 ق.م.ج التي تقضي بما يلي: (تسري على إجراء القيد وتجديده وشطب وإلغاء الشطب

1- إتفق فقهاء المذاهب الأربعة على إلزامية تحقق القبض مع اختلافهم حول مكانته، فذهب رأي إلى أن القبض شرط لصحة الرهن وهو رأي الحنفية والحنابلة (انظر الفتاوى الهندية ج 5 ص 437 / وذهب رأي آخر إلى أن القبض شرط في لزوم الرهن من جهة الراهن، فالعقد صحيح ولكنه لا يلزم إلا بالقبض وهذا هو رأي معظم الحنابلة والشافعية وبعض الحنفية - انظر العدة شرح العمدة لبهاء الدين بن إبراهيم المقدسي ص 246، بدائع الصنائع للكاساني ج 6 ص 127) وذهب رأي ثالث إلى أن القبض شرط لكامل العقد وتماحه وتخلف القبض يؤدي إلى عدم جواز الاحتجاج بالعقد وهذا هو رأي المالكية وحاد الأراء عند الحنابلة انظر (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 3 ص 213 - شرح الخرشي على مختصر خليل ج 5 ص 245 / بداية المجتهد ونهاية المقتصد للقرطبي ج 2 ص 247 - وانظر أيضا المغني لابن قدامة ج 4 ص 368.  
2- العدل هو شخص أجنبي عن العقد يتفق عليه المتعاقدان كأمين على المال المرهون.  
3- الأمر 75-58 المؤرخ في 26-9-1975 المتضمن القانون المدني.  
4- همام محمد محمود زهران : التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف الإسكندرية، 2001، ص 623.  
5- السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ج 10، ص 884.

والآثار المترتبة على ذلك كله، الأحكام الواردة في قانون تنظيم الشهر العقاري<sup>(1)</sup> ولقد أحال القانون المدني الجزائري إلى قانون تنظيم الشهر العقاري في شأن القواعد المنظمة للقيد، ومؤدى ذلك أن جميع أحكام قيد الرهن الرسمي، من إجراءات وتجديد وشطب وإلغاء تطبق بشأنها قواعد قانون تنظيم الشهر العقاري، وهي الإجراءات نفسها المطبقة على رهن العقار حيازياً، ومن هنا وجب التطرق إلى إجراءات القيد المنصوص عليها في قانون تنظيم الشهر العقاري في ثنايا البنود التالية.

### **البند الأول : إجراءات القيد**

تطبيقاً لأحكام المادة 905 ق.م.ج المشار إليها آنفاً فإنه يتعين تناول النقاط التالية بالشرح والتحليل.

1- **الجهة المختصة بإجراء القيد** : يتم القيد في مكتب الشهر العقاري الكائن العقار في دائرة اختصاصه الإقليمي فإن كان العقار المرهون واقعا في أكثر من مكتب شهر ، وجب إجراء القيد في كل مكتب<sup>(2)</sup> ولا يغني القيد الحاصل في أحد مكاتب الشهر أجزاء العقارات الواقعة خارج حدود الإختصاص الإقليمي له<sup>(3)</sup>

ولقد حدد المشرع بالمادة 99 من المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري أجل إتمام إجراءات القيد من يوم تاريخ إبرام العقود، وذلك مراعاة لمصلحة الدائن المرتهن حتى تتقرر مرتبته على هذا العقار، ولذلك يجب على الدائن المرتهن أن يبادر إلى قيد رهنه بمجرد انعقاد الرهن صحيحاً<sup>(4)</sup>.

وإذا كان إجراء قيد الرهن حقا مقرا للدائن المرتهن إلا أن استثناءات قد ترد على هذا الحق فتغل يد المرتهن وتمنع نفاذ القيد ومن ذلك شهر إفلاس الراهن أو موته أو إنقضاء الدين المضمون بالرهن أو تسجيل تنبيه بنزع ملكية العقار المرهون إلى غير ذلك من الاستثناءات.

أ- **شهر إفلاس الراهن** : قد يحدث أن يصدر حكم بشهر إفلاس المدين الراهن قبل أن يقوم الدائن المرتهن بأجراء قيد الرهن في مكتب الشهر العقاري فيمنع من إتمام قيد الرهن حتى يتساوى دائنوا المفلس ، وللحيلولة دون وقوع غش يراد به المفاضلة بين دائن وآخر.

ب- **موت الراهن** : إذا تم قيد الرهن قبل وفاة الراهن فيرتب القيد أثره من وقت إجرائه، أما إذا لم يقيد الرهن قبل وفاة الراهن، فإن الرهن لا يكون نافذاً في حق الدائنين الآخرين،

1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-9-1975 المتضمن القانون المدني.

2- سي يوسف زاهية : عقد الرهن الرسمي ، المرجع السابق ، ص 107.

3- همام محمد محمود زهران : التأمينات العينية والشخصية ، المرجع السابق ، ص 345.

4- سي يوسف زاهية : المرج نفسه، ص 108.

وأن الدائن المرتهن يكون في هذه الصورة متساويا مع الدائنين العاديين دون أن يتمتع بأي امتياز.

ج - **تسجيل التنبيه بنزع ملكية العقار المرهون:** إن الرهن الذي لم يتم شهره إلا بعد تسجيل التنبيه بنزع الملكية فهو لا ينفذ في حق الدائنين وفي حق الغير الذي قام بتسجيل نزع الملكية<sup>(1)</sup>

2- **طالب القيد :** إن طالب القيد قد يكون الدائن المرتهن وقد يكون وكيله الذي ينوب عنه بمقتضى وكالة عامة على اعتبار القيد ليس عملا من أعمال التصرف فلا تشترط فيه الأهلية الكاملة لأنه عمل نافع نفعاً محضاً ومن ثم يجوز أن يكون طالب القيد ناقص الأهلية كما يجوز لخلف<sup>(2)</sup> الدائن المرتهن أن يطلب قيد الرهن المقرر لمصلحته ويجوز أيضاً للراهن أن يطلب قيد الرهن ما دامت مصاريف القيد وتجديده وشطبه تقع عليه، فحتى يستفيد من السلطات الممنوحة له على العقار المرهون من مصلحته أن يسارع إلى طلب القيد.

3- **كيفية القيد:** يتم القيد على مرحلتين:

أ- **المرحلة الأولى :** وفيها يقوم محافظ الشهر العقاري بفحص طلب القيد المقدم من طالبه والتأكد من صلاحيته للشهر من الوجهة القانونية، من حيث مدى اشتماله على البيانات الأساسية التي تضمنتها الجداول المنصوص عليها بالمادة 24 وما بعدها من المرسوم رقم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري كتحديد نطاق الوحدة العقارية ونوعها وتعيين المالك ، وحقوق الارتفاقات والأعباء العقارية والإجراءات وكذلك الامتيازات والرهن.

ب- **المرحلة الختامية:** إذا ما فرغ محافظ الشهر العقاري من الفحص والتحري أشر على طلب القيد بقبول إجراء الشهر عندئذ يتعين على صاحب الشأن تقديم مشروع المحرر المراد شهره<sup>(3)</sup> متضمناً البيانات والشروط التي حددتها المادة 93 من المرسوم 63-76 بقوله: ( يمكن أن يطلب بمجرد تقديم الأصل أو صورة رسمية لحكم أو لعقد ينشئ إمتيازاً أو رهناً ما يلي:

- تسجيلات الرهن العقاري.

- تسجيلات الإمتيازات أو الرهن القانونية.<sup>(3)</sup>

ومن أجل الحصول على تسجيل هذه الإمتيازات أو الرهن يودع الدائن إما بنفسه أو بواسطة الغير، جدولين موقعين ومصدقين ومصححين بكل دقة، ويكون أحد الجدولين محرراً لزوماً على استمارة تقدمها الإدارة.

1- همام محمد محمود زهران : التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق، ص 447.

2- خلف الشخص قد يكون عاماً وقد يكون خاصاً، فالخلف العام يقصد به الورثة الشرعيين أما الخلف الخاص فيقصد به الدائنين ( الباحث)

3- المرسوم 63-76 المؤرخ في 25-3-1976 والمتعلق بتأسيس السجل العقاري .

ويحتوي كل من الجدولين على الخصوص:

- 1- تعيين الدائن والمدين طبقا للمواد من 61 إلى 65.
- 2- اختيار الموطن من قبل الدائن في أي مكان من نطاق اختصاص المجلس القضائي لموقع الأملاك.
- 3- ذكر التاريخ ونوع السند وسبب الدين المضمون بواسطة الامتياز أو الرهن .
- 4- ذكر رأسمال الدين ولواحقه والفترة العادية لوجوب أدائه .
- وفي جميع الفرضيات ، فإنه يجب على الطالب أن يقدر الربوع والخدمات والحقوق غير المحددة أو المحتملة أو المشترطة.
- 5- تعيين كل من العقارات التي طلب التسجيل من أجلها وذلك طبقا للمادة 66 من مرسوم تأسيس السجل العقاري ويذكر في شهادة التصحيح لقب وإسم ومهنة وموطن الموقع وتتضمن عدد الإحالات والكلمات المشطوبة والمصادق عليها.
- ويرجع أحد الجدولين إلى المودع بعد أن يؤشر عليه المحافظ يثبت فيه تنفيذ الإجراء، والآخر الذي يحمل تأشيرة التصديق على هوية الأطراف، وعند الاقتضاء، على الشرط الشخصي، يحتفظ به في المحافظة ويرتب ضمن الوثائق، ويرتب على تخلف أحد البيانات المشار إليها بالمادة 93 أعلاه رفض الإيداع، وهذا ما قضت به المادة 92 فقرة أخيرة بقولها: ( وكل عقد للرهن يجب أن يشتمل على البيانات المنصوص عليها في الفقرة الثالثة (من 1 إلى 5) من المادة 93 وذلك تحت طائلة رفض الإيداع) (1).

### **البند الثاني : تجديد القيد**

لا يكفي إجراء القيد مرة واحدة، بل يلزم تجديده كل عشر سنوات (2) والتجديد واجب استنادا لنص المادة 96 من المرسوم 63-76 الذي يقضي بما يلي: ( تحتفظ التسجيلات بالرهن والامتياز طيلة 10 سنوات ابتداء من تاريخها، ويقف أثرها إذا لم يتم تجديد هذه التسجيلات قبل انقضاء هذا الأجل) (3) وهذا النص يقابل نص المادة 43 من قانون الشهر العقاري المصري

1- المرسوم 63-76 المؤرخ في 25-3-1976 والمتعلق بتأسيس السجل العقاري .  
2- سي يوسف زاهية : عقد الرهن الرسمي، المرجع السابق ص 115.  
3 - المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25-3-1976 والمتعلق بتأسيس السجل العقاري .

الذي ينص على أنه : ( يسقط القيد إذا لم يتجدد في خلال 10 سنوات من تاريخ إجراءاته، على أن للدائن أن تجري قيدها جديدا إن أمكن ذلك قانونا، وتكون مرتبته من وقت إجراءاته، وكل تجديد لا يكون له أثر إلا لمدة عشر سنوات من التاريخ الذي أجري فيه )<sup>(1)</sup>.

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

أما إذا لم يقع التجديد خلال المدة المحددة قانونا أعتبر القيد كأن لم يكن، وسقوط القيد لعدم التجديد يفضي إلى تعرض حق الدائن للضياع، أما إذا قام الدائن بتجديد القيد بعد فوات المدة القانونية، فإنه يفقد المرتبة التي اكتسبها عند القيد الأول وتحسب مرتبته من تاريخ التجديد اللاحق.

### **البند الثالث : محو القيد**

قد ينقضي الدين المضمون بالرهن بأحد أسباب الانقضاء كالوفاء بالدين أو المقاصة أو الإبراء أو سقوط الدين بالتقادم فلا يبقى مبررا لاستمرار القيد فيتم محوه بالتأشير على هامشه بما يفيد عدم اعتباره قانونا<sup>(2)</sup>.

وقد يكون المحو ضروريا بسبب انقضاء الرهن رغم بقاء الدين صحيحا، كما لو تنازل المرتهن عن الرهن.

وقد يكون الدين صحيحا قائما، وكذلك الرهن صحيحا قائما<sup>(3)</sup> ولكن يكون القيد غير صحيح فيلزم في هذه الحالة محوه، أي أن القيد يحى إما لسبب يتعلق بالدين المضمون وإما لسبب يتعلق بالعقار المرهون وإما لسبب يخص القيد نفسه.

محو القيد يتم عبر أحد الطريقتين طبقا لما جرى به العمل واستقر عليه العرف وهما الطريق الإختياري والطريق القضائي.

**1- الطريق الإختياري:** ويكون من خلاله محو القيد برفعه ممن يملكه بتراضي المتراهنين بمقتضى محرر رسمي على سبيل التقابل مع الرسمية اللازمة لإنشاء القيد، كما يجب أن يكون الرضا خاليا من العيوب وأن تتوفر له الأهلية اللازمة لمباشرته.

**ب - الطريق القضائي:** إذا زال القيد وزالت مبررات بقاءه، وتعذر المحو الإختياري بأن رفض الدائن محو القيد، جاز لكل ذي مصلحة أن يلجأ للقضاء بغرض استصدار حكم بمحو القيد<sup>(4)</sup>، أي أن المحو في هذه الحالة يكون بناء على حكم صادر من القضاء وتكون المحكمة موقع العقار هي المختصة بالفصل في دعوى المحو.

1- السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق، ج 10، ص 469.

2- همام محمد محمود زهران : التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 469.

3- السنهوري : المرجع نفسه ، ص 481.

4 - سي يوسف زاهية : عقد الرهن الرسمي، المرجع السابق ص 115.

## البند الرابع :إلغاء المحو بعد حصوله

مر معنا أن المحو يحصل إما بسبب يرجع إلى الدين المضمون وإما لسبب يرجع إلى العقار المرهون وإما لسبب يرجع إلى القيد ذاته، وأيا كان سبب المحو، فقد يكون غير صحيح مما يستوجب إلغاء المحو بعد حصوله، فمتى وجد سببا لإلغاء المحو ترفع دعوى بذلك.

ويترتب على إلغاء المحو اعتباره كأن لم يكن وبذلك يعود القيد وتعود له مرتبته الأصلية (1) .

ويحدد في الموعد القانوني المحدد، غير أن ذلك قد يؤثر في حقوق الدائنين الذين اكتسبوا حقوقا خلال الفترة بين محو القيد وإلغاء المحو وهي إشكالية قد تؤثر في الأثر الرجعي لإلغاء المحو وحسما في هذه المسألة وتوفيقا بين مصلحة الدائن المرتهن الذي استعاد مرتبته بعد إلغاء المحو ومصلحة الغير حسن النية الذي اكتسب حقا عينيا على العقار بعد المحو وقبل إلغاءه فإن للأثر الرجعي لمحو القيد استثناء بخصوص الدائنين الذين لهم قيود صحيحة ، في الفترة ما بين المحو وإلغاءه.

وخلاصة القول: أنه متى انعقد القيد صحيحا وتم قيده فإن للدائن المرتهن ميزتي التقدم والأفضلية؛ بحيث يكون له حق تتبع العقار واستعمال هذا الحق في مواجهة المتصرف إليه متى كان قيد رهنه قبل تسجيل هذا الأخير لحقه.

## الفرع الثاني

### جواز إعادة العقار المرهون حيازيا للراهن في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

إن ضرورة تسليم محل الرهن إلى المرتهن سواء اعتبر عقد الرهن عقدا عينيا أو عقدا رضائيا، تستلزم استمرار قبض المرتهن للمرهون دون انقطاع، وفي حال عودة المرهون إلى راهنه، للمرتهن أن يلزم الراهن بإعادة المرهون إلى حيازته استنادا للالتزامات التعاقدية التي تربطهما، ما لم يكن سبب عودة المرهون إلى راهنه مشروعا ولمدة محددة وجب انتهاءها قبل حلول أجل الالتزام المضمون، وذلك لأن الأصل في عودة المرهون إلى الراهن يفضي إلى إنقضاء الرهن بصفة أصلية أو تبعية، ما لم يثبت ذو المصلحة خلاف ذلك<sup>(2)</sup>، غير أن هذا الأمر ليس مطلقا، بل ورد عليه استثناء سواء ما جاء في قواعد الفقه الإسلامي أو ما قررته نصوص التشريعات المدنية بخصوص جواز إعادة العقار المرهون حيازيا إلى الراهن.

1- همام محمد محمود زهوان - الحقوق العينية والشخصية - المرجع السابق - ص. 474.  
2- السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج 10، ص 791.



ففي الفقه الإسلامي وجدت أنه أسقط أحكامه على الرهن بصفة عامة بغض النظر عن نوع المال المرهون سواء كان عقارا أو منقولا أو دينيا، ولكنه عني ببحث مسألة عودة الشيء المرهون إلى راهنه ووقف فقهاؤه من هذه المسألة مواقف متباينة. مع أنهم لم يميزوا بين أنواع العقود التي ترد على محل الرهن إذا عاد إلى راهنه برضا المرتهن من منظور إمكانية الكشف على هذه العقود بالاطلاع على السجل الذي تشهر فيه التصرفات الواردة على العقار، لأن هذا الإجراء لم يكن حين تصدى الفقهاء المسلمون لبحث ودراسة عقد الرهن وجزئياته<sup>(1)</sup> ويمكن حصر هذه الآراء في موقفين :

**أولهما** وهو ما قال به فقهاء الحنفية<sup>(2)</sup> والشافعية<sup>(3)</sup> والحنابلة<sup>(4)</sup> ومضمونه يتلخص في محل الرهن إذا عاد إلى الراهن برضا المرتهن فإن لزمه باق وكذلك نفاذه في مواجهة الغير<sup>(5)</sup> لأن العقد لم يطرأ عليه ما يبطله، وان يد المرتهن لا تزال عن الرهن إلا للإنتفاع لأنه الركن الأساسي في التوثق<sup>(6)</sup> ويبقى المرتهن أحق به من سائر الغرماء، ولا يتغير من حق المرتهن شيء إذا عاد محل الرهن إلى راهنه بإذن المرتهن ورضاه ما دام لم يقصد بذلك التنازل عن الرهن.

**ثانيهما** وهو ما قال به فقهاء المالكية فهم وإن شايعوا أصحاب الرأي الأول فيما ذهبوا إليه من أن عودة المرهون إلى راهنه تؤثر في لزمه وبالترعية نفاذه في مواجهة الغير، طالما أن المرتهن بإمكانه استعادة المرهون من الراهن، إلا أنهم اختلفوا فيما إذا كانت عودة المرهون إلى راهنه على سبيل الإعارة المطلقة فأوجبوا في هذه الحالة بطلان الرهن وسقوط نفاذه في مواجهة الغير، لكنهم اشترطوا لبقاء المرهون المعار إلى الراهن تقييد الإعارة بعمل محدد وزمن ينتهي قبل حلول أجل الدين<sup>(7)</sup>.

وفي القانون المدني الجزائري فإن القاعدة العامة هي استمرار الحيازة كوسيلة لإعلام الغير ويترتب على عودة المرهون إلى راهنه باختيار المرتهن عدم سريان الرهن في مواجهة الغير أيا كان سبب هذه العودة ، إذ بعودته يفهم أن المرهون لم يعد خالصا من القيود التي تنقله، غير أن القانون استثنى من هذه القاعدة حالة ما إذا كان المرهون عقارا، وأجره المرتهن للراهن وتم إشهار هذا الإيجار، فإن الرهن يبقى لازما في مواجهة الغير.

1- إن عدم إقرار الفقه الإسلامي لنظام الشهر العقاري لا يعني إنكاره بل لا شك في إجازته ما دام يصل إلى رفع الجهالة وحسم النزاع وإنهاء الخصومة (الباحث).

2- السرخسي : المبسوط ، المرجع السابق ، ج 21 ، ص 106 / و أيضا بدائع الصنائع ، المصدر السابق، ج 6، ص 156، وكذلك درر الحكام ، المصدر السابق ، الكتاب الخامس ، ص 161

3- الجبرمي : حاشية الجبرمي على المنهج ، المصدر السابق، ج 2 ، ص 338/ و أيضا فتح العزيز شرح الوجيز ، المصدر السابق ، ج 10 ، ص 108، وكذلك كتاب الأم للشافعي ، المصدر السابق ، ج 3 ، ص 140

4- البيهوتي : كشف القناع ، المصدر السابق، ج 3، ص 333

5- حسين حامد حسان: الرهن الوارد على الأعيان، دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة القانون والإقتصاد ، العدد 3 و 4، السنة 40 ، ص من 1 إلى 120، سنة 1971 .

6- الجبرمي : حاشية الجبرمي ، المصدر نفسه، ج 2، ص 340.

7- الصاوي : بلغة السالك، المصدر السابق، ج 2، ص 113.

وفي هذا الصدد تقضي المادة 967 ق.م.ج بأنه: (يجوز للدائن المرهن لعقار أن يؤجر العقار إلى الراهن دون أن يمنع ذلك من نفاذ الرهن في حق الغير، فإذا اتفق على الإيجار في عقد الرهن وجب ذكر ذلك في العقد ذاته، وإذا اتفق عليه بعد الرهن وجب أن يؤشر به في هامش القيد، ولا يكون هذا التأشير ضروري إذا جدد الإيجار تجديداً ضمياً)<sup>(1)</sup>.

فمن هذا النص يستنتج أن المشرع المدني أباح للمرتهن أن يؤجر المرهون إلى الراهن شريطة أن يكون عقاراً، مع وجوب التأشير في سند الرهن أن العقار المرهون مؤجر للراهن إذا كان الاتفاق على الإيجار تم وقت إبرام عقد الرهن، أما إذا حصل الاتفاق على الإيجار عقب عقد الرهن، فيجب أن يؤشر هذا الإيجار في هامش القيد في سجل مكتب الشهر العقاري.

فإذا حصل شهر إيجار العقار المرهون سواء بذكره في سند الرهن أو بالتأشير على هامش القيد، فإن هذا الشهر يحقق الغاية التي يهدف إليها المشرع من خلال شهر الرهن وإعلام الغير به، ولأن كل تصرف يرد على العقار لا يمكن سريانه في مواجهة الغير إلا إذا روعيت فيه إجراءات الشهر، فبالشهر يتمكن كل من يتعامل مع الرهن من الاطلاع على البطاقة المخصصة للعقار فيعرف ما ينقله من حقوق وما يترتب عليه من التزامات أو ارتفاقات، وبهذا النص القانوني الصريح لم يعد ما يحول بين المرتهن وبين أن يؤجر العقار المرهون للراهن، ويبقى مع ذلك عقد الرهن سارياً في مواجهة الغير.

وفي تبرير هذا المسلك من المقتن المدني، يقول الدكتور جميل الشرفاوي: (... وقد أعان على تقرير هذا الحكم، أن الحيازة في رهن العقار ليست الوسيلة الوحيدة لإعلام الغير بحق الدائن المرتهن إذ يوجب القانون قيد حق الرهن الحيازي لنفاذه على الغير، مما يمكن أن يعني عن اشتراط تخلي الراهن عن الحيازة، ولكن القانون أبقى شرط تخلي الراهن عن الحيازة في رهن العقار لنفاذ الرهن على الغير كقاعدة أصلية وأباح استثناء تأجير العقار المرهون للراهن نفسه، على أن يشهر هذا التأجير مع قيد الرهن ابتداءً إذا تم الاتفاق على الإيجار بعد الاتفاق على الرهن وقيده)<sup>(2)</sup>، وما ذلك إلا أن الدائن المرتهن حتى وإن أجز العقار المرهون إلى الراهن فإنه يبقى هو الحائز القانوني للمرهون<sup>(3)</sup> وما حيازة الراهن إلا حيازة عرضية بصفته مستأجراً<sup>(4)</sup>.

ويمكن القول بأن هذا الاستثناء الذي قرره المشرع للمرهون إذا ما كان عقاراً علقته تكمن في مصلحة كل من طرفي عقد الرهن وكذلك الغير، ففي جانب المرتهن قد لا تسمح له

1 - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-9-1975 المتضمن القانون المدني.  
2 جميل الشرفاوي : دروس في التأمينات ، المرجع السابق ، ص 374 / وكذلك محمد لبيب شنب ، دروس في التأمينات العينية ، المرجع السابق ، ص 173 / وجاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ما يلي: ( يجوز للمرتهن أن يشهر الإيجار إما بذكره في القيد نفسه إذا اتفق عليه عند الرهن، أو بالتأشير به على هامش القيد إذا اتفق عليه بعد ذلك ، انظر ج 7 ، ص 252).  
3- السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، المصدر السابق ، ج 10 ، ص 886.  
4- علي علي سليمان : شرح القانون المدني الليبي ، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، منشورات بن غازي، ص 566.

إمكانياته باستغلال العقار بنفسه واستثماره، أو قد لا يجد المستأجر الذي يجمع بين دفع أكبر أجر والمحافظة على العقار المرهون وتأمين الحصول على أفضل غلة<sup>(1)</sup>. وفي جانب الراهن يجعله هذا الاستثناء أكثر اطمئنانا على ملكه بمباشرة استغلاله واستثماره بنفسه وفق ما كان عليه الحال قبل رهنه، كما أن استغلاله بنفسه سيجعله يعمل على تحقيق أكبر قدر من الغلة على اعتبار أن هذه الغلة ستخصم من أصل الدين المضمون<sup>(2)</sup>.

وأما الغير فلا يحق به أي ضرر لأن باستطاعته أن يعرف طبيعة يد الراهن على العقار بمجرد الكشف والإطلاع على بطاقته في مكتب الشهر العقاري، فيكون بذلك على بينة من أمره في تعامله مع الراهن<sup>(3)</sup>، ولأن المألوف عند الناس وما جرى به العمل أن كل فرد يعنيه أمر عقار معين تحت يد آخر أن يكشف على حالته القانونية بسلوك الطريق الذي رسمه القانون وذلك بطلب معلومات على هذا العقار من الدوائر المختصة. فتجريد الراهن من حيازة العقار المرهون لم يعد هو المظهر الأساسي والوحيد لإعلام الغير بما يتقله من حقوق لآخرين، والعقار الذي قصده المشرع قد يكون أرض أو بناء أو نحو ذلك.

## **الفرع الثالث**

### **وجوب الصيانة والحفظ في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري**

الدائن المرتهن لعقار ملزم بحفظ هذا العقار وصيانته ودفع المصروفات اللازمة لذلك كما يلتزم أيضا بأن يدفع سنويا المستحقات الضريبية، وله أن يرجع بما أنفقه على غلة العقار إن كانت تفي أو على الشيء ذاته. وهذا الإلتزام ناجم وتابع لما أجمع عليه الفقهاء المسلمين من ضرورة حبس المرتهن بالشيء المرهون حتى يستوفي دينه، ولبحث وبسط واجب الصيانة والحفظ يتعين التطرق للمسائل التالية :

- النفقات والتكاليف ومن يتحملها.
  - المسؤولية عن الإخلال بواجب الحفظ والصيانة .
- على أن تتم معالجة كل مسألة في بند خاص في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني.

1- عبد الفتاح عبد الباقي: الوسيط في التأمينات العينية ، المرجع السابق ، ص 253.  
2- جميل الشرفاوي : دروس في التأمينات ، المرجع نفسه .  
3- جميل الشرفاوي : المرجع نفسه.

## البند الأول: أساس الإلتزام بحفظ العقار المرهون ومعياري تحقيقه

اتفق علماء الفقه الإسلامي على أن للدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون عموماً حتى يستوفي كامل حقه المضمون به (1).

ومتى كان المرهون محبوساً تحت سيطرة الدائن المرتهن فإن ذلك يستتبع إلتزامه بحفظه وصيانته حتى يردّه إلى المدين الراهن بنفس الحالة التي تسلمه عليها وهذا ما عبر عنه الكاساني بقوله: ( والحفظ على المرتهن حتى ولو شرط الراهن للمرتهن أجراً على حفظه محفظه، لا يستحق شيئاً من الأجر لأن حفظ الرهن عليه، فلا يستحق أجراً بإتيان ما هو واجب عليه) (2).

ويتأسس التزم المرتهن بحفظ المرهون على أساس أن محل الرهن يعتبر بمنزلة الوديعة في يده (3) وكل ما كان بهذه المنزلة فإنه يجب على الحائز حفظه وصيانته (4) ويستتبع التزم المرتهن بالحفظ والصيانة ، واجب قيامه بكل ما يلزم للوفاء بهذا الإلتزام. وأما معيار الإلتزام فإنه وبحسب ما أفصحت عنه نصوص الفقه الإسلامي فهو معيار شخصي على اعتبار أن التزم الدائن المرتهن بحفظ المرهون هو بدرجة تماثل حفظه لماله (5).

ولا غرو في أن مستوى حفظ الإنسان لماله تختلف من شخص إلى آخر ، فمنهم من يحتاط بدرجة كبيرة فيتخذ التدابير القوية التي تكفل صيانة أمواله من الضياع والتلف، ومنهم من تكون درجة عنايته متوسطة ومنهم المتهاون والغير المهتم مما يعرض أمواله للضياع. وبخصوص حفظ المرهون فإنه يتعين توفر حد أدنى من العناية التي لا تعبر على تقصير الشخص في عرف الناس.

ومع أن الفقه الإسلامي تطلب حفاظ المرتهن على المال المرهون كما يحافظ على ماله، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من النظر إلى معيار الحفظ والصيانة على أنه معيار موضوعي ، ينظر فيه إلى بذل عناية الشخص المعتاد على أساس أن ذلك يمثل الحد الأعلى لتلك العناية.

1- المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدئ ، ط1، مطبعة السعادة، 1936، ج 4 ، ص 96 ، حيث جاء فيه : ( وإن كان الرهن في يده ليس عليه أن يمكنه - أي الراهن - من البيع بقضيه الدين لأن حكمه الحبس الدائم إلى أن يقضى الدين على ما بيناه ولو قضاه البعض فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية اعتباراً بحبس المبيع ) ، وكذلك ما جاء في بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي، ط 1952، ج 2 ، ص 108 حيث جاء فيه ( ولا يكون له، أي الدائن المرتهن } ، حبسه حتى يستوفي حقه أو منافعه) وفي نفس المعنى حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، طبعة دار إحياء الكتب العربية، ج 3 ، ص 232.

2- الكاساني: بدائع الصنائع ، 1971، مطبعة الإمام، نشر زكريا يوسف، ج 8 ، ص 3753/ وفي نفس المعنى محمد اطفيش في شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج 11 ، ص 174 ، حيث جاء فيه ( على المرتهن حرز الرهن، حفظه، كيف شاء) و أيضاً المادة 722 من مجلة الأحكام العدلية التي قضت بأنه: ( على المرتهن أن يحفظ الرهن).

3 - الشافعي : كتاب الأم ، جزء 3 ، ص 148/ وأيضاً الفتاوى الهندية ، ج 5، ص 465 حيث جاء فيها ( اعلم بان عين الرهن أمانة في يد المرتهن بمنزلة الوديعة)

4- ابن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، المصدر السابق، ج 4 ، ص 1440 ، حيث جاء فيه (وبالجملة فعند الجميع انه يجب عليه أن يحفظها بما جرت به عادة الناس أن تحفظ أموالهم).

5- ابن قدامة : المغني، طبعة دار المعرفة، بيروت ، بدون تاريخ، ج 4 ، ص 410 حيث جاء فيه : ( فان كان تلفه بتعد أو تفريط في حفظه ضمن، لا نعلم في ذلك خلاف لأنه أمانة في يده فلزمه ضمانه إذا تلف بتعديه أو تفريطه كالوديعة) / وكذلك شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج 11 ص 174 ، حيث جاء فيه ( على المرتهن حرز الرهن كيف شاء ومحلّه - أي عليه محلّه أي مكان حرزه ، وان عن زوجته كماله) / وكذلك فتح العزيز في شرح الوجيز ، مطبعة التضامن الأخوي، ج 10 ، ص 139.

وفي القانون المدني الجزائري يجد التزام المرتهن بحفظ العقار المرهون أساسه في نص المادة 968 التي تنص : ( تجب على الدائن المرهن أن يقوم بصيانة العقار وبالنفقات اللازمة لحفظه ، وأن يدفع ما يستحق سنويا على العقار من ضرائب وتكاليف ، على أن يستنزل من الثمار التي تحصلها قيمة ما افق أو يسوفي هذه القيمة من ثمن العقار في المرتبة التي تخولها له القانون .

وتجوز للدائن أن ينحلل من هذه الالتزامات إذا هو تخلى عن حق الرهن .<sup>(1)</sup>

ومن خلال النص يستخلص أن مضمون التزام الدائن المرتهن بحفظ وصيانة العقار يتمثل في ضرورة قيام الدائن المرتهن بجميع الأعمال اللازمة لبقاء العقار المرهون بالحالة التي تسلمه عليها فضلا عن التزامه بالحيلولة دون ما من شأنه أن يتسبب في هلاكه أو نقص قيمته ، حتى ولو أدى ذلك إلى بذل عناية تفوق بكثير تلك التي يمكن أن يبذلها في شأن المحافظة على أملاكه الخاصة.

كما يندرج في مضمون هذا الإلتزام عدم تصرف الدائن المرتهن في العقار المرهون ببيع أو هبة أو رهن أو أي عمل آخر من أعمال التصرف<sup>(2)</sup> .

كما يدخل في مفهوم هذا الإلتزام ضرورة إخطار الراهن وإشعاره بكل ما يهدد سلامة الشيء المرهون مما يحيق به من مخاطر قد تؤدي إلى هلاكه أو تلفه أو نقص في قيمته . وما من شك في أن التحقق من قيام الدائن المرتهن بواجبه في حفظ المرهون من عدمه ، إنما هو أمر يختلف باختلاف الأحوال والظروف ، والقول الفصل في ذلك لقاضي الموضوع<sup>(3)</sup> .

وتطبيقا لما تقدم فإن التزام الدائن المرتهن بالحفاظ على العقار يلزم بكل ما شأنه تحقق تلك المحافظة وفقا للمعيار المعتاد ، كأن يرمم العقار تجنباً لتلفه أو انهياره إن كان مبنى ، وإن كان أرضا زراعية التزم بحراثتها والاعتناء بها<sup>(4)</sup> .

كما يدخل في مدلول الحفظ للعقار القيام بدفع ما يستحق عليها من ضرائب وتكاليف تطبيقا لما نصت عليه المادة 968 ق.م.ج وذلك لأن الإخلال بهذا الإلتزام والتهاون في دفع المستحقات الضريبية قد ينجر عنه تعرض العقار للحجز ونزع الملكية .

1-الأمر 75- 58 المؤرخ في 26-9-1975 المتضمن القانون المدني.  
2- ومع أن هذا التصرف لا يكون نافذا في مواجهة المدين الراهن لصدوره من غير مالك متى كان محل الرهن عقارا إلا أنه إذا كان محل الرهن منقولا وكان من تصرف إليه المرتهن حسن النية، فإن هذا التصرف يكون صحيحا بالنسبة إليه، وتنعقد في تلك الحالة مسؤولية المرتهن عن قيمة محل الرهن في مواجهة مالكه لإخلال الأول بواجب الحفظ للشيء المرهون ( الباحث).  
و قريب من هذا المعنى انظر عبد الفتاح عبد الباقي في الوسيط في التأمينات العينية ، 1954 ، ص 278 / وأيضاً منصور مصطفى منصور في التأمينات العينية ، 1963 ص 222 / و محمود جمال الدين زكي في التأمينات الشخصية والعينية ، 1979 ص 402 .  
3- منصور مصطفى منصور: التأمينات العينية ، 1963 ص 220 / وأيضاً الدكتور عبد الناصر العطار في التأمينات العينية، ط 1980 ، ص 331 .  
4- جميل الشرفاوي : دروس في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني ، 1976 ، ص 246 / وانظر محمد لبيب شنب في دروس في التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق، ص 154 / وكذلك نادر عبد الناصر العطار في المرجع السابق، ص 230 .

كما يدخل في مفهوم التكاليف التي نصت عليها المادة 968 أعلاه ، رسوم عوائد المباني وضرائبها ورسوم وضرائب الأراضي الزراعية ونحوها (1).

وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن بذل العناية المطلوبة في الحفاظ على الشيء المرهون قد تتطلب خبرة خاصة لا تتوفر في الدائن المرتهن وأنذ لا تثريب على هذا الأخير في الاستعانة بمن هم أهل الخبرة في ذلك حتى تبرأ ساحتها من تهمة التقصير أو الإهمال في حفظ الشيء المرهون (2) وربما مساءلته باعتباره مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة (3).

وأما معيار تحقيق الإلتزام بحفظ الشيء المرهون فيقدره الفقهاء المسلمون على أنه التزام بتحقيق نتيجة ، فعند الحنفية يكون الإلتزام بنتيجة مهما كان نوع المال المرهون ولكن بالقدر الذي تكون فيه قيمة محل الرهن مساوية للحق المضمون ، أو أقل منه أي أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته ، ويد المرتهن على العين المرهونة أمانة (4) ( وهو مضمون بأقل من قيمته ومن الدين، فلو هلك وقيمه مثل الدين صار مستوفياً دينه، وهو في الأصل أمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير في واجب الحفظ والحماية) (5) ولعل سندهم في ذلك قول الرسول ﷺ للمرتهن الذي هلك عنده الفرس: ﴿ ذهب حقاك ﴾ (6) وقوله ﷺ ﴿ إذا هلك الرهن هلك الدين ﴾ (7).

أما المالكية فقد فرقوا بين ما يغاب عليه أي يمكن إخفاؤه وكتمه كالثياب والحلي والكتب والسلاح والمتاع ونحو ذلك، فجعلوا التزام المرتهن بحفظه وصيانته التزاماً بنتيجة أيضاً.

وقد روى عن الإمام مالك قوله: (إن ما يغاب عليه من الرهن مضمون على كل حال، قامت بينة على تلفه أم لم تقم) (8) .

وذهب رأي المذهب المالكي إلى أن هذا الضمان مشروط بعدم إقامة البينة على انتفاء التقصير، فإن استطاع المرتهن إقامة البينة بانتفاء تهمة التقصير فلا ضمان عليه (7).  
أما الأموال الظاهرة أو ما لا يغاب عليه من الأموال، والتي لا يمكن إخفاؤها كالحوان والسفينة الراسية والدور والسيارات فالترامه بالمحافظة عليه التزام بوسيلة،

1 - محمد لبيب شنب : دروس في التأمينات ، المرجع السابق، ص 154 / وانظر عبد الناصر العطار في المرجع نفسه ، ص 230 .

2- جمال الدين زكي : التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ، ص 402

3- محمد فوزي فضل الله : نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ، 1983 ، مكتبة التراث الإسلامي الكويت، ص.62

4 - الكاساني : بدائع الصنائع ، المصدر السابق ، ج 6، ص 151.

5- الكاساني : المرجع نفسه ، ص 154 ، وحديث ( ذهب حقاك ) رواه عطاء، وهو مرسل وقال عنه الدار قطني انه يرويه إسماعيل بن أمية وكان كذاباً، وقيل يرويه مصعب بن ثابت وكان ضعيفاً، ويحتمل انه أراد ذهب حقاك من الوثيقة بدليل انه لم يسأل عن قدر الدين وقيمه الرهن.

6- الكاساني : بدائع الصنائع ، المصدر نفسه.

7- التسولي : ( أبو الحسن علي بن عبد السلام)، البهجة شرح التحفة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1959 ، ج 1، ص 167.

8- احمد الصاوي : بلغة السالك، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 121 / والخرشي على مختصر سيدي خليل ، المصدر الأسبق ، ج 5 ، ص 256

حتى انه لو شرط في هذا النوع من الأموال لم يجز شرطه، إلا عند أشهب الذي أجاز هذا الشرط من الراهن فيضمن المرتهن حتى السوس إذا اتلف محل الرهن (1).  
وأما عن معيار تحقق الالتزام بحفظ الشيء المرهون ، فهو ما نصت عليه المادة 955 ق.م.ج بقولها : ( إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد وهو مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب لا يدل فيه ) (2).

فإذا كان المبدأ العام أن الالتزامات التي تترتب في ذمة المدين إما أن تكون التزامات بوسيلة أو التزامات بتحقيق نتيجة غير أن الملاحظ نص المادة 955 ق.م.ج وإن كان يبين التزام الدائن المرتهن بحفظ محل الرهن وصيانته أيا كان نوع المال المرهون فإن ما جاء في صدر النص يوحي بأن هذا الإلتزام التزام بوسيلة، فعليه أي المرتهن أن يبذل في حفظه وصيانته - أي محل الرهن - من العناية ما يبذله الشخص المعتاد وفي ختام النص يشدد هذا الإلتزام إلى أن يجعل الدائن المرتهن مسؤولاً عن هلاك محل الرهن أو تلفه.

ما لم يثبت الدائن المرتهن أن الهلاك أو التلف يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه، فإن هذا النص يجعل التزام الدائن المرتهن في بدايته التزاماً بوسيلة وفي نهايته التزاماً بغاية ولعل هذا ما جعل النقاش والجدال يثور بين فقهاء القانون الوضعي وشراحه ، إذ ذهب بعضهم إلى أن الدائن المرتهن لا يتحمل من مسؤوليته عن هلاك أو تلف المرهون ما لم يثبت أن ذلك راجع لسبب أجنبي ، وذلك على أساس أنه ملتزم برد محل الرهن إلى المدين الراهن، فما دام المرهون في يد المرتهن وتحت سيطرته فالأصل أن تبعة الهلاك تقع عليه ما لم يثبت أن الهلاك أو التلف كان بفعل الراهن أو بفعل أجنبي أو بقوة قاهرة (3).

وتبرير تحميل المرتهن عبء إثبات انتفاء تقصيره وتهاونه مرده إلى التزامه بحفظ المرهون وصيانته من جهة ولذلك يقع عليه عبء إثبات أن هلاك العقار المرهون أو تلفه لم يقع بخطئه، ومن جهة أخرى فهو ملزم برد المرهون عند انتهاء الرهن، فيجب عليه أن يثبت المانع القهري الذي حال بينه وبين الوفاء بهذا الإلتزام.

وبطبيعة الحال على الدائن المرتهن أن يثبت أن الهلاك سببه القوة القاهرة أو فعل الغير أو فعل الراهن، فإن عجز عن إثبات شيء من ذلك، كان مسؤولاً حيث كان ملزماً برد المرهون بالحالة التي تسلمه بها وقت الرهن.

1- القرطبي : الكافي في فقه أهل المدينة ، القسم الثاني، ص 817/ و أيضاً شرح الكبير للردبير ، بحاشية الدسوقي ، ج 3 ، ص 153

2- الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، مع أن القواعد العامة تجيز أن يتحمل الدائن المرتهن تبعة للهلاك حتى لو وقعت بسبب لا يد له فيه إذا ما تم الاتفاق على ذلك، وهو ما صرحته به الفقرة الأولى من المادة 178 ق.م.ج التي جاء فيها ( يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة .. ) ( الباحث ).

3- عبد الفتاح عبد الباقي : الوسيط في التأمينات ، المرجع السابق، ص 278.

ومن واجبه أيضا أن يثبت السبب الأجنبي الذي حال بينه وبين تنفيذ التزامه بالرد (1) ومن هؤلاء الفقهاء والشراح من اعتبر التزام الدائن المرتهن بالرد هو الالتزام الرئيسي وهو التزام بنتيجة أما التزامه بالمحافظة على العين المرهونة إلى حين ردها فهو التزام يكفي فيه إثبات قيامه ببذل عناية الرجل العادي (2) .

في حين يرى البعض الآخر أن الحكم الذي قرره المشرع في النص السالف يعتبر مثالا واضحا للمعيار الراجح الذي يأخذ به الفقهاء للتمييز بين الالتزامات ، لأن العبرة بمدى السيطرة على تحقيق الإلتزام المطلوب، فإن كانت العناية المطلوبة تقضي إلى تحقيق الغرض كنا بصدد الإلتزام بنتيجة ، ومنه يكون المثال الحي الذي يصدق عليه هذا المعيار هو إلتزام الدائن المرتهن المقرر في نص المادة 955 ق.م.ج.

فهو يلتزم بمسلك معين في المحافظة على العقار المرهون وصيانته، ولكنه يضمن أيضا إصلاحه، فقد افترض المشرع أن العناية المطلوبة منه من شأنها أن تبقى الشيء المرهون سليما دون أن يلحقه الهلاك أو يصيبه التلف، فإن تلف أو هلك قامت مسؤوليته باعتباره ضامنا لتحقيق نتيجة معينة، ما لم يثبت السبب الأجنبي الذي جعلها تقلت من سيطرته (4) وعليه أي الدائن المرتهن يقع دائما عبء الإثبات.

كما ذهب رأي آخر إلى أن النص في هذه الصورة إنما ينظم مسؤولية الدائن المرتهن عن الرد مما يفهم بان المشرع اعتبر التزام المرتهن التزاما بتحقيق نتيجة بينما الإلتزام بالمحافظة ما هو إلا وسيلة للوصول لهذه النتيجة ولأن الإلتزام بالرد هو التزام أصيل، والإلتزام بالمحافظة التزام ثانوي وتابع له (3).

وفي كل الأحوال فإن النص واضح ويجب حمله على المعنى الظاهر من عباراته وهو أن الدائن المرتهن يسأل عن هلاك الشيء أو تلفه ولا يتحلل من المسؤولية إلا إذا أثبت أن الهلاك أو التلف يرجع إلى سبب أجنبي وهذا الحكم هو المقرر تشريعا يدعو إلى ترجيح الرأي القائل أن المشرع قد اعتبر التزام الدائن المرتهن التزاما بنتيجة.

ولا يوجد ما يدعو إلى الخوض في تبريرات الأساتذة شراح القانون الوضعي وفقهائه وأسائدهم فيما ذهبوا إليه، لأن ذلك كله مبناه الإجتهد ومحاولة تفسير النص وإزالة ما قد يعلق بالذهن من تصور وجود ازدواجية في معالجة مسألة تحت درجتين من درجات المسؤولية والذي يظهر أن المشرع عالج في النص موضوع البحث نوعين من الأنشطة وخاطب الدائن المرتهن بخطابين في موضوعين منفصلين فهو قد ألزمه في صدر النص ضرورة بذل عناية الشخص العادي في سبيل المحافظة على المال المرهون وصيانته، وما يتطلبه ذلك من الإنفاق عليه وفق هذا المعيار.

1- سليمان مرقس :التأمينات العينية، المصدر السابق،ص442، فقد قام بالفصل بين الإلتزامين المتضادين من بداية النص وختامه، انظر تفصيل ذلك في ص 442 إلى 449 ، وهو ما ذهب إليه منصور مصطفى منصور، في التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 224.  
2- شمس الدين الوكيل : نظرية التأمينات، المرجع السابق ، ص 514.  
3- علي علي سليمان : شرع القانون المدني الليبي ، الحقوق العينية التبعية ،المصدر السابق ، ص 572-573.



على أن تتم محاسبته عما أنفقه وفي ختام النص طلب منه ضرورة رد المرهون إلى راهنه بالحالة التي تسلمه بها، فإن قصر في ذلك انعقدت مسؤوليته التي لا يستطيع الفكك منها، إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي منعه من تنفيذ التزامه.

### البند الثاني: النفقات والتكاليف ومن يتحملها

ينفق الفقه الإسلامي على تحمل المدين الرهن تكاليف النفقة اللازمة لبقاء محل الرهن مهما كان المال المرهون، وهو ما يستطيع القول بحق المرتهن في الرجوع بهذا النوع من النفقة على المدين الرهن (1).

ولقد ضرب الفقه الإسلامي العديد من الأمثلة لهذا النوع من النفقة كما هي الحال في النفقة اللازمة لترميم العقار وسقي البستان وتلقيح النخل.

ويلحق بهذا النوع من النفقة ما يترتب على المرهون من خراج وعشر باعتبارهما من مؤنة الملك، فإذا أداها المرتهن غير متبرع بما آداه فله الرجوع بها على المدين الرهن (2).

وإذا تصفحنا نصوص الفقه الإسلامي نجد أنه يجب على تحمل هذا النوع من النفقة حتى ولو زادت قيمتها على قيمة الشيء المرهون، وذلك دون حاجة إلى إذن ممن تجب عليه حسب رأي البعض (3).

كما أن للمرتهن الرجوع بقيمة ما أنفقه على الرهن تأسيسا على أن هذه النفقات من حقوق الملك، ومؤنات الملك على المالك (4).

وقد استند الفقهاء فيما ذهبوا إليه إلى حديث الرسول ﷺ لا يغلق الرهن من مراهنه له غنمه

وعليه غرمه (5).

1- المرغيناني: الهداية شرح بداية المنتدى، المرجع السابق، ج 4 ص 96، حيث جاء فيها (والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الرهن) وانظر كذلك نص المادة 724 من مجلة الأحكام العدلية، حيث نصت على ان (الرهن ... وان كان عقارا فإصلاحه وسقيه وتلقيحه وتطهير خرقه وسائر المصاريف اللازمة لإصلاح منافعه وبقائه على الرهن) / وكذلك الشرح الكبير للدردير المطبوع مع حاشية الدسوقي، طبعة دار احياء الكتب العربية ج3 ص 251، 253 حيث جاء فيه (ورجع مرتهنه على الرهن بنفقته التي أنفقها عليه حيث احتاج لنفقة كالحيوان وكعقار احتاج لحرمة ولو زادت النفقة على قيمته لان الرهن لان غلته له)

وانظر ايضا مغني المحتاج طبعة مطبعة دار الكتب العربية ج 2 ص 133 حيث جاء فيه (ومؤنة المرهون من نفقة رقيق وكسوت وعلف دابة واجرة سقي اشجار وجزار ثمارها وتجفيفها ورد ابق ونحو ذلك على الرهن المالك بالاجماع) وانظر ايضا في هذا المعنى المغني لابن قدامة طبعة المنار ج 4 ص 438

2- الكاساني: بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 8، ص 3752 حيث جاء فيه (ومؤنات الملك على المالك والملك للرهن فكانت المؤنة عليه والخراج على الرهن لانه مؤنة الملك، واما العشر في الخراج ياخذها الامام والا يبطل الرهن في الباقي) / وانظر في هذا المعنى ايضا محمد يوسف اطفيش في شرح النيل وشفاء العليل، ج 11، ص 162، حيث جاء فيه: (وبالجملة فعلى الرهن كل ما يحتاج اليه الرهن او يلزمه ولو نزع مضرته كشجرة او حائط ان مال).

3- الدردير: الشرح الكبير، المصدر السابق، ج 3، ص 251، حيث جاء فيه (ورجع مرتهنه على الرهن بنفقته التي أنفقها عليه، حيث احتاج لنفقة كالحيوان وكعقار احتاج لحرمة)

4- الكاساني: بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 8، ص 3752، حيث جاء فيه: (إذا كان رقيقا قطعاه وشرابه وكسوته على الرهن وكفنه عليه واجرة ظئر\* (مرضعة غير ولدها) ولد الرهن عليه، وان كان دابة فالعلف واجرة الراعي عليه، وان كان بستانا فسقيه وتلقيح نخله وجداده والقيام بمصالحه عليه سواء كان في قيمة الرهن فضل او لم يكن لان هذه الاشياء من حقوق الملك، ومؤنات الملك على المالك، والملك للرهن فكانت المؤنة عليه).

5- الحاكم النيسابوري: (الامام الحافظ ابو عبد الله الحاكم النيسابوري)، المستدرك على الصحيحين، طبعة متظمنة إنتقادات الذهبي رحمه الله، وبذيله تتبع او هام الحاكم التي سكت عليها الذهبي لأبي عبد الرحمان مقل ابن هادي الوادعي، ط 1، دار الحرمين للطباعة والنشر التوزيع، 1417 هـ/1997م، ج 2 ص 65، رقم الحديث 2370.

ووجه الاستدلال بهذا الحديث الشريف يتمثل في أمرين تتطرق بهما نصوص الفقه الإسلامي.

أولهما ملكية الراهن لمحل الرهن ومنه فإن النفقة اللازمة لبقائه تعتبر من قبيل حقوق الملك وما كان من هذا القبيل فإن النفقة عليه تقع على عاتق مالكه، وهو ما يستتبع القول بحق المرتهن في الرجوع على الراهن بما أنفقه على المرهون لحفظه وبقائه.

وثانيهما أن منافع المرهون مملوكة للراهن بحسب أن له غنمه كما هو نص الحديث النبوي الشريف، وهو ما يستتبع القول كذلك بتحملة لغرمه المتمثل في النفقات اللازمة لبقائه، وذلك فضلا عن أن قول الرسول  $\uparrow$  ﴿الرهن من رهنه﴾<sup>(1)</sup> يعني أن من ضمانه ذلك هو ما يستوجب تحمله للنفقة اللازمة لبقائه وحفظه.

وأما النفقات والتكاليف في القانون المدني الجزائري فتتقسم على الشيء المرهون أثناء حفظه إلى ثلاثة أنواع هي الضرورية والنافعة والكمالية.

1- **النفقات الضرورية** : وهي تلك التي تلزم لحفظ الشيء المرهون من الهلاك أو التلف<sup>(2)</sup> وما كان في حكمهما، كما هي الحال في النفقات اللازمة لترميم العقار، كإصلاح سقفه، أو إقامة جدار يوشك أن ينقض أو إقامة سد لحماية الأرض الزراعية المرهونة ، أو شق مجرى مائي لسقيه، أو تسديد ما يستحق عليه سنويا من ضرائب، وخاصة عندما تعتمد الجهات المسؤولة في الدولة إلى بيع المرهون المثقل بتكاليف ومستحقات ضريبية لتحصيلها، فهذا الأمر إن تم فسوف يفضي إلى فقد المرتهن للمرهون<sup>(3)</sup> .

وكما هو الحال في النفقة اللازمة لتشحيم المركبة المرهونة لحمايتها من العطب أو دفع أجرة حضيرة إيوائها، وكذلك تسجيل الرهن الذي يضمنه العقار المرهون أو تجديد قيده. ومما لا ريب فيه أن التقنين المدني قد ألزم المرتهن ابتداء بدفع هذه المصاريف لوجود الشيء المرهون في حيازته حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 968 ق.م.ج على أنه : ( يجب على الدائن المرهن أن يقوم بصيانة العقار وبالنفقات اللازمة لحفظه، وأن يدفع ما يستحق

سنويا على العقار من ضرائب وتكاليف... )<sup>(4)</sup>

1- الحاكم النيسابوري: المستدرك على الصحيحين ، طبعة متظمنة إنتقادات الذهبي رحمه الله، وبذيله تتبع او هام الحاكم التي سكت عليها الذهبي لأبي

عبد الرحمان مقبل ابن هادي الوادعي، ط 1، دار الحرمين للطباعة والنشر التوزيع، 1417 هـ/1997م، ج 2، ص65، رقم الحديث 2370.

2 - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق، ج 9، ص 971 ، و ج 10، ص 827 و 828 / وانظر د/ جميل الشرقاوي في دروس التأمينات العينية ، المرجع السابق، ص 346.

3- عبد الفتاح عبد الباقي : في التأمينات ، المرجع السابق، ص 277 وانظر كذلك د/ محمود جمال الدين زكي ، دروس في التأمينات العينية والشخصية ، المرجع السابق، ص 401.

4- الأمر 75- 58 المؤرخ في 26-9-1975 المتضمن القانون المدني.

ومع أن النص خاص بالتزام الدائن المرتهن بدفع المصروفات الضرورية اللازمة للمحافظة على العقار وتكاليف صيانتة ابتداء إلا أنه حمل المدين الراهن بعينها انتهاء ، وذلك لأن الشيء المرهون ملكه، وأنه كان سيقوم بصرف هذه النفقات لو بقي محل الرهن في حيازته (1) .

وفي سبيل ضمان حصول الدائن المرتهن على ما أنفقه من مصاريف ضرورية لحفظ وصيانة العقار المرهون، قضى المقتن المدني بجعل محل الراهن ضمانا للوفاء بهذه النفقات فضلا عن كونه يمثل ضمانا للوفاء بأصل الحق (2) المضمون بالرهن حيث جاء في المادة 963 ق.م.ج على أنه : ( لا يقتصر الرهن الحيازي على ضمان أصل الحق وإنما يضمن أيضا وفي نفس المرتبة ما يلي :- المصروفات الضرورية التي أنفقت للمحافظة على الشيء ..... ) (3) وفضلا عن ذلك فإن الفقرة الأولى من المادة 968 ق.م.ج قد خولت الدائن المرتهن الحق في : (أن يستنزل من الثمار التي تحصلها قيمة ما انفق، أو يستوفي هذه القيمة من ثمن العقار في المرتبة التي تخولها له القانون...) (4) .

ولا جرم في أن هذه الأحكام التي قررها القانون المدني في شأن المصروفات الضرورية التي ينفقها الدائن المرتهن تعتبر تطبيقا للقاعدة العامة التي نصت عنها الفقرة الأولى من المادة 896 ق.م.ج على أنه : ( على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات اللازمة ) (5) .

## 2- النفقات أو المصروفات النافعة :

قد يعتمد الدائن المرتهن إلى تحسين العقار المرهون بغرض الزيادة في قيمته فيتكبد مصاريف ونفقات كان يربط العقار بشبكة الكهرباء أو حفر آبار وترع لري الأرض لزيادة إنتاجها، ومع أن الدين المترتب في ذمة المدين المرهون بسبب تلك المصروفات النافعة ليس له أي امتياز خلافا لما نص عليه القانون في شأن المصروفات الضرورية ، إلا أن المادة 839 ق.م.ج المنظمة للقاعدة العامة في استرداد المصروفات التي قد أحالت في فقرتها الثانية على المادتين 784 و 785 من نفس القانون في شأن الحكم الواجب الإلتباع في هذا الصدد، وتطبيقا لذلك فإنه يمكن القول بحق الدائن المرتهن في الرجوع على المدين الراهن بأقل القيمتين مما صرفه المرتهن فعلا أو مما زاد في قيمة العقار المرهون بسبب تلك النفقات.

3- النفقات الكمالية : وهي تلك المصروفات التي ينفقها الدائن المرتهن على العقار المرهون قصد تزيينه وتجميله على الوجه الذي يريده لاستمتاعه الشخصي وإرضاء مزاجه.

1- السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج 10، ص 827.  
2- عبد المنعم البدر اوي : في التأمينات العينية ، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص 377 ، وانظر شمس الدين الوكيل ، في نظرية التأمينات في القانون المدني ، ط 2، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1959. ص 541.  
3- الأمر 75- 58 المؤرخ في 26-9-1975 المتضمن القانون المدني.  
4- الأمر 75- 58 المؤرخ في 26-9-1975 المتضمن القانون المدني.  
5- الأمر 75- 58 المؤرخ في 26-9-1975 المتضمن القانون المدني.

كأن يقوم بتوسيع حديقة المسكن وإنشاء نافورة مياه فيها وترصيف ممرات الأراضي الزراعية وإنارة هذه الممرات ، وإعمالا لما تقضي به الفقرة الثالثة من المادة 839 ق.م.ج بشأن المصروفات الكمالية والتي تنص على : ( ... وإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها غير أنه يجوز له أن يزيد ما أحدثه من منشآت، بشرط أن يرد الشيء خالفاً الأولى إلا إذا أخطأ المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها في حالة الهدم)<sup>(1)</sup> فإنه يجوز للدائن المرتهن أن يطلب تعويضا عن المصروفات الكمالية إذ ليس له إلا أن ينزع ما استحدثه في العقار المرهون على نفقته على أن يعيد هذا العقار إلى حالته الأولى وإن تعذر ذلك فعليه أن يدفع تعويضا عما أحدثه من ضرر، وللمالك أن يلزمه بنزع ما استحدثه على نفقته مع إعادة الشيء إلى حالته الأولى والتعويض إن كان له مقتضى.

إلا أنه ليس ثمة ما يمنع المالك من أن يستبقي ما استحدثه الحائز المرتهن، مقابل دفع قيمة مستحقات الإزالة.

وفي الأخير يستخلص مما تقدم اتفاق القانون المدني مع ما يراه اتفاق الفقه الإسلامي من تحمل المدين الراهن للنفقات الضرورية اللازمة لحفظ وصيانة العقار المرهون.

## **الفرع الرابع**

### **الموازنة**

بعد استعراض رهن العقار حيازيا في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري تستخلص أوجه التوافق والاختلاف بإجراء مقارنة بين نصوص وأحكام الفقه الإسلامي ونصوص وأحكام القانون المدني الجزائري في الآتي .

- لم يخصص علماء الفقه الإسلامي مصطلحا بإسم رهن العقار، بل كان حكمهم على الرهن عموما دون تخصيص، خلافا للقانون المدني الذي خص الرهن العقاري حيازيا بأحكام خاصة ضمنها بالمواد 966، 967، 968.

- تميز القانون المدني الجزائري عن الفقه الإسلامي بإضافته للشرط المشترك المتمثل في القبض شرط لم يعرفه الفقه الإسلامي وهو القيد، ومرد ذلك إلى إن القانون المدني يفرق بين الرهن الرسمي والرهن الحيازي، وخص الأول بالعقار فقط في حين ينصب الثاني على كل عين مالية، في حين أن الفقه الإسلامي لم يجر هذا التقسيم فيما وقع بين يدي من مصادر ومراجع، ولم يتطرق الفقهاء المسلمين لما يسميه القانون الوضعي

1 - الأمر 75- 58 المؤرخ في 26-9-1975 المتضمن القانون المدني.

بالرهن الرسمي، غير أن الفقه الإسلامي لم ينكر ذلك ما دام فيه تحقيق للغاية المتوخاة من الرهن عموماً.

- يوافق القانون المدني الجزائري الفقه الإسلامي في جواز عودة المرهون إلى راهنه مع تباين آراء الفقهاء المسلمين في المسألة فالحنفية والشافعية والحنابلة يرون نفاذ الرهن في مواجهة الغير وإن عاد المرهون إلى راهنه لعدم تأثر حق المرتهن ما لم يقصد التنازل، والمالكية يشترطون لنفاذ الرهن تقييده بعمل محدد وزمن ينتهي فيه قبل حلول أجل الدين ، في حين يعتبر القانون المدني عودة المرهون إلى الراهن حالة استثنائية تقتصر على العقار دون المنقول وتكون لغرض الإجارة وليس غيرها.

- ينفرد القانون المدني الجزائري بخاصية التأشير في سند الرهن بما يفيد أن العقار المرهون موضوع إيجار للراهن.

- يوافق القانون المدني الجزائري الفقه الإسلامي في أن قبض المرهون واستمرار حيازته وسيلة لإعلام الغير بحق الدائن المرتهن وأضاف القانون لوسيلة الإعلام المشتركة جواز تخلي المرتهن عن الحيازة بالإيجار للراهن مع إلزامية شهر هذا الإيجار.

- اتفق القانون المدني الجزائري مع الفقه الإسلامي في الأساس الذي يقوم عليه التزام الدائن المرتهن بحفظ الشيء المرهون الذي يظل محبوساً بيد المرتهن إلى أن ينقضي الرهن وينتهي.

- يتفق كذلك القانون المدني الجزائري مع الفقه الإسلامي حول مضمون التزام الدائن المرتهن بحفظ الشيء المرهون والمتمثل في ضرورة قيام الدائن المرتهن بجميع الأعمال اللازمة لبقاء محل الرهن بالحالة التي تسلمه عليها.

- يتفق الفقه الإسلامي مع بعض الاتجاهات في فقه القانون المدني الجزائري بشأن المعيار الشخصي لتحقيق هذا الالتزام، مع أنه لا يوجد ما يحول دون اعتبار التزام الدائن المرتهن بحفظ الشيء المرهون وصيانته من طائفة الالتزامات التي تتحقق من خلال المعيار الموضوعي سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون المدني.

- يتفق القانون المدني الجزائري مع ما يراه إجماع الفقه الإسلامي من تحمل المدين الراهن للنفقات الضرورية اللازمة لبقاء الشيء المرهون.

- يتفق القانون المدني الجزائري مع ما يراه جمهور الفقه الإسلامي من تحمل المدين الراهن كذلك للنفقات اللازمة لحفظ الشيء المرهون فضلاً عن تعلق هذه النفقات وتلك بالشيء المرهون أو بما ينتج عنه من ثمرات إن كان فيها كفاية لذلك، وهو ما يخول الدائن المرتهن الأولوية في الوفاء بقيمتها انتهاءً، وإن كان ملزماً ببذل تلك النفقات ابتداءً، حفاظاً على بقاء الشيء المرهون وصيانته من التلف.

- يختلف القانون المدني الجزائري عن الفقه الإسلامي بخصوص قيمة المصروفات النافعة، فالفقه الإسلامي يرى أنه التزام على المدين الراهن بتحمل قيمة المصروفات النافعة، أما القانون المدني فيرى بتحمل المدين بهذه المصروفات ولكنها غير مضمونة بالشيء المرهون ولا بثماره.

- لم يتعرض الفقه الإسلامي للنفقات الكمالية ولا لجهة تحملها، إلا أنه يمكن القول بأن الفقه الإسلامي لا يجيز تحمل الراهن لقيمة النفقات النافعة، فأولى أن يقال بمثل ذلك بالنسبة للنفقات الكمالية .

- على خلاف الفقه الإسلامي فإن القانون المدني الجزائري قد تعرض للنفقات الكمالية إلا أنه لم يلزم المدين الراهن بها ، وخوله الحق في استبقائها مقابل قيمتها.  
المطلب الثاني

## **رهن المنقول حيازيا في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري**

- المنقول هو كل مال يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر مع بقاء هيئته وشكله دون تلف ويشمل النقود والذهب والأسهم والسندات والمعدات والسيارات والحيوانات والحبوب وهو نوعان: قيمي ومثلي<sup>(1)</sup>.

- القيمي ما لا يوجد له مثل أو قد يوجد له مثل لكن غير مطابق له تماما مثل المجوهرات.  
- المثلي ما يوجد له نظير مع تفاوت بسيط مثل المكيلات والموزونات من الحبوب والفواكه وغيرها.

والمنقول الذي يصلح أن يكون محلا للرهن هو كل منقول يصح بيعه، لوجود أموال منقولة لا يصح بيعها مثل أموال الوقف، والمال المستقبل.

وعلى هذا الأساس يكون المنقول المرهون إما منقولا ماديا وإما منقولا معنويا ولبسط الموضوع يتعين تخصيص الفرع الأول لرهن المنقول المادي والفرع الثاني لرهن الدين والفرع الثالث لتطبيقات خاصة برهن المنقول دون نقل الحيازة والفرع الرابع لعقد مقارنة.

## **الفرع الأول**

### **رهن المنقول المادي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري**

لقد سبقت الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي لم يفرق بين أنواع الرهن ولم يخصص كل نوع بأحكام معينة، وقد نظر إلى الرهن الوارد على المنقول المادي من زاوية صفة قبضه فإن كان الإجماع قد حصل بشأن صفة القبض في رهن العقار فإن الفقهاء اختلفوا حول صفة القبض في رهن المنقول على النحو التالي :

1-حسين عبد الطيف حمدان : التأمينات العينية دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 217

الرأي الأول : يرى أصحابه أن القبض في رهن المنقول هو عبارة عن التخلي والتمكن من إثبات اليد، ويتحقق ذلك بارتفاع الموانع وبتخلية الراهن بين المرهون والمرتهن قابضاً له وهذا ما ذهب إليه الأحناف في ظاهر الرواية<sup>(1)</sup>

الرأي الثاني : ويرى جمهوري الفقهاء<sup>(2)</sup> من الحنفية وعلى الأخص أبو يوسف والمالكية والشافعية والحنابلة ، أن المرهون إذا كان منقولاً فإنه يشترط في قبضه النقل والتحويل ولا يكتفي فيه بالتخلية.

والثابت أن الفقه الإسلامي في عمومه استلزم نقل المرهون من الراهن لتحقيق عملية الرهن وبها يشهر التصرف في مواجهة الكافة مع عدم منع توثيق الدين بأكثر من وثيقة ما دام ذلك مفضياً إلى تحقيق مراد الشارع الحكيم، ولهذا لا يوجد ما يمنع في عقد الرهن الحيازي القاضي بضرورة انتقال حيازة المرهون من الراهن إلى المرتهن أو العدل من كتابة الدين سبب الرهن وتحديد محل الرهن تحديداً نافياً للجهالة وقد جاء في المدونة : ( قلت : أريت إن سلمت إلى أجل في طعام مضمون موصوف، وأخذت به كفيلاً أو مرهناً أو أخذت به كفيلاً ومرهناً جميعاً، أيجوز ذلك في قول مالك ؟ ( قال ) : ذلك جائز )<sup>(3)</sup>.

ولئن أجاز هؤلاء الفقهاء أخذ كفيل أو رهن آخر مع الرهن، فيكون الرهن بالكتابة أولى، ليسر وسهولة كتابة الدين المضمون والمحل المرهون من كفالة الدين أو توثيقه برهن آخر .  
وأما في القانون المدني الجزائري فإنه إلى جانب الشرط المشترك بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري فإن المشرع المدني أورد حكماً ثانياً فضلاً عن الحيازة وخص به رهن المنقول المادي إذ نصت المادة 969 ق.م.ج على ما يلي : ( يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة إلى الدائن، أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ بين المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً، ويحدد هذا التاريخ الثابت مرتبة الدائن المرهن )<sup>(4)</sup>.  
والملاحظ أن المشرع اشترط أن يدون عقد الرهن في محرر عرفي ثابت التاريخ، وبالشكل المقرر في القواعد العامة<sup>(5)</sup>، على أن يثبت هذا التاريخ قبل تعلق حق الغير بالمال المنقول، وهذا بالنسبة للغير، كما يحدد مرتبة الدائن المرتهن في الرهن الحيازي، في حالة وجود أكثر من دائن مرتهن للمنقول.

1- الكاساني : بدائع الصنائع ، المصدر السابق ، ج 6، ص 141 حيث يقول : ( وإن يحصل بتخلية الراهن بين المرهون والمرتهن ) .

2- عبد الفتاح عبد الله البرشومي : أحكام الرهن والشفعة في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 54.

3- مالك بن انس الأصبجي : المدونة الكبرى ، برواية سحنون، مقدمات ابن رشد، دار الفكر للطباعة والنشر بيروت، ج 4، ص 140.

4 - الأمر 75- 58 المؤرخ في 26-9-1975 المتضمن القانون المدني.

5 - تقضي المادة 328 ق.م.ج بما يلي: ( لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه الا منذ ان يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتاً ابتداء من :  
- يوم تسجيله

- من يوم ثبوت مضمونه في عقد اخر حرره موظف عام.

- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص.

- من يوم وفاة احد الذين لجم العقد خط وامضاء

غير انه يجوز للقاضي تبعاً للظروف، رفض تطبيق هذه الاحكام فما يتعلق بالمخالصة.

ويجب طبقا للنص القانوني أن يدون في المحرر الثابت التاريخ والذي حرر فيه عقد الرهن المبلغ المضمون بالرهن (1) والشيء المرهون وقيمة الشيء المرهون (2) وكل ما من شأنه أن يزيد توضيحا وتبيانا لمحتوى عقد رهن المنقول المادي ومضمونه.

وغاية المشرع من هذا المسلك هو حماية الغير من الغش (3) الذي قد يلجا إليه أضرارا به، وذلك بتحرير ورقة صورية كأن يقدم تاريخ الرهن أو يبالغ في قيمة الدين المضمون أو حتى إبدال الشيء المرهون.

والظاهر أن الأحكام التي قررها نص المادة 969 أعلاه تخص نفاذ الرهن تجاه الغير، أما بخصوص المتعاقدين المتراهنين فإن عقد الرهن الوارد على المنقول يتم بمجرد تطابق الإرادتين بالإيجاب والقبول وانتقال الحيازة إلى المرتهن دون حاجة إلى كتابة (4).

ويستخلص من مضمون نص المادة 969 الآنف الذكر أن الكتابة لازمة ولو لم تزد قيمة المرهون على 100000.00 دج (5) وأن المشرع لم يميز بين المال المرهون الذي تتجاوز قيمته السقف المحدد بالمادة 333 ق.م.ج والمال الذي يتجاوز هذه القيمة، مما يثير إشكالا حول ما إذا كانت الكتابة حتى في الرهن التي لم تبلغ الحد القانوني المقرر كقاعدة عامة.

ولئن كان عقد الرهن قد يدون في سند مستقل، وقد يحرق في ذات السند الذي تولد عنه الالتزام المضمون كعقد القرض.

فإن إطلاق نص المادة 969 جعل فقهاء القانون وشراحه يختلفون في تفسيره إذ يرى البعض منهم (6) أن الكتابة العرفية الثابتة التاريخ لازمة في عقود الرهن التي لم تصل قيمتها الحد المنصوص عليه في القواعد العامة للإثبات (7).

1- همام محمد محمود زهران : التأمينات العينية والشخصية ، المرجع السابق، ص 624.  
2- إبراهيم بن غانم : الرهن الحيازي الوارد على المنقول في التشريع المدني والتجاري الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، إشراف الدكتور لخضر بن عزي، جامعة الجزائر، 1985، ص 178.  
3- السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق، ج 10، ص 890.  
4- محمد وحيد الدين سوار : شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، ص 209.  
5- لقد كانت القيمة المالية اللازم كتابتها هي 1000 دج في ظل القانون رقم 75-58 المتضمن القانون المدني ، وتم تعديل المادة 333 بموجب القانون رقم 05-10 واصبح الحد القانوني الواجب اثباته بالكتابة هو 100000.00 دج مائة الف دينار جزائري.  
6- شمس الدين الوكيل : الموجز في نظرية التأمينات ، المرجع السابق ، ص 496/ وانظر السنهوري في الوسيط ، ج2، باب الإثبات ، ص 236.  
7- Gabriel et Raynaud p.50

La rédaction d'un écrit et la date certaine sont unfiles l'orsque ni la créance garante ni la chose don née engage nexedent pas la valeur prévue par l'article 2074/2 C.CIVIL

وفي هذا المعنى يذكر الاستاذ مازو ان القضاء يستوجب الكتابة في رهن المنقولات المعنوية مهما كانت قيمتها، خلاف المنقولات المادية لان نص المادة 2075 ق.م.ف لا يتضمن أي تحفظ في هذا الصدد.



وفي ظل هذا الإتجاه تكون الكتابة واجبة حين يكون الإلتزام المضمون أو المال المرهون أو كلاهما يتجاوز الحد المقرر قانونا والراجح أن هذا الرأي يستسيغه الكثير من أساندة القانون ويفضلونه<sup>(1)</sup> على اعتبار أن المشرع لما قرر الحد الأدنى الذي تستوجب فيه الكتابة لإثبات الإلتزام قد أخذ بعين الاعتبار البنية الاجتماعية في مجتمعنا والعلاقات التي تنظمها حيث تعتمد أكثر على الثقة في المعاملات حتى وإن كان التصرف ذو طابع مدني، على نحو يختلف تماما عما هو عليه وضع المجتمع الأوروبي أو بعض المجتمعات الأخرى. ومن هنا يتعين أن ينظر إلى الرهن من زاويتين.

الأولى: على أنه التزام بذاته، فيلزم كتابة عقد الرهن في ورقة عرفية ثابتة التاريخ إذا ما بلغت قيمة الرهن السقف المحدد بنص المادة 333 ق.م.ج أو تجاوزه.

الثانية: ينظر إلى الرهن على أنه التزام تبعي فيشترط فيه الكتابة كلما كانت شرطا في الدين المضمون، وحتى لو لم تكن الكتابة لازمة في الدين المضمون.

وبذلك تتسق النصوص القانونية المقررة في النظام القانوني للإثبات مع القواعد العامة لهذا النظام ، و تلك النصوص التي تنظم رهن المنقول.

ولا غضاضة في شرط كتابة عقد الرهن الذي بلغت فيه قيمة المال المرهون الحد المقرر قانونا حتى وإن لم يتجاوز الإلتزام المضمون هذا الحد وذلك بالنظر إلى عقد الرهن من زاوية أنه التزام بذاته، ولعل الكتابة في عقد الرهن تحقق أغراضا فهي من جهة وسيلة إثبات ومن جهة ثانية وسيلة إشهار وإعلام الغير بهذا الرهن، ومن ناحية أخرى تحدد مرتبة الرهن إن كان المال المرهون قد تعلق به عدة رهونات.

وتأسيسا على ما تقدم فإن الرهن قد يعفى من الكتابة في حالة ما إذا كان المال المرهون والالتزام المضمون قيمته أقل من الحد المقرر بالمادة 333 ق.م.ج أما باقي الحالات فإن الكتابة تكون شرطا لازما.

غير أني أخالف هذا الرأي والتصريح بوجود كتابة الرهن في المحرر العرفي الثابت التاريخ في جميع الحالات ومهما كانت القيمة المالية للأسباب التالية:

- أن الاستغناء عن الكتابة وإبرام عقد رهن شفوي أو كتابته دون أن يكون له تاريخ ثابت لا يكون بمقدور الدائن المرتهن أن يحتج تجاه الغير بهذا الرهن، فإن حصل وتصرف المدين الراهن في المنقول المرهون إلى الغير حسن النية بأي تصرف قانوني كالبيع أو نحوه كان الرهن غير ساري في مواجهة المتصرف إليه لتمسك هذا الأخير بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز.

1- إبراهيم بن غانم : الرهن الحيازي الوارد على المنقول في التشريع المدني والتجاري الجزائري ، المرجع السابق، ص 180.

- قد يقع الراهن في الإفلاس فلا ينفذ الرهن في مواجهة جماعة الدائنين ما دام غير مكتوب وغير ثابت التاريخ .

والخلاصة أن الرهن الحيازي الوارد على المنقول المادي يثبت بانتقال حيازة المرهون أو قبضه، وفي هذا يتفق القانون المدني الجزائري مع الفقه الإسلامي، مع تمييز القانون المدني بإضافته وسيلة أخرى للإثبات تتمثل في ثبوت تاريخ الورقة وهو ما لم يظهر في قواعد الفقه الإسلامي غير أنه وما دام الفقه الإسلامي نص على توثيق الدين بالكتابة فلا يوجد ما يمنع من أن تكون الكتابة ثابتة التاريخ ما دام من المقاصد حسم النزاع وقطع دابر الخصومة ومسبباتها.

## **الفرع الثاني**

### **رهن المنقول المعنوي حيازيا في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري**

بعد إنهاء بحث الأحكام المنظمة لرهن المنقول المادي بقي أن أعرف الأحكام المتعلقة بتنظيم المنقولات المعنوية ولما كانت المنقولات المعنوية متعددة<sup>(1)</sup> وتفاوتت في الأهمية فسأقتصر في بحثي على دراسة رهن الدين في بند أول ورهن السندات والسندات لأمر في البند الثاني.

وحيث أن المنقولات المعنوية لها طبيعتها الخاصة وتبعاً لذلك فإنه حتى تكون محلاً للرهن الحيازي يتعين تحقق الشروط العامة والخاصة وهذا ما أحاول تبينه في البند الأول.

#### **البند الأول: رهن الدين في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري**

لعل المثال الحي للمنقولات المعنوية هو الديون أما غيرها من المنقولات المعنوية فلم يتعرض لها الفقهاء المسلمون، والذين يرون في جواز رهن الدين ابتداءً موقفين:  
(الوقف الأول) : يرى جمهور الفقهاء أن الديون لا تصلح محلاً للرهن ابتداءً، مع أن بعضهم يجيز بيع الدين سواء ممن عليه الدين أو من غيره وذلك في الديون المستقرة<sup>(2)</sup>، أما الديون غير المستقرة<sup>(3)</sup> فللفقهاء في جواز بيعها رأيان فالحنفية<sup>(4)</sup> والشافعية<sup>(5)</sup> والحنابلة<sup>(6)</sup> اعتبروها ملحقة بحكم الديون المستقرة فأجازوا بيعها، في حين يرى الفقهاء الآخرون عدم جواز بيعها.

1- شمس الدين الوكيل : نظرية التأمينات في القانون المدني ، المرجع السابق، ص 469.  
2- من أمثلة الديون المستقرة ما ينشأ من ثمن أو قرض أو أجرة عين استوفيت منفعتها أو انتهت مدتها، أو تعويض عن جنابة، أو قيمة متلف.  
3- ومن أمثلة الديون غير المستقرة رأس مال الصلح ، أو بدل الصرف.  
4- الكاساني : بدائع الصنائع ، المصدر السابق ، ج 5 ، ص 181.  
5- الرافي : فتح العزيز شرح الوجيز ، المصدر السابق ، ج 3 ، ص 261.  
6- البهوتي : كشف القناع ، المصدر السابق ، ج 3 ، ص 251.

والملاحظ أنه حتى من أجاز من الفقهاء بيع الديون، حظر رهنها، على أساس أن رهنها لا يحقق المقصود من الرهن، لأن الديون لا تقبل الأحكام والآثار التي يربتها الرهن نظرا لطبيعتها الخاصة.

ولأن المدين بالدين قد لا يفي به فتفوت بذلك الوثيقة، ويبطل الضمان، كما أن منافاة الدين لطبيعة الرهن فلتعذر القبض واستمرار حبس المرهون حتى استيفاء الحق.

**الدوق الثاني :** ذهب المالكية<sup>(1)</sup> إلى جواز رهن الدين وهو ما وافقهم عليه بعض فقهاء الشافعية<sup>(2)</sup> والحنابلة<sup>(3)</sup>، وسند المالكية ومن وافقهم في هذا الاتجاه، أن الدين مال يجوز بيعه واستيفاء الحق لإمكانية قبض الدين بقبض وثيقته أو ما يقوم مقامها كالإشهاد على الحوز حتى يكون رهن الدين نافذا في مواجهة الغير، ويغلب الظن أن الترجيح يستأثر به المالكية ومن وافقهم لقوة دليلهم، ولأن في ذلك تيسيرا على العباد بتحقيق مصالحهم وهو ما تتوخاه الشريعة الإسلامية السمحة، ولأنه أيضا من عوامل تنشيط الاقتصاد وزيادة حركة المال. وبعد الإطلاع على موقف الفقهاء المسلمين في جواز أو حظر رهن الدين بقي أن لنا التعرف على كيفية تحقق علانية رهن الدين بالقبض.

إذا سلمنا بأن انتقال الحيازة عنصر جوهرى في الرهن الحيازي، فيلزم توضيح هذا الأمر في رهن الدين حيازيا ، ولما كان موقف الفقهاء المسلمين ممن أجازوا رهن الدين اتخذ اتجاهين :

**الأول :** يجيز رهن الدين من المدين فقط .

**والثاني :** يجيزه من المدين ومن غيره ولتوضيح علانية رهن الدين في الاتجاهين أعقد لكل اتجاه مسألة.

**المسألة الأولى : رهن الدين من المدين به**

أجاز المالكية كما سلف رهن الدين من المدين به ومن غيره<sup>(4)</sup>، واشترطوا لصحة رهن الدين من المدين به كوسيلة لإعلام الغير بهذا الرهن ونفاذه في مواجهته ما يلي:

1- أن يكون أجل الدين المرهون موافقا لأجل سبب الرهن أو أبعد منه، أما لو كان أجل الدين المرهون أقرب من سبب الرهن أو كان الدين المرهون حالا، فيمتنع الرهن لأن الدين المرهون إذا بقي لدى المدين به بعد حلول أجله اعتبر سلفا<sup>(5)</sup>.

1- الخرشي : شرح الخرشي، المصدر السابق ، ج 5 ، ص 263.  
2- الشيرازي : فتح العزيز شرح الوجيز، المصدر السابق ، ج 1- ص 307.  
3- البهوتي : كشاف القناع ، المصدر السابق ، ج 3، ص 251.  
4- الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، المصدر السابق ، ج 3، ص 231.  
5- الصاوي : بلغة السالك، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 110.

وهذا هو شرط الملكية لسريان رهن الدين وبتحققه ينعقد الرهن صحيحا لازما في حق الراهن وفي مواجهة الغير بمجرد الإيجاب والقبول<sup>(1)</sup> ويعتبر المرتهن حائز للدين المرهون .

2- يبقى شرط آخر يمكن الأخذ به ولا يوجد بينه وبين مقاصد الشريعة الإسلامية تعارض إن لم يكن مما تدعو إليه وتحت عليه وهو الإشهاد على هذا الرهن إعلاما للغير برهن الدين الذي بذمة المرتهن لضمان دين الراهن.

3- تحرير سند الدين وهو خير وسيلة لضمان الشهر والإعلام.

### **المسألة الثانية : رهن الدين عند غير المدين**

لبحث هذه المسألة ينبغي التفرقة بين صورتين صورة ما إذا كان للدين سند وما لم يكن له سند ففي الصورة الأولى يشترط فقهاء الملكية لنفاذ رهن الدين الثابت في سند مواجهة الغير توافر الشروط التالية<sup>(2)</sup>:

- نقل حيازة سند الدين من الراهن إلى المرتهن أو العدل.

- الإشهاد على نقل الحيازة مع تبيان أن هذا النقل للحيازة كان على سبيل الرهن.

وبهذين الشرطين يكون للغير مكنة العلم بوجود الرهن على الدين الذي بذمة الدائن المرتهن.

أما في الصورة الثانية فكما هو موقف فقهاء الملكية من أن عقد الرهن عقد رضائي فإنه يستلزم وجود سند لنفاذه بين أطرافه، ولكن سريانه في مواجهة الغير يستلزم وجود ما يثبت به هذا العقد، ولهذا فإن الملكية المجيزين لانعقاد رهن الدين حتى ولو لم يكن له سند يثبتته أقاموا الإشهاد على الحيازة مقام السند، فحيازة الدين حكما لا تتمثل إلا في هذا الإجراء<sup>(3)</sup> ولذلك يرون أنه لنفاذ رهن الدين غير الموثق بسند في مواجهة الغير ضرورة تحقق الشرطين التاليين.

- أن يتم الإشهاد على حيازة غير المدين بالدين ، على أن الدين مرهون لديه توثيقا لدين المرتهن وتنفيذا له ومآل للاستيفاء منه إن لم يف الراهن بالتزامه.

أن يتم إعلان المدين بالدين المرهون بهذا الرهن ، وذلك بالجمع بين من عليه الدين المرهون والدائن المرتهن - مع إقرار المدين بالدين-<sup>(4)</sup> وهذا هو القدر الكافي لصحة نفاذ رهن الدين غير الموثق في مواجهة الغير إذا ما رهن الدين عند غير المدين .

1- حسن حامد حسان: الرهن الوارد على الأعيان، المرجع السابق ، ص 88.

2- الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، المصدر السابق، ج 3 ، ص 231 / وكذلك الخرشني على مختصر سيدي خليل، ج 5 ، ص 236.

3- يوسف بيان رجب حمود: دور الحيازة في الرهن الحيازي، المرجع السابق، ص 392.

4- الباجي : ( أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن سعيد بن أيوب بن وارث الأندلسي المتوفى سنة 494 هـ )، المنتقى شرح الموطأ ، ط 1، مطبعة السعادة ، مصر ، 1912 ، ج 5 ، ص 251 ، حيث جاء فيه : ( ان الإشهاد أولى من الجمع بينهما وهو غاية ما يتوثق به، وأما الجمع بينهما فليس فيه أكثر من اعلام الذي عليه الحق ولا اعتبار برضاه في ذلك، فلا معنى لإعلامه على معنى الإشهاد).

وهذا مع إمكانية إضافة شروط أخرى بحسب ما تقتضيه ظروف الحال في الزمان والمكان ما دامت تساير مقاصد الشريعة وتحقق مصالح العباد وتمنع النزاع في وجود الحق أو مقداره أو انقضائه<sup>(1)</sup>.

وفي القانون المدني الجزائري فقد نصت المادة 975 ق.م.ج على أنه: (لا يكون رهن الدين نافذا في حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله له وفقا للمادة 241 ولا يكون نافذا في حق الغير إلا بتسليم سند الدين المرهون إلى المرهن، وتحسب للرهن مرتبه من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول)<sup>(2)</sup>.

كما تنص المادة 977 من نفس القانون على أنه: (إذا كان الدين غير قابل للحوالة أو للحجز فلا يجوز رهنه)<sup>(3)</sup>.

من خلال نص المادة 977 يستخلص بأن الدين لكي يكون محلا للرهن يشترط فيه أن يكون قابلا للحوالة أو للحجز عليه، ويكون الدين غير قابل للحوالة إما بمقتضى القانون أو العقد أو طبيعة الالتزام ذاته<sup>(4)</sup>.

وعلى ذلك فلا يجوز رهن الأشياء المنصوص عليها بالمادتين 368 و 378 من قانون الإجراءات المدنية<sup>(5)</sup> لعدم قابلية هذه الأشياء للحجز عليها.

أما الدين الذي يكون قابلا للحوالة أو البيع بالمزاد العلني بصفة مستقلة فيكون صالح للرهن وعلى ذلك تصح أن تكون المنقولات المعنوية كحقوق المؤلف وبراءة الاختراع والأسهم والسندات الاسمية<sup>(6)</sup> والنقود الأثرية<sup>(7)</sup> محلا للرهن لتحقق قابليتها للحوالة وبيعها بالمزاد العلني.

1- مصطفى عبد الحميد عياد : رهن الدين وتنظيم احكامه ، رسالة دكتوراه، إشراف الدكتور ، يوسف قاسم، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، قسم الشريعة الاسلامية، 1983، ص. 270.

2- الأمر 75- 58 المؤرخ في 26-9-1975 المتضمن القانون المدني.

3- الأمر 75- 58 المؤرخ في 26-9-1975 المتضمن القانون المدني.

4 - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ج 3، ص. 458.

5- تنص المادة 368 ق.م.ج: ( لا يجوز حجز ما للمدين لدى الغير على الاتي 1- الأشياء المنصوص قانونا على عدم جواز الحجز عليها 2- النفقات المؤقتة المحكوم بها قضائيا 3- مبالغ النفقة 4 المبالغ المدفوعة سلفا او المسدد بصفة مصاريف مكتب او اجور الرحلات والجولات او مصاريف التجهيزات او بدل السفر او الانتقال. 5- التعويضات السكنية، 6 معاش التقاعد عن العمل او العجز الجسماني حتى ولم يسهم المنتفع بهذا المعاش بدفعات في تكوينه، ومع ذلك فانه يجوز توقيع حجز ما للمدين لدى الغير على هذه المعاشات بالشروط والحدود نفسها التي يجوز بها الحجز على الاجور ويجوز ان تصل حدوده لصالح المؤسسات الصحية او دور تقاعد الكهول لسداد مصاريف الاستشفاء والاقامة الى 50% اذا كان النزيل متزوجا والى 90% في الاحوال الاخرى، وينتهي اثر القابلية للحجز بوفاة المدين.

وتنص المادة 378 ق.م.ج على ما يلي: ( لا يجوز الحجز على ما يلي: 1- الاشياء التي يعتبرها القانون عقارا بالتخصيص 2- الفراض الضروري للمحجوز عليه في حدود 1500 دج والخيار للمحجوز عليه، 4 الالات والعدد المستعملة في التعليم العملي او التي تستعمل في العلوم والفنون في حدود المبلغ نفسه والخيار للمحجوز عليه في ذلك 5- عتاد العسكريين حسب نظامهم ورتبتهم. 6- الادوات الضرورية للصناع واللازمة لعملهم الشخصي -7 الدقيق والحبوب اللازمة لقوت المحجوز عليه وعائلته لمدة شهر - 8- واخيرا بقرة او ثلاث نعاج او عنزتين حسب اختيار المحجوز عليه وما يلزم منالنتبن والعلف والحبوب الضرورية لفراش الاسطبل وغذاء تلك الحيوانات لمدة شهر، وقد استبدلت هذه المادة بالمادة 636 من القانون الجديد).

6- Marty et Raynaud:droit civil toma 111 1<sup>er</sup> volume ( les suretes la publicite fonciere) paris 1971 p42 n:67

\*les valeurs mobilières pouvant être mise en gage des l'instant quelles sont cessibles;il n'est pas nécessaire quelles soient négociables en bourse\*

7- علي علي سليمان : شرح القانون المدني الليبي ، الحقوق العينية والأصلية والتبعية ، المرجع السابق ، ص 556.

أما الديون غير الثابتة بالكتابة فإنه يجوز رهنها مع عدم جواز الاحتجاج بها في مواجهة الغير لاشتراط المشرع السند المثبت للدين<sup>(1)</sup> ويجوز رهن الدين المعلق على شرط واقف أو فاسخ<sup>(2)</sup>، أما رهن الديون المستقبلية فعند الرأي الغالب لا يصح رهنه<sup>(3)</sup> لأنه تصرف في تركة مستقبلية حرمها القانون<sup>(4)</sup> ومنافية لمأمورية المادة 969 ق.م.ج الذي يكرس مبدأ التخصيص بقوله: (... أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً )<sup>(5)</sup>.

ويلاحظ بأنه على خلاف المنقولات المادية ، فإن رهن الدين من غير مالك لا يترتب عليه قابلية للإبطال فحسب، ولكن لا يعتد به تماما وليس للمرتهن حسن النية حق التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند ملكية الحائز، لتعلق هذه القاعدة بحيازة المنقول المادي دون المعنوي.

وقد اشترط المشرع لنفاذ رهن الدين في مواجهة المدين وجوب إبلاغه بعقد الرهن إذ يقضي نص المادة 975 ق.م.ج على انه: ( لا يكون رهن الدين نافذا في حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله به وفقا للمادة 241، ولا يكون نافذا في حق الغير إلا بتسليم سند الدين المرهون إلى المرهن، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول )<sup>(6)</sup> والظاهر من النص أن المشرع اشترط حصول الإعلان أو قبول من الغير كإجراء يعادل الإبلاغ، فضلا على تحرير الدين في محرر ثابت التاريخ وتسليمه للدائن المرتهن أو العدل وللتوضيح أكثر يستحسن شرح كل نقطة على حده.

#### - الكتابة :

تتشرط المادة 975 ق.م.ج تسليم سند الدين المرهون إلى المرتهن مما يفهم منه ضرورة كتابته على النحو المبين بالمادة 969 ق.م.ج التي تنص على أن: (.. أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن، والعين المرهونة بياناً كافياً.. )<sup>(7)</sup>. فمن الأهمية بمكان أن يعرف الدائن المرتهن قيمة الدين وسببه، وميعاد استحقاقه، والحقوق المترتبة عليه، وهذا التعيين لاشك في أنه يجنب وقوع أعمال الغش التي قد تصدر من المدين.

1- إبراهيم بن غانم : نظام الرهن الحيازي الوارد على المنقول في التشريع المدني والتجاري الجزائري ، المرجع السابق ، ص 197.

2- إبراهيم بن غانم : المرجع نفسه ، ص 198.

3- السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق، ج 10 ، ص 757، 758.

4- تنص المادة 92 ق.م.ج على ما يلي : ( .... غير ان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، الا في الاحوال المنصوص عليها في القانون.

5 - الأمر 75- 58 المؤرخ في 26-9-1975 المتضمن القانون المدني و يلاحظ أن بعض الاتجاه في الفقه يقول بان المال المستقبل وان كان لا يصلح ان يكون محلا للرهن، فان ذلك لا يمنع من ان يكون محلا للوعد بالرهن، لا ينشأ هذا الوعد الا بانشاء الدين الموعود به.

6- الأمر 75- 58 المؤرخ في 26-9-1975 المتضمن القانون المدني.

7- الأمر 75- 58 المؤرخ في 26-9-1975 المتضمن القانون المدني.

وغني عن البيان أن الكتابة تقررت لتقوم بأدوار وتحقق أهدافا شتى في آن واحد، فهي الوسيلة لإثبات التزام الراهن استنادا لنص المادة 333 ق.م.ج ، والوسيلة لمنع الغش المحتمل، كما تغني الكتابة عن الاستعانة بوسائل الإثبات الأخرى كشهادة الشهود والقرائن.

## 2- الحيابة :

إن حيابة السند المثبت للدين ثار حولها جدل فقهي، إذ ذهب جانب من الفقه إلى عدم إمكانية اعتبار حيابة السند المثبت للدين بالحيابة الحقيقية للدين ، فالحيابة في هذا الصدد تتم بحيابة الحق وليس بحيابة السند المثبت له، ولما كانت الحقوق لا يتصور حيابتها، فأحرى وأولى أن يستغنى عن حيابة السند، ويكتفي بإبلاغ<sup>(1)</sup> المدين دون تجريده من الحيابة .

ويرى الأساتذة بلانيول وريبير أن تسليم السند المثبت للدين ليس شرطا جوهريا في الرهن ومنه فإن الحيابة ليست لازمة إذ يجب إبلاغ المدين ليتحقق نزع الحيابة منه، لما قد يشكله اشتراط السند من عائق لرهن الديون غير المكتوبة<sup>(2)</sup>.

ولا جرم في أن التشريع الجزائري أسوة بالتشريعات الحديثة قد ميز بين وظيفة الإعلان، فجعل الرهن لا يسري تجاه المدين الملتزم بالدين المرهون به، وبين وظيفة تسليم السند التي تعد وسيلة الاحتجاج بالرهن تجاه الغير، متى كان هذا الإعلان الحاصل أو القبول ثابتي التاريخ.

وبعبارة أوضح إذا كان يكفي الإعلان وحده للاحتجاج بالرهن ضد المدين الملتزم بالدين المرهون، فإن حيابة السند وحدها لا تكفي للاحتجاج بالرهن ضد الغير إلا إذا كان مقترنا بإعلان المدين أو صدور قبول منه بتاريخ ثابت.

ومن هنا فإن نزع الحيابة من المدين " حيابة السند" الراهن يشترط فيها الشروط العامة للحيابة أي تكون حيابة ظاهرة ومستمرة وإن حدث واسترجع المدين حيابة السند ولو لمدة قصيرة ومؤقتة في غير الأحوال التي يسمح بها القانون أو القضاء تقوم قرينة بسيطة<sup>(3)</sup> على انقضاء الرهن طبقا لنص المادة 952 ق.م.ج<sup>(4)</sup>.

1- نبيل إبراهيم سعد : التأمينات العينية والشخصية ، دار الجامعة الجديدة ، طبعة 2007 ، ص 217.

2- بلانيول وريبير : traite pratique de droit civil français, tome XIII suretes reelles avec le concours de E.Belque 1<sup>er</sup> partie n:95 p.82et suivant.

3- إبراهيم غانم : نظام الرهن الحيازي الوارد على المنقول في التشريع المدني والتجاري الجزائري، المرجع السابق ، ص 206.

4- تنص المادة 952 ق.م.ج على ما يلي: ( إذ رجع المرهون الى حيابة الراهن انقضى الرهن، الا اذا اثبت الدائن المرتهن ان الرجوع كان بسبب لا يقصد انقضاء الرهن ، كل هذا دون اخلال بحقوق الغير).

### 3- السند الذي تتم به الحيازة:

ليس من صعوبة في سند الدين المرهون إذا كان ثابتا في عقد رسمي أو عرفي لأن الحيازة تتم بتسليم هذا السند إلى المرتهن أو العدل.

ولكن الصعوبة تظهر في مدى صلاحية تسليم نسخة عن الوثيقة أو السند الأصلي.

وبالرجوع إلى نص المادة 975 ف2 ق.م.ج التي تنص على وجوب تسليم حيازة

السند دون أن تميز بين أصل السند و نسخته ولكن المادة 326 ق.م.ج تنص على أنه :

( إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية كانت الصورة حجة على الوجه الآتي:

- يكون للصورة الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجة الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل.

ويكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية ذاتها، ولكن تجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي اخذ منها .

أما ما يؤخذ من صور رسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأولى فلا يعند به إلا مجرد الاستئناس تبعاً للظروف (1)

واضح أن المشرع الجزائري إعتبر الصورة الأصلية تنفيذية أم غير تنفيذية بمثابة السند الأصلي ولها حجية الأصل متى كان المظهر الخارجي لا يعترضه الشك في مطابقة الأصل، غير أن الصور التي تؤخذ من النسخ الأولى لا حجة لها إلا للاستئناس بحسب ظروف وملابسات كل حالة، ولعل الصورة التطبيقية لهذا الموضوع هو ما ورد بالمادة 97

ف2 من قانون الصفقات العمومية التي تنص : (..... تسلم المصلحة المتعاقدة للمعامل المتعاقد

نسخة من الصفة تتضمن بياناً خاصاً يشير إلى أن هذه الوثيقة مثل سندا في حالة الرهن الحيازي) (2).

وتنص الفقرة الثالثة من نفس المادة على حالة استثنائية وهي : ( إذا تعذر تسليم النسخة

المذكورة في الفقرة الثانية أعلاه للمعامل المتعاقد حفاظاً على السالم المطلوب، فإنه تجوز للمعني أن يطلب من السلطة التي تعاقدها معها مستخرجاً من تلك الصفة موقعا عليها من قبلها ومنضمنة البيان المذكور في الفقرة 2، والبيانات الملائمة للسالم المطلوب،

إن تسليم هذه الوثيقة يعادل بالنسبة لإنشاء الرهن الحيازي تسليم النسخة بكاملها) (3)

1- الأمر 75- 58 المؤرخ في 26-9-1975 المتضمن القانون المدني.

2- صدر المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية تحت رقم 02- 250 في 13 جمادى الأولى عام 1423 الموافق 24 يوليو سنة 2002 بالجريدة الرسمية العدد 52 لسنة 2002.

3- صدر المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية تحت رقم 02- 250 في 13 جمادى الأولى عام 1423 الموافق 24 يوليو سنة 2002 بالجريدة الرسمية العدد 52 لسنة 2002.



#### 4-الإبلاغ:

هو شرط لنفاذ الرهن سواء في مواجهة المدين الملتزم بالالتزام المرهون، أو في مواجهة الغير شريطة أن يكون هذا الإبلاغ ثابت التاريخ مع إمكانية الاستغناء عن الإبلاغ بالحصول على قبول المدين ولا يحتج بهذا القبول إلا إذا كان ثابت التاريخ طبقاً لنص المادة 975 ف2 ق.م.ج .

وقد سبقت الإشارة إلى أن للإبلاغ وظيفتان أولهما أنه يرمي إلى إيجاد علاقة قانونية بين المدين الملتزم بالدين المرهون والدائن المرتهن. وثانيهما انه يقوم بوظيفة إظهارية بعلم الغير من خلالها بوجود حق الرهن على الدين. والواقع أن الإبلاغ له وظيفة مكملة لوسيلة الإشهار الأساسية والطبيعية في الرهن وهي الحيازة .

#### البند الثاني: رهن السندات الاسمية والسندات لأمر

من الأهمية بمكان القول بأن ما توفر بين يدي من مصادر ومراجع فقهية استخلصت منها عدم تطرق الفقه الإسلامي لهذه السندات بالشكل الذي عرفه القانون الوضعي، إلا أن هذا لا يمنع من القول بأن الفقه المالكي بشكل خاص والذي وصل في نبوغه إلى جواز رهن الغرر اليسير، فأحرى وأولى أن يجيز رهن السندات الاسمية والسندات لأمر سيما وان المتعارف عليه في الفقه الإسلامي أنه سوغ لولي الأمر أن يضع من الضوابط ما يقدر فيه تحقق تيسير مصالح العباد في إطار الشرع وبما لا يتجاوز المقاصد الشرعية. ولا جرم أن النظام الذي عرفه الدواوين وصك النقود من باب أولى أن يقر إثبات الرهن توطئة لنفاذه في حق الغير<sup>(1)</sup>، وذلك بإثبات واقعة القيد في سجل الجهة التي تصدر السند الاسمي إذا ما كان السند المراد نفاذ رهنه في مواجهة الغير اسماً وبالتظهير على سبيل الضمان، إذا ما كان السند المراد نفاذ رهنه في مواجهة الغير أمراً.

وأما في القانون المدني الجزائري فقد نص بالمادة 976 منه على ما يلي: (يندرج رهن السندات الاسمية أو السندات لأمر بالطريقة الخاصة المنصوص عليها قانوناً بشرط أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن وبدون حاجة إلى إعلان)<sup>(2)</sup>.

1- يسوف بيان رجب حمود: دور الحيازة في الرهن الحيازي ، المرجع السابق، ص 394 ، وفي هذا المعنى ، مصطفى عبد الحميد عياد، رهن الدين وتنظيم احكامه ، المرجع السابق، ص 259، وما بعدها.

2- الأمر 75- 58 المؤرخ في 26-9-1975 المتضمن القانون المدني.

والنص السالف يتكلم عن رهن السندات الاسمية والسندات لأمر، وهي التي يتم رهنها بطريقة خاصة بها هذه الطريقة نجدها موضحة ومفصلة بالمادة 31 من القانون التجاري الجزائري بقولها: (...). أما بالنسبة للأسهم وحصص الشركاء في الشركات المالية والصناعية التجارية أو المدنية والتي تحصل نقلها بموجب تحويل في دفاتر الشركة يجب أن يثبت الرهن بعقد رسمي ويجب أن تقيّد هذه العملية على سبيل الضمان في الدفاتر المذكورة<sup>(1)</sup>.

وأخذا بهذا النص فإن رهن السندات<sup>(2)</sup> القابلة للتحويل يثبت بتظهيرها تظهيراً قانونياً يشير إلى إن القيمة قد سلمت على وجه الضمان، وأن رهن الأسهم وحصص الشركاء في الشركات التي يتم نقل ملكيتها بطريق التحويل أو القيد في دفاتر الشركة، يكون بعقد رسمي كما يجب أن تقيّد هذه العملية في الدفاتر المذكورة مع الإشارة إلى أنها على سبيل الضمان<sup>(3)</sup>.

وهكذا يكون القانون المدني متفقاً مع الفقه الإسلامي فيما يتعلق بنفاذ رهن الدين الثابت في السندات الاسمية أو السندات لأمر وأن الفقه الإسلامي لم يرد فيه هذه السندات إلا أنه لا يمانع من الأخذ بها على ما سبق بيانه تحقيقاً للمصلحة المتوخاة وهي التيسير على العباد وضمان حقوقهم.

## **الفرع الثالث**

### **تطبيقات خاصة برهن المنقول حيازياً دون نقل الحيازة**

لقد عرف عقد الرهن الحيازي بأن من خصائصه أنه عقد رضائي يتحقق بالإيجاب والقبول، وتطبيقاً لهذه الخاصية لم يعد تسليم الشيء المرهون ونقل حيازته شيئاً ضرورياً بل تبقى الحيازة للراهن ومع ذلك يتم عقد الرهن ويعتبر صحيحاً نافذاً في مواجهة المتعاقدين وفي حق الغير وهذا الاتجاه يرى أن عقد الرهن الحيازي يلزم بمجرد العقد ولا دخل للقبض في انعقاده<sup>(4)</sup> وهو ما أقره المذهب المالكي<sup>(5)</sup> الذي يرى أن القبض أو نقل الحيازة شرط تمام وكمال في عقد الرهن الحيازي دون نكير<sup>(6)</sup>.

1- القانون التجاري الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1957 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05، 02 المؤرخ في 06 فبراير 2005.

2- إن السندات القابلة للتحويل، تعني القيم المنقولة أو السندات القابلة للتداول والتي تمثل حقوق الشركاء ( الأسهم).

3- محمد حسنين : الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1986، ص 80-81.

4- مصطفى عبد الحميد محمود عياد: رهن الدين وتنظيم أحكامه، المرجع السابق، ص 36.

5- القفصي: (محمد بن عبد الله بن راشد البكري القفصي) لباب اللباب، طبع المطبعة التونسية، تونس 1926 ص 170 حيث جاء فيه : وقال ابن الحاجب: (يصح الرهن قبل القبض، ولا يتم إلا به، فأنت ترى أن القبض والإقباض متأخرين عن الرهن، والمتأخر عن الشيء غيره ضرورة لأنه ليس عينه).

6- الخرشي : المختصر على الجليل للإمام أبي الضياء سدي خليل، ط 1، 2000 دار الكتب العلمية، بيروت، ج 5، ص 245 / وانظر بلغة السالك، المصدر السابق، ج 2، ص 112.

وقد شايعهم في هذا المنحى بعض الحنابلة<sup>(1)</sup> وهذا الرأي الفقهي لا يهمل القبض نهائيا إنما جعله مجرد التزام على الراهن لا غير، ولوجود ما يقوم مقام القبض ويرشد الغير على ما يتقل المرهون من حق الرهن، وبما يحقق للراهن الاستفادة من محل الرهن في زيادة ائتمانه بمعزل عن الرهن الواقع عليه.

وتأسيسا على ما ذهب إليه الفقه المالكي نحى القانون الجزائري نفس المنحى وأقر الرهن الحيازي لبعض المنقولات دون نقل حيازتها، وهي وسيلة تقوم مقام القبض والمتمثلة في الإشهار الرسمي عن طريق القيد حتى يكون المرهون مقبوضا قبضا حكما<sup>(2)</sup> ويمكنه بمقتضاه إعلام الغير.

وتطبيقا لهذا الإتجاه الفقهي والقانوني من المستساغ التطرق لبعض النماذج التطبيقية في الرهن الحيازي دون نقل الحيازة في البنود التالية.

#### البند الأول: رهن حق التأليف والابتكار

من المسلم به أن حق المؤلف أو المبتكر على ما ينتجه من أثر أدبي أو فني أو موسيقي ينطوي على وجهين<sup>(3)</sup> وجه أدبي أو معنوي ووجه مادي أو مالي ، ولقد كفلت التشريعات الوضعية حق المؤلف في الاستغلال المالي لمصنعه ومن ذلك ما قرره المشرع الجزائري في شأن تنظيم حقوق المؤلف بالأمر رقم 73-14 الصادر 3-4-1973 ثم ألغى هذا الأمر بموجب المادة 166 من الأمر رقم 97-10<sup>(4)</sup> والذي جاء بقانون جديد يهتم بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة ، وقد خول حق المؤلف لصاحبه نوعان من الحقوق ، حقوق معنوية وحقوق مادية، فينظر لهذا الحق من وجهين، وجه معنوي أو أدبي ووجه مادي أو مالي ، وهذا الأخير هو الذي يجوز التصرف فيه بالرهن لأنه كغيره من الحقوق المالية الأخرى ويتم الرهن بالشكل المسموح به قانونا وقد نصت المادة 62 من الأمر 97-10 على قابلية الحقوق المادية للمؤلف للتنازل وذهبت المادة 63 إلى جواز نقل حقوق المؤلف المادية إلى الغير بعقد مكتوب بما يعني جواز رهنها رهنا حيازيا<sup>(5)</sup> بشرط كتابة هذا التصرف.

ويمكن على ضوء الأحكام المقررة في قانون حماية حقوق المؤلف استخلاص الشروط اللازم توافرها في رهن حق الاستغلال المالي للمؤلف في مواجهة الغير وهي:

أ - أن يدون الرهن في وثيقة مكتوبة وأن تتضمن هذه الوثيقة تخصيص الرهن من حيث :

1- ابن قدامة المقدسي: المغني على مختصر الخرقي، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت ، 2004 ، ج4، ص 236 ، حيث جاء فيه ( ما كان مكيلا أو موزونا لا يلزم رهنه إلا بالقبض وفيما عداهما روايتان احدهما : لا يلزم إلا بالقبض ، والأخرى يلزم بمجرد العقد كالبيع، وقد نص احمد على هذا في رواية الميموني وحمل القاضي كلام الخرقي على المكيل والموزون خاصة، وليس بصحيح .)

2- مصطفى راتب حسن علي: نفاذ الرهن وأثاره، المرجع السابق ، ص 37.

3- حسين عبد اللطيف حمدان : التامينات العينية ، المرجع السابق، ص 231.

4- القانون المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة صدر بموجب الامر 97-10 المؤرخ 6-3-1997 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 13 سنة 97.

5- تنص المادة 62- من الأمر 97-10 المؤرخ في 6-06-1997 المنظم لحقوق المؤلف بما يلي) تكون الحقوق المادية للمؤلف قابلة للتنازل عنها بين الأحياء بمقابل مالي أو بدونه مع مراعاة أحكام هذا الامر.

- 1- الحق المرهون: ويبين الحق الذي رهنه المؤلف بيانا واضحا لا لبس فيه، بأن يذكر مثلا بأن المرهون هو الحق في نشر المؤلف أو إذاعته أو ترجمته إلى لغة أجنبية.
  - 2- تحديد الغرض من التصرف بأن يذكر أنه على سبيل الرهن مثلا.
  - 3- بيان الدين المضمون: من حيث مقداره وزمن استحقاقه ومدة الاستغلال<sup>(1)</sup> ومكان الاستغلال... الخ.
  - ب - أن يكون لهذه الوثيقة تاريخ ثابت طبقا للقواعد العامة للإثبات في الأوراق العرفية السابق بيانها.
  - ج - تسليم الوثيقة المكتوبة بما تتضمنه من بيانات إلى الدائن المرتهن أو العدل على أن تحسب مرتبة دين المرتهن من تاريخ تحقق شروط الرهن كافة<sup>(2)</sup>.
- البند الثاني : رهن السفن والطائرات :**

لقد أخذت التشريعات الحديثة بتقرير رهن السفينة دون نقل حيازتها على غرار الرهن الرسمي ومن بين هذه التشريعات القانون البحري الجزائري<sup>(3)</sup> وقد جاء في نص المادة 55 ق.ب.ج ما يلي: (يكون الرهن البحري تأمينا اتفاقيا تخول للدائن حقا عينيا على السفينة)<sup>(4)</sup> ووفقا لهذا النص فإن الرهن البحري لا يرد إلا على السفينة ويجوز رهن السفينة أيا كان تخصيصها<sup>(5)</sup> أي سواء كانت تجارية أو سفينة صيد أو سفينة نزهة<sup>(6)</sup> كل السفينة أو جزء منها ، وهيكل السفينة وجميع توابعها باستثناء حمولتها، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك<sup>(7)</sup> ، وقد أخرج المشرع الجزائري من دائرة الرهن السفن والعمارات البحرية التي تملكها الدولة والجماعات المحلية وهذا ما جاءت به المادة 11 من القانون 05-98 التي نصت على تعديل المادة 56 من الأمر 80-76 كآلاتي: (بيد انه لا يجوز رهن السفن والعمارات البحرية التي تملكها الدولة أو الجماعات المحلية)<sup>(8)</sup>.

وعقد الرهن البحري عقد رسمي إذ يشترط لانعقاده الرسمية مثله في ذلك مثل الرهن الرسمي وفي ذلك تنص المادة 57 ق.ب.ج على أنه: (تجب أن يكون الرهن البحري منشأ بموجب سند رسمي صادر فقط عن مالك السفينة)<sup>(9)</sup> ويجب شهر الرهن البحري في دفتر تسجيل السفينة إذ نصت المادة 56 ق.ب.ج على ما يلي: (ويقيد الرهن في دفتر التسجيل الجزائري للسفن)<sup>(10)</sup>.

ويجدد قيد الرهن البحري في مدة عشر سنوات من تاريخ تسجيله النظامي ، وعند انتهاء هذه المدة دون تجديد اعتبر الرهن لاغيا.

---

1- يوسف بيان حمود رجب : دور الحيازة في الرهن الحيازي، المرجع السابق، ص 384.  
2- لقد حددت المادة 55 من قانون حماية المؤلف المدة الزمنية التي تحمي فيها لحقوق المؤلف وذلك باستمرار الحماية طوال حياته ثم تنتقل هذه الحماية لورثته لمدة 50 سنة من بداية السنة المدنية التي تعقب تاريخ وفاته، وبعد انقضاء هذا الأجل يصبح المصنف ملك للكافة، ومنه يتعين عند بيان مدة الاستقلال الأخذ بعين الاعتبار لمضمون المادة 55 أعلاه (الباحث).  
3 - صدر الأمر رقم 80 لسنة 76 المؤرخ في 23-1-76 يتضمن القانون البحري.  
4 - الأمر 80 - 76 المؤرخ في 23-1-76 المتضمن القانون البحري.  
5- شمس الدين الوكيل : الموجز في نظرية التأمينات ، المرجع السابق، ص 498.  
6- حمدي الغنيمي : محاضرات في القانون البحري الجزائري، ديوان المطبوعات الجمعية الجزائر، 1983، ص 35.  
7- علي البارودي وآخرون : القانون البحري والجوي، ط 1، منشورات الحلبي، بيروت، 2001، ص 187.  
8- 10-9- 80 - الأمر 76 - 1-23 المؤرخ في 23-1-76 المتضمن القانون البحري والمعدل بالقانون رقم 05-98 المؤرخ في 25 يونيو 1998.

وللرهن البحري كغيره من الرهون الأخرى آثار بين طرفيه فرغم كون السفينة منقول، فإنها ترهن كالعقار دون حاجة إلى انتقال حيازتها، ومن ثم فإن المدين الراهن يستمر في حيازة السفينة واستغلالها العادي، دون تقصير في حفظها وصيانتها حماية لحق الدائن المرتهن.

أما الدائن فإن له حماية حقه المستمد من العقد وفقا للقواعد العامة، فله أن يتخذ الوسائل التحفظية ، وأن يعترض على كل عمل أو تقصير من جانب الراهن، فإذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك السفينة أو تلفها كان للدائن المرتهن أن يقتضي تأميناً كافياً أو يستوفي حقه فوراً<sup>(1)</sup> وله أن يتقدم غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في الرتبة كما يكون له أن يتتبع السفينة المرهونة أو ينفذ عليها. كما يحق للدائن المرتهن عند فقدان السفينة أو في حالة الخسائر الكبيرة والخطيرة التي تقضي إلى عدم صلاحية السفينة للملاحة، أن يمارس حقه على التعويضات أو المبالغ التي تحل محل السفينة وتوابعها وقد نصت المادة 62<sup>(2)</sup> من القانون البحري على ما يحل محل السفينة وتوابعها وذلك كالآتي :

أ- التعويضات المستحقة لمالك السفينة عن الأضرار المادية اللاحقة بالسفينة المرهونة.  
ب - المبالغ المستحقة للمالك عن إشراكه في الخسائر المشتركة اللاحقة بالسفينة المرهونة.  
ج - التعويضات المستحقة إلى مالك السفينة المرهونة عن الإسعاف المقدم أو الإنقاذ منذ تسجيل الرهن وذلك في حدود ما لحق السفينة المرهونة من فقدان أو خسارة.  
د- تعويضات التأمين على هيكل السفينة .

وحماية لحقوق الدائنين المرتهنيين والدائنين بصفة عامة نص المشرع الجزائري على إلزامية حمل كشف بقيود الرهن مع باقي وثائق السفينة المرهونة عند الإبحار<sup>(3)</sup>.

**وبخصوص رهن الطائرة، فإن التشريع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة** اعتبر الطائرة من الأموال المنقولة<sup>(4)</sup> ورتب على ذلك إمكانية أن تكون محلاً لرهن حيازي، تطبيقاً للقواعد العامة في الرهن الحيازي، ولما كانت القواعد العامة تقضي بضرورة نقل حيازة محل الرهن إلى الدائن المرتهن حتى ينفذ الرهن في مواجهة الغير، ومراعاة لما قد يلحق المدين الراهن من أضرار جراء تخليه عن حيازة الطائرة وربما عجز الدائن المرتهن عن استغلال الطائرة في نشاطها المعتاد، اتجهت معظم التشريعات الحديثة إلى تخصيص رهن الطائرة بنظام أشبه بنظام الرهن الرسمي<sup>(5)</sup>.

1- عباس حلمي : القانون البحري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص 18.

2 - الأمر 80 - 76 المؤرخ في 23-1-76 المتضمن القانون البحري.

3 - تنص المادة 64 من القانون البحري الجزائري على ما يلي: ( كل سفينة منقولة برهن ، يجب أن تحمل إلزامياً ضمن وثائق إبحارها كشفاً بقيود الرهن المستعملة عند المغادرة ).

4- تنص المادة 29 من قانون الطيران المدني على انه: ( تشكل الطائرات أملاكاً منقولة، يثبت بيعها بعقد رسمي، ولا يكون له مفعول إزاء الغير إلا بقيده في سجل الترخيم)

5- هاني دويدار : قانون الطيران التجاري ، ط1 ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ، 2002، ص 54.

وقد أرسى المشرع الجزائري نظاما قانونيا يماثل الأنظمة القانونية لأغلب الدول الحديثة، فنص في المادة 32 من قانون الطيران المدني على أنه: (يمكن أن تكون الطائرات محل رهن وفقا للشرع الساري المفعول ويقتد الرهن في سجل ترقيم الطيران ولا يكون ذا مفعول إزاء الغير إلا بعد قيده، وتخضع شطب الرهن لتقدير عقد يثبت رفع الرهن، بموجب اتفاق بين الطرفين أو قرار قضائي)<sup>(1)</sup>.

وبهذا النص يكون المشرع الجزائري قد نص صراحة على جواز ورود الرهن على الطائرات كأصل عام<sup>(2)</sup>، غير أن هذا الرهن لا يكون نافذا في مواجهة الغير إلا بعد أن يقيد في السجل الخاص بترقيم الطيران.

وإعمالا للقواعد العامة في شأن انتقال الحق المضمون من الشيء إلى ما يحل محله فقد نص المشرع الجزائري في المادة 34 قانون الطيران المدني على أنه: (في حالة فقدان الطائرة أو عطوها، تمل الدائن المرهن في حدود مبلغ دينه، محل المؤمن له في حق التعويض المسنق على المؤمن إلا إذا وجدت اتفاقية مخالفة لذلك .

وعلى المؤمن قبل أي دفع أن يطلب بيان التسجيلات الرهنية الواردة في سجل ترقيم الطيران . لا يبرأ أي دفع إذا لم يأخذ في الحسبان حقوق الدائنين المدونة في البيان المذكور)<sup>(3)</sup>

ويفهم من النص أعلاه أن المشرع الجزائري لم يستثن رهن الطائرة من القواعد العامة للرهن الحيازي، خلافا للمشرع المصري الذي خرج عن القواعد العامة ونص صراحة على عدم الأخذ بمبدأ الحل العيني الذي أقره القانون المدني وقرر بالمادة 31 من القانون 26 لسنة 1976 بأن الرهن المقرر على الطائرة<sup>(4)</sup> لا يسري على ما يحصل عليه مالك الطائرة من تعويضات وينقضي رهن الطائرة بعقد يثبت رفع الرهن يقدم للجهة المؤهلة بمسك سجل ترقيم الطيران، يفيد اتفاق الراهن والمرتهن على شطب الرهن، وهو ما يسمى بالطريق الإختياري، وكما ينقضي رهن الطائرة بالطريق الإختياري ينقضي بالطريق القضائي،، وذلك بموجب حكم قضائي يقضي بشطب الرهن.

### **البند الثالث . رهن السيارات .**

لا يختلف رهن السيارات وغيرها من المركبات والآليات عن رهن المنقولات المادية الأخرى، إلا فيما يتعلق بعدم اشتراط نقل حيازة السيارة أو المركبة من الراهن إلى المرتهن إلى غاية تمام الرهن ونفاذه، وهذا خلافا للقاعدة العامة في الرهن الحيازي التي تستلزم التخلي عن حيازة الشيء المرهون وجعله بيد الدائن المرتهن وتحت سلطته<sup>(5)</sup> .

1- صدر قانون الطيران المدني الجزائري بموجب القانون رقم 98-06 المؤرخ في 27 يونيو 1998 بالجريدة الرسمية رقم 48 لسنة 98.

2- لا ينطبق رهن الطائرة على الطائرات العسكرية وطائرات الدولة عموما، رغم عدم النص على ذلك صراحة أخذا بالقواعد العامة، وبالتشريعات المقارنة ومنها القانون رقم 26 لسنة 76 المتضمن قانون الطيران المدني المصري الصادر في العدد 14 من الجريدة الرسمية لجمهورية مصر لشهر افريل 1976

3- القانون رقم 98-06 المؤرخ في 27 يونيو 1998 المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 48 لسنة 1998.

4- عبد الفضيل محمد احمد : القانون الخاص الجوي، ط 1- دار النهضة العربية مصر 2007 - ص 105

5- نصت المادة 951 ق.م.ج على ما يلي: (ينبغي على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسليمه ويسري على الإلتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الإلتزام بتسليم الشيء المبيع).

ويجري نظام رهن السيارات في الجزائر وفقا للعرف، إذ لا يوجد نص تشريعي ينظم رهن السيارات عدا النظام القانوني الفرنسي المطبق بالقانون الصادر في 30-9-1953 والخاص ببيع السيارات بأجل (1).

ولم يبادر المشرع الجزائري إلى سن قانون ينظم رهن السيارات وترك الأمر للعرف ولبعض النصوص القانونية المنظمة للبنوك والمؤسسات المالية والتي تمنحها امتيازاً على الأملاك المنقولة ضماناً لاستفاء مالها من ديون (2).

ولعل شفيح المشرع الجزائري في عدم سن قانون ينظم رهن السيارات هو إمكانية شهر الرهن الحيازي الوارد على السيارات عن طريق تسجيله في السجلات المخصصة لتتقل السيارات، وكذلك التأشير بهذا الرهن على عقد الملكية المتمثل في البطاقة الرمادية للسيارة، وهي وسيلة فعالة تضمن شهر الرهن وإعلام الكافة به، بحيث لا يمكن لمالك السيارة المرهونة إجراء نقل ملكيتها ما دامت مثقلة بالرهن، ولا يكون لأي تصرف قد يجريه المالك، أي أثر تجاه الدائن المرتهن، وأي تصرف ناقل لملكية السيارة المرهونة يعد باطلاً، بل إن البنوك والمؤسسات المالية المختلفة التي قدمت الأموال لشراء السيارة بأجل بصفتها الدائن المرتهن تضمن عقود الرهن شرطاً جزائياً لحماية أموالها من أي تصرف قد يقدم عليه الراهن، إذ اعتبرت بقاء السيارة المرهونة تحت تصرف الراهن بمثابة عقد الأمانة، وأي إخلال بهذا العقد يجعل الراهن مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة ويتابع جزائياً طبقاً لأحكام المادة 376 من قانون العقوبات التي تنص: (كل من اخلس أو بدد بسوء نية أوراقاً تجارية أو نقوداً أو بضائعاً أوراقاً مالية أو محالصات أو أية محرمات أخرى تضمن أو تثبت التزاماً أو إبراءً لم تكن قد سلمت إليه إلا على سبيل الإجازة أو الوديعة أو الوكالة أو الرهن أو عارية الاستعمال أو لأداء عمل بأجر أو بغير أجر . . . . . يعد مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة. . . . .) (3).

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الرهن يحفظ لمدة خمس سنوات مع إمكانية تجديده مرة أخرى (4).

1- محمد حسنين : الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 95.  
2- المادة 175 من القانون 90-10 الصادر في 14-4-1990 المتضمن قانون النقد والقرض تنص على ما يلي: (تتمتع المؤسسات المذكورة - أي البنوك والمؤسسات المالية بامتياز على جميع الأملاك المنقولة والديون والأرصدة المسجلة في الحسابات ضماناً لإيفاء كل مبلغ يترتب كأصل دين أو فوائد أو مصاريف للبنوك والمؤسسات المالية، أو مخصص لها كضامنة وإيفاء السندات المظهرة لها أو المسلمة لها كأمانة وكذلك لضمان تنفيذ أي تعهد تجاهها بكفالة أو تكفل أو تطهير أو كتاب ضمان ..).  
3- صدر قانون العقوبات في الجزائر بموجب الأمر رقم 66 - 156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 وتم تعديله بموجب عشرين تعديلاً آخرها التعديل بمقتضى القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20-12-2006.  
4- محمد حسنين : المرجع نفسه، ص 96.

## الفرع الرابع

### الموازنة

يتفق الفقه الإسلامي وفقه القانون المدني في تعريف المنقول وأنواع الأموال المنقولة، كما يوافق القانون المدني الجزائري في تحديد المنقول الذي يصلح أن يكون محلا للرهن الحيازي وجعله يقتصر في ذلك الذي يصلح بيعه إستقلا لا تطبيقا لقاعدة كل ما جاز بيعه جاز رهنه.

- يتفق القانون المدني الجزائري مع الفقه الإسلامي على ضرورة انتقال حيازة المنقول المرهون كمبدأ عام مع اختلاف علماء الفقه الإسلامي في صفة القبض فالأحناف في ظاهر الرواية يصفون القبض برفع الموانع والتخلية بين الراهن من جهة والمرهون والمرتهن من جهة أخرى، أما جمهور الفقهاء من الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة فيضيفون إلى التخلية شرط النقل والتحويل للمرهون من الراهن إلى المرتهن.

- يختلف القانون المدني الجزائري عن الفقه الإسلامي في شأن شهر الرهن الحيازي الوارد على المنقول ، ففي الوقت الذي يكتفي الفقه الإسلامي بالقبض كوسيلة لشهر التصرف، يضيف القانون المدني الجزائري للقبض شرطا آخر وحدده نص المادة 969 ق.م.ج والمتمثل في تدوين عقد الرهن الحيازي الوارد على المنقول المادي في ورقة ثابتة التاريخ تتضمن تعريفا شاملا للتصرف من المبلغ المضمون بالرهن إلى العين المرهونة، وقيمة المرهون وكل معلومة تفيد في رفع الجهالة.

- يتميز الفقه الإسلامي بأن لا يقبل ورود أكثر من رهن واحد على الشيء المرهون كقاعدة عامة بينما يسمح القانون المدني الجزائري بتعدد الرهون بورود أكثر من رهن على شيء واحد.

- وقف علماء الفقه الإسلامي من مسألة رهن الدين موقفين متباينين، إذ يرى جمهور الفقهاء أن الديون لا تصلح للرهن ابتداء ، مع قصر بعضهم جواز بيع الديون المستقرة دون رهنها لعدم تحقق الغرض المقصود من الرهن، وخالف المالكية رأي الجمهور وأجازوا رهن الدين وقد وافقهم في ذلك القانون المدني الجزائري.

- يوافق القانون المدني الجزائري الفقه المالكي في تحديد قبض الدين المرهون بقبض وثيقته.

- يقرر القانون المدني الجزائري رهن الدين بصفة عامة سواء كان من المدين أو من غيره، في حين الفقه الإسلامي المجيز لرهن الدين فرق بين رهن الدين من المدين ورهنه من الغير.



- يوافق القانون المدني الجزائري الفقه الإسلامي المجيز لرهن الدين حول ضرورة شهر هذا الرهن مع اختلاف في الوسائل المستعملة ، والوسائل المعتمدة في القانون المدني الجزائري لا تتعارض مع أحكام الفقه الاسلامي، ما دامت تحقق الغاية المتوخاة من نفاذ رهن الدين في مواجهة الغير.

وهي في الجملة بمثابة أمور تنظيمية ترمي لضمان المحافظة على حقوق الأفراد ولتدعيم فعالية رهن الديون.

لا خلاف بين الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري في ضرورة إعلان المدين بالدين المرهون، بالرهن الواقع على هذا الدين في حالة رهن الدين من غير المدين. ولا حاجة إلى هذا الإعلان في حالة رهن الدين من المدين به، لأن المرتهن هو نفسه المدين بالدين المرهون.

- أمكن القول بموافقة أحكام القانون المدني الجزائري لقواعد الفقه الإسلامي فيما يخص نفاذ رهن الدين الثابت في سند لأمر، وإن كان الفقه الإسلامي لم يعرف هذا السند بهذه التسمية، إلا أن المصلحة تقتضي العمل به شرعا.

- الدين الثابت في سند إسمي خصه القانون المدني الجزائري بجملة من الشروط، كالكتابة في محرر وهذا لا يتعارض في تقديري مع الفقه الإسلامي ، ما دامت السندات الاسمية متداولة في المدونات المدنية لمختلف الدول الإسلامية والتي تعتمد الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي لتشريعاتها ومن ذلك القانون المدني المصري والأردني إلى غيره، وهي ذات الأحكام التي تسري على السند لحامله والذي لم يكن معروفا هو الآخر في الفقه الإسلامي لحدائثة ، ولكن قواعد التشريع الإسلامي لا تمنع من الأخذ به ولا ترفضه بإعتباره وثيقة بالدين إقتضتها ظروف التطور وحاجات التعامل المستجدة والمتنوعة.

وبتحقيق النظر في ماهية الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني الجزائري، نكون أمام سؤال جوهرى نحاول الإجابة عنه في الفصل الثاني من البحث وهو كيف ينشأ الرهن الحيازي ومتى ينقضي في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني الجزائري.

# الفصل الثاني

إنشاء الرهن الحيازي و إنقضائه في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

## المبحث الأول

إنشاء عقد الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

## المبحث الثاني

إنقضاء الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

توصلنا فيما سبق إلى أنه لا خلاف على جواز الرهن الحيازي شرعا وقانونا، ولما كان حق الرهن ينشأ من عقد بين الراهن والمرتهن فوجب أن يكون هذا العقد مستوفيا لأركانه، وشروط صحته (1).

إذ لا يمكن تصور نشوء رهن حيازي إلا بتوافر أركانه، وقد اتفق القانون المدني الجزائري مع الفقه الإسلامي على تميز الرهن الحيازي بالرضائية، بحيث يكفي لانعقاده حصول التراضي بين طرفيه وتطابق إرادتهما بالإيجاب والقبول، فلزم لقيامه توافر الأركان العامة للعقود (2).

وباعتبار عقد الرهن الحيازي عقد تابعا، فلا بد له من التزام أصلي يستند إليه، ويضمن الوفاء به، ومتى توافر له ذلك أضحي الرهن موجودا ومنتجا لأثاره. ولا غرو ألا يقتصر الرهن الحيازي على العلاقة بين طرفيه، بل ينشئ حقا عينيا له آثار هامة في مواجهة الغير، ومن ثم يجب توفير إمكانية العلم به للكافة، وباعتباره حق عيني تبعي وجد لضمان الوفاء بحق شخصي، هذا الذي يجعل الأول يرتبط بالثاني ارتباط مصير فيوجد بوجوده ويزول بزواله، ومع ذلك فهو يحتفظ بذاتيته كعقد مستقل عن مصدر الدين المضمون، ولهذه الاعتبارات سأقسم دراسة هذا الفصل إلى مبحثين أتناول في المبحث الأول إنشاء عقد الرهن الحيازي وشروط نفاذه وفي المبحث الثاني انقضاء الرهن الحيازي في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

## **المبحث الأول**

### **إنشاء عقد الرهن الحيازي وشروط نفاذه في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري**

سبقت الإشارة إلى أن ميزة الرضائية التي يتميز بها الرهن الحيازي عن باقي التأمينات العينية تخضعه للمبادئ العامة في نظرية العقد، من حيث أن يكون التراضي موجودا وصحيحا، وأن يستند إلى محل مستوف للشروط وسبب مشروع، ويرجع في أحكام التراضي في الفقه الإسلامي إلى قواعد عقد البيع في كل مذهب (3) مع وجوب أن يكون عقد الرهن منجزا ولا يتضمن شرطا ينافي مقتضى الرهن، كأن يشترط أن يباع المرهون عند حلول الأجل (4)، ولذلك فإن كلا من العاقد والمرهون والمرهون به والصيغة أمور لا بد من وجودها لتحقيق عقد الرهن.

1- نبيل إبراهيم سعد: التأمينات العينية والشخصية، ط دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص. 201.  
2- عبد الحميد عثمان محمد: المفيد في حق الملكية والحقوق العينية التبعية، المرجع السابق، ص. 460.  
3- السيد عيد نايل: أحكام الضمان العيني والشخصي، جامعة عين شمس، 2001، ص. 227.  
4- اختلف الفقهاء المسلمون حول أمر هذا الشرط هل يفسد عقد الرهن أم يظل الرهن صحيحا مع فساد الشرط، فذهب رأي إلى أن العقد صحيح والشرط لغو، انظر في هذا المعنى بدائع الصنائع للكاساني، ج6، ص163/ وكذلك ابن قدامة في المغني، ج4، ص287، وذهب رأي آخر إلى فساد العقد وللإستزادة انظر حاشية الدسوقي، ج3، ص239.

كما خص المشرع الجزائري أركان عقد الرهن بالنص في المادة 948 و 949 ق.م.ج بحيث اعتبرت الأولى الرهن الحيازي عقدا وصرحت الثانية بأنه لا يجوز أن يكون محلا للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من عقار أو منقول.

ولما كان الأصل في العقود الصحيحة أن تكون لازمة ونافذة ، والنفاذ وصف يلحق العقد الصحيح فهو لا يوجد إلا إذا استوفى العقد شروطه وشروط صحته<sup>(1)</sup> ، ومن هنا فإن العقد النافذ هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ولم يتعلق به حق الغير ولا خيار فيه ، وعليه وجب تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين الأول ويخص الأركان المتعلقة بالرهن الحيازي والثاني بشروط نفاذه في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

### المطلب الأول

#### أركان انعقاد الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

لم يضع الشارع قواعد خاصة للأركان في نطاق تنظيم الرهن الحيازي إكتفاء ببيانها في الشروط العامة في نظرية العقد، والتي أرسى مبادئها الفقه وجرى العمل بها وصارت في حكم المألوف ، وقد استقر الفقه الإسلامي على أن عقد الرهن ينعقد صحيحا متى تحقق كل من العاقد والمرهون والمرهون به والصيغة بصرف النظر عن كون هذه الأمور ركنا أو لازما، غير أن الجمهور يرى بأن هذه الأمور الأربعة هي أركان للعقد.

أما المشرع الجزائري فقد أورد بالمادة 948 ق.م.ج على أن الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره، وحددت المادة 949 ق.م.ج محل عقد الرهن الحيازي بأنه كل مال يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من منقول وعقار.

وعلى ضوء قواعد الفقه الإسلامي وهدى نص المادتين 948 و 949 ق.م.ج يتأكد أن النظامين أخذا بعنصر الرضا من حيث نشوء الرهن الحيازي وعدم إخضاعه لأي إجراء شكلي وعليه لزم تقسيم هذا المطلب إلى خمسة فروع أخص الأول بالمتعاقدين والثاني بالمال المرهون والثالث بالدين المضمون والرابع للصيغة وفي الخامس أعقد مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري من جهة الأركان .

1- عبد المنعم فرج الصده : نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1947، ص 56 / و السنهوري في كتابه الموسوم بنظرية العقد ، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت، 1934، ص 152 وما بعدها.

## الفرع الأول

### المتعاقدان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

الرضا هو صلب العقد وركنه الأساسي<sup>(1)</sup> ويتحقق في عقد الرهن باتفاق إرادتي الراهن والمرتهن في اتجاههما إلى إبرام عقد الرهن ، وتعيين الشيء المرهون، والدين المضمون ، لذا وجب أن يكون العاقدان مؤهلين، ولقد أجمع الفقهاء على أن كل ما يقع بيعه صحيحا، فكذاك يقع رهنه، ولذا يشترط أن يكون الراهن والمرتهن ممن تحققت فيهما أهلية البيع ، أي أن يكون كلا منهما عاقلا بالغاً، فلا يصح الرهن من مجنون ولا من صبي غير مميز<sup>(2)</sup>، وأما الصبي المميز ومن في حكمه فإن رهنه وإرتهانه يقع صحيحا لأن الرهن غالبا يكون من توابع التجارة، والمأذون بممارسة التجارة يكون مأذونا بممارسة توابعها.

وباعتبار الرهن والارتهان من باب إيفاء الدين واستيفائه فإن النفاذ يتوقف على إجازة الولي أو الوصي كما هو الحال في بيع الصغير وشرائه<sup>(3)</sup>، وأجاز الشرع للولي<sup>(4)</sup> أن يرهن مال المحجور عليه من صغر أو سفه، كأن يرهنه لإطعامه أو تعليمه أو لمصلحة مالية تعود على المحجور عليه توخيا لتحقيق فائدة له ، أما إذا كان الرهن لمصلحة الولي فإن الرهن يقع باطلا وهذا هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء<sup>(5)</sup>.

أما في القانون فإن الرضا يخضع للقواعد العامة التي تحكم العقود جميعا من حيث وجوده وصحته ، وأن المقام يقتضي التركيز على الأهلية أو الولاية الواجب توافرها في المتعاقدين لأهميتها المتميزة في الرهن.

وقد نصت المادة 948 ق.م.ج على أن: (الرهن الحيازي عقد يلزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا تخوله حبس الشيء إلى أن يسوفي الدين، وأن يتقدم الدائن العاديين والدائنين الثالين له في المرتبة في أن ينقضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون...)<sup>(6)</sup>.

1 - حسين عبد اللطيف حمدان: التأمينات العينية ، المرجع السابق، ص. 75.  
2 - اسعد دياب: أبحاث في التأمينات العينية، ط1، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع ، بيروت، 1988، ص. 101.  
3 - عبد الفتاح عبد الله البرشومي : أحكام الرهن والشفعة، المرجع السابق، ص. 41.  
4 - مصطفى راتب حسن علي : نفاذ الرهن وأثاره، المرجع السابق، ص. 84.  
5 - أجاز فقهاء الحنفية رهن الأب أو الوصي مال الصغير مقابل دين على الأب أو الوصي استحسانا، انظر تبين الحقائق للزليعي، ط1، المطبعة الأميرية، بولاق، مصر، ج 6، ص. 72.  
6 - الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

واضح من النص أن الراهن وهو بصدد إبرام عقد الرهن يقوم بتقديم تأمين للوفاء بدين ثبت في ذمته (1) سواء بنفسه وهو الحالة الغالبة أو أن يتقدم شخص آخر برهن أحد أعيان ماله لضمان الوفاء بالدين على غيره وهو ما يعرف بالكفيل العيني، وأخذا بما تشترطه أغلب التشريعات الوضعية، فإن الراهن يجب أن يكون أهلا للتصرف ومالكاً للمال المرهون (2) وهي الشروط التي أغفلها المشرع الجزائري حال معالجته للرهن الحيازي خلافاً للرهن الرسمي الذي خص فيه الراهن بالنص صراحة على وجوب أن يكون مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه فجاء بالمادة 884 ق.م.ج التي تقابل المادة 1032 ق.م.م مايلي:

(: يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه)(3).

فهل غاية المشرع الجزائري تكمن في عدم تقييد الراهن في الرهن الحيازي بشروطي الملكية والأهلية؟ كلا فالقول بهذا يؤدي إلى عدم إنجام الرهن بالأهداف التي يرمي إليها (4) وهي تحصين الدائن من تصرفات المدين، وهو ما يعد نقص في تشريعنا بعدم النص صراحة على ذلك أو الإحالة على المادة 884 ق.م.ج على غرار ما فعله المشرع المصري. ولما كانت جل التشريعات الحديثة والمدارس الفقهية قد انفقت على وجوب توافر هذين الشرطين فلا مناص من تطبيق نص المادة 884 على الرهن الحيازي قياسا على الرهن الرسمي.

وباعتبار الرهن من أعمال التصرف التي قد تحد من قيمته (5) وجب أن يكون المال المرهون ملكا للراهن، سواء كان الراهن هو المدين أو الكفيل العيني، فعقد الرهن تصرف قانوني يرتب للدائن حقا عينيا تبعا على المال المرهون فيمكنه من استيفاء حقه من ثمنه. فإن لم يكن الراهن مالكا للمال المرهون، فإن الرهن لن يحقق الغرض المقصود منه فرهن ملك الغير يقع باطلا بطلانا مطلقا بصريح النص عكس المشرع المصري الذي جعله قابلا للإبطال (6) لتساوي رهن ملك الغير مع بيع ملك الغير، إلا أن رهن ملك الغير قد ينقلب صحيحا إذا أقره المالك الحقيقي، أو انتقلت ملكية المرهون إلى الراهن وفي الحالة الثانية لا يتحقق ألا بأثر مباشر.

1. السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج 10، ص 752.

2. مصطفى راتب : نفاذ الرهن وآثاره، المرجع السابق، ص 71.

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

4. إبراهيم بن غانم : نظام الرهن الحيازي الوارد على المنقول في التشريع المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 17.

5. احمد شرف الدين : التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 132.

6. سي يوسف زاهية: عقد الرهن الرسمي، المرجع السابق، ص 42.

والمشرع الجزائري بما قرره في شأن رهن ملك الغير خلافا لبيع ملك الغير الذي يكون قابلا للإبطال، استنادا للمواد 397، 399 ق.م.ج<sup>(1)</sup> يكون قد حذا حذو الفقه والقضاء الفرنسي الذين أجمعوا على بطلان رهن ملك الغير بطلانا مطلقا<sup>(2)</sup>، حتى ولو آلت ملكية المرهون إلى الراهن فيما بعد، ويجري نفس الحكم بالنسبة لرهن المال المستقبلي، ويتغير الأمر بشأن رهن المال المشاع الذي يقع صحيحا استنادا لنص المادة 714 ق.م.ج<sup>(3)</sup> شريطة ألا يلحق ضررا بباقي الشركاء<sup>(4)</sup>.

وفي رهن الدين المعلق على شرط أو دين مستقبلي أو دين احتمالي فنصت المادة 891 ق.م.ج المقابلة للمادة 1040 ق.م.ج على أنه: (تجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبلي أو دين احتمالي، كما تجوز أن يترتب ضمانا لاعتماد مفنوح أو لفنح حساب جار، على أن يحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون، أو الحد الأقصى الذي ينهي إليه هذا الدين)<sup>(5)</sup> وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أجاز صراحة رهن الديون المستقبلية والاحتمالية والمعلقة على شرط من ذلك ما نصت عليه المادة 97 وما بعدها من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية<sup>(6)</sup>.  
وحيث أن نص المادة 884 ق.م.ج<sup>(7)</sup> جمع بين ملكية الراهن للمال المرهون وأهلية التصرف، فإنه بعد أن بينا ملكية الراهن للمال المرهون يلزمنا إستجلاء الأهلية التي يبتغيها المشرع، ولقد مر معنا أن الراهن قد يكون هو الشخص المدين، وقد يكون الكفيل العيني ولذلك يقتضي الأمر تناول مسألة الأهلية في ثلاث نقاط:

<sup>1</sup> - تنص المادة 397 ق.م.ج الصادر بالأمر 75-58 موضع الشارة السابق على (إذا باع شخص شيئا معيننا بالذات وهو لا يملكه فالمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه، وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري).

<sup>2</sup> - جمال الدين زكي: التأمينات العينية والشخصية، ط 3، مطابع الأهرام التجارية، مصر، 1979، ص 43.

<sup>3</sup> - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

<sup>4</sup> - قضت المحكمة العليا الجزائرية في قرار لها مؤرخ في 8-4-1987 رقم 39496 منشور بالمجلة القضائية عدد 3 لسنة 1991، بان تصرف الشريك في حصته في المال المشاع دون ان يلحق ضررا بباقي الشركاء تصرف جائز قانونا.

<sup>5</sup> - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

<sup>6</sup> - صدر المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية تحت رقم 02-250 في 13 جمادى الأولى عام 1423 الموافق 24 يوليو سنة 2002 بالجريدة الرسمية العدد 52 لسنة 2002.

<sup>7</sup> - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

## 1 – أهلية الراهن "الدين":

إن عقد الرهن من العقود الملزمة للجانبين والتي تختلف أهلية طرفيه تبعاً للتصرف الملزم<sup>(1)</sup> فهو بالنسبة للراهن يبرم عقداً من عقود المعاوضة والتي تدور بين النفع والضرر، فيجب أن يكون أهلاً للتصرف في الشيء المرهون، فهو بحصوله على إئتمان معين<sup>(2)</sup> فإنه قد حصل على مقابل معين، وهذا ما يستلزم كمال الأهلية، وعلى ذلك إذا صدر الرهن من غير المميز ومن في حكمه كالمجنون يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً<sup>(3)</sup> أما إذا صدر الرهن من الصبي المميز يكون قابلاً للإبطال<sup>(4)</sup>، ولا يكون هذا العقد صحيحاً حتى ولو أذن له في ذلك لنقص في أهلية التصرف مع الإشارة إلى أن القاصر غير المميز والقاصر المميز ومن في حكمهما يجوز أن ينوب عنهما الوكيل<sup>(5)</sup> أو الولي أو الوصي أو القيم في إبرام عقد الرهن على اعتبار التصرف يدور بين النفع والضرر، وينبغي التوضيح بأن القانون المدني الجزائري أحال على قانون الأحوال الشخصية حين تكون النيابة من ولي أو قيم أو وصي<sup>(6)</sup>.

## 2 – أهلية الكفيل العيني:

تختلف أهلية الكفيل العيني باختلاف التصرف الذي يقوم به فإن كان بالمقابل فيجب أن يكون متمتعاً بأهلية التصرف، أما إذا كانت كفالة تبرعية فتكون الأهلية المطلوبة هي أهلية التبرع، لأن تصرف الكفيل ضار ضرراً محضاً، وحتى يصح الرهن الصادر عن الكفيل العيني يجب أن يكون هذا الأخير متمتعاً بكمال الأهلية، أما إذا كان الكفيل العيني صبياً مميزاً أو من في حكمه كان الرهن باطلاً بطلاناً مطلقاً، غير أنه إذا تبين من الظروف. إن الكفيل العيني قد حصل على مقابل نظير كفالته فإن رهنه يكون من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، ويكفي لصحته توافر أهلية المعاوضة<sup>(7)</sup>.

## 3 – أهلية المرتهن:

يختلف وضع الدائن المرتهن في الرهن الحيازي عنه في الرهن الرسمي الذي لا يلتزم فيه الدائن بشيء، والعقد ينفعه نفعاً محضاً، أما في مسألة الحال فإن الدائن يستلم الشيء المرهون ويلتزم بإدارته والمحافظة عليه ويرده عند سداد الدين، لذلك يعتبر بالنسبة له من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر<sup>(8)</sup> وبما أن التشريع الجزائري جعل كما سبقته الإشارة عقد الرهن الحيازي عقداً رضائياً وملزماً للجانبين، فيجب أن يتوفر في الدائن قدر من التصرف مثله في ذلك مثل الدين، ويكون العقد قابلاً للإبطال لمصلحته إذا أبرمه وهو صبي مميز أو سفيه ويكون باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا كان صبياً غير مميز.

1- نعمان محمد خليل جمعة : الحقوق العينية التبعية، 2002، 2001، ص144، تم تصوير جزء من النسخة الموجودة بمكتبة كلية الحقوق بجامعة القاهرة.  
2 - نبيل إبراهيم سعد : التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 201.  
3 - تنص المادة 42 ق.م.ج على ما يلي: (لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من قان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون)  
4 - تنص المادة 43 ق.م.ج على أنه: (كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية، وفقاً لما يقرره القانون).  
5 - إذا باشر النائب إجراءات عقد الرهن بصفته وكيلاً فيجب أن تكون الوكالة خاصة عملاً بالمادة 574 ق.م.ج.  
6 - المادة 44 ق.م.ج والمادة 81 ق أسرة، تنص المادة 44 ق.م.ج على ما يلي: (يخضع فاقد الأهلية، وناقصوها بحسب الأحوال، لأحكام الولاية أو الوصاية، أو القوامة، ضمن الشروط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون) وتنص المادة 81 من قانون الأسرة الصادر بموجب القانون 84-11 المعدل بالقانون 02-05 المؤرخ في 27-2-2005 (من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي، أو وصي، أو مقدم، طبقاً لأحكام هذا القانون).  
7 - جابر محبوب على و فايز الكندري، التأمينات العينية في القانون الكويتي 2004، ص 284.  
8 - محي الدين إسماعيل علم الدين : التأمينات العينية، ط4، دار التحفة العربية ص 176 .



## الفرع الثاني

### المال المرهون

المرهون في الفقه الإسلامي هو المال المعلوم الذي يجعل وثيقة بالدين، ولذلك أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن كل عين جاز بيعها جاز رهنها، لأن مقصود الرهن هو الإستيثاق بالدين ليتوصل إلى إستيفائه من ثمن المرهون ، متى تعذر إستيفاؤه من الراهن، وهذا إنما يتحقق في كل عين جاز بيعها، ويفهم من هذا أن ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه لعدم إمكانية الاستيفاء من العين غير الصالحة للبيع كالوقف ولحم الخنزير، غير أن هذا الضابط ليس مطردا في كل الأحوال، بل ترد عليه بعض الإستثناءات لصور يجوز بيعها ولا يجوز رهنها، وأخرى يجوز رهنها ولا يجوز بيعها.

ومن الصور الأولى المال المشاع<sup>(1)</sup> ومن الثانية الشيء المستعار<sup>(2)</sup> ومما ينبغي ملاحظته أنه لا يشترط أن تكون قيمة العين المرهونة قدر الدين بل قد تكون قدر الدين أو أقل أو أكثر. هذا وإذا كانت العين التي يجوز بيعها يجوز رهنها، فلا جرم أن ما يشترط في المبيع يشترط في المرهون، ولما كانت شروط المبيع لا تختلف كثيرا من مذهب فقهي لآخر، فأقتصر على حصر أهم شروط المرهون:

1- أن يكون المرهون قابلا للبيع، فلا يصح رهن الخمر والخنزير والميتة، فإذا اشترى شخص عينا طاهرة وجعل رهنها خمرا أو خنزيرا فإن الرهن لا ينعقد لعدم جواز بيع ذلك المرهون لحديث جابر رضي الله عنه أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: ﴿إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، فقيل يا رسول الله أرايت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود، فقال هو حرام﴾<sup>(3)</sup>.

واستثنى المالكية من هذا الشرط الأشياء التي بها غرر<sup>(4)</sup> والغرر عندهم نوعان: شديد وغير شديد ، فالشديد لهم فيه رأيان قيل لا يجوز رهنه كما لا يجوز بيعه، وقيل يجوز رهنه ولا يجوز بيعه<sup>(5)</sup>

وأما الذي غرره غير شديد فلا خلاف في جواز رهنه، فإذا رهن الثمرة قبل بدو صلاحها، فإنه ينتظر صلاحها ثم يبيعها في الدين.

1 - لقد اختلف الفقهاء في صحة رهن المال المشاع إلى رأيين، الرأي الأول ذهب إلى عدم جواز رهن المال المشاع وبه قال الأحناف وعللوا ذلك بتخلف قبض المرتهن للمرهون وانتفاء موجب الحبس الدائم، والرأي الثاني أجاز رهن المشاع وبه قال المالكية والشافعية والحنابلة ، انظر تفصيلا للموضوع بدائع الصنائع ، ج 6 ، ص 138 والشرح الكبير للدردير ، ج 3، ص 235 ، وحاشية الدسوقي ، ج 3 ، ص 231.

2 - الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986، ج 6 ، ص 136.

3 - البخاري: ( أبو عبد الله محمد بن إسماعيل ، ت 256 هـ ) ، صحيح البخاري ، نشر مشترك دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، عين مليلة، طبعة المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغاية، 1992 ، 39 ، كتاب البيوع 111 ، باب بيع الميتة والأصنام، حديث رقم 2121 ، ج 2 ، ص 779.

4 - غرر أي خطر بمعنى أن وجود الشيء غير متحقق فقد يوجد وقد لا يوجد فهو لا يصح بيعه ولكن يصح رهنه، انظر حاشية الدسوقي ، ج 3 ، ص 231 وما بعدها.

5 - الصاوي : بلغة السالك، المرجع السابق، ج 2 ، ص 109.

2 – أن يكون المرهون معلوما علما يمنع من المنازعة وينفي الجهالة، فرهن المجهول جهالة تقضي إلى المنازعة غير جائز، لأنه لا يصح بيعه فهو كالمعدوم ، كأن يقال رهنك ولد ولد هذه الناقاة فهو رهن لشيء معدوم<sup>(1)</sup>.

3 – أن يكون المال عينا ينتفع بها فلا يصح رهن مالا منفعة فيه كرهن آلة اللهو، وقد اختلف الفقهاء في رهن الديون<sup>(2)</sup>.

4 – أن يكون المرهون مقدورا على تسليمه فلا مجال للقول بصحة رهن السمك في الماء والطير في الهواء والوحش في الصحراء.

5 – ألا يكون المرهون مما يسرع إليه الفساد، إلا إذا كان الدين حالا أو مؤجلا يحل أجل استيفائه قبل أن يدب الفساد في المرهون.

أما في القانون المدني الجزائري فإن المال المرهون يرد أيضا على العقار والمنقول.

وقد نصت المادة 950 ق.م.ج المقابلة للمادة 1097 ق.م.ع على ما يلي: (لا يكون

محل للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من منقول وعقار)<sup>(3)</sup> فعلى خلاف الرهن الرسمي الذي يرد على العقار فإن الرهن الحيازي يجوز أن يرد على المنقولات وعلى العقارات<sup>(4)</sup> بمختلف أنواعها من أراضي ومباني وكل أنواع المنقولات القابلة للحيازة والبيع بالمزاد العلني استقلالا من مادية ومعنوية، فالمنقولات المادية جميعا قابلة للرهن كالسيارات والبضائع والماكينات والمصانع والمجوهرات، كما يرد الرهن على المنقولات القيمة، وأن الرهن لا ينشأ في الأشياء<sup>(5)</sup> المثلية إلا بإفرازها كما هو الحال في المحاصيل الزراعية.

وتأخذ السندات لحاملها حكم المنقولات المادية، كما يجوز رهن النقود وهو ما يسمى بالكفالة النقدية أو التامين النقدي، ومثاله ما يقدمه المستأجر للمؤجر من مبلغ نقدي تأمينا للوفاء بالتزاماته الناشئة من عقد الإيجار<sup>(6)</sup>.

1- الكاساني: بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 5، ص 108.

2- اختلف الفقهاء في رهن الدين إلى ثلاثة آراء ، يرى جمهور الفقهاء أن الديون لا تصلح محلا لعقد الرهن، في حين يرى المالكية جواز رهن الدين، و يفرق بعض فقهاء الحنابلة بين رهن الدين من المدين وبين رهنه من غير المدين، انظر الشيخ نظام وآخرون: الفتاوى الهندية، بيروت، 1991، ج 5، ص 461.

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

4 - أما في القانون الفرنسي فان الرهن الحيازي LE NANTISSEMENT ينقسم حسب المحل الذي رد عليه إلى نوعين لكل منهما أحكامه الخاصة فإذا ورد عقار يسمى ANTICHRESE وإذا كان محله منقولا يسميه GAGE.

5 - جابر محمد علي و فايز الكندري : التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي، المرجع السابق ، ص 296.

6- شمس الدين الوكيل : الموجز في نظرية التأمينات، ط3 ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1966، ص 467، الذي يقول : ( وقد جرى الاصطلاح على سبيل الخطأ والتجاوز باعتبار هذا الضمان صورة من صور الكفالة والصحيح أننا بصدد رهن حيازي كامل) .

كما يجوز رهن المنقولات المعنوية كحقوق المؤلفين وبراءات الاختراع ولكن لا يجوز رهن الرواتب والمعاشات والسندات غير القابلة للتحويل<sup>(1)</sup> وعموما كل المنقولات التي تقبل البيع بالمزاد العلني وبصفة مستقلة تصلح أن تكون محلا للرهن ، وهذا الأمر اقتضته الحكمة من الرهن ذاته ما دام الهدف من الرهن هو تحصين حقوق الدائن بغض النظر على التغييرات التي قد تطرأ على الحالة المالية للمدين كالإعسار أو الإفلاس أو التقاعس عن الوفاء، وتوقيا لكل المخاطر يتوجب على الدائن التحقق من قابلية المنقول المقدم للرهن للبيع عند اللزوم بصفة مستقلة.

وعلى هذا لا يصح إنشاء الرهن على حق الإرتفاق أو التأمينات ( الكفالة بنوعيهما والرهن بأنواعه ) الذي يسميه الفقه بإنشاء الرهن على حق الرهن gage sur gage وكذلك العقارات بالتخصيص<sup>(2)</sup>، وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى منع ورود الرهن الحيازي على العقارات بالتخصيص مستشهدا بحكم صادر عن محكمة قرونوبل GRONOBLE بتاريخ 3-3-1944 المنشور بالمجلة الاسبوعية القانونية سنة 1945 رقم 2782<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثالث

### المرهون به (الإلتزام المضمون)

**المرهون به** في الفقه الإسلامي هو الدين الذي يعقد الرهن بسببه ويكون ثابتا في ذمة المدين ويستوفي من العين المرهونة عند عجز الراهن عن الوفاء ، وذلك مثل الثمن في البيع والأجرة في الإيجارة و عوض الخلع<sup>(4)</sup>. ويشترط في المرهون به الشروط التالية :

1 - أن يكون المرهون به ديناً فلا يصح الرهن بسبب غير الدين ، ويشترط في هذا الدين أن يكون لازماً، كثمن المبيع بعد انقضاء فترة الخيار، ويخرج عن ذلك الوديعة لأنها ليست بدين، فلا يصح أن يرهن المودع عنده عينا للمودع مقابل وديعته ، لأن الوديعة ليست ديناً عنده<sup>(5)</sup>.

2 - أن يكون الدين ثابتاً فلا يصح الرهن بالدين قبل ثبوته كما إذا رهنه داره على أن يقرضه مليون دينار لأن الثمن لم يثبت قبل ان يأخذ الدار.

3 - أن يكون الدين معلوماً عينا وقدرًا وصفة ، فلا يصح الرهن مع جهل شيء من ذلك.

1 - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، جزء 10 ، صفحة 764 ، وانظر نص المادة 682 ق.م.ج.  
2 - إبراهيم بن غانم : نظام الرهن الحيازي الوارد على المنقول في التشريع المدني والتجاري الجزائري ، المرجع السابق ، ص 33 .  
3 - مازو : ص 73 ، فقرة 65 ، وفي هذا المعنى السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 10 ، ص 764 .  
4 - مصطفى راتب حسن : نفاذ الرهن وأثاره، المرجع السابق ، ص 92 .  
5 - عبد الفتاح عبد الله البرشمي : أحكام الرهن والشفعة، المرجع السابق ، ص 72 .

**وفي القانون المدني الجزائري** فإن الرهن هو حق تابع يستند في وجوده إلى حق أصلي ويكون تابعا لهذا الحق في وجوده وعدمه فلا يوجد الرهن إلا بوجود التزام يضمنه، فإن لم يوجد إنعدمت الغاية من الرهن، ولا بد أن يكون الإلتزام صحيحا قابلا للتنفيذ جبرا على المدين شأنه في ذلك شأن الرهن الرسمي ، وميزة تبعية عقد الرهن للحق الأصلي المضمون تفيد أنه تأمين مخصص لخدمة الحق الأصلي حصريا<sup>(1)</sup> كما عبر عن ذلك M. Cabrillac وهذا الحق في الغالب هو مبلغ من النقود ، ولكنه لا يشترط أن يكون دوما كذلك ، بل قد يكون عملا أو إمتناعا عن عمل أو إعطاء أي شيء آخر غير النقود<sup>(2)</sup>.

وبصرف النظر عن وصف الحق المضمون فإن الرهن يجوز أن يكون ضامنا لدين معلق على شرط أو أجل أو دين مستقبلي احتمالي كالدين الناشئ عن فتح الاعتماد بالحساب الجاري<sup>(3)</sup> ، وعلى هذا الأساس أحالت المادة 950 ق.م.ج إلى المادة 891 المتعلقة بالرهن الرسمي والتي نصها : (يجوز أن يترتب الرهن ضامنا لدين معلق على شرط أو دين مستقبلي أو دين احتمالي، كما تجوز أن يترتب ضامنا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن ينحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينهي إليه هذا الدين)<sup>(4)</sup>.

واضح أن نص المادة 891 التي تقابل المادة 1040 ق.م.م وكذلك المادة 1452 معاملات مدنية إماراتية و 1029 مدني كويتي و 1373 مدني أردني و 1029 مدني سوري و 1102 مدني ليبي ان عقد الرهن يصح لضمان اللتزامات أيا كانت أو صافها سواء كان الإلتزام منجزا أو معلقا على شرط أو مقترنا بأجل أو مستقبليا أو احتماليا شريطة أن يكون الدين المضمون معيننا تعيينا كافيا بما يسمح بتخصيص الرهن ، فلا يجوز عقد الرهن لضمان كل ما يمكن أن يترتب للمرتهن من ديون في ذمة الراهن، وإذا كان الدين مما ينتج فوائد فيجب تعيين معدل الفائدة والنص على شمولها بالرهن، بحيث يكون للدائن الحق في استيفائها مع أصل الدين بالأفضلية من ثمن المال المرهون، كما يشترط أن يكون الدين المضمون قابلا للتنفيذ الجبري ليتسنى للمرتهن عند عدم الإيفاء المطالبة ببيع المرهون لاستيفاء دينه من الثمن ، وعلى ذلك وجب أن يكون الدين مدنيا حتى يمكن إجبار المدين على الوفاء به<sup>(5)</sup>.

فضلا عن الدين أجاز القانون المدني الجزائري إجراء الرهن الحيازي ضامنا لاعتماد مفتوح أو لمجرد فتح حساب جار مع ضرورة تحديد المقدار أو الحد الأقصى الذي يجوز أن ينتهي إليه في العقد المنشئ للرهن<sup>(6)</sup>.

1 - جاك ميترو: ترجمة منصور القاضي إشراف جاك غنشار، قانون التأمينات العينية العام ، ط 1 ، 2006 ، ص. 338.  
2 - حسين عبد اللطيف : التأمينات العينية ، المرجع السابق، ص. 146 ، وتشير إلى أن المشرع الجزائري ذهب عكس هذا الاتجاه فاعتبر المرهون به لا يكون إلا ديننا ( الباحث ).  
3 - ادوار عيد : التأمينات العينية، ط 2، مطبعة المثني، بيروت، 1995، ص. 369.  
4 - الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.  
5 - محمد لبيب شنب : التأمينات العينية والشخصية ، المرجع السابق، ص. 139.  
6 - محي الدين إسماعيل علم الدين : التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 148

**ومن هنا يمكننا التساؤل:** هل المشرع بإجازته لهذه المعاملة يكون قد راعى النشاط المتزايد للبنوك ودورها المتميز في تقديم أدوات الائتمان؟ إذ بمقتضى عقد فتح الاعتماد يتفق، البنك مع العميل ليسحب منه حسب حاجته في مزاولة أنشطته، ويكون هذا المبلغ هو الحد الأقصى الذي يتعهد به البنك، فلا يجوز أن يتجاوز مسحوبات العميل هذا المبلغ إلا بتحيينها باتفاق جديد.

كما قد يكون إلتزام البنك هو تقديم أدوات ائتمان أخرى في حدود مبلغ معين، كأن تتفق مؤسسة خاصة بإنجاز مشاريع معينة مع البنك ليقدّم له هذا الأخير اعتمادا بمبلغ معين يخصص منه مبلغ للسحب نقدا، والمبالغ الأخرى تقدم لقيمة الضمانات المطلوبة من المؤسسة للجهة التي تنفذ لها مشاريع خاصة بها، كما تخصص أجزاء أخرى من المبالغ لتسديد ثمن المواد الأولية اللازمة للإنجاز، ومقابل ذلك يحصل البنك من المؤسسة العميل على ضمانات تتمثل في الأسهم أو السندات التي توازي قيمتها قيمة الاعتماد.

ونشير إلى أن الرهن لا يقتصر على أصل الحق حسب المشرع الجزائري إنما تتبعه المصروفات الضرورية التي أنفقت للمحافظة على الشيء المرهون والتعويضات الناجمة عن عيوبه ومصاريف عقد إنشاء الدين ومصاريف عقد الرهن وقيده وتنفيذه كل ذلك تطبيقا لأحكام المادة 963 ق.م.ج هذه التوابع أشارت إليها المادة 963 ويتلقاها المرتهن مع أصل الدين من ثمن المرهون<sup>(1)</sup>.

يبقى أن أشير في هذا المجال إلى أن الدين المضمون قد ينتقل من الدائن إلى شخص آخر بحوالته، فإن الرهن في هذه الحالة ينتقل إلى المحال له متى نصت الحوالة على ذلك، والانتقال يكون مجرد تسلمه الشيء المرهون فيحل محل المحيل في كل الإلتزامات التي كانت على المدين من رعاية الشيء المرهون والمحافظة عليه، ويكون المحال والمال له متضامنين في المسؤولية تجاه المدين عند تنفيذ هذه الإلتزامات<sup>(2)</sup>.

## **الفرع الرابع**

### **الصيغة**

الصيغة عبارة عن الإيجاب والقبول الذي يتم بين طرفي العقد وهي ركن في العقود عامة، ويشترط الفقه الإسلامي لصحة العقود توافر رضا طرفي العقد، ولما كان الرضا من الأمور الخفية فقد اعتبر الفقه الإسلامي الصيغة التي هي الإيجاب والقبول دليلا على الرضا، ولتكون الصيغة صحيحة لا بد من توافر شروط.

1 - توافق القبول مع الإيجاب ومفاد ذلك قبول القابل ما أوجبه الموجب من عبارات الإيجاب.

<sup>1</sup> - العربي بن قسمية : نظام الرهن الحيازي الوارد على الديون العادية في التشريع الجزائري ، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير فرع العقود

والمسؤولية جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2000 – 2001، إشراف الدكتور الطيب زروتي ، ص 42.

2 - محي الدين إسماعيل علم الدين : التامينات العينية، المرجع السابق ، ص 186، وانظر في هذا المعنى، محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية التبعية ، ط 1 ، دار الثقافة ، 2006 ، ص 201.

2 - إتحاد مجلس العقد بمعنى أن يصدر الإيجاب والقبول في مجلس واحد ، مع اختلاف الفقهاء في وجود فاصل زمني طويل بين صدور الإيجاب وتلقي القبول (1).

3 - استمرار الإيجاب وبقائه قائما حتى يتم القبول أي لا يحدث لهذا الإيجاب ما يبطله، ومؤدى ذلك أن يظل الرهن كامل الأهلية مع بقاء العين محل التعاقد، وأن يظل الرهن على إيجابه حتى يتم القبول من المرتهن ، فلو زالت جاهلية الرهن أو المرتهن أو تلفت العين محل العقد، أو تراجع الرهن عن الإيجاب قبل قبول المرتهن، فإن العقد يكون باطلا في كل منهما(2)

وفي القانون المدني يلزم لقيام العقد أن يصدر تعبير عن الإرادة وهو الإيجاب الذي يتضمن عرضا من أحد المتعاقدين ، وأن يصدر تعبير يقابله من المتعاقد الآخر هو القبول الذي يجب أن يكون مطابقا للإيجاب وحينها يتم توافق الإرادتين وهو ما يعبر عنه بالتراضي (3) .

وقد جاء في نص المادة 59 ق.م.ج بأنه : ( ينم العقد بمجرد أن يبادل الطرفان النغير عن إرادتهما المنطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية ) (4).

وتنص المادة 60 منه على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه ، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.

يلاحظ أن التشريع الجزائري قد تعرض لتوافق الإرادتين على غرار التشريعات الحديثة مثل القانون الألماني وقانون الإلتزامات السويسري والمشروع الفرنسي الإيطالي (5) فبين كيف يتم العقد ثم الوسيلة التي يتم التعبير بها عن الإرادة حتى يقترن القبول بالإيجاب وحددها في اللفظ والكتابة والإشارة المتداولة ، وبإتخاذ دال على مقصود طالبه ثم يبين الحالة التي يصدر فيها الإيجاب في مجلس العقد وجواز تحلل الموجب من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا ويظهر أن المشرع الجزائري لم يحل الإيجاب ملزما ما دام لم يقترن به القبول (6) ويكون في ذلك قد سائر إتجاه القضاء في كل من مصر وفرنسا على عكس إتجاه الفقه القانوني في هذين البلدين والذي أخذ يميل إلى جعل الإيجاب ملزما (7) .

<sup>1</sup> - المسألة ورد بشأنها رأيان : الأول وإليه ذهب الأحناف والمالكية والحنابلة ومفاده عدم تأثر الصيغة بالفاصل الزمني الطويل بين الإيجاب والقبول، أما الرأي الثاني فقد قال به الشافعية وهو تأثر الصيغة بطول الفاصل الزمني بين الإيجاب والقبول، انظر محمد حسين إبراهيم سليم في كتابه :

الرهن في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 41.

2 - محمد حسني إبراهيم سليم: الرهن في الفقه الإسلامي، المرجع السابق ، ص 43.

3- عبد المنعم فرج الصده : نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ،دار النهضة العربية ، 1974 ، دون ذكر رقم الطبعة، ص 116.

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

5- السنهوري : نظرية العقد ، دار إحياء التراث العربي بيروت ، ص 243.

6- المادة 64 ق.م.ج : ( إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد اجل القبول فان الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فور... )

7 - السنهوري : المرجع نفسه ، ص 244.

وأخلص إلى أن القانون المدني الجزائري قد أضفى عنصر الإلزام على الإيجاب حال اقترانه بالقبول وهو في ذلك يتفق مع الفقه الإسلامي الذي يرى الإيجاب وحده ملزما الا إذا اقترن به القبول.

## الفرع الخامس الموازنة

- اتفق الفقه الإسلامي مع القانون الوضعي على أنه يجب لترتيب حق الرهن على الشيء المرهون لصالح الدائن المرتهن أن يكون الراهن أهلا للتصرف في الشيء المرهون بغض النظر عن صفته سواء مدينا أو كفيلا عينيا، وذلك ليكون تصرفه معتبرا شرعا وقانونا، ولما كان الرهن عقد تصرف في المال فلا يصح إلا ممن جاز له التصرف كالبيع<sup>(1)</sup> تماما، وأيضا لكون الرهن من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر<sup>(2)</sup> مما يستدعي ضرورة أن يكون المتصرف على الأهلية التي تجيز القيام بهذا النوع من التصرفات، ومن ثم فإنه متى كان الرهن صادرا من راهن كامل الأهلية كان رهنا صحيحا شرعا وقانونا، ويكون كذلك إذا كان الراهن بالغاً عاقلاً مختاراً غير محجور عليه لسفه أو إفلاس، أما إذا كان عديم الأهلية كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه بطل عقد الرهن الذي أبرمه بطلانا مطلقا.

- يختلف الفقه الإسلامي عن القانون المدني الجزائري في جزاء تخلف الأهلية فإذا كان ناقص الأهلية كالصبي المميز والمحجور عليه لسفه أو غفلة كان عقد الرهن موقوفاً في الفقه الإسلامي، بحيث لا يرتب أي أمر إذا أعقبته إجازة ممن يملكها وقابلاً للإبطال في القانون الوضعي منتجا لآثاره إلى أن يقضى ببطلانه، وأن فكرة العقد الموقوف تتميز عن فكرة العقد القابل للإبطال، لأن العقد الذي يشوبه نقص في الأهلية أو عيب في الرضا أو انعدام الولاية على المحل يفضل أن يوقف حتى تخلفه الإجازة، فهذا أفضل من أن ينعقد وتترتب آثاره، ثم يطلب إبطاله، كل ذلك خلافا لما قد ينشأ عند إبطال العقد بعد نفاذه من تعقيدات.

- اتفق الفقه الإسلامي مع القانون المدني الجزائري على أعمال قاعدة كل ما جاز بيعه جاز رهنه وعلى ذلك يجب لترتيب حق الرهن على الشيء المرهون لفائدة الدائن المرتهن أن يكون المرهون صالحا للبيع مهما كان نوع المال أي سواء كان عقارا أم منقولا، لأن القصد من الرهن هو استيفاء الدين من المرهون حال تعذر استيفائه من ذمة الراهن، وبذلك فلا يمكن الاستيفاء من الشيء غير الصالح للبيع، وهذا مبدأ استقر في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني الجزائري اقتضته طبيعة عقد الرهن وبررته الغاية المقصودة من عقد الرهن.

وينبغي على هذا أن يكون الشيء المرهون شرعا أو قانونا صالحا للبيع، ومالا متقوما ومعلوما للمتعاقدين علما نافيا للجهالة ومانعا للنزاع. ومقدورا على تسليمه ومملوكا للراهن أو له على مالكة ولاية شرعية، أو إتفاقية وإلا كان عقد الرهن باطلا.

- اتفق الفقه الإسلامي مع القانون المدني الجزائري على أن الراهن إذا لم يكن مالكا للمرهون ولا مآذونا له بهذا التصرف بولاية شرعية أو إتفاقية فلا ينعقد الرهن.

<sup>1</sup> - الكاساني: بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 8، ص 121/ وانظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، ج 6، ص 126.  
<sup>2</sup> - السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج 10، ص 337/ وانظر عبد المنعم البدرابي، التامينات العينية، المرجع السابق ص 16، 17.

— اتفق الفقه الإسلامي مع القانون المدني الجزائري على أن الدين المضمون يجب أن يكون معيناً ففي الفقه الإسلامي الدين المضمون هو المعين بالعلم بالدين جنساً وقدرًا وصفة، فلو جهله المتعاقدان أو أحدهما فلا يصح الرهن الحيازي<sup>(1)</sup>، وقد طبق جمهور الفقهاء شرط العلم بالمبيع على عقد الرهن الحيازي، فقالوا أن المرهون يجب أن يكون معلوماً للعاقدين، وقالوا أن ما يعتبر علماً في باب البيع يعتبر علماً في باب الرهن<sup>(2)</sup> وتطبيقاً لهذا المبدأ فإن الدين المرهون يلزم أن يكون معلوماً للمتعاقدين علماً نافياً للجهالة ورفعاً للنزاع، والفقهاء يذكرون للعلم بمحل الرهن طريقين أحدهما رؤية المحل وثانيهما وصفه وصفا ينفي الجهالة عنه، ورؤية المحل تقتض أن هذا المحل عين تقع تحت الحواس ويمكن رؤيتها لمعرفة قيمتها كالعقار والحيوان والمنتجات كالزروع وغيرها، فهذه كلها أموال مادية ترى بالعين المجردة فتكون هذه الرؤيا طريقاً للعلم بها.

ولما كانت الديون أموالاً حكمية تثبت في الذمة ولا وجود لها تحت الحواس فإنه يتعذر فيها التطرق من طرف العلم والمعرفة، وليس هناك بد من القول بأن العلم بها يكون بطريقة الوصف كالأموال الغائبة عن مجلس العقد وذلك يكون ببيان جنس الدين ونوعه وقدره وصفة الدين من حلول وتأجيل وبيان المدين به.

أما في القانون المدني الجزائري فيعين الدين المضمون ببيان مقداره وشخص المدين ومصدر الدين والتصرف القانوني أو نص القانون، وذلك إذا كان الدين موجوداً، أما إذا كان غير موجود وقت إبرام العقد كالدين المستقبلي، والدين الاحتمالي فيتخذ في عقد الرهن الحد الأقصى لما يضمنه الرهن الحيازي من ذلك الدين<sup>(3)</sup>.

— يختلف الفقه الإسلامي عن القانون المدني الجزائري في شكل العقد فالفقه الإسلامي لا يعرف الرسمية بالنسبة لرهن العقار، لأن غاية الرهن الحيازي أن يباع المال مقابل الدين عند حلول الأجل، فلا ينبغي أن يحمل المال المرهون بشروط تزيد على شروط بيعه. ويكفي أن الفقه الإسلامي يعتبر نقل الحيازة وسيلة لشهر التصرف وإعلام الكافة بأن المال المرهون قد تعلق به حق لغير مالكة، وإذا قيل بأن الرسمية لحماية الراهن وتبصيره بخطورة ما هو مقدم عليه من رهن عقاراته حيازياً فإن هذه العلة منقوضة أيضاً برهن المنقولات حيازة فمنها ما قد تزيد قيمتها على العقار المرهون أضعافاً مضاعفة، ومع ذلك فإن الرسمية والتخصيص وفقاً لرأي الجمهور ليسا بشروط في انعقاد رهنها<sup>(4)</sup>.

— لقد أخذ التقنين المدني الجزائري بما يقول به الفقه الإسلامي في مسألة الإيجاب والقبول المعبر عن التراضي ووافقه في أن الإيجاب وحده لا يكون ملزماً إلا إذا اقترن به القبول وقد جاء في بدائع الصنائع (وأما صفة الإيجاب والقبول فهو أن أحدهما لا يكون لازماً قبل وجود الآخر...) (5)

<sup>1</sup> - لما كانت القاعدة في الفقه الإسلامي أن الرهن لا يكون إلا في الدين المضمون والمعين أو القابل للتعيين في عقد الرهن، فلا يجوز أن يدخل في ضمان الرهن ديوناً أخرى غيره حتى ولو نشأت بين نفس الدائن المرتهن ونفس المدين الراهن (الباحث).

<sup>2</sup> - ابن قدامة: المغني، المصدر السابق، ج 4، ص 310.

<sup>3</sup> - المادة 891 ق.م.ج والمادة 1040 ق.م.م والمادة 1029 مدني كويتي.

<sup>4</sup> - عبد المنعم البدر اوي: التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 60.

<sup>5</sup> - الكاساني: بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 5، ص 134.



## المطلب الثاني

### الشروط المتعلقة بنفاذ الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني

الأصل في العقود الصحيحة أن تكون لازمة ونافذة، والنفاذ وصف يلحق العقد الصحيح، فهو لا يوجد إلا إذا استوفى في العقد شروط انعقاده وشروط صحته<sup>(1)</sup>، ومن هنا فإن العقد النافذ هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ولم يتعلق به حق الغير ولا خيار فيه، هذا كمبدأ عام.

أما ما تعلق بالرهن الحيازي، فالثابت أنه لا يلزم لنشوئه شكلاً معيناً على اعتبار أنه عقد رضائي، غير أنه لا يكفي أن ينعقد الرهن الحيازي حتى ينفذ في مواجهة الغير، بل لا بد من إجراءات و تصرفات مادية تعقب الانعقاد وترجم علانية الرهن.

وقد عبر الفقه الإسلامي عن هذه التصرفات بالقبض وذلك لقوله تعالى ﴿ وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فإمضوا ما كتبتم ﴾<sup>2</sup>

في حين سماه القانون بانتقال الحيازة أو التسليم وهو الإجراء الذي رسمه ليصبح حق المرتهن سارياً في حق الغير وتحسينه بالوسيلة التي تمكن من العلم بوجود الرهن، وقد وجد المشرع الوضعي عامة والجزائري خاصة في تخلي الراهن عن حيازة الشيء المرهون ضماناً كافية لإحاطة الغير علماً بوجود الرهن<sup>(3)</sup> وعلق نفاذ الرهن على تحققها، فوجب إذن لنفاذ الرهن الحيازي أن تنتقل حيازة المال المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى عدل يعينه المتعاقدان في جميع أنواع الرهون الحيازية مهما كان محل الرهن<sup>(4)</sup>، على أن شرط انتقال الحيازة وإن كان ضرورياً لنفاذ الرهن الحيازي إلا أنه ليس شرطاً كافياً لذلك تطلب المشرع توافر شروط أخرى تختلف باختلاف المال المرهون، حسبما تم توضيحه تفصيلاً في الفصل الأول من هذه المذكرة، وعلى هذا الأساس أقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع أخصص الفرع الأول لشروط القبض في الفقه الإسلامي والقانون المدني والفرع الثاني للشخص الذي تنتقل إليه الحيازة والفرع الثالث لأحكام القبض أو الحيازة، ثم أعقد موازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في الفرع الرابع.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق حسن فرج : نظرية العقد الموقوف ، المرجع السابق ، ص 102.

<sup>2</sup> - البقرة / 283.

<sup>3</sup> - جابر محجوب علي : التأمينات العينية ، المرجع السابق، ص 301.

<sup>4</sup> - محل الرهن قد يكون عقاراً ، وقد يكون منقولاً والمنقول قد يكون مادياً، وقد يكون معنويًا ( الباحث).

## الفرع الأول

### شروط القبض أو الحيازة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

اتفق الفقهاء على أن القبض شرط لنفاذ الرهن لقوله تعالى ﴿ فرهان مقبوضة ﴾<sup>(1)</sup>

واختلفوا في تحديد نوع الشرط، هل هو شرط لزوم أم شرط تمام؟ وغاية الفرق أن من قال شرط لزوم، قال ما لم يحصل القبض لم يلزم الراهن بالرهن وله أن يرجع عن العقد، ومن قال شرط تمام، قال الرهن بالعقد ويجبر الراهن على القبض إلا أن يتقاعس الدائن المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن أو يموت<sup>(2)</sup> فذهب الإمام مالك إلى أنه من شروط التمام وذهب الآخرون إلى أنه من شروط الصحة، والإمام مالك في مذهبه قاس الرهن على سائر

العقود اللازمة بالقول، في حين استند فقهاء المذاهب الأخرى إلى قوله تعالى ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ ومن هنا كان القبض ضروريا عند جميع الفقهاء وفي المذاهب الفقهية المختلفة، ويقصد بالقبض التخلي وتمكن اليد على الشيء وذلك بارتفاع الموانع ويحصل بتخلية الراهن بين المرهون والمرتهن، فإذا حصل ذلك صار الراهن مسلما والمرتهن قابضا<sup>(3)</sup>. والمرهون قد يكون مما ينقل مثل الحيوان أو مما لا ينقل كالدار والأرض ونحوهما، فإن كان مما لا ينقل فقبضه يكون بالتخلية بينه وبين مرتهنه من غير عائق أو حائل، وتمكينه من التصرف فيه بما يدل أنه قبض<sup>(4)</sup>، وقبض المرهون غير المنقول على هذه الصفة لا خلاف فيه بين الفقهاء<sup>(5)</sup>، وإن كان مما ينقل فقد اختلف الفقهاء في صفة قبضه وذلك على النحو التالي :

**الرأي الأول :** يرى أصحابه أن قبضه عبارة عن التخلي وهو التمكن من إثبات اليد وذلك بإزالة الموانع بما يجعل التخلية تحصل بين الراهن والمرهون، ومتى حصل ذلك صار الراهن مسلما للرهن والمرتهن قابض له، واستدل أصحاب هذا الرأي بأن قبض المرهون قبض بحكم عقد مشروع كالقبض في عقد البيع<sup>(6)</sup>.

ولما كان القبض في عقد البيع عبارة عن تخلية البائع بين المبيع والمشتري فكذلك الشأن في الرهن.

كما استدلوا أيضا بأن الرهن توثقة لجهة الاستيفاء ، وحقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية، وذلك بأن يخلي الراهن بين المرتهن والمرهون .

1- البقرة / 283.

2 - ابن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، ج 4، دار بن حزم، ص 1435.

3 - الكاساني: بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 5، ص 137.

4 - مصطفى راتب: نفاذ الرهن وآثاره، المرجع السابق، ص 413.

5 - الكاساني: بدائع الصنائع، المصدر نفسه، ج 8، ص 160.

6 - الكاساني: بدائع الصنائع، المصدر نفسه، ج 8، ص 161.

**الرأي الثاني :** ذهب إلى القول بأن القبض لا يثبت في المنقول إلا بنقله إلى المرتهن ، فإذا لم ينقل المرهون لا يصير المرتهن قابضا<sup>(1)</sup> واستدلوا على ذلك بكون الرهن موجب للضمان على المرتهن ابتداءً، فقبل قبض المرتهن لا يوجد ضمان للرهن، فبداية الضمان نشأت بعد قبض المرتهن له، وكل قبض لا بد من النقل إذ لا تكفي التخلية كما استدلوا على توجههم يكون قبض المرهون شرطاً لصحة الرهن مصداقاً لقوله تعالى ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ ومطلق القبض ينصرف إلى القبض الحقيقي، ولا يتحقق القبض الحقيقي إلا بنقل المرهون أما التخلي فهو القبض حكماً لا حقيقة ، وعلى ذلك لا يكفي به في القبض<sup>(2)</sup>.

**الرأي الثالث :** ذهب إلى القول بأن قبض المرهون المنقول يكون إما بنقله أو تناوله وهذا الرأي ينسب إلى الحنابلة فهم يرون أن المرهون المنقول إذا كان أثماناً كالذهب والفضة أو شيئاً خفيفاً يمكن قبضه باليد، فقبضه يكون بتناوله بها، وإن كان مكيفاً رهنه بالكيل فقبضه اكتياله، وإن كان موزوناً رهنه بالوزن، فقبضه وزنه، وإن كان ثياباً أو حيواناً فقبضه بنقله<sup>(3)</sup> وعلى هذا فصفة قبض المنقول عندهم قد تكون بالنقل أو بالتناول أو الكيل أو الوزن إذا كان المرهون كيلاً أو موزوناً.

وهذا أيضاً ما يمكن استخلاصه من كلام الشافعية في هذه المسألة<sup>(4)</sup>.

وأما شروط القبض في الفقه الإسلامي فقد حددها الفقهاء المسلمون في ثلاثة شروط:

### الشرط الأول : أن يكون بأذن الراهن:

اتفق الفقهاء<sup>(5)</sup> على أنه لصحة القبض وجب توافر إذن الراهن لأن القبض في الرهن يشبه الركن، بل هو ركن في بعض المذاهب.

وينبغي على ذلك أن قبض المرتهن بغير إذن الراهن كمن لم يقبض فيأخذ حكم تخلف القبض، فإن إذن الراهن في القبض ثم عدل عن الإذن قبل القبض كان الإذن كأن لم يكن ، أما عدوله بعد القبض فلا يؤثر<sup>(6)</sup> والإذن نوعان صريح وضمني:

فالإذن الصريح أن يتلفظ الراهن بقوله أذنت لك بالقبض أو بأمر المرتهن بقبض الرهن بأن يقول له اقبض ونحوه سواء تم القبض في مجلس العقد أو بعده<sup>(7)</sup>.

وأما الإذن الضمني أو الدلالة فهو كأن يقبض المرتهن المال المرهون في مجلس العقد والراهن ساكت لا يعترض فيصح قبضه، لأن الإيجاب بالرهن على إرادة الراهن ترتب على العقد أثرًا هو القبض، فكانت الموافقة على الإيجاب إذنا ضمناً بالقبض في مجلس العقد أما بعد مجلس العقد فقد يغير الراهن رأيه<sup>(8)</sup>.

1 - ابن حزم الأندلسي: ( أبو محمد بن احمد بن سعيد بن حزم الأندلسي المتوفى سنة 456 هـ)، المحلي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ج 8 ، ص 89.

2 - الكاساني: بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 8 ، ص 161.

3 - ابن قدامة : المغني ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 403.

4 - الشربيني: مغني المحتاج ، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، 1933، ج 2 ص 72 ، 73.

5 - ابن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، ج 4 ، ص 1345.

6 - الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، المصدر السابق، ج 5 ، ص 210.

7 - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، المصدر نفسه، ج 5، ص 210.

8 - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، المصدر نفسه، جزء 5 ، ص 211.

### الشرط الثاني : يكون القابض للرهن أهلا بالقبض :

يشترط لصحة القبض أن يكون القابض عاقلا بالغاً غير محجور عليه لصغر أو جنون أو سفه أو فلس لأن القبض هو المرتب لأثار الرهن فوجب فيه ما يجب للعقد ، وهذا محل اتفاق بين أئمة المذاهب الأربعة<sup>(1)</sup>، فإن فقد أحد المتراهنين أهلية بعد العقد بأن جن أو مات بطل العقد قبل تمامه لزوال أهلية العاقد وهذا ما أخذ به الحنفية<sup>(2)</sup> في حين ذهب الشافعية والحنابلة<sup>(3)</sup>، إلى أن الرهن لا يبطل فمثله في ذلك مثل بيع الخيار فيقوم ولي فاقد الأهلية مقامه كما يقوم الوارث مقام المورث ، وأما المالكية فيرون بطلان الرهن بموت الراهن أو جنونه أو إفلاسه أو مرضه المتصل بموته قبض القبض، أما بعد القبض فلا يبطل الرهن بموت المرتهن أو إفلاسه أو جنونه لأن العقد تم بتوافق الإرادتين وفي تنفيذ منفعة ظاهرة للمرتهن فيقوم وارثه مقامه في القبض.

### الشرط الثالث : إستدامة قبض المرهون :

اختلف الفقهاء المسلمون حول ضرورة إستدامة قبض المرهون إلى فريقين :

**الفريق الأول :** ويمثله الأئمة أبو حنيفة وأحمد ومالك وهم يقولون بأن إستدامة قبض المال المرهون بيد الدائن المرتهن إلى أن يوفى الدين المضمون شرط في لزوم الرهن وشرط من شروط صحة القبض، ودليلهم في ذلك الكتاب والمعقول .

فأما الكتاب فقوله تعالى ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ ووجه الاستدلال أن الله تعالى أخبر بأن الرهن يكون مقبوضا وإخباره ﷻ لا يحتمل الخلل فاقتضى أن يكون الشيء مقبوضا ما دام مرهونا، ولأن الله تعالى لما سمى العين التي ورد العقد عليها رهنا، فإن هذا ينبئ عن الحبس لغة، حيث يقول الكاساني في بدائعه : ( فالله تعالى سماه رهنا وكذا يسم مرهنا في متعارف اللغة والشرع، والرهن حبس في اللغة قال الله تبارك وتعالى : ﴿ كل نفس بما كسبت مرهينة ﴾<sup>(4)</sup> أي حبسة بكسبها فيقتضي أن

يكون محبوسا ما دام مرهونا . . )<sup>(5)</sup>

وأما المعقول فقد استدلوا بثلاثة أدلة:

**الأول :** أن الرهن شرع وثيقة بالدين فيلزم أن يكون حكمه حكم ما يقع به التوثيق للدين كالكفالة، وإنما يحصل التوثيق إذا كان يملك حبسه على الدوام لأنه يمنع عن الانتفاع فيحمله ذلك على قضاء الدين في أسرع الأوقات.

1 - ابن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق جزء 4، ص 1436.  
2 - الكاساني: بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 8، ص 139.  
3 - ابن قدامة: المغني، المصدر السابق، ج 4، ص 400.  
4 - المدثر / 38.  
5 - بن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، ج 4، ص 274.

**الثاني** : أي القبض لما ثبت في الابتداء ثبت في البقاء، إذ هو متعلق بالمحل وما تعلق به فالابتداء والبقاء فيه سواء، وإذا ثبت القبض على سبيل الاستدامة وجب استدامة حبسه تحت سلطة المرتهن إلى أن يقضى الدين أو يبرأ منه<sup>(1)</sup>.

**الثالث** : إذا كانت المنافع للراهن كما كانت فأبي فائدة من الرهن حينئذ ما دام المرهون مطلقا رقبة وانتفاعا وحبسا<sup>(2)</sup>.

**الفريق الثاني** : يمثله الشافعية وبعض الحنابلة والإمام أحمد وهؤلاء ذهبوا إلى أن حبس المرهون على وجه الدوام بيد المرتهن وحتى استيفاء الدين ليس شرطا في لزوم الرهن حتى ولو كان القبض في ذاته شرطا في العقد ابتداء، واستدلوا على هذا بالسنة والمعقول.

أما السنة فأحاديث كثيرة منها قوله **↑** ﴿ لا يعلق الرهن هولصاحبه الذي مرهنه له غنمه وعليه غرمه ﴾<sup>(3)</sup>

فقد أخبر النبي **↑** أن الرهن لا يعلق أي لا يحبس عن المرتهن<sup>(4)</sup> وقد أسند النبي **↑** الرهن للمدين الراهن وقرنه بلام التملك وسماه صاحبا له على الإطلاق، فيقتضي أن يكون هو المالك للرهن مطلقا رقبة وانتفاعا وحبسا .

ولكن قوله # فيما رواه عنه أبو هريرة < أنه قال: ﴿ الرهن مركوب ومحبوب ﴾<sup>(5)</sup> ووجه الدلالة أن المنتفع بالحلب والركوب لا يعدو أن يكون إما راهنا أو مرتهنا أما المرتهن فمحروم من الانتفاع بالإجماع، فكان المنتفع هو الراهن، وهذا يقتضي إزاحة يد المرتهن لينتفع الراهن من غير زوال حكم الرهن وهو اللزوم.

وأما المعقول فقد ذهب أصحابه بأن في دوام القبض للمرهون تعطيلًا للعين المرهونة فلا الدائن ينتفع بها لأنه ممنوع من الانتفاع، ولا المدين يمكن من الانتفاع لأنه غير حائز للمرهون<sup>(6)</sup>.

ولتحقيق الغرض الذي شرع من أجله الرهن أرى صواب الرأي القائل بضرورة استدامة القبض بيد الدائن المرتهن مع الإشارة إلى إجماع الفقهاء المسلمين في أن رجوع الحيازة إلى الراهن بدون إرادة المرتهن لا يترتب عليه بطلان عقد الرهن ولا يؤثر في لزومه لثبوت يد المرتهن عليه حكما، واختلفوا في رجوع المال المرهون إلى حيازة الراهن باختيار المرتهن بإجارة أو إعارة أو إيداع إلى غير ذلك من أوجه الرجوع بإرادة المرتهن.

1 - الحيمي الصنعاني: (شرف الدين الحسين بن احمد بن السين السباغي الحيمي الصنعاني اليميني المتوفى سنة 1221 هـ) (الروض النضير، دار الجبل، بيروت، ج3، ص 264.

2 - الرفاعي: فتح العزيز شرح الوجيز، مطبعة التضامن الأخوي، مصر، ط 1928، ج 10، ص 68.

3- الحاكم النيسابوري: المستدرک على الصحيحين، المصدر السابق، كتاب البيوع، ج2، 64، رقم الحديث. 2370.

4 - الكاساني: بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج8، ص 164.

5- الدارقطني: (الحافظ الكبير عليان عمر الدارقطني، ت 385 هـ)، الموسوعة الحديثة، المشرف العام على إصدارها عبد الله بن عبد المحسن التركي وبذيله التعليق المغني على الدارقطني للمحدث أبي الطيب محمد شمس الدين الحق العظيم أبادي، حققه وضبط نصه وعلق عليه شعيب الأرنؤوط حسن عبد المنعم شلبي، ط 1، مؤسسة الرسالة، 1424 هـ، 2004 م، كتاب البيوع، ج3، ص 441، حديث رقم 2930.

6- الكاساني: بدائع الصنائع، المصدر نفسه، ص 165.

أما في القانون المدني الجزائري فإن عقد الرهن ينعقد أيضا دون حاجة إلى إفراغه في شكل خاص، غير أنه يترتب على انعقاده حق عيني للمرتهن على مال الراهن، ولذلك لا يكفي الإنعقاد لسريانه بل يلزم القيام بالإجراء الذي رسمه القانون ليصبح حق المرتهن ساريا.

ولما كانت فكرة الرهن الحيازي تقوم أساسا على انتقال حيازة الشيء المرهون إلى الدائن أو العدل فالقاعدة العامة هي تخلي الراهن عن حيازته (1) وفي هذا تقرر المادة 961 ق.م.ج ما يلي ( يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان، وتجوز أن يكون المرهون ضامنا لعدة ديون ) (2) وقبل هذا أوجبت المادة 951 في فقرتها الأولى ( على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسليمه ) (3).

فبدون انتقال الحيازة يبقى الرهن حبيس طرفيه ولا يتعداهما إلى الغير، فانتقال الحيازة يحل محل الرهن، ويعطي للغير إمكانية العلم به. ولا جناح أن انتقال الحيازة يعد بمثابة وسيلة شهر هذا النوع من التأمين العيني، فهو وسيلة تحقق حماية للدائن المرتهن، ويؤمن حقه في الرهن ضد أعمال الراهن التي قد يهدف من ورائها إلى تهريب العين الضامنة للوفاء بالدين، سيما إن كانت العين منقولا، حيث لا يمكن تدبير وسيلة أخرى لشهر التصرفات الواردة على غير نقل الحيازة فضلا على أن حق الدائن يتعطل إذا آل المنقول إلى حائز حسن النية (4) كما يحقق انتقال الحيازة للمرتهن حقه في حبس المرهون والأولوية على ثمنه في أي يد يكون. أما في العقار فيمكن ترتيب وسيلة لإعلام الغير بالتصرفات التي ترد عليه عن طريق نظام الشهر العقاري، كما أن طبيعة العقار تجعل من الصعب تهريبه أو إخفاءه. ولهذا السبب كانت الرهون الحيازية التي ترد على المنقولات الأكثر ذيوعا وانتشارا مما أدى إلى ظهور الاتجاهات الفقهية الحديثة التي تنادي بقصر الرهن الحيازي على المنقول دون العقار (5).

ولذلك ظهر اتجاه حديث في التشريع يبقّي على حيازة بعض المنقولات المرهونة للراهن مع تنظيم إجراءات شهر الرهن ، وأول ما ظهر هذا النوع في فرنسا وسمي بالتأمين الإتفاقي (6) لبعض المنقولات التي تتميز بخصوصيات معينة من ذلك السفن والطائرات والسيارات وأدوات التجهيز وغيرها وهو ما ماتناولته بالتفصيل سابقا، وفيما عدا الصور التي صدرت بشأنها تشريعات تبقى حيازة المنقول المرهون بيد الراهن، فإنه كمبدأ عام تبقى نقل الحيازة السمة البارزة للرهن الحيازي.

1 - عبد الحميد عثمان محمد: المفيد في حق الملكية، المرجع السابق، ص 469.

2، 3 - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

4- الحائز حسن النية له مكنة التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، مع الإشارة إلى أن الحيازة في الرهن هي حيازة عرضية فقط لا تؤدي إلى التملك ( الباحث).

5- لقد نادى البعض في مصر أثناء إعداد القانون المدني الجديد بقصر الرهن الحيازي على المنقول دون العقار، لكن المشرع استبعد هذا الرأي، لاستقرار الرهن الحيازي في البيئة خاصة الريفية، وقد إله الناس وجرت عليه تقاليدهم، انظر في هذا المعنى حسام الدين كامل الأهواني في كتابه التأمينات العينية في القانون المدني المصري، 2000، ص 102.

6- يطلق عليه البعض الرهن الطليق، انظر، د/ احمد سلامة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يوليو 1968، ص 289 وما بعدها.

## الفرع الثاني

### الشروط المتعلقة بالشخص الذي تنتقل إليه الحيازة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

إن الشخص المؤهل في قبض المرهون أو حيازته هو الدائن المرتهن، فهو من يتسلم الشيء المرهون بنفسه أو بواسطة وكيل عنه، ويقوم قبض الوكيل مقام قبض المرتهن في لزوم الرهن ونفاذه في مواجهة الغير وترتيب كافة أحكامه (1).

ويثور تساؤل في إطار الفقه الإسلامي حول مدى جواز اتفاق الطرفين على تسليم المرهون إلى شخص ثالث إرضيا له وذلك وهو ما يسمى بالعدل والمقصود به الشخص الثالث الأجنبي عن العقد والمختار من المتراهنين، وهل يعتبر قبضه صحيحا أم لا؟.

والعدل في اللغة هو ما كان ضد الجور وهو القصد في الأمور وقال ابن فارس: العدل هو الذي يعادل في الوزن والقدر (2).

ورجل عدل: أي رضا ومقنع في الشهادة وقال الأخفش: العدل بالكسر المثل، والعدل بالفتح أصله مصدر قولك: عدلت بهذا عدلا حسنا.

وتعديل الشهود - أن تقول أنهم عدول -  
وبذلك يتحقق معنى العدل في اللغة في الشخص الحائز على الأمانة والثقة وهي الصفتان اللتان تدفعان الراهن والمرتهن إلى قبوله أمينا على المال المرهون كذلك.

يرى الحنفية أن: ( المراد بالعدل هنا من مرضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده ورضياه ببيع الرهن عند حلول الأجل) (3).

أما المالكية فيكتفون بتراضي الراهن والمرتهن بينهما (4).  
ويرى الحنابلة أن: (يجوز أن يجعلوا الرهن على يدي من يجوز توكيله وهو الجائر التصرف مسلما كان أو كافرا أو فاسقا ذكر أو أثنى ولا يجوز أن يكون صبياً لأنه غير جائر التصرف مطلقاً فإن فعلا كان قبضه وعدم القبض واحداً) (5).

والعدل يقوم مقام المرتهن في قبض المرهون ويقوم مقام الراهن على حفظ العين (6)  
يقول صاحب الهداية: ( ويد العدل يد المالك في الحفظ إذ العين أمانة وفي حق المالكة يد المرتهن لأن يده ضماناً والمضمون هو المالكة فنزل منزلة الشخصين تحقيقاً لما قصداه من الرهن) (7).

1 - لا يجوز أن يكون الراهن هو الوكيل، حيث يتنافى في هذا مع الحكمة التي من أجلها شرعت الحيازة، إذ المفروض أن يكون الإقباض منه، وإن الغرض منه هو رفع يد الراهن عن المرهون توثيقاً لحق المرتهن ( الباحث).

2 - الفيومي: المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت، 2001، مادة عدل، ص 396.

3 - الكاساني: بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 8، ص 166.

4 - مالك ابن أنس الأصبحي: المدونة الكبرى، المصدر السابق، المجلد 4، ص 157.

5 - ابن الهمام: الهداية شرح بداية المبتدئ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج 4، ص 142.

6 - مصطفى راتب: نفاذ الرهن وآثاره، المرجع السابق، ص 436.

7 - ابن الهمام: الهداية شرح بداية المبتدئ، المصدر نفسه، ج 4، ص 143.

بعد أن استعرضت معنى العدل، أقول إجابة عن التساؤل أن علماء الفقه الإسلامي اختلفوا في مدى جواز اتفاق الراهن والمرتهن على تسليم المرهون إلى شخص العدل. فذهب جمهور الفقهاء<sup>(1)</sup> إلى جواز اتفاق الراهن والمرتهن على وضع المال المرهون عند عدل يرتضيانه ويصح قبضه وممن قال بذلك. عطاء<sup>(2)</sup>، وعمر بن دينار<sup>(3)</sup>، والثوري<sup>(4)</sup> وابن المبارك<sup>(5)</sup> والشافعي<sup>(6)</sup> وإسحاق<sup>(7)</sup> وأبو ثور<sup>(8)</sup>.

غير أن جماعة من الفقهاء ذهبوا إلى أن الرهن لا يصح إلا بقبض المرتهن، فإذا قبضه العدل لا يصح ومن هؤلاء الحارث العكلي<sup>(9)</sup> وقتادة<sup>(10)</sup> وابن أبي ليلى<sup>(11)</sup> واستدل جمهور الفقهاء منهم قالوا بجواز قبض العدل للرهن بالكتاب والمعقول. فمن الكتاب قوله تعالى ﴿فَرَاهَانَ مَقْبُوضَةً﴾ وقد جاء هذا مطلقا من غير فصل بين قبض المرتهن والعدل، ومدى ذلك أن القبض كما يصح من المرتهن يصح من العدل أيضا. وأما المعقول فإن قبض العدل برضا المرتهن كقبض المرتهن معنى، بجواز الوكالة والنيابة فكما يجوز أن يتم القبض من وكيل المرتهن أو نائبه يجوز اعتبار العدل كذلك. أما أصحاب القول الثاني والذين يقولون بعدم جواز قبض العدل للرهن فيستدلون على رأيهم بأن القبض المذكور في الآية الكريمة من تمام العقد فتعلق بأحد المتعاقدين كالإيجاب والقبول<sup>(12)</sup>.

- 1 - جاء في المبسوط للسرخسي، ج 21، ص 77-80 دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ط 3 1978 (ولو تعاقدا على أن يكون المرهون في يد عدل وقبض العدل جاز ويكون قبضه كقبض المرتهن، وهذا قول العامة).
- وجاء في المغني لابن قدامة: جزء 4 ص 419 (إذا اشترط أن يكون الرهن على يد عدل صار مقبوضا وجملته أن المترهنين إذا شرطا كون الرهن على يدي رجل رضيا به واتفقا عليه جاز وكان وكيلًا للمرتهن نائبًا عنه في القبض فمتى قبضه صح قبضه في قول جماعة الفقهاء - منهم عطاء وعمر بن دينار، والثوري وابن المبارك والشافعي وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي وقال الحكم والحارث العكلي وقتادة وابن أبي ليلى، لا يكون مقبوضا بذلك لأن القبض من تمام العقد فتعقد بأحد المتعاقدين كالإيجاب والقبول، ويرد ابن قدامة على ذلك بأنه قبض في عقد فجاز فيه التوكيل كسائر المقبوض، وجاء في نهاية المحتاج للرملي، ج 3، ص 281) ولو شرطا وضعه عند عدل جاز لأن كلا منهما قد لا يثق بصاحبه).
- 2- عطاء بن أب رباح واسمه اسلم القرشي الفهري أبو محمد المكي مولى آل أبي خنيم عامل عمر بن الخطاب على مكة، ويقال مولى بن جمح ولد في خلافة عثمان بن عفان، ومات سنة أربعة عشرة أو خمسة عشرة، انظر (تهذيب الكمال في أسماء الرجال)، ج 20، ص 69.
- 3 - أبو محمد الجمحي عالم الحرم سمع ابن عباس أو عمر وغيرهما ثقه ويحدث على المعنى سير أعلام النبلاء لشمس الدين محمد بن احمد بن عثمان الذهبي، ط 9، الرسالة، بيروت، ج 5، ص 3001993.
- 4 - سفيان بن سعد بن عامر الثوري أبو عبد الله بن منقذ بن نصر بن الحارث بن ثعلبة بن عامر بن ملكان بن ثور، ويكنى أبا عبد الله وله سنة سبع وتسعين في خلافة سليمان بن عبد الملك ن وتوفي سنة إحدى وستين ومائة في خلافة المهدي، انظر، الطبقات الكبرى لابن سعد، ج 6، ص 371 دار صادر بيروت.
- 5 - ابو عبد الرحمن المروزي: 118-181 ولد بمروى ودفن في هيت بالعراق من تابعي التابعين، من المحدثين الزاهدين الصادقين، انظر تهذيب الكمال في أسماء الرجال لجمال الدين أي الحاج المزي، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1992، ج 16، ص 5.
- 6 - محمد بن إدريس بن العباسي بن عثمان بن شافع بن السائب بن عبيد بن عبد يزيد بن هاشم بن عبد المطلب بن عبد منافع القرشي، أبو عبد الله الشافعي المكي نزلي مصر، إمام عصره وفريد دهره، وجده المطلب بن عبد مناف أخو هاشم بن مناف، ويقول الشافعي حفظت القرآن وأنا ابن سبع سنين وحفظ الموطأ وأنا ابن عشر سنين، انظر تهذيب الكمال، ج 24، ص 355.
- 7 - بن راهوية: 16-238، جمع بين الفقه والحديث له مناظرات مع الشافعي، تهذيب الكمال، ج 2، ص 373.
- 8 - إبراهيم بن خالد ابن أب اليمان أبو ثور الكلبي البغدادي الفقيه ويقال كنيته أبو عبد الله ويعرف بابي ثور مات سنة أربعين ومائتين، تهذيب الكمال جزء 2، ص 80.
- 9 - الحارث العكلي اخذ العلم عن الشعبي والنخعي، انظر ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية، ج 2، ص 163.
- 10 - قتادة بن دعامة بن قتادة بن عزيز بن عمر و بن ربيعة بن عمرو بن الحارث ولد سنة ستين ومات سنة ثمانية عشرة ومئة، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1992، ج 23، ص 498.
- 11 - محمد عبد الرحمن بن أبي ليلى الانصاري أبو عبد الرحمن الكوفي الفقيه قاضي الكوفة مات سنة ثمان وأربعين و مئة تهذيب الكمال في أسماء الرجال، المرجع نفسه، ج 25، ص 622.
- 12 - مصطفى راتب: نفاذ الرهن وآثاره، المرجع السابق، ص 439.



وفي هذا المعنى ذكر ابن حزم في المحلى أن الله تعالى ذكر القبض في الرهن مع ذكر المتدائنين في السفر إلى أجل عند عدم الكتابة، وإنما أقبض رسول الله ﷺ الدرع المرهون الذي له الدين فهذا هو القبض الصحيح، وأما غير صاحب الدين فلم يأت به نص ولا إجماع واشترط أن يقبضه باطل (1).

ولكن يرد على ذلك بأن الشرط الذي لا يحل حراما أو يحرم حلالا شرط جائز بلا خلاف.

ومن هنا فإن ما ذهب إليه الجمهور هو الأولى بالإتباع، فيصح قبض العدل المتفق عليه من المتراهنين وذلك لأن القبض في الآية الكريمة مطلق فيصح أن ينصرف إلى الدائن المرتهن وإلى العدل، ويترتب على وضع الرهن تحت يد غير المرتهن النتائج التالية :

— لا يجوز لأحدهما ( الراهن والمرتهن) ولا الحاكم نقل الرهن من العدل دون موافقة الآخر لأنهما رضياه ابتداء ، ولكن إذا اتفقا على نقله جاز لأن الحق لهما (2) فهما بمنزلة الموكل وهو بمنزلة الوكيل وللموكل ان يعزل الوكيل إذا شاء.

— إذا تغيرت حالة العدل بفسق أو بغيره كان لأي منهما الحق في طلب نقل المرهون من تحت يده لأنه غدا متهما وفي بقاء الرهن تحت يده ضرر، فإن اتفقا على من يضعه عنده قضى لهما الحاكم بذلك وإن اختلفا وضعه الحاكم في يد عدل، وإن اختلفا في تغيير حاله بحث الحاكم الأمر وعمل بما يظهر له (2).

— إن رد العدل المرهون على المرتهن لزمهما قبوله، لأنه متطوع بحفظ فإن رفضا رده أجبرهما الحاكم على ذلك فإن تغيبا أو كانا غائبين نصب الحاكم أمينا يقبضه لهما لأن للحاكم ولاية على الغائب الممتنع عن الحق.

— لو ادعى العدل رد المرهون أو هلاكه صدق في قوله لأنه أمين.

— إن أتلف العدل المرهون خطأ لا يضمن، وإن أتلفه عمدا ضمن لأنه متعدي.

— لو مات العدل ليس لورثته إمساك المرهون إلا برضا المرتهنين.

وقد ساير القانون المدني الجزائري اتجاه الجمهور ونص بالمادة 948 منه على أن: ( الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا للدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان ... ) (3).

1- ابن حزم الاندلسي: المحلى، المصدر السابق، ج 8، ص 95.  
2- المقدسي: ( ابو محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي)، الكافي، المكتب الاسلامي، دمشق، 1979، ج 2، ص 155.  
3- الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

إذن فالقانون أجاز هو الآخر تجرد الراهن من الحيازة والتخلي عليها لشخص أجنبي عن العقد يتفق عليه الأطراف " عدل " فينوب على المرتهن في حيازة المرهون باتفاق الطرفين وموافقة الشخص الأجنبي<sup>(1)</sup> الذي يشترط فيه أن يكون أهلا للتعاقد ولحلوله محل الدائن المرتهن في التزاماته يكفي أن يكون مميزا.

فالأصل أن تنتقل الحيازة إلى الدائن المرتهن ، غير أنه لا مانع من أن يتفق المتعاقدان - الراهن والمرتهن - على أن يتولى قبض حيازة الرهن شخص أجنبي عن العقد فيتسلمه ويحتفظ به نيابة عن الدائن المرتهن<sup>(2)</sup> الأمر الذي يجعل المرهون بمنأى عما قد يجريه فيه الراهن من تصرفات تضر بالمرتهن ، كإخفاء المنقول أو تصرف فيها لشخص حسن النية يكون في مقدوره الاحتماء بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، كما أن انتقال الحيازة فيه معنى الإشهار فبإمكان الغير أن يعلم أن الشيء تعلق به حق الرهن ولم يعد حرا خالصا لصالح الراهن<sup>(3)</sup> ، وعلى ذلك فإن الشخص الأجنبي " العدل " يلزم أن يكون محل توافق إرادتي الراهن والمرتهن ولا لزوم أن يدخل العدل في هذا الاتفاق<sup>(4)</sup> ، ولكن يجب أن يوافق عليه ويجيزه.

واستعانة المرتهنين بشخص أجنبي يعفي الدائن المرتهن من المحافظة على الشيء المرهون وإدارته واستثماره ، وفي المقابل يمنح للراهن مكنة رهن الشيء لأكثر من دائن. ويترتب على وضع الرهن تحت يد الغير نفس النتائج المستخلصة آنفا.

أما عن كيفية انتقال الرهن الحيازي فإن الأمر يتم بما يتفق مع طبيعة المال المرهون ولم يضع الفقه الإسلامي أو التشريع الجزائري أحكاما خاصة تعالج مسألة تخلي الراهن عن حيازة الشيء المرهون ، بل أحال في هذا الخصوص إلى الأحكام الخاصة بتسليم المبيع وهذا ما نصت عليه المادة 951 ق.م.ج حيث تقول : ( ينبغي على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسليمه ويسري على الإلتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الإلتزام بتسليم الشيء المبيع )<sup>(5)</sup>

والتزاما بالإحالة الواردة بنص المادة 951 ق.م.ج فيتعين الرجوع إلى المادة 361 وما بعدها ق.م.ج المحددة لأحكام تسليم المبيع ، وعلى هذا الأساس يسري على تسليم الشيء المرهون إلى المرتهن أو العدل ذات الأحكام الخاصة بتسليم الشيء المبيع من حيث كيفية التسليم وزمانه ومكانه.

1- محمود جمال الدين زكي : التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 381.

2- السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق، ج 8، ص 789.

3 - عبد الفتاح عبد الباقي : الوسيط في التأمينات العينية، دار النشر للجامعات العربية، 1954، ص 549.

4 - السنهوري : المرجع نفسه ، ص 790.

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

فنصت المادة 361 ق.م.ج على ما يلي: (يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسير أو مستحيلا) (1). ومن هنا فإن التسليم يتم بوضع المرهون تحت تصرف المرتهن أو العدل، بحيث يتمكن من حيازته دون عائق فور انعقاد عقد الرهن، ما لم يكن هناك اتفاق على ميعاد يتم فيه التسليم أو كان هناك عرف يقضي بتسليم المرهون في ميعاد معين أو اقتضت طبيعة الشيء شيئا من الوقت في تسليمه أو أمهل القاضي الراهن في تسليم المرهون إلى وقت معين لوجود أسباب تبرر الإمهال (2).

وعلى أن يتم التسليم في المكان الذي يوجد فيه المرهون وقت تمام العقد ما لم يتفق على غير ذلك.

غاية ما هنالك أن يقع التسليم بما يحقق إعلام الغير بأن المال قد خرج فعلا من يد الراهن إلى المرتهن ولذلك تنتقل الأموال المادية بالتسليم الفعلي والأموال المعنوية بتسليم ما يثبتها من سندات، فتنتقل براءة الاختراع مثلا بتسليم الشهادة الدالة عليها (3). فإذا كان المقصد الأساسي من تخلي الراهن عن الحيازة هو إعلام الغير بأن المال لم يعد خالصا للراهن، بل أضحي عليه حق الرهن للدائن المرتهن، ولتحقيق هذه الغاية يجب أن تتوفر في الحيازة شروط، هذه الشروط سأخصها بالشرح في الفرع الموالي.

## **الفرع الثالث**

### **الشروط المتعلقة بأحكام الحيازة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري**

إن القبض في الفقه الإسلامي والقانون المدني محله المرهون وزوائده، ولما كانت زوائد الشيء المرهون متعددة فهي تتعلق بكل ما كان متصلا بالشيء المرهون أو منفصلا عنه وباتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية وشرح القانون المدني فإن زوائد الشيء المرهون ملك للراهن على إعتبار أنه مالك الأصل والزوائد نماء ملكه (4).

والتساؤل المطروح هل يشمل الرهن هذه الزوائد والملحقات ويتعلق بها الدين المرهون به، بحيث تصير مرهونة به؟

في جواب هذا التساؤل أجد اختلافا بين الفقهاء في رؤيتهم لزوائد الشيء المرهون وملحقاته ويمكن إجمال هذه الرؤى في أربعة مذاهب:

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

2- السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج 4، ص 596.

3 - محمد علي إمام: التامينات الشخصية والعينية، مطبعة نهضة، مصر، ص 492.

4 - الدردير: الشرح الكبير، مطبعة مصطفى محمد، مصر، 1953، ج 4، ص 396/ وانظر كذلك الميسوط للسرخسي، المرجع السابق، ج 21 ص 75، ومغني المحتاج للشربيني، المرجع السابق، ج 2، ص 139، والمغني لابن قامة، المرجع السابق، ج 4، ص 471.

**المذهب الأول:** وهو لفقهاء المالكية (1) وفيه يقولون: يدخل في الرهن كل زيادة متصلة بالأصل متولدة لا تتفصل عنه كالسمن أو منفصلة إذا كانت متناسلة كالولد أو فسيل النخيل أو الشجر وكل ما كان من نماء الرهن المنفصل إذا كان على خلقته وصورته أما ما لم يكن على خلقة المرهون وصورته فلا يدخل في الرهن سواء أكان متولداً عنه كثمر الشجر أو النخيل أو اللبن أو غير متولد عنه ككراء الدار.

أما صوف الغنم فإنه يشترط لدخوله في الرهن أن يكون على ظهر الغنم وقت الرهن أما إذا كان قد انتزع من ظهرها قبل انعقاد الرهن فإنه لا يدخل وقد جاء في المنتقى ما نصه ( وأما أصواف الغنم والبأها فلا تنبع أيضاً وإذا حدثت قبل عقد الرهن أو كانت غير كاملة، أما إن كانت كاملة، يوم عقد الرهن، فقد قال ابن القاسم يلحقها حكم الرهن، وقال أشهب لا يكن مرهنا إلا بالشرط ) (2).

ومن التطبيقات التي استدل بها المالكية الصوف المتصل بالحيوان اتصال خلقة وقد كمل فتبعه في البيع بمجرد العقد، وكذلك في الرهن كأعضاء الحيوان، أما أشهب فقد استدل على قوله بأن هذه غلة فلم تتبع الأصل في الرهن بمجرد العقد كاللبن في ضروع الغنم.

وقد وافق الشافعية (3) فقهاء المالكية في حكم الصوف، حيث قالوا أن ترك الصوف على ظهر الغنم بعد تمامه من غير جز دليل على أنه مقصود رهنه مع الغنم أما إذا كان ناقصاً فإنه يكون كالزيادة المنفصلة وهي لا تدخل في الرهن (4).

**المذهب الثاني:** وهو لفقهاء الشافعية وفيه يقولون بدخول الزيادة المنفصلة في الرهن كالجنين في بطن أمه سواء حملت به وقت الرهن أو بعده، وفي ذلك يقول ابن حزم الظاهري، وأما ما تولد من الرهن فإننا رويناه عن طريق عمرو بن دينار أن معاذ بن جبل قضى فيما ارتهن أرضاً فأثمرت فإن الثمرة من الرهن (5).

وقال فقهاء الشافعية بعدم دخول الزيادة المنفصلة سواء أكانت متولدة من الأصل أم غير مولدة كاللبن والسمن وعسل النحل والبيض وأجرة الدار ونحوها فهي للراهن ولا تدخل في المرهون إلا بتضمين عقد الرهن شرط دخول الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل في الرهن (6).

1- صالح الأبي: جواهر الإكليل، المصدر السابق، ج 2، ص 282 وانظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد للقرطبي، المصدر السابق، ج 2، ص 333.  
2- الباجي: المنتقى شرح موطأ مالك، المصدر السابق، ج 5، ص 241.  
3- الشربيني: مغني المحتاج، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، 1967، ج 2، ص 139.  
4- الرملي: نهاية المحتاج، المصدر السابق، ج 2، ص 193.  
5- ابن حزم الأندلسي: المحلى، المصدر السابق، ج 8، ص 99.  
6- الشربيني: مغني المحتاج، المصدر نفسه، ج 2، ص 139.

**المذهب الثالث:** هو لفقهاء الحنفية وفيه يقولون: بدخول الزيادة المتولدة في الرهن مطلقا سواء أكانت متصلة به كالتمر والصوف أو منفصلة عنه كالولد، بحيث تصير مرهونة مع الأصل لتبعيتها له، والرهن لازم فيشملها وفي ذلك يقول السرخسي: (إن الزوائد المتولدة من حبس الرهن تكون مرهونة عند المرتهن وفي ذلك معنى أن له أن يجسها بالدين .) (1)

أما الزيادة غير المتولدة كالأجرة وغلة الدار، فلا تدخل في الرهن عند فقهاء الأحناف، بل هي خالصة للراهن، فلا يتعلق بها الدين لأنها حدثت بسبب التعاقد بين مالك الرهن وغيره، فهي غير متولدة من المال فكانت خالصة لأنه استحقها بالعقد، وكذلك لا تدخل عندهم في الرهن الزيادة التي ليست في حكم المتولدة منه كالكسب والهبة والصدقة لأنها ليست بمرهونة بنفسها ولا هي بدل الرهن ولا جزء منه فهي خالصة للراهن فلا يثبت فيها حكم الرهن (2)

**المذهب الرابع:** وهو لفقهاء الحنابلة (3) وقد قالوا بدخول زوائد المرهون في الرهن سواء أكانت هذه الزوائد متصلة بالمرهون أو منفصلة عنه لأن النماء المنفصل متولد من عين مرهونة فيكون حكمه حكم المتصل به فيسري إليه حكم الرهن وفي ذلك يقول البهوتي: (ونماء الرهن متصلا كان أو منفصلا وكسبه وغلاته وصوفه ولبنه ومهره وارش الجناية عليه الموجبة للمال وللقصاص، وما قطع من شجر من حطب وإفناق الدار تكون مرهنا كالأصل فتباع معه إذا بيع .) (4)

أما بخصوص أحكام الحيازة في التقنين المدني، فإن النصوص المتعلقة بالرهن الحيازي لم تذكر ملحقات الشيء المرهون اكتفاء بالقواعد العامة والتي يوجد بها ما يغني عن ذلك (5).

غير أن نصوص الرهن الرسمي اشتملت على نصين في هذا المعنى فنصت المادة 887 ق.م.ج فيما يتعلق بالملحقات على ما يأتي: (يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقارا، ويشمل بوجه خاص حقوق الإرتفاق والعقارات بالنخصيص وكافة التحسينات والإنشاءات التي تعود بالمنفعة على المالك، ما لم يثق على غير ذلك، مع عدم الإخلال بإمياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين المنصوص عليه في المادة 997) (6).

1 - المادة 711 من مجلة الأحكام العدلية التي تنص: ( كما أن المشتملات الداخلة في البيع بلا ذكر تدخل في الرهن أيضا فلو رهننت عرصة تدخل في الرهن أشجارها وأثمارها وسائر مغروساتها ومزروعاتها وان لم تذكر صراحة).

و جاء في شرح هذه المادة تدخل في الرهن ليس فقط ما كان متصلا بالمرهون اتصال قرار كالبناء والشجر، بل والتي لم تكن متصلة باتصال القرار. انظر، شرح مجلة الأحكام العدلية، رستم الباز، دار الكتب العلمية، بيروت.

2 - الكاساني: بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 8، ص 204، وانظر أيضا الف رستم الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية، ص 97.

3 - البهوتي: كشف القناع، المرجع السابق، دار الفكر، بيروت، 1982، ج 3، ص 338.

4 - الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، ص 285، وانظر أيضا الفقه على المذاهب الأربعة، لعبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ج 2، ص 307.

5- السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المصدر السابق، جزء 10، ص 77.

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

وفيما يتعلق بالثمار فقد نصت المادة 888 ق.م.ج على ما يلي : ( توقف وتوزع ثمار العقار المرهون وإيراده مثلما يوقف ويوزع ثمن العقار ابتداء من تسجيل نزاع الملكية الذي هو بمثابة الحجز العقاري )<sup>(1)</sup>.

فهذه النصوص تطبق على الرهن الحيازي كما تطبق على الرهن الرسمي أيا كانت قيمتها<sup>(2)</sup>، ولو زادت هذه القيمة على الشيء الأصلي المرهون لأنها دائما ملحقة بالأصل، مع الإشارة إلى أن ملحقات الشيء المرهون يجوز لطرفي عقد الرهن الاتفاق على إخراجها من الأصل أو إخراج شيء منها، ويصبح المخرج غير مرهون لعدم تعلق الأمر بالنظام العام<sup>(3)</sup>.

وغني عن البيان أن نقل حيازة المرهون إلى الدائن المرتهن أو من يحل محله هو مناط الرهن الحيازي وموضوعه الأساسي والسمة المميزة له على الرهن الرسمي وغيره من العقود الأخرى وبهذا وجب أن يكون هذا النقل بصورة ظاهرة ومستمرة ، وميزتي الظهور والاستمرار تقتربان بالحيازة الفعلية، والمقصود بأن تكون حيازة الدائن المرتهن ظاهرة هو أن يفقد الراهن حيازته للشيء، بحيث لا يبقى عنصرا من عناصر إئتمانه في مواجهة الغير<sup>(4)</sup>. كما يقصد بالحيازة الظاهرة أيضا دخول الشيء المرهون في حيازة الدائن المرتهن والذي يصبح حائرا لحق الملكية الذي يبقى لمصلحة الراهن، ويتم ذلك بكيفية لا لبس فيها ولا غموض<sup>(5)</sup> وبما يسمح بإحاطة الغير علما بالرهن، ويبدو هذا ضروريا بالنسبة للمنقول لأن الحيازة هي أساس الاعتراف بالحقوق الواردة عليه والوسيلة الطبيعية لشهر هذه الحقوق، وهذا بخلاف العقار، حيث اشترط المشرع بالنسبة له قيد الرهن<sup>(6)</sup>، فضلا عن نقل حيازة العقار نقلا حكما كأن يبقى العقار في حيازة الراهن بصفة مستأجر مثلا<sup>(7)</sup>، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية حيث قضت بأنه من المقرر أن الدائن المرتهن - شأنه شأن المستأجر والمستعير والمودع لديه والمنتفع لا يحوز العقار المرهون حيازة حقيقية لعدم توافر الركن المعنوي للحيازة لديه، وإنما يحوزه حيازة مادية عرضية نيابة عن المدين الراهن الذي تظل له الحيازة الحقيقية بياشرها بواسطة الدائن المرتهن<sup>(8)</sup> وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا الجزائرية تطبيقا لنص المادة 810 ق.م.ج التي تبيح الحيازة بالوساطة في قرار لها بأنه تصح الحيازة بواسطة متى كان الوسيط بياشرها باسم الحائز وكان متصلا به اتصالا يلزمه الائتثار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة<sup>(9)</sup>.

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

2- السنهوري : المرجع نفسه، ص. 771.

3- سمير عبد السيد تناغو: التأمينات العينية، ط1، الإسكندرية، 1967، ص. 47.

4- محمود عبد الرحيم الديب : أحكام استثمار المال المرهون، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص. 40.

5- عثمان عبد الحميد : المفيد في حق الملكية، المرجع السابق، ص. 472.

6- المادة 966 ق.م.ج تنص: (يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير إلى جانب تسليم الملك للدائن أن يقيد عقد الرهن العقاري، وتسري على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي).

7- سمير عبد السيد تناغو : التأمينات العينية، المرجع السابق، ص. 384.

8- مجموعة أحكام النقض، سنة 32، ص. 1538 رقم 278 (نقض مدني 19-5-1981).

9- قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، رقم 196053 في 26-4-2000 (غير منشور).

كما يقصد بأن يكون انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن مستمرا ودائما تعبيراً على أنه حق للدائن المرتهن، في الوقت الذي يكون فيه التزاماً على عاتق المدين الراهن، ويظل هكذا إلى أن ينقضي الدين المضمون بهذا الرهن، ولهذا فإن القانون المدني الجزائري ينص على أنه إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن، كل هذا دون الإخلال بحقوق الغير<sup>(1)</sup>.  
بيد أن الدوام والاستمرار إنما يكون واضحاً بالنسبة للمنقول أما العقار فيجوز أن يعود إلى حيازة الراهن<sup>(2)</sup>.

وبذلك يتبين لنا أن نقل الحيازة إلى الدائن المرتهن يجب أن يكون ظاهراً ومستمراً، وأن تخلي الراهن على حيازته للشيء المرهون يجب أن يكون ظاهراً ومستمراً أيضاً يستوي في ذلك المنقول والعقار بحسب طبيعة كل نوع في انتقال الحيازة<sup>(3)</sup>.  
وتتجلى أهمية انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن بتمكين هذا الأخير من استغلال المال المرهون والحصول على غلته خصماً من حقوقه المضمونة للرهن.

## **الفرع الرابع**

### **الموازنة**

من خلال ما كشفنا عنه في هذا المبحث من أحكام تتعلق بشروط نفاذ الرهن الحيازي في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري أستخلص مجموعة من النتائج:  
1- نقل وتسليم الشيء المرهون للدائن المرتهن ليحوزه موجب يرتبه عقد الرهن على عاتق من يرهن ماله حيازياً وهو في نفس الوقت شرط في نفاذ الرهن والاحتجاج به على الغير وهذا هو رأي المالكية الذين يقررون أن الرهن ينعقد صحيحاً لازماً، وأن الحوز التزم يجبر الراهن على تمكين المرتهن منه.

2 - استمرار الحيازة شرط في بقاء الرهن في الفقه المالكي كما هو الحال في القانون المدني الجزائري الذي نص على أنه: (إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن إلا إذا أثبت الدائن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن، كل هذا دون إخلال بحقوق الغير)<sup>(4)</sup>.

1 - المادة 952 ق.م.ج تنص: (إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن كل هذا دون إخلال بحقوق الغير).

2 - السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 792.

3 - سمير عبد السيد نتاغو: التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 384، وانظر في هذا المعنى أيضاً، محمود عبد الرحيم الديب، أحكام استثمار المال المرهون، المرجع السابق، ص 42.

4 - المادة 952 ق.م.ج، الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

وفي الفقه المالكي عودة المرهون إلى الراهن بإيجارة أو إيداع أو إعارة قبل حلول الأجل يترتب عليها فوات نفاذ العقد في حق الغير<sup>(1)</sup> ويقع على المرتهن إثبات أن رجوع المرهون إلى الراهن كان بواحد من هذه الأسباب " الإجارة، الإعارة، الوديعة، وإلا اعتبر تنازلا منه عن الحق في الرهن، ويضيف فريق آخر من فقهاء المالكية حالة الإذن بالانتفاع لسبب آخر لعودة الرهن، ويأخذ نفس حكم الأسباب المشار إليها.

3 - يوافق الفقه الإسلامي القانون المدني الجزائري في جواز القبض من وكيل المرتهن أو نائبه، في حين اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في جواز تسليم المرهون لشخص أجنبي يرتضيانه، فقال بالجواز الجمهور وخالف بعض الفقهاء رأيهم، وحذا القانون المدني الجزائري حذو رأي الجمهور، فنص على جواز تجرد الراهن من الحيازة والتخلي عليها لشخص أجنبي عن العقد يتفق عليه طرفا العقد (الراهن والمرتهن).

4 - يتفق الفقه الإسلامي مع التقنين المدني على عدم وضع أحكام خاصة تعالج مسألة تخلي الراهن عن حيازة الشيء المرهون والإحالة على الأحكام الخاصة بتسليم المبيع<sup>(2)</sup> مع اختلاف لكل محل بحسب طبيعته في كيفية تسليمه.

5 - يتفق الفقه الإسلامي مع القانون المدني الجزائري في أن نفاذ رهن الدين في حق الغير يتم بإعلام من عليه الدين بانتقال حيازة الوثيقة المثبتة، ويضيف فقهاء المالكية الإشهاد للوثيقة وهو ما يعبر عنه بالجمع بين من عليه الدين المرهون والدائن المرتهن.

6 - يوافق الفقه الإسلامي القانون المدني الجزائري في أن الشيء المرهون وزوائده ملك للراهن، فالزوائد والملحقات تتبع الأصل، ومن يملك الأصل يملك الفرع، كما يتفق الفقه الإسلامي مع القانون المدني بأن انتقال الحيازة بصورة ظاهرة ومستمرة سيمتان تميزان الرهن عموما في الفقه الإسلامي والحيازي منه خصوصا في القانون المدني الجزائري والقانون الوضعي بصفة عامة.

<sup>1</sup> - مصطفى راتب: نفاذ الرهن وآثاره، المرجع السابق، ص 465.

2 - أورد محمد نجيب عوضين المغربي في مؤلفه آثار الرهن الحيازي بالنسبة للدائن المرتهن أنه جاء في الكافي فقه أهل المدينة لأبي عمر يوسف بن عبد الله محمد بن عبد الله الفهري القرطبي ج 2، ص 812: (كل ما جاز بيعه جاز رهنه من جميع الأشياء) ويقول الإمام الشافعي في كتابه الأم، ج 3، ص 125: (كل ما كان قبضا في البيوع كان قبضا في الرهن). وجاء في المغني لابن قدامة، ج 6، ص 371 (والقبض في الرهن كالقبض في البيع والهبة)، كما يقول: (وكل عين جاز بيعها جاز رهنها)



## المبحث الثاني

### انقضاء الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني الجزائري

إن الرهن الحيازي باعتباره حق عيني تبعية وجد لضمان الوفاء بحق شخصي، هذا الذي يجعل الأول يرتبط بالثاني ارتباط مصير فيوجد بوجوده ويزول بزواله، ومع ذلك فهو يحتفظ بذاتيته كعقد مستقل عن مصدر الدين المضمون، فصفة التبعية تجعله ينقضي بانقضاء الدين المضمون، وصفة الاستقلالية تجعله ينقضي بصفة مستقلة عن هذا الدين ولإعطاء هذا المبحث ما يستحق من الشرح أقسمه إلى مطلبين أتناول في الأول انقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية وفي الثاني انقضاؤه بصفة أصلية.

#### المطلب الأول

### انقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

إن عقد الرهن الحيازي تابع للدين الأصلي وهو يضمه ويدور معه وجودا أو عدما فبقاؤه واستمراره ببقاء الدين لأنه وثيقة لضمان الوفاء به، فإذا انقضى الدين ينقضي الرهن بالتبعية.

وإذا كنا قد رأينا أن في الفقه الإسلامي ينقضي الرهن بانقضاء الدين سواء بأداء الدين<sup>(1)</sup> أو بما يعادل الأداء كالمقاصة أو بإبراء الدائن المدين من الدين المضمون، كما ينقضي الرهن بسبب حوالة الدين وبزوال العقد الذي وجب به الدين المضمون<sup>(2)</sup> وانقضاء الرهن يتم بانقضاء الدين المضمون كاملا أما إذا تبقى جزء دون انقضاء بقي الرهن قائما لضمان هذا الجزء تطبيقا لقاعدة عدم تجزئة الرهن.

وفي القانون المدني الجزائري ينقضي الرهن أيضا بانقضاء الدين المضمون كما ينقضي وفقا للقواعد العامة في القانون المدني بالوفاء والوفاء بمقابل والتجديد والمقاصة وبتحاد الذمة وبالإبراء أو إسقاط الدين، وقد أخذ القانون المدني بعودة الرهن تبعا لعودة الدين المضمون كما لو حكم ببطلان الوفاء فيعود الرهن لضمانه وبنفس مرتبته، وبعد هذا التمهيد سأحاول عرض كيفية انقضاء الرهن الحيازي تبعا لانقضاء الدين المضمون حسب وسائل انقضاء الحقوق والالتزامات المالية في الفروع التالية.

1- الكاساني: بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 6، ص 153 حيث جاء فيه (إذا حل الدين فوفاه الراهن انفك الرهن)  
2- السيد عيد نايل: أحكام الضمان العيني والشخصي، المرجع السابق، ص 291.

## الفرع الأول الوفاء بالدين المضمون

يعد الوفاء بالدين المضمون هو الأصل في انقضاء هذا الدين من جانب المدين، فوجب عليه أن يبادر بالوفاء بحق الدائن المرتهن بحلول أجل الاستحقاق وقد حث التشريع الإسلامي على الوفاء فقال الله جل شأنه ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أوفوا بالعقود﴾<sup>(1)</sup> وقال ﴿أوفوا بالعهد﴾<sup>(2)</sup> وقال ﴿فإن آمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أماتته﴾<sup>(3)</sup>.

والقاعدة في الفقه الإسلامي<sup>(4)</sup> هي وجوبية الوفاء بالدين المضمون على الوجه المتفق عليه في عقد المديونية من حيث مقداره ونوعه وصفته وفي المكان والزمان المعينين في العقد

ويشترط في الوفاء الذي ينقضي به الدين تبعا للرهن أن المدين مالكا لما وفى به، فإذا تم الوفاء بمال غيره دون إذن مالكة أو رضاه فيبطل الوفاء، كما يمكن أن يتم الوفاء بالدين من غير المدين، والأصل أن الوفاء يتم للدائن أو لنائبه أو لكفيله وفي موطنه ما لم يتفق على غير ذلك، ويكون الوفاء شاملا للدين كله كما يجوز الوفاء الجزئي مع الصلح على إسقاط الجزء الباقي من الدين<sup>(5)</sup> وهنا يعتبر الانقضاء للدين المضمون كليا، فمتى توافرت شروط الوفاء يكون الدين المضمون قد انقضى فينقضي تبعا له الرهن، إذ لا مبرر لبقاء المرهون في حيازة الدائن المرتهن، فيلزمه رده للرهن وإلا كان مسؤولا عن ذلك.

وفي القانون المدني الجزائري يعتبر الوفاء بالدين المضمون هو الإطار العادي لانقضاء الحقوق والالتزامات المالية والطريق الأساسي والطبيعي لإبراء الذمة المحملة به<sup>(6)</sup> وينقضي تبعا له الرهن وقد نصت المادة، 964 ق.م.ج على ما يلي: (ينقضي الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون الإخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانونا في فترة ما بين انقضاء الحق وعودته)<sup>(7)</sup>.

والرهن ينقضي تبعا لانقضاء الدين المضمون متى توافرت شروطه المبينة بالمواد من 258 إلى 284 ق.ك.ج المتعلقة بانقضاء الحق بالوفاء ومن هذه الشروط أن يكون الموفى مالكا للشيء الذي وفى به وأن يكون أهلا للتصرف فيه (المادة 260 ق.م.ج) ولا يصح الوفاء من مال الغير بغير رضاه، وفي هذه الحالة يحل الغير محل الدائن في الدين الذي وفاه عنه، ولا ينقضي الرهن إلا إذا إتفق على عدم الحلول في الرهن أيضا (المادة 259 و 261 ق.م.ج)

1- المائدة / 1

2- الإسراء / 34

3- البقرة / 283

4 - الشافعي: الأم، المصدر السابق، ج 3، ص 143/ بلغة السالك للصاوي، المصدر السابق، ج 2، ص 121.

5- مصطفى عبد الحميد عياد: رهن الدين وتنظيم أحكامه بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق ص 214.

6- محمد نجيب عوضين المغربي: آثار الرهن الحيازي بالنسبة للدائن المرتهن، المرجع السابق، ص 214.

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

وأهم شرط أن يكون الوفاء كلياً بحيث لا يبقى شيء من الدين المضمون، وإلا بقي الرهن لضمان الباقي عملاً بقاعدة عدم تجزئة الرهن في القانون، فكل جزء من المرهون ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعين المرهونة كلها.

أما إذا انقضى الدين المضمون بالوفاء ثم حكم ببطلان سبب الانقضاء فإن الدين المضمون يعود للوجود ويعود تبعا له حق الرهن الذي يضمنه<sup>(1)</sup> على أن عودة الرهن تتم دون الإخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته.

فإذا زال الرهن تبعا لانقضاء الدين المضمون بالوفاء، فرتب الراهن على المال رهنا جديداً لصالح مرتهن حسن النية أو باع المال لمشتري حسن النية يعتقد أن الرهن الحيازي قد انقضى بانقضاء الدين، فإن عودة الرهن الأول تبعا للحكم ببطلان الوفاء لا تؤثر على المرتهن الجديد الذي يكون لرهن المرتبة الأولى، ولا على المشتري الذي يتلقى الملكية خالية من حق الرهن<sup>(2)</sup>.

ويمكن القول في الأخير أن القانون المدني الجزائري يوافق الفقه الإسلامي في انقضاء الرهن تبعا لانقضاء الدين المضمون وللتوضيح أكثر أتطرق لأنواع الوفاء بالدين في البنود التالية.

### **البند الأول: الوفاء بمقابل**

يقصد بالوفاء بمقابل حصول الدائن في مقابل دين على مال آخر من غير جنس الدين المضمون وقت حلول أجل الوفاء، فالدائن في هذه الصورة لا يحصل على الدين المضمون ولكنه يحصل على مال آخر يساوي الدين المضمون ويعادله في قيمته، كما لو اتفق على أن يحصل الدائن على نقود فرنسية مقابل الدين المضمون الذي كان من عملة جزائرية، وهنا يعتبر الوفاء صرفاً، فيجب أن يتم تسليم بدل الدين المضمون في مجلس العقد لعدم جواز

تأخيره منعا لشبهة الربا، ولما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما حيث قال: (كنت أبيع الإبل بالبيع أبيع بالدنانير وأخذ بالدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ بالدنانير، فسألت رسول الله ﷺ فقال: لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء)<sup>(3)</sup>

وأجاز الفقه الإسلامي الوفاء بمقابل لانقضاء الحقوق المالية<sup>(4)</sup> برضا الراهن والمرتهن لأن الدائن لا يجبر على قبول الوفاء بغير المنفق عليه إلا إذا استحال التنفيذ العيني كما أن الراهن لا يجبر على الوفاء بغير المدين حسب الاتفاق في عقد المديونية.

1- السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج 10، ص 867.

2- جمال الدين زكي: التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 418.

3- النيسابوري: المستدرک على الصحيحين، ج 2، كتاب البيوع، حديث رقم 2340، ص 54، تعليق الذهبي: هذا حديث صحيح على شرط مسلم.

4- الشربيني: مغني المحتاج، المصدر السابق، ج 2، ص 141، حيث جاء فيه: (ولو اغتصب عن الدين عينا يفك الرهن، فلو تلفت أي العين أو تقابلا).

شريطة أن يكون المدين مالكا للعوض الذي يقدمه للدائن بمقابل دينه وأهلا للتصرف فيه ويؤدي هذا المقابل إلى انقضاء الدين المضمون كليا وإلا بقي الرهن استنادا لقاعدة عدم تجزئة الرهن ما لم يتفق على خلاف القاعدة.

وفي القانون المدني الجزائري يعتبر الوفاء بمقابل طريق لانقضاء الدين المضمون وينقضي تبعا له الرهن وهذا ما نصت عليه المادة 285 ق.م.ج: (إذا قبل الدائن في استثناء حقه مقابلا استغاض عن الشيء المسنق قام هذا مقام الوفاء)<sup>(1)</sup> ونصت المادة 286

على أنه: (تسري أحكام البيع وخصوصا ما يتعلق منها بأهلية الطرفين وبضمان الاستحقاق، وبضمان العيوب الحفية على الوفاء بمقابل فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطي في مقابلة الدين، ويسري عليه حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء بالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات)<sup>(2)</sup>.

ومن خلال النصين المشار إليهما يكون القانون المدني الجزائري أخذ بالوفاء بمقابل على غرار المدونات المدنية العربية والأجنبية وجعل هذا الوفاء سبيلا لانقضاء الدين المضمون متى توافرت شروط من أهمها:

- 1- أن يتم الوفاء بمقابل برضا واختيار المرتهنين لعدم إمكانية إجبار أي منهما بهذا الطريق.
  - 2- أن يكون المدين مالكا للمال الذي يقدمه إلى الدائن المرتهن وأهلا للتصرف فيه.
  - 3- أن يؤدي الوفاء بمقابل إلى انقضاء الدين كليا.
- وهكذا نخلص إلى أن القانون المدني الجزائري يوافق الفقه الإسلامي في انقضاء الرهن تبعا لانقضاء الدين المضمون بالوفاء بمقابل إذا ما توافرت شروطه.

### **البند الثاني: التجديد**

التجديد هو عبارة عن اتفاق الدائن والمدين على تجديد الدين فهو عامل مركب<sup>(3)</sup> لأنه بمثابة إنشاء دين جديد يحل محل الدين القديم واعتباره قضاء، ويتم إما بتغيير المحل أو أحد طرفي المديونية وهذا الطريق يترتب عليه انقضاء الدين القديم بكل توابعه وإحلال الدين الجديد محله، علما بأن إدخال تعديلات على الإلتزام القديم لا يعد تجديدا كإضافة أجل أو مد أجل قائم أو إلغاء أجل موجود<sup>(4)</sup> والتجديد بهذا الاصطلاح لم يرد ذكره فيما توفر لنا من مصادر ومراجع فقهية ولكن تمت معالجته دون أن يطلق عليه هذا الاصطلاح.

1 - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني  
2 - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني  
3 - السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج 10، ص 865.  
4 - السنهوري: المصدر نفسه، ص 632.

فكثير ما يتفق المؤجر والمستأجر على بقاء الأجرة على هذا الأخير في صورة قرض، فينقضي بدل الإيجار ويحل محله الدين الجديد (القرض) بكل أوصافه<sup>(1)</sup>، ويحصل المستأجر على مخالصة بانقضاء الأجرة عنه.

فكأن المستأجر قام بالوفاء ببديل الإيجار من خلال تجديد هذا الدين وإحلال محله دين القرض<sup>(2)</sup>.

ولإعمال طريق التجديد لانقضاء الرهن تبعا لانقضاء الدين المضمون يلزم شروط.

1- قيام علاقة المديونية بين الراهن والمرتهن.

2- اتجاه إرادة الطرفين إلى انقضاء الرهن عند حلول أجله وإحلال محله التزاما جديدا بغير رهن.

3- أن ينقضي الإلتزام القديم بالتجديد كليا، ويحل الإلتزام الجديد محل الإلتزام القديم كليا ولا يبقى منه شيئا وإلا بقي الرهن بالباقي.

ومع ذلك يرى شراح القانون أنه إذا كان الإلتزام المضمون عبارة عن رصيد في حساب جار فلا يترتب على تجديده انقضاء الرهن، بل ينتقل لضمان الرصيد الجديد<sup>(3)</sup> وهو ما نصت عليه المادة 290 ق.م.ج .

كما قد يتفق المدين الراهن مع الدائن المرتهن على نقل التأمينات العينية المقدمة

لضمان الإلتزام الأصلي إلى الإلتزام الجديد وفقا للأحكام التي حددها نص المادة 292 ق.م.ج بقوله: (إذا قدم المدين تأمينات حقيقية لكفالة الإلتزام القديم فان الاتفاق على نقل هذه التأمينات إلى الإلتزام الجديد تراعى فيه الأحكام الآتية :

- إذا كان التجديد بتغيير الدين جاز للدائن والمدين الاتفاق على انتقال التأمينات للإلتزام الجديد، في الحدود التي تلحق ضررا بالغير.

- إذا كان التجديد بتغيير المدين جاز للدائن وللمدين الجديد الاتفاق على استبقاء التأمينات العينية دون حاجة إلى رضا المدين القديم.

- إذا كان التجديد بتغيير الدائن للأطراف الثلاثة المتعاقدين الاتفاق على استبقاء التأمينات.

- ولا يكون الاتفاق على انتقال التأمينات العينية نافذا في حق الغير، إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد، مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل.

وتلخيصا لهذا البند أمكننا القول بأن القانون الوضعي يوافق الفقه الإسلامي في انقضاء الرهن تبعا لانقضاء الإلتزام المضمون بالتجديد متى توافرت لذلك شروط .

1- محمد سلام مذكور: المدخل للفقه الإسلامي، ط3، دار الكتاب الحديث، الكويت، 1966، ص 706.

2- مصطفى عبد الحميد عياد: رهن الدين وتنظيم أحكامه، المرجع السابق، ص 582.

3- السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج 10، ص 624.

## البند الثالث: المقاصة.

المقاصة وهي حالة ما يكون المدين دائنا لدائنه فيستطيع أن يوفي الالتزام الثابت في ذمته للدائن بالالتزام الثابت في ذمة الدائن له، بقدر الأقل من الالتزامين (1).

تعتبر المقاصة طريقا من طرق انقضاء الالتزام في الفقه الإسلامي والقانون المدني فهي أداة وفاء وأداة ضمان (2) فيسميها الحنفية المساواة أو المماثلة (3) ويطلق عليها فقهاء المالكية إسقاط مالك من دين على غريمك في نظير مال عليك (4).

وتفترض المقاصة وجود دائن ومدين، وفي نفس الوقت كل منهما دائن ومدين لآخر.

وقد صنف الفقه الإسلامي المقاصة إلى نوعين:

### 1- المقاصة الجبرية أو الطلبيه (5):

ويقصد بها تلك المقاصة التي تقع تلقائيا وجبرا عن الطرفين وقد أخذ بهذه التسمية فقهاء الحنفية والشيعة الإمامية والمشهور عن الإمام أحمد بن حنبل (6).

بينما يسميها الشافعية بالمقاصة الطلبيه الجبرية أي عندما يطلبها أحد طرفي المديونية ويرفضها الطرف الآخر ولكنه يجبر على قبولها، وأيا ما كانت التسمية فهناك اتفاق في الفقه الإسلامي حول انقضاء الدين بالمقاصة بالقدر الأقل منهما بين الطرفين وكل من الطرفين يعتبر دائنا ومدينا للآخر في نفس الوقت وتتحقق بتوافر الشروط التالية:

1- وجود علاقة مديونية بين طرفين.

2- تماثل الدينان أو اتحادهما في النوع والجودة والجنس والوصف وأن يكون كلاهما مستحق الأداء، وثابتين في ذمة المدينين بهما ولازمين لهما.

3- ألا يترتب على التمسك بالمقاصة أي ضرر للغير أو للطرفين.

4- ألا يترتب على التمسك بالمقاصة الوقوع في المحذور.

### 2- المقاصة الاتفاقية (7):

ويقصد بها تلك التي تقع برضا واتفاق الطرفين على انقضاء كلي للدينين بالقدر الأقل منهما، والمقاصة الاتفاقية تجوز في حالة توافر شروط المقاصة الطلبيه على النحو السابق بيانه، كما تجوز في حالة تخلف شرط من الشروط كما لو اختلف الدينان في الجنس أو النوع، غير أن فقهاء الحنفية (8) لم يجيزوا المقاصة الاتفاقية إلا في حالة تخلف أحد شروط المقاصة الجبرية، كما لو تخلف شرط تماثل الجنس أو الوصف أو في أجل الإستحقاق.

1- السنهوري: الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص. 606.

2- السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، جزء 10 ص. 865.

3- محمد سلام مذكور: المدخل للفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 709.

4- الدردير: (أبو البركات سعد بن أحمد بن محمد الدردير)، الشرح الكبير على مختصر خليل، مطبعة بولاق، مصر، 1899، ج 3، ص. 189.

5- محمد يوسف أطفيش: شرح النيل وشفاء العليل، المرجع السابق، ج 2، ص. 512.

6- مصطفى عبد الحميد عياد: رهن الدين وتنظيم احكامه، المرجع السابق ص. 585.

7- ابن جزى: (محمد بن أحمد الغرناطي)، قوانين الأحكام الشرعية، دار العلم للملايين، بيروت، 1969، ص. 220.

8- مصطفى عبد الحميد عياد: رهن الدين وتنظيم احكامه، المرجع السابق، ص. 578.

فقال المالكية والحنابلة بصحة المقاصة دون حاجة لانتظار حلول أجل الدينين ما دام ذلك برضاهما، فليس فيه وجه من وجوه الفساد ونرى جواز التمسك بالمقاصة في هذه الحالة لخلوه من الفساد من ناحيتين:

1- يتحقق في انقضاء الدينين بالمقاصة معنى الوفاء ولكل من المدين والدائن أن يتنازل عن الأجل ويعجل الوفاء.

2- المقاصة تتم بالرضا والاتفاق فلا يجبر أحدهما على ذلك.

ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بالقدر الأقل منهما إذا كانا مختلفي المقدار، وإن تساويا في المقدار انقضى كلاهما، أما إن كان هناك فرق عاد بالباقي على مدينه.

وفي انقضاء الرهن تبعا لانقضاء الدين بالمقاصة يلزم انقضاء جميع الدين المضمون ولا يبق منه شيئا وإلا بقي الرهن بالباقي، ويجوز التمسك بالمقاصة بين الدين المضمون والدين المرهون، كما يجوز للمدين بالدين المضمون التمسك بالمقاصة في مواجهة الدائن المرتهن، إذا كان هذا الأخير مدينا له بدين آخر، فإذا انقضى الدين المضمون كليا بالمقاصة انقضى الرهن تبعا له.

وفي القانون المدني الجزائري تعتبر المقاصة طريقا لانقضاء الحقوق والالتزامات سواء كانت المقاصة اتفاقية أو حتمية متى توافرت شروط، فإذا انقضى الدين المضمون كليا انقضى الرهن تبعا له، وإلا بقي الرهن لضمان الباقي.

والمقاصة الجبرية أو الحتمية تقع تلقائيا أي بحكم القانون، متى كان الراهن والمرتهن دائنا ومدينا للأخر، وكان الدينان متماثلان في النوع والجودة والوصف.

فهي أداة وفاء لانقضاء الدينين المتقابلين بها متى توافرت شروط معينة، وأداة ضمان لما يختص به الدائن من استيفاء حقه من الدين الذي في ذمته لمدينه، دون غيره من الدائنين<sup>(1)</sup>.

وقد أوجب نص المادة 300 ق.م.ج على أنه: (لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك لها من لمصلحة فيها، ولا تجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها ويترتب عليها انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذي يصبح فيه صالحين للمقاصة ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كنعينها في الوفاء)<sup>(2)</sup>.

واضح من النص أن التمسك بالمقاصة هو حق مقرر لكل ذي مصلحة من الطرفين، وأن القاضي لا يجوز له أن يقضي بها من تلقاء نفسه حتى لو علم بوقوعها، فهي ليست من النظام العام فيجوز لمن تقررت لمصلحته أن يتنازل عنها صراحة أو ضمنا<sup>(3)</sup>.

وقد جاء بالمادة 302 ق.م.ج بأنه: (لا تقع المقاصة إضراما لحقوق كسبها الغير)<sup>(4)</sup> فلا

يجب أن تلحق المقاصة ضررا بدائن مرتهن متأخر في المرتبة عن مرتبة الرهن الذي كان يكفل الحق.

ومن هنا يمكن القول أن القانون المدني الجزائري يوافق الفقه الإسلامي في الحكم بانقضاء الرهن بالمقاصة متى توفرت لذلك شروط.

1- السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، م س، ج 10، ص 626.

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

3- السنهوري: المرجع نفسه، ص 626.

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

## البند الرابع، اتحاد الذمة

يقصد باتحاد الذمة اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد وهو إما شخص الدائن وإما شخص المدين، بحيث يصبح لا جدوى من بقاء الحق فينقضي هذا الحق أو الدين لأنه لا يعقل أن يطالب الإنسان نفسه إذا كان اتحاد الذمة في شخص الدائن، كما لا يعقل بأن يقوم بالوفاء لنفسه إذا تم اتحاد الذمة في شخص المدين وتعرض الفقه الإسلامي لاتحاد الذمة باعتباره طريقا لانقضاء الحقوق المالية وصورته تتحقق في الميراث (1).

ففي حالة وفاة الدائن وكان المدين هو الوارث الوحيد للتركة أو كان نصيبه من التركة هو حق الدائن في ذمته لأنه في هذه الصورة تجتمع صفة الدائن والمدين في شخص واحد هو المدين وكذلك تتحقق حالة انقضاء الحق باتحاد الذمة حالة وفاة المدين بالدين المضمون، وكان الدائن هو الوارث الوحيد له في حالة رهن الدين من المدين به فتجتمع له صفتان صفته كدائن وصفته كمدين في شخص الوارث الوحيد للتركة وفي هذه الحالة ينقضي الدين المضمون ويتبعه الرهن (2).

ويمكن أن يتحقق اتحاد الذمة بين الأحياء، كما لو قام المدين بقبول سفتجة مسحوبة من الدائن المرتهن، وقبل حلول أجل الدين المضمون الثابت في السفتجة ويشترى المدين الحق الثابت في هذه السفتجة من الدائن، فتجتمع لديه صفته كمدين بالسفتجة ودائن بها وفي هذه الحالة ينقضي الدين أيضا.

فإذا كان هناك رهن ضامن للدين الذي اشتراه هذا المدين ينقضي أيضا بالتبعية (3) فإذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة يعود الدين المضمون إلى الوجود ويعود معه الرهن بالتبعية متى كان ذلك ممكنا.

ويزول اتحاد الذمة بزوال السبب الذي يؤدي إليه، كما لو كان اتحاد الذمة بالميراث ثم تبين أن الدائن أو المدين ليس وارثا.

ويجب لانقضاء الرهن تبعا لانقضاء الدين المضمون باتحاد الذمة أن يكون كلياً، وإلا بقي الرهن لضمان الباقي.

وفي القانون المدني الجزائري يعتبر اتحاد الذمة من طرق انقضاء الحقوق والالتزامات ينقضي تبعا له الرهن فقد جاء بنص المادة 965 ق.م.م ما يلي: ( ينقضي أيضا حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية:

- إذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد) (4).

1- السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه، ج 10، ص 628، ف 353.

2- مصطفى عبد الحميد عياد: رهن الدين وتنظيم احكامه، المرجع السابق، ص 594.

3- السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري المرجع نفسه، ص 629، ف 354.

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



يفهم من النص القانوني أن الرهن الحيازي ينقضي باتحاد الذمة متى اجتمع الرهن وملكية العين المرهونة في يد واحدة كما لو اشترى الدائن المرتهن العين المرهونة، كما يجتمع حق الرهن وملكية العين المرهونة إذا اشترى أجنبي ملكية العين المرهونة من مالكاها واشترى الدين المضمون بالرهن الحيازي فيصبح الأجنبي مالكا للحقين فتتحد الذمة وينقضي الرهن<sup>(1)</sup>.

ولا يتأثر حق الأجنبي المرتهن بإعمال اتحاد الذمة فإذا رتب المرتهن على حقه في الرهن حق رهن الأجنبي بحيث يصبح هذا الأجنبي المرتهن الثاني، فإن المرتهن الأول لا يستطيع أن يمس بحق الأجنبي المرتهن الثاني، كما لو اشترى المرتهن الأول ملكية العين المرهونة من مالكاها الأصلي فأصبح مالكا لحق الرهن ولملكية الشيء المرهون معا واتحدت بذلك الذمة، فهذا التصرف لا يخل بحق المرتهن الثاني.

وهكذا أصل إلى أن القانون المدني الجزائري يوافق الفقه الإسلامي في الحكم بانقضاء الرهن تبعا لانقضاء الدين المضمون باتحاد الذمة.

## **الفرع الثاني**

### **انقضاء الدين المضمون بغير الوفاء**

إذا كانت القاعدة في انقضاء الحقوق والالتزامات المالية أن يتم بالوفاء أو بما يقوم مقامه، فإنه قد ينقضي الحق أو الالتزام بغير وفاء ويترتب عليه انقضاء الرهن بالتبعية، وسوف أتعرض في هذا الفرع للمسائل التالية: الإبراء واستحالة التنفيذ والتقدم.

#### **البند الأول: الإبراء:**

يعتبر الإبراء طريق من طرق انقضاء الحقوق المالية في الفقه الإسلامي<sup>(2)</sup> ينقضي به الدين المضمون ويتبعه انقضاء الرهن، والإبراء تصرف من الدائن المرتهن بإرادته وحده يترتب عليه انقضاء حق هذا الأخير وسقوطه عن المدين.

ويشترط في الإبراء حتى ينقضي الدين المضمون به وتبعاً له ينقضي الرهن كما يلي:

1- أن يصدر الإبراء من الدائن المرتهن نفسه فلا يصح الإبراء من غيره ولو كان ولياً شرعياً، ولكن تجوز الوكالة في الإبراء<sup>(3)</sup>.

2 أن يكون المرتهن أهلاً بالإبراء لأنه تصرف تبرعي<sup>(4)</sup> فيجب توافر أهلية التبرع وقد اشترط فقهاء المالكية قبول المدين (الراهن) لهذا الإبراء<sup>(5)</sup>.

1- السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج 10، ص 875.  
2- سليم رستم: مجلة الأحكام العدلية، المرجع السابق، المواد 202 وما بعدها، ص 97/الشافعي الام، ج 3، ص 143 / الكاساني بدائع الصنائع، ج 6، ص 171 / الخرشني في شرحه، ج 5، ص 257- النزيل وشفاء العليل، ج 2، ص 623.  
3- مصطفى عبد الحميد عياد: رهن الدين وتنظيم أحكامه، المرجع السابق، ص 597.  
4- السنهوري: المرجع السابق، ج 10، ص 631، ف 375.  
5- عبد الرحمان الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، طبعة جديدة أولى سنة 2005، دارالغد الجديد، ص 737.

2- أن يترتب على هذا الإبراء انقضاء الدين كلياً، ولا يبقى منه شيء وإلا بقي الرهن لضمان الباقي من الدين المضمون.

وفي القانون المدني الجزائري يعتبر الإبراء أيضاً طريقاً لانقضاء الحقوق المالية، يترتب عليه انقضاء الدين المضمون، ثم انقضاء الرهن تبعاً له، و الإبراء كما سبقت الإشارة تصرف تبرعي يصدر من جانب واحد هو الدائن المرتهن<sup>(1)</sup> وينقضي به، فيزول الرهن تبعاً لذلك .

وتنص المادة 306 ق.م.ج على ما يلي: (تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع، ولا يشترط فيه شكل خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان )<sup>(2)</sup>.

ومؤدى النص القانوني أن الإبراء يتم بإرادة الدائن وحده، لا باتفاق بين الدائن والمدين، ويرتد برد المدين له ، وإذ ينقضي الدين بالإبراء، فإنه بالتبعية ينقضي ما كان يكلفه من تأمينات والتي منها، الرهن الحيازي.

وهذا ما جاء بنص المادة 305 ق.م.ج بقولها: ( يتقضي الإلزام إذا برأ الدائن مدينه إختيارياً ، وينم الإبراء منى وصل إلى علم المدين، ولكنه يصبح باطلا إذا رفضه المدين)<sup>(3)</sup> وحتى يكون الإبراء وسيلة لانقضاء الالتزام المضمون بالرهن يجب توافر شروط أهمها:

- 1- أن يصدر الإبراء من المرتهن برضاه واختياره.
- 2- أن يكون المرتهن وقت الإبراء أهلاً لذلك بإعتباره عمل من أعمال التبرع.
- 3- لا يشترط قبول المدين، ولكن يبطل الإبراء برفض المدين له.
- 4- أن يترتب على هذا الإبراء انقضاء الدين المضمون ولم يبق منه شيئاً، وأبقى الرهن لضمان الباقي من الدين.

وأخلص مما سبق إلى أن القانون المدني الجزائري يوافق الفقه الإسلامي في انقضاء الرهن تبعاً لانقضاء الدين المضمون بالإبراء الذي يتم بإرادة الدائن المنفردة ، ويرتد برد المدين.

**البند الثاني: استحالة التنفيذ:** إن استحالة التنفيذ ينصرف معناها إلى هلاك الشيء محل الإلتزام ويكون هلاك الشيء بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه وعموماً يكون الهلاك بسبب القوة القاهرة أو القضاء و القدر.

1- السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق ، ج 10، ص 631.  
2- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.  
3- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

وقد عالج الفقه الإسلامي تلف وهلاك محل الرهن المفضي إلى انقضائه، واعتبر ذلك سبيلا من سبل انقضاء الالتزام، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن محل الالتزام يفضي إلى بقاءه طلقا دون رهن، وإنما لو تخلف عن محل الرهن بعضه أو شيء منه، فإن باقيه أو ما تخلف عنه يصبح رهنا في الالتزام كله، وهذا ما ذهب إليه الشافعية<sup>(1)</sup> والحنابلة<sup>(2)</sup> والظاهرية<sup>(3)</sup> وكذلك المالكية<sup>(4)</sup> سواء كان الالتزام مما يغاب عليه أو مما لا يغاب عليه فيترتب على الهلاك سقوط الضمان .

ويستفاد مما ذهب إليه فقهاء المذاهب الإسلامية أن استحالة التنفيذ بتلف الشيء أو هلاكه كليا بجائحة أو بأفة سماوية يؤدي إلى انقضاء الرهن بالتبعية شريطة أن يكون الهلاك أو التلف بسبب أفة سماوية أو جائحة ، وأن يكون الهلاك كليا.

أما في القانون المدني الجزائري فتقضي المادة 307 ق.م.ج بأنه: (ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا لسبب أجنبي عن إرادته)<sup>(5)</sup> كما نصت الفقرة الثالثة من المادة 961 ق.م.ج بأنه: (ينقضي حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب التالية..... إذا هلك الشيء...)<sup>(6)</sup>.

يستفاد من النصوص السابقة أنه حتى ينقضي الالتزام لاستحالة التنفيذ يجب أن تكون الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه بإثبات منه ويستحيل التنفيذ على الشيء إذا هلك كلية ، ويترتب على استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي انقضاء الالتزام وينقضي معه الرهن الذي كان يكفله<sup>(7)</sup> وذلك بتوافر شروط:

- 1- أن تكون الاستحالة ترجع لسبب أجنبي ( قوة قاهرة ) ، كوارث طبيعية.....
  - 2- أن يؤدي السبب الأجنبي إلى الهلاك الكلي للشيء محل الالتزام.
- أخلص إلى أن القانون المدني الجزائري يوافق الفقه الإسلامي في أن استحالة التنفيذ لهلاك الشيء محل الالتزام يؤدي إلى انقضائه وتبعاً له ينقضي الرهن المكفول به.

### **البند الثالث: التقادم**

القاعدة أن الالتزامات المالية تسقط بمضي المدة لقيام قرينة الوفاء، وسقوط الحق أو الالتزام، تسقط معه توابعه ومنها التأمينات التي تكفل الحق ومنها الرهن الحيازي.

1- الرملي : نهاية المحتاج ، المصدر السابق، ج 4 ، ص 279.

2- البهوتي : كشف القناع، المصدر السابق، ج3، ص 341.

3- ابن حزم الاندلسي : المحلى ، المصدر السابق ، ج 8 ، ص 98-99، المسألة 1214.

4- الصاوي : بلغة السالك ، المصدر السابق ، ج 2، ص 121.

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

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

7- السنهوري : الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ص 621.

غير أن الأمر يختلف في الفقه الإسلامي على أساس أنه نظام يقوم على الدين والأخلاق<sup>(1)</sup>، مما يجعل مرور الزمن لا أثر له على الحقوق فليس من شأنه أن يسقط حقا أو يؤدي إلى اكتسابه<sup>(2)</sup>.

ولما كان المرهون في يد المرتهن فيعتبر ذلك قطعا مستمرا للتقادم ودعوى الدين المضمون بالرهن الحيازي لا تسقط بالتقادم لأن بقاء المرهون في حيازة المرتهن يعتبر إقرارا من الراهن بوجود الدين في ذمته. ومن هذا المنطلق فإن الحق أو الالتزام المضمون بالرهن لا يسقط بالتقادم في الفقه الإسلامي.

وفي القانون المدني الجزائري حيث جاء بنص المادة 308 منه على أنه: (يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون...)<sup>(3)</sup> فالظاهر من النص القانوني أن الالتزام ينقضي بمرور مدة خمسة عشر سنة، غير أنه متى كان هذا الالتزام مكفولا بالرهن الحيازي فإنه بوجود العين المرهونة تحت يد الدائن بصفة رهن حيازة فلا يسقط الإلتزام الأصلي بالتقادم لأن وجود رهن الحيازة يقطع المدة، فهو إقرار مستمر من المدين بوجود الدين<sup>(4)</sup>.

وقد جاء في نص المادة 318 ق.م.ج أنه: (يتقطع التقادم إذا أقر المدين خلق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا، ويعتبر إقرارا ضمنيا أن يترك المدين تحت يده الدائن ماله مرهونا مرهنا حيازيا تأمينا لوفاء الدين)<sup>(5)</sup>

فالثابت من النص أن مجرد ترك المدين الشيء المرهون في يد الدائن المرتهن، يعتبر اعترافا ضمنيا بوجود الدين، وباستدانة حيازة المرهون من طرف المرتهن بصفته رهن حيازة لا يسري التقادم وبالنتيجة لا يسقط الإلتزام الأصلي وبالتبعية لا ينقضي الرهن الحيازي، إلا إذا تغيرت صفة الحيازة للمرهون فتبدأ مدة التقادم المسقط للإلتزام من تاريخ تغير صفة الحيازة.

والنتيجة هي أن عدم مطالبة الدائن المرتهن بالدين المضمون بالرهن خلال حلول أجله مع حيازته للمرهون لا يسقط حقه في المطالبة الرضائية لهذا الدين أو في الشروع بالتنفيذ على المرهون الذي في حيازته مهما طال الزمن في الفقه الإسلامي، هو موافقة القانون المدني الجزائري في ذلك، إلا أنه متى تغيرت صفة الحيازة للمرهون في القانون يبدأ حساب مدة التقادم في السريان لصالح المدين سواء لسقوط الحق في المطالبة القضائية أو في سقوط الحق نفسه، أي الدين المضمون بالتقادم المسقط.

1- السيد أحمد عبد العال احمد بدوي : أثر مضي المدة على الحقوق العينية والشخصية في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، بحث دكتوراه، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق، 1999 ، ص. 406

3- ذهب المالكية إلى أن الحيازة إذا استمرت عشر سنين تجعل المال المحاز للحائز فقد جاء في المدونة الكبرى ( إذا كان الرجل حاضرا وماله في يد غيره فمضت عليه عشر سنين وهو على ذلك كان المال للذي في يده لحيازته عشر سنين، إلا أن يأتي بالبينة على أنه أكرى أو أسكن أو أعار عارية أو صنع شيئا من هذا، وإلا فلا شيء عليه)، تراجع المدونة للأمام مالك بن أنس الأصبحي، المصدر السابق، ج 4، ص. 99

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

4- السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج 10، ص. 865

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

## الفرع الثالث

### الموازنة

إذا كان القانون المدني الجزائري يستمد أحكامه وقواعده من قواعد الفقه الإسلامي باعتباره المصدر الرسمي الثاني له طبقاً لنص المادة الأولى منه<sup>(1)</sup> وبذلك فهو يوافق الفقه الإسلامي في انقضاء الرهن الحيازي بالتبعية لانقضاء الدين المضمون ويعود للوجود إذا عاد الدين المضمون إلى الوجود مع ايلائهما ( القانون والفقه ) الأهمية والاعتبار لحقوق الغير إذا ما تعلقت بالمرهون وكانت نافذة في مواجهة المرتهن.

ففي مجال الوفاء بالدين المضمون يتفق القانون والفقه على إلزام المدين الراهن بالوفاء بالحق المضمون على الوجه المتفق عليه في عقد المديونية من حيث مقداره وجودته وفي المكان والزمان المعينين في العقد، فإذا تم الوفاء بالحق كله وفق المتفق عليه فينقضي الالتزام وتبعا له ينقضي الرهن بتوافر جملة من الشروط أوجزها في الآتي :

1- أن يكون الموفى وهو المدين في الغالب مالكا لما يفى به فلا يجيز الفقه ولا القانون أن يكون الوفاء من مال الغير<sup>(2)</sup> إلا برضاه وقد يكون الموفى غير المدين فيحل محل الدائن في الرجوع على المدين بما وفاه عنه طبقاً للقواعد العامة، ولا ينقضي إلا إذا اتفق على عدم الحلول في الرهن وفقاً لقاعدة الحلول العيني .

والأصل أن يتم الوفاء للدائن أو لوكيله أو من ينوب عنه بولاية اتفاقية أو شرعية كالوصي أو الولي عن الصغير ومن في حكمه.

2- يجب توافر أهلية الوفاء في الموفى، أي يتوافر فيه أهلية التصرف أو أن يقوم وليه أو الوصي عليه بهذا الوفاء.

3- يجب أن ينقضي الحق المضمون كلياً بهذا الوفاء، وإلا بقي الرهن لضمان الباقي عملاً بقاعدة عدم تجزئة الرهن.

مع ملاحظة أخذ القانون المدني والفقه الإسلامي بحالة عودة الحق المضمون للوجود والذي يعود أيضاً تبعاً له الرهن لضمانه وذلك بشرطين.

أ- وجود المرهون في حيازة الراهن على ملكه.

ب- ألا يكون الراهن قد تصرف فيه للغير بحق نافذ في مواجهة المرتهن، كما لو باعه للغير وسلم المرهون للمتصرف إليه وكان حسن النية فحق الغير نافذ في مواجهة المرتهن.

1- تنص المادة الأولى من ق.م.ج على الآتي: (يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في القضاء أو في فحواها وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فيمقتضى العرف فإذا لم يوجد فيمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

2- سمير تناغو : التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ، ص 199.

كما يتفق القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي في تحديد الشروط الواجب توافرها لانقضاء الرهن تبعا لانقضاء الالتزام المضمون بالوفاء بمقابل والمتمثلة في :

- 1- أن يتم الوفاء بالرضا والاختيار بين الراهن والمرتهن، لأنه لا يجبر الدائن على قبول الوفاء بغير جنس دينه<sup>(1)</sup> ، كما لا يجبر المدين على قبول الوفاء بغير المدين به إلا حال استحالة التنفيذ، حيث ينتقل حق الدائن من التنفيذ العيني إلى التعويض.
- 2- يجب أن يكون الراهن مالكا للبدل الذي يقدمه إلى الدائن وأهلا للتصرف فيه<sup>(2)</sup>.

ويجب أن ينقضي الالتزام المضمون كليا فلا يبقى منه شيئا وإلا بقي الرهن بالباقي.

ويوافق كذلك القانون المدني الجزائري الفقه الإسلامي في انقضاء الرهن تبعا لانقضاء الالتزام المضمون بالتجديد متى توافرت جملة من الشروط وهي :

- 1- أن تتجه إرادة المرتهنين - المدين الراهن والدائن المرتهن - إلى إحلال التزام جديد محل الالتزام القديم مع ضرورة أن يكون الالتزامان القديم والجديد صحيحين.
- 2- أن يكون هناك اختلاف فعلي بين الإلتزام الجديد والالتزام القديم في أحد عناصره<sup>(3)</sup> إما المحل أو المصدر، أو تغير المدين أو الدائن.
- 3- أن تتوافر لدى الأطراف نية التجديد صراحة أو ضمنا مما يستلزم أن يكون أهلا لمباشرة التصرف.
- 4- أن يؤدي التجديد إلى انقضاء الالتزام المضمون كليا ، وإلا بقي الرهن لضمان الباقي.

وفي إطار انقضاء الالتزامات بالمقاصة أمكننا القول أن القانون المدني الجزائري يساير الفقه الإسلامي في الحكم بانقضاء الالتزام المضمون بالمقاصة وبالتبعية انقضاء الرهن.

فتقع المقاصة إذا كان كل من الراهن والمرتهن دائنا ومدينا للأخر واتحد كلا الدينين في النوع والجودة كما لو كان كلاهما من نقود جزائرية أو مصرية أو فرنسية ، وفي الوصف وفي أجل الاستحقاق، وكلاهما صالح للمطالبة القضائية عند الاقتضاء.

والمقاصة تقع باتفاق الطرفين مهما كان نوعها وبالقدر الأقل منها ولصاحب الدين الأكبر أن يعود على الآخر بالفرق الذي يجب أن يدفع في الحال منعا لشبهة الربا.

ولكي ينقضي الرهن تبعا لانقضاء الدين المضمون به يجب أن يكون الدين المضمون قد انقضى كليا ولم يبق منه شيئا، وإلا بقي الرهن بالباقي.

وقد تجتمع صفتا الدائن والمدين في شخص واحد وهو ما تعرض له الفقه الإسلامي وأجازه باعتباره طريقا لانقضاء الالتزام وحذا القانون المدني الجزائري حذو الفقه الإسلامي

1- مصطفى عياد : رهن الدين وتنظيم أحكامه، المرجع السابق، ص. 581.

2- السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، ج 10، ص. 622.

3- السنهوري : المرجع نفسه ج 10 ، ص 815 ، حيث يقول : ( إذا كان الإلتزام الجديد لا يغير الإلتزام القديم في عنصر هام أو المدين أو في الدائن فلا يعدو الأمر أن يكن هذا إقرار بالإلتزام القديم كما هو دون تغيير)

فأخذ بانقضاء الالتزام المضمون باتحاد الذمة متى توفر شرط اجتماع صفة الدائن والمدين في شخص واحد ويضرب فقهاء الدين الإسلامي وحذوهم شراح القانون المدني مثلا عن اتحاد الذمة كما لو كان احدهما أي الراهن أو المرتهن هو الوارث الوحيد للآخر شريطة أن الانقضاء شاملا للدين المضمون وإلا بقي الرهن، كما يوافق القانون المدني الفقه الإسلامي في عودة الالتزام المضمون للوجود ويعود معه الرهن إذا زال السبب المفضي إلى اتحاد الذمة، كما لو تبين أن الدائن أو المدين ليس هو الوارث الوحيد بظهور وارث آخر يحجبه حجب حرمان (1) أو حجب نقصان (2).

نفس المسلك الذي أقره الفقه الإسلامي في انقضاء الالتزام بالإبراء الذي هو احد طرق الانقضاء والذي ينقضي الرهن الحيازي تبعا له، ويشترط شراح القانون وقبلهم فقهاء الشريعة الإسلامية توفر شروط ليرتب الإبراء أثره وهي:

- أن يصدر الإبراء من الدائن المرتهن برضاه واختياره فلا يصح من غيره إلا إذا كان وكيفا عنه في ذلك.

- وباعتبار الإبراء من قبيل التبرع أوجب الفقه الإسلامي والقانون المدني أن يكون المرتهن أهلا للتصرف وقت الإبراء.

- وأن يترتب على الإبراء انقضاء الالتزام المضمون كليا فلا يبقى منه شيئا وإلا بقي الرهن لضمان الباقي.

وكما تصدى الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري لانقضاء الالتزام بالوفاء تعرض أيضا كلاهما لانقضاء الالتزام المضمون بغير وفاء كما لو حكم ببطلان الإلتزام المضمون بالرهن لخلل في أحد شروطه أو أركانه أو حكم بفسخ عقد المديونية لاستحالة التنفيذ أو لعدم وجود الدين المضمون.

ويختلف القانون المدني الجزائري عن الفقه الإسلامي في شأن إعمال نظام التقادم كأصل عام بحيث يقر الفقه الإسلامي نظام التقادم مهما طال زمن الحيابة (3).

وهو نفس ما يأخذ به القانون المدني الجزائري بخصوص الرهن الحيازي على إعتبار أن قبض المرهون وحيابته من قبل الدائن المرتهن هي حيابة عرضية خالية من نية التملك عن طريق الحيابة والتقادم المكسب ولا يعتد بنظام التقادم إلا إذا تغيرت صفة الحيابة للمرهون ، فتبدأ حينئذ مدة السقوط في السريان لصالح المدين، سواء لسقوط الحق في المطالبة القضائية أو في سقوط الحق نفسه أي الدين المضمون بالتقادم المسقط، وفي ما عدا الرهن فإن القانون المدني الجزائري يأخذ بنظام تقادم الإلتزامات والحقوق .

ويوافق القانون المدني الجزائري الفقه الإسلامي في انقضاء الرهن بالتبعية لانقضاء الإلتزام المضمون إذا استحال التنفيذ لهلاك الشيء وتلفه كليا متى توافر لذلك شرطان:

- 1- أن ترجع استحالة التنفيذ لسبب أجنبي كالقوة القاهرة .
- 2- أن يؤدي السبب الأجنبي إلى الهلاك الكلي للشيء محل الإلتزام المضمون بالرهن.

1- حجب الحرمان: ويقصد به وجود وارث يحرم الذي يليه في المرتبة من الميراث ومثاله وجود الجد مع الأب.

2- حجب النقصان: ويقصد به وجود وارث بوجوده يتأثر نصيب الوارث الذي يليه في المرتبة بالنقصان ومثاله وجود الإخوة مع الأم.  
- ورد في بعض كتب المذهب المالكي أخذ بعض فقهاء المذهب بنظام التقادم، والاستزادة يراجع كتاب الحطاب في مواهب الجليل شرح مختصر سيدي خليل، للحطاب، المصدر السابق، ج 6، ص 10.

3- السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج 10، ص 872.

## المطلب الثاني

### انقضاء الرهن بصفة أصلية

قد تنتهي العلاقة الرهنية بين المدين الراهن والدائن المرتهن وبالتالي إلى انقضاء الرهن وزواله، مع بقاء الدين المضمون على حاله لم يسقط منه شيء وهو ما يطلق عليه انقضاء الرهن بصفة أصلية.

ولقد تعرض الفقه الإسلامي لموضوع إنقضاء الرهن مستقلا عن الحق المضمون وأوعز ذلك إلى أسباب تتعلق بعقد الرهن وبأحكامه وفي تنازل المرتهن عن الرهن وبقاء دينه طلقا، كما تعرض القانون المدني لانقضاء الرهن بصفة أصلية، مع بقاء الالتزام المضمون على حاله فينقضي الرهن بنزول الدائن المرتهن على الرهن وبتحاد الذمة وبهلاك المرهون أو الحق في الرهن وبفسخ عقد الرهن ولبسط الموضوع أكثر أتناول في الفرع الأول نزول الدائن المرتهن عن الرهن وفي الثاني اتحاد الذمة وفي الثالث هلاك المرهون أو حق الرهن وفي الرابع فسخ عقد الرهن وفي الخامس البيع الجبري وفي السادس الموازنة على التفصيل التالي :

## الفرع الأول

### انقضاء الرهن بالنزول عنه

إن الرهن الذي هو وثيقة لصالح الدائن المرتهن ووسيلة لضمان استيفاء حقه إذا لم يف به المدين بحلول أجله، حيث أجاز الفقه الإسلامي للدائن أن يقدم ماله للمدين بغير رهن ، ومن ثم فله أن يتنازل عن الضمان في أي وقت يشاء سواء بعد إبرام عقد الرهن أو إثر القبض، والتنازل لا يتوقف على موافقة الراهن لأن هذا الحق خاص بالمرتهن دون غيره، سواء كان الرهن مشروطا في عقد المديونية أم كان متبرعا به فقد قيل: ( وينفك الرهن بفسخ المرتهن له ولو بدون الراهن لأن الحق له وهو جائز من جهته )<sup>(1)</sup> كما قيل: ( إذا اعتق أو وهب بإذن المرتهن بطل حقه في الرهن، سواء كان الدين حالا أو مؤجلا وليس عليه أن يجعل قيمته مرهنا عليه )<sup>(2)</sup>

وقد حدد الفقهاء شروطا لانقضاء الرهن بالتنازل من جانب الدائن المرتهن تتمثل في تنازل الدائن المرتهن كليا عن المرهون، صراحة، أو ضمنا ويكون التنازل صراحة إذا قال الدائن للراهن خذ مالك أو سند الدين المرهون فلا أريد رهنا بالدين ويرد له المرهون.

1- الشافعي : الأم، المصدر السابق ، ج 3، ص 141 والخرشي ، المصدر السابق ، ج 5 ، ص 245 و بدائع الصنائع ، ج 6 ، ص 146 و مغني المحتاج ج 2، ص 141.  
2- الكاساني : بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 6 ، ص 146 و الخرشي ، المصدر السابق ، ج 5 ، ص 251 و بلغة السالك للصاوي، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 114 .



وقد يكون التنازل ضمنا، كما لو تصرف الراهن في المرهون لصالح الغير بالبيع أو بالرهن ويسلم المرتهن المرهون للتصرف فيه، بلا قيد أو شرط، فإذا اشترط المرتهن في البيع مثلا إحلال الثمن محل المرهون أو تقديم رهن بدل الأول، فلا ينقضي الرهن، بل ينتقل بنفس مرتبته للبدل الذي يحل محله<sup>(1)</sup>.

1- يجب أن يكون المرتهن وقت تنازله عن الرهن أهلا لذلك، لأن التنازل عن الرهن نوع من التبرع، فيشترط فيه أهلية التبرع، فلا يصح التنازل عن الرهن من الصغير، كما لا يصح التنازل من الولي أو الوصي على القاصر ومن في حكمه لأنه لا يملك ذلك، ولأن هذا العمل ضار بالدائن ضررا محضا، لأن الرهن لصالحه وضمان للوفاء بحقه، إذا لم يف به المدين عند حلول أجله.

2- فإذا توافرت هذه الشروط انقضى الرهن بالنسبة للدائن المرتهن، وبقي حقه المضمون إلى أجله بلا رهن، ويجب على المرتهن فور تنازله أن يبادر إلى رد المرهون إلى الراهن إذا كان في حيازته، ولا جرم أن التنازل عن حق الرهن لا ينبغي أن يؤثر على حقوق الغير، على نفس المال المرهون، كما لو كان المرهون ضامنا لعدة ديون، وتنازل المرتهن الأول وهو الحائز للعين المرهونة، عن حقه في الرهن، فيقتصر التنازل عن المتنازل ولا يتعداه إلى المرتهن الذي يليه، فالرهن لا ينقضي بالنسبة للغير ما لم يرض بهذا التنازل فينقضي عندئذ الرهن بالنسبة لهم جميعا.

**وفي القانون المدني الجزائري يعتبر التنازل عن الرهن من جانب الدائن المرتهن حقا له، يترتب عليه انقضاء الرهن، مع بقاء الدين على حاله، سواء بالتنازل صراحة أو ضمنا وفي أي وقت ولو بعد القبض، وقد نصت المادة 965 ف1 على ما يلي: ( ينقضي أيضا حق الرهن بأحد الأسباب الآتية:**

- إذا تنازل الدائن المرتهن عن هذا الحق على أنه يجوز أن يحصل التنازل ضمنا بتخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ، غير أنه إذا كان الشيء مثملا لحق تقهر لمصلحة الغير، فإن تنازل الدائن لا ينفذ في حق هذا الغير إلا برضائه.....<sup>(2)</sup>.

واضح من النص القانوني أن التنازل عن حق الرهن من المرتهن يكون صراحة أو ضمنا بالتخلي عن المرهون باختياره وإرادته أو بموافقته على التصرف فيه، ولا اعتبار هذا التصرف من أعمال التبرع يجب أن يكون التنازل صادرا من المرتهن وهو أهلا وفي كامل قواه، كما يجب أن لا ينصرف التنازل عن الرهن إلى الغير إلا إذا رضي به.

وبذلك نصل إلى أن القانون المدني الجزائري يوافق الفقه الإسلامي في انقضاء الرهن بصفة أصلية مع بقاء الدين المضمون على حاله، إذا تنازل الدائن المرتهن عن الرهن.

1- مصطفى عياد: رهن الدين وتنظيم أحكامه، المرجع السابق، ص 607.

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

## الفرع الثاني

### إنقضاء الرهن باتحاد الذمة

اتحاد الذمة طريق لانقضاء الالتزامات والحقوق المالية في الفقه الإسلامي على ما سبق بيانه، ولو أنه حسب ما توفر لي من مصادر فإن الفقه الإسلامي لم يتعرض لاتحاد الذمة كسبب لانقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية<sup>(1)</sup> مع إمكانية حدوث ذلك شريطة بقاء الدين المضمون على حاله سواء تم الاتحاد في شخص الدائن المرتهن أو في شخص المدين ويتحقق في الحياة العملية ، ومن مظاهره:

- حالة وفاة المدين وكان المرتهن هو الوارث الوحيد له، سواء في حالة رهن الدين من المدين به أو حالة رهنه من غيره، فيصبح الدائن المرتهن، هو الدائن بالدين المضمون والوارث الوحيد للمتوفي في تركته ومنها الدين المرهون فينقضي الرهن. وقد يتحقق اتحاد الذمة كسبب لانقضاء الرهن بصفة أصلية في شخص المدين مالك المرهون، كما لو اشترى الراهن الدين المضمون بثمن معجل، فيصبح الراهن مالكا للمدين المضمون والدين المرهون معا فينقضي الرهن أيضا<sup>(2)</sup>.

وفي القانون المدني الجزائري يعتبر اتحاد الذمة طريق لانقضاء الرهن بصفة أصلية مع بقاء الدين المضمون على حاله، متى اجتمع حق الملكية وحق الرهن في يد شخص واحد وهذا ما قضت به المادة 965 ف2 ق.م.ج بقولها: ( ينقضي أيضا حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية:

- إذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد<sup>(3)</sup>) وقد يجتمع هذان الحقان معا - الملكية والرهن- في يد المرتهن حيازة إذا اشترى هذا المرتهن العين المرهونة، فيصبح مالكا لحق الرهن الحيازي وللعين نفسها، فتتحد الذمة وينقضي حق الرهن الحيازي، كما قد يجتمع هذان الحقان في يد أجنبي، حال شراء هذا الأجنبي ملكية العين المرهونة من مالكاها وابتاع الدين المضمون بالرهن الحيازي فيصبح مالكا للحقين، فتتحد الذمة وينقضي الرهن الحيازي بصفة أصلية<sup>(4)</sup>.

وهكذا نجد أن القانون المدني الجزائري يوافق الفقه الإسلامي في الحكم بانقضاء الرهن بصفة أصلية في حالة اتحاد الذمة، بحيث يجتمع حق الملكية للمرهون مع حق الرهن في شخص واحد، سواء في شخص المدين، أو في شخص الدائن مع بقاء الدين المضمون على حاله.

1- محمد سلام مذكور: المدخل للفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 709.

2- مصطفى عياد : رهن الدين وتنظيم أحكامه، المرجع السابق ، ص 610.

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

4- السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، ج 10، ص 875.

## الفرع الثالث

### انقضاء الرهن بهلاك المرهون

إذا هلك الشيء أو الحق المرهون أو ضاع سند الدين المرهون وهو في حيازة المرتهن وأصبح الشيء المرهون لم يعد له وجود طبيعي أن يزول الرهن بزوال محله، والشيء المرهون قد يهلك بخطأ الراهن أو بخطأ المرتهن أو بسبب أجنبي<sup>(1)</sup>.

وقد تعرض الفقه الإسلامي لهلاك المرهون بمناسبة معالجته لرهن الأموال العينية فجاء في بلغة السالك: ( فإذا مرهن الرجل شيئاً فقبضه المرتهن فهلك الرهن في يد القابض فلا ضمان عليه، والحق ثابت كما كان من قبل )، أي في حالة هلاكه بغير تعد ولا تفريط من المرتهن، ويشترط لإنقضاء الرهن بصفة أصلية بفعل هلاك المرهون مع احتفاظ الدين المضمون بحالته الأولى ما يلي :

- أن يترتب على تلف المرهون وهلاكه أو ضياع سند الدين المرهون ضياع الحق المرهون أو ضياع الدين المرهون كله، فإن بقي شيء من العين المرهونة أو أمكن إيجاد بدل السند الضائع فإن الباقي يبقى رهنا لعدم تجزئة الرهن.

- أن يقع هلاك الشيء المرهون أو ضياع سند الدين المرهون بفعل لا يد للمرتهن فيه كالقوة القاهرة، لأنه إذا كان المرتهن، أو الغير هو الذي تسبب في ذلك بخطأ منه أو تعد به، فهو مسؤول عن ذلك بالتعويض<sup>(3)</sup> وينتقل حكم الرهن إلى هذا العوض، فلا ينقضي الرهن، وأما إذا كان الهلاك ناجما عن القوة القاهرة فهلاك المرهون غير مضمون على المرتهن، بل هلاكه على الراهن، مع بقاء الدين المضمون على حاله لا يسقط منه شيء لدى جمهور الفقهاء.

وفي القانون المدني الجزائري ينقضي الرهن الحيازي بصفة أصلية بهلاك المرهون أو الحق في الرهن أيا كان محله عينا أو دينا وقد قضت المادة 965 ف 3 ق.م.ج بقولها :  
(ينقضي أيضا حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية :

- إذا تنازل الدائن المرتهن عن هذا الحق على أنه تجوز أن تحصل التنازل ضمنا بنخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ،

- إذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد.

- إذا هلك الشيء أو إتقضى المرهون<sup>(3)</sup>.

متى هلك الشيء انقضى فينقضي الرهن بانقضائه بصفة أصلية.

1 - الخرشي : شرح الخرشي، المصدر السابق ، ج 5، ص 250.

2- الخرشي : شرح الخرشي، المصدر نفسه، ص 250.

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

ولا يختلف الحال كثيرا في القانون المدني عن الفقه الإسلامي بشأن المتسبب في هلاك المرهون أو ضياعه، فإن كان الهلاك أو الضياع راجع إلى خطأ الراهن تحمل مسؤولية خطئه ويلزم بالتعويض الذي يحل محل المرهون الهالك وينتقل الرهن من الشيء إلى التعويض<sup>(1)</sup> وإذا كان الهلاك أو الضياع بخطأ المرتهن كان أيضا مسؤولا ويلزم بالتعويض فينتقل الرهن من الشيء الهالك أو الضائع إلى التعويض، وقد يكون الهلاك أو الضياع بخطأ الغير فيأخذ نفس الحكم.

أما إذا كان الهلاك أو الضياع بسبب القوة القاهرة أو القضاء والقدر<sup>(2)</sup> فإن التبعة يتحملها الراهن<sup>(3)</sup> ويبقى الخيار للمدين إن لم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين أن يقدم تأمينا كافيا أو أن يوفي الدين فعلا قبل حلول الأجل استنادا لنص المادة 892 ف2 التي أحالت إليها المادة 982 ف2 من ق.م.ج ومن ثم يزول الرهن بزوال الشيء المرهون وينقضي بصفة أصلية.

وفي النهاية أمكننا القول أن القانون المدني الجزائري ساير الفقه الإسلامي في الجملة بانقضاء الرهن بصفة أصلية في حالة هلاك المرهون أو ضياعه، مع فارق في الهلاك بسبب القوة القاهرة.

## **الفرع الرابع**

### **انقضاء الرهن بالحكم ببطلانه أو بفسخه**

فضلا عن الأسباب السابقة لانقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية فقد يحدث أن يحكم ببطلان الرهن أو فسخ عقده وبالتالي زواله مع بقاء الدين المضمون.

فلئن كان الرهن عقدا لضمان الحق فيجب أن يكون المرهون من مصدر مشروع ، أما إن كان مصدر الرهن من الأشياء غير المتقومة في الفقه الإسلامي بالنص الشرعي<sup>(4)</sup> كأن يكون مصدر الرهن مردودا كالقمار أو من ثمن بيع الخمر فإن حكم الرهن هو البطلان<sup>(5)</sup> وكذلك لو وقع الرهن على مال المستقبل أي غير موجود وقت إبرام العقد على أنه سيوجد في المستقبل فإنه يقع باطلا في الفقه الإسلامي<sup>(6)</sup>.

وقد يحدث أن يخل الراهن بالتزامه في تسليم المرهون إلى الدائن المرتهن، كما لو عدل الراهن بعد إبرام عقد الرهن وقبل القبض، يحق للدائن المرتهن فسخ عقد الرهن والحق المضمون والمطالبة بسقوط أجل الاستحقاق وتعجيل الوفاء<sup>(7)</sup>.

1- السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق ، ج 10، ص 878.

2- نبيل إبراهيم سعد: التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق ، ص 249.

3 - يرى السنهوري: انه في حالة القوة القاهرة أو القضاء والقدر فلا يكون واحدا مسؤول عن التعويض، ص 878 ، من الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق ، ج 10، ف 630.

4- الخرشي : شرح الخرشي على مختصر خليل، المصدر السابق ، ج 5 ، ص 236 ، 237.

5- الكاساني : بدائع الصنائع، المصدر السابق ، ج 6 ، 135.

6- ابن قدامة المقدسي: المغني على مختصر الخرقي ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 249.

7- الخرشي : المصدر نفسه ، ص 250.

فتمتى حكم بطلان عقد الرهن أو بفسخه ينقضي الرهن بصفة أصلية وإن كان يصاحب في بعض الأحيان تعجيل القضاء بحق الدين.

وفي القانون المدني الجزائري جاء في نص المادة 953 منه ما يلي: (يضمن الراهن سلامة الرهن وفاداه، وليس له أن يأتي عملاً ينقص من قيمة الشيء المرهون أو تخول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد، وللدائن المرهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون)<sup>(1)</sup>.

يرى بعض من شراح القانون<sup>(2)</sup> أن معنى الاستعجال في اتخاذ الوسائل اللازمة للمحافظة على الشيء المرهون أو قيام الدائن المرتهن بفسخ الرهن وبالنتيجة انقضاء الرهن بصفة أصلية .

كما يجوز للدائن المرتهن المطالبة بفسخ عقد الرهن إذا أحل الراهن بالتزامه كامتاعه عن التسليم وفقاً لما تقرره القواعد العامة في القانون المدني وإسقاط أجل الحق المضمون والوفاء فوراً<sup>(3)</sup> وهذا ما تقرره المادة 119 ف1 ق.م. ج بقولها: (في العقود الملزمة من للجانبين ..)<sup>(4)</sup>.

كما يجوز في المقابل للراهن استرداد المرهون من المرتهن وبالتالي انقضاء الرهن ، ولكن مع تعجيل الوفاء بحق المرتهن حال ارتكاب الدائن المرتهن خطأ جسيم في حفظ المرهون وسلامته وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة 958 ق.م. ج بقولها: (إذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء إداراً سيئاً أو ارتكب في ذلك إهلاً جسيماً، كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يستردّه مقابل دفع ما عليه)<sup>(5)</sup>. وفي الأخير يمكن القول بأن القانون المدني الجزائري يوافق الفقه الإسلامي في انقضاء الرهن بصفة أصلية إذا حكم بفسخ أو بطلان عقد الرهن.

1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.  
2- السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق ، ج 10 ، ص 881.  
3- عبد الناصر توفيق العطار : التأمينات العينية ، المرجع السابق ، ص 133.  
4- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.  
5- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

## الفرع الخامس

### انقضاء الرهن بالبيع الجبري

إن البيع الجبري يعد- هو الآخر- طريق لانقضاء الرهن بصفة أصلية، ففي الفقه الإسلامي إذا ثبت تعسف المدين الراهن وامتنع عن الوفاء فيجبر على إجراء البيع وذهب جمهور الفقهاء من الأحناف والمالكية والشافعية والإباضية إلى أنه لو حل أجل الوفاء وامتنع الراهن أجبر على بيع المرهون فيأمره الحاكم أولاً فإن أبى وعاند باعه الحاكم وأدى الدين منه<sup>(1)</sup>.

أما في القانون المدني الجزائري فإنه لم ينص في باب الرهن الحيازي عما إذا كان البيع الجبري ينهي الرهن كما نص عليه بشأن الرهن الرسمي بالمادة 936. والأصل أن الرهن الحيازي الذي يكون محله منقولاً أو ديناً لا ينقضي بالبيع الجبري<sup>(2)</sup> بسبب احتمال المرتهن بقاعدتين هما الحبس المخول له بموجب حق الرهن وقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز<sup>(3)</sup>، ويستثنى من هذا الأصل الأحوال التي يتنازل فيها المرتهن عن الحبس حيث ينفذ الاحتجاج بحق الحبس تجاه من رسا عليه المزاد. وكما يستثنى من الأصل الأوضاع التي نص عليها القانون بأن التنفيذ الجبري ينهي الرهن كان يباشر التنفيذ دائن آخر سابق له في المرتبة أو كان صاحب البيع وكيل القليسة طبقاً لما تقرر له بنص المادة 293 ق.تجاري.ج. ونشير إلى أن المرتهن لئن كان يفقد حق الرهن بالبيع إلا أن حقه ينتقل إلى الثمن بالأفضلية.

ويتفق القانون المدني الجزائري مع الفقه الإسلامي في شأن اعتبار البيع الجبري يفضي إلى انقضاء الرهن بصفة أصلية مع شمولية الفقه الإسلامي لجميع أنواع الرهن في حين فرق القانون المدني الجزائري بين نوع المال المرهون.

1- الكاساني: بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 6، ص 148، وكذلك المادة 757 من مجلة الأحكام العدلية حيث جاء فيها (إذا حل أجل الدين وامتنع الراهن عن أدائه فالحاكم يأمره ببيع الرهن وأداء الدين فإن أبى وعاند باعه الحاكم وأدى الدين) وكذلك في الخرشي على مختصر خليل، ج 5 ص 245 (وباع الحاكم الرهن إن امتنع عن بيعه وهو معسراً أو امتنع عن الوفاء وهو موسر) وفي شرح النيل وشفاء العليل ج 11 ص 263 (جاز له بعد حلول أجل دينه بيع رهنه ويأتي حاكماً وإن كان أصيلاً..). وقد خالف الحنفية الجمهور وقالوا بعدم إجبار الراهن عن بيع المرهون لما فيه من إهدار لإرادة الراهن واقترابه من الحجر، وهو ما جاء في بدائع الصنائع، ج 6، ص 148، وفي هذا المعنى المعاملات المالية لفضيلة الشيخ حسين يوسف أيوب، ط 3، 2005، دار السلام ص 214.

2- عبد الفتاح عبد الباقي: الوسيط في التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 319.

3- إبراهيم بن غانم: نظام الرهن الحيازي الوارد على المنقول في التشريع المدني والتجاري الجزائري، المرجع السابق، ص 173.

## الفرع السادس

### الموازنة

لقد تعرض القانون المدني الجزائري أسوة بالفقه الإسلامي لانقضاء الرهن بصفة مستقلة عن الالتزام المضمون ببقاء الرهن بصفة مستقلة عن الالتزام المضمون وبقاء هذا الأخير على حاله وإنهاء العلاقة بين الراهن والمرتهن بعدة أسباب، منها تنازل الدائن المرتهن عن الرهن وبتحاد الذمة وبهلاك المرهون وتلفه وبفسخ عقد الرهن وبالبيع الجبري. ولقد وافق القانون المدني الجزائري الفقه الإسلامي في انقضاء الرهن بصفة أصلية مع بقاء الالتزام المضمون على حاله إذا تنازل الدائن المرتهن عن الرهن على أن يكون تنازلا كلياً بلا تحفظ سواء تم ذلك صراحة أو ضمناً، ولذلك أوجب القانون المدني والفقه الإسلامي أن يكون المرتهن وقت تنازله أهلاً للتنازل على اعتبار أن التنازل نوع من التبرع (1) لا يملكه غيره ولا يتولاه نيابة عنه.

ويتفق القانون المدني الجزائري مع الفقه الإسلامي بأن التنازل لا تتعدى آثاره طرفي عقد الرهن فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتعدى إلى المس بحقوق الغير على المرهون. تميز القانون المدني الجزائري كغيره من القوانين المدنية<sup>(2)</sup> باعتماد اتحاد الذمة كطريق لانقضاء الرهن بصفة أصلية مع بقاء الالتزام المضمون به على حاله، وفي حين سكت الفقه الإسلامي عن هذا السبب وإن كان لا ينكره لإمكانية اجتماع حق الملكية للمرهون مع حق الرهن في شخص واحد، سواء شخص المدين أو في شخص الدائن، وكقاعدة عامة لا ينبغي لانقضاء الرهن مستقلاً عن الالتزام المضمون باتحاد الذمة أن يؤثر على حق الغير الذي قد يكون اكتسبه قبل وقوع الإتحاد.

وغني عن البيان أنه إذا زال اتحاد الذمة بأثر رجعي كما لو أبطل السند الذي نقل ملكية الشيء المرهون إلى المرتهن، فإن الرهن يعتبر قائماً لم ينقض<sup>(3)</sup>.

ولا تختلف أحكام القانون المدني الجزائري على أحكام الفقه الإسلامي في شأن انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية في حالات هلاك المرهون أو تلفه أو ضياعه كلياً بفعل قوة قاهرة دون خطأ من المرتهن أو تقصير منه في حفظ المرهون.

ويجيز أيضاً القانون المدني الجزائري كما في الفقه الإسلامي انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية إذا حكم بفسخ عقد الرهن.

1- السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج 10، ص 872.

2- المادة 1113 ف 2 ق.م. م. والمادة 1421 ق.م. أردني، والمادة 1300 ق.م.ف.

3- السيد عيد نايل : أحكام الضمان العيني والشخصي، المرجع السابق، ص 293 / وكذلك أيضا مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري

ج 7، ص 241.

## **الفصل الثاني: إنشاء الرهن الحيازي وانقضاؤه في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري**

و يوافق القانون المدني الجزائري الفقه الإسلامي في زوال الرهن الحيازي بالبيع الجبري مع تميز أحكام الفقه الإسلامي بالشمولية لجميع أنواع الرهن في حين قصر القانون المدني الجزائري هذا الحكم على بيع العقار جبريا (1) ، وأما المنقول فلا يطهر بالبيع الجبري إلا إذا تم هذا البيع بعد تنازل الدائن المرتهن عن حقه في الحبس كأن يتخلى عن الحيازة (2). وبهذا أنتهي من دراسة القواعد العامة التي تحكم الرهن الحيازي مهما كان نوع المال المرهون سواء كان عقار أو منقولاً مادياً أو معنوياً، لأحاول البحث في آثار الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري من خلال طرح التساؤل الآتي :

ما هي التزامات وحقوق كل من الراهن والمرتهن في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني الجزائري؟.

---

1- أنور العمروسي : الحقوق العينية التبعية في القانون المدني، المرجع السابق ، ص 471.  
2- إبراهيم بن غانم : نظام الرهن الحيازي الوارد على المنقول في التشريع المدني والتجاري الجزائري، المرجع السابق، ص 173.



# الفصل الثالث

آثار الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

## المبحث الأول

التزامات وحقوق الراهن في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

## المبحث الثاني

التزامات وحقوق المرتهن في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

سبقت الإشارة إلى أن عقد الرهن الحيازي عقد رضائي ينعقد بتطابق الإيجاب والقبول فتنشأ عنه التزامات على عاتق الراهن والتزامات أخرى على عاتق المرتهن كما يرتب لهما حقوقا وكل من الإلتزامات والحقوق تتمحور حول فكرة إنتقال الحيازة من الراهن واستقرارها بيد المرتهن حتى يحل أجل الوفاء بالدين، وعلى هذا كان عقد الرهن الحيازي من العقود الملزمة للجانبين فيلتزم كل من طرفيه الراهن والمرتهن بالتزامات في مواجهة الآخر<sup>(1)</sup> فيلتزم الراهن بتسليم الشيء المرهون ويضمن فوق ذلك سلامة الشيء المرهون ونفاذه ولا يترتب على ذلك حرمانه من ملكيته للشيء المرهون فيظل متمتعا بمزايا الملكية إلا ما يتعارض منها مع حقوق المرتهن، والمرتهن يلتزم بالمحافظة على الشيء وإدارته واستثماره ثم رده عند انقضاء الرهن، وهي التزامات تعبر في نفس الوقت عن حقه في الحيازة<sup>(2)</sup> ولإعطاء هذا الفصل ما يستحقه من المعالجة يلزم تقسيمه إلى مبحثين أعالج في المبحث الأول التزامات وحقوق الراهن وفي الثاني التزامات وحقوق المرتهن في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

### المبحث الأول

#### التزامات وحقوق الراهن في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

بعد قبض المرهون من الدائن أو من يقوم مقامه باستلامه من المدين الراهن تنشأ علاقة بين المدين المالك أو الحائز والدائن القابض والشيء المرهون، قد تكون هذه العلاقة لمجرد القبض في ذاته، ووجود المرهون في حيازة الدائن أو العدل بعد أن مكنه المدين منه ومن أمثلتها تسليم المال المرهون وضمن سلامته وهلاكه وتلفه وفي المقابل المحافظة على العين المرهونة وعدم التقصير في حمايتها وخروج العين من يد المدين وحبسها بيد الدائن لا يلغي على الأول صفة المالك أو الحائز، كما أن احتفاظ المدين بأصل الملكية لا يحرم الدائن استدامة القبض وحبس العين المرهونة للتنفيذ عليها حال حلول أجل الدين المضمون ببيعها، كما وقد تتصرف آثار الرهن، إلى كل من له حق، قد تأثر بوجود الرهن وما إن كان للراهن إلتزامات وحقوق فإنني أقسم هذا المبحث الى مطلبين أتناول في المطلب الأول إلتزامات الراهن وفي الثاني حقوق الراهن.

1- نبيل ابراهيم سعد: التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 221.  
2- سمير السيد تناغو: التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 244.

## المطلب الأول

### التزامات الراهن في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

تترتب بذمة الراهن سواء كان مدينا أو كفيلا عينيا التزامات منشؤها عقد الرهن وانتقال حيازة محل الرهن إلى الدائن المرتهن أو العدل ويحدد الفقه والقانون على الراهن أربع التزامات تتمثل في إعطاء حق الرهن وتسليم المال المرهون وأن يضمن سلامة الرهن ونفاذه ويضمن أيضا هلاك المرهون أو تلفه، وكما يترتب على الراهن التزامات تقابلها حقوق تنقرر له باعتباره مالكا يمارس سلطاته المخولة له على ملكيته تنقرر له أيضا حقوق بصفته حائزا قانونيا لمحل الرهن ولهذا سأعمل على شرح المطلب الأول في خمسة فروع أبين في الأول التزام الراهن بتسليم محل الرهن وفي الثاني التزامه بضمان نفاذ محل الرهن وفي الثالث ضمان سلامة محل الرهن وفي الرابع التزامه بضمان محل الرهن حال هلاكه أو تلفه وفي الخامس أعقد مقارنة بين التزامات الراهن في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

## الفرع الأول

### التزام الراهن بتسليم المال المرهون

إذا انعقد الرهن الحيازي صحيحا، فإن أول التزام يترتب في ذمة الراهن هو أن يسلم العين المرهونة إلى الدائن المرتهن أو إلى عدل يعينه المتعاقدان، وقد أصبح التسليم إلزاميا لا ركنا في العقد<sup>(1)</sup> بعد أن تحول الرهن الحيازي من عقد عيني إلى عقد رضائي. وللتسليم في الرهن الحيازي أهمية كبيرة فهو الذي تتحقق به انتقال حيازة المرهون إلى الدائن المرتهن وهو إجراء لا غنى عنه لنفاذ الرهن الحيازي في مواجهة الغير، وفي مذهب المالكية هو شرط للزوم الرهن وشرط لنفاذه عند الحنابلة والشافعية والحنفية. وبذلك نشأ في الفقه الإسلامي معنى بيان الوصف الشرعي للقبض، ورأينا أن فقهاء المالكية هم الذين يرون أن الرهن يكون صحيحا ولازما قبل القبض، والقبض هو شرط نفاذ، وذهب الاتجاه الغالب عند الحنابلة والشافعية والحنفية إلى أنه قبل القبض يكون الرهن غير لازم للراهن، بينما ذهب اتجاه ثالث إلى أن القبض شرط في صحة الرهن. وبذلك يظهر أن القبض يعد إلزاما على عاتق الراهن وفقا لمذهب المالكية فقط، إذ يقرر فقهاء هذا المذهب أن عقد الرهن يفرض على الراهن التزاما بتسليم المرهون إلى الدائن المرتهن سواء كان الرهن مشروطا في العقد أم كان المدين قد تبرع به بعده، وسواء كان المرهون شيئا معيناً أو وقع الإتفاق على تقديم رهن ما<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، جزء 10، ص 786.

<sup>2</sup> - عيد نايل : أحكام الضمان العيني والشخصي، المرجع السابق، ص 254.

أما عند الجمهور فلا مجال للحديث عن التسليم باعتباره التزاما يرتبه العقد على الراهن لأن الرهن نفسه قبل القبض يكون غير لازم .

وعن كيفية القبض نجد الفقهاء المسلمين يفرقون بين تسليم العقار وتسليم المنقول يستوي في ذلك اعتبار القبض التزاما على عاتق الراهن أم شرطا في لزوم الرهن. فإذا كان المرهون عقارا فصورة القبض تتم بالتخلية بين المرهون والمرتهن أو العدل وتمييزه عما سواه مع تمكين المرتهن أو العدل من وضع اليد عليه لأن القبض فيه لا يتصور إلا بذلك<sup>(1)</sup> ولا خلاف بين الفقهاء في هذا الشأن.

أما إذا كان المرهون منقولا فتسليمه يكون بمناولته باليد إذا كان شيئا خفيفا<sup>(2)</sup> أو بنقله إلى مكان لا يختص به الراهن، وإذا كان المرهون مكيلا فقبضه يكون بكيله، ومعدودا بعده، وموزونا فبوزنه<sup>(3)</sup> وهذا هو رأي الجمهور، وقد ذهب بعض الحنفية إلى أنه يكفي التخلية لقبض المنقول مثله في ذلك مثل العقار، حتى ولو لم يتم نقله .

وقد يتم القبض حكما بمجرد التراضي على الرهن إذا كان المرهون في يد المرتهن لسبب آخر غير الرهن، فاستمرار القبض يغني عن استئنافه في هذه الفرضية<sup>(4)</sup>.

ومن حيث محل القبض، فإن القبض محله المرهون وملحقاته ولو لم نذكر هذه الملحقات صراحة في عقد الرهن سواء كانت متصلة بالمرهون اتصال قرار أو كانت غير متصلة<sup>(5)</sup>.

**أما التسليم في القانون المدني الجزائري** ، فإن تسليم الشيء المرهون التزام يقع على عاتق الراهن بمجرد انعقاد العقد متى كان الشيء معين بالذات، أما إذا كان الشيء المرهون، لم يعين إلا بنوعه فيترتب في ذمة الراهن التزاما بإعطاء الرهن وذلك بالقيام بما هو ضروري لإيجاد حق الرهن<sup>(6)</sup> كالإفراز اللازم لتحويل الشيء إلى معين بالذات وهو ما يقال أيضا عند ما يرد الرهن على شيء غير مملوك للراهن، فيلغي العقد .

على الراهن مسؤولية القيام بما هو لازم لنشأة الحق الحقيقي لصالح الدائن المرتهن متمثلا في الحصول على ملكية المال المرهون أو على إقرار المالك للرهن، وفي الحالة العكسية يعد مخلا بالتزامه ويترتب على ذلك سقوط أجل الدين مع التعويض إن كان له محل<sup>(7)</sup>.

1 - الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط 1، دار احياء الكتب العلمية، بيروت، 1996، ج 3، ص 144 ، وانظر ايضا، المغني لابن قدامة المقدسي ، المصدر السابق، ج 4، ص 240.  
2- ابن قدامة : المغني، المصدر السابق، ج 4، ص 240.  
3- ابن قدامة المقدسي: المغني على مختصر الخرقي، المصدر السابق، المجلد 4، ص 235.  
4- ابن قدامة: المصدر نفسه، ص 243.  
5- سليم رستم : شرح المجلة، المصدر السابق، المادة 711.  
6- السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج 10، ص 785.  
7- جابر محجوب علي: التامينات العينية في القانون الكويتي ، ص 316.

وغني عن البيان أنه إذا حدث أن تقاعس الراهن في تنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه طوعا أُجبر على التنفيذ العيني<sup>(1)</sup> أو عن طريق التعويض أو كليهما طبقا للقواعد العامة في تنفيذ الالتزام، مع بقاء حق المرتهن في إسقاط الأجل قائما لعدم تقديم المدين ما وعد بتقديمه من تأمينات إستنادا لنص المادة 211 فقرة 3 ق.م.ج التي تصرح بأنه: (إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من تأمينات)<sup>(2)</sup>.

ومضمون التسليم يجد أساسه في المادة 951 ق.م.ج التي تقابل المادة 1099 ق.م.م والتي تقرر بأنه ينبغي على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسليمه كما تنص الفقرة الثانية على أنه يسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع وهكذا يحيلنا المشرع على أحكام تسليم المبيع، وبمقتضى هذه الإحالة يمكن القول بأن الأحكام بتسليم المبيع، من حيث كيفية التسليم ومحلّه وزمانه ومكانه وجزاء الإخلال به تكون واجبة التطبيق أو تسليم الشيء المرهون، مع مراعاة خصوصية التسليم في عقد الرهن.

وكونه وسيلة لتمكين الدائن المرتهن من الحيابة التي تعد شرطا للاحتجاج بحق الرهن على الغير<sup>(3)</sup>.

فمن حيث كيفية التسليم فإنه يتم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المرهون وبالكيفية التي تمكن المرتهن من حيازته دون حائل ولو لم يقبضه فعليا ما دام الراهن قد أعلمه بذلك وهذا ما نصت عليه المادة 367 ق.م.ج.

ولا يكفي وضع الشيء تحت تصرف المرتهن أو العدل، بل يجب أيضا أن يكون الراهن قد أعلمه بذلك بأي وسيلة كانت ولو مشافهة<sup>(4)</sup>.

ووضع الشيء المرهون تحت تصرف المرتهن أو العدل مع إعلامه بذلك يبرئ ذمة الراهن من هذا الإلتزام.

والتسليم الذي يبرئ ذمة البائع في عقد البيع يمكن أن يكون ماديا أو رمزيا أو حكما<sup>(5)</sup>.

فالتسليم المادي هو الذي يتم بنقل العين إلى المرتهن أو العدل نقلا حقيقيا وبالوضع تحت تصرفه وتمكينه من السيطرة عليه والانتفاع به دون حائل.

1 - إبراهيم بن غانم : نظام الرهن الحيازي الوارد على المنقول في التشريع المدني والتجاري، المرجع السابق، ص. 63.  
2 - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.  
3 - عبد المنعم البدرأوي: التأمينات العينية، دار القومية العربية، 1973، ص. 338.  
4 - محمد لبيب شنب : دروس في التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص. 349.  
5 - حسام الدين الأهواني: التأمينات العينية في القانون المدني المصري، ط3، 2000، ص. 674.

أما التسليم الرمزي فيحصل بتسليم ما يمكن الدائن المرتهن من حيازة الأشياء المرهونة كتسليم الدائن المرتهن سند الشحن أو إيصال باستلام الشيء المرهون إذا كان الشيء ليس في حيازة الراهن (1) أو تسليم مفتاح المخزن الذي يوجد فيه الشيء (2) فهذا التسليم وإن صح لتبرئة ذمة الراهن إلا أنه لا يكفي لنفاذ الرهن في حق الغير لتخلف التسلم الفعلي على الشيء المرهون بصورة علنية وظاهرة (3).

وقد يكون التسليم حكما بمجرد الاتفاق على اعتباره حاصلا دون حاجة إلى أي إجراء آخر وذلك متى كان الشيء المرهون في حيازة المرتهن قبل الرهن لسبب آخر كالإيجار أو الوديعة وفي هذه الحالة يتم تغيير سبب الحيازة من مستأجر مثلا إلى مرتهن،

والتسليم الحكمي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 367 ق.م.ج بقولها: (وقد ينمر

التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان البيع موجودا تحت يد المشتري قبل البيع أو كان المبيع موجودا تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية) (4) ، ويتخذ هذا التسليم صورتين (5):

**الأولى:** يكون المرهون تحت يد الدائن المرتهن قبل الرهن بمقتضى إجارة أو إعاره مثلا فيغير نيته بعد الرهن إلى حائز باعتباره مرتهنا، فهذا التسليم يبرئ ذمة الراهن. وأما الثانية فنفترض أن يستبقي الراهن الشيء المرهون في حيازته بعد الرهن على سبيل الإجارة أو الإعاره أو الوديعة فيحوزه لحساب الدائن المرتهن، وهذه الصورة لا تفيد إنتقال الحيازة وجعل الرهن نافذا في حق الغير، ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كان المرهون عقارا واستبقاه الراهن على سبيل الإيجار على أن يذكر ذلك في قائمة قيد الرهن (6) أو ما تعلق برهن بعض المنقولات الخاصة كالسيارات والتي يقيد الرهن في سند ملكيتها: (البطاقة الرمادية) لدى الدوائر الرسمية.

ونشير أخيرا إلى أنه إذا كان المرهون ديننا فإن التسليم يحصل بنقل حيازة السند المكتتب للدين.

ومن حيث محل التسليم فإنه يشمل الشيء المرهون وملحقاته ويقصد بالملحقات كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء طبقا لطبيعة وعرف الجهة وقصد المتعاقدين (7).

1 - فايز أحمد عبد الرحمان : التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق ، ص. 129.

2 - جابر محجوب علي و فائز الكندري: التأمينات العينية في القانون الكويتي، المرجع السابق، ص. 317.

3 - عبد المنعم البدر اوي: التأمينات العينية، المرجع السابق، ص. 339.

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

5 - جابر محجوب علي و فائز الكندري: التأمينات العينية في القانون الكويتي، المرجع نفسه، ص. 317.

6 - شمس الدين الوكيل : الموجز في نظرية التأمينات ، المرجع السابق، ص. 505.

7 - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق، ج10، ص. 797.

ويتم تسليم الشيء المرهون بالحالة التي كان عليها وقت الرهن ومن حيث وقت التسليم فيتم تبعا للوقت المتفق عليه فإذا لم يوجد إتفاق كان التسليم واجبا فور التعاقد (1) .  
أما مكان التسليم فيتم في المكان الذي يوجد فيه الشيء المرهون وقت تمام عقد الرهن ما لم يتفق على غير ذلك (2).

### جزاء الإخلال بالالتزام : { ما يترتب على عدم التسليم }

يترتب على عدم التسليم آثار في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري ففي الفقه يرى المالكية (3) أن الراهن إذا امتنع عن تنفيذ التزامه بالتسليم اختيارا أجبر عليه قضاء ، ويتطلب تنفيذ التزام الراهن بالتسليم جبرا أن يكون محل الرهن شيئا معيناً، وأن المال المرهون باقياً، فإذا كان قد هلك تعذر التسليم وليس أمام المرتهن سوى طلب فسخ العقد الذي اشترط الرهن فيه أو ابقاء الدين دون رهن (4).

ويشترط أيضا ألا يكون المال المرهون قد تعلق به حق لازم للغير، فحق الغير يقدم في هذه الحالة على حق المرتهن لأن الرهن لا ينفذ في حق الغير إلا بالقبض عند المالكية. وفي رأي الجمهور فإن التسليم وإن كان التزاما من الراهن من الناحية الدينية ، إلا أنه إذا لم يتم اختياراً، فلا يمكن إجباره عليه قضاء، وذلك لأن الرهن لا يكون لازماً في حق الراهن قبل القبض.

وفي القانون المدني الجزائري إذا أخل الراهن بالتزامه بالتسليم أمكن جبره على تنفيذ هذا الالتزام عينا إذا كان ممكناً وفقاً للقواعد العامة، فإذا تعذر التنفيذ العيني كان للمرتهن طلب فسخ عقد الرهن.

والتمسك بسقوط أجل الدين المضمون بالرهن مع التعويض إن كان له مقتضى (5)  
ولكن لا يكون له أن يتقدم أو ينتبع ، لأن الرهن الحيازي ينفذ في حق الغير قبل التسليم (6).  
وهكذا يكون القانون المدني الجزائري امتداداً للفقه المالكي بخصوص الالتزام بالتسليم وما يترتب على الإخلال بهذا الإلتزام مع اختلاف هين في التفاصيل الجزئية.

1- كامل مرسي : التأمينات العينية، المطبعة العالمية، 1998، ص 299.

2 - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق ، ج 10، ص 797.

3 - قصرنا على رأي المالكية لأنه المذهب الذي يعتبر القبض شرطاً لزوم وليس ركن في العقد.

4 - الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، المصدر السابق، ج 4، ص 394. وما بعدها.

5- السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع نفسه، ج 10، ص 798.

6- كامل مرسي: التأمينات العينية، المرجع نفسه، ص 401.

## الفرع الثاني

### إلتزام الراهن بضمان نفاذ الرهن في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

سبق أن رأينا في الفرع السابق بأن أول التزام يقع على عاتق الراهن هو الإلتزام بالتسليم والتسليم ذاته يقتضي أن يتم على النحو الذي يتحقق الغرض منه وقد لا يتحقق هذا الغرض إلا إذا كان التسليم الذي يتولاه الراهن لم يتبعه أدى<sup>(1)</sup> مما قد يفضي إلى الإضرار بحقوق الدائن المرتهن.

ففي الفقه الإسلامي يجد هذا الإلتزام سنده في عبارات الفقهاء المسلمين عند تنظيمهم للرهن في مواجهة الغير، وقد جاء في كتاب بلغة السالك ما يلي: (ولزم الرهن، بمعنى العقد، بالقول، أي بالصيغة فللمرتهن مطالبة الراهن ويقضي له به . . . وإن عاد لراهنه غصبا عن المرتهن، فللمرتهن أخذه مطلقا فات أو لم يفت، فإن كان موسرا وفوت محل الرهن فإنه يمضي فعله ويعجل الدين)<sup>(2)</sup>.

وفي القانون المدني الجزائري يجد هذا الإلتزام السند القانوني له فيما نظمته المادة 953 ق.م.ج التي تقابل المادة 1101 ق.م.م بقولها: (يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه وليس له أن يأتي عملا ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يتحول دون إستعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد، والدائن المرتهن في حالة الإستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون)<sup>(3)</sup>.

وفي هذا السياق يلزمني تبيان ماهية التزام الراهن بضمان نفاذ الرهن؟. فأقول بأن الفقه الإسلامي لا يجيز بعمومه للراهن أن يقوم بأي تصرف يحول بين الدائن المرتهن وبين نفاذ الرهن في مواجهة الغير ولو أنه قام بفعل إيجابي يفضي إلى عدم نفاذ الرهن ضمن<sup>(4)</sup>.

كما أنه لو بذل جهدا في الدفاع عن ملكيته لمحل الرهن أو على الأقل الدفاع عن حق الدائن المرتهن في ترتيب الرهن على محل الرهن ضمن أيضا ويمكن تصور تحقق هذا الإلتزام في المظاهر التالية:

- أ- ليس للراهن أن يقوم بفسخ الرهن.
- ب- ليس للراهن الإقرار بمحل الرهن لغير الدائن المرتهن.
- ج- ليس للراهن أن يقوم بأي تصرف يزيل ملكه على محل الرهن، سواء أكان ذلك بعوض، كالبيع أو المقايضة، أم بغير عوض كالهبة.

1 - إبراهيم بن غانم : نظام الرهن الحيازي الوارد على المنقول في التشريع المدني والتجاري الجزائري، المرجع السابق، ص 64.  
2 - الصاوي: بلغة السالك : المصدر السابق، ج 2، ص 119.  
3 - الأمر 75-58 الصادر في 26-9-75 المتضمن القانون المدني.  
4 - ابن حزم الأندلسي : المحلي، المصدر السابق، ج 8، ص 93، المسألة 214.



ح- ليس للراهن القيام بما يزاحم الدائن المرتهن في حقه كرهن محل الرهن من آخر، ولو فعل بطل الرهن.

هـ- ليس للراهن طلب استعادة محل الرهن من الدائن المرتهن لأن ذلك يؤدي إلى زوال الوثيقة<sup>(1)</sup>.

فهذه كلها وأمثالها مفوتات<sup>(2)</sup> نفاذ الرهن في مواجهة الغير يتمتع على الراهن إتيانها، وإن فعلها ضمن الرهن.

أما ضمان نفاذ الرهن الحيازي في مواجهة الغير في القانون المدني الجزائري فيستوجب براءة نقل حيازة محل الرهن من الراهن إلى الدائن المرتهن أو العدل بشكل لا لبس فيه ولا غموض، وبما يوفر للدائن المرتهن حيازة هادئة تكفل له مباشرة حقه في استغلال محل الرهن<sup>(3)</sup> بالصورة التي تحقق له الغاية في استيفاء محل الالتزام وملحقاته عن طريق الوفاء التدريجي كلما كان ذلك ممكنا<sup>(4)</sup>، وعلى أن يكون نقل الحيازة ظاهرا بما يفيد إعلام الغير وجعله على بينة واعتقاد جازم بأن محل الرهن لم يعد خالصا للراهن، وهذا الأمر يقتضي من الراهن القيام بعمل إيجابي، كما يقتضي منه في ذات الوقت الامتناع عن القيام بعمل يتعارض مع نفاذ الرهن في مواجهة الكافة.

فالعمل الإيجابي الذي يقوم به الراهن يتمثل في :

- الإسراع في إجراءات القيد إذا ما كان محل الرهن عقارا<sup>(5)</sup> وتقديم المستندات اللازمة لإتمام العقد.
- تحرير سند بعقد الرهن وإثبات تاريخ القيد إذا ما كان محل الرهن منقولا<sup>(6)</sup>.
- اتخاذ الإجراءات اللازمة لإثبات حوالة الحق ونفاذها إذا ما كان محل الرهن سندا إسميا<sup>(7)</sup>.
- تقديم المستندات المثبتة للملكية محل الرهن إذا ما لزم تقديمها لجهة ما<sup>(8)</sup>.
- المبادرة إلى الدفاع عن كل ادعاء أو تعرض قانوني<sup>(9)</sup> صادر من الغير بزعم وجود حق له على محل الرهن سابق على نشوء الرهن، مهما كان الحق المدعي به.

1 - الكاساني: بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 6، ص 153.

2 - يوسف بيان: دور الحيازة في الرهن الحيازي، المرجع السابق، ص 888.

3 - يوسف بيان: المرجع نفسه، ص 879.

4 - شمس الدين الوكيل: الموجز في نظرية التأمينات، المرجع السابق، ص 509.

5- حسين عبد اللطيف حمدان: التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 196، وانظر منصور مصطفى منصور: التأمينات العينية، المرجع السابق،

ص 213.

6- جميل الشرفاوي: دروس في التأمينات الشخصية والعينية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص 339/ شمس الدين الوكيل: الموجز في

نظرية التأمينات، المرجع السابق، ص 507/ منصور مصطفى منصور، المرجع نفسه، ص 214.

7- محمد علي إمام: التأمينات الشخصية والعينية: ط 1، مكتبة وهبة، القاهرة، 1954، ص 314.

8- سليمان مرقس: التأمينات العينية، ط1، المطبعة العالمية، القاهرة، 1951، ص 426.

9- نعمان خليل جمعة خليل: الحقوق العينية التبعية، المرجع السابق، ص 63.

وأما امتناعه عن القيام بعمل يتعارض مع التزامه بنفاذ الرهن في مواجهة الكافة فإنه يلزمه :

- عدم اعطاء الغير حقا عينيا على محل الرهن يكون نافذا في مواجهة الدائن المرتهن، بما يمنع نفاذ حقه في مواجهة هذا الغير<sup>(1)</sup> كما لو باع الراهن العقار المرهون إلى من تمكن من تسجيل البيع قبل إجراء قيد الرهن<sup>(2)</sup>.
- عدم التصرف في محل الرهن تصرفا يفضي إلى إلحاق الضرر بالدائن المرتهن، وتفضيل غيره عليه، كما لو كان محل الرهن منقولا فباعه أو رهنه رهنا حيازيا لغير الدائن المرتهن الأول وسلمه للغير حسن النية<sup>(3)</sup>.
- عدم قيامه بتعديل أو إنهاء للدين المرهون دون أخذ موافقة الدائن المرتهن<sup>(4)</sup> بعد عرض ماهية التزام الراهن بضمان نفاذ الرهن تقتضي طبيعة الدراسة أن نبحت جزاء إخلال الراهن بهذا الالتزام، وأبادر إلى القول بأنه إذا ما أخل الراهن بتنفيذ التزامه بضمان نفاذ الرهن لمصلحة الدائن المرتهن فإنه يترتب عليه جزاء جبرا للضرر الذي لحق بالدائن المرتهن ، وأبين هذا الجزاء في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري ، ففي الفقه الإسلامي نجد جمهور الفقهاء المسلمين عدا الظاهرية<sup>(5)</sup> يرتبون بطلان تصرف الراهن إذا ما أزال ملكه عن محل الرهن بإخراجه من ذمته المالية. أو إذا ما كان في تصرفه مزاحمة لحق المرتهن في الرهن فإن فعل حق للدائن المرتهن أخذ محل الرهن ممن آل إليه<sup>(6)</sup> إذا ما كان في غير حيازة الدائن المرتهن، أو للدائن المرتهن طلب تعجيل الوفاء من ثمن محل الرهن إذا ما كان التصرف بيعه<sup>(7)</sup> أو أخذ البديل الذي حل محل المرهون إذا ما كان التصرف معاوضة وجعله رهنا بدله كل ذلك جبرا لحق المرتهن. وفي هذا النطاق يعتبر القانون المدني الجزائري إخلال الراهن بالتزامه بضمان نفاذ الرهن كإتيانه تصرفات تنقص من تأمين المرتهن أو تحول دون استعمال المرتهن لحقوقه المستمدة من العقد وهذا ما نصت عليه المادة 953 ق.م.ج بقولها: ( .. ليس له أن يأتي عملا ينقص من قيمة الشيء المرهون أو تحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد .. )<sup>(8)</sup> .

1- السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج10، ص. 800  
2 - عبد الفتاح عبد الباقي: الوسيط في التأمينات العينية، ط1، دار النشر للجامعات المصرية، 1954، ص 271 ، .  
3- جميل الشرفاوي : دروس في التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق، ص.339  
4 - عبد الناصر توفيق العطار : التأمينات العينية، مطبعة السعادة، القاهرة، 1980، ص 229، وانظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 7، ص. 273  
5- الظاهرية لا يغلون يد الراهن في التصرف في ملكه سواء بتصرفات غير مفوته له كالإيجارة أو مفوته له كالبيع والهبة ويعتبرونها تصرفات نافذة في حق المرتهن ، للإستزادة انظر: المحلى ، لابن حزم ، المصدر السابق، ج 8 ، ص 89 ، مسألة 1213  
6- الصاوي : بلغة السالك، المصدر السابق، ج 2، ص. 113  
7- الصاوي : بلغة السالك، المصدر نفسه، ص. 113  
8- الامر 75- 58 الصادر في 26-9-75 المتضمن القانون المدني.

- ويترتب على إخلال الراهن بالتزامه حقوق للدائن المرتهن تتمثل في:
  - جواز إما فسخ الرهن وتعجيل الوفاء فوراً مع التعويض عن سقوط الأجل إذا ما كان الأجل مقررًا لمصلحته<sup>(1)</sup> وأما التنفيذ بمقابل ، سواء بتقديم تأمين تكميلي يعادل ما نقص من محل الرهن، أو دفع مبلغ يساوي قيمة النقص في محل الرهن على أن يخصم هذا المبلغ من أصل محل الإلتزام والفوائد التي تلحقه<sup>(2)</sup> .
  - كما أن محل الرهن إذا لم يكن مملوكًا للراهن فإنه يتحمل مسؤولية عدم نفاذ رهنه في مواجهة المالك الحقيقي فيلتزم بالضمان<sup>(3)</sup> .
- كما أجاز القانون للدائن المرتهن إذا كان من شأن تصرفات الراهن وأعماله أن تؤدي إلى جعل الضمان غير كاف أن يطلب من القاضي وقف هذه الأعمال والأمر باتخاذ الوسائل التي تمنع من وقوع الضرر .
- كل ذلك استناداً إلى المواد 899 وما بعدها من القانون المدني الجزائري .
- وأخلص إلى أن كلا من جمهور الفقهاء المسلمين والقانون المدني الجزائري يرتب جزاءً على إخلال الراهن بالتزامه ، ضمان نفاذ الرهن ببطان التصرف ومنح الدائن المرتهن وسائل تمكنه من درء الضرر الذي يلحق به .

## الفرع الثالث

### التزام الراهن بضمان سلامة محل الرهن

- يلتزم الراهن بضمان سلامة محل الرهن وبقائه محققاً الغرض الذي شرع من أجله وهو ضمان الوفاء بمحل الإلتزام ولدراسة التزام الراهن، فينبغي بيان سنده وماهيته وجزاء الإخلال به وذلك في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري .
- ففي الفقه الإسلامي نجد جمهور الفقهاء المسلمين عدا الظاهرية<sup>(4)</sup> قد صاغوا التزام الراهن بضمان سلامة محل الرهن في مدوناتهم الفقهية .
- فعد المالكية** ، أن الدائن المرتهن إذا ما أنفق على محل الرهن ليدراً عنه ما يعرض سلامته للخطر رجع مرتنه على الراهن بنفقتة التي أنفقها على الرهن في ذمته - أي في ذمة الراهن - ولو لم يأذن له الراهن في الانفاق<sup>(5)</sup> وبرر الدسوقي في هذا المنحى بما لا يدع مجالاً للشك في أن ضمان سلامة محل الرهن إلتزام على الراهن، ورجوع المرتهن بما أنفق على الراهن لأنه قام عنه بواجب<sup>(6)</sup> .

1- شمس الدين الوكيل : الموجز في نظرية التأمينات، المرجع السابق، ص 508.

2- محمد كامل موسى : التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 402.

3- عيد الفتح عبد الباقي : الوسيط في التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 271.

4- عدا الظاهرية فقد شذوا بموقفهم المتمثل في إطلاق يد الراهن وعدم تقييد تصرفاته مطلقاً/ انظر، المحلى لابن حزم ، المصدر السابق، ص 80 وما بعدها.

5- الصاوي: بلغة السالك، المصدر السابق، ج2، ص 120.

6- الدسوقي : حاشية الدسوقي، المصدر السابق، ج4 ، ص 407.

وعند الحنفية تكون النفقات الواجبة لضمان سلامة محل الرهن على الراهن يستوي في ذلك المنقول والعقار (1).

وعند الشافعية ليس للراهن إتيان ما ينقص محل الرهن فإن فعل ما ينقصه، أخذ منه ما أنقصه وجعل مع محل الرهن رهنا أو استنزل قصاصا من الدين (2).

وأما عند الحنابلة فإن جميع ما ينقصه لضمان سلامة محل الرهن على الراهن، فإن امتنع عن بذل ما وجب عليه أجبره الحاكم (3).

وعند الإباضية فإن الراهن تلزمه مؤونة محل الرهن وما يحتاجه (4).

وأما السند القانوني لالتزام الراهن بضمان سلامة الرهن فنجده في نص المادة 953 ق.م.ج والقاضي بأن: ( يضمن الراهن سلامة الرهن وفادته، وليس له أن يثأتي عملا بنقص من قيمة الشيء المرهون.. ) (5).

وهكذا يوافق القانون المدني الجزائري الفقه الإسلامي في سند التزام الراهن بضمان سلامة الرهن.

وعن ماهية هذا الالتزام فيعني بها امتناع الراهن عن التعرض لمحل الرهن بأي سلوك يحول دون تمكن الدائن المرتهن من ممارسة حقوقه المستمدة من عقد الرهن (6) تأسيسا على القاعدة القائلة ( الضامن يمتنع عليه القيام بالتعرض ) وماهية التزام الراهن بضمان سلامة المرهون في الفقه الإسلامي فهو مستمد من وجوب بقاء محل الرهن سليما كما كان عند نقل حيازته إلى الدائن المرتهن أو العدل، وفي هذا الإطار أجمع الفقهاء المسلمين على التزام الراهن بمؤونة كل ما يلزم للنفقة على محل الرهن أو أجره حفظه وعلى ذلك فليس للراهن أن يخرب محل الرهن، أو يعيبه فإن فعل ضمن مقدار النقص الذي تسبب فيه (7). وكما أن الراهن ممنوع عليه تخريب محل الرهن ابتداء، فإنه محظور عليه ترك محل الرهن يتخرب، ويندرج تحت هذه الفرضية صور رهن ما يتسارع إليه الفساد وما ينبغي من إجراءات لدرء ما يحيق الرهن من مخاطر الفساد، وعلاجه مثل بيع المرهون وجعل ثمنه رهنا دفعا للضرر (8).

1- نصت المادة 724 من مجلة الأحكام العدلية على أن: ( الرهن إن كان حيوانا فلعفه وأجرة راعيه على الراهن، وإن كان عقارا فتعميره وسقيه وتلقيحه وتطهير خرقة وسائر مصاريفه التي هي لإصلاح منافعه وبقائه عائدة إلى الراهن أيضا.. ).

2- الشافعي: الأم، المصدر السابق، ج 3، ص 140.

3- البهوتي: كشف القناع، المصدر السابق، ج 3، ص 339.

4- محمد بن يوسف أطفيش: شرح كتاب النبل وشفاء العليل، المصدر السابق، ج 11، ص 156.

5- الامر 75-75 الصادر في 26-9-75 المتضمن القانون المدني.

6- يوسف ببان: دور الحيازة في الرهن الحيازي، المرجع السابق، ص 893.

7- علي حيدر: درر الأحكام شرح مجلة للحكام، المرجع السابق، الكتاب 5، ص 138.

8- السيد عيد نايل: أحكام الضمان العيني والشخصي، المرجع السابق، ص 258.

وفي القانون المدني وتماشيا مع قاعدة الضامن يمتنع عليه القيام بالتعرض، يتوجب على الراهن تقيدا بالتزامه ضمان سلامة محل الرهن بأن يمتنع عن تعرضه الشخصي للدائن المرتهن<sup>(1)</sup> في محل الرهن، فليس له أن يضر به<sup>(2)</sup> أو يتركه يتخرب أو يخل بسلامته أو يعمد إلى هدم جانب من المبنى، أو أن يمتنع عن إقامة جدار يريد أن ينقض أو ترميم حائط آيل للسقوط، ويستوي في ذلك أن يقع تعرضه هذا قبل تسليم محل الرهن إلى الدائن المرتهن أو العدل أو بعد تسليمه لمن يحوزه منهما<sup>(3)</sup>، وعلى الراهن يقع واجب القيام بكل ما يلزم اتخاذه من أعمال الصيانة والحفظ إذا ما كان محل الرهن تحت يده، أو تحمله نفقاتها إذا ما قام بها عنه الدائن المرتهن أو العدل<sup>(4)</sup>، كما يفرض هذا الالتزام على الراهن الامتناع عن أي عمل ينقص من قيمة محل الرهن انتقاصا كبيرا<sup>(5)</sup> بما يعني الإبقاء على محل الرهن على الحالة التي كان عليها عند الرهن وبما لا يفضي إلى إضعاف الضمان الذي يحققه محل الرهن<sup>(6)</sup> ويمتنع عليه تبعا لذلك انتزاع جزء أو شيء من محل الرهن أو ملحقاته. وتأميننا للالتزام الراهن لضمان سلامة محل الرهن فإن المشرع منح الدائن المرتهن وسائل تحفظية له اتخاذها في حالة الاستعجال<sup>(7)</sup> وهذا ما جاء بنص المادة 898 ق.م.ج:

(ولم في حالة الإسعجال أن يخذ ما يلزم من الوسائل الحفظية اللازمة، وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك)<sup>(8)</sup>، فضلا عن ذلك فإنه يرجع بما يتكبده من نفقات على الراهن في نطاق الأفضلية الممنوحة له، والوسائل التحفظية التي ذكرها المشرع، إما أن تكون في مواجهة أعمال الراهن، كما لو أراد الراهن إنجاز منشأة ملاصقة للعقار المرهون، لو تم لألحق الضرر بهذا العقار، كأن يؤدي ذلك إلى إعتداء على حق ارتفاق مقرر على ذلك العقار لصالح العقار المرهون، حيث يجوز في مثل هذه الصورة للدائن المرتهن رفع دعوى لإيقاف أشغال البناء درءا للخطر المحدق بحق الارتفاق الداخل في الرهن تبعا للعقار المرهون<sup>(9)</sup>. والملاحظ أن الدائن المرتهن في هذا المثال يحقق لنفسه نفعاً ولذا لو لم يبادر إلى اتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات تحفظ للعقار حق الارتفاق فإنه لا يتعرض لأية مسؤولية<sup>(10)</sup>.

1- شمس الدين الوكيل : الموجز في نظرية التأمينات، المرجع السابق، ص 182.  
2- السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج1، ص 800.  
3- جميل الشرفاوي : دروس في التأمينات، المرجع السابق، ص 339.  
4- جميل الشرفاوي : دروس في التأمينات، المرجع نفسه، ص 340.  
5- انظر المادة 898 ق.م.ج الصادر بالامر 75-58 .  
6- حسين عبد اللطيف حمدان: التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 195.  
7- منصور مصطفى منصور : التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 214.  
8- الأمر 75-58 الصادر في 26-9-75 المتضمن القانون المدني.  
9- سليمان مرقس : التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 422.  
10- سليمان مرقس : التأمينات العينية، المرجع نفسه، ص 422.

وإذا ما أخذ الراهن بالتزامه بضمان سلامة محل الرهن وعرضه للخطر أو نقص القيمة ترتب عليه جزاء وفقا للضرر الذي يحقق بالدائن المرتهن جراء هذا التقصير .  
ففي الفقه الإسلامي إذا ما أخذ الراهن بالتزامه بسلامة الرهن ونتج عن هذا الإخلال ضرر بمحل الرهن، كأن يمتنع عن ترميم المبنى الآيل للسقوط فيرممه المرتهن فإن لهذا الأخير أن يرجع بما أدى من نفقة على الراهن وذلك حفظا للوثيقة (1) كما أنه لو تسبب في الحاق عيب بمحل الرهن أفضى إلى إنقاص قيمته، فإن الراهن يضمن مقدار النقص فيؤخذ منه ويجعل رهنا يضم مع محل الرهن، أما لو كان محل الرهن مما يتسارع إليه الفساد فإنه يشترط على الراهن بيعه عند إشرافه على الفساد، فإن لم يفعل أجبر على البيع وانتقل حينها الرهن إلى الثمن عوض محل الرهن (2) وهذا الأمر مشروط بشرطين أحدهما أن يحصل الفساد قبل حلول الأجل أو معه (3) وثانيهما أن يتعذر تجفيفه (4).

أما جزاء الإخلال بهذا الالتزام في القانون المدني الجزائري ، فإن الدائن المرتهن مخير بين طلب فسخ الرهن ووفاء الدين فورا بسبب نقص التأمين مع حقه في التعويض عن سقوط الأجل إذا ما كان الأجل مقررًا لمصلحته (5) ، أو يطلب التنفيذ بمقابل سواء بتقديم تأمين تكميلي يعادل ما نقص من قيمة محل الرهن (6) أو يدفع مبلغا يساوي قيمة ما نقص على أن يخصم هذا المبلغ من أصل الدين وفوائده (7).

وهكذا يكون جزاء الإخلال بالتزام ضمان سلامة محل الرهن في الفقه الإسلامي بالرجوع على الراهن، بما أنفق حفظا للوثيقة، وبضمان الراهن لمقدار النقص وبيع ما يتسارع إليه الفساد طوعا أو جبرا وفي القانون المدني يكون الجزاء بجواز اللجوء إلى كل الوسائل التحفظية المستعجلة لوقف التعرض.

1 - علي حيدر: درر الحكام ، المرجع السابق، الكتاب الخامس ، ص. 138  
2 - العاملي : الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ط2 ، دار احياء التراث العربي، بيروت ، 1983، ج 4 ، ص. 72.  
3 - العاملي : الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، المصدر نفسه ، ج 4 ، ص. 73 .  
4 - العاملي : الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، المصدر نفسه ، ج 4 ، ص. 73 .  
5- شمس الدين الوكيل:الموجز في نظرية التأمينات، المرجع السابق، ص. 509.  
6- عبد الناصر توفيق العطار: التأمينات العينية، المرجع السابق، ص. 123.  
7 - محمد لبيب شنب : دروس في التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق ، ص. 152.  
8- الكاساني : بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 10 ، ص. 146.

## الفرع الرابع

### التزام الراهن بضمان محل الرهن حال هلاكه أو تلفه في الفقه

#### الإسلامي والقانون المدني الجزائري

إن كل اعتداء قد يقع على محل الرهن ويؤدي إلى هلاكه أو تلفه كلياً أو جزئياً يضمنه الراهن، ويستوي في ذلك أن يكون الإعتداء أو التعرض المفضي إلى الهلاك أو التلف من الراهن شخصياً، أم من الغير، أم نتيجة قوة قاهرة وذلك تطبيقاً للقاعدة القائلة ( هلاك الشيء على المالك ) ولبسط هذا الالتزام أحاول بحثه فيما يلي :

**ففي الفقه الإسلامي :** يلزم بيان من يتحمل تبعه هلاك محل الرهن أو تلفه أو تعييبه دون أن يكون ملتزماً بذلك بسبب تعد أو تقريط فينتصب أمامي موقفان للفقه الإسلامي :

يذهب أولهما إلى أن محل الرهن مضمون على الدائن المرتهن ، بما يعني أن يد الدائن المرتهن يد استيفاء بقدر محل الإلتزام المضمون وهذا ما ذهب إليه الحنفية (1).

وذهب الموقف الثاني الذي يضم جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة وظاهرية وشيعة إمامية وزيدية إلى أن الراهن يلتزم بضمان هلاك أو تلف أو تعييب محل الرهن، ما دام الدائن المرتهن لم يتسبب فيما آل إليه بسبب تعد منه أو تقريط أو تقصير في اسباغ الحماية اللازم بذلها على محل الرهن، وهم يستندون فيما ذهبوا إليه بالسنة وبالمروى عن السلف الصالح والمعقول.

أما السنة الشريفة فقولها **↑** : ﴿ لا يعلق الرهن، الرهن من صاحبه الذي مرهنه له غنمه وعليه غرمه ﴾ (2) وقالوا بأن قوله ﴿ وعليه غرمه ﴾ أي أن الراهن يتحمل تبعه هلاكه، كما له غنمه وزيادته وعزروا هذا الفهم من الحديث النبوي الشريف، بحديث آخر وهو قوله **↑** ﴿ الخراج بالضمان ﴾ (3) ولما كان خراج محل الرهن للراهن بلا خلاف، فوجب أن يكون من ضمانه (4) وأما ما روى عن السلف الصالح، فقد روى عن الإمام علي كرم الله وجهه أنه قال ﴿ لا يترادان الفضل فإذا أصابه جائحة برئ ﴾ أي المرتهن (5) وما صح عن عطاء أنه قال : ( الرهن وثيقة، فإن هلك فليس عليه - أي الدائن المرتهن - غرم يأخذ الدين الذي له كله ) (6).

1- الكاساني: بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 10، ص 146.  
2- نيل الأوطار: جزء 6 ص 330 ، حيث قال عنه الشوكاني ، رواه الشافعي والدارقطني، وقال هذا اسناد حسن متصل ، وقد نقل اختلاف الفقهاء في رفع أو وقف عبارة له غنمه وعليه غرمه ، حيث قيل انها من كلام سعيد بن المسيب، انظر على سبيل المثال مسند ابن ماجه.  
3 - الحسيني العاملي: ( الشيخ محمد الجواد بن الحسين العاملي)، مفتاح الكرامة ، المطبعة الراضوية، القاهرة، 1912 ج 5، ص 180.  
4 - الكاساني: بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 6، ص 160.  
5 - ابن حزم الأندلسي: المحلى، المصدر السابق، ج 8، ص 194.  
6 - الحسيني العاملي: مفتاح الكرامة، المصدر نفسه، ج 5، ص 180.

وأما المعقول فأمر منها أن الراهن قد رضي أمانة الدائن المرتهن فأشبهه المودع عنده<sup>(1)</sup> وذلك لأن الرهن وثيقة بالدين، فلا يضمن كالزيادة على قدر الدين، وكالشاهد إذا تعذر الحصول عليه، ولأن الرهن وثيقة لمن له الدين فلو كان مضمونا لكان وثيقة لمن عليه الدين " الحق" وفي هذا إبطال لمعنى الرهن<sup>(2)</sup>، كما قيل أن حق المرتهن متعلق بمحلين: ذمة الراهن ورقبة الرهن ، فإذا ما تلف الثاني بقي الأول<sup>(3)</sup> وقيل لأن الرهن بدل من الكتابة ، وحكم البديل حكم المبدل منه، فكما أن الكتاب لو فقد أو تلف لا يسقط الحق ، فكذلك لو هلك محل الرهن فإنه لا يؤثر على محل الالتزام<sup>(4)</sup> .

والتزام الراهن بضمان الهلاك أو التلف يتمثل إما بكف يده عما يفضي إلى الهلاك، أو التلف إذا ما كان يبائشره هو أو من يمثله أو بإعادة محل الرهن إلى ما كان عليه قبل تعرضه للهلاك أو التلف كلما كان إلى ذلك سبيلا أو تحمله تبعه ما يصدر من غيره - عدا المرتهن- من أفعال تؤدي إلى أن يتعيب محل الرهن تعيبا فاحشا. وللوقوف على الجزاء الذي يترتب على هلاك محل الرهن أو تلفه أو تعيبه تعيبا فاحشا في الفقه الإسلامي لا بد من التفريق بين فرضين:

الأول: أن يهلك محل الرهن أو يتلف أو يتعيب تعيبا فاحشا ويترتب على من صدر منه الفعل الذي أصاب محل الرهن تحمله بضمان ما حاق بمحل الرهن ولا يكون الأمر كذلك إلا إذا ما صدر الفعل نتيجة تعد أو تقصير ممن صدر عنه، وهذا هو أحد الثلاثة إما أحد المرتهنين أو أجنبيا عن العقد حتى لو كان عدلا، فإذا كان الفعل قد صدر من أجنبي عن المتعاقدين فإنه يلتزم بضمان قيمة محل الرهن إذا ما كان قيميا أو مثله إذا كان مثليا، ويجعل البديل رهن عوض محل الرهن وذلك لتعلق الرهن بالقيمة<sup>(5)</sup> أو المثل، ولأن البديل يأخذ حكم المبدل منه<sup>(6)</sup> وهذا ما صرح به الحنفية<sup>(7)</sup> والمالكية<sup>(8)</sup> والشافعية<sup>(9)</sup> والحنابلة<sup>(10)</sup> والإباضية<sup>(11)</sup>.

أما إذا كان المعتدي أو المقصر أو المفرط هو الراهن، فهو يلتزم بتقديم رهن جديد إلى المرتهن أو أنه يضمن قيمة محل الرهن أو مثله حسب الأحوال ويكون رهنا مكانه<sup>(12)</sup>. أما إذا كان المعتدي أو المقصر أو المفرط هو الدائن المرتهن ، فهو يلتزم بضمان قيمة محل

1- الحسيني العاملي : مفتاح الكرامة، المصدر السابق، ج5، ص 181.

2- يوسف بيان : دور الحيازة في الرهن الحيازي ، المرجع السابق، ص 923.

3- يوسف بيان: المرجع نفسه، ص.923

4- يوسف بيان : المرجع نفسه ، ص.923

5- الحسيني العاملي: مفتاح الكرامة، المصدر السابق، ص 166.

6- محمد بن يوسف اطفيش : كتاب النيل وشفاء العليل: المصدر السابق، ج 11، ص 133.

7- رستم الباز : مجلة الأحكام العدلية، المادة 742.

8- الدسوقي : حاشية الدسوقي : المصدر السابق، ج 4 ، ص 410.

9- الشافعي :كتاب الام ، المصدر السابق، ج 3 ، ص 169.

10- ابن قدامة: المغني :المصدر السابق ، ج 4، ص 254.

11- محمد بن يوسف اطفيش :كتاب النيل وشفاء العليل، المصدر نفسه ، ص 136.

12- يوسف بيان : دور الحيازة في الرهن الحيازي، المرجع نفسه، ص 944.



الرهن يوم القبض<sup>(1)</sup> مهما بلغت ويخبر الراهن بين أن يجعل ما أخذ المرتهن رهنا مكان الرهن الأول أو يجري المقاصة ويرجع كل منهما عن الآخر بحسب ما بقي له. **الثاني:** أن يهلك محل الرهن أو يتلف أو يتعيب تعيبا فاحشا دون تعد أو تقريط من أحد ، ولا يترتب على ما آل إليه التزام أحد بضمان أو تعويض، وهنا فإن الفعل إما أن يكون قد صدر من أحد المرتهنين أو من الغير بمن فيهم العدل أو بأفة سماوية وللفقه الإسلامي في هذا المقام ثلاث اتجاهات:

1- ذهب الحنفية<sup>(2)</sup> والإباضية إلى أن محل الرهن يهلك أو يتلف على الدائن المرتهن لأنهم يعتبرون محل الرهن مضمونا عليه بالقبض ما بقي محل الرهن مقبوضا حتى ولو كان في يد العدل<sup>(3)</sup>.

2- وذهب جمهور الفقهاء إلى أن محل الرهن يهلك أو يتلف من ضمان الراهن لأنه ملكه ويبقى محل الالتزام طلقا دون رهن<sup>(4)</sup>.

3- فرق المالكية بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه، إذا ما هلك أو تلف وهو في حيازة الدائن المرتهن، فإن كان محل الرهن مما يعرف هلاكه أو مما لا يغاب عليه كالعقار والزرع والتمر قبل حصاده، والأرض والسفينة الراسية في مرساها ، فإن هلكه يعتبر من ضمان الراهن<sup>(5)</sup> ، أما ما يغاب عليه أو ما يهلك في يد المرتهن، ولا يعلم هلاكه إلا بقوله، وهو ما يمكن إخفاؤه ومثله الحلي والسلاح والسفينة في عرض البحر فإنه ما دام في يد المرتهن ولم تشهد البينة له في ما يدعيه من هلاك أو تلف محل الرهن دون تعد منه أو تقصير أو ضياع فيتحمل هو تبعه الهلاك، وعليه قيمته أو مثله حسب الأحوال، فإن شهدت له البينة بأنه لم يتعد أو يفرط، سقط عنه الضمان وذلك لأنه إنما يتحمل تبعه الهلاك للتهمة، فإن زالت التهمة زال الضمان<sup>(6)</sup> .

ولو شرط الراهن إعفائه من الضمان ، أو تحمل الدائن المرتهن تبعه الهلاك أو التلف حتى ولو لم يصدر منه فعل يؤدي إلى ذلك فالشرط باطل والرهن ماض<sup>(7)</sup>.

وقد عالج الفقهاء المسلمون كذلك موضوع بقاء محل الرهن في حيازة الدائن المرتهن بعد انتهاء سبب بقاءه ، سواء بوفاء محل الالتزام، أو إبراء الدائن المرتهن له، أو قبوله بإحالة الدين على المحال عليه، وتعرضه بعد ذلك للتلف أو الهلاك، وحتى أبين حكم الهلاك أو التلف في هذه الحالة لا بد من التفريق بين صورتين<sup>(8)</sup>:

1- يوسف بيان : دور الحيازة في الرهن الحيازي ، المرجع السابق، ص.944

2- الكاساني : بدائع الصنائع : المصدر السابق، ج 6، ص. 160

3- مالك بن أنس الأصبجي: المدونة الكبرى برواية سحنون التنوخي عن عبد الرحمان القاسم، دار الفكر العربي، بيروت، ج 2، ص. 150

4- ابن قدامة: المغني ، المصدر السابق ، ج4، ص. 286

5- الصاوي : بلغة السالك، المصدر السابق ، ج 2 ، ص. 233

6- الدسوقي: حاشية الدسوقي ، المصدر السابق، ج 4 ، ص 411

7- الصاوي : بلغة السالك : المصدر نفسه، ص. 234

8- يوسف بيان: دور الحيازة في الرهن الحيازي، المرجع السابق ، ص. 946

**الصورة الأولى :** أن يطلب الراهن من الدائن المرتهن استعادة محل الرهن فيمتنع الدائن المرتهن عن الرد دون أن يحول بينه وبين الرد حائل أو عارض يمنع من الرد، ففي هذه الصورة يضمن الدائن المرتهن هلاك أو تلف محل الرهن لأنه يعتبر كالمقبض (1).

**الصورة الثانية :** أن يسكت الراهن ولا يطالب برد محل الرهن أو يدعو الدائن المرتهن إلى أخذ محل الرهن ، أو يحضره له ولكن الراهن يطلب من الدائن المرتهن إمساك محل الرهن في يده، أو يمتنع الدائن المرتهن عن رد محل الرهن بسبب مانع يحول بينه وبين الرد، في هذه الحالة لا يكون محل الرهن مضمونا على الدائن المرتهن، بل يهلك أو يتلف من مال الراهن لأنه يصبح كالوديعة لا تضمن إلا بالتعدي أو التفريط (2) بعد عرض مضمون التزام الراهن بضمان هلاك محل الرهن أو تلفه في الفقه الإسلامي. أبحث سنده وماهيته وجزء الإخلال به في القانون المدني الجزائري، حيث يجد التزام الراهن بضمان هلاك محل الرهن أو تلفه كلياً أو جزئياً أساسه في نص المادة 954 ق.م.ج التي تقابل المادة 1102 مدني مصري والمادة 1036 مدني كويتي.

وتقضي المادة 954 ق.م.ج بأن: ( يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً أو ناشئاً عن قوة قاهرة، ويسري على الرهن الحيازي أحكام المادتين 899 و 900 المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهناً رسمياً أو تلفه، وبإنتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق ) (3).

وقد جاء في النصين المحال إليهما :

المادة 899: ( إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه، كان للدائن المرتهن الخيار بين أن يطلب تأميناً كافياً أو أن يسئ في حقه فوراً ، وإذا نشأ الهلاك أو التلف عن سبب لا ينسب إلى الدائن ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين، فللمدين الخيار بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل .

وفي جميع الأحوال إذا كان من شأن الأعمال الواقعة أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو جعله غير كافٍ للضمان كان للدائن المرتهن أن يطلب من القاضي وقف هذه الأعمال والأمر باقتناء الوسائل التي تمنع وقوع الضرر ) (4).

وتنص المادة 900 ق.م.ج: ( إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان، إنتقل الرهن بهرته إلى الحق الذي يترتب على ذلك من مبلغ التعويض عن الضرر أو مبلغ التأمين أو الثمن المقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة ) (5).

1- الدسوقي : حشاية الدسوقي ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 419.

2- ابن قدامة: المغني ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 261.

3-4-5 - الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

باستقراء الأساس القانوني لالتزام الراهن بضمان هلاك محل الرهن أو تلفه ألاحظ بأن هذا الالتزام ليس التزاما مستقلا يلتزم به الراهن ابتداء<sup>(1)</sup> كالتزامات الراهن السابقة بل هو نتيجة طبيعية ومنطقية لالتزامه بضمان سلامة محل الرهن<sup>(2)</sup>، فما دامت هذه السلامة تتعرض لخطر يتجاوز إنقاص قيمة محل الرهن أو الإضرار به إلى حد هلاكه أو تلفه كلياً أو جزئياً أو تعييبه تعييباً فاحشاً، فإننا نكون أمام التزام الراهن بضمان هلاك أو تلف الشيء المرهون<sup>(3)</sup>.

وطبقاً لنص المادتين 899 و 900 ق.م.ج المحال عليهما يمكننا حصر مصادر الأفعال التي تفضي إلى هلاك الرهن أو تلفه في وقوعها بفعل الراهن أو بفعل الدائن المرتهن أو بسبب أجنبي لا دخل ليد أي منهما فيه كما لو حصل بفعل الغير أو بقوة قاهرة. فإذا وقع الفعل نتيجة خطأ الراهن، أو إهمال له هو أو أحد تابعيه<sup>(4)</sup>، فإننا نكون أمام التزامه بضمان سلامة محل الرهن نتيجة لمسؤوليته عن الخطأ الذي بدر منه<sup>(5)</sup> أو من ممن هو مسؤول عنه.

وإذا وقع الفعل بسبب القوة القاهرة لا يد لأحد فيه، فإن الراهن أيضاً هو الذي يتحمل نتيجة هذا الفعل، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في تحمل التبعية والتي تقضي بأن يتحمل مالك الشيء تبعاً ما يتعرض له للهلاك أو التلف<sup>(6)</sup> وبما يرتبه هذا الهلاك أو التلف من سقوط للأجل.

وأما إذا وقع الفعل من المرتهن ذاته أو من أحد تابعيه أو نتيجة تقصيره في إسباغ الحماية اللازمة على محل الرهن مما تتعدّد معه المسؤولية التقصيرية بضمان ما تلف بسببه ومن ثم انتقال الضمان وحق الرهن إلى هذا التعويض<sup>(7)</sup> وهذا مثل من أمثلة الحلول العيني<sup>(8)</sup> كما أن انتقال حق الرهن من محل الرهن إلى ما حل محله حلاً عينياً يتحقق أيضاً فيما لو حصل الفعل بسبب أجنبي أو بفعل الغير، ولكن يترتب عليه استحقاق الراهن تعويضاً عن الهلاك أو التلف نتيجة المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير<sup>(9)</sup>، بمن فيهم الدائن المرتهن، أو استحقاق له مبلغ تأمين إذا ما كان محل الرهن مؤمناً عليه لدى شركة تأمين ضد السبب الذي أفضى إلى الهلاك أو التلف<sup>(10)</sup>.

1- منصور مصطفى منصور : التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 216.  
2- عبد الجواد السرميني، وعبد السلام الترماني: الحقوق العينية، مطبعة الشرق، حلب، 1965، ص 56.  
3- يوسف بجان : دور الحيازة في الرهن الحيازي، المرجع السابق، ص 924.  
4- المادة 136 ق.م.ج: (يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تادية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها، وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع)  
5- منصور مصطفى منصور: التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 77.  
6- منصور مصطفى منصور : المرجع نفسه، ص 78.  
7- عبد الناصر توفيق العطار: التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 216.  
8- السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج 10، ص 814.  
9- منصور مصطفى منصور : المرجع نفسه، ص 79.  
10- السنهوري : المرجع نفسه، ج 10، ص 815.

أو استحق له مبلغ من المال مقابل نزع ملكية محل الرهن للمنفعة العامة<sup>(1)</sup> ، أو نتيجة تعويض مقدم من الدولة إذا ما حصل الهلاك أو التلف أو التعيب الفاحش بسبب كوارث طبيعية كالزلازل أو الفيضان فتعوض الدولة المنكوبين بسبب هذه الكوارث على سبيل المساعدة<sup>(2)</sup>.

وكذلك يعتبر حلولا عينيا إنتقال حق الرهن من محل الرهن إلى الثمن الذي رسا به المزاد إذا ما بيع محل الرهن في المزاد العلني<sup>(3)</sup> .  
وفي جميع الأحوال اعطى المشرع المدني للمرتهن أن يلجأ للقضاء طلب وقف الأعمال الجديدة .

بعد عرض ماهية هذا الالتزام أعالج في الفقرة الموالية جزاء الإخلال بضمان هلاك المرهون أو تلفه أو تعيبه تعيبا فاحشا.

فإذا ما تحقق الهلاك أو التلف الكلي أو الجزئي لمحل الرهن أو تعيبه التعيب الفاحش ، وجب تحديد من يتحمل مسؤولية هذا الهلاك أو التلف أو التعيب .  
لقد رأينا أنفا أن الفعل المفضي إلى الهلاك أو التلف أو التعيب الفاحش يصدر إما من الراهن وإما من المرتهن، وإما من الغير، وإما بفعل قوة قاهرة، فإذا ما كان الهلاك أو التلف أو التعيب نتيجة خطأ الراهن وهذا أبرز صور التعرض المادي<sup>(4)</sup> فإن المشرع المدني رعاية منه لضمان حق الدائن المرتهن أباح له الخيار بين :

طلب فسخ الرهن وسقوط الأجل، باقتضاء محل الالتزام فورا<sup>(5)</sup> والبداهة تقتضي أن للمرتهن إمهال الراهن حتى حلول أجل الوفاء ويبقى محل الالتزام بدون رهن يضمن الوفاء به<sup>(6)</sup>.

— أو أن يطلب التنفيذ بمقابل، سواء كان ذلك بطلب تأمين كاف يحل محل الرهن الذي هلك أو تلف، وقد يحل محل المال المرهون مال مساو له، وهو متصور فيما لو كان مؤمنا عليه حتى ضد أعمال المؤمن له نفسه<sup>(7)</sup> فيحل هذا المال محل المرهون تطبيقا لقاعدة الحلول العيني، أو يطلب تعويضا عاجلا لما نقص من محل الرهن، إذا ما كان الهلاك أو التلف جزئيا أو كان التعيب الفاحش لم يبلغ حد الجسامة المفضية إلى اعتبار محل الرهن غير ذي نفع مطلقا، ويخصم التعويض المالي من أصل محل الالتزام المضمون وفوائده<sup>(8)</sup> .

1- منصور مصطفى منصور :التأمينات العينية ، المرجع السابق ، ص 80 ، وقد أطلق على نزع ملكية محل الرهن للمنفعة العامة الهلاك القانوني.  
2- السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج 10، ص 814.  
3- محمد كامل مرسي :التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 133.  
4- أنور العمروسي : الحقوق العينية التبعية في القانون المدني، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 313.  
5- السنهوري :المرجع نفسه ، ج 10، ص 815 .  
6- منصور مصطفى منصور : المرجع نفسه، ص 81.  
7- عبد الناصر توفيق العطار :التأمينات العينية، المرجع السابق ، ص 93.  
8- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 7 ، ص 54.

أما إذا كان الهلاك أو التلف أو التعيب الفاحش بفعل القوة القاهرة فإن الرهن يفسخ بقوة القانون ، ولأن الراهن لم يأت بما أخل بالتزامه، وإن كان يتحمل تبعه محل الرهن أي يهلك عليه تبعا لقاعدة ( الهلاك على المالك )<sup>(2)</sup> فإنه لا يكون مسؤولا عن مآل محل الرهن كانهدام المبنى أو احتراق السيارة أو نقص قيمة المحل بسبب أزمة اقتصادية، وهذا رعاية من المشرع لجانب الراهن الذي لم يصدر عنه ما أدى إلى ما آل إليه الرهن<sup>(2)</sup> فإما أن يقبل الدائن المرتهن بقاء محل الالتزام بدون تأمين أو بتأمين ناقص وغير كاف وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في أحكام الرهن الرسمي بالمواد 899-900 ق.م.ج.

أما إذا كان الهلاك أو التلف أو التعيب الفاحش بفعل الدائن المرتهن فتقوم مسؤوليته في التعويض طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، وتحصل المقاصة بين التعويض المستحق ومحل الالتزام ، وما بقي من التعويض فالراهن أحق به<sup>(3)</sup> .  
ومن هنا يتبين لنا أن الفقه الإسلامي يلقي بتبعة هلاك الشيء المرهون على من صدر منه فعل التعدي المؤدي إلى الهلاك.

## الفرع الخامس

### الموازنة

- القبض هو شرط لزوم عند الملكية وشرط تمام عند الحنفية والشافعية والحنابلة.
- يتفق الفقه المالكي مع القانون المدني الجزائري في أن القبض أو التسليم هو مجرد التزام يقع على عاتق الراهن بمجرد انعقاد العقد، فهو شرط لزوم عند الملكية ويختلف الأمر عند الجمهور لأنهم يعتبرون الرهن قبل القبض يكون غير لازم أي أنه شرط تمام.
- يتم التسليم في الفقه الإسلامي بالتخلية في العقار وتمكين المرتهن من وضع اليد، وفي المنقول بالمناولة باليد أو بالنقل أو بالكيل أو العد أو الوزن وقد يتم حكما حال وجود المرهون في يد المرتهن لسبب آخر غير الرهن ، أما في القانون المدني الجزائري فيتم التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المرهون وبما يمكن المرتهن من حيازته دون حائل فقد يكون ماديا أو رمزيا أو حكما.
- ويتميز القانون المدني الجزائري عن الفقه الإسلامي في أن القانون يعتبر التسليم في العقار بالقيود، وفي بعض المنقولات كرهن السيارات بقيود في سند ملكيتها لدى المصالح المختصة، وبمثل حيازة السند المثبت للدين.
- يتفق الفقه الإسلامي مع القانون المدني الجزائري في أن التسليم يشمل الشيء المرهون وملحقاته.

1- سليمان مرقس :التأمينات العينية، المرجع السابق، ص. 423.

2- السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج 10، ص. 805.

3- يوسف بيان : دور الحيازة في الرهن الحيازي، المرجع السابق ، ص 939.

- يتفق الفقه المالكي مع القانون المدني في جبر المدين الراهن على تنفيذ الالتزام وفي طلب الفسخ إذا تعذر التنفيذ العيني ، ويتميز رأي الجمهور عن الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري في عدم إجبار المدين قضاء على التنفيذ لأنهم يعتبرون الرهن غير لازم قبل القبض .
- يتفق الفقه الإسلامي مع القانون المدني الجزائري على التزام المدين الراهن بضمان نفاذ الرهن بمنعه إتيان كل ما من شأنه أن يحول دون سريان الرهن في مواجهة الغير ويرتبان على إخلال الراهن بهذا الالتزام بطلان التصرف ومنح الدائن المرتهن وسائل تمكنه من درء الضرر الذي قد يلحق به .
- يوافق القانون المدني الجزائري الفقه الإسلامي في التزام المدين الراهن بضمان سلامة محل الرهن ومنعه من التعرض له بأي سلوك يحول دون تمكن الدائن المرتهن من ممارسة حقوقه المستمدة من الرهن ويؤسسان هذا الالتزام على القاعدة القائلة : ( الضامن يمتنع عليه القيام بالتعرض ) ، كما يتفق الفقه الإسلامي مع القانون المدني الجزائري على التزام الراهن بما يلزم من نفقة لمؤنة محل الرهن وحفظه .
- يتفق الفقه الإسلامي مع القانون المدني الجزائري في أن المدين الراهن يلتزم بضمان هلاك محل الرهن أو تلفه، إلا إذا تسبب الدائن المرتهن في هلاكه بسبب تعدد منه أو تقريط أو تقصير في إسباغ الحماية اللازمة له ، وبذلك يلقي الفقه والقانون بتبعة الهلاك على من صدر منه فعل التعدي المؤدي إلى الهلاك، كما يتفق الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري في تطبيق قاعدة الحلول العيني وإعمال المقاصة .

#### المطلب الثاني

### حقوق الراهن في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

إن أهم ما يميز الرهن الحيازي عن غيره من الحقوق العينية التبعية هو انتقال الشيء المرهون من المدين أو الكفيل العيني إلى المرتهن، والشيء المرهون يضعه الراهن تأميناً لالتزاماته إما بصفته مالكا وإما بصفته حائزا ، وهاتان الصفتان للمدين تنشئ حقوقا وسلطات تختلف بحسب ما إذا كان مالكا أو حائزا .

## الفرع الأول

### حقوق الراهن باعتباره مالكا

تنشأ للراهن باعتباره مالكا لمحل الرهن رغم انتقال الشيء المرهون فعلا أو حكما إلى الدائن المرتهن أو العدل حقوق هي في الواقع من الأمر لا تنشأ له بقدر ما هي استمرار

لما كانت عليه قبل نقل حيازة المرهون، وعدم تأثرها بهذا الانتقال، ويمكن إجمال هذه الحقوق في :

- (I) - حقه في ممارسة سلطات المالك .
  - (II) - حقه في استرداد محل الرهن أو نقل حيازته من الدائن المرتهن إلى حارس قضائي.
  - (III) - حقه في عدم سقوط ملكيته لمحل الرهن بالتقادم (1) .
- وأحاول التعرض لهذه الحقوق مجتمعة بالشرح في كل من الفقه الإسلامي والقانوني المدني الجزائري.

### البند الأول : حق الراهن باعتباره مالكا في ممارسة سلطات المالك :

ففي الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء المسلمين لا يميزون في المعاملة بين العقار والمنقول، ربما يعود ذلك لعدم تصديهم لنظام التسجيل والقيّد، وإن كانوا لا ينكرونه ما دامت الغاية واحدة هي حسم النزاع وإحقاق الحقوق ولهذا لا نجد ضرورة في التمييز في هذا المجال بين المنقول والعقار وإنما تجب الإشارة إلى أن حرية الراهن في ممارسة سلطاته تصرفا واستعمالا واستغلالا ، تختلف باختلاف زمن ممارسته لها، فهي قبل التسليم ونقل الشيء المرهون غيرها بعد، كما أن الأحكام المترتبة عليها ليست واحدة في الطرفين الزمانيين، فضلا عن اختلاف هذه الحرية، وآثارها تبعا لمناهج الفقهاء المسلمين في تكييف واقعة التسليم من حيث كونها ركنا في الرهن أم هي شرط تمام.

#### أ - قبل تسليم الرهن :

يكاد الفقه الإسلامي بكافة مذاهبه أن يجمع على أن تصرف الراهن بما يزيل ملكه على محل الرهن يبطل الرهن (2) ، فحق الراهن في إجراء التصرفات قبل تسليم محل الرهن باطل بدون منازع، أما التصرفات التي لا تزيل الملك كالإجارة ونحوها ، فقد وقف الفقه الإسلامي بشأنها موقفين:

فهناك من الفقهاء من اعتبر صدورهما من الراهن رجوعا في الرهن (3) وهذا هو موقف الجمهور الأعظم، وذهب فريق آخر إلى عدم اعتبارها رجوعا، وعلى أي الحالين فليس هناك من حظر عليه في إجراء هذه التصرفات.

#### ب - بعد تسليم الرهن :

لبيان حق الراهن في ممارسته لما يتمتع به كمالك لمحل الرهن بعد تسليمه المحل للدائن المرتهن أو العدل أتعرض لبيان حقوق المالك ومدى حقه في كل منها.

1- السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج 10، ص 438.  
2- رستم باز اللبناني: شرح المجلة، المادة 706 من مجلة الأحكام العدلية، المرجع السابق، ص 385.  
3- ابن قدامة: المغني، المصدر السابق، ج 6، ص 438.

فحقه في استعمال محل الرهن يقصد به استعمال المالك الراهن لمحل الرهن نفسه كسكن الدار، والراهن وهو يمارس حقه هذا، فهو إما أن يكون ممارساً له برضا الدائن المرتهن وبإذنه أو بدون إذنه.

وفي الحالة الأولى لم أعثر فيما بين يدي من مراجع ، على خلاف بين الفقهاء المسلمين في حق الراهن في استعمال محل الرهن بإذن الدائن المرتهن، إذا أجاز له التصرف وهو تصرف صحيح ونافذ، وبذلك يبطل الرهن، لأن الحق للمرتهن، وقد أذن فيما ينافي حقه فيبطل بفعله (1).

أما الحالة الثانية وهي حالة تصرف الراهن في الشيء المرهون بغير إذن الدائن المرتهن والخلاف في ذلك.

فإذا تصرف الراهن في الشيء المرهون ببيع أو هبة أو صدقة أو غير ذلك من التصرفات التي تبطل حق المرتهن في الوثيقة لدين فقد وقف الفقهاء المسلمون ثلاث مواقف متباينة:

الأول : لا يجوز للراهن التصرف في الرهن بالبيع أو الهبة أو غير ذلك من التصرفات إلا بإذن المرتهن، فإذا تصرف بغير إذنه فتصرفه باطل لأنه تصرف يبطل حق المرتهن في الوثيقة، وهذا موقف الشافعية والحنابلة (4) مستدلين على ذلك بالسنة والمعقول.

أما السنة، فدليلهم عدة أحاديث منها قوله **↑ ﴿ لا ضرر ولا ضرار ﴾** (2) وقد دل عموم الحديث على تحريم الضرار على أي صفة كان، وفي تصرف الراهن إذا تصرف في الشيء المرهون بإحدى التصرفات التي تزيل ملك الراهن عن المرهون فيكون تصرفه باطلاً.

الثاني : ذهب إلى تصرف الراهن في الرهن بغير إذن المرتهن ينفذ، ذهب إلى ذلك الظاهرية وأبو يوسف من الحنفية مستدلين على ذلك بالقياس، حيث أنهم قاسوا تصرف الراهن بالبيع والهبة على تصرفه بالإعتاق بجامع أن كلا منهما يزيل الملك وكلا منهما ملكه، وبذلك ينفذ تصرفه ويبطل الرهن، لأن الرهن مال الراهن بغير خلاف (3).

الثالث: يرى أن تصرف الراهن في الشيء المرهون بغير إذن المرتهن بالبيع ونحوه، يتوقف نفاذه على إجازة المرتهن، إن أجاز نفذ وإلا رد أو فسخ، وقد قال بذلك جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية ومن وافقهم (4)، ودليلهم في ذلك القياس والمعقول.

1 البرشومي : احكام الرهن والشفعة في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق، ص 77.

2- الكاساني: بدائع الصنائع، المصدر السابق ، ج 6، ص 147.

3- الموسوعة الحديثية: مسند الإمام بن حنبل، 164- 5241، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد، ط 1، مؤسسة الرسالة ، بيروت، 1995، ج 5، ص 55، وفي سنن الداقتني، ج 3، ص 441، كتاب البيوع.

4 - الكاساني : بدائع الصنائع ، المصدر السابق، جزء 6، ص 146.



أما القياس فإنهم قاسوا تصرف الراهن في المرهون بغير إذن المرتهن ووقفه على إجازة المرتهن على الوصية فيما زاد على الثلث، وذلك لتعلق حق الورثة بهذا القدر الزائد، فإن أجاز المرتهن تم العقد لزوال المانع بإسقاط حقه راضيا.

وأما المعقول فإن التصرف في الرهن بغير إذن المرتهن إبطالا لحق المرتهن من غير رضاه لتعلق حقه بحبسه، فيتوقف إبطاله على رضاه، أو زوال حقه فإذا أجاز فقد رضي بزوال حقه في الحبس وإذا قضى دينه فقد زال حقه في الحبس، وهذا هو الرأي الراجح لما فيه من مراعاة لمصلحة الطرفين.

#### أما في القانون المدني الجزائري:

وانطلاقا من قاعدة: ( أن للراهن التصرف في المال المرهون رهنا حيازيا بشرط عدم الإضرار بالدائن المرتهن )<sup>(1)</sup> فإن سلطة الراهن في التصرف لا تسلب منه في الرهن الحيازي وإن كان يسلب منه سلطتي الاستعمال والاستغلال ، فهاتان السلطتان يختص بهما الدائن المرتهن، ومن ثم فلا مانع قانونيا يحرم الراهن من أن يتصرف في المرهون تصرفا قانونيا سواء كان ناقلا للملكية أو منشئا لحق عيني تبقي آخر مثل الرهن الرسمي إذا كان المرهون عقارا، فكل هذه التصرفات تقع صحيحة ولكنها لا تنفذ في مواجهة الدائن المرتهن، ومن تطبيقات الراهن في التصرف في الشيء المرهون تصرفا لا يضر بالدائن المرتهن .

ما نصت عليه المادة 972 ق.م.ج بخصوص رهن المنقول بالنص على أنه :

( يجوز للراهن إذا عرضت فرصة لبيع الشيء المرهون، وكان البيع صفقة مبرمجة، أن يطلب من القاضي الترخيص في بيع هذا الشيء ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين، ويتخذ القاضي عند الترخيص شروط البيع، ويفصل في أمر إيداع الثمن... )<sup>(2)</sup> وهذا النص قد يبدو غريبا لأنه يتطلب ترخيص القاضي ببيع المنقول بالرغم من أن القاعدة العامة تقضي بأن سلطة التصرف تظل للراهن فهو مالك المرهون، غير أن هذه الغرابة تزول<sup>(3)</sup> إذا علمنا أن التصرف الذي يضر بالمرتهن لا يكون نافذا في مواجهته، ويحق له أن يتجاهله، ويمتنع عن تسليم الشيء المرهون إلى المشتري، ولهذا فمتى أقر القاضي طلب الراهن يكون بما قرره قد سلب المرتهن حقوقه التي يستمدّها من الرهن، ولكن هذا السلب لا يؤدي إلى الإضرار به، ما دام حقه ينتقل إلى الثمن الذي يودع في خزانة المحكمة إلا إذا اتفق الراهن والمرتهن على تصفية الدين بالتراضي بينهما.

وفي مقابل التزام الراهن بضمان سلامة الرهن ونفاذه فإن التصرفات المادية التي قد يأتيها المدين الراهن بصفته المالك غير جائزة ولا نافذة، متى كانت تمس بسلامة الشيء المرهون كمبدأ عام، أما إن كانت لا تمس بسلامة المرهون فللراهن أن يأتي من التصرفات المادية ما يتفق وطبيعة الشيء المرهون، وإذا اعترض الدائن على تصرفات الراهن الغير

1- الدسوقي : حاشية الدسوقي ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 402.

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

3- السيد عبد نايل: أحكام الضمان العيني والشخصي ، المرجع السابق ، ص 261.

مضرة بسلامة الشيء المرهون فيرجع الأمر للقضاء لما له من سلطة الفصل فيما إذا كان من شأن ما يبغى الراهن القيام به يمس بسلامة الشيء المرهون أم لا (1) ؟.

**البند الثاني : حق الراهن في استرداد محل الرهن أو نقل حيازته من الدائن المرتهن قبل وفاء محل الالتزام**

من حق الراهن إذا ما كان هناك مقتضى أن يسترد محل الرهن من الدائن المرتهن أو العدل أو أن يغير اليد التي تباشر الحيازة عليه إلى يد أخرى وحتى نلم بهذا الحق لا بد من تبيان السند الشرعي والقانوني الذي يمد الراهن بهذا الحق.

**السند الشرعي في الفقه الاسلامي :**

إن الراهن وهو يمارس حقه في استعادة محل الرهن أو نقل حيازته من الدائن المرتهن أو العدل إلى عدل آخر يجد سنده في عبارات الفقهاء المسلمين عند بحثهم التزامات طرفي عقد الرهن.

ولا ريب في أن استرداد محل الرهن من يد الدائن المرتهن أو من يد العدل غير سائغ لما في ذلك من إبطال لحق الدائن المرتهن في الوثيقة، إنما يسوغ للراهن أن يستبدل محل الرهن بغيره، إذا ما كان البديل مكافئاً أوفى من المبدل منه وهذا ما صرح به الحنفية (2).

كما أجاز الحنفية وضع محل الرهن في يد الراهن بعد قبضه من قبل الدائن المرتهن أو العدل إذا ما اتفق المرتهنان (3) ، باعتبار أن القبض صحيح بخروج المرهون من يد الراهن.

ولما كان محل الرهن إما أن يكون تحت يد الدائن المرتهن، أو تحت يد العدل ، فإن كان تحت يد الدائن المرتهن فإن الفقهاء المسلمين أباحوا للراهن أن يطلب نقل حيازته من يد المرتهن إلى عدل تحت يده ولو قسراً على الدائن المرتهن في الأحوال التالية :

1- **موت الدائن المرتهن** : وقد وقع خلاف بشأن بقاء المرهون في يد ورثة الدائن المرتهن، فمنهم من قال بعدم تأثر بقاء محل الرهن في يد ورثة المرتهن بعد وفاته (4) ومنهم من ذهب إلى القول إلى ضرورة اتفاق الراهن مع الورثة على عدل يرتضيانه، أو يطلب الراهن من الحاكم أن يعين عدلاً يوضع محل الرهن تحت يده (5) .

2- **اختلال المرتهن** : كما لو جن أو أصابه عته أو نحو ذلك، فللراهن نقل حيازة المرهون إلى عدل يحفظه، وذلك برفع الأمر إلى الحاكم (6)، ويقصد به القاضي في الوقت الحالي.

1- نبيل ابراهيم سعد: التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص. 276.

2- علي حيدر : درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، المصدر السابق، المجلد 2، الكتاب 5، ص. 92.

3- ابن قدامة :المغني ، المصدر السابق، ج 3 ، ص. 133.

4- المادة 738 من مجلة الاحكام العدلية.

5- مالك ابن أنس الأصبحي : المدونة الكبرى ، المصدر السابق، المجلد 4 ، ص 153، 157.

6- ابن قدامة المقدسي :المغني على مختصر الخرقى ، منشورات محمد علي بيوض، ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 209، ج 4 ، ص 386.

- 3- **تغير حاله كأن يفلس<sup>(1)</sup>** : أو تتعدم الثقة فيه بفعل ارتكابه جناية أو لسوء حال في دينه فإن للراهن أن يطلب رفع محل الرهن من يده ووضعه في يد عدل ولو جبرا.
- 4- **تعيده على محل الرهن**: كما لو الحق به ضررا أو فرط في حفظه وحمايته فيسوغ للراهن أن يطلب وضع المرهون في يد عدل<sup>(2)</sup>.
- أما إذا كان محل الرهن تحت يد عدل آخر، فيكون للراهن حق نقل حيازة المرهون إلى يد عدل آخر في الأحوال التالية:
- **موت العدل** : إن موت العدل يقتضي نقل حيازة المرهون إلى عدل آخر باتفاق المرتهنين، وإن تعذر الاتفاق فللراهن أن يطلب من الحاكم وضعه عند عدل يراه<sup>(3)</sup>.
- **تغير حاله**: كفسقه أو حدوث عداوة بينه وبين أحد المرتهنين أو كليهما أو نحو ذلك، فقد سوغ الفقهاء المسلمون للراهن أن يطلب رفع اليد عن المرهون ونقله إلى عدل آخر باتفاق الطرفين وفي حال عدم اتفاقهما يرفع الأمر إلى الحاكم<sup>(4)</sup> - القاضي -.

### السند القانوني:

- إن السند القانوني للراهن في ممارسة حقه في استرداد محل الرهن أو نقل حيازته من الدائن المرتهن قبل الوفاء بالالتزام نجده في نص المادة 958 ف 2 من القانون المدني الجزائري والتي تنص: (... فإن أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء إدارة سيئة أو إرتكب في ذلك إهمالا جسيما، كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يستردّه مقابل دفع ما عليه)<sup>(5)</sup>.
- ويتبين من النص القانوني أنه أعطى للراهن مكنة من نقل حيازة محل الرهن من يد الدائن المرتهن أو العدل إلى حيازة الحارس، أو في استرداد محل الرهن إلى حيازته هو، وذلك بتوافر الشروط التالية:
- 1- عندما يسيء الدائن المرتهن في استعمال محل الرهن كأن يعرضه للتلف والهلاك، أو يعزف عن استثماره.
  - 2- إذا أدار الشيء إدارة لا تتفق وطبيعته.
  - 3- أهمل الشيء المرهون إهمالا جسيما متعمدا الفعل وعالما بما قد يفضي إليه إهماله.
- فإذا ما توافرت هذه الشروط حق للراهن استعمال وممارسة الحق الممنوح له بمقتضى نص المادة 958 المشار إليها، وهو في ذلك مخير بين طلب وضع الشيء المرهون تحت

1 - الحسيني العاملي : مفتاح الكرامة ، المصدر السابق ، ج 5 ، ص 163.

2 - ابن قدامة : المغني ، المصدر السابق ، ص 386.

3 - ابن قدامة : المعني المصدر نفسه ، ص 386.

4- الحسيني العاملي : مفتاح الكرامة ، المصدر نفسه ، ج 5 ، ص 163.

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

الحراسة والمقصود هو الحراسة الاتفاقية أو الحراسة القضائية المنصوص عليها بالمواد 602 وما بعدها من القانون المدني الجزائري.

أو ينقل حيازة الشيء إليه مقابل التعجيل بدفع ما عليه من ديون للدائن المرتهن.

### البند الثالث : حق الراهن بإعتباره مالكا في عدم سقوط ملكيته بالتقادم

إن صفة الدائن المرتهن أو العدل وهما يضعان أيديهما على محل الرهن عبارة عن حائزين عرضيين ، أي أن أيا منهما مجرد محرز<sup>(1)</sup> لافتقار حيازته للعنصر المعنوي فهو لا يحوز بنية التملك وإنما بنية الحصول على الحق العيني التبعية لضمان وفاء محل الالتزام، ولبيان السند الشرعي والقانوني لهذا الحق أشير إلى أن الفقه الإسلامي لا يقر نظام التقادم سواء المسقط للحقوق أو المنشيء لها، فهو لا يقر سوى نظام عدم سماع الدعوى بسبب مرور الزمان - أي عدم العمل بمقتضاها - وذلك قطعاً لدابر المنازعة وسداً لأبواب المخاصمات .

ويجد الفقهاء المسلمون مرجعيتهم في عدم اقرار نظام التقادم بنوعه " المسقط والمنشيء" في ما روي عن الرسول ﷺ أنه قال ﴿ لا يطل حق امرئ مسلم وإن قدم ﴾<sup>(2)</sup>.

أما في القانون المدني فإن عدم سقوط الملكية بالتقادم مبرر بحق الراهن في الاحتفاظ بملكيته وبما جاء في المادة 903 ق.م.ج التي تقضي بأنه: ( يكون باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يمتلك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أياً كان)<sup>(3)</sup> فهذه المادة تبقي صراحة ملكية الشيء المرهون للراهن وتمنع كسب محل الرهن بالتقادم ما دام واطئ اليد عليه دائناً مرتتهناً أو عدلاً. والخلاصة أن الراهن لا يفقد صفته كمالك لمحل الرهن ولا تسقط عليه هذه الصفة بالتقادم ما دام واطئ اليد دائناً مرتتهناً، إلا إذا تغير سند الحيازة وسببها<sup>(4)</sup>.

## الفرع الثاني

### حقوق الراهن باعتباره حائزاً في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

إن الراهن وهو يضع يده على مال من الأموال فإنه إما أن يكون مالكا أو بنية التملك، ولقد نظمت المدونات المدنية ومنها القانون المدني الجزائري نظام الحيازة من حيث الأموال القابلة للحيازة ومدة الحيازة وشروطها، وعلى ذلك إذا وضع شخصاً يده على مال

1- عبد الفتاح عبد الباقي : الوسيط في التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 274.

2- الخطاب : ( أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالخطاب ) ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ط 2، دار الفكر ، بيروت، 1987، مجلد 6، ص 228 ، ذكره من غير إسناد.

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

4- منصور مصطفى منصور : التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 219.

معين بنية التملك ولم يملكه بعد وتصرف فيه بالرهن إلى دائئه، فإن انتقال حيازة الشيء إلى الدائن المرتهن هي حيازة عرضية ولفائدة الراهن لأن فترة وجود الشيء تحت يد المرتهن هي امتداد للفترة السابقة على الرهن<sup>(1)</sup> باعتبار أن الدائن المرتهن أو العدل يحوزان نيابة عن الراهن ويجد هذا المبدأ أساسه في نص المادة 810 ق.م.ج التي تقضي: (تصح الحيازة بالوساطة منى كان الوسيط يباشرها بإسرها الحائز وكان منضالاً به).<sup>(2)</sup> وكذلك المادة 816 التي تقول:

( لا تزول الحيازة إذا حال مانع وقتي دون مباشرة الحائز للسيطرة الفعلية على الحق .. )<sup>(3)</sup> ، وكذلك ما جاء بالمادة 831 ف 1 بأنه: ( ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده، على أنه لا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذي تقوم عليه وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا بأن الإقرار بصحة الرهن الحيازي لا تجزئ النمك بالحيازة)<sup>(4)</sup>. واضح من النصوص أعلاه ومما ذهب إليه قضاء المحكمة العليا أنه يمنع كسب محل الرهن بالتقادم، طالما أن واضع اليد كان الدائن المرتهن ، بما يفيد أن ملكية محل الرهن لا تسقط عن المالك أو الحائز بالتقادم<sup>(5)</sup> .

وتبعاً لهذا الحق فإنه ليس للدائن المرتهن أو العدل امتلاك محل الرهن ما دام مرهوناً ومهما طال احتفاظ أي منهما به وما دام سند حيازة أي منهما لم يتغير<sup>(6)</sup> ما بقي أي منهما حائزاً عرضياً ملتزماً برد محل الرهن إلى الراهن إذا ما أوفى محل الالتزام المضمون، سواء أقام بالوفاء من ذمته المالية، أم في غلة محل الرهن إذا ما كان يغل ريعاً، أم مما يحل محل المرهون حلولا عينياً بأي سبب كان، بيع أو تعويض عن إتلاف أو عن حوادث مؤمن عليها أو عن الاستيلاء للمنفعة العامة .. وما إلى ذلك.

## الفرع الثالث

### الموازنة

- يتميز الفقه الإسلامي بعدم تفرقة بين العقار والمنقول في المعاملة الرهنية، ويتفرد القانون المدني الجزائري في أخذه بنظام التسجيل والقيود الذي لم يتصد له الفقه الإسلامي وإن كان لا ينكره.
- يختلف الفقه الإسلامي عن القانون المدني الجزائري في بطلان الرهن بكل فعل قد يزيل ملك الراهن على محل الرهن ويعتبر التصرفات التي لا تزيل الملك رجوعاً في الرهن إذا

1- عبد الفتاح عبد الباقي: الوسيط في التأمينات العينية ، المرجع السابق، ص 274.  
2- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.  
3- المصدر نفسه.  
4- المصدر نفسه.  
5- جميل الشرفاوي : دروس في التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق ، ص 344.

صدرت من الراهن، في حين لا يضع القانون مانعا يحضر على الراهن التصرف في الشيء المرهون بنقل الملكية أو إنشاء حق عيني تبعي آخر كرهن ثان وثالث على نفس العين.

- يتميز الفقه الإسلامي عن القانون المدني بعدم إقراره لنظام التقادم بصفة عامة ولا يحبذ العمل به إلا في مجال سماع الدعوى، بينما يأخذ القانون المدني الجزائري على غرار القوانين المدنية الحديثة لمختلف المجتمعات بتقادم الحقوق بصفة عامة مع موافقته لما قرره الفقه الإسلامي بشأن التقادم في مجال الرهن .

## المبحث الثاني

### التزامات وحقوق الدائن المرتهن في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

قد سبق التعرف على أن من خصائص عقد الرهن الحيازي أنه عقد ملزم للجانبين . ولا جرم أنه في مجال العقود الملزمة للجانبين يكون في الغالب الأعم كل حق لجانب هو بمثابة التزام على الجانب الآخر، وعلى ذلك تكون التزامات الراهن هي حقوق للمرتهن، وحقوق الأول هي التزامات على عاتق الثاني، ولمزيد من الشرح أتناول التزامات الدائن المرتهن في مطلب أول وأعقد مطلبا ثانيا لحقوقه.

#### المطلب الأول

### التزامات الدائن المرتهن في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

إن خاصية عقد الرهن الحيازي كعقد ملزم للجانبين وما يستلزمه من نقل للحيازة يرتب على عاتق الدائن المرتهن التزامات هي أوسع ما تكون من باقي الحقوق العينية التبعية وليبان هذه الالتزامات أفضل التمييز بين الالتزامات المتعلقة بمحل الرهن أو الالتزامات الإيجابية والالتزامات التي تترتب بفعل وجود محل الرهن في حيازة الدائن المرتهن أو الالتزامات السلبية.

## الفرع الأول

### الالتزامات الإيجابية

وهي التي تتعلق بذات محل الرهن ويمكن حصرها في التزامات الدائن المرتهن لإدارة المال المرهون واستثماره وحفظ محل الرهن وصيانته، ورد المرهون.

#### البند الأول الالتزام بإدارة المال المرهون واستثماره

للقوف على الأساس الذي يقوم عليه التزام الدائن المرتهن بإدارة محل الرهن واستثماره لا بد من تناول ذلك في الفقه الإسلامي ثم في القانون المدني الجزائري.

**ففي الفقه الإسلامي:** يتطلب التعرف على الأساس الشرعي لإدارة واستثمار محل الرهن ضرورة عرض آراء وإتجاهات الفقهاء المسلمين من جواز وعدم جواز إستغلال

الدائن المرتهن لمحل الرهن، وباستقراء المذاهب الفقهية الإسلامية يمكن حصر ثلاث اتجاهات في هذا الخصوص:

**الاتجاه الأول :** وهو يقضي بحرمان كل من الراهن والمرتهن من استعمال أو استغلال محل الرهن أو الانتفاع به، ففي ظل هذا الإتجاه لا مسؤولية مطلقا<sup>(1)</sup> على الدائن المرتهن باستثمار الشيء المرهون سواء كان ذلك بمقتضى ترخيص من الراهن أو دون ترخيص منه، وذلك على أساس أن كل ما للدائن المرتهن هو حبس محل الرهن مع الحفاظ عليه، وهذا اتجاه الفقه الحنفي، وليس هذا فقط بل قالوا إذا أجر المرتهن المرهون بإذن الراهن أو أجره الراهن بإذن المرتهن فقد خرج من الرهن<sup>(2)</sup>، ولا يعود، كما ذهب أصحاب هذا الرأي إلى حرمان العدل من الانتفاع بالمرهون أو استثماره لقصور دوره على الإمساك فقط دون الانتفاع أو التصرف، غير أن هذا المنحى لا يبرر بأي الأحوال تعطيل الانتفاع بمحل الرهن أو استثماره استثمارا عقليا لما قد يسبب هذا الأمر في حجب الأموال المرهونة من المساهمة في دفع عجلة التنمية الاقتصادية ، وقبل ذلك فهو يناقض حديث الرسول ﷺ بعدم إضاعة المال وتعطيل الانتفاع به، ولا جرم أن عدم استثمار المال هو تبيد وإضاعة بلا منازع<sup>(3)</sup>.

**الاتجاه الثاني :** يرى حرمان المرتهن من استثمار المال المرهون أو الانتفاع به ابتداء، إلا أنه ليس هناك ما يمنع في حال الاتفاق في عقد الرهن على التزام المرتهن بذلك، أو بمقتضى إذن لاحق من المدين الراهن، وموافقة الدائن المرتهن، وهذا ما ذهب إليه الفقه الحنبلي<sup>(4)</sup> والإمامي<sup>(5)</sup> وجانب من الفقه المالكي<sup>(6)</sup>.

وسند هذا الإتجاه فيما ذهب إليه هو أن عدم جواز استثمار المال المرهون يعتبر تعطيلاً للمال عن تميمته وهو ما نهى عنه الشرع الإسلامي لحديث الرسول ﷺ للذي يخدع في البيع ﴿ إذا بايعت فقل لا خلافة ﴾<sup>(7)</sup>.

**الاتجاه الثالث :** يرى وجوب استثمار الشيء المرهون من الدائن المرتهن حتى وإن لم يكن ثمة إذن له أو اتفاق في صلب العقد<sup>(8)</sup> وهذا هو رأي الجانب الآخر من الفقه المالكي<sup>(9)</sup> وسندهم في هذا هو حديث الرسول ﷺ الظهيريرك بنفقته إذا كان مرهونا، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا وعلى الذي يركب ويشرب النفقة<sup>(10)</sup>.

1- عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: التزام المرتهن بحفظ الشيء المرهون واستثماره في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 64.  
2- الجصاص: أحكام القرآن، طبعة دار الكتاب العربي، بيروت، ج 1، ص 531، حيث يقول (إذا أجر المرتهن بإذن الراهن، أو أجر الراهن بإذن المرتهن فقد خرج الرهن ولا يعود).  
3- يوسف بيان: دور الحيازة في الرهن الحيازي، المرجع السابق، ص 483.  
4- ابن قدامة: المغني، المصدر السابق، ج 4، ص 393.  
5- الحسيني العاملي: مفتاح الكرامة، المصدر السابق، ج 5، ص 115.  
6- الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، ج 3، ص 242.  
7- البخاري: صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع، حديث رقم 2011، ج 2، ص 754.  
8- وهذا ما ذهب إليه الفقه الفرنسي بخصوص استثمار محل الرهن، إذا ما كان منقولاً مادياً / انظر السنهوري، في الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج 10، ص 817.  
9- ابن قدامة: المغني، المصدر السابق، ج 3، ص 383.  
10- صحيح البخاري: كتاب الرهن 4، باب الرهن مركوب ومطلوب، ج 2، ص 888 / وانظر أيضا القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط 3، دار الكتب المصرية، 1967، ج 3، ص 411.

ويبدو أن الاتجاه الثالث هو الأقرب إلى الواقع بدلالة إجماع الفقهاء المسلمين على ملكية المدين الراهن، للعين المرهونة وثمارها سواء كانت مدنية كأجرة العقار أو كانت ثمار طبيعية، فبديهي أن تلك الثمار كانت نتيجة لمجهود وسعي مبذول من الدائن المرتهن، وبالتالي فهو المستثمر لذلك الشيء المرهون.

ولا خلاف عند من أجاز استثمار المال المرهون أو أوجبه في كيفية استثمار هذه الأموال التي تختلف باختلاف طبيعتها، فالأراضي الزراعية تستثمر بزراعتها أو تأجيرها والديار بسكناها بأجر والحيوان بركوبه أو الحمل عليه .

وقد رأى جانب من الفقه إلى أن الدائن المرتهن إذا انتفع بالرهن استخداما واستغلالا أو سكنى أو ركوبا وما إلى ذلك حسب ثمن دينه بقدر ذلك الانتفاع أو استنزل قصاصا منه<sup>(1)</sup>.

أما إذا كان الرهن ديناً فإنه لا يمكن تصور استثماره إلا بقبض فوائده، وباعتبار الديون لا تأتي إلا بفوائد ربوية وهو ما لا يجوز شرعا لحرمة إجماع الفقهاء المسلمين كافة سلفا وخلفا.

وقد وقف الفقه الإسلامي بخصوص انتفاع الدائن المرتهن بالشيء المرهون بمقابل أو بدون مقابل موقفين أساسهما وجود الترخيص بالانتفاع من عدمه، فمتى رخص الراهن للمرتهن بالانتفاع بالشيء المرهون بمقابل فلا شك في أن في هذا تحقيق لمصالح طرفي عقد الرهن تحاشيا لمنع تعطيل محل الرهن من الاستفادة ويستوي في ذلك أن يكون محل الرهن مما يحتاج إلى مؤنة أو لا يحتاج وهذا ما صرح به فقهاء المالكية<sup>(2)</sup> دونما اعتبار لسبب نشوء الرهن، سواء كان ناشئا عن قرض أو بيع ونحوه ما دام الانتفاع قد حصل بعوض فالمنتفع في هذه الفرضية ينتفع بالإجارة لا بالقرض<sup>(3)</sup>.

أما إذا كان الانتفاع بدون مقابل فيتعين التعرف على سبب نشوء حق الرهن فإن كان منشؤه لقرض فيحظر الانتفاع به لافضائه إلى الربا، مصداقا لقوله **﴿ كل قرض جر نفعا فهو ربا ﴾**<sup>(4)</sup> وفي هذا يقول المالكية **﴿ وفي القرض سلف جر نفعا وهو لا يجوز ﴾**<sup>(5)</sup>

أما إن كان منشأ الرهن بيعا أو إجارة فيجوز الانتفاع به لانقضاء شبهة الربا. غير أن الأمر يختلف حال عدم ترخيص الراهن للمرتهن بالانتفاع بمحل الرهن، فإن انتفع به احتسب بدل المنفعة من أصل الدين، والمقصود ببطل المنفعة صافي ما يحصل عليه المرتهن بعد استنزال ما يكون قد أنفقه المرتهن في تحصيله.

1- الحسيني العاملي : مفتاح الكرامة ، المصدر السابق، ص 181 ، وما بعدها.

2 - الصاوي: بلغة السالك ، المصدر السابق ، ج 2 ص. 117

3 - ابن قدامة : المغني ، المصدر السابق، ج 4 ، ص 431.

4- الشوكاني : نيل الأوطار ، ج 5 ، ص 336، 337 ، والذي ورد به الفاظ هذا الحديث وسنده ورواته، / وأنظر تلخيص الجبير في أحاديث الرافعي الكبير، ابن حجر، كتاب البيوع، باب القرض، ج 3، ص 80، حديث رقم 235، (2).

5- الدسوقي : حاشية الدسوقي ، المصدر السابق ، ج 3، ص 243.



ومع أن نصوص الفقه الإسلامي الموجب لاستثمار الشيء المرهون من قبل الدائن المرتهن لم تفصح صراحة عن درجة العناية اللازم بذلها لتحقيق هذا الاستثمار، إلا أنه يمكن القول بقياس ذلك على درجة العناية اللازم بذلها بصدد حفظ الشيء المرهون (1).

أما جزاء الاخلال بالاستثمار فقد سبق القول بأن الفقه الإسلامي المميز لاستثمار محل الرهن لا يعتبر ذلك التزاما ولهذا لم يرتب على عدم استثماره أي جزاء، ولكن بعض فقهاء المالكية أوردوا قولاً يوحى باحتمال ضمان المرتهن، بما يفوت من غلة، قصر المرتهن في تحقيقها للراهن، كما لو ترك إجازة محل الرهن فتسبب في حرمان الراهن من الحصول على الأجرة التي يتولى قبضها (2).

أما في القانون المدني الجزائري : إن التزام الدائن المرتهن بإدارة واستثمار المال المرهون هو أثر طبيعي والتزام منطقي (3) لواقعة انتقال حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن، لكي لا يضار الراهن بحرمانه من الفوائد التي كان يجنيها من المرهون لو بقي في يده (4)

ولهذا نصت المادة 956 ق.م.ج على أنه: ( ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل وعليه أن يستثمره استثماراً كاملاً ما لم ينتق على غير ذلك، وما حصل عليه الدائن من صافي الربح وما استفاد من استعمال الشيء، تخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله، على أن يكون الخصم أو لا من قيمة ما أنفقه في المحافظة والإصلاحات على الشيء ثم من المصاريف من أصل الدين .. ) (5) ونصت المادة 958 بأن: ( يتولى الدائن المرتهن ..... ) (6)

يستفاد من هذين النصين أن الدائن المرتهن يلتزم باستثمار وإدارة الشيء المرهون الذي يوجد في حيازته ، وهو ليس حق فحسب بل هو واجب تفرضه طبيعة الشيء وما أعد له (7) ، وتبعاً لذلك يتوجب على الدائن المرتهن القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء وغلته فإن تعلق الأمر بالأرض يزرعها أو يؤجرها للغير .

وإن تعلق بسكن فله أن يسكنه وله أن يؤجره وإن كان المال المرهون ديناً للراهن على الغير، فعلى الدائن المرتهن أن يحافظ على أصل الدين كأن يقوم بالاجراءات القاطعة للتقادم المسقط الساري ضده، أو تجديد العقد إن تعلق الأمر بدين مضمون برهن رسمي أو حق اختصاص .

والتزام الدائن باستثمار الشيء المرهون التزام ببذل عناية الرجل المعتاد، فيقوم بالأعمال التي يقوم بها الرجل المعتاد في استثماره في أمواله ويمتنع عن الأعمال التي يمتنع عليها الرجل المعتاد .

1- عبد السميع عبد الوهاب : التزام الدائن المرتهن بحفظ الشيء المرهون، وإستثماره، المرجع السابق، ص 70.

2- الدسوقي : حاشية الدسوقي ، المصدر السابق ، ج 10، ص 243.

3- سمير عبد السيد تناغو : التأمينات العينية، المرجع السابق ، ص 250.

4- حسين عبد اللطيف : التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 250.

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

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

7- نعمان خليل جمعة : الحقوق العينية التبعية، المرجع السابق، ص 179.

وقد أجاز القانون للدائن المرتهن أن يتحصل على منفعة الشيء المرهون لنفسه كان يسكن الدار بنفسه على أن يكون ذلك بمقابل، وإلا كان ما حصل عليه من منفعة فائدة ربوية، ولذا لزم تقدير قيمة المنفعة التي عادت على الدائن المرتهن<sup>(1)</sup> وتكون هذه القيمة ديناً على المرتهن للراهن فتخصم من الدين المضمون بالرهن، وهذا الحكم يتعلق بالنظام العام<sup>(2)</sup> فيقع باطلاً كل اتفاق يرمي إلى حصول منفعة الشيء المرهون دون مقابل، خلافاً للالتزام الأصلي المتعلق باستثمار الشيء المرهون والذي لا يتعلق بالنظام العام لجواز الاتفاق على إعفاء المدين من هذا الالتزام، كما أن طبيعة بعض الأشياء قد تستلزم إعفاء الدائن من استثمارها كالأشياء التي يحتاج استثمارها إلى خبرة فنية معينة لا تتوفر لدى الدائن المرتهن<sup>(3)</sup>.

وما يخوله الرهن الحيازي للدائن المرتهن من سلطة استثمار المال المرهون لا يعني أن يكون الربح الناتج من هذا الاستثمار من حقه، فالشيء المرهون يظل مملوكاً للراهن، وبالتبعية يكون الربح الناتج من الاستثمار حقا خالصا للراهن باعتباره ثمرة ملكه، ولذا وجب على المرتهن أن يقدم حساباً للراهن يبين فيه ما أنفقه وما حصل عليه من ثمار وصافي الربح الناتج عن ذلك<sup>(4)</sup> على أن يحتفظ بهذا الربح ويخصمه من الدين المستحق له قبل الراهن والذي تقرر الرهن ضماناً له<sup>(5)</sup>.

كما يستفاد من النص أن المرتهن إنما يحصل على ما يدره المال المرهون من مزايا وفوائد بمقابل، ولذا فهو ملزم بخصم ما يستحقه في مواجهة الراهن بإجراء مقاصة بين الثمار والدين وفقاً لترتيب محدد قانوناً، إذ يبدأ أولاً بالمصروفات التي أنفقتها في المحافظة على الشيء المرهون وصيانته وإصلاحاته، كأن يقوم بترميم المنزل أو بإيصال مياه السقي للأرض الزراعية فله أن يستوفي هذه النفقات من ثمار المال المرهون، ويعتبر أيضاً من نفقات المحافظة على المال المرهون، تلك التي ينفقتها المرتهن لقطع التقادم المسقط للحق، أو تجديد القيد<sup>(6)</sup> ثم ينتقل إلى إجراء المقاصة بين ثمار المال المرهون، والمصاريف المتعلقة بعقد الرهن وقيده ومقتضيات تنفيذه، وثالثاً يتم الخصم من أصل الدين وفي جميع الأحوال يتم الخصم حتى ولو لم يحل أجل الدين، وفي هذا المجال يجب تطبيق القواعد الخاصة بالوفاء المعجل قبل حلول الأجل<sup>(7)</sup>.

وأشير أخيراً إلى الجدل الذي أثير في الفقه القانوني حول الصفة التي يقوم بموجبها الدائن المرتهن باستثمار المال المرهون وما إذا كان يقوم بهذا الاستثمار بوصفه نائباً عن الراهن أم بوصفه أصيلاً عن نفسه؟

1 - عبد الفتاح عبد الباقي: الوسيط في التأمينات العينية، المرجع السابق، ص. 595.

2- نبيل إبراهيم سعد: التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص. 232.

3- محمد لبيب شنب: دروس في التأمينات العينية، المرجع السابق، ص. 101.

4- يدخل في هذا الربح قيمة المنفعة التي عادت على الدائن المرتهن متى استعمل الشيء المرهون بنفسه ولنفسه (الباحث).

5- علي المحجوب وفائز الكندري: التأمينات العينية في القانون الكويتي، المرجع السابق، ص. 327.

6- السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج 10، ص. 812.

7- د/ نعمان جمعة خليل: الحقوق العينية التبعية، المرجع السابق، ص. 182.

لقد ذهب بعض الشراح إلى أن المرتهن في استثمار المال المرهون يكون نائباً عن الراهن فمنهم من يرى أن مصدر هذه النيابة هو الاتفاق والذي هو عبارة عن وكالة ضمنية تستنتج من تسليم الراهن المال المرهون إلى الدائن المرتهن للقيام بإدارته واستثماره<sup>(1)</sup> ومنهم من رأى أنها نيابة قانونية تقررت بنص القانون لأنه من العسير اعتبارها وكالة لصعوبة القول بأن إرادة الراهن كان اتجاهها توكيل الدائن المرتهن<sup>(2)</sup>.

وذهب البعض الآخر إلى أن الدائن المرتهن يقوم باستثمار الشيء المرهون بوصفه أصيلاً عن نفسه بمقتضى سلطة يخولها له الحق العيني التبعية الذي له على الشيء المرهون<sup>(3)</sup> ويستندون في ذلك إلى أن نية الراهن قلما تتجه إلى توكيل المرتهن عنه في الإدارة والاستثمار.

ولأن نص المادة 967 ق.م.ج يجيز لمرتهن العقار أن يؤجره للراهن نفسه فكيف يكون الراهن والموكل مؤجراً ومستأجراً في نفس الوقت، وينتهي أصحاب هذا الرأي إلى أن مركز الدائن المرتهن في استثماره للمال المرهون يمكن تقريبه من مركز المنتفع كلاهما يستثمر المال بمقتضى ما له من حق عيني عليه.

ويظهر الفارق بين هذين الرأيين من الناحية العملية في مدى الاحتجاج على الراهن بالإيجار الذي عقده الدائن المرتهن، إذا ما انقضى الرهن قبل انقضاء مدة الإيجار، فالقائلون بأن الدائن المرتهن هو نائب عن الراهن يطبقون عليه حكم المادة 468 ق.م.ج التي لا تجيز لمن يقتصر حقه على أعمال الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات، وهو ما يعني أن الإيجار الذي عقده المرتهن لأقل من ثلاث سنوات يسري في حق الراهن لكامل مدته لو انقضى الرهن قبل انقضاء مدة الإيجار.

أما القائلون بأن المرتهن يعتبر أصيلاً عن نفسه في استثمار المال المرهون فهم يرون أن إيجاره للمال المرهون يأخذ حكم الإيجار الصادر من صاحب حق الانتفاع فيخضع لنص المادة 469 ق.م.ج التي تقضي بانتهاء الإيجار الصادر من المنتفع بانقضاء الانتفاع بقوة القانون، وقياساً على هذا النص فإن الإيجار الذي يعقده المرتهن ينقضي بانقضاء الرهن أيًا كانت مدته.

1 - شفيق شحاته : النظرية العامة للتأمين العيني، المرجع السابق ، المطبعة العالمية، القاهرة، 1952، ص 139.

2- سليمان مرقس :التأمينات العينية، المرجع السابق ، ص 453.

3- نعمان خليل جمعة : الحقوق العينية التبعية المرجع السابق، ص 182 /انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 7 ، ص 219 ، والتي جاء فيها ( والحق أن أخذ الغلة وخصمها على النحو المتقدم هو عنصر من عناصر حق الرهن، فالدائن المرتهن يستولي على الغلة أصيلاً عن نفسه لا نائباً عن الراهن).

والملاحظ أن الأحكام الحديثة لمحكمة النقض المصرية لم تأخذ بأي من الرأيين السابقين وجرى قضاؤها على القول: ( للدائن المرهن منى انقلت إليه حيازة الأرض المرهونة أن يستغلها لحساب الرهن الاستغلال المعتاد على الوجه الذي تصلح له، إما بزراعتها أو بناجيرها إلى من يقوم بذلك، فإذا أجرها إلى الغير كان صاحب صفة في هذا الناجير، وبالتالي فإن عقد الإيجار الصادر منه لا ينقضي بانقضاء الرهن بل يند تلقائياً في مواجهة الرهن . . ولا يجوز للرهن أن يطلب إخلاء تلك الأرض إلا إذا أخل المستأجر بالتزام جوهري يقضي به القانون أو العقد، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وجرى في قضائه على أن عقد الإيجار الصادر من الدائن المرهن ينهي بانقضاء الرهن ولا يند في مواجهة المرهن فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون. )<sup>(1)</sup>.

من كل ما تقدم أخلص إلى رجاحة الرأي القائل أن المرتهن يعتبر أصيلاً عن نفسه فيما يقوم به من أعمال في سبيل إدارة المال المرهون واستثماره إلا أنني مع ذلك أؤيد تطبيق المادة 468 على ما يعقده الدائن المرتهن من إيجارات، لأنها لا تستوجب أن يكون من عقد الإيجار نائباً وإنما تنص على أنه: ( لا يجوز لمن لا يملك الإحق القيام بأعمال الإدارة . ) والدائن المرتهن يملك هذا الحق طبقاً لنص المادة 967 ق.م.ج ولا يملك أكثر من ذلك<sup>(2)</sup>.

ويترتب على كل ما سبق أنه إذا أساء الدائن المرتهن استعمال حق الإدارة والاستثمار أو إداره إدارة سيئة أو ارتكب في ذلك إهمالاً جسيماً فإن القانون منح للرهن الخيار بين أمرين:

**الأول:** أن يطلب من القضاء وضع الشيء تحت الحراسة ليتولى الحارس الذي يعينه القاضي إدارة الشيء واستثماره .

**الثاني:** أن يطلب استرداد الشيء مقابل دفع ما عليه من دين سواء حل الأجل أم لم يحل.

### البند الثاني: التزام الدائن المرتهن أو العدل بحفظ محل الرهن وصيانته

للقوف على الأساس الشرعي لالتزام الدائن المرتهن بحفظ وصيانة محل الرهن أرجع إلى موقف الفقهاء المسلمين الذين اعتبروا المرتهن ملزماً بواجب حفظ محل الرهن وصيانته وهم الحنفية والشيعة الإمامية والإباضية وفقهاء المالكية فيما يحتاج إلى الإصلاح<sup>(3)</sup> فقط، والذين وجدوا سندهم فيما ذهبوا إليه في حديث الرسول ﷺ **الظهر يركب**

بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً وعلى الذي يركب ويشرب النفقة<sup>(4)</sup>

1- نقض 9-11-1994، أنور العمروسي، الحقوق العينية التبعية في القانون المدني، المرجع السابق، ص 505.  
2- منصور مصطفى منصور: التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 234 / وانظر في هذا المعنى شمس الدين الوكيل، في الموجز في نظرية التأمينات، المرجع السابق، ص 526، ونبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 238.  
3- الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، ج3، ص 151.  
4- البخاري: صحيح البخاري، 53 كتاب الرهن، باب الرهن مركوب ومحلوب، ج2، ص 888.

وقد قننت مجلة الأحكام العدلية هذا الاتجاه في المادة 722 التي جاء فيها : (على المرهن أن تحفظ الرهن) <sup>(1)</sup> ويستوي في ذلك أن يكون محل الرهن عقارا أو منقولا .

والسؤال الذي يطرح نفسه هو ما طبيعة هذه الالتزامات ؟

لم يتردد الفقهاء المسلمون الذين اعتبروا حفظ محل الرهن وصيانته التزاما على الدائن المرتهن بتقدير أنه التزام بنتيجة وهم فقهاء الحنفية <sup>(2)</sup> والإباضية <sup>(3)</sup> في محل الرهن مهما كان نوعه ولكن بالقدر الذي تكون فيه قيمة محل الرهن مساوية للحق المضمون أو أقل منه وفي ذلك يقولون ( وهو مضمون بأقل من قيمته ومن الدين فلو هلك وقيمته مثل الدين صامر مستوفيا دينه) <sup>(4)</sup> وسندهم

قوله ↑ ﴿ إذا هلك الرهن هلك الدين ﴾ <sup>(5)</sup> ولا يخرج الإباضية عن مسلك الحنفية بهذا الخصوص <sup>(6)</sup> أما المالكية فقد فرقوا بين محل الرهن الذي يكون التزامه بتحقيق نتيجة بحسب طبيعته، فجعلوا التزام المرتهن إلتزاما بنتيجة، كرهن الثياب والحلي والكتب <sup>(7)</sup> وقد روي عن الإمام مالك قوله: ( أن ما يغاب عليه من الرهن مضمون على كل حال قامت بينة على تلفه أمر لم تقم ) <sup>(7)</sup>.

أما ما لا يغاب عليه من الأموال كالحيوان والسفينة الواقعة في المرسى فالتزامه بالمحافظة عليها التزام بوسيلة، فيضمن المرتهن إذا تلف محل الرهن <sup>(9)</sup> .

وأما درجة العناية فإن الفقهاء المسلمين أجمعوا على أعمال المعيار الشخصي المتمثل في ضرورة أن يبذل الدائن المرتهن أو العدل في حفظ وصيانة محل الرهن ما يبذله من عناية في حفظ أمواله الخاصة به، وأختم بإبراز جزاء الإخلال بواجب الحفظ والصيانة والذي وقف منه الفقه الإسلامي موقفين:

**(الوقف الأول) :** وهو ما ذهب إليه كل من الحنفية والإباضية وفيما يغاب عليه عند المالكية من أن محل الرهن مضمون على المرتهن، ثم تباينوا بعد ذلك في بيان حدود هذا الضمان، فذهب فريق منهم إلى أنه مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين أي أن محل الرهن إذا ما تلف أو هلك بجائحة <sup>(10)</sup> أو بما لا بد للمرتهن فيه فإن المضمون منه هو أقل القيمتين، قيمة محل الرهن أو الدين الذي يضمنه في حين ذهب فريق ثاني من الفقهاء إلى أن محل الرهن مضمون بقيمته مهما بلغت وهو رأي المالكية فيما يغاب عليه كأن يكون محل الرهن حليا أو نحوها <sup>(11)</sup>.

1- سليم رستم باز اللبناني: شرح المجلة، ط3، مصححة ومنقحة، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1986، ص 397.

2- ابن نجيم : البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ( فير رفوح الحنفية ) ، ط1، دار الكتاب العربي، بيروت، 1994، ج8، ص 265.

3- محمد بن يوسف أطفيش: شرح كتاب النيل وشفاء العليل، المصدر السابق، ج 11، ص 222.

4- نظام: الفتاوي الهندية، دار صادر ، بيروت، 1991، ج 5، ص 440.

5- الكاساني : بدائع الصنائع ، المصدر السابق، ورد ذكر هذا الحديث في ج 6 ، ص 151، ولم أعثر على تخريج له في كتب الأحاديث.

6- محمد يوسف أطفيش: شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، المصدر نفسه ، ص 174.

7- الحطاب : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، المصدر السابق، المجلد الخامس ، ص 7.

8- ابن قدامة المقدسي : كتاب الكافي ، طبعة المكتب الإسلامي، دمشق، 1974 ، القسم 2، ص 817 .

9- ابن قدامة المقدسي : المصدر نفسه ، صفحة 818.

10- يوسف بيان يوسف : دور الحيازة في الرهن الحيازي، المرجع السابق، ص 653.

11- مالك بن انس الأصبحي : المدونة الكبرى ، المصدر السابق، ج 4 ، ص 182.

**الدوق الثاني** : هو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة والمالكية فيما لا يغاب عليه، وقالوا بأن الرهن مضمون من رهنه بالمنقول والمعقول، فأما المنقول فحديث الرسول ﷺ **↑ لا يخلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه**<sup>(1)</sup> فقوله لا يخلق الرهن أي لا يستحقه المرتهن، وما روي عن علي كرم الله وجهه (ترادان الفضل فإن أصابته جائحة برىء) أي المرتهن<sup>(2)</sup>.

كما ذكروا في المنقول روايتين عن صحابة رسول الله ﷺ **↑ حيث نقل عطاء قوله : ( الرهن وثيقة ، فإن هلك فليس على المرتهن غرم ، ويأخذ الدين الذي له كله )** كما نقل عن الزهري قوله : ( إذا هلك الرهن لم يذهب حق هذا ، إن ما هلك من رب المال )<sup>(3)</sup>.

كما قالوا أن الإجماع منعقد على أن الرهن من ضمان الراهن وليس على المرتهن شيء إن لم يفرط أو يتعمد<sup>(4)</sup>.

وأما المعقول فلأن محل الرهن وثيقة بدين المرتهن وليس بعوض منه فلم يسقط الدين بهلاكه، ولأن الراهن قد رضي أمانة المرتهن فهو كالمودع عنده<sup>(5)</sup>.

### وأما التزام المرتهن محل الرهن وصيافته في القانون المدني الجزائري

من المعلوم أن مشرع التقنين المدني قد خول الدائن المرتهن في الرهن الحيازي الحق في حبس الشيء المرهون سواء كان ذلك المرهون عقارا أو كان منقولا حيث نصت المادة 948 ق.م.ج على أن عقد الرهن يخول المرتهن 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 .

وهذا هو الأساس الذي استتبع وجوب التزام المرتهن بحفظ الشيء المرهون حتى يمكن رده على مالكه الراهن بالحالة التي تسلمها عليه الدائن المرتهن، وهكذا نصت المادة

955 ق.م.ج على ما يلي : ( إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعنود وهو مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب لا يدل له فيه )<sup>(6)</sup>.

1- الحاكم النيسابوري : المستدرک علی الصحیحین، کتاب البیوع، ج 2 ، ص 64، رقم الحديث. 2370.  
2- ابن حزم الأندلسي : المحلى ، المصدر السابق، ج 8، ص 99.  
3- ابن حزم الأندلسي : المحلى ، المصدر نفسه ، ج 8، ص 97.  
4- الحسيني العاملي: مفتاح الكرامة ، المصدر السابق، ج 5، ص 979.  
5- ابن رشد القرطبي : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، المصدر السابق، ج 2 ، ص 275.  
6- الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

ويستفاد من مضمون النص القانوني ضرورة قيام الدائن المرتهن بجميع الأعمال اللازمة لبقاء محل الرهن بالحالة التي تسلمه عليها فضلا عن التزامه بالحيلولة دون كل ما يتسبب في هلاكه أو تلفه أو نقص قيمته حتى ولو أدى ذلك الى بذله عناية أكثر من تلك التي يبذلها بشأن أمواله الخاصة<sup>(1)</sup>، عندما يكون مهملا أو متساهلا إزاء ما يجب لحفظها<sup>(2)</sup>، كما يدخل في مضمون الالتزام عدم تصرف الدائن المرتهن في محل الرهن ببيع أو هبة أو رهن أو أي عمل آخر من أعمال التصرف<sup>(3)</sup>، كما يندرج ضمن مفهوم هذا الالتزام ضرورة إخطار الراهن بكل ما يهدد سلامة الشيء المرهون من مخاطر قد تؤدي إلى هلاكه أو تلفه أو نقص في قيمته أو تعييبه تعييبا فاحشا .

فإذا كان الشيء المرهون ديننا ينبغي على الدائن المرتهن القيام بالإجراءات المفضية إلى قطع تقادمه، وإن كان ممثلا في ورقة تجارية يسعى إلى المطالبة بالوفاء بها عند الاستحقاق وعمل البرتستو عند عدم الاستحقاق<sup>(4)</sup>، وإذا تطلب أمر المحافظة على الشيء الاستعانة بكفاءات فنية غير متوفرة في الدائن المرتهن فعليه أن يبادر إلى ذلك. ولا ريب في أن الالتزام بحفظ المرهون يختلف باختلاف طبيعة الشيء فما هو واجب في حفظ العقار وصيانته قد يختلف عما إذا كان المرهون منقولا .

ومعيار تحقق الالتزام بحفظ الشيء المرهون هو التزام الشخص المعتاد، وفي معرض تفسير الطبيعة القانونية للالتزام بحفظ الشيء المرهون ظهر خلاف فقهي مبناه يتمثل في أن النص القانوني تضمن ما يفيد أن الالتزام هو التزام عناية كما تضمن في نهايته ما يفهم منه أنه التزام بتحقيق نتيجة فبرز بذلك اتجاهان<sup>(5)</sup>:

**الاتجاه الأول :** يرى أن التزام الدائن المرتهن بالحفظ هو من قبيل الالتزام بتحقيق نتيجة استنادا إلى :

1- ظهر ختام نص المادة 955 يفيد تحمل الدائن المرتهن لتبعية هلاك الشيء المرهون كليا أو جزئيا فضلا عن مسؤوليته عن تلفه إلا إذا أثبت أن ذلك حدث بسبب أجنبي لا يد له فيه، فمتى كان نفي المسؤولية مرتبطا بإثبات السبب الأجنبي فمؤدى ذلك أن الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة.

1- عبد السميع عبد الوهاب : التزام المرتهن بحفظ الشيء المرهون، المرجع السابق ، ص.12.  
2- محمد لبيب شنب : دروس في التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 154.-151.  
3- عبد الفتاح عبد الباقي : الوسيط في التأمينات العينية ، المرجع السابق، ص. 275.  
4- السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج 10، ص. 809.  
5- عبد السميع عبد الوهاب ، المرجع نفسه، ص 16.

2- إن عناية الرجل المعتاد لا تكفي وحدها لاعتبار واجب الحفظ من قبيل الالتزام ببذل عناية، فهي ليست الفيصل في التفرقة بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية ، وإنما يجب أن يضاف إلى معيار آخر هو مدى قدرة المدين على تحقيق تلك النتيجة.

وما من شك في أن المشرع قد ألزم الدائن المرتهن ببذل عناية خاصة تؤدي إلى تحقيق نتيجة معينة وهي سلامة الشيء المرهون من الهلاك أو التلف، وهذا من شأنه أن يسهم بالقول بأن التزام الدائن المرتهن هو التزام بتحقيق نتيجة ، ولا تدرأ عليه المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي فيما لحق المرهون من مضرة (1).

**الاتجاه الثاني :** يرى أن التزام الدائن المرتهن لا يعدو أن يكون التزاما ببذل عناية وفي هذا الصدد ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن صدر النص قد أفصح بوضوح عن أن التزام الدائن المرتهن هو التزام ببذل عناية ولا يجوز الاستناد في هذا المجال إلى ما نص عليه عجز النص لأنه إذا ما تمعنا في ألفاظه نجده ينصب على التزام آخر من التزامات الدائن المرتهن ، والالتزام برد الشيء المرهون عند انقضاء الرهن، ولا شك أن الالتزام بالرد هو التزام بتحقيق نتيجة (2) ومن ثم فإن نص المادة 955 يكون قد تضمن التزامين أولهما الالتزام بواجب الحفظ للشيء المرهون طبقا لعناية الرجل المعتاد وثانيهما التزامه برد المرهون عند انقضاء الرهن وهو التزام بتحقيق نتيجة، ومن ثم فإنه لا تعارض بين صدر هذا النص وعجزه؛ إذ تكفل صدره ببيان طبيعة الالتزام وتكفل عجزه بالنص على كيفية إثبات الوفاء بهذا الالتزام (3).

ومهما كانت العلة فإن الاتجاه الثاني هو الأقرب إلى الصواب لقوة ما استند إليه فضلا على أنه يتوافق وما تواترت عليه أحكام قضاء النقض المصري، حيث قضت محكمة النقض بخصوص حفظ الشيء المحبوس وهو في حفظ وصيانة الشيء المرهون أنه: ( وإن كان القانون المدني القديم لم يورد نصا عن واجبات الحابس من العناية ما يبذله في حفظ وصيانة الشيء المحبوس تحت يده إلا أنه يجب على الحابس أن يبذل في حفظه من العناية ما يبذله الرجل المعتاد، ويكون مسؤولا عن هلاكه أو تلفه إلا إذا كان ذلك بسبب قهري قياسا على القاعدة المقررة في رهن الحيازة... لاتحاد العلة في الحالين وهو ما صرح له القانون الجديد في المادة 2/247 في التزام الحابس بالمحافظة على الشيء المحبوس تحت يده وفقا لأحكام رهن الحيازة المقررة في المادة 1103 والتي تقضي بالالتزام المرهون بأن يبذل في حفظ وصيانة الشيء المرهون ما يبذله الرجل المعتاد وأنه مسؤول عن هلاكه أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يدل فيه (4)

1- شمس الدين الوكيل : نظرية التامينات في القانون المدني، المرجع السابق، ص 513

2- عبد الفتاح عبد الباقي : الوسيط في التامينات العينية ، المرجع السابق، ص 277.

3- جميل الشرفاوي : التامينات الشخصية والعينية في ق.م.م، المرجع السابق ، ص 349

4- نقض مدني في 18-12-1955 مجموعة المكتب الفني س 6 م 212 / ص 1545، ان المادة 247 ف/2 مدني مصري تقابل المادة 201 ف/2 مدني جزائري والمادة 1103 م تقابل المادة 955. م ج.



وختاماً يتبين لنا مما تقدم اتفاق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في الأساس الذي يقوم عليه التزام الدائن المرتهن بحفظ الشيء المرهون متى كان محبوساً لصالح هذا الدائن فضلاً عن كونه بمنزلة الوديعة في يده مما ينبغي إلزامه بحفظه على النحو الذي أفصحت عنه نصوص الفقه الإسلامي والقانون المدني، كما يتفق الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري حول مضمون هذا الالتزام ، ومع أن جمهور الفقه الإسلامي يرى أن معيار تحقق هذا الالتزام ينحو نحو الطابع الشخصي وهذا ما يتفق مع بعض الاتجاهات في فقه القانون المدني، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع دون القول باعتبار هذا الالتزام من صنف الالتزامات التي يلزم تحقيقها من خلال معيار موضوعي سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون المدني.

### البند الثالث: التزام الدائن المرتهن أو العدل برد المرهون

من المعلوم أن الرهن يضمن ديناً آجلاً، في ذمة الراهن ووثيقة هذا الدين تتمثل في نقل حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن بحبسه وإيلائه الرعاية والحفظ لحين الوفاء بالدين المضمون بالرهن خلال أجل الدين أو عند حلول الأجل، وبقيام الراهن بالوفاء ينقضي الدين الأصلي المضمون وبالتبعية ينقضي الرهن، وقد ينقضي الرهن بطريق آخر غير الوفاء المباشر كإبراء المرتهن للراهن أو قبوله حوالة الراهن للدين، أو تنازله عن الرهن وفي كل هذا يقع على عاتق المرتهن واجب رد المرهون إلى الراهن لأنه ملكه وماله<sup>(1)</sup> وقد زال سبب حبسه، ولم يعد ثمة مبرر لاستبقاء يد المرتهن على المرهون ويفتضي بحث التزام الدائن المرتهن أو العدل برد محل الرهن إلى الراهن أن أتطرق إلى سند هذا الالتزام ومصدره وكيفية الرد وذلك في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

فالمرهون في الفقه الإسلامي مقبوض على وجه التوثيق به، فإذا ما زال سبب التوثيق زال سبب بقاء المرهون تحت يد الدائن المرتهن ويجد هذا التوجه الفقهي سنده في قوله ﷺ ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾<sup>(2)</sup> إن في ترك محل الرهن تحت يد الدائن المرتهن أو العدل بعد زوال سببه قد ينجم عنه الاستئثار بمنافعه دون وجه حق، وهذا محظور شرعاً لذا لزم إعادته إلى راهنه.

ولا شك أن رد الرهن يتم بالكيفية والحالة التي تسلمها عليها ابتداءً، وللفقهاء المسلمين مواقف مختلفة حول كيفية رد محل الرهن نجلها في الآتي:

**(الردف الأول):** ينبغي على المرتهن تسليم محل الرهن إذا ما استوفى حقه المضمون، وذلك لأن محل الرهن مقبوض على سبيل الاستيفاء وهو ملزم برده لكي لا يتكرر الاستيفاء فيما لو

1- محمد نجيب عوضين المغربي : آثار الرهن الحيازي بالنسبة للدائن المرتهن، المرجع السابق، ص 160.  
2- البقرة/ 188 .

بقي محل الرهن في يده وهذا هو موقف الحنفية<sup>(1)</sup> والإباضية<sup>(2)</sup> وما يغاب عليه لدى المالكية<sup>(3)</sup> وقريب من هذا الشافعية<sup>(4)</sup> .

(المرتف) الثاني : لا يلتزم المرتهن برد محل الرهن من تلقاء نفسه، بل لابد من مطالبة الراهن باسترداده وهو ما ذهب إليه الحنابلة<sup>(5)</sup> .

ويبدو أن الموقف الأول أقرب إلى منطوق العدل ويحقق المصلحة مما يقتضي الأخذ به وترجيحه لأن العلة بزوال سبب الرهن.

ويحجج الفقه الإسلامي على ضرورة إعادة محل الرهن إلى الراهن بعد قضاء الدين المضمون، وهي الصورة الغالبة في الرهن، وفي المكان الذي يشاؤه الراهن عند الوفاء بالالتزام المضمون، وعلى المرتهن التمكين كالمودع لدى إيصال الرهن إلى المرتهن، فدور المرتهن هو تمكين الراهن من استعادة محل الرهن بعد زوال سبب ثبوت يد المرتهن عليه، ويلزم بإحضاره إلا إذا كان إحضاره لا كلفة فيه ولا مؤنه<sup>(6)</sup> وهذا يتوافق مع الرأي القائل بعدم تكليف المتعاقد بالتزام زائد عما التزم به.

ولا يفرق الفقهاء المسلمون بين دعاوى استرداد محل الرهن الشخصية والعينية لأنهم لا يقررون الأثر المترتب على هذا التقسيم المتمثل في سقوط أو كسب الملكية بالتقادم وغاية ما يقرره الفقه الإسلامي بهذا الخصوص هو اعتبار مرور الزمان مانعا من سماع الدعوى وليس غير ذلك ، فإذا أقر المرتهن بملكية محل الرهن للراهن وإن طال الأمد التزم برده إلى الراهن وبذلك تكون وسيلة الراهن في استعادة محل الرهن من المرتهن هي الدعوى العادية، شأنه في ذلك شأن أي مدع بحق.

ويكاد أيضا أن يقع إجماع الفقه الإسلامي على أن الذي يتحمل نفقة رد محل الرهن هو الراهن، وهو موقف يقتضيه منطوق الأمور، فالقاعدة هي عدم تكليف المرتهن بإحضار الراهن كما يتفق الفقهاء المسلمون على تضمين الدائن المرتهن ضمان الغصب إذا امتنع عن رد محل الرهن إلى الراهن بعد انقضاء الرهن، إذا ليس للمرتهن حبسه عنده ولو حبسه كان متعديا وإن هلك ضمن قيمته، ولو كانت قيمته أكبر من دينه.

1- الكاساني : بدائع الصنائع ، المصدر السابق، ج 6 ، ص 145 الذي جاء فيه " وجوب تسليم المرهون عند الافتكاك "

2- محمد بن يوسف اطفيش: شرح كتاب النيل وشفاء العليل، المصدر، ج 11، ص 176.

3- الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، ج 4، ص 386 ، الذي جاء فيه ( فان وفى الراهن ما عليه رجع الرهن لربه ولا بيع في الدين)

4- الرافعي : فتح العزيز، المصدر السابق ، ج 10، ص 195، الذي جاء في ( ليس للراهن أن يقول احضر المرهون وانا أودي دينك من مالي، بل يلزمه الإحضار بعد الاداء أيضا وانما عليه التمكين كالمودع لديه )

5- العاملي : اللعة الدمشقية : المصدر السابق، ج 4، ص 87-88 ، وقد جاء فيها: ( لا يجب تسلميه إلا مع المطالبة، لأنه مقبوض بإذنه وكان وثيقة وأمانة، فإذا إنتفى السبب الأول - الوثيقة - بقي الثاني أمانة ) .

6- يوسف ببان : دور الحيازة في الرهن الحيازي، المرجع السابق ، ص 683.

مع الإشارة إلى أن عدم إعادة محل الرهن إلى الراهن بعد انقضاء الرهن لا يترتب عليه اعتبار المرتهن مغتصباً له إذا ما حال بينه وبين إعادته حائل أو عذر منعه من إعادته (1).

وبخصوص رد المرهون في القانون المدني الجزائري فقد نصت المادة 959 ق.م.ج على أنه ( يجب على الدائن المرهّن أن يرد الشيء المرهون إلى الراهن بعد استيفاء كامل حقه وما ينصل بالحق من ملحقات ومصاريف وتعويضات ) (2).

وقد أفاد هذا النص أن الدائن المرتهن ملزم برد الشيء المرهون ويكون هذا الرد بالحالة التي كان عليها الشيء وقت التسليم فإذا هلك أو تلف قامت مسؤولية المرتهن إلا إذا أثبت أن الهلاك أو التلف مرده سبب أجنبي لا يد له فيه، ويقوم إلزام المرتهن برد الشيء المرهون بعد استيفاء حقه كاملاً وانقضاء الرهن، وذلك لأن مقتضى مبدأ عدم التجزئة مفاده بقاء الرهن قائماً ما بقي جزء من الدين المضمون ولو كان يسيراً.

ويتم رد الشيء المرهون بملحقاته، فإن تأخر الدائن عن الرد بعد انقضاء الدين وملحقاته أياً كان سبب التأخير، ولو كان بسبب عدم مطالبة الراهن بالاسترداد (3) فيجب على الدائن أن يرد الشيء مع صافي الغلة التي حصل عليها بعد استهلاك الدين وملحقاته.

وللراهن دعويان له استعمال أحدهما لإسترداد الشيء المرهون من تحت يد الدائن المرتهن، دعوى شخصية ناشئة عن حق عقد الرهن، ودعوى عينية هي دعوى الاستحقاق بصفته مالكا، ففي الدعوى الأولى لا يلزم الراهن سوى بإثبات وجود عقد الرهن المنشئ لالتزام بالرد على عاتق المرتهن وهذه الدعوى معرضة للسقوط بالتقادم إذا لم يطالب الراهن برد الشيء المرهون مدة خمسة عشرة سنة من تاريخ انقضاء الرهن، أما الدعوى الثانية فهي تلزم الراهن بأن يثبت ملكيته للشيء المرهون وهي لا تسقط بعدم الإستعمال مهما مضى الوقت (4)، ولا يستطيع الدائن المرتهن أو ورثته من بعده الادعاء بكسب ملكية الشيء المرهون بالتقادم، لأن يد المرتهن يد عارضة ما لم يغير سنده.

وقد تحدث فقهاء القانون عن امكانية رد المرهون حتى قبل الوفاء بالدين وهو ما يعرف بتعجيل استرداد محل الرهن قبل وفاء الالتزام المضمون، إذ وقبل حلول أجل الوفاء تبرز مستجدات تدفع إلى التعجيل بالوفاء قبل أن يحل الأجل.

وقد تأثر المقنن المدني الجزائري بالفقه القانوني ونص بالمادة 972 ق.م.ج على إمكانية لجوء الراهن إلى القاضي لاستصدار ترخيص ببيع الشيء المرهون إذا كان البيع صفقة رابحة كما أجاز ذلك نص الفقرة الثانية من المادة 958 إذا أساء الدائن استعمال محل الرهن.

1- ابن قدامة : المغني، المصدر السابق ، ج 4، ص 412.

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

3- نبيل إبراهيم سعد : التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق ، ص 240.

4- عبد المنعم البدر اوي : التأمينات العينية، المرجع السابق ، ص 360.

كما استقر فقه القانون على تحمل الراهن نفقات رد المرهون فالمادة 963 ق.م. ج تحمل الراهن نفقات إنشاء العقد وتنفيذه وتسجيله وقد ورد في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المصري أن نفقات الرد على الراهن إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك ، وقد جعلت على الراهن مع أنه هو الدائن بالرد لا المدين به، تغليباً للمبدأ الذي يجعل الراهن هو الذي يتحمل نفقات الرهن جميعاً (1).

وفي الخلاصة أجد أن القانون المدني الجزائري اتفقت أحكامه مع الفقه الإسلامي وأخذ بالكثير من الأحكام التي وضعها الفقهاء في هذا الموضوع ، ومن ذلك رد المرهون باستيفاء الحق أو انقضاء الدين بغير الوفاء.

## الفرع الثاني

### الالتزامات السلبية

أعني بالالتزامات السلبية تلك التي تحرم الدائن المرتهن من التمتع بمزايا المال المرهون رغم وجوده بين يديه، ويمكن حصر هذه الالتزامات في عدم جواز تملك الدائن المرتهن لمحل الرهن عند عدم الوفاء، وعدم جواز مخالفة إجراءات البيع.

#### البند الأول :عدم جواز تملك محل الرهن عند عدم الوفاء

قد يعتمد الدائن المرتهن إلى حمل الراهن على قبول شرط تملكه للمرهون استغلالاً لحاجة الراهن وعسره المفضي إلى عجزه عن الوفاء في الأجل، ولذلك نجد كلا من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري يتفقان على حظر اشتراط تملك محل الرهن عند عدم الوفاء في ميعاد الاستحقاق.

**ففي الفقه الإسلامي :** أجد فقهاء المذاهب الإسلامية يتفقون على منع شرط تملك محل الرهن وابطاله استناداً لحديث الرسول **↑** : «لا يعلق الرهن هو لصاحبه الذي مرهنه، له غنمه وعليه غرمه» (2)، فقد

حرم الرسول **↑** ما كان متبعاً في الجاهلية من تملك المرتهن للمرهون حال عجز الدائن . والسؤال المطروح ما هو الأثر الذي يترتب على منع تملك محل الرهن عند عدم الوفاء على عقد الرهن ذاته من حيث بقاء العقد واستثماره أو فسخه؟.

إن الجواب على هذه المسألة معلق على موقف الفقهاء المسلمين من الشروط المتعلقة بالعقد وتلك التي ترتب حقوقاً لأحد طرفيه أو كليهما أو للغير أو للمعقود عليه، والذي يعنينا في هذا المقام هو أثر بطلان شرط تملك المرهون عند عدم الوفاء في ميعاد الاستحقاق ولفقهاء المسلمين في هذا الأمر موقفان :

1- السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق ، جزء 10 ، ص 843.  
2- النيسابوري : المستدرک على الصحيحين ، كتاب البيوع، ج 2، ص 64، رقم الحديث 2370.

**الأول :** وفيه يرى جمهور الفقهاء أن بطلان الشرط يقتضي بطلان عقد الرهن أيضا وهو ما قال به الحنفية ( أن الرهن تبطله الشروط الفاسدة )<sup>(1)</sup> والمالكية ( النهي عن الشرط يقتضي الفساد، والفساد يستلزم بطلان العقد )<sup>(2)</sup> والشافعية ( ولو شرط كون الرهن يباع له عند الحلول فسد )<sup>(3)</sup>.

**الثاني :** يرى فريق من الفقهاء المسلمين بأن بطلان شرط تملك الرهن إذا ما اقترن بعقد الرهن، فإنه لا يفضي إلى بطلان عقد الرهن، بل يلغي الشرط ويصح العقد، وهو رواية للحنابلة<sup>(4)</sup>، وكذا ما فتنه محمد قدري باشا في مرشد الحيران إذ نص بالمادة 980 على أنه ( لا يصح اشتراط تملك العين المرهونة، بل ينع الرهن ويطل الشرط )<sup>(5)</sup> وقد ذهبوا في تبريرهم لهذا الموقف إلى أن الرسول الكريم ﷺ نهى عن غلق الرهن دون أصله فدل على صحته<sup>(6)</sup>. وإذا جاز لي أن أوازن بين الموقفين فإنني أرى أن ما ذهب إليه أصحاب الموقف الثاني يتماشى مع متطلبات هذا العصر ويحقق الغاية من الرهن.

ولكن ما هي الحكمة من تشريع حظر تملك المرتهن للمرهنون ؟  
أرجع فقهاء المذاهب الإسلامية الحكمة المتوخاة من حظر تملك المرهون إلى سببين :  
أ- **الجهالة :** فالفقه الإسلامي عموما يرفض الجهالة في المعقود عليه ويرتب عليها البطلان، والجهالة هنا متحققة بسبب عدم معرفة المرتهن ما سيحصل عليه عند أجل الوفاء هل هو مبلغ الدين أم محل الرهن، ولعدم معرفة ما إذا كان محل الرهن مرهونا أم مبيعا، وفي هذا يقول الشافعي في كتابه الأم: ( ولو مرهنه مرهنا على أنه إن جاءه بالحق وإلا فالرهن له بيع، فالرهن مفسوخ لأنه شرط أن محل الرهن مرهن في حال وبيع في أخرى )<sup>(7)</sup>.

ب- **توقيت الرهن :** وفي ذلك يقول الشافعية: ( ولو شرط كون المرهون مبيعا له عند الحلول فسد . . . . الرهن يفسد لتأقيته والبيع تعليقه )<sup>(8)</sup> والقاعدة أن الرهن لا يؤقت والبيع لا يغلق<sup>(9)</sup>.

وفي القانون المدني الجزائري فهو يستند عن التشريعات المدنية المختلفة والفقه الإسلامي وسلك نفس المسلك بمنعه اشتراط تملك المرهون إذا لم يرق المدين بالوفاء بدينه عندما يحل أجله ورتب المقنن المدني البطلان على هذا الشرط سواء كان الثمن المحدد لتملك الدائن المرتهن للمرهن مساويا لقيمة الدين أو يزيد عليه أو ينقص<sup>(10)</sup>.

1- الكاساني: بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 6، ص 140.  
2- التسولي: ( أبو الحسن علي بن عبد السلام)، البهجة في شرح التحفة، ط 2، مطبعة الحلبي، مصر، 1950، ج 1، ص 180.  
3- الشافعي: ( ابن ادريس المام أبو عبد الله محمد المولود سنة 150 هـ والمتوفي سنة 204) الأم، ط 1، مكتبة الكليات الزهرية بمصر، ج 3، ص 162.  
4- ابن قدامة: المغني على الشرح الكبير، المصدر السابق، ج 4، ص 422.  
5- بيان يوسف: دور الحيازة في الرهن الحيازي، المرجع السابق، ص 711.  
6- البهوتي: كشف القناع، المصدر السابق، ج 3، ص 351.  
7- الشافعي: الأم، المصدر نفسه، ج 3، ص 163.  
8- الرافعي: فتح العزيز، المصدر السابق، جزء 10، ص 139.  
9- العاملي: اللعة الدمشقية، المصدر السابق، ج 4، ص 88.  
10- بابان يوسف: دور الحيازة في الرهن الحيازي، المرجع نفسه، ص 713.

فنص القانون المدني الجزائري بالمادة 903 على أنه : ( يكون باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم رأيا كان.. )<sup>(1)</sup>.

وقد قصد المشرع بهذا النص حماية المدين الراهن من احتمال تساهله في الموافقة على هذا الشرط إما عند إبرام العقد أو بعده ، كما يترتب على هذا الشرط حرمان الراهن من حقه إذا عجز عن الوفاء بدينه، من قيامه ببيع المرهون وفق ما رسمه القانون من الإجراءات التي توفر للمرهون سعرا مناسبا ، وليس التضيق بجعله ملكا للمرتهن في مقابل دينه. كما شكل الموافقة على هذا الشرط تثبيطا لعزيمة المدين الراهن في تدبير الوفاء بدينه وتحرير المرهون باعتماده على هذا الشرط، ومن غايات المشرع في منع هذا الشرط منع استغلال الطرف القوي للطرف الضعيف، وتشجيع الوفاء بطريقة طبيعية.

وقد كان موقف القضاء الجزائري مؤيدا للفقه والمقنن إذ جاء قضاء المحكمة العليا مؤيدا لمنع شرط تملك المرهون في العديد من قراراتها كما أبرزت بعض قرارات المحكمة العليا بطلان هذا الشرط ومن ذلك ما جاء في القرار رقم 40184 في 1-7-1987 والذي صرح بما يلي: ( الدائن المرتهن لا يستوفي حقه من العقار المرهون إلا طبقا للإجراءات التي نص عليها القانون وتنتهي آخر الأمر إلى بيع العقار بالمزاد العلني وكل اتفاق على غير ذلك يكون باطلا لمخالفته النظام العام، لأن الإجراءات التي فرضها القانون قد 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 الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم رأيا كان أو في أن يبيعه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون، ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن وذلك طبقا للمادة 903 ق.م.ج كما قضت المحكمة العليا أيضا ببطلان كل اتفاق يجعل للدائن في أن يملك العقار المرهون )<sup>(2)</sup>.

أخلص إلى أن القانون المدني يتفق مع الفقه الإسلامي في منع شرط غلق الرهن أو تملك المرتهن للمرهون عند الحلول دون الوفاء رأيا ما كانت نتيجة وصف هذا الشرط حماية لكل من الراهن والمرتهن.

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

2 - المجلة القضائية: عدد 1، لسنة 1993 ، ملف رقم 64984 ، في 8-2-1991 ، ص 23، والمجلة القضائية ، عدد 4، لسنة 90 ، ملف 40184 ، في 1-7-1987 ص 16 . ( انظر الملاحق).

## البند الثاني: عدم جواز مخالفة إجراءات البيع

إن شرط جواز خرق إجراءات البيع التي تقررها نصوص قوانين المرافعات أمر يلجأ إليه في الغالب المرابون الذين يهدفون إلى تحصيل مردود مالي يجاوز ما قدموه للمدين الراهن استغلالاً لحالته وعسره، ولهذا يضرب المشرع على أيدي هؤلاء لمنعته تخطي إجراءات البيع وخرقها، وباستعراض آراء الفقهاء المسلمين بخصوص هذا الشرط نجدها لا تخرج عن اتجاهين:

**الاتجاه الأول:** ويذهب أصحابه إلى القول بعدم صحة هذا الشرط وبطلانه ويبقى الرهن صحيحاً لاعتبار شرط البيع دون إذن الحاكم أو القاضي أو اتباع الإجراءات الشرعية لبيع المرهون كأن لم يكن، وإلى هذا ذهب المالكية<sup>(1)</sup>، وقد علل أصحاب هذا الاتجاه بطلان هذا الشرط لمخالفته حكم الرهن ومقتضى العقد، ذلك لأن المرهون ملك للراهن فلا يضيق عليه بهذا الشرط فيضعف ذلك من عزمه على تدبير قضاء الدين لإحساسه بأن المرهون سيباع بمجرد حلول الأجل، ولا فرق عند أصحاب هذا الاتجاه، من أن يتم هذا الشرط ويقترن بالعقد ابتداءً أو بعد إبرام العقد، وقبل استحقاق الدين، واستدل هؤلاء بقول النبي ﷺ **« لا يعلق الرهن »**<sup>(2)</sup>

كما ذهبوا إلى القول بأن البيع في هذا الشرط علق على شرط، فهو مبيع بشرط ألا يوفيه عند حلول الأجل، والبيع المعلق على شرط لا يصح.

**الاتجاه الثاني:** وهو للأحناف<sup>(3)</sup> وبعض المالكية<sup>(4)</sup> والإباضية<sup>(5)</sup>، إذ يقررون أن هذا الشرط لا اعتداد به ولا تأثير له إلا بعد أن يصبح الدين مستحق الأداء، ولم يوف به المدين، فهذا الشرط قبل حلول أجل الدين لا أثر له على صحة الرهن فإذا حل الأجل ولم يوف المدين بدأ عمل هذا الشرط وحق للمرتهن بيعه دون إذن الراهن أو القاضي لأن هذا الشرط أغنى عن الإذن، ومؤدى ذلك أن الشرط صحيح عندهم<sup>(6)</sup>.

ولإضفاء الحماية على الطرف الضعيف وهو الراهن من سعي المرتهن إلى إضعاف قدرته على الوفاء وخضوعه للحاجة يكون منع هذا الشرط هو الإجراء الأصوب ويكون بذلك الاتجاه الفقهي الأول هو الراجح هذا في الفقه الإسلامي.

1- مالك ابن أنس الأصبجي : المدونة الكبرى ، المرجع السابق، ج 4، ص 156.

2- في حديث معاوية بن جعفر أن رجلاً رهن داراً بالمدينة إلى أجل مسمى فمضى الأجل فقال الذي ارتهن : منزلي فقال ﷺ **« لا يعلق الرهن »** وقد سئل الإمام أحمد بن حنبل عن معنى قوله ﷺ **« لا يعلق الرهن »** قال لا يدفع رهناً إلى رجل ويقول إن جنتك بالدرهم إلى كذا وإلا فالرهن لك، قال ابن المنذر هذا معنى قوله ﷺ **« لا يعلق »** عند مالك والثوري وأحمد / وللاستزادة يراجع المستدرك على الصحيحين ، كتاب البيوع، ص 64، رقم الحديث 2370.

3- الرافعي : فتح العزيز ، المصدر السابق، ج 10، ص 148.

4- مالك ابن أنس الأصبجي: المدونة الكبرى ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 156 ، وقد جاء فيها: قال ابن القاسم بلغني من أئق به أن مالكا قال : ( وإن بيع نفذ البيع أي بشرط المرتهن).

5- محمد بن يوسف أطفيش: شرح كتاب النيل وشفاء العليل، المصدر السابق ، ج 11، ص 191.

6- محمد نجيب عوضين المغربي: آثار الرهن الحيازي بالنسبة للدائن المرتهن ، المرجع السابق ، ص 184.

أما القانون المدني فقد نصت المادة 903 على أنه: (يكون باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن ينملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان، أو في أن يبيعه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن)<sup>(1)</sup>، ويطلق فقهاء القانون على شرط بيع المرهون بغير إجراءات بمجرد حلول الأجل بشرط (الطريق المهر)<sup>(2)</sup> { lause devoir parée } لأنه يمهد للمرتهن ببيع المرهون دون مراعاة للإجراءات التي قررها القانون في بيع المرهون، وصورته أن يتفق الدائن المرتهن مع الراهن على جواز بيع المال المرهون بأية طريقة كانت متى حل أجل الوفاء دون التقيد بالخطوات التي رسمها قانون الإجراءات المدنية في البيوع الجبرية . ويخشى هنا أيضا من استغلال ضعف مركز الراهن سواء تم اشتراطه وقت إبرام عقد الرهن أو بعده فيبطل الشرط ويصح العقد، وما توخاه المشرع من حكمة في هذا النص هونفس ما توخاه الفقه الإسلامي وهو حماية الراهن كطرف ضعيف من الوقوع تحت برائن الدائن المرتهن<sup>(3)</sup> .

وأشير إلى أنه متى كان شرط البيع دون اتباع الإجراءات المقررة قانونا في البيوع الجبرية هو الباعث على التعاقد فإن البطلان ينصرف إلى عقد الرهن ولا يكفي بطلان الشرط وصحة العقد.

وغني عن البيان أنه إذا وقع الاتفاق تنازل الراهن للمرتهن عن العقار المرهون كله أو بعضه فإن الاتفاق يقع صحيحا لانتهاء مظنة استغلال الراهن، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 903 ق.م.ج صراحة بقولها: (غير أنه يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الإتفاق على أن يتنازل المدين لدائمه عن العقار المرهون وفاء لدينه)<sup>(4)</sup> وإن كانت هذه الفقرة تتعلق بجواز التملك فإنه يمكن قياس حالة جواز التملك على حالة جواز البيع والقول بصحة الاتفاق في الحالتين<sup>(5)</sup> .

وأختم هذا البند بالإشارة إلى تطابق القانون المدني مع الإتجاه الفقهي الذي يبدو أنه الأصوب لوقوفهما إلى جانب الراهن الذي يكون مركزه ضعيفا حماية له من استغلال المرتهن.

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

2 - السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج 10، ص 840.

3- محمد نجيب عوضين المغربي: آثار الرهن الحيازي بالنسبة للدائن المرتهن، المرجع السابق، ص 18.

4 - السنهوري: المرجع نفسه، ص 840.

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



## الفرع الثالث

### الموازنة

- يختلف الفقه الإسلامي في شأن إدارة المال المرهون واستثماره عن القانون المدني بحسب اختلاف فقهاء المذاهب الإسلامية وبحسب ما إذا أذن الراهن للمرتهن بذلك أم لا ؟ فهناك من يمنع الاستثمار مطلقا وثمة من يخضعه للاتفاق، وآخر يوجبه على أن يحسب بدل المنفعة من أصل الدين وهذا الرأي الأخير ينطبق تمام الانطباق وموقف القانون المدني الجزائري فيما يتعلق بوجود الإدارة والاستثمار وبخصم النفقات.
- يجمع الفقه الإسلامي على عدم امكانية تصور استثمار الديون لشبهة الربا. أما القانون المدني الجزائري فقد ألزم الدائن المرتهن للقيام بالإجراءات اللازمة لحفظ أصل الدين، وأن يتحصل منفعة الشيء بنفسه لا بغيره بمقابل تقاديا لشبهة الربا، وفي هذا يكون القانون المدني الجزائري قد وافق اتجاه جانب من الفقه الإسلامي بخصوص انتفاع المرتهن بمقابل إن تحصل على إذن من المدين الراهن.
- حظر الفقه الإسلامي الانتفاع بالشيء المرهون دون مقابل متى كان منشأ القرض وأجازه، إن كان بيعا أو إيجارة.
- يفرق الفقه الإسلامي بين إذن الراهن للمرتهن بالانتفاع وعدم الإذن له، في حين لم يول القانون المدني الجزائري لهذا أي اعتبار.
- لم يرتب الفقه الإسلامي أي جزاء على عدم استثمار الشيء المرهون خلافا للقانون المدني الذي رتب على اخلال الدائن المرتهن بواجب الاستثمار جزاء حدده في إمكانية وضع الشيء تحت الحراسة القضائية أو استرداد الشيء مقابل الدفع دونما اعتبار للأجل.
- يتفق الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري على التزام الدائن المرتهن بحفظ وصيانة محل الرهن والاعتناء به، وقصر الملكية هذا الالتزام على المال الذي يحتاج إلى إصلاح ويعتبر هذا الالتزام في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني التزام بتحقيق نتيجة.
- يتفق الفقه الإسلامي والقانون المدني على إعمال المعيار الشخصي في تقدير درجة العناية في حفظ المال المرهون وصيانتته.
- يتفق الفقه والقانون المدني الجزائري على الزام الدائن المرتهن أو العدل برد الشيء المرهون بالكيفية والحالة التي تسلمها عليه إذا ما استوفى حقه المضمون.
- للراهن في الفقه الإسلامي طريق الدعوى العادية لاستعادة محل الرهن من المرتهن شأن أي مدع بحق.
- أما في القانون المدني فله دعويان يستعملهما لاسترداد الشيء المرهون من تحت يد المرتهن هما دعوى شخصية ناشئة عن عقد الرهن، ودعوى عينية هي دعوى الاستحقاق التي يباشرها المالك.

- لا يختلف القانون المدني الجزائري عن الفقه الإسلامي بخصوص نفقات رد محل الرهن؛ إذ يجعلها على عاتق الراهن.
- يتفق الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري على حظر اشتراط تملك الرهن عند عدم الوفاء في ميعاد الاستحقاق مع الإتفاق على قصر الجزاء ببطلان الشرط.
- يوافق القانون المدني الجزائري الفقه الإسلامي بخصوص منع الدائن المرتهن من اللجوء الى بيع الشيء المرهون دون اللجوء إلى الإجراءات المرسومة سلفا واتباعها وفق ما هو محدد لها.
- يتفق الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري في منح الدائن المرتهن حق بيع المرهون لاستيفاء دينه من ثمنه .
- يوافق القانون المدني الجزائري الفقه الإسلامي في اشتراط أن يكون محل الرهن من الأعيان التي يمكن بيعها.
- يتفق الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري في إجراءات البيع من حيث المبدأ ويختلفان في التفاصيل ، ففي الفقه الإسلامي إذا حل أجل الدين وامتنع الراهن عن بيع المرهون أمر الحاكم بذلك فإن أبى بعد أمر الحاكم له، يبيعه الحاكم قهرا ويعطي الدين من ثمنه.
- أما في القانون المدني فإن الدائن المرتهن يسلك السبيل الذي حدده ورسمه قانون الإجراءات المدنية بدءا بالتبنيه ثم توقيع الحجز بعد صدور الأمر به من القاضي وتبليغه تبليغا قانونيا، وبانتهاء الخطوات المرسومة قانونا يتم البيع بالمزاد العلني، ويستوفي المرتهن دينه من الثمن الذي رسا به المزاد.
- يتم بيع المرهون في الفقه الإسلامي من طرف المرتهن بعد إذن الراهن أو الحاكم شريطة حضور الراهن ليصح البيع، بينما يتم البيع في القانون المدني الجزائري عن طريق محافظ البيع إذا كان المرهون منقولاً وعن طريق المحضر القضائي إذا كان عقارا.
- يفرق الفقهاء المسلمون في أسلوب البيع بين الشيء اليسير والكثير ، فالأول يباع في المجلس والكثير يشتهر ويسعر وينادي عليه.
- في حين أسلوب البيع في القانون المدني الجزائري فيكون عن طريق الإعلام والشهر ، ثم يحدد تاريخ البيع دون فرق بين القليل والكثير، إلا ما تعلق بطبيعة الشيء من عقار أو منقول.
- يختلف القانون المدني الجزائري عن الفقه الإسلامي في إمكانية رهن الشيء لعدة دائنين والذين يتحصلون ديونهم وفق مرتبة كل دائن في القيد.
- بينما لا يجيز الفقه الإسلامي رهن الشيء إلا لدائن واحد فقط ، فهو لا يقر للراهن بعد عقد الرهن أن يرهن المرهون مرة أخرى لدائن آخر وإذا ما وقع فهو باطل إلا إذا أذن المرتهن بذلك.

## المطلب الثاني

### حقوق الدائن المرتهن

بعد أن أصبح الشارع حمايته على الراهن بحظر الشروط التي تستغل حاجته عن الرهن، بمنعه اشتراط تملك المرهون فور حلول الأجل وبيعه دون اتباع الإجراءات، فإنه إذا حل أجل الدين المضمون بالرهن ولم يوف المدين أعطى الشارع للدائن المرتهن الضوء الأخضر للبدء في التنفيذ على المرهون ببيعه واستيفاء حقه منه، وذلك باتباع إجراءات تمهيدية حددها الفقهاء وصولاً إلى البيع.

وغني عن البيان أن الحقوق التي يباشرها المرتهن على المرهون هي حقوق عينية ( Des droits réelles ) وهو إذ يباشر حقه فيها بصفته صاحب امتياز بما اختص به من أموال الراهن دون أن يزاحمه أحد من الدائنين إلا من سبقه منهم في التاريخ بترتيب حق عيني تبعي على المرهون أو بما قرره القانون من حقوق امتياز حتى ولو كان تاريخها لاحقاً أو بما ترتبه المحاكم من حقوق اختصاص على العقارات المرهونة ، لذلك سأعالج في هذا الفرع الحقوق التي يباشرها المرتهن في مواجهة الراهن وحده مدينا كان أو كفيلا عينيا.

## الفرع الأول

### حقوق الدائن المرتهن في مواجهة الراهن وحده

للدائن المرتهن في مواجهة الراهن وحده حقان يباشرهما إذا ما حل أجل وفاء الالتزام المضمون ولم يقم المدين الراهن بالوفاء وهذان الحقان هما :

#### البند الأول: حق الدائن المرتهن في التنفيذ على محل الرهن

إذا حل أجل الدين المضمون بالرهن ولم يف به المدين، حق للمرتهن أن يطلب التنفيذ على الشيء المرهون ببيعه أو استيفاء دينه من ثمنه، وفي واقع الأمر هذا هو الهدف الأساسي والغاية من إبرام عقد الرهن.

ففي الفقه الإسلامي إذا حل أجل الدين المضمون بالرهن ولم يف الراهن ولم يرغب المرتهن في الإستمرار في حبس المرهون<sup>(1)</sup> لتيقنه من عدم جدوى الضغط على الراهن للإسراع بالوفاء، حق له بيع المرهون لاستيفاء دينه من ثمنه، وسند الدائن المرتهن للتنفيذ على المرهون ببيعه يجده في التعاريف التي وضعها الفقهاء المسلمون للرهن، فقد جاء في تعريف الحنفية أن الحق المضمون يمكن استيفاءه من الرهن<sup>(2)</sup> وفي تعريف المالكية أن محل الرهن هو ما يباع<sup>(3)</sup>، كما ذهب الشافعية إلى تعريف الرهن بأنه وثيقة بالدين يستوفى منها عند تعذر الوفاء<sup>(4)</sup> وقريب من ذلك الحنابلة.

1- محمد نجيب عوضين المغربي : آثار الرهن الحيازي بالنسبة للدائن المرتهن، المرجع السابق ،ص 195.

2- عرفت المادة 701 من مجلة الأحكام العدلية الرهن ( بأنه حبس مال وإمساكه في مقابل حق يمكن إستيفاءه منه).

3- الصاوي : بلغة السالك ، المصدر السابق ، ج2، ص 4.

4- إبراهيم البيجوري: حاشية البيجوري على شرح ابن القاسم، ط 5، المطبعة الكبرى، بولاق، مصر، 1987، ج 1، ص 374.

وقد أجمع الفقهاء المسلمون بمختلف مذاهبهم على اشتراط أن يكون محل الرهن مما يمكن بيعه، والأصل أن يتم بيع المرهون بناء على طلب المرتهن عند حلول أجل دينه، ويتم البيع بالاتفاق بين الراهن والمرتهن<sup>(1)</sup>، فإذا حل أجل الدين وامتنع الراهن عن بيع المرهون أمره الحاكم بذلك، فإن امتنع بعد أمر الحاكم له بالبيع، يبيعه الحاكم قهرا ويعطى الدين من ثمنه<sup>(2)</sup>، وإذا حل أجل الدين وكان الراهن غائبا لا يعرف مكانه يرفع المرتهن الأمر إلى الحاكم فيباع المرهون عن طريق الحاكم ويقضى منه الدين<sup>(3)</sup>، ويصح توكيل الراهن للمرتهن أو العدل أو غيرهما ببيع المرهون عند حلول الأجل<sup>(4)</sup>، فإذا أذن الراهن للمرتهن أو العدل أو شخص أجنبي ببيع المرهون عند حلول الأجل يتم بيعه ويستوفي المرتهن دينه من ثمن البيع، فإذا حدث إمتناع ورفض للبيع رغم حلول الأجل وقع الجبر من الحاكم<sup>(5)</sup>.

وفي جميع الأحوال السالف الإشارة إليها يستوفي الراهن الدين من ثمن المرهون فإذا تبقى من ثمنه شيء فإنه يرد للراهن، وإن تبقى من الدين شيء يكون غير مضمون<sup>(6)</sup>، ويصبح بذلك الدائن المرتهن دائئا عاديا. وأخيرا إذا كان المرهون شيئا مستعارا أو مستأجرا، وأذن مالكة للمستعير أو المستأجر في رهنه، فإن الشيء المرهون يباع مثل الشيء المملوك للراهن تماما إذا لم يقض الراهن الدين، وللمالك الرجوع على الراهن بالمثل في المثليات وبالقيمة في المتقومات<sup>(7)</sup>. وإذا أدى المؤجر أو المعير الدين المضمون وفك الرهن بإذن الراهن أو بدون إذنه، رجع بما أداه على الراهن<sup>(8)</sup>.

وفي هذا السياق يظهر تساؤل يلح على طرحه وهو: من يقوم بعملية البيع وما شروط البيع عند الفقهاء؟

باستقراء النصوص الفقهية يظهر أن الفقهاء تحدثوا عن بيع الدائن المرتهن للمرهون بنفسه بعد حلول أجل الدين، وبعد إذن المدين أو الحاكم، وعن قيام الحاكم بالبيع بنفسه أو من ينوب عنه، وفي الحالة التي يقوم المرتهن بالبيع بعد إذن الراهن أو الحاكم وتحت رعايته اشترط الفقهاء حضور الراهن ليصح البيع، وإلا فلا يصح عند جانب من الفقهاء منهم الشافعية<sup>(9)</sup> ويجب أن يباع المرهون بعملة البلد<sup>(10)</sup>.

1- المادة 756 من مجلة الأحكام العدلية

2- المادة 757 من مجلة الأحكام العدلية، شرح المجلسة لسليم رستم، والمادتين 905، 906 من مرشد الحيران وحاشية الدسوقي، ج 3، ص 252، 251.

3- المادة 758 من مجلة الأحكام العدلية والمادة 907 من مرشد الحيران.

4- الشافعي: كتاب الام، المصدر السابق، ج3، ص 163.

5- المادة 761 من مجلة الأحكام العدلية، الام للشافعي جزء 3- ص 169.

6- الكاساني: بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 4، ص 451، حيث جاء فيه (إذا حل الحق لزم الراهن الإيفاء، لأنه دين حال فلزم إيفاؤه كالي لا رهن به، فإن لم يوف، وكان قد إذن للمرتهن أو العدل في بيع الرهن باعه ووفى الحق من ثمنه، وما فضل من ثمنه فلما لكه، وإن فضل من الدين شيء فعلى الراهن..).

7- المادة 1038 من مجلة الاحكام العدلية.

8- عيد نايل: أحكام الضمان الشخصي والعيني، المرجع السابق، ص. 286.

9- محمد نجيب عوضين: آثار الرهن الحيازي بالنسبة للدائن المرتهن، المرجع السابق، ص 203، وقاد جاء فيه (ولو باعه المرتهن فالأصح إن باعه بحضرة حاكم وإلا فلا لأنه يبيعه لغرض نفسه فيتم في الغيبة بالإستعجال أو ترك الحفظ دون حضوره).

10- محمد نجيب عوضين: آثار الرهن الحيازي بالنسبة للدائن المرتهن، المرجع نفسه، ص 203.

وعن شروط البيع تحدث الفقهاء عن أسلوب بيع العين المرهونة بطريق المزايدة، وقيوده بما إذا كان محل الرهن المعروض للبيع يتغابن الناس بمثله، فيعرض للبيع بثمن مثله، فإن جاءه من يزيد قبل الزيادة، فإن لم يفعل فبيعه مردود.

واجمالاً فإن أسلوب بيع المرهون يتمثل في قول الباجي: ( وبيع الرهن مختلف . . إذا أمر الإمام ببيع الرهن، فأما اليسير فيباع في المجلس أو في أي وقت عاجل، وما كان أكثر منه كالدار والمنزل والثوب الرفيع فيقدم ذلك حتى يشتهر ويسعر به ومرعاً نودي على السلعة الشهرين أو الثلاثة وكل شيء بقدره) (1). وقد أفادت هذه العبارة مدى معالجة الفقه الإسلامي لما يسمى بالبيع الجبرية والتي تتم وفق شروط أقل ما يقال عنها أنها تعود بالفائدة على المرتهنين ومن أهمها :

1- ضرورة إذن الإمام أو السلطة التي تتوب عنه كالقاضي.

2- ضرورة الإعلان عن البيع وإشهاره للناس ليعلموه ويشتركوا فيه مراعاة لجانب الراهن لبيع الرهن بأعلى سعر ممكن، وهذا يختلف حسب طبيعة السلعة وهو ما عبر عنه الباجي في العبارة السابقة ( والدار والمنزل فيقدم ذلك حتى يشتهر) فيستخدم أسلوب المنادى وما يقابله في زماننا من وسائل الإعلام المختلفة، ولا تأثير في اختلاف الوسائل ما دام الهدف واحداً، فإن تم البيع استوفى المرتهن حقه منه، فإن ساوى الثمن الدين كان بها، وإن زاد الثمن عن الدين رد للمالك، وإن فضل من الدين شيئاً يبقى على الراهن كدين عادي غير مضمون يتساوى فيه صاحبه مع باقي الدائنين العاديين (2).

أما في القانون المدني فإن ما يتمتع به الدائن المرتهن من حقوق هو الضمان الذي يحققه الرهن الحيازي (3) ولذلك يقصد بحقوق المرتهن حقه في التنفيذ على المال المرهون متى حل أجل الدين المضمون بالرهن ولم يف به المدين، حينئذ يكون من حق الدائن المرتهن أن يشرع في التنفيذ على المال المرهون بأن يحجز عليه ويبيعه ليستوفي حقه من الثمن الناتج من البيع (4) وذلك بصفته صاحب حق عيني يجيز له إمكانية بيع المال تحت أي يد يكون، ويجيز له التقدم على الدائنين العاديين والمقيدي الحقوق التاليين له في المرتبة، ولا يوجد ما يحول وقيام الدائن المرتهن من التنفيذ على أموال مدينه الأخرى ولكن بصفته دائناً عادياً.

ويباشر الدائن المرتهن إجراءات التنفيذ على المال المرهون ابتداءً إذا حل أجل الدين

1- الباجي: المنتقى، المصدر السابق، ج 5، ص 255-266 .  
2- زكي الدين شعبان : نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، ط 1، دار النهضة العربية، 1968، ص 20-25.  
3- جميل الشرفاوي : دروس في التأمينات، المرجع السابق، ص 262.  
4- محمد لبيب شنب : دروس في التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 167.

ولم يرق المدين بالوفاء بعد التتبيه عليه بذلك وقد نصت المادة 902 ق.م.ج على أنه: ( يمكن للدائن بعد الشبه على المدين بالوفاء أن ينفذ ختمه على العقار المرهون ويطلب بيعه في الآجال ووفقا للأوضاع المقررة في قانون الإجراءات المدنية) (1) .

وقد أوضح النص القانوني بأن التنفيذ على أموال المدين يتم وفقا للأوضاع المحددة لبيع العقار في قانون الإجراءات المدنية والمنصوص عليها بالمادة 379 وما بعدها. وعندما ينتهي الدائن المرتهن من الخطوات التي رسمها قانون الإجراءات المدنية والتي تنتهي بالبيع الجبري فإنه يستوفي حقه من الثمن الذي رسا به المزداد حسب مرتبة رهنه، وكل اتفاق على غير ذلك، يكون باطلا لمخالفته للنظام العام (2) لأن الإجراءات التي حددها القانون خصصت لضمان حق كل من الدائن المرتهن والمدين الراهن بما يحقق التوازن بين المصالح المتعارضة (3)، ويتم التنفيذ دائما على المال المرهون أولا، فإذا لم يكف ثمنه انتقل التنفيذ إلى باقي أموال المدين، لكن في هذا الفرض ليس للدائن المرتهن أي إمتياز بل مثله في ذلك مثل أي دائن عادي.

هذا بخصوص المدين الراهن، أما إذا كان الراهن كفيلا عينيا فإن حق الدائن المرتهن يقتصر في التنفيذ على المال المرهون وحده ولا يتعداه إلى غيره من أموال الكفيل الغير مرهونة وهذا ما صرح به نص المادة 901 ق.م.ج بقوله: ( إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلا تجوز الشفيع على ماله إلا على ما رهن من ماله، ولا يكون حق الدفع بنجر يد المدين إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك) (4) وهذا النص أحالت إليه المادة 960 ق.م.ج بقولها (تسري على رهن الحيازة أحكام المادة 901 المتعلقة بمسؤولية الراهن غير المدين وأحكام المادة 903 المتعلقة بشرط النملك عند عدم الوفاء وشرط البيع دون إجراءات) (5).

واضح من النصوص المشار إليها أن المشرع لم يجر للدائن المرتهن من التنفيذ على أموال الراهن إذا كان كفيلا عينيا والتي لم تكن محل الرهن عند عدم وفاء المدين بدينه في ميعاد الاستحقاق.

ولا ريب في أن حق الدائن المرتهن في التنفيذ على الشيء المرهون يتم بحسب طبيعة الشيء، فإن كان محل الرهن عقارا التزم الدائن المرتهن بالأحكام التي حددها قانون الإجراءات المدنية بالمادة 379 وما بعدها المشار إليها آنفا، أما إذا كان الشيء المرهون منقولا فإن المشرع قد خرج عن الأصل (6) فيما يتعلق ببيع المنقول .

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

2- محمد لبيب شنب : دروس في التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق ، ص 167.

3- نبيل إبراهيم سعد : التأمينات العينية ، المرجع السابق ، ص 112.

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

5- المصدر نفسه.

6- نبيل إبراهيم سعد : المرجع نفسه، ص 112.

فنصت المادة 973 ق.م.ج على أنه: ( تجوز للدائن المرهن إذا لم يسئوف حقه أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع المرهون بالمزاد العلني أو بسعرة في السوق، وتجوز له أن يطلب من القاضي أن يأمر بتمليك الشيء وفاء للدين على أن تحسب عليه بقيمته حسب تقديرات الخبراء... )<sup>(1)</sup>. وقد جاء هذا النص خاصا ببيع المنقول دون اتباع إجراءات البيع الجبري تفاديا لطول الإجراءات وكثرة المصاريف، أما إذا كان المال المرهون ديننا فلا يوجد داع لبيعه ما دام أنه أصبح مستحقا فللدائن أن يقبض حقه وقد نصت المادة 981 ق.م.ج على أنه: ( إذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون مسنق الأداة جاز للدائن المرهن إذا لم يسئوف حقه، أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مسنقا له أو أن يطلب بيع هذا الدين أو ملكه وفقا للمادة 970 فقرة 2 )<sup>(2)</sup> ومقتضى هذا النص أن للدائن المرتهن في سبيل استيفاء حقه ثلاثة طرق<sup>(3)</sup> :

1- إذا حل أجل الدين المرهون والدين المضمون فله أن يستوفي حقه مباشرة من الدين المرهون بحكم علاقة الدائنية التي نشأت بينه وبين مدينه.

2- أن يطلب من القضاء بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني أو بسعره في السوق.

3- أن يطلب الترخيص بتملكه.

ويلاحظ أن المادة 981 ق.م.ج<sup>(4)</sup> أحالت فيما يخص طريقتي البيع بالمزاد العلني والتملك على نص المادة 970 وهي إحالة غير موفقة، لأن الواضح أن المراد هو الإحالة على المادة 973 وليس المادة 970 .

واتباع أيا من الطرق الثلاثة يتحدد بنوع الدين المرهون فإن كان محل الدين، المرهون من جنس محل الدين المضمون بالرهن كأن يكون كل منهما مبلغ من النقود<sup>(5)</sup> فإن التنفيذ يتم بقبض الدين بقدر ما يكون مستحقا له، أما إن كان الدينان من جنسين مختلفين فللدائن المرتهن الخيار بين أن يطلب بيع الدين المرهون أو يطلب تملكه على أن تحسب قيمته عليه وفق ما يقدره الخبراء.

وأخلص إلى أن أحكام القانون المدني الجزائري في التنفيذ على الشيء المرهون إذا كان عقارا توافق أحكام الفقه الإسلامي في التنفيذ على المال الذي يتغابن الناس بمثله وتوافق بيع اليسير في الفقه الإسلامي مع بيع المنقول.

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

2- المصدر نفسه.

3- العربي بن قسيمة : نظام الرهن الحيازي الوارد على الديون العادية في التشريع الجزائري - السنة الجامعية 2000-2001 جامعة الجزائر كلية الحقوق ، بحث لنيل درجة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، إشراف الطيب زروتي ، ص 98 .

4- نقلت هذه المادة من المادة 1129 ق.م.ج التي تحيل الى المادة 1121 ف2 والتي تقابل المادة 973 ق.م.ج.

5- نبيل ابراهيم سعد : التامينات العينية، المرجع السابق ، ص 243.

## البند الثاني : حق الدائن المرتهن في تملك محل الرهن

لبيان حق الدائن المرتهن في تملك محل الرهن يجب إبراز سند الدائن المرتهن الذي يسمح له بممارسة هذا الحق وماهيته وشروطه.

**ففي الفقه الإسلامي** يجد الدائن المرتهن سندا له في تملك محل الرهن في الأصل الشرعي الذي يقضي بأن الأصل فيما لم ينفه عنه الجواز أو الصحة، والأصل هو الإباحة، فإذا ما اعتبرنا تملك المرتهن عقدا فلأن الأصل في العقود الصحة<sup>(1)</sup> ما لم يرد دليل من المشرع بالمنع، ومن هنا لا يوجد دليل يمنع على الدائن المرتهن ممارسة هذا الحق، كما يمكن الاستناد إلى حديث الرسول ﷺ **↑** «المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا»<sup>(2)</sup> فإن وقع وأن اشترط الدائن هذا الشرط وكان حريصا في تملكه محل الرهن ببديل مقبول دون وكس أو اجحاف بحق الرهن جاز له التملك.

وقد وقف الفقهاء المسلمون من منح الدائن المرتهن حقه في تملك الشيء المرهون مواقف نجمها في الآتي :

1- موقف الرفض لمنح الدائن المرتهن الحق في تملك الرهن عند عدم الوفاء في ميعاد الاستحقاق، وقصر حقه على طلب بيع المرهون من قبل الحاكم أو الإذن له في البيع وهو موقف الحنفية<sup>(3)</sup>.

2- موقف غير المنكر له وهو ما يستشف من نصوص فقهاء الحنابلة فقد جاء في المغني على مختصر الخرقي: ( ولنا أن ما جازر توكيل غير المرتهن فيه جازر توكيل المرتهن فيه كبيع عين أخرى، ولأن من جازر أن يشترط له الإمساك جازر اشتراط البيع له كالعدل، ولا يظن اختلاف الغرضين، إذا كان غرض المرتهن مستحقا له، وهو استيفاء الثمن عند حلول الحق وإن جازر البيع، وعلى أن الراهن إذا وكله مع العلم بغرضه فقد سمح له بذلك والحق له فلا يمنع من السماح به كما لو وكل قاسقا في بيع ماله وقبض ثمنه، ولا نسلم أنه لا يجوز توكيله في بيع شيء من نفسه، وإن سلمنا فلأن الشخص الواحد يكون بائعا مشتريا وموجبا قابلا وقابضا من نفسه لنفسه بخلاف مسألتنا<sup>(4)</sup>).

3- موقف من أجاز له مع تقييده بحضور المالك (الراهن) توفيقا بين المصالح المتعارضة وهو ما قال به الشافعية، فقد قالوا: ( لو شرط المرتهن إذا حل الحق أن يبيعه لم يجز أن يبيع لنفسه إلا بأن يحضر رب المال )<sup>(5)</sup> كما أجاز به البعض بضرورة توافر شرطين: أولهما أن يكون وكيفا في بيعه، وثانيهما أن يتملكه بثمن المثل<sup>(6)</sup>.

1- زكي الدين شعبان: نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 20.  
2- الترمذي: سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن الرسول ﷺ في الصلح بين الناس، ص 318، حديث رقم 1352 قال أبو عيسى هذا حديث حسن صحيح، قال الشيخ الألباني صحيح..  
3- الكاساني: بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 6، ص 146.  
4- ابن قدامة المقدسي: المغني على مختصر الخرقي، المصدر السابق، ج 4، ص 272.  
5- الرافي: فتح العزيز شرح الوجيز، المصدر السابق، ج 10، ص 129.  
6- العاملي: الروضة البهية في شرح اللمعة دمشقية، المصدر السابق، ج 4، ص 80-81 / ومفتاح الكرامة للحسيني، ج 2، ص 178.



ويمكن حصر شروط تملك المرتهن للمرهون عند غير المنكرين في :  
أ- حلول أجل الدين .

ب- عدم استيفاء الدائن المرتهن لحقه .

ج - رغبة الدائن المرتهن في التملك .

د - أن يتم التملك وفق ضوابط كحضور الراهن، وتقدير قيمة المرهون من طرف ذوي الخبرة وأهل الإختصاص .

**وفي القانون المدني الجزائري** فيجد الدائن المرتهن سنده في ممارسته لحقه في تملك محل الرهن في الفقرة الثانية من المادة 973 والتي نصها : ( ويجوز له أيضا أن يطلب من القاضي أن يأمر بتمليك الشيء وفاء للدين على أن يحسب عليه بقيمته حسب تقدير الخبراء)<sup>(1)</sup>.  
ومن هنا فإن محل ممارسة المرتهن لحق تملك المرهون يكون إذا ما كان منقولاً مادياً أو معنوياً فقط، أما إذا كان عقاراً فإن المشرع قد حدد طريقة التنفيذ على المرهون وذلك ببيعه وفق ما هو مقرر في قانون الإجراءات المدنية، وعلى ذلك فإن محل الرهن إذا كان منقولاً مادياً فللدائن المرتهن أن يطلب من القاضي الإذن بتمليكه الشيء المرهون وفاء للدين على أن يحسب عليه بقيمته وفق تقدير الخبراء، أما إذا كان منقولاً معنوياً - دينا - فإنه متى أصبح كلا من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الأداء جاز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه أن يطلب بيع هذا الدين أو تملكه وهذا ما نصت عليه المادة 981 ق.م.ج وهكذا يجد الدائن المرتهن سنده في نصوص التقنين المدني فيطلب تملكه محل الرهن المنقول .

وقد أفادت النصوص القانونية المشار إليها أن المشرع الجزائري أباح للدائن المرتهن تملك محل الرهن المنقول باستصدار إذن التمليك من القاضي مراعاة منه أي - المشرع - عدم ملاءمة الإجراءات اللازم اتباعها في البيوع الجبرية وما تستتزمه من وقت وجهد ونفقات<sup>(2)</sup>، وبما قد لا يتناسب مع الدين المضمون أو قيمة المرهون<sup>(3)</sup>.

والملاحظ أن للقاضي سلطة تقديرية<sup>(4)</sup> في منح الإذن بالتمليك، فهو يراعي عند أخذ قراره مدى التوفيق بين مصلحتي الدائن المرتهن والمدين الراهن فإذا ما أمر بذلك ثبت الملك للدائن المرتهن<sup>(5)</sup> ويعتبر هذا التمليك من قبيل الوفاء بمقابل<sup>(6)</sup> وهو في حقيقته شرط تملك محل الرهن عند عدم الوفاء<sup>(7)</sup>.

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

2 محمد لبيب شنب : دروس في التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 167.

3- منصور مصطفى منصور : التأمينات العينية، المرجع السابق ، ص 271.

4- حسين عبد اللطيف حمدان : التأمينات العينية ، المرجع السابق ، ص 271.

5- عبد الفتاح عبد الباقي : الوسيط في التأمينات العينية، المرجع السابق ، ص 325.

6- حسين عبد اللطيف حمدان : المرجع نفسه، ص 271.

7 - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج 10، ص 901.

ومن هنا يبدو لي أن التمليك ليس حقا وإنما هو مجرد مكنة أعطاها المشرع للمرتهن ما دامت المحكمة المختصة بمنح الإذن لها السلطة التقديرية في منح هذا الإذن أو رفض الطلب، ويشترط المشرع لممارسة الدائن المرتهن لهذه المكنة شروطا يمكن استخلاصها من النصوص القانونية وأهمها :

- أن يحل أجل الالتزام المضمون بالرهن.
  - أن يمتنع المدين الراهن عن وفاء الالتزام المضمون.
  - أن يطلب الدائن المرتهن من المحكمة تمليكه الشيء المرهون.
  - أن تأذن المحكمة بالتمليك.
  - أن يحسب محل الرهن بالثمن الذي يقره الخبراء تحت رقابة المحكمة وقت البيع.
- وغني عن البيان أنه لا ضرورة لمعرفة رأي الراهن فقد أغنى عنه إذن القاضي<sup>(1)</sup>، فمتى توفرت الشروط السابقة جرت المقاصة بين قيمة محل الرهن - المنقول المادي - وبين الدين المضمون في حدود الأقل منهما<sup>(2)</sup>.
- فإذا كانت قيمة محل الرهن أكبر من محل الالتزام فيرجع الفرق للراهن وله أن يطلب إلغاء التمليك إذا امتنع الدائن المرتهن عن دفع الفرق.

## الفرع الثاني

### حقوق الدائن المرتهن في مواجهة الكافة

بعد عرض حقوق الدائن المرتهن التي أبيع له ممارستها في مواجهة الراهن، أبحث في هذا الفرع عن الحقوق التي يمارسها في مواجهة الكافة بمن فيهم الراهن ذاته.

ولا شك في أن حق الرهن الحيازي هو الذي يخول للدائن المرتهن في مواجهة الكافة حق حبس محل الرهن حتى يستوفي محل الالتزام المضمون وما يضمنه الراهن من ملحقات أيضا، وحق التقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة والدائنين العاديين وحق تتبع الشيء المرهون واقتضاء حقه من ثمنه في أي يد يكون، كما هو الحال في الرهن الرسمي، وأعرض لدراسة هذه الحقوق في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري في البنود التالية:

1- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري جزء 7 ، ص 265.  
2- محمد لبيب شنب : دروس في التأمينات العينية، المرجع السابق ، ص 167، و حسن عبد اللطيف حمدان ،التأمينات العينية، المرجع السابق ، ص 271.

## البند الأول. حق الحبس

القاعدة العامة في الرهن الحيازي هي تخلي الراهن عن الشيء المرهون إلى المرتهن أو العدل، بالإضافة إلى التزام الراهن بإعطاء حق الرهن الذي يخول صاحبه الحق في حبس هذا الشيء تحت يده إلى حين استيفاء الدين المضمون بالرهن<sup>(1)</sup>.

ولعل حق الدائن المرتهن في حبس محل الرهن أوضح الحقوق التي يمارسها في مواجهة الكافة، وذلك لأن السلطة الفعلية التي يباشرها الدائن المرتهن أصالة أو عن طريق من يحوز لمصلحته<sup>(2)</sup> على محل الرهن، ميزة ينفرد بها في الرهن الحيازي عن باقي الحقوق العينية التبعية، لما فيها من غنى عن اللجوء إلى إجراءات نزع الملكية الجبري لاستيفاء الدين.

وسند هذا الحق في الفقه الإسلامي يستشف من تعاريف الفقهاء المسلمين للرهن الحيازي فقد جاء في تعريف الحنفية أنه: (جعل الشيء محبوساً بحق يمكن إستيفاءه من الرهن)<sup>(3)</sup> وكما جاء في المادة 701 من مجلة الأحكام العدلية قولها: (الرهن حبس مال. .)<sup>(4)</sup>.

وتضمنت باقي تعاريف الفقهاء ما ينبىء بذلك فتكاد تجمع على أن الرهن وثيقة تدفع للمرتهن للاستيفاء من ثمنها إن تعذر وفاء محل الالتزام من غيرها.

وفضلاً عن التعاريف فإن في أقوال الفقهاء المسلمين عند بيانهم لأحكام الرهن ما يدل على أن للدائن المرتهن الحق في حبس محل الرهن حتى يستوفي كامل دينه وهذا ما صرح به فقهاء المالكية<sup>(5)</sup> حيث قالوا: (. ويكون له - الدائن المرتهن - حبسه حتى يستوفي حقه منه أو من منافعه

..) أما الإباضية<sup>(6)</sup> قولهم: (إذا حبس في الدين وبعضه، لم ينزل محبوساً إلى آخر حق المرتهن).

وعن ماهية حق الدائن في حبس محل الرهن وشروطه فقد اتفق الفقهاء المسلمون على حق الدائن المرتهن في الامتناع عن إعادة محل الرهن إلى الراهن، أو تسليمه إلى من آلت إليه ملكيته بالبيع أو الهبة أو نحوها، ما دام الدين المضمون به لم يستوف بعد، وهذا الامتناع يقتضي بدهاء أن يكون محل الرهن تحت يد الدائن المرتهن وسلطته وحق المرتهن في حبس محل الرهن يجعل كل تصرف يقوم به المدين الراهن على محل الرهن موقوفاً على رضا المرتهن وهذا ما يقول به المالكية إذ جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير

: ( فله - للدائن المرتهن - إذا لم يدفع له الراهن دينه، حبسه حتى يستوفي حقه)<sup>(7)</sup>.

1- عبد الحميد عثمان محمد : المفيد في حق الملكية، المرجع السابق، ص 498.

2- كالعدل أو الحارس القضائي.

3- نظام : الفتاوى الهندية، المصدر السابق، ج 5، ص 431.

4- سليم رستم باز اللبناني: شرح المجلة، المرجع السابق، ص 384.

5- الصاوي : بلغة السالك، المصدر السابق، ج 2، ص 108.

6- محمد بن يوسف اطفيش: شرح كتاب النيل وشفاء العليل، المصدر السابق، ج 11، ص 66.

7- الدسوقي : حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج 3، ص 244.

وهو نفس ما يقول به الشافعية فقد جاء في كتاب الأم: ( .. لم يكن للراهن اخراجه - محل الرهن - من الراهن حتى يرأما في الرهن من الحق .. )<sup>(1)</sup>.

وقد حمل الفقه الإسلامي المسؤولية للعدل إن أعاد محل الرهن إلى الراهن بما يبطل الوثيقة ويحرم الدائن المرتهن منها.

فيلزم العدل بالضمان وجبر الضرر، وهذا بقول المالكية: ( .. وإن سلمه - أي الرهن - الأمين لأحدهما دون إذنها أو سلمه للراهن ضمها - أي قيمة محل الرهن - أو الثمن .. )<sup>(2)</sup>.

وقال الشافعية: ( .. ليس للعدل تسليمه إلى أحدهما دون حاجة فإن فعل ضمن للآخر .. )<sup>(3)</sup> وقال الحنابلة: ( ..

لودفعه العدل لأحدهما ضمنه للآخر .. )<sup>(4)</sup> وقال الإباضية: ( .. وضمن المسلسل المتفق عليه إن دفعه لأحدهما .. )<sup>(5)</sup>.

من خلال أقوال فقهاء المذاهب الإسلامية يمكن أن أجمل الشروط اللازمة لتوافرها ليتسنى للدائن المرتهن ممارسة حقه في حبس محل الرهن وهي:

- 1- استقرار ثبوت يد الدائن المرتهن - أصالة أو بواسطة - على محل الرهن.
- 2- عدم استيفاء الدائن المرتهن كامل دينه المضمون بالرهن.
- 3- ألا تكون طبيعة محل الرهن تتنافى والاحتباس - كما لو كان المرهون مما يتسارع إليه الفساد.

وحق الدائن المرتهن في حبس محل الرهن لا يقتصر على الدين المضمون فحسب، بل يتعداه إلى ما يعتبر من ملحقاته، على اعتبار أن محل الرهن كله ضامن لمحل الالتزام كله، وكل جزء من محل الرهن ضامن لكل جزء من كل الالتزام ولأن صفة الرهن واحدة وتفريقها لا يجوز، وهذا هو موقف فقهاء المذاهب الإسلامية قاطبة، فيستوي عندهم أن يكون محل الرهن شيئاً واحداً أو أشياء متعددة<sup>(6)</sup>، وقد شدد الشافعية في هذا الأمر وقالوا أن أطراف الرهن إذا ما اتفقوا على انفكاك جزء من محل الرهن نظير ما يدفعه الراهن من أقساط محل الالتزام فإن الرهن يفسد ويبطل لأن هذا الشرط ينافي مقتضاه<sup>(7)</sup> وإزاء هذا الموقف المتشدد يرى جانب آخر من الفقه الإسلامي أن محل الرهن إذا ما كان متعددًا وسمى المتعاقدان لكل منهما جزءاً من محل الالتزام، فإذا ما قضى الراهن جزءاً من محل الالتزام انفك ما يقابله من محل الرهن<sup>(8)</sup>.

1- الشافعي: الأم: المصدر السابق، ج 3، ص 140.

2- الدسوقي: حاشية الدسوقي، المصدر السابق، ج 3، ص 244.

3- الرافعي: فتح العزيز شرح الوجيز، ج 10، ص 119.

4- البيهوتي: كشف القناع، المصدر السابق، ج 3، ص 344.

5- محمد بن يوسف أطفيش: شرح كتاب النيل، المصدر السابق، ج 11- ص 103.

6- الكاساني: بدائع الصنائع، المصدر السابق، ص 153.

7- الشربيني: مغني المحتاج، المصدر السابق، ج 3، ص 141.

8- الكاساني: بدائع الصنائع: المرجع نفسه، ص 154.

وللاباضية رأي آخر ومفاده أن تجزئة محل الرهن إذا لم تلحق ضررا بالدائن المرتهن، فلا مانع من تجزئته (1) وينفك منه ما يضارع القدر الذي يوفيه الراهن. بعد عرض آراء الفقهاء في مسألة تجزئة أو عدم تجزئة محل الرهن بقي معرفة محل الالتزام المضمون بمحل الرهن وهل يقتصر على محل الالتزام الذي نشأ الرهن لضمانه، أم يمتد ليشمل النفقات والمصاريف وتعويض الأضرار التي يتحملها الدائن المرتهن بسبب وجود محل الرهن بين يديه؟ فأقول إن الفقه يكاد يجمع على تحمل الراهن بنفقات مؤنة محل الرهن وتبقيته وإصلاحه وإصلاح منافعه وانقسم بشأن نفقات حفظه بين من يحمل الراهن بهذه النفقات وبين من يحملها للدائن المرتهن وهم الحنفية(2).

غير أن السؤال الذي يبادر إلى الذهن، هل النفقات والمصاريف تعتبر دين في عين الرهن؟ أم دينا في ذمة الراهن؟ وهل يحبس محل الرهن حتى يستوفيهما؟ للإجابة على هذه الأسئلة ينبغي عرض مواقف الفقهاء المسلمين والتي يمكن حصرها في موقفين:

1- يرى جمهور الفقهاء عدم ضمان هذه النفقات بمحل الرهن لأنها تعتبر دينا عاديا في ذمة الراهن، ولا يجوز حبس محل الرهن بقصد استيفائها وهذا هو موقف الحنفية(3) والحنابلة(4) والاباضية(5).

2- وقف المالكية موقفا وسطا فذهبوا إلى أن الأصل في هذه النفقات أنها تكون في ذمة الراهن من خاص ماله ، ما لم يصرح الراهن بأنها مضمونة بالرهن(6) بل ذهبوا إلى أن الانفاق إذا ما كان ضروريا بمصلحة محل الرهن، فإنه ينبغي أن يكون مضمونا بمحل الرهن(7)، بمعنى جواز حبس محل الرهن ما دام الدائن المرتهن لم يستوفه.

وإذا ما جاز الترحيح بين الموقفين يرجح موقف المالكية خصوصا إذا ما كانت النفقات ضرورية للحفاظ على محل الرهن من الهلاك أو التلف. وخالصة القول أن الجمهور الأعظم من الفقهاء يرون عدم جواز حبس محل الرهن في دين آخر لا علاقة له بعين الرهن وتنشغل به ذمة الراهن.

1- محمد بن يوسف اطفيش: شرح كتاب النيل وشفاء العليل، المصدر السابق، ج 11، ص 104.

2- الكاساني : بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 6، ص 150.

3- الكاساني : بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 6، ص 151 حيث جاء فيه ( وإذا كانت محل الرهن - دابة فالعلف وأجرة الراعي عليه، وإن كانت نباتا فسقيه وتلقيح نخله ..عليه،سواء كان في قيمة الرهن فضل أو لم يكن، لأن هذه الأشياء من حقوق الملك، ومونات الملك على المالك).

4- ابن قدامة: المغني والشرح الكبير، ج 6، ص 410، حيث ذكر فيه ( لا يجوز الحبس في النفقة وإن أنفق بإذن الراهن ليكون الرهن رهنا بالنفقة والدين الأول لم يصر رهنا بالنفقة ).

5- محمد بن يوسف اطفيش: شرح كتاب النيل، المرجع نفسه، ج 11، ص 105.

6- الصاوي : بلغة السالك، المصدر السابق، ج 2، ص 130.

7- الصاوي : بلغة السالك، المرجع نفسه، ج 2، ص 131.

## وحق الحبس في القانون المدني : إن الرهن الحيازي مهما كان المال الذي انصب

عليه فهو يمنح صاحبه سلطة على الشيء المرهون (1) تمكنه من الاحتفاظ به والامتناع عن رده حتى يستوفي كامل حقه من أصل ونفقات، وفي ذلك تقضي المادة 962 ق.م.ج : (يخول الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون على الناس كافة، دون إخلال بما للغير من حقوق تحفظها وفقا للقانون وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه كان له الحق في استرداد حيازته من الغير وفقا لأحكام الحيازة) (2).

وإعطاء الدائن المرتهن سلطة حبس الشيء المرهون يتماشى مع طبيعة الرهن الحيازي باعتباره تأمينا يقتضي انتقال حيازة محله ويستتبع ذلك ضرورة بقاء هذه الحيازة للدائن المرتهن حتى يستوفي حقه، كما أن استمرار حيازة المرتهن للشيء المرهون يمكنه من الحصول على غلته، وخصم هذه الغلة من أصل الدين وملحقاته (3) وعلى هذا كان حق الحبس هو أحد السلطات التي يخولها الحق العيني التبعية للدائن المرتهن رهن حيازة، ويكون له بمقتضاه الامتناع عن التخلي عن محل الرهن طالما أن حق الرهن لم ينقض وبصفة خاصة أنه لم يستوف حقه كاملا وما لم تستعمل إحدى الرخص الواردة في المادتين 971، 972 ق.م.ج .

وقد يحدث أن يكون الشيء المرهون في حيازة أجنبي اتفق عليه المتعاقدان أو حارس عينته المحكمة وفقا لنص المادة 958 ف2 فيعتبر هذا الشخص حائزا لحساب الدائن المرتهن وعليه أن يحبس الشيء، فإذا أخل بواجبه سئل عما لحق الدائن من ضرر بسبب إهماله وتقصيره.

وسلطة الدائن المرتهن في حبس الشيء المرهون تظل قائمة ولو خرج هذا الشيء من يد الدائن المرتهن ما دام يسترده ممن غصبه وفقا لأحكام الحيازة، ويعتبر الشيء المرهون في هذه الصورة في حكم المسروق (4)، وعلى ذلك إذا كان الشيء المرهون منقولاً وباعه المختلس إلى مشتر حسن النية فيجوز للمرتهن أن يسترده من المشتري عن طريق دعوى استرداد الشيء المسروق خلال ثلاث سنوات ( المادة 836 ق.م.ج) (5)، وكذلك الشأن إذا كان المال المرهون عقارا فيسترد بواسطة دعوى استرداد الحيازة الواجب رفعها خلال سنة ( المادة 820 ق.م.ج) (6) أما إذا كان من انتقل إليه الشيء المرهون قد حازه إثر شرائه من سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله كان من حقه أن يطالب الدائن المرتهن بأن يعجل له الثمن الذي دفعه (7).

1- محمد وحيد الدين سوار : الحقوق العينية التبعية، ط 2، مطبعة دار الحياة، دمشق، 1978 ، ص 232.  
2- الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.  
3- شمس الدين الوكيل : الموجز في نظرية التأمينات، المرجع السابق ، ص 548.  
4- نبيل ابراهيم سعد : التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق ، ص 245.  
5- تنص المادة 836 ق.م.ج : (يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقده أو سرق منه أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن النية وذلك في أجل ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة).  
6- تنص المادة 820 ق.م.ج : (من حاز عقارا واستمر حائزا له مدة سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيازته جاز له أن يرفع خلال السنة دعوى بمنع التعرض).  
7- علي المحجوب : التأمينات العينية في القانون الكويتي، المرجع السابق ، ص 334.

إذا ما طلب استرداد الشيء كل ذلك تطبيقاً لمقتضيات المادة 836 ق.م.ج. وحق الحبس الممنوح للدائن المرتهن له أن يحتج به في مواجهة كل من له علاقة بالرهن من الناس كافة ، فهو يحتج به في مواجهة الراهن سواء أكان المدين أم الكفيل العيني وليس لهذا الأخير أن يسترد المرهون قبل الوفاء بالدين كاملاً، وله أن يحبسه في مواجهة مالكة<sup>(1)</sup> إذا كان الراهن غير المالك، كما لو ادعى المالك أن المنقول قد وقع رهنه دون علمه، وطالب باسترداده ، فللمرتهن أن يمتنع عن رد المرهون قبل أن يستوفي الدين المضمون، وله أيضاً أن يحبس المرهون في مواجهة مشتريه، وفي مواجهة دائني الراهن العاديين، والتالين له في المرتبة كما لو رتب مالك الشيء رهناً ثانياً عليه<sup>(2)</sup> فإن للمرتهن الأول أن يتمسك بحقه في الحبس في مواجهة المرتهن الثاني، ولكن ليس له أن يحبس المرهون في مواجهة من اكتسب حقا ثم حفظه وفقاً للقانون<sup>(3)</sup> ، فإذا كان المرهون عقاراً تم بيعه وتسجيله قبل قيد الرهن، فليس للدائن المرتهن أن يحتج بالحبس، أما إذا كان المرهون منقولاً فإن للدائن المرتهن أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز<sup>(4)</sup> ويحتج بها في مواجهة من اكتسب ملكية المنقول في تاريخ سابق وهذا ما قصده المشرع عند ما قرر في المادة 962 ف1 بقوله : ( تخول الرهن الدائن المرهن الحق في حبس الشيء المرهون على الناس كافة، دون إخلال بما للغير من حقوق تر حفظها وفقاً للقانون )<sup>(5)</sup> ولقد أثير تساؤل عما إذا كان يجوز التمسك بالحبس في مواجهة الذي رسا عليه المزاد في حالة البيع الجبري للشيء المرهون، فأجد الفقه والقضاء<sup>(6)</sup> يفرق بين الرهن الحيازي العقاري والرهن الوارد على المنقول، ففي حالة الرهن الحيازي على عقار يترتب على رسو المزاد تطهير العقار من كافة الحقوق المقيدة بما فيها الرهن الحيازي وتبعاً لذلك لا يحق للدائن المرتهن أن يحبس الشيء عن المرسو عليه المزاد ولو لم يكن الدائن قد استوفى حقه بعد. وهذا ما نصت عليه المادة 690 من قانون المرافعات المدنية المصري<sup>(7)</sup> التي تقضي بأنه:

( يترتب على تسجيل حكم مرسى المزاد أو الناشير به وفقاً لحكم المادة 688 تطهير العقار المبيع من حقوق الامتياز والاختصاص والرهن الرسمية والحيازة... )

1- حسين عبد اللطيف حمدان: التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 169 .  
2- نص المادة 1063 م سوري بأنه ( لا يمس الرهن بالحقوق العينية المحرزة بطريقة قانونية والمحتفظ بها على العقار قبل قيد الرهن في السجل العقاري ) وليس في القانون المدني الجزائري نصاً مماثل عدا الإشارة للمادة 962 ف1  
3- محمد وحيد الدين سوار : الحقوق العينية التبعية ، المرجع السابق ، ص 233 .  
4- نبيل ابراهيم سعد : التأمينات العينية والشخصية ، المرجع السابق ، ص 245 .  
5- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.  
6- حسام الدين كمال الأهواني : التأمينات العينية في ق.م.ج ، المرجع السابق ، ص 703 .  
7- السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق ، ج 10، ص 859 ، لا يوجد نص مماثل في قانون الإجراءات المدنية الجزائري الصادر بموجب الأمر 66-154 وما أدخل عليه من تعديلات غير ان قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، جاء بنص مماثل للنص المصري فقتضت المادة 764 ف2 على أنه ( يترتب على قيد حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية تطهير العقار أو الحق العيني العقاري من كل التأمينات العينية).

أما في الرهن الوارد على المنقول فإذا كان الدائن المرتهن هو الذي طلب البيع فلا يستطيع أن يحبس المنقول عن المرسو عليه المزاد لأن طلب البيع واللجوء إلى إجراءات التنفيذ الجبري يفيد ضمنا التنازل عن التمسك بالحق في الحبس وعلى الدائن أن يستوفي حقه من ثمن البيع وفقا لمرتبته، أما إذا كان الذي طلب البيع دائنا آخر غير المرتهن فإن الأخير لا يستطيع أن يتمسك بالحق في الحبس إخلالا بحقوق الغير التي تم حفظها قانونا قبل نفاذ الرهن، فلا يجوز التمسك بالحق في الحبس في مواجهة من تقرر لهم حق امتياز على هذا المنقول قبل نفاذ حق الدائن المرتهن، فإن طلب أحد منهم البيع فلا يجوز التمسك بالحبس في مواجهة من رسا عليه المزاد، أما إذا كان طلب البيع صادرا من دائن عادي أو دائن متأخر عن المرتهن أو صاحب حق امتياز تقرر بعد نفاذ حق الدائن المرتهن فيحق للأخير الامتناع عن تسليم الشيء إلى المرسو عليه المزاد طالما أنه لم يستوف حقه (1).

وأشير أخيرا إلى أن الحق في الحبس لا يتجزأ شأنه في ذلك شأن الحقوق العينية التبعية ويسري خصوصا في حالة وفاة المدين أو وفاة الدائن، ففي حالة وفاة المدين، يحق للدائن التمسك بالحق في الحبس في مواجهة كل وارث طالما أنه لم يستوف كامل حقه، ولا يؤثر في ذلك تسديد أحد الورثة لحصته، وفي حالة وفاة الدائن فلورثته التمسك بالحق في الحبس طالما أنهم جميعا لم يحصلوا على كامل الدين، ويظل الحق في الحبس قائما وينقضي إذا خرج الشيء المرهون من يد الدائن بإرادته حيث يؤدي ذلك إلى انقضاء الرهن وفقا للمادة 952 ق.م.ج.

وأصل إلى القول بأن القانون المدني الجزائري يوافق الفقه الإسلامي في حق الدائن المرتهن في حبس المال المرهون لحين استيفاء حقه الموثق بالرهن وإن دل هذا على شيء إنما يدل على أن مشروع التقنين المدني استقى أحكام حبس المرهون من القواعد الفقهية عموما والمالكية خصوصا.

وأنوه في الأخير بتميز حق الحبس الناتج عن الرهن عن الحق في الحبس المنصوص عليه بالمادة 200 وما بعدها من القانون المدني الجزائري، فحق الحبس الناتج عن الرهن هو إحدى سلطات أو مزايا الحق العيني الذي هو الرهن (2) وهو يمنح المرتهن حق الأفضلية والتقدم والتتبع أما الحبس المنصوص عليه بالمادة 200 وما بعدها فهو مجرد وسيلة في يد الدائن يضغط بها على المدين، لحمله على أداء ما إلتزم به، أي هو حق شخصي لا عيني (3)

### البند الثاني، حق التقدم

إن عقد الرهن الحيازي ينشئ بطبيعته للدائن المرتهن حقا عينيا تبعا متى أصبح هذا الرهن نافذا في مواجهة الغير بانتقال حيازة المال المرهون من الراهن إلى المرتهن

1- محمد لبيب شنب : دروس في التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص. 177.

2- حسين عبد اللطيف حمدان: التأمينات العينية، المرجع السابق، ص. 172.

3- السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج 10، ص 862.



والحق العيني التبعية الناشيء عن الرهن هو ما يسمى بحق التقدم والذي هو بحق قوام<sup>(1)</sup> الرهن الحيازي كما هو الشأن بالنسبة للتأمينات العينية الأخرى، وأحاول بسط حق التقدم في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

**ففي الفقه الإسلامي:** اتفق الفقهاء المسلمون<sup>(2)</sup> على أن الرهن يمنح المرتهن حق التقدم في استيفاء دينه من ثمن المال المرهون متقدما عن غيره من الدائنين الذين لم يترتب لهم على هذا المال حق قبل أن يحوزه المرتهن، ذلك أن حق الدائن المرتهن قد تعلق بعين المال المرهون مع تعلقه بذمة المدين في حين الدائنين العاديين فإن ديونهم تعلقت بذمة المدين وحدها.

وحق التقدم أو (حق الأفضلية أو الأولوية) هو حق الاختصاص كما جرى بالاصطلاح عليه عند بعض الفقهاء المسلمين<sup>(4)</sup> ، فإذا انعقد الرهن صحيحا كان أهم ما يترتب عليه من أحكام، اختصاص المرتهن ببيع المرهون والتقدم في ثمن المبيع على سائر الغرماء وهذا ما اتفق بشأنه الفقهاء.

ويعتبر حق الدائن المرتهن في التقدم من أهم الآثار التي يترتبها عقد الرهن لهذا المرتهن بل إن هذا الحق هو الذي يعطي الرهن أهميته باعتباره وثيقة ضمان للوفاء بالحقوق المالية في الذمة لأنه يجنب الدائن المرتهن أي مزاحمة من بقية الغرماء عند استيفاء حقه من المرهون بالتنفيذ عليه.

فحق التقدم يبقى ساكنا إلى أن يحل أجل الوفاء بالدين، فإن كان المرتهن هو الدائن الوحيد لهذا المدين فلا أهمية لحق التقدم لغياب المزاحمة وعلى العكس من ذلك تبرز أهمية حق التقدم عندما يكثر دائنو هذا المدين ويستدل على أحقية الدائن المرتهن في استيفاء حقه قبل غيره من الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة بالدليل العقلي المتمثل في:

- 1- سمير عبد السيد تناغو : التأمينات العينية ، منشأة المعارف الاسكندرية، 2000، ص 263.
- 2- جاء في بدائع الصنائع للكاساني : ج 8 ، ص 206 ( إذا بيع الرهن في حال حياة الراهن وعليه ديون اخرى فالمرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء، لأنه بعقد الرهن ثبت له الإختصاص بالمرهون فيثبت له الإختصاص ببذله وهو الثمن، وكذلك إذا بيع الرهن بعد وفاة الراهن وعليه ديون ولم يخلف مالا آخر سوى الرهن كان المرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء).
- وجاء في مواهب الجليل - ج 5 ص 8 ( والمرتهن أحق به من الغرماء حتى يقبض حقه).
- كما جاء في قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لمحمد بن احمد الغرناطي ، ص 334 مطبعة عالم الفكر 1985 ( إذا قبض الرهن ثم افلس الراهن او مات فالمرتهن أحق به من سائر الغرماء).
- وجاء في الأم جزء 3 ص 150 " قال الشافعي " ( وإذا بيع الرهن فالمرتهن أولى بثمنه حتى يستوفي حقه فإن لم يكن فيه وفاء بحقه حاص غرماء الرهن بما بقي من ماله غير مرهون وإذا اراد ان يحاصم قبل ان يباع رهن لم يكن له ذلك وفق مال غريمه حتى يباع رهنه ثم يحاصمهم به أفضل من رهنه).
- وجاء في المغني ج 4 ص 489 ( والمرتهن أحق بثمن الرهن من جميع الغرماء حتى يستوفي حقه حيث كان الراهن أو ميتا لأن حقه متعلق بعين الرهن وذمة الراهن معا وسائرهم يتعلق حقه بالذمة دون العين فكان أقوى لا نعلم في ذلك خلاف ).
- 3- عبد السيد تناغو : التأمينات العينية ، المرجع نفسه، ص 264.
- 4- الكاساني : بدائع الصنائع ، السابق السابق ، ج 8 ، ص 205.

1- تعلق حق الدائن المرتهن بعين الرهن دون سائر الغرماء، فإن لم يف المرهون بسداد دينه كان فيما بقي من دينه أسوة الغرماء<sup>(1)</sup>.

2- المرتهن يثبت له بعقد الرهن الاختصاص بالمرهون فيثبت له الاختصاص ببذله وهو الثمن ويستعمل الدائن المرتهن حقه في التقدم في مواجهة الدائنين العاديين.

والملاحظ أن حق التقدم في الفقه الإسلامي لا ينصب على العين نفسها ولكن ينصب على قيمتها الاقتصادية أو ماليتها كما يعبر عنه الفقهاء<sup>(2)</sup> وهذه المالية أو القيمة تتمثل في الثمن الذي تباع به العين أو الضمان، وقد صرح بذلك الكاساني بقوله: (إذ بيع الرهن في حال

حياة الراهن وعليه ديون أخرى فالمرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لأن بعقد الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون فيثبت له الاختصاص ببذله ..)<sup>(3)</sup>.

وفي حال هلاك المرهون أو تلفه ينصب حق التقدم على المال الذي حل محل المرهون الهالك أو التالف لاتفاق الفقهاء على ثبوت الاختصاص بالمرهون للمرتهن وبالتبعية يثبت له الاختصاص بما حل محله في حالة هلاكه أو تلفه<sup>(4)</sup>.

**وفي القانون المدني الجزائري** تقضي المادة 948 ق.م.ج بأن للدائن المرتهن رهن حيازة أن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن المال المرهون في أي يد يكون، فيضع نص المادة 948 حكما يتضمن سلطة أساسية تلازم الحقوق العينية التبعية ومردّها أن الدائن المرتهن يتعلق حقه بالكيان الاقتصادي للمال المرهون<sup>(5)</sup>، فيخول له حق اقضاء أي دائن عادي أو دائن حاصل على تأمين خاص ولكنه يحتل مرتبة متأخرة عن المرتهن، غير أن مسألة التقدم لا تثار إلا إذا وجد تنازع<sup>(6)</sup> على ثمن الشيء المرهون بين المرتهن ودائنين آخرين للراهن لعدم كفايته للوفاء بديونهم جميعا، فإذا حدث مثل هذا التنازع كان للدائن المرتهن الورقة الخضراء في الأولوية في استيفاء حقه على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة.

وتتحدد مرتبة حق المرتهن على الشيء المرهون كمبدأ عام بحيازته لهذا الشيء بالإضافة إلى قيد الرهن إذا كان محله عقارا أو ثبوت تاريخ العقد إذا كان منقولا والتظهير إذا كان سندا أذنيا.

1- الصنعاني: (أحمد بن القاسم العنيسي اليمني الصنعاني)، التاج المذهب في أحكام المذهب، ط 1، دار الحكمة اليمانية، 1993، ج 3، ص 241، حيث جاء فيه ( والمرتهن أحق بقدر دينه من ثمن الرهن من سائر الغرماء إذ هو اخص منهم ).

2- مصطفى راتب: نفاذ الرهن، المرجع السابق، ص 573.

3- الكاساني: بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 8، ص 206.

4- السرخسي: المبسوط، ط 3، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، 1978، ج 2، ص 85/ حاشية الخرخشي، م س، ج 6، ص 167.

5- مصطفى راتب: المرجع نفسه، ص 573.

6- عبد الحميد عثمان: المفيد في حق الملكية، المرجع السابق، ص 500.

ويباشر الدائن المرتهن حق التقدم بحسب مرتبته على الثمن الناتج من بيع الشيء المرهون وكل ترجمة نقدية<sup>(1)</sup> له سواء كان تعويضا عن هلاكه أو ثمنا تقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة أو مصاريف ضرورية أنفقت للمحافظة عليه أو على العقد المنشئ للمدين وعقد الرهن وقيده وتنفيذه وهذا كله تأسيسا على أحكام المادة 963 ق.م.ج التي تنص على أنه: ( لا يقتصر الرهن الحيازي على ضمان أصل الحق وإنما يضمن أيضا وفي نفس المرتبة ما يلي:

- المصاريف الضرورية التي أنفقت للمحافظة على الشيء.

- التعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشيء.

- مصاريف العقد الذي أنشأ الدين ومصاريف عقد الرهن وقيده عند الاقتضاء.

- المصاريف التي اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازي<sup>(2)</sup>.

وما يمكن استخلاصه من نص المادة 963 التي تقابل المادة 1111 ق.م.م والمادة 1471 من قانون المعاملات الإماراتي والمادة 1027 مدني كويتي أن التشريع الجزائري على غرار أغلب التشريعات المدنية العربية لم يدخل من المصاريف التي أنفقت على الشيء فيما يضمن الرهن إلا الضرورية منها فقط، وعلى ذلك لا يضمن الرهن ما تم انفاقه من مصاريف نافعة<sup>(3)</sup> ومع ذلك يكون للدائن حق حبس الشيء المرهون حتى يستوفي هذه المصاريف ولكن ليس بناء على عقد الرهن بل استنادا إلى القواعد العامة في الحبس المنصوص عليها بالمادة 200 ق.م.ج وما بعدها، كما أن الرهن الحيازي يضمن جميع الفوائد المستحقة للدائن حتى رسو المزاد<sup>(4)</sup> ومرد ذلك إلى أن الدائن المرتهن يستوفي أغلب الأحيان الفوائد من غلة الشيء المرهون ومردودية الانتفاع به مما يحول وتراكم هذه الفوائد، وبديهي أن الذي يدخل من هذه المبالغ ويستوفيه الدائن المرتهن بالتقدم عند التنفيذ على المال المرهون هو ما بقي منها بعد ما خصمه الدائن من ريع هذا المال طبقا لنص المادة 956 ق.م.ج.

وأخلص إلى أن القانون المدني الجزائري يتفق مع الفقه الإسلامي في اقرار حق التقدم على ثمن الشيء المرهون عند بيعه وقصرهما لحق التقدم على الدين المضمون دون الامتداد إلى غيره من الديون الأخرى، كما تميز القانون المدني الجزائري عن الفقه الإسلامي في اقرار تقدم الدائن المرتهن عن المرتهنين التاليين له في المرتبة لتمييز الفقه الإسلامي بعدم اقرار رهن الشيء مرة ثانية لدائن آخر بعد الرهن الأول مرتبة البطلان إلا بإجازة المرتهن.

1- محمد وحيد الدين سوار: الحقوق العينية التبعية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 237.  
2- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.  
3- محمد لبيب شنب: دروس في التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 179.  
4- نبيل ابراهيم سعد: التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 247.

## البند الثالث، حق التتبع

قد لا يحتاج الدائن المرتهن إلى استعمال سلطة التتبع إذا ظل الشيء المرهون مملوكا للراهن حتى وقت التنفيذ عليه، ولكن إذا ما انتقلت ملكية الشيء المرهون بعد الرهن إلى شخص آخر فتظهر أهمية استعمال الدائن المرتهن لسلطة تتبع الشيء رغم حيازته له لينفذ عليه في مواجهة مكتسب الملكية شريطة أن يكون الرهن نافذا في مواجهة المالك الجديد، وأعمل على شرح هذا الحق في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

**ففي الفقه الإسلامي** ينص بحق التتبع في الرهن ملاحقة الدائن المرتهن المال المرهون في أي يد يكون سواء فعليا أو حسيا<sup>(1)</sup> ويظهر ذلك بوضوح حين يغتصب أو يسرق أو يضيع المال المرهون على اعتبار أن الفقه الإسلامي كما مر معنا يمنع الراهن من إجراء أي تصرف في محل الرهن، بما يفضي إلى زوال الملك من الراهن ونقله لآخر أو بما ينقص محل الرهن بترتيب التزام عليه وإن حصل شيء من ذلك حق للدائن المرتهن تتبع محل الرهن والتنفيذ عليه لاستيفاء حقه من ثمنه أو من المقابل النقدي له، وذلك سواء كان التصرف الممنوع صدوره من الراهن ناقلا للمرهون أو بإجراء عقد من العقود اللازمة عليه كإعارته في الفقه المالكي<sup>(2)</sup>، أو إيجارته في الفقه الحنفي<sup>(3)</sup> وهذا لا يعني بالضرورة قطع السبيل على الراهن في إجراء التصرفات الشرعية بإبرام العقود اللازمة مع عدم نفاذها في حق الدائن المرتهن إلا بإجازته لها وهذا هو موقف الجمهور من هذه المسألة وفي ذلك يقول الكاساني : ( ليس له -الراهن- أن يبيعه -محل الرهن- من غير المرتهن بدون إذنه لما فيه من إبطال حقه من غير مرضاه - وليس له أن يهبه ، أو يتصدق به على غيره غير إذنه أي إبطال حقه في الوثيقة )<sup>(4)</sup> وجاء في العزيز شرح الوجيز : ( وهو -أي الرهن- ممنوع عن كل تصرف قولي يزيل الملك كالبيع والهبة أو ينزاح حقه كالرهن من غيره أو ينقص محل الرهن - كالتمزيق - أو يقلل الرغبة كالإجارة التي تنقضي مدتها قبل حلول الدين )<sup>(5)</sup> ، كما جاء في كشف القناع : (وتصرف الراهن في رهن لا رهن أي مقبوض بغير إذن المرتهن بما يمنع ابتداء عقده كهبه ووقف وبيع ومرهن ونحوه لا يصح لأنه تصرف يبطل حق المرتهن في الوثيقة<sup>(6)</sup> لأننا لو صححنا تصرفاته لفاتت الوثيقة )<sup>(7)</sup> .

1- مصطفى عياد : رهن الدين وتنظيم أحكامه بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، بحث مقارن ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، أشرف د/ يوسف قاسم ، 1983 ص 465 .  
2- التسولي : البهجة في شرح التحفة ، المصدر السابق ، ص 693 .  
3- علي حيدر : درر الحكام ، المصدر السابق ، مجلد 2 ، كتاب 5 ، ج 10 ، ص 130 حيث جاء فيه ( ولكن إذا أجره تكون الإجارة باطلة ولا ينتقص الرهن بهذه الإجارة والإجارة ) .  
4- الكاساني : بدائع الصنائع ، المصدر السابق ، ج 6 ، ص 152 .  
5- الرافي : فتح العزيز شرح الوجيز ، المصدر السابق ، ج 10 ، ص 141 .  
6- الكاساني بدائع الصنائع ، المصدر نفسه ، ص 152 .  
7- الشربيني : مغني المحتاج ، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 130 .

والراهن والمرتهن ممنوعان من التصرفات القولية كالبيع والهبة والرهن وكذا التصرفات الفعلية فجميعا يمنع المرتهن من إتيانها ويستلزم حق التتبع في الفقه الإسلامي أن توجه الدعوى إلى من في يده العين، فلو غصب إنسان شيئاً مرهوناً ثم باعه أو غصب منه فإن صاحبه يطالب من في يده الشيء ليرده إليه ولا يطالب الغاصب الأول تأسيساً على القاعدة الفقهية العامة التي تقول: (دعوى العين لا تقام إلا على ذي يد) (1).

وعلى ذلك إذا قام الراهن بسرقة المرهون أو غصبه كان للدائن المرتهن مطالبته باسترداده بدعوى الاسترداد العقدية استناداً لعقد الرهن لأن الرهن محمل بالتزامه بضمان سلامته، أما إذا قام الغير باختلاس المرهون أو غصبه كان للدائن المرتهن المطالبة باسترداده ، إما بالدعوى العينية باعتباره صاحب حق عيني على المرهون (2) وإما بدعوى مدينه المالك وهي دعوى غير مباشرة يرفعها بإسم مدينه على الغير يطالب فيها برد الرهن.

**أما في القانون المدني الجزائري فإن حق التتبع يبقى ساكناً لا يتحرك إلا إذا انتقلت ملكية العين المرهونة إلى شخص آخر - فعند التنفيذ (3) يتحرك حق الدائن المرتهن في تتبع الشيء المرهون ويحتج بهذا الحق على الغير الذي انتقلت إليه ملكية الشيء، ويتقدم على الدائنين العاديين وعلى الدائنين التاليين له في المرتبة وهذا ما أشار إليه نص المادة 948 ق.م.ج حيث أفاد أن للدائن المرتهن رهن حيازة أن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة وهذا هو التتبع (4) ويقصد به حق الدائن في التنفيذ على الشيء المرهون ولو انتقلت ملكيته إلى غير الراهن ما دام الرهن نافذاً في حق من انتقلت إليه الملكية.**

وقد أفصحت عن حق التتبع صراحة المذكرة الإفتاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بقولها: (والرهن إذا ترتب على الشيء وأصبح نافذاً في حق الغير يعطي الدائن المرتهن سلطة على الشيء هي أن لا تحبس في مواجهة الراهن والغير وأن ينفذ عليه بالتبع فيسئو في حقه من الثمن مقدماً على من ينلوه من الدائنين ومثبعا العين في يد من انتقلت إليه ملكيتها) (5).

1- مصطفى راتب: نفاذ الرهن، المرجع السابق، ص 667

2- الخرشى: شرح الخرشى، المصدر السابق، ج 5، ص 237.

3- السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج 10، ص 850.

4- نبيل إبراهيم سعد: التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 248.

5- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 7، ص 234، 235.

وجاء في نفس المذكرة في موضع آخر: (أما ترتيب حق عيني على الشيء المرهون يستوفي بمقتضاه الدائن الدين متقدما ومتبعا) (1).

وتثبت سلطة تتبع الشيء المرهون للدائن المرتهن سواء كان الشيء عقارا أو منقولا، فإن كان عقارا فإن من انتقلت إليه ملكية العقار لا يعد حائزا ولا تكون له خيارات الحائز إلا بالوفاء بحق الدائن المرتهن ليحل محله وفقا للقواعد العامة في الوفاء مع الحلول وعلى هذا الأساس لا يحق له أن يطلب تطهير العقار أو التخلية ولا يمكنه تفادي إجراءات نزع الملكية ولكن إذا كانت الحيازة قد انتقلت إلى الراهن بصفته مستأجرا من المرتهن وذكر ذلك في قيد الرهن أو تم التأشير به على هامش القيد فإن حق الدائن المرتهن يكون نافذا في مواجهة الغير طبقا لنص المادة 967 ق.م.ج.

أما إذا كان الشيء المرهون منقولا فيكون للدائن أيضا حق تتبعه (1) وإجراءات التتبع في المنقول كقاعدة عامة هي الحجز على المنقول (2) إلا إذا أصطدم بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز (3).

وهكذا أجد أن حق التتبع في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني لا يستعجل إلا عند انتقال ملكية الشيء المرهون إلى الغير وحلول أجل الوفاء دون مبادرة المدين الراهن إلى تسديد الدين المضمون ويتميز حق التتبع في الفقه الإسلامي بعدم نفاذ التصرف في المرهون إلا إذا أذن الدائن المرتهن.

## الفرع الثالث

### الموازنة

- يتفق الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري بعدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل إلا على ما رهن منها.
- اختلف الفقهاء المسلمون من منح الدائن المرتهن حقه في تملك الشيء المرهون بالرفض المطلق عند الحنفية وبغير المنكر عند الحنابلة وبالجواز مع التقييد عند الشافعية والمالكية. أما القانون المدني الجزائري فقد أجاز للمرتهن تملك الشيء المرهون بموجب أمر قضائي على أن تحسب قيمته وفق تقدير الخبراء، على أن يكون الشيء المرهون منقولا فقط.
- استمرار حبس الشيء المرهون شرط في الفقه المالكي وفي القانون المدني الجزائري،

1- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 7 ، ص 193.  
2- سمير السيد نناغو : التأمينات العينية، المرجع السابق ، ص 264.  
3- محمد وحيد سوار الدين : الحقوق العينية التبعية، المرجع السابق ، ص 236.

- فرجوع المرهون إلى الراهن بإختيار المرتهن يؤدي إلى انقضاء الرهن.
- اتفق الفقه والقانون المدني الجزائري على أن رجوع المرهون إلى حيازة رهنه دون علم المرتهن أو دون إرادته لا يؤثر في عقد الرهن.
  - استثنى القانون حالة رجوع المرهون إلى الراهن بعقد الإيجارة إذا كان عقارا متى قام المرتهن بشهر هذا الإيجار ، وجاء هذا الاستثناء أخذا عن الفقه المالكي.
  - يقرر الفقه الإسلامي حق الدائن المرتهن في الامتناع عن إعادة محل الرهن إلى الراهن أو تسليمه إلى من آلت إليه ملكيته ما لم يستوف الدين المضمون، وهو ما يقرره أيضا القانون المدني الجزائري.
  - يتفق الفقه الإسلامي والقانون المدني على تحميل الراهن نفقات مؤنة محل الرهن وتبقيته وإصلاحه.
  - يقرر القانون المدني بأن الحق المضمون بالرهن يشمل أصل الحق والنفقات في حين وقف الفقه الإسلامي بشأن النفقات مواقف: موقف يرى أنها دين عادي ومن ثم فلا ضمان وهو رأي جمهور الفقهاء ووقف المالكية موقف وسط فجعلوا النفقات من خالص مال الراهن إلا إذا صرح بأنها مضمونة بالرهن.
  - اتفق القانون المدني الجزائري مع الفقه الإسلامي على أن كلا منهما أقر الحق في التقدم لصالح المرتهن على المقابل النقدي للدين المرهون بأفضلية عن بقية الدائنين إذا لم يف به المدين عند حلول أجل استحقاقه.
  - يتفق القانون المدني الجزائري مع الفقه الإسلامي في أن الدائن المرتهن يستعمل حق التقدم في حالة اعسار المدين وعدم كفاية أمواله لتسديد ديونه مع تعدد دائنيه.
  - يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي على انتقال حق الدائن المرتهن من الشيء المرهون إلى البديل أو العوض الذي حل محله<sup>(1)</sup>.
  - يتميز الفقه الإسلامي بتحميله النفقات من نفقة إبرام عقد الرهن ونفقات المحافظة على المرهون وصيانته ونفقات التنفيذ للمدين الراهن من ماله ولا تضمن بالرهن ولا يتحملها المرتهن إلا عند الضرورة أو بالاتفاق.
  - في حين يقرر القانون المدني الجزائري إلحاق هذه النفقات والمصاريف إلى أصل الدين المضمون بالرهن.
  - يحرم الفقه الإسلامي فوائد الدين المضمون لأنها ربا فلا يجوز أخذها ولا يجوز ضمانها بالرهن.

1- مصطفى راتب : نفاذ الرهن ، المرجع السابق ، ص 595.

- ويجيزها القانون المدني الجزائري بالمادة 176 ق.م.ج ويجعلها مضمونة بالرهن طبقا للمادة 963 ق.م.ج.
- اتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في أن حق التتبع حق مقرر لصالح المرتهن على المرهون وملاحقته في أي يد يكون.
- خالف القانون المدني الجزائري الفقه الإسلامي في المقصود بالتتبع فالتتبع في الفقه الإسلامي هو ملاحقة المرتهن للمال المرهون في أي يد يكون فعليا أو حسيا على اعتبار أن الفقه الإسلامي يمنع الراهن من أي تصرف يفضي إلى زوال الملك أو ترتيب التزام عليه.
- أما القانون المدني الجزائري فالتتبع يتحرك إذا انتقلت ملكية الشيء المرهون إلى الغير وبذلك فهو حق المرتهن في التنفيذ على الشيء المرهون ولو انتقلت ملكيته لغير الراهن مراعاة قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز.
- اتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي على عدم استعمال الدائن المرتهن لحق التتبع عند حلول أجل الوفاء وتقاعس المدين عن تسديد الدين المضمون ويستثني ذلك حالة خروج المرهون من تحد يد الدائن المرتهن دون إرادته أو دون علمه، حيث يجب عليه في هذه الحالة أن يبادر بملاحقة المرهون فور علمه بسرقة أو غصبه أو اختلاسه أو ضياعه لاسترداد حيازته إليه.
- يتميز حق التتبع في الفقه الإسلامي بعدم نفاذ تصرف الراهن في المرهون بعد الرهن دون إذن المرتهن في حين أن تصرف الراهن في القانون المدني ينفذ سواء أذن المرتهن أم لم يأذن ، مع امكانية احتجاج المرتهن بحق الرهن في مواجهة من تصرف له الراهن. أي أن الفقه الإسلامي عموما يجعل يد المتصرف إليه على المرهون غير شرعية، بينما القانون المدني الجزائري يحول يد المتصرف إليه على المرهون شرعية لأنه يسمح للراهن بالتصرف في المرهون.





## الخاتمة

بعد تحرير فصول الموضوع ومباحثه بمنهج علمي، أخلص إلى أهم النتائج التي تم التوصل إليها بعون الله وتوفيقه، فيما يلي :

**أولاً :** أفضت الدراسة إلى أن القانون المدني الجزائري لم يبارح رحاب ما صاغه الفقهاء المسلمون في معالجتهم لموضوع الرهن الحيازي ففي مجال التأصيل وجدت القاسم المشترك بين الفقه الإسلامي ونصوص القانون المدني الجزائري هو نقل محل الرهن من يد المدين الراهن أو الكفيل العيني إلى الدائن المرتهن أو العدل كوسيلة توثق لضمان الوفاء عند التعذر وهذا هو جوهر الرهن الحيازي وسبب تأصيله في وجدان الإنسان المسلم وتشبثه باستمرار العمل به ، حتى وإن ظهرت بدائل عن نقل الحيازة ، فهي بدائل تعد أكثر توثقا للحق وأفضل ضمانا للوفاء ، مما يدعم ركائز الرهن الحيازي ويقوي أساسه ويستمر كنظام يحافظ على الحقوق المالية ، لا يمكن الاستغناء عنه سواء من الأفراد أو المؤسسات وهو وسيلة الضمان الأولى وسند التأمينات العينية خصوصا في المجتمع الجزائري الذي يعيش فراغا رهيبا في ظل قصور المنظومة القانونية المنظمة للعقار مهما كانت طبيعته ، بانعدام السندات الرسمية للملكية واستمرار العمل بالسندات العرفية حتى في ظل صدور قانون يبطلها.

**ثانياً :** خلصت الدراسة إلى أن نظام الرهن الحيازي لئن كان يتميز بالرضائية في الأساس إلى أن ظهور أساليب حديثة تلزم تسجيل الرهن وقيده مهما كان المال المرهون يجعل العمل بنظام الرهن الحيازي يغني عن الرهن الرسمي ، سيما وأن الأول يرد على العقار والمنقول خلافا للثاني الذي يقتصر على العقار فقط ، الأمر الذي يجعل الرهن الحيازي أعم وأشمل ، وفي هذا اتجاه نحو التخلي عن خاصية الرضا وإبدالها بالرسمية، ولعل شمولية الرهن الحيازي يستمدّها من كونه النظام الذي عنته الشريعة الإسلامية بقواعدها ونظمتها بأحكامها انطلاقا من آية الرهن وبعض الأحاديث الشريفة التي أصبحت تعرف بكتاب الرهن الذي أدخل عليه الفقهاء توسعة أفرزت مسائل وجزئيات استمر العمل بها وسيستمر إلى يوم الدين.

**ثالثاً :** كشفت الدراسة عن تطابق بين أحكام الفقه المالكي خصوصا وأحكام القانون المدني الجزائري في عدم اعتبار نقل الحيازة ركنا في العقد ، وإمكانية بقاء المرهون في حيازة وسيطرة المدين الراهن وهذا ما يجعل الأساليب الحديثة المتبعة في نفاذ الرهن الحيازي لا تتعارض مع ما قرره الفقه الإسلامي في هذا الصدد .

**رابعاً :** خلصت الدراسة إلى أن التخلي عن نقل حيازة العين المرهونة وإبقائها بيد الراهن تحقق المقصد الشرعي من الرهن وتعمل على تفعيل دواليب الاقتصاد القومي لما يبذله مالك الشيء من المحافظة والعناية والاستثمار الجاد ، وفي المقابل تضمن للدائن المرتهن استيفاء حقوقه بتقديم ضمانات أقوى من قبض المرهون وهو أسلوب يبث الثقة والطمأنينة بين المتعاملين في المجال المالي فيشجعهم على إنشاء الرهن لزوال الخوف من الجحود والإنكار فضلا عن تنشيط الحركة التجارية والمالية بحفظ حقوقهم وقطع المنازعات بينهم بعد أن صار الرهن حكما بين المتعاقدين يرفع الريبة الناشئة من تغير الأزمان بالرجوع إلى الوثيقة.

**خامساً :** بعد أن كشفت الدراسة عن تطابق ما توخاه الشرع الإسلامي من الرهن الحيازي مع مضمون النصوص القانونية المنظمة له في الغالب الأعم وثبت أن الرهن الحيازي هو النظام الذي يقصده الفقه الإسلامي دون غيره كان من واجب المشرع الجزائري أن يدخل تعديلات جوهرية على النصوص التي تحكم الحقوق العينية التبعية فينظم نصوص و مواد الرهن الحيازي قبل الرهن الرسمي لأن الأول أسبق في الظهور وهو الذي قصدته الشريعة الإسلامية فمن باب أولى أن يترتب قبل باقي الحقوق العينية هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإنه وباعتبار الرهن الحيازي نطاقه المعاملات المالية ، فإنه لا يصح استمرار العمل بنصوص سنت في ظل الاقتصاد المنظم وسريانها في وقت تحول فيه النظام الاقتصادي من الاقتصاد الاشتراكي إلى الاقتصاد الحر دون تعديلات تتماشى والتوجه الاقتصادي السائد .

وختاما أهيب بالمشرع الجزائري إلى الإسراع في سن قوانين تنظم رهن السيارات والمركبات على غرار رهن السفن والطائرات والاستغناء عن نصوص القانون الفرنسي الساري العمل به لحد الآن ، كما أناشده بالعمل على إيجاد منظومة قانونية محكمة تحمي المال العام والخاص من كل الأصناف التي تشكل خطرا عليه.

وفي الأخير أفتبس كما سبقني إلى ذلك الكثير من الأساتذة الأفاضل - مقولة العماد الأصفهاني - حين يقول:

( إنني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يومه إلا قال في غره، لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زير هذا لكان يستحسن، ولو قرع هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل استيلاء النقص على جملة البشر) ﴿ ربنا تقبل منا إنك أنت السميع العليم ﴾ (1)

# الفهارس

- فهرس الآيات القرآنية
- فهرس الأحاديث النبوية
- فهرس الآثار
- فهرس النصوص القانونية
- فهرس الأعلام
- فهرس مصادر ومراجع البحث
- فهرس الموضوعات

## فهرس الآيات القرآنية حسب ترتيب السور

الصفحة	رقم الآية	إسم السورة	بداية الآية
190	126	البقرة	ربنا تقبل منا
156	188	البقرة	ولا تأكلوا أموالكم بينكم
17	282	البقرة	يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم
16،17	283	البقرة	وان كنتم على سفر
79.78.77.3	283	البقرة	فرهان مقبوضة
93.17	283	البقرة	فإن امن بعضكم بعضا
156	29	النساء	يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم
93	1	المائدة	يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود
93	34	الإسراء	أوفوا بالعهد
أ	46	الكهف	المال والبنون زينة الحياة الدنيا
ح	4	المتحنة	ربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا
79.3	38	المدثر	كل نفس بما كسبت رهينة

## فهرس الأحاديث النبوية حسب ورودها في البحث

الصفحة	بداية الحديث
3	نفس المؤمن مرهونة بدينه
15	لا يجل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه
17	توفي رسول الله ﷺ ودرعه مرهونة
33	ذهب حقاك
33	إذا هلك الرهن هلك الدين
159 . 153 . 130 . 80 . 36 . 17	لا يغلر الرهن من رهنه
37	الرهن من رهنه
80 . 48	الرهن مركوب ومحلوب
94 . 143	لا بأس بذلك إذا كنت بسعر يومه
151 . 146 . 17	الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا
162	لا يغلر الرهن له غنمه
68	إن الله حرم بيع الخمر والميتة
130	الخراج بالضمان
139	لا ضرر ولا ضرار
143	لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم
146	إذا بايعت فقل لا خلافة
147	كل قرض جر نفعاً فهو ربا
152	إذا هلك الرهن هلك الدين
171	المسلمون على شروطهم إلا شرطا

## فهرس الأثار حسب ورودها في البحث

الصفحة	بداية الأثر	قائل الأثر
5	بذل من له البيع ما يباع او غررا	ابن الحاجب
33	ان ما يغاب عليه من الرهن مضمون على كل حال	الإمام مالك
130	يترادن الفضل	علي ابن أبي طالب
153 .130	الرهن وثيقة فأن هلك فليس عليه غرم	عطاء
160	ان الرهن تبطله الشروط الفاسدة	الكاساني

## فهرس النصوص القانونية الواردة في البحث

الصفحة	التقنين	رقم المادة	بداية النص
64.09	ق.م.ج	948	الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره
09	ق.م.م	1096	الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره
09	ق.م.عراقي	1321	الرهن الحيازي عقد به يجعل الراهن مالا محبوسا في يد المرتهن أو ...
10	ق.م.أردني	1372	الرهن الحيازي هو احتباس مال في يد الدائن أو يد عدل ..
10	معاملات مدنية اماراتية	1448	الرهن الحيازي عقد ينشئ الحق في احتباس مال في يد الدائن
10	ق.م.فرنسي	2071	عقد يسلم به مدين شيئا لدائن ضمانا للدين
13	ق.م.ج	892	كل جزء من العقار والعقارات المرهونة ضامنة لكل الدين
14	ق.م.ج	966	يشترط في نفاذ الرهن العقاري
15	ق.م.ج	892	كل جزء من العقار والعقارات المرهونة ضامن لكل دين
22	ق.م.ج	966	يشترط لنفاذ عقد الرهن العقاري في حق الغير
23	ق.م.ج	905	تسري على اجراء القيد وتجديده
24	مرسوم 63.76	93	يمكن ان يطلب بمجرد تقديم الاصل
25	مرسوم 63.76	92	وكل عقد للرهن يجب ان يشتمل
25	مرسوم 63.76	96	تحتفظ التسجيلات بالرهن
26	ق.الرهن العقاري المصري	43	يسقط القيد
29	ق.م.ج	967	يجوز للدائن المرتهن لعقار
32,37	ق.م.ج	968	يجب على الدائن المرتهن
34	ق.م.ج	955	اذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون
182.38	ق.م.ج	963	لا يقتصر الرهن الحيازي
38	ق.م.ج	969	أن يستنزل من الثمار
38	ق.م.ج	896	على المالك الذي يرد
39	ق.م.ج	839	واذا كانت المصروفات
42	ق.م.ج	969	يشترط لنفاذ رهن المنقول
49.48	ق.م.ج	975	لا يكون رهن الدين نافذا
49	ق.م.ج	969	ان يدون العقد في ورقة
51	ق.م.ج	326	اذا لم يوجد اصل الورقة
51	المرسوم 250/02	97	تسلم المصلحة المتعاقدة
52	ق.م.ج	976	يتم رهن السندات
53	ق.تجاري ج	31	اما بالنسبة للاسهم
55	ق.بحري ج	55	يكون الرهن البحري
55	ق.ب.ج	57	يجب ان يكون الرهن
57	ق.طيران مدني ج	32	يمكن ان تكون الطائرات
57	ق.طيران ج	34	في حالة فقدان الطائرة



65	ق.م.م	1032	يجب ان يكون الرهن
66	ق.م.ج	891	يجوز ان يترتب الرهن
71,69	ق.م.ج	950	لا يكون محلا للرهن الحيازي
73	ق.م.ج	59	يتم العقد بمجرد
102,81	ق.م.ج	961	يجب لنفاذ الرهن
85	ق.م.ج	951	ينبغي على الراهن
86	ق.م.ج	361	يلتزم البائع
88,89	ق.م.ج	887	يشمل الرهن
90	ق.م.ج	952	اذا رجع المرهون
93	ق.م.ج	964	ينقضي الرهن
95	ق.م.ج	285	اذا قبل الدائن
98	ق.م.ج	300	لا تقع المقاصة
108,109,99	ق.م.ج	965	ينقضي ايضا حق الرهن
110	ق.م.ج		
101	ق.م.ج	306	تسري على الابرء
101	ق.م.ج	305	ينقضي الالتزام
102	ق.م.ج	307	ينقضي الالتزام
103	ق.م.ج	308	يتقادم الالتزام
1,3	ق.م.ج	318	ينقطع التقادم
112,123	ق.م.ج	953	يضمن الراهن سلامة الرهن
125	ق.م.ج		
112,142	ق.م.ج	958	اذا أساء الدائن
120	ق.م.ج	211	اذا لم يقدم للدائن
121	ق.م.ج	367	وقد يتم التسليم
128	ق.م.ج	898	وفي حالة الاستعجال
133	ق.م.ج	954	يضمن الراهن هلاك الشيء
133	ق.م.ج	899	اذا تسبب الراهن
133	ق.م.ج	900	اذا هلك العقار المرهون
140	ق.م.ج	972	يجوز للراهن
143	ق.م.ج	903	يكون باطلا
144	ق.م.ج	810	تصح الحيازة
148	ق.م.ج	956	ليس للدائن
153	ق.م.ج	955	اذا تسلم الدائن
158	ق.م.ج	959	يجب على الدائن المرتهن
161,163	ق.م.ج	903	يكون باطلا كل اتفاق
169	ق.م.ج	902	يمكن للدائن
169	ق.م.ج	901	اذا كان الراهن
170	ق.م.ج	973	يجوز للدائن المرتهن
170	ق.م.ج	981	اذا اصبح كل من الدين
177,178	ق.م.ج	962	يخول الرهن الدائن
178	ق.م.رافعات. مصري	690	يترتب على تسجيل
67	قانون أسرة	81	من كان فاقد الأهلية
48	ق.ا.م	387	لا يجوز الحجز على ما يلي
67	ق.ا.م وإدارية الجديد	764	يترتب على قيد حكم رسو
67	ق.م.ج	44	يخضع فاقدو الأهلية
58	ق.ع.ج	376	كل من اختلس أو بدد

- ق.م.ج / القانون المدني الجزائري.
- ق.ت.ج / القانون التجاري الجزائري.
- ق.ا.م / قانون الإجراءات المدنية.
- ق.ا / قانون الأسرة.
- ق.ع.ج / قانون العقوبات الجزائري.
- ق.ب.ج / القانون البحري الجزائري.
- ق.ط.م.ج / قانون الطيران المدني.
- ق.م.م / القانون المدني المصري.
- ق.م.ف / القانون المدني الفرنسي.

فهرس الأعلام حسب الترتيب الألفبائي

الصفحة	تاريخ وفاته بالهجرى	اسم العلم
47	494	الباجي
06	1051	البهوتي
68	256	البخاري
83	161	الثوري
83	240	ابو ثور
03	954	الحطاب
05	646	ابن الحاجب
80	385	الدارقطني
05	1230	الديسوقي
06	1004	الرملي
05	742	الزيلي
17	1255	الشوكاني
83	204	الشافعي
06	977	الشربيني
05	1241	الصاوي
06	1221	الصنعاني الحيمي
83	14	عطاء
130	695	العالمي
3	817	الفيروز آبادي
08	592	القرطبي ابن رشد
53	736	القفصي
03	711	ابن منظور
83	181	ابن المبارك
83	968	المقدسي
42	261	مالك ابن انس الأصبحي
06	885	المرداوي
78	456	ابن حزم الأندلسي
05	386	ابن الهمام

## فهرس مصادر و مراجع البحث

أولا : القرآن الكريم.

ثانيا : قائمة المصادر والمراجع والرسائل الجامعية والمجلات والنشر.

### 01 - كتب التفسير وعلوم القرآن:

- الجصاص :

1- أحكام القرآن ، تحقيق محمد الصادق قمحاوي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت،

1405 هـ / 1985 م ، ج 1.

- القرطبي :

2- الجامع لأحكام القرآن ، ط 3 ، دار، الكتاب العربي ، بيروت، 1967، ج.3

### 02 : كتب الأحاديث :

- البخاري :

3- صحيح البخاري ، نشر مشترك دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع عين اميلة ، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، وحدة الرغاية 1992 ، ج 2 .

- الترمذي :

4- سنن الترمذي، وهو الجامع المختصر من السنن ، المعروف بجامع الترمذي للإمام الحافظ محمد بن عيسى بن سورة الترمذي المتوفى سنة 279 هـ ، علق عليه محمد ناصر الدين الألباني ، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع بيروت.

- الحاكم النيسابوري :

5- المستدرک على الصحيحين، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية،بيروت 1411 هـ/1990 م ، ج2، 3،4 .

- الدار قطني :

6- سنن الدار قطني ، تعليق السعيد عبد الله هاشم ، دار المحاسن القاهرة، ج 3 .

- الشوكاني :

7- نيل الأوطار ، ط 2 ، دار الطباعة المنيرية، مصر : 1344 هـ/1924م ، ج.5.

### 03: كتب اللغة و التراجم

إبراهيم مصطفى

8- المعجم الوسيط ، ط3 ، مطبعة مصطفى الحلبي ، مصر 1952 .

- الأصفهاني

9- المفردات في غريب القرآن ، دار المعرفة للطباعة و النشر، ج 1 .

- جمال الدين أبي الحجاج المزي :

10 - تهذيب الكمال في أسماء الرجال ، ط1 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت 1413 هـ / 1993 م .

- الذهبي :

11 - سير أعلام النبلاء ، ط 9 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت 1413 هـ/1993 م .

- عبد الله العلايلي :  
12 - الصحاح في اللغة والعلوم، معجم الوسيط، تقديم عبد الله العلايلي، ط1، دار الحضارة العربية بيروت، 1975.
- الزركلي :  
13 - الأعلام ، ط 5، دار العلوم للملايين، بيروت، 1980، ج4.
- الزمخشري :  
14 - الفائق في غريب الحديث ، دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة ، 1364 هـ/1944 م
- الفيروز أبادي :  
15- القاموس المحيط ، ط3 ، مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده بمصر، 1371هـ/1951م، ج4
- الفيومي :  
16- المصباح المنير، ط1 ، المكتبة العلمية ، بيروت 2001 ، ج 4.
- ابن منظور :  
17- لسان العرب، طبعة جديدة محققة، دار ومكتبة الهلال ، بيروت ، توزيع دار صدر بيروت
- 04 : كتب المذاهب الفقهية**
- 1 — كتب الفقه الحنفي :  
— رستم سليم :  
18 - شرح المجلة ، ط3 ، دار إحياء التراث العربي بيروت 1986 .
- الزيلعي :  
19 - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ط1، المطبعة الأميرية، بولاق ، مصر 1930، ج6، 17.
- السرخسي :  
20- المبسوط ، ط 3 ، دار المعرفة للطباعة و النشر ، بيروت ، 1978 ، ج6، 21.
- علي حيدر:  
21- درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، ط 1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1991 .
- الكاساني :  
22- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 1971، مطبعة الإمام، نشر زكريا يوسف، ج6، 5، 8 .
- ابن الهمام :  
23 - فتح القدير ، ط1 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1980 ، ج4، 8.
- المرغيناني :  
24- الهداية شرح بداية المبتدئ ، ط1 ، مطبعة السعادة ، مصر 1936 ، ج 4.
- ابن نجيم :  
25- البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ط1 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت 1422 هـ / 2002 م ، ج 8.
- نظام :  
26 : الفتاوي الهندية ، طبعة دار صادر بيروت ، 1991 ، ج 5.
- 2- كتب الفقه المالكي :  
— الباجي :  
27- المنتقى شرح موطأ الإمام مالك ، ط1 ، مطبعة السعادة ، مصر 1912 ، ج5.
- التسولي :  
28 - البهجة شرح التحفة ط2 ، مطبعة الحلبي مصر ، 1950 ، ج 1.
- ابن جزى :

- 29- قوانين الأحكام الشرعية ، طبعة دار العلم للملايين، بيروت 1969 .
- الحطاب :  
30- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، 1398 هـ/ 1978 م، ج5، 6،  
- الخرشي :  
31- شرح الخرشي على مختصر خليل وحاشية العدوي بهامشه ، المطبعة العامرة الشرقية ،  
مصر، 1316 هـ/ 1896 م ، ج 5.
- الدردير :  
32- الشرح الكبير على مختصر خليل، مطبعة مصطفى الحلبي ، مصر، 1953 م، ج3، 4.  
- الدسوقي :  
33 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، للشيخ العدوي تحقيق محمد بن أحمد محمد  
الملقب بعليش ، خرج آياته وأحاديثه محمد عبد الله شاهين ، ط1 ، دار الكتب  
العلمية ، بيروت 1417 هـ/ 1996 م، ج 3 ، 4، 8، 12 .  
- صالح عبد السميع الأبى الأزهرى :  
34 - جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل  
، طبعة دار الفكر ، بيروت ، ج2.
- الصاوي :  
35- بلغة السالك لأقرب المسالك ، دار الفكر، بيروت ، ج2 .  
36- حاشية الصاوي على الشرح الصغير ، طبعة دار المعارف ، مصر 1972 ، ج 7.  
- ابن رشد القرطبي :  
37- بداية المجتهد و نهاية المقتصد حقه و علق عليه و خرج أحاديثه ماجد الحمدي ، ط1  
، دار ابن حزم ، بيروت 1416 هـ/ 1995 م، ج4 .
- العدوي :  
38- حاشية العدوي ، تحقيق البقاعي ، دار الفكر ، بيروت 1412 هـ/ 1992 ، ج 6.  
- ابن فرحون :  
39 - تبصرة الحكام في أصول الأفضية و الأحكام ، ط 1 ، المطبعة المعاصرة الشرقية  
مصر ، 1301 هـ/ 1981 .  
- مالك بن أنس الأصبحي :  
40- المدونة الكبرى برواية سحنون بن سعيد التتوخي عن عبد الرحمان بن قاسم ، دار  
الفكر العربي ، بيروت، ج 4 .
- القفصي :  
41- لباب اللباب ، طبع المطبعة التونسية ، تونس ، 1926.  
3 - كتب الفقه الشافعي :  
- ابن إدريس الشافعي :  
42 - الأم ، ط2 ، مكتبة الكليات الأزهرية ، مصر 1381 هـ/ 1961 م، ج 3 .  
- البجيرمي :  
43 - حاشية البجيرمي ، ط 3 ، المطبعة الأميرية ، مصر 1309 هـ/ 1889 ، ج2، 8.  
- البيجوري :  
44 - حاشية البيجوري على شرح بن قاسم ، ط5 ، المطبعة الكبرى بولاق ، مصر ،  
1398 هـ 1978 م .
- الرافعي :  
45- فتح العزيز شرح الوجيز ، ط1، مطبعة التضامن الأخوي مصر.

1348 هـ/1928م، ج10، 3 .

- **الرملي :**  
46- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، مطبعة الحلبي ، مصر 1387 هـ/1967م ، ج13.
- **الشربيني :**  
47-مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج مطبعة الحلبي، مصر 1378 هـ/1958م، ج2، 3.
- **العجيلي :**  
48-حاشية الجمل على شرح المنهج، دار الكتب العلمية، بيروت 1416 هـ/1996م، ج12.
- 4 - **الفقه الحنبلي :**  
- **بهاء الدين المقدسي:**  
49- العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني .
- **البهوتي :**  
50 - كشف القناع، تحقيق هلال مصطفى هلال، دار الفكر بيروت، 1403 هـ/1983م، ج3، 10.
- **ابن قدامة المقدسي:**  
51- المغني على مختصر الخرقى ، ضبطه و صححه عبد السلام محمد علي شاهين ، ط2  
دار الكتب العلمية بيروت 1424 هـ/2004 ، مجلد 4 .
- **ابن قدامة موفق الدين :**  
52- المغني مع الشرح الكبير، ط1 ، دار الفكر، بيروت ، 1304 هـ/1984م ، ج4، 6 .  
53- الكافي ،المكتب الإسلامي، دمشق، 1979، ج2.
- **المرادوي :**  
54- الأنصاف ، ط1 ، مطبعة السنة المحمدية ، مصر، 1376 هـ/1956م ، ج8 .
- 5 - **الفقه الإباضي :**  
- **محمد بن يوسف أطفيش :**  
55 - كتاب النيل وشفاء العليل، ط3، مكتبة الإرشاد، جدة السعودية 149 هـ/198م، ج2، 11.
- 6 - **الفقه الظاهري :**  
- **ابن حزم :**  
56- المحلى ، ط1 ، دار الطباعة الأميرية ، مصر 1351 هـ/1931م ، ج8 .
- 7- **الفقه الزيدي :**  
- **الصنعاني :** ( أحمد بن قاسم العنسي)  
57- التاج المذهب لأحكام المذهب، ط1، الحلبي، 1947، ج3، 5.
- **الحيمي :** ( شرف الدين الحسين بن احمد اليمني)  
58- الروض النضير،
- 8 - **الفقه الإمامي :**  
- **الحسيني :**  
59- مفتاح الكرامة ، ط1، مطبعة الشورى بالفجالة، مصر 1326 هـ/ 1906م ، ج5.
- **العالمي :**  
60- الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ط1 ، منشورات جامعة النجف الدينية ،  
رقم 12 ، النجف ، 1387 هـ/1967م ، ج4.
- 05 : **كتب الفقه المعاصر:**  
- **حسن أيوب :**  
61- فقه المعاملات المالية في الإسلام ، ط3 ، دار السلام للطبع والنشر والتوزيع  
والترجمة بيروت ، 2006.
- **الدسوقي الشهاوي :**

- 62- المذاهب الفقهية ، شركة منشورات الطباعة الفنية ، مصر 1973 .  
- الزحيلي وهبة :
- 63 - الفقه الإسلامي و أدلته ، ط2 ، دار الفكر ، دمشق ، 1985 ، ج5.  
64 - المعاملات المالية المعاصرة ، ط1 ، دار الفكر بيروت ، 2001 .  
- عبد الرحمان الجزيري :
- 65- الفقه على المذاهب الأربعة، ط1، دار الغد الجديد، المنصورة مصر، 2005/1426م.
- عبد الفتاح عبد الله البرشومي :
- 66- أحكام الرهن والشفعة في الفقه الإسلامي، ط2، دار النهضة العربية مصر، 2004 .  
- محمد إسماعيل أبو الريش :
- 67 - مذاهب الفقهاء في عقد الرهن، ط1، مطبعة الأمانة، مصر. 1986 .  
- محمد حسني إبراهيم :
- 68- الرهن في الفقه الإسلامي ، ط1 ، دار الطباعة المحمدية ، القاهرة، 1924 .  
- محمد سلام مذكور :
- 69- المدخل للفقه الإسلامي ، ط3 ، دار الكتاب الحديث ، الكويت ، 1966 .  
- محمد عبدو الجواد محمد :
- 70- الحيازة والتقدم في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي ، طبعة المعارف الإسكندرية 1977
- 06- المراجع القانونية:  
- أحمد شرف الدين :
- 71 - التأمينات الشخصية و العينية .  
- إدوار عيد :
- 72- التأمينات العينية ، مطبعة المثني ، بيروت ، 1995 .  
- أسعد دياب :
- 73- أبحاث في التأمينات العينية، ط1، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت 1988  
- أنور العمروسي :
- 74- الحقوق العينية التبعية ، منشأة المعارف الإسكندرية 2003 .  
- جابر محجوب علي و فائز الكندري :
- 75- التأمينات العينية في القانون الكويتي 2004 .  
- جاك ميترو :
- 76- قانون التأمينات العينية ، ترجمة منصور القاضي ، إشراف جاك غنشار ، ط 1 ،  
المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، بيروت 1426 هـ/2006 م .  
- جمال الدين زكي :
- 77- التأمينات العينية و الشخصية ، ط 3 مطابع الأهرام التجارية ، مصر 1979 .  
- جميل الشرفاوي :
- 78- دروس في التأمينات العينية و الشخصية ، منشأة المعارف 2001 .  
- حسام الدين كامل الأهواني :
- 79- التأمينات العينية في القانون المدني المصري ط 3 ، دار النهضة العربية، مصر 2000  
- حسين عبد اللطيف حمدان :
- 80- التأمينات العينية ، دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن و التأمين والامتياز ط 2،  
منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2007 .  
- زكي الدين شعبان:



- 81- نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، ط1، دار النهضة العربية  
القاهرة، 1968، ص 20-25.
- سليمان مرقس :  
82- التأمينات العينية في القانون المدني الجديد ، ط1 ، دار النشر للجامعات المصرية  
مصر 1959.
- سمير عبد السيد تناغو :  
83 - التأمينات العينية، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2000 .  
84 - التأمينات الشخصية والعينية ، توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية 1996.
- سي يوسف زاهية :  
85- عقد الرهن الرسمي ، ط 1 دار الأمل للنشر و التوزيع ، تيزي وزو ، 2006
- شفيق شحاتة :  
86- النظرية العامة للتأمين العيني ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1952 .  
شمس الدين الوكيل :  
87- الموجز في نظرية التأمينات ، ط 3 ، منشأة المعارف الإسكندرية 1966 .  
عبد الجواد السرميني:  
88- الحقوق العينية، مطبعة الشرق، حلب، 1965.
- عبد الحميد عثمان محمد :  
89- المفيد في حق الملكية والحقوق العينية التبعية ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2002
- عبد الخالق حسن أحمد :  
90- الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية، أكاديمية شرطة  
دبي 2006.
- عبد الرحيم الديب :  
91- استثمار المال المرهون في القانون المدني والفقہ الإسلامي، ط1، دار الفكر الجامعي  
الإسكندرية 2007.
- عبد الرزاق السنهوري :  
92- الوسيط في شرح القانون المدني، دار التراث العربي، بيروت، 1920 ، ج 10.  
93- نظرية العقد، دار إحياء التراث العربي، بيروت.  
94- الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، دار إحياء  
التراث العربي، بيروت.
- عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير :  
95- التزام المرتهن بحفظ الشيء المرهون واستثماره في الفقہ الإسلامي والقانون المدني  
، دراسة مقارنة ط 1، دار النهضة العربية، مصر، 1994 .
- عبد الفتاح عبد الباقي :  
96- الوسيط في التأمينات العينية ، دار النشر للجامعات العربية ، مصر ، 1954.
- عبد الكريم حامدي :  
97- محاضرات في القانون المقارن، طبع مكتبة القلعة، باتنة، 1996-1997.
- عبد المنعم البدر اوي :  
98 - التأمينات العينية ، ط2 ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1979 .
- عبد المنعم فرج الصده :  
99 - نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية مصر ، 1974 .
- عبد الناصر توفيق العطار :  
100 - التأمينات العينية ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، 1980 .

- علي علي سليمان :
- 101- شرح القانون المدني الليبي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، منشورات بنغازي .
- عيد نايل :
- 102 - أحكام الضمان العيني و الشخصي ، 2001 .
- فاروق إسماعيل :
- 103- ماذا تعرف عن الرهن الرسمي و الرهن الحيازي 2003 .
- فايز احمد عبد الرحمان:
- 104- التأمينات العينية والشخصية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- محمد إبراهيم محمد خلف :
- 105- محاضرات في القانون المقارن، جامعة الأزهر كلية الشريعة والقانون بأسسوط ، 2000 .
- محمد حسين عبد الرحمان :
- 106- مشتملات الشيء المرهون ، ط1 ، دار النهضة العربية ، مصر 1998 .
- محمد علي إمام :
- 107- التأمينات الشخصية والعينية، مكتب السيد عبد الله وهبة، مصر ، 1954 .
- محمد نجيب عوضين المغربي :
- 108- آثار الرهن الحيازي بالنسبة للدائن المرتهن، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2000
- محمد كامل مرسي :
- 109- التأمينات العينية، المطبعة العالمية، 1998.
- محمد لبيب شنب :
- 110- دروس في التأمينات العينية و الشخصية ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1973
- محمد وحيد الدين سوار :
- 111- شرح القانون المدني، الكتاب الثالث، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن ، 2006 .
- محي الدين إسماعيل علم الدين :
- 112- التأمينات العينية، ط 4 دار التحفة العربية ، مصر ، 1974 .
- نبيل إبراهيم سعد :
- 113- التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، 2007 .
- 114- التأمينات العينية والشخصية منشأة المعارف بالإسكندرية، مطبعة الأطلس، 1982.
- نعمان محمد خليل جمعة :
- 115- الحقوق العينية ، مكتبة كلية الحقوق جامعة القاهرة .
- همام محمد محمود زهران :
- 116- التأمينات العينية و الشخصية منشأة المعارف ، 2001 .
- 07 : الرسائل الجامعية والمجلات :
- إبراهيم بن غانم :
- 117- نظام الرهن الحيازي الوارد على المنقول في التشريع المدني و التجاري الجزائري بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية ، إشراف الأخضر بن عزي جامعة الجزائر ، 1985 .
- أحمد سلامة :
- 118- الرهن الطليق ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، يوليو 1968 .
- بيان يوسف حمود رجب :
- 119- دور الحيازة في الرهن الحيازي ، أطروحة دكتوراه إشراف جميل الشرقاوي، جامعة القاهرة ، 1986 .

- حسين حامد حسن :

120- الرهن الوارد على الإعيان ، دراسة مقارنة بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد  
العدد 3 ، 4 السنة 40 ، 1975 .

- سمير كامل :

121- شرط الملكية في الرهن العقاري ، رسالة دكتوراه مقدمة بجامعة عين شمس ،  
المطبعة العربية الحديثة ، 1979 .

- السيد أحمد عبد العال أحمد بدوي :

122- أثر مضي المدة على الحقوق العينية والشخصية في القانون الوضعي والشريعة  
الإسلامية ، أطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة كلية الحقوق ، 1999 .

- عبد الرزاق حسن فرج :

123- نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة،  
كلية الحقوق ، 1968 .

- العربي بن قسمية :

124- نظام الرهن الحيازي الوارد على الديون العادية في التشريع الجزائري ، بحث  
لنيل شهادة الماجستير ، جامعة الجزائر ، إشراف الطيب زروتي ، 2001 .

- مصطفى راتب حسن :

125- نفاذ الرهن و آثاره دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، إشراف عبد الناصر  
توفيق العطار ، جامعة ، القاهرة 2005 .

126- مجلة روح القوانين ، جامعة طنطا ، العدد 6 ، ديسمبر 1991 .

127- المجلة القضائية للمحكمة العليا الأعداد 1/ 93 ، 4/ 90 ، 2/ 2006 .

128- مجموعة أحكام النقص المصرية سنة 32 ، المكتب الفني ، مصر .

129- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 7 .

**08 : التشريعات :**

130- الأمر رقم 75 - 85 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق

26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقوانين التالي .

- القانون رقم 80 - 07 المؤرخ في : 09 أوت 1980 .

- القانون رقم 83 - 01 المؤرخ في 29 يناير 1983 .

- القانون رقم 84 - 21 المؤرخ في : 24 ديسمبر 1984 .

- القانون رقم 87 - 19 المؤرخ في : 8 ديسمبر 1987 .

- القانون رقم 88 - 14 المؤرخ في : 3 ماي 1988 .

- القانون رقم 89 - 01 المؤرخ في : 7 فيفري 1989 .

- القانون رقم 05 - 01 المؤرخ في : 20 جوان 2005 .

- القانون رقم 07 - 05 المؤرخ في : 13 ماي 2007 .

131- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09-02-1984 المتضمن قانون الأسرة

المعدل بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005 .

132- الأمر رقم 75 - 95 المؤرخ في : 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون

التجاري المعدل و المتمم بالقانون رقم 05 - 02 المؤرخ في : 06 فبراير 2005 .

133- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 08 يونيو 1966

المتضمن قانون الإجراءات المدنية والمستبدل بالقانون رقم 08-09 المؤرخ

في 18 صفر 1429هـ/ 25-02-2008 المنشور بالجريدة الرسمية

- في 23-04-2008 عدد 21 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية  
والذي سيبدأ العمل به بعد سنة من تاريخ نشره.
- 134- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات .
- 135- المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في: 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل  
العقاري .
- 136 - المرسوم رقم 02 - 250 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1423 الموافق  
24 يونيو سنة 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .
- 137- الأمر رقم 97 - 10 المؤرخ في : 06/03/1997 المتضمن حقوق المؤلف .
- 138- الأمر رقم 80 - 76 المؤرخ في : 23/01/76 المتضمن القانون البحري،  
المعدل بالقانون 98-05 المؤرخ في 25 يونيو 1998 .
- 139- القانون رقم 98-06 ، المؤرخ في: 27 يونيو 1998 المتضمن قانون الطيران  
المدني .
- 140- القانون 90-10 المؤرخ في: 14/04/1990 المتعلق بقانون النقد والقرض .
- 141- القانون رقم 02-11 المؤرخ في 20 شوال عام 1423 الموافق 24 ديسمبر  
سنة 2002 المتضمن قانون المالية لسنة 2003 .
- 142- القانون المدني المصري الصادر بموجب القانون 131 في : 29/07/1948
- 143- القانون المدني العراقي الصادر في: 04/06/1951 بالقانون رقم 40  
لسنة 1951 المنشور في الوقائع العراقية عدد 3015 في : 08/09/951 .

### المراجع الأجنبية

- 1 - guillouard: traité de privilèges et hypothèques, vol.4 1897-1899
- 2 - mazeaud ( H.L.et j) leçon de droit civil .tome III, 1<sup>er</sup> volume , sûretés ,  
publicité foncier , ed monchréstien, paris 1968.
- 3 - marty et rayaud: droit civil , tome III , 1<sup>er</sup> volume ( les sûretés la publicité  
foncière) , paris 1971, p 42 n° 67.
- 4 - Planiol( m.) et repère (g.) traité théorique et pratique de droit civil français,  
tome III sûretés reelles avec le concours de E .bel que n° 95 p 82 et suivant.
- 5 -code civil français.

## فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع
f	مقدمة
f	تقديم
ج	— أهمية الموضوع
ج	— أسباب إختيار البحث
د	— إشكالية البحث
د	— أهداف البحث
د	— منهج البحث
هـ	— خطة البحث
هـ	— المصادر و المراجع
ز	— الدراسات السابقة
ح	— الصعوبات
1	— الفصل الأول : ماهية الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري .
2	— المبحث الأول : مفهوم الرهن الحيازي و مشروعيته في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري .
2	المطلب الأول : مفهوم الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري .
2	الفرع الأول : مفهوم الرهن الحيازي لغة .
2	البند الأول : مفهوم الرهن لغة .
4	البند الثاني : مفهوم الحيازة لغة .
5	الفرع الثاني : مفهوم الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي .
5	البند الأول : مفهوم الرهن في الفقه الإسلامي .
7	البند الثاني : خصائص الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي .
9	الفرع الثالث : مفهوم الرهن الحيازي في القانون المدني الجزائري
10	البند الأول : مفهوم الرهن الحيازي في القانون المدني الجزائري مقارنا ببعض القوانين .
11	البند الثاني : مفهوم الرهن الحيازي عند بعض الفقهاء
12	البند الثالث : خصائص عقد الرهن الحيازي في القانون المدني الجزائري
14	الفرع الثالث : الموازنة .
16	المطلب الثاني : مشروعية الرهن الحيازي و حكمته في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري .
16	الفرع الأول : مشروعية الرهن الحيازي و حكمته في الفقه الإسلامي .
16	البند الأول : مشروعية الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي .
18	البند الثاني : حكمة تشريع الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي .
18	الفرع الثاني : مشروعية الرهن الحيازي و حكمته في القانون المدني الجزائري .
19	البند الأول : مشروعية الرهن الحيازي في القانون المدني الجزائري .
19	البند الثاني : الحكمة من تشريع الرهن الحيازي في القانون المدني الجزائري .
20	الفرع الثالث : الموازنة .
20	المبحث الثاني : أنواع الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري .
21	المطلب الأول : رهن العقار حيازيا في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري .
22	الفرع الأول : خضوع رهن العقار حيازيا للتقيد في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري .

- 23 البند الأول : إجراءات القيد .
- 25 البند الثاني : تجديد القيد .
- 26 البند الثالث : محو القيد .
- 27 البند الرابع : إلغاء المحو بعد حصوله .
- 26 الفرع الثاني : جواز إعادة العقار المرهون حيازيا للراهن في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري
- 30 الفرع الثالث : وجوب الصيانة و الحفظ في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري .
- 31 البند الأول : أساس الإلتزام بحفظ العقار المرهون و معيار تحققه .
- 36 البند الثاني : النفقات و التكاليف و من يتحملها .
- 37 1 – النفقات الضرورية .
- 38 2 – النفقات أو المصروفات النافعة :
- 38 3 – النفقات الكمالية .
- 39 الفرع الرابع : الموازنة
- 41 المطلب الثاني : رهن المنقول حيازيا في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري .
- 41 الفرع الأول : رهن المنقول المادي في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري .
- 45 الفرع الثاني : رهن المنقول المعنوي حيازيا في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري .
- 45 البند الأول : رهن الدين في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري .
- 46 المسألة 1 : رهن الدين من المدين به .
- 47 المسألة 2 : رهن الدين عن غير المدين .
- 49 1 – الكتابة .
- 50 2 – الحيازة .
- 51 3 – السند الذي تتم به الحيازة .
- 52 4- الإبلاغ .
- 52 البند الثاني : رهن السندات الإسمية و السندات لأمر .
- 53 الفرع الثالث : تطبيقات خاصة برهن المنقول حيازيا دون نقل الحيازة .
- 54 البند الأول : رهن حق التأليف .
- 55 البند الثاني : رهن السفن و الطائرات .
- 57 البند الثالث : رهن السيارات .
- 58 الفرع الرابع : الموازنة .
- 62 الفصل الثاني : إنشاء الرهن الحيازي و إنقضائه في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري .
- 62 المبحث الأول : إنشاء عقد الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري .
- 63 المطلب الأول : الأركان المتعلقة بانعقاد الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري .
- 64 الفرع الأول : المتعاقدان في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري .
- 68 الفرع الثاني : المال المرهون .
- 70 الفرع الثالث : الدين المضمون .
- 72 الفرع الرابع : الصيغة .
- 74 الفرع الخامس : الموازنة
- 76 المطلب الثاني : الشروط المتعلقة بنفاذ الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري .
- 77 الفرع الأول : شروط القبض أو الحيازة في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري .
- 82 الفرع الثاني : الشروط المتعلقة بالطرف الذي تنتقل إليه الحيازة في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري .
- 86 الفرع الثالث : الشروط المتعلقة بأحكام الحيازة في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري .
- 90 الفرع الرابع : الموازنة .

- 92 المبحث الثاني : إنقضاء الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي و في القانون المدني الجزائري .
- 92 المطلب الأول : إنقضاء الرهن الحيازي بصورة تبعية في الفقه الإسلامي و في القانون المدني الجزائري
- 93 الفرع الأول : الوفاء بالدين المضمون .
- 94 البند الأول : الوفاء بمقابل .
- 95 البند الثاني : التجديد .
- 97 البند الثالث : المقاصة .
- 99 البند الرابع : إتحاد الذمة .
- 100 الفرع الثاني : إنقضاء الدين المضمون بغير الوفاء .
- 100 البند الأول : الإبراء .
- 101 البند الثاني : استحالة التنفيذ .
- 102 البند الثالث : التقادم .
- 104 الفرع الثالث : الموازنة .
- 107 المطلب الثاني : إنقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية في الفقه الإسلامي و في القانون المدني الجزائري
- 107 الفرع الأول : إنقضاء الرهن الحيازي بالنزول عنه .
- 109 الفرع الثاني : إنقضاء الرهن الحيازي باتحاد الذمة .
- 110 الفرع الثالث : إنقضاء الرهن الحيازي بهلاك المرهون .
- 111 الفرع الرابع : إنقضاء الرهن الحيازي بالحكم ببطلانه أو فسخه .
- 113 الفرع الخامس : إنقضاء الرهن الحيازي بالبيع الجبري .
- 114 الفرع السادس : الموازنة .
- 117 الفصل الثالث : آثار الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي و في القانون المدني الجزائري .
- 117 المبحث الأول : إلتزامات و حقوق الراهن .
- 117 المطلب الأول : إلتزامات الراهن في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري .
- 118 الفرع الأول : إلتزام الراهن بتسليم المال المرهون في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري .
- 123 الفرع الثاني : إلتزام الراهن بضمان نفاذ الرهن .
- 126 الفرع الثالث : إلتزام الراهن بضمان سلامة محل الرهن .
- 130 الفرع الرابع : إلتزام الراهن بضمان هلاك محل الرهن أو تلفه .
- 136 الفرع الخامس : الموازنة .
- 137 المطلب الثاني : حقوق الراهن في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري .
- 137 الفرع الأول : حقوق الراهن باعتباره مالكا في الفقه الإسلامي و القانون المدني .
- 138 البند الأول : حق الراهن في ممارسة سلطات المالك .
- 141 البند الثاني : حق الراهن في إسترداد محل الرهن أو نقل حيازته .
- 143 البند الثالث : حق الراهن في عدم سقوط ملكيته بالتقادم .
- 143 الفرع الثاني : حقوق الراهن باعتباره حائز في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري .
- 144 الفرع الثالث : الموازنة
- 145 المبحث الثاني : إلتزامات و حقوق المرتهن في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري .
- 145 المطلب الأول : إلتزامات الدائن المرتهن في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري .
- 145 الفرع الأول : الإلتزامات الإيجابية .
- 145 البند الأول : الإلتزام بإعادة المال المرهون و إستثماره .
- 151 البند الثاني : الإلتزام بحفظ محل الرهن و صيانتته .
- 156 البند الثالث : الإلتزام برد المرهون .
- 159 الفرع الثاني : الإلتزامات السلبية .





# خلاصة البحث والتربية

أولاً، خلاصة البحث باللغة العربية  
ثانياً خلاصة البحث مترجمة إلى اللغة الفرنسية  
ثالثاً، خلاصة البحث مترجمة إلى اللغة الإنجليزية

## الخلاصة بالعربية

إن موضوع هذا البحث الموسوم بالرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري هو دراسة مقارنة لمختلف المسائل الرئيسية في عقد الرهن الحيازي، وتكمن أهمية هذه الدراسة، في أنها لم تتل حظها في مجال البحث الجامعي الأكاديمي، وكانت الإشكالية محددة في سؤال جوهري: ما مدى صلاحية استمرار العمل بنظام الرهن الحيازي في ظل بروز مظاهر التخلي عن نقل حيازة المال المرهون وظهور بدائل تؤدي الغرض من نقل حيازة المرهون مع بقاء محل الرهن في حيازة الراهن ، وتضمن للدائن المرتهن استيفاء حقوقه كاملة غير منقوصة في القانون المدني الجزائري، ويتوافق هذا التصور مع ما قرره الفقه الإسلامي في هذا الشأن.

وكان الهدف من البحث هو بلورة رؤية معرفية لعقد الرهن الحيازي ومدى تطابق النصوص الشرعية والتشريعية المنظمة له، ومسايرتها للتطور المذهل في العلاقات المالية بإعتباره أداة تأمين، مع ما يؤثره في المؤسسات المالية، وذلك من أجل الإجابة عن الإشكالية الأساسية في البحث لإضافة مصدر أكاديمي هام إلى المكتبات الجامعية، وعلى هذا الأساس آثرت اعتماد المنهج الإستقرائي مدعوماً باليات التحليل والوصف والمقارنة، ولبلوغ الأهداف المتوخاة من الدراسة إرتأيت تقسيم هذا البحث إلى مقدمة وثلاثة فصول وخاتمة، وكان الفصل الأول بعنوان ماهية الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري والفصل الثاني بعنوان إنشاء الرهن الحيازي وانقضائه في التصورين وفي الفصل الثالث تناولت آثار الرهن الحيازي في المجالين، وكان من أهم ما حققته الدراسة الوقوف على التطابق بين ما أقرته مذاهب الفقه الإسلامي أو بعضها مع ما توصل إليه المقنن المدني الجزائري وإن اختلفت المصطلحات والمفاهيم العلمية بين التصورين، وعدم نكران الفقه الإسلامي للبدائل التي أفرزها التطور الحاصل في مجال المعاملات المالية ما دامت تيسر التعامل وتنشط حركة الأموال ولا تخالف مقاصد الشرع ، مع ملاحظة إطار تميز كل تصور عن الآخر، وخلصت الدراسة إلى أن موضوع البحث وإن كان من الأمور العسير والشاقة إلا أنه كشف عن آفاق وتصورات ما كانت لتتحقق أهميتها ومداهها لو لا العناء والجهد الذي بذل للكشف عن حقيقة معالجة هذا الموضوع ، والاستئناس بتوجيهات المشرف الفاضل الأستاذ الدكتور سعيد فكره ، وما تحمله في تصويب أخطائي وتقويم زلاتي من مجهودات كبيرة.

## Traduction en français.

Le sujet de ce travail est l'hypothèque dans le fiqh musulman et le code civil algérien. Il s'agit d'une étude comparative, originale, ayant pour problématique principale la validité de l'hypothèque dans un système financier qui abandonne les schémas traditionnels. La nouveauté est une série de nouveaux droits pour le contracteur d'hypothèque, en relation avec le fiqh musulman.

Le but de notre travail est de mettre au point une visualisation des textes théologiques et législatifs, et sa concordance avec le droit islamique et l'évolution des normes financières, et ce pour pallier au manque de documentation.

Ce travail comporte une introduction, trois chapitres et une conclusion.

Les chapitres ont respectivement été intitulés :

- **la nature** de l'hypothèque dans le fiqh et le code civil algérien,
- **la naissance** et la chute de l'hypothèque dans les deux lois et,
- **les effets** de l'hypothèque dans les deux visions.

Nous avons adopté une méthodologie déductive pour arriver à un constat de ressemblance entre les lois civiles et les lois islamiques.

Ainsi, nous avons réhabilité la pensée islamique comme alternative valide pour le changement des systèmes financiers. Nous avons établi de nouvelles perspectives pour le fiqh islamique mises en évidence par le Docteur Saïd FAKRA et son aide immense.

Translate in English.

This work presents hypotic in Islamic Fiqh and Algerian civil laws.

It is a comparative original work, having as a problematic the validity extent of the hypotic of a fading financial system.

This is giving new rights for the hypotic contractor, in relation with Islamic Fiqh.

The objective of this work is the visualisation of theological and legislative guiding and its adequacy with Islamic Fiqh and the evolution of financial norms, and thus to fill the data shortage.

This work is divided into an introduction, three chapters and a conclusion.

We have entitled respectively:

- the nature of hypotic Islamic Fiqh,
- the rise and fall of hypotic in the two laws and,
- the effects of hypotics in the two views.

We have adopted dedactive methodology, and we have riched the conclusion that there was a huge resemblance between civil laws and the Islamic ones.

We have reinstated the Islamic thought as an alternative, valid for the evolution of financial system.

We established new perspectives for the Islamic Fiqh brought the light by the efforts of Doctor **Said FAKRA** and his tremendous efforts.