

Royaume du Maroc

Ministère de l'Education Nationale, de la
Formation Professionnelle, de
l'Enseignement Supérieur et de la
Recherche Scientifique

Université Sidi Mohamed Ben Abdellah
Faculté des Sciences Juridiques Economiques
et Sociales-Fès



سلطان المملكة المغربية

وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم
العالي والبحث العلمي

جامعة سيدي محمد بن عبد الله
كلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية- فاس

ماستر: القانون العقاري والحقوق العينية

رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص تحت عنوان:

الرهن الحيازي العقاري بين القانون والممارسة

□ تحت إشراف الأستاذ:

د. سعيد البكوري

□ إعداد الطالبة:

شادية العبدوي

لجنة المناقشة

- ♦ د. سعيد البكوري..... مشرفا ورئيسا
- ♦ د. محمد بخنيف :..... عضوا
- ♦ د. عبد القادر قرموش :..... عضوا

السنة الجامعية

2019 - 2018

- شكر وتقدير :

الحمد لله والشكر لله الذي يسر لي إتمام هذا البحث

بعد شكر الله سبحانه وتعالى الذي وفقني في إنجاز هذا العمل، أتوجه بالشكر إلى
أستاذي الفاضل والمشفه على رسالتي سعيد البكوري، الذي له الفضل على إخراج هذا
العمل إلى حيز الوجود منذ أن كان الموضوع عنواناً وفكرة إلى أن صار رسالة وبحثاً، فله
مني كل الشكر والتقدير والعرفان.

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى جميع أساتذتي الفضلاء في كلية العلوم القانونية
والاقتصادية والاجتماعية بفاس الذين سهروا على تدريسي سواء على مستوى سلك الإجازة
أو على مستوى سلك الماستر، وأرى أن أقف شاكراً لأساتذتي الأجلاء عبد الحميد أخريف
ومحمد بخنيفه على نصائحهم القيمة وتوجيهاتهم السديدة التي قدماها لي طيلة مشوار
إنجازي لهذا العمل، وكذا على مجهوداتهم الجبارة التي بذلها طيلة دراستنا في ماستر
القانون العقاري والحقوق العينية.

وأقدم بشكري الجزيل أيضاً إلى أساتذتي الموقرين في لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة
هذه الرسالة لإبراز مكانة القصور فيها سائلة الله عز وجل أن يثبتهم عني خيراً.

كما أشكر كل من ساعدني وأعانني في إنجاز هذا البحث من قريب أو من بعيد .

- إهداء -

الحمد لله الذي وفقني في إنجاز هذا البحث

أهدي هذا البحث إلى كل من علمني حرفا في هذه الدنيا الفانية

إلى أمي وأبي الغاليين على قلبي

إلى أصدقائي وصديقاتي الذين قطعوا معي طريق العلم ليصلوا إلى المبتغى

إلى إخواني أخواتي الذين تقاسموا معي عبء الحياة.

كما أهدي هذا العمل إلى الأستاذ الكريم سعيد البكوري الذي كلما طلبت كمية من

وقته وفره لي بالرغم من مسؤولياته المتعددة، وكذا على تحمله عناء الاشراف على

رسالتي هذه .

وإلى كل من يعمل من أجل نشر العلم والثقافة العلمية.

إلى أساتذة ماستر القانون العقاري والحقوق العينية كل واحد باسمه.

و إلى كل من يؤمن بأن بذور نجاح التغيير هي في ذواتنا و هي أنفسنا قبل أن

تكون في أشياء أخرى ...

قال الله تعالى : " إن الله لا يغير ما بقوم حتى يغيروا ما بأنفسهم"

الآية 11 من سورة الرعد

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل

الطالبة الباحثة : شادية العبدى

بسم الله الرحمن الرحيم

- مقدمة:-

يشكل الائتمان ركيزة أساسية لقيام المشاريع الاقتصادية والاجتماعية، ذلك أن ضعف القدرة الذاتية للفرد فرضت عليه ضرورة اللجوء إلى المؤسسات البنكية قصد تمويل هذه المشاريع وهذا ما جعل التعامل مع الأبنك أمرا ضروريا في الوقت الحاضر، غير أن هذه المؤسسات البنكية تخشى حدوث مخاطر عدم سداد ديونها، الشيء الذي جعلها تلزم طالبي القروض بتقديم ضمانات كافية تشكل أداة فعالة يتم اللجوء إليها عند عدم الوفاء¹.

فإذا كان الأصل أن أموال المدين ضمانا عاما لدائنيه وهو ما نص عليه الفصل 1241² من ق ل ع، فإن هذا ما يجعل الضمان العام يؤسس على قاعدتين، أولهما رصد جميع أموال المدين، فتخصص للوفاء بديونه للدائنين متساويين في هذا الضمان إلا من تمتع منهم بضمان خاص، إلا أن هذه الضمانة أبانت عن محدوديتها في حماية مصالح الدائن على أساس أن هذا الأخير لا يرتبط حقه بمال معين من أموال مدينه، إضافة إلى أن الدائنين هم متساوون في هذه الأموال استنادا إلى مبدأ المساواة بين الدائنين³.

وعليه تم إقرار ضمانات على عين معينة، تكفل سداد الدين كما تعطي للدائن مجموعة من الحقوق كحق استيفاء دينه بالأولوية على باقي الدائنين وحق التتبع، ومن هنا ظهرت فكرة الضمانات الشخصية والعينية.

ويشكل الرهن الحيازي الوارد على العقار إحدى الضمانات العينية باعتباره حقا عينيا عقاريا، إذ يعتبر أقدم صورة عرفها الرهن بصفة عامة، فقد عرف عند الرومان عندما تمكنوا من

¹ - عبد العزيز توفيق "التشريع العقاري والضمانات"، مكتبة الرشاد، سطات، دون ذكر دار النشر، الطبعة الأولى سنة 2012، ص 97.

² - ظهير شريف بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بشأن قانون الالتزامات والعقود.

- ينص الفصل 1241 من ق ل ع على أنه: "أموال المدين ضمان عام لدائنيه، ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية".

³ - الحماية القانونية للدائن المرتهن رهنا حيازيا، مقال منشور بموقع المعرفة القانونية، تاريخ الاطلاع 2018/9/2. دون ذكر صاحب المقال.

التمييز بين ملكية الشيء وحيازته، كما عرفه القانون المدني الفرنسي القديم⁴، وقد تطرقت الشريعة الإسلامية هي الأخرى لموضوع الرهن الحيازي وذلك بقوله عز وجل في سورة البقرة الآية 283⁵: "إِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ".

ونشير في هذا الإطار إلى أن الفقهاء المسلمين لم يعرفوا إلا الرهن الحيازي الذي ينتقل بموجبه الشيء المرهون إلى حيازة الدائن أو من يقوم مقامه⁶، وذلك راجع بالأساس إلى الطابع البدوي الفلاحي الذي عرفته تلك المرحلة. ذلك أن الرهن الحيازي العقاري يعبر عن مرحلة قديمة حيث كانت العقلية القانونية لا تتصور رهن المدين لشيء دون انتقال حيازته، وقد كان المقرض من يمنح جزافا دخل العقار المرهون وكان المدين يخصص دخل عقاره لدفع فوائد الدين، وقد كان يخفي في معظم الأحوال فوائد ربوية أعلى من الفوائد المعتادة في عقد القرض، إذ كان يعرف في القانون الفرنسي القديم ب - le mort gage - بحيث كان الدائن المرتهن حيازيا يقبض ثمار الرهن ولا يخصصها من الدين وكان دخل العقار المرهون مخصص للوفاء بالفوائد فقط مهما كان مقدار هذا الدخل، أما في القانون الفرنسي الحالي فإن الدائن يلتزم بخصم الفوائد ثم الأصل من دخل العقار ولم يعد يترك دخل العقار جزافيا ويسمى باسم - le vif gage - أي الرهن الحي⁷.

ويعتبر الرهن الحيازي حق عيني تبعي ينشأ بمقتضى عقد بين الدائن المرتهن والمدين الراهن على شيء قد يكون منقولاً أو عقاراً، بحيث يخول للدائن المرتهن حق حيازة الشيء المرهون، ويكون محل الرهن بين يدي الدائن مما يجعل إمكانية حماية حقه أمراً مضموناً، إذ يستطيع معه مباشرة التنفيذ على الشيء المحوز لاستيفاء دينه إذا حل أجل الدين، وذلك باستعمال حق الأفضلية على باقي الدائنين الذين لهم حقوق على العقار محل الرهن .

⁴ - نوال أخلو، "الرهن الحيازي العقاري"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - وجدة، 2010-2011، ص1.

⁵ - سورة البقرة، الآية 282.

⁶ - محمد ابن معجوز "الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي"، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثانية 1999، ص 444.

⁷ - كليل صفية، "الرهن الحيازي الوارد على العقار في التشريع الجزائري"، المدرسة العليا للقضاء مديرية التربصات الدفعة الرابعة عشر، السنة الجامعية 2005/2006، ص 3.

وقد عملت مدونة الحقوق العينية الجديدة الصادرة في 24 يونيو 2011 بموجب القانون 39.08، والتي ألغت ظهير 2 يونيو 1915 المطبق على العقارات المحفظة على تنظيم أحكام الرهن الحيازي الوارد على العقار وبذلك وضع حد لهذه الازدواجية في الأحكام والقواعد المنظمة له.

فبالنسبة للعقار المحفظ كان هناك نصان قانونيان يطبقان عليه ظهير 9 رمضان 1331 الموافق ل 12 غشت 1913⁸، والذي يبين المسطرة الواجبة الاتباع لتحفيظ العقار، والنص الثاني هو ظهير 19 رجب 1915 والذي تضمن القواعد التي تطبق على العقار بعد تحفيظه.

أما بالنسبة للعقار غير المحفظ فلم يكن هناك تشريع خاص به، بل كان القضاء مضطرا للرجوع إلى القواعد الفقهية وفق الراجح والمشهور وما جرى به العمل في الفقه المالكي، وقد أدى ذلك إلى تضارب الأحكام القضائية آنذاك، تبعا لتعدد الآراء الفقهية في هذا الخصوص.

وقد نظم المشرع المغربي الرهن الحيازي العقاري في الباب الأول من القسم الثاني المعنون بالحقوق العينية التبعية من القانون 39.08 في الفصول من 145 إلى 164 منه، مع الرجوع إلى ق ل ع باعتباره الشريعة العامة كلما كان هناك فراغ تشريعي، وكذا إلى أحكام الفقه الإسلامي المالكي وهذا ما أكدته المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية⁹.

ومن هذا المنطلق فإن الرهن الحيازي العقاري يعد إحدى الضمانات العينية المعتمد عليها في خدمة الائتمان خاصة في المدار القروي أمام وجود العديد من العقارات غير المحفظة غير قابلة للرهن الرسمي، خاصة إذا علمنا أن العقار محل الرهن له قيمة اقتصادية كبيرة، بالإضافة إلى أنه لا ينتقل من مكانه مقارنة بالمنقول، وكما لا يخفى على أحد في أن

⁸ - ظهير شريف صادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بشأن التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتنظيمه بالقانون رقم 14.07 .

⁹ - ظهير شريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 08.39 بمدونة الحقوق العينية. - تنص المادة الأولى من م ح ع على أنه : " تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار.

تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود في ما لم يرد به نص في هذا القانون، فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي".

الرهن الحيازي العقاري تراجعت فعاليته الائتمانية في الفترة الأخيرة، وذلك راجع بالأساس إلى ظهور مؤسسات وضمانات أخرى خاصة منها الرهن الرسمي الذي عرف انتشارا واسعا وكثر التعامل به من طرف المؤسسات البنكية، لكن هذا التراجع لم يصل إلى درجة تدعوا إلى القول بالاستغناء عنه.

- أهمية الموضوع

يكتسي موضوع الرهن الحيازي العقاري أهمية بالغة، نظرية وعملية.

تتجلى الأهمية النظرية لهذا الموضوع في كون أن المشرع المغربي خصص له حيزا مهما من النصوص القانونية بمقتضى مدونة الحقوق العينية، ذلك أن دراسته ستسمح لنا بالوقوف على كيفية معالجة المشرع المغربي لكل من أحكام عقد الرهن الحيازي العقاري وكذا الضمانات المخولة لأطرافه من خلال مدونة الحقوق العينية وكذلك قانون الالتزامات والعقود والفقه الاسلامي المالك.

أما بالنسبة للأهمية العملية فتظهر في معظم القضايا المعروضة على القضاء والمتعلقة بالمنازعات العقارية بشتى أنواعها، وكذا في كون أن هذا النوع من الرهون يرد في غالب الأحيان على العقار غير المحفظ الذي تكثر فيه المنازعات والذي يتسم بنوع من الجمود يصعب التعامل به وإدماجه في حلبة التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

- دواعي اختيار الموضوع والصعوبات التي واجهتني خلال البحث

إن دوافع اختياري لموضوع "الرهن الحيازي العقاري بين القانون والممارسة" تتجلى أساسا في ارتباطه الوثيق بحق الملكية التي يتمتع به المدين الراهن على الملك المرهون، وكذا نظرا لقلة الكتابات القانونية الحديثة فيه، إذ أنه لم يحظى بدراسة كافية من لدن الباحثين القانونيين، ولذلك اخترناه أن يكون محلا للدراسة.

وقد واجهتني العديد من الصعوبات أثناء إنجازي لهذا البحث تمثلت أساسا في مايلي:

- صعوبة إيجاد مراجع متخصصة تتناول الموضوع على ضوء مستجدات القانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، كما أن الكتابات الحديثة فيه نادرة إذ لم نقل أنها منعدمة.

- صعوبة الحصول على نماذج رهن حيازي عقاري من لدن مؤسسات القرض الفلاحي التي تقبل التعامل بهذا النوع من الرهون .

- صعوبة الحصول على الأحكام والقرارات القضائية ونذرتها خاصة وأن الطلبات التي ترفع أمام القضاء للنظر في تقرير الرهن الحيازي قليلة مقارنة بالرهن الرسمي.

- اشكالية الموضوع

تتجلى الاشكالية المحورية التي سأعالجها في هذا الموضوع فيما يلي :

إلى أي حد توفق المشرع المغربي من خلال تنظيمه لمؤسسة الرهن الحيازي العقاري في تحقيق نوع من التوازن في الضمانات المخولة لأطرافه بشكل يضمن فعالية هذه المؤسسة مقارنة بباقي الضمانات العينية الأخرى؟

وتتفرع عن هذه الاشكالية عدة تساؤلات وهي كالآتي :

- ماهية مؤسسة الرهن الحيازي العقاري ؟ وما هي العناصر اللازمة لتكوينها سواء تعلق الامر بعقار محفظ أو غير محفظ أو في طور التحفيظ؟

- ثم إلى أي حد استطاع المشرع المغربي بمقتضى م ح ع تحقيق نوع من التوازن في الضمانات المخولة لأطراف عقد الرهن؟

- وما مدى فعالية هذه المؤسسة مقارنة بباقي الضمانات العينية الأخرى؟ ثم إلى أي حد يمكن الاحتفاظ بها؟ وما هي المبررات التي جعلت المشرع المغربي يحتفظ بها في خضم الترسانة التشريعية العقارية ؟

رابعاً : المنهج المعتمد

للإحاطة بهذا الموضوع ومعالجة الإشكاليات التي يثيرها، سأعتمد بعض مناهج البحث العلمي¹⁰، خاصة المنهج التحليلي، بحيث سأقوم بتحليل النصوص القانونية وتأويلها، وتحميلها بعضها على بعض لتحديد المتشابه والمختلف فيها، وتحديد مشكلاتها، وذلك لكي تبقى واضحة، وكذا المنهج النقدي الذي يتيح لي إبداء رأيي ورصد موطن الخطأ والصواب في البحث موضوع التحليل، وكذا القيام بتصحيح الخطأ مستندا في ذلك على الأصول والثوابت العلمية المقررة في المجال العقاري.

ولمعالجة هذا الموضوع ارتأيت الإعتماد على التقسيم الثنائي¹¹ على النحو التالي:

الفصل الأول : أحكام الرهن الحيازي الوارد على العقار.

الفصل الثاني : الضمانات المخولة لأطراف عقد الرهن

الحيازي العقاري ومدى تأثيره في ظل انتشار باقي الضمانات.

¹⁰ - للاطلاع أكثر حول مناهج البحث العلمي، يراجع ادريس الفاخوري "مدخل لدراسة مناهج العلوم القانونية"، مطبعة الجسور وجدة 2015، ص 3 وما يليها.

¹¹ - احميدوش المدني، الوجيز في منهجية البحث القانوني، مطبعة جودة الرباط، طبعة 2012، ص 94.

الفصل الأول : أحكام الرهن الحيازي العقاري

يعتبر الرهن الحيازي العقاري من بين الضمانات العينية التي تهدف إلى تأمين الدائن من خطر عدم وفاء المدين بالدين، وذلك بحبس العقار المرهون إلى حين استيفاء الدين، ومن ثم فالرهن الحيازي العقاري يعد من الحقوق العينية التي لا تقوم إلا بوجود التزام ترتكز عليه وتتبعه في وجوده وعدمه .

وقد عالج المشرع المغربي الرهن الحيازي العقاري بمقتضى الأحكام العامة المنصوص عليها في الفصول من 1170 إلى 1184 من ظهير الالتزامات و العقود، و كذا في إطار ظهير 2 يونيو 1915 بشأن التشريع المطبق على العقارات المحفظة في الفصول من 100 إلى 107 و الذي تم نسخه بمقتضى الفصول من 145 إلى 164 من قانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، وذلك لضبط أحكامه التي كانت تعرف نوع التثنت، وكذا لتكريس نظام قانوني متكامل ومنسجم، فهل كان المشرع موفقا في ذلك؟ وكذا في تحقيق نوع من التوازن بين مصالح أطراف عقد الرهن الحيازي العقاري أثناء إنشاء عقد الرهن؟

للإحاطة بهذه الاشكاليات وغيرها التي يطرحها هذا الموضوع سنعمد لتحديد الرهن الحيازي العقاري من حيث تعريفه وبيان خصائصه وتمييزه عن المؤسسات المشابهة له (المبحث الاول) ثم التطرق لعناصر تكوينه في (المبحث الثاني).

المبحث الأول : تحديد الرهن الحيازي العقاري

يعتبر الرهن الحيازي العقاري من الحقوق العينية التبعية التي لا تقوم بذاتها ولا يمكن إنشاؤها بدون التزام ترتكز عليه وتتبعه في وجوده وعدمه، ولتحديده داخل المنظومة القانونية، أو أي عقد من العقود لا بد من التطرق إلى تعريفه بشكل يجعل مفهوم عقد الرهن واضح ودقيق وتحديد خصائصه في (المطلب الأول)، ثم تمييزه عن بعض المؤسسات المشابهة أو بعض البيوعات لكي لا يقع الخلط بينهما (المطلب الثاني).

المطلب الأول : تعريف الرهن الحيازي العقاري وخصائصه

يعد الرهن الحيازي العقاري عقد يلتزم به شخص، ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يرتب عليه الرهن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، ومن أجل التفصيل في مؤسسة الرهن الحيازي العقاري لا بد من التطرق لتعريفها في (الفقرة الأولى) ثم تحديد خصائصها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : تعريف الرهن الحيازي العقاري

إن تعريف الرهن الحيازي العقاري يتطلب بيان معناه اللغوي و الفقهي (أولا)، ثم التطرق إلى التعريف القانوني (ثانيا).

أولا : التعريف اللغوي والفقهي

يطلق الرهن في اللغة على الثبوت والدوام كما يطلق على الحبس، ومعطي الرهن يسمى الراهن، وأخذه يسمى مرتهنا والعين المرهونة تسمى رهنا ورهينة ومرهونة، والفعل رهن إذا أعطى رهنا، وارتهن إذا أخذ رهنا¹².

ومن ثم فمعنى الرهن في اللغة هو الحبس لقوله تعالى: "كُلْ نَفْسٌ بِمَا كَسَبَتْ وَرَهِينٌ"¹³، أي محبوسة بما قدمته، ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم "نفس المومن مرهونة بدينه حتى يقضى عنه"، أي أن النفس محبوسة في قبرها¹⁴.

أما المعنى الشرعي للرهن فقد عرفه العديد من الفقهاء من بينهم الشيخ ابن عرفة التونسي إذ قال: "أن الرهن مال قبضه توثق به في دين، أي أن المرهون يقبضه المرتهن من أجل التوثق والضمانة لاستيفاء دينه منه عند حلول الأجل"¹⁵.

وعرف محمد ابن معجوز الرهن بأنه : " عقد بين الدائن والمدين يتفقان فيه على أن يخصص المدين أو من يعمل لمصلحتهما شيئا ماليا معيناً يضمن للدائن دينه، وليكون له الحق قبل غيره من الدائنين في استيفاء دينه من ثمن ذلك الشيء إذا لم يوفي بالدين عند حلوله "¹⁶.

كما عرفه وهبة الزحيلي بأنه " تعاقد على أخذ شيء من الأموال عينا كالعقار، أو منفعة على أن تكون المنفعة معينة بزمان أو عمل، وعلى أن تحسب من الدين "¹⁷.

في حين عرفه جانب آخر من الفقه¹⁸ بأنه حق عيني يقع على عقار يضعه مالكه في حيازة الدائن أو حيازة من اتفق عليه العاقدان ضمانا للالتزام عليه أو على غيره، ويخول الدائن حق حبس العقار حتى الوفاء بالتمام، وحق بيعه عن طريق القضاء في حالة عدم الوفاء بالاستحقاق وحق استيفاء الدين من ثمنه مقدما بالأفضلية على سائر الدائنين الآخرين.

¹² - عبد السلام أحمد فيغو، "العقود المدنية الخاصة في القانون المغربي"، دار الأمان للطبع والنشر والتوزيع مطبعة أمنية الرباط، الطبعة الأولى 2008، ص 425.

¹³ - سورة المدثر الآية 38.

¹⁴ - عبد المجيد المغمومي "الرهن الحيازي بين الشريعة والقانون"، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2003، ص 13.

¹⁵ - عبد السلام حادوش "أوضاع الرهن الحيازي في الفقه المالكي في ضوء قرار المجلس الأعلى رقم 124 و 402"، مجلة نظرات في الفقه والقانون، عدد 1999/7، ص 17.

¹⁶ - محمد ابن معجوز، م س، ص 154.

¹⁷ - وهبة الزحيلي، "الفقه الإسلامي وأدلته"، الشامل للأدلة الشرعية والآراء المنهجية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخریجها، دار الفكر القاهرة، الطبعة الثانية 1975/1405، ص 181.

¹⁸ - مأمون الكزبري، "التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي"، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثانية 1987، ص 307.

كما أن هناك من عرفه بأنه حق عيني يمنح الدائن المرتهن حق الأفضلية والاستمرارية على سائر الدائنين الآخرين¹⁹.

والرهن عند البعض الآخر من الفقهاء²⁰ هو عقد يضع بمقتضاه المدين أو من يعمل لمصلحته مالا معيناً تحت حيازة الدائن أو نائبه ضماناً لدينه.

ومعنى الرهن أن يكون الشيء وثيقة من دين صاحب الدين يعود بدينه فيه، إن لم يكن الرهن يفديه، والرهن في البيع وفي القرض وفي الحقوق الثابتة كلها جائز، وجائز عند مالك أن يتقدم الرهن في الدين، مثل أن يقول هذا لك رهن بكل ماتقرضني، وينعقد الرهن بالقول ويتم بالقبض، وكل ما جاز التصرف فيه، وجاز بيعه وشراؤه جاز رهنه من جميع الأشياء كلها كالعقار وغيره من المنقولات²¹.

ثانيا : التعريف القانوني

لقد عرف التشريع المغربي الرهن الحيازي بمقتضى المادة 1170 من ق ل ع التي تنص على أن : "الرهن الحيازي عقد بمقتضاه يخصص المدين أو أحد من الغير يعمل لمصلحته شيئا منقولا أو عقاريا أو حقا معنويا لضمان التزام وهو يمنح الدائن حق استيفاء دينه من هذا الشيء بالأسبقية على جميع الدائنين الآخرين، إذ لم يف له به المدين".

ويلاحظ من خلال التمعن في هذا التعريف أن المشرع أجاز رهن الحقوق المعنوية كالأصل التجاري مثلا، وهي ولئن كان يصح استيفاء الدين منها إلا أن حوزها الفعلي متعذر²².

¹⁹ - paul decroux , droit foncier marocaine, edition la port , rabat,1977 , p414.

²⁰ - عبد الكريم شهبون، "الشافى في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة وفق القانون رقم 08.39"، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2017-1438، ص300.

²¹ - عبد الرحيم عاقل، "الرهن الحيازي الوارد على العقار في الفقه المالكي ومدونة الحقوق العينية"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في أحكام العقار في الفقه المالكي والقانون المغربي، جامعة القرويين، كلية الشريعة فاس، 2012-2013، ص12.

²² - نوال أخلو، م س، ص7.

كما عرفته مدونة الحقوق العينية²³ بمقتضى المادة 145 بأنه : "حق عيني يتقرر على ملك يعطيه المدين أو كفيله العيني إلى الدائن المرتهن لضمان الوفاء بدين، ويخول الدائن المرتهن حق حيازة المرهون وحق حبسه إلى أن يستوفي دينه".

ويلاحظ من خلال هذا التعريف أن المشرع المغربي حاول في صياغته الاعتماد على تعاريف الفقهاء للرهن الحيازي، لأن تعاريف الفقهاء جاءت شاملة للرهن الحيازي الوارد على العقار والمنقول، غير أنه اقتصر في هذه المادة على الرهن الحيازي العقاري، كما أنه استعمل مصطلح الرهن الحيازي للدلالة على الحق العيني التبعية المقرر للدائن ضمانا لاستيفاء حقه وللدلالة على العقد كمصدر له، وفي هذا يتفق الرهن الحيازي العقاري مع الرهن الرسمي في مصدرهما التعاقدى إذا تعلق الأمر بعقار محفظ.

ومن ثم يتبين لي أن هناك اختلاف بين هذين التعريفين من حيث التكييف القانوني، إذ أن الفصل 1170 من ق ل ع عرف الرهن الحيازي بأنه عقد في الوقت الذي اعتبرته المادة 145 من م ح ع حق، وبما أن الحق يتولد عن العقد فإن المشرع المغربي كان موفقا في م ح ع حينما اعتبر الرهن الحيازي حقا وليس عقدا .

أما بخصوص التشريعات المقارنة، فقد عرفه المشرع المصري في المادة 1096 من التقنين المدني المصري بأنه : " عقد به يلتزم شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه الدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون"²⁴.

في حين عرفه القانون المدني الجزائري في المادة 948 على أنه : "الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه

²⁴ - محمد علي عثمان الفقهي "استثمار الدائن المرتهن وإدارته لمحل الرهن الحيازي، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي"، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، مصر 1417هـ - 1997، ص 21.

المتعاقدان شيئاً يرتب عليه الدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين وأن يتقدم على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون".

أما المشرع اللبناني فقد عرف الرهن الحيازي العقاري في المادة 101 من قانون الملكية العقارية بأنه : "عقد يضع بموجبه المديون عقاراً في يد دائنيه أو في يد عدل ويحول للدائن حق حبس العقار إلى أن يدفع له دينه تماماً، وإذا لم يدفع الدين فله الحق بملاحقته و نزع ملكية المديون بالطرق القانونية"²⁵.

وهكذا فإن الرهن الحيازي العقاري عقد يتفق بمقتضاه المدين والدائن على أن يحوز هذا الأخير أو من يعمل لمصلحته العقار المرهون ضماناً للوفاء بدينه .

وعليه، يتضح من خلال المقارنة بين التعريفين الفقهي والقانوني أنهما يتفقان في كون أن الرهن الحيازي العقاري يخول للدائن المرتهن بالإضافة إلى ميزتي التقدم والتتبع حق حبس محل الرهن عن الناس كافة إلى أن يستوفي الدائن حقه كاملاً، وذلك حتى يطمئن هذا الأخير على استيفاء دينه من العقار المرهون بالأولوية على الدائنين العاديين، وفي هذا الصدد يمكننا القول بأنه لا يحتاج إلى عقد رهن إلا إذا كان هناك دين يخشى صاحبه ألا يستوفيه.

الفقرة الثانية : خصائصه

انطلاقاً من أن الرهن الحيازي العقاري حق عيني تبعي، فمن الطبيعي أن تكون له خصائص مشتركة مع باقي الضمانات العينية الأخرى (أولاً)، لكنه ينفرد ببعض الخصائص التي تميزه عن غيره (ثانياً).

أولاً : الخصائص المشتركة بين الرهن الحيازي العقاري وغيره من الحقوق العينية التبعية

²⁵ - كليل صفية، م س ، ص 8.

باعتبار أن الرهن الحيازي العقاري من الضمانات العينية التي تهدف إلى تأمين الدائن من خطر عدم الوفاء بالدين، فإنه له خصائص مشتركة مع باقي الضمانات العينية الأخرى والمتمثلة فيما يلي :

1- حق عيني تبعية²⁶ : وذلك استنادا إلى المادة 145 من مدونة الحقوق العينية، لأنه

يخول الدائن المرتهن سلطة مباشرة على الشيء المرهون كما يمنحه حق التتبع والأولوية، فحق التتبع يمنح الدائن حق تتبع الشيء المرهون في حالة ما إذا نزعته يده عنه بالرغم من إرادته²⁷، أما ميزة الأولوية أو الأفضلية فتخول للدائن المرتهن أو من ينوب عنه إذا ما بيع العقار المرهون إمكانية استيفاء دينه من ثمن المبيع بالأفضلية على الدائنين العاديين²⁸.

وحسب المادة 161 من م ح ع فإن الرهن الحيازي العقاري تابع للدين المضمون، أي للالتزام الأصلي ويدور معه وجودا وعدما ويكون ضامنا للوفاء به، ويترتب على ذلك أنه يتبع الالتزام المضمون صحة وبطلانا، ويتصف بأوصافه وينقضي بانقضائه (الفصل 1233 من ق ل ع)²⁹، فإذا ما كان الالتزام الأصلي باطلا، أو كان يشوبه عيوب الرضى يجعله قابلا للإبطال، كان الرهن كذلك باطلا أو عرضة للإبطال، وإذا ما كان الالتزام الأصلي تجاريا، أو كان التزاما مربوطا بأجل أو معلق على شرط، كان الرهن أيضا تجاريا أو خاضعا للأجل أو للشرط المقترن به الالتزام الأصلي، وإذا ما انقضى الالتزام بالوفاء أو بما يعادل الوفاء (كالوفاء بمقابل، المقاصة)، انقضى الرهن كذلك وزال تبعا لانقضاء الالتزام الأصلي وزواله³⁰.

والجدير بالذكر إلى أنه بالرغم من أن العقار المرهون رهنا حيازيا يكون في حيازة الدائن فإنه له الحق في تتبعه في حالة انتقال حيازته إلى الغير، وإن كان المشرع المغربي لم

²⁶ - وذلك استنادا إلى المادة 10 التي عرفت الحق العيني التبعية بأنه : " هو ذلك الحق الذي لا يقوم بذاته ، وإنما يستند في قيامه على وجود حق شخصي ، ويكون ضامنا للوفاء به ، و الحقوق العينية التبعية هي الإمتيازات والرهن الحيازي والرهن الرسمية".

²⁷ - ادريس الفاخوري " الحقوق العينية التبعية في ضوء القانون رقم 08.39 " مقال منشور بمجلة الحقوق ، دون ذكر العدد، السنة 2013 ، ص33

²⁸ - عبد الكريم شهبون ، م س ، ص 302 .

²⁹ - ينص الفصل 1233 من ق ل ع على أنه: " بطلان الالتزام الأصلي يؤدي إلى بطلان الرهن .

الأسباب التي توجب إبطال الالتزام الأصلي أو انقضاؤه توجب إبطال الرهن أو إنقضاءه ... " والجدير بالذكر أن أغلب القواعد المنظمة للرهن الحيازي للمنقول في ق ل ع صالحة للتطبيق على الرهن الحيازي للعقاري .

³⁰ - عبد الكريم شهبون ، م س ، ص303.

يشر إلى هذه الإمكانية وعلى اعتبار أنه ليس في هذا الإتفاق ما يخالف النظام العام³¹ فلا مانع من اتفاق المدين الراهن و الدائن المرتهن من أن تنتقل حيازة العقار المرهون إلى أحد من الغير.

2 - حق غير قابل للتجزئة : وهذا ما قرره المشرع صراحة بمقتضى كل من الفصل

1180 من ق ل ع إذ جاء فيه أن : " الرهن بطبيعته لا يتجزأ فكل جزء من الشيء المرهون رهنا حيازيا أو رسميا يضمن كل الدين "، وكذا المادة 146 من م ح ع التي جاء فيها: " إن الرهن الحيازي غير قابل للتجزئة رغم تجزئة الدين بين ورثة المدين أو الدائن.

لا يجوز لأحد ورثة المدين الذي يؤدي واجبه من الدين أن يطالب باسترداد نصيبه من الملك محل الرهن الحيازي ما دام لم يقع وفاء الدين كاملا.

كما لا يجوز لأحد ورثة الدائن الذي توصل بنصيبه من الدين أن يتخلى عن الملك موضوع الرهن الحيازي إضرار ببقية الورثة الذين لم يستوفوا حصصهم من الدين". ويستفاد من خلال هذه المقتضيات أن المشرع المغربي اعتبر أن العقار المرهون ضامن للدين كله وكل جزء من الدين مضمن بالرهن كاملا، ومن ثم فإن الراهن لا يستطيع استرداد بعض المرهون إذا ما وفى بجزء من الدين المترتب بذمته، وهذا ما أكدته الفصل 1201 من ق ل ع³².

ولا يتوقف مبدأ عدم إمكانية تجزئة الرهن الحيازي العقاري على المتعاقدين فحسب بل يتجاوز الأمر ذلك إلى خلفهم العام، فإذا أدى أحد ورثة المدين جزء من الدين المضمون بالرهن فلا يحق له بناء على هذا الأداء المطالبة باسترداد نصيبه في العقار محل الرهن، ما دام لم يقع وفاء الدين برمته، وبالمقابل لا يجوز لأحد ورثة الدائن الذي يتوصل بنصيبه من الدين أن يتخلى على العقار موضوع الرهن الحيازي إضرار ببقية الورثة الذين لم يستوفوا حصصهم من الدين³³.

³¹- تنص المادة 475 من ق ل ع على أنه : " لا يسوغ للعرف أو العادة أن يخالف القانون، إذا كان صريحا ".
³²- ينص الفصل 1201 من ق ل ع على أنه : " لا يلزم الدائن برد الشيء المرهون للمدين أو الغير المالك له، إلا بعد تنفيذ الالتزام، تنفيذا كاملا، ولو كان ذلك الشيء قابلا للتجزئة، وكل ذلك ما لم يتفق الطرفان على خلافه...".
³³- مأمون الكزبري ، م س ، ص 308 .

وهذا الرهن يعطي لصاحبه سلطة مباشرة على العقار المرهون، بحيث يستطيع الدائن المرتهن أن يستوفي دينه من ثمن العقار المرهون، بصرف النظر عن وجود أية رابطة بين الراهن والمرتهن، وقد يكون مالك العقار هو المدين نفسه وقد يكون شخصا آخر غير المدين كالكفيل العيني³⁴.

وبناء على ماسبق، فإن هاتان الخاصيتان من أهم الخصائص التي يتفق فيها الرهن الحيازي العقاري مع غيره من الحقوق العينية التبعية كافة، فماذا عن الخصائص التي ينفرد بها الرهن الحيازي العقاري عن غيره؟

ثانيا : الخصائص التي ينفرد بها الرهن الحيازي العقاري

باعتبار أن الرهن الحيازي العقاري حق عيني تبعي يتخلى بموجبه المدين الراهن عن حيازة العقار المرهون للدائن المرتهن فإنه يتسم ببعض الخصائص التي ينفرد بها والتي تتجلى فيما يلي :

1- أنه يؤدي إلى انتقال حيازة العقار المرهون إلى الدائن المرتهن : ذلك أن الرهن الحيازي ينفرد بصفة أساسية، وهي انتقال حيازة العقار محل الحق العيني من يد الراهن (مدينا أو كفيلا) إلى يد الدائن المرتهن أو إلى العدل³⁵، إذ يشترط لتمام الرهن أن يتخلى الراهن عن حيازة الملك المرهون لأن عقد الرهن من العقود العينية التي لا تتم بمجرد صدور الإيجاب والقبول والتطابق بينهما بل يتوقف انعقاده على تخلي الراهن عن حيازته للشيء المرهون ونقله إلى حيازة الدائن³⁶ وذلك طبقا للفصل 1188 من ق ل ع³⁷.

ومما لا ريب فيه أن هذا الانتقال هو الذي يخول الدائن المرتهن بالإضافة إلى ميزتي التقدم والتتبع حبس محل الرهن عن الناس كافة إلى أن يستوفي حقه كاملا، كما أنه يتضمن

³⁵ - محمد الهلوس " المركز القانوني للعقار في المقالة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، عين الشق كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية الدار البيضاء ، السنة الجامعية 2006/2007، ص 39.

³⁶ - ادريس الفاخوري " الحقوق العينية وفق القانون 08.39"، مطبعة المعارف الجديدة ، الرباط، الطبعة 2013، ص 187
³⁷ - ينص الفصل 1188 من ق ل ع على أنه: " يتم الرهن الحيازي :

1- بتراضي طرفيه على إنشاء الرهن

2- وزيادة على ذلك بتسليم الشيء المرهون فعليا إلى الدائن أو إلى أحد من الغير يتفق عليه المتعاقدون..."

شهرًا فعالًا لحق المرتهن حيث يبسر للغير العلم المباشر بالرهن، ومن ثم فإن انتقال الحيازة ضمانًا عينيا قويا للدائن المرتهن³⁸.

2- عقد شكلي : فلا يكفي لانعقاده مجرد توافق ارادتين، أو أن يكتب في محرر عرفي، بل يشترط لصحته حسب المادة 147 من م ح ع أن يفرغ في محرر رسمي وأن يكون لمدة معينة، كما يجب أن يتضمن هذا العقد معاينة حوز الملك المرهون إذا كان غير محفظ وذلك تحت طائلة البطلان، أما إذا تعلق الأمر بعقار محفظ³⁹ فيتعين التقييد بالرسم العقاري⁴⁰، أما إذا تعلق الأمر بعقار في طور التحفيظ فيجب حينئذ الإيداع وفق الفصل⁴¹ 84 من ظ.ت.ع، مما يعني أن المشرع قطع الطريق أمام المحرر الثابت التاريخ، إذ لا مجال لإعماله في نطاق الرهن الحيازي العقاري.

فالمشرع المغربي، وعيا وإدراكا منه لأهمية عقد الرهن الحيازي وخطورته، أوجب وروده في محرر رسمي، يتم تحريره من طرف موثقين وعدول، لما لهؤلاء من كفاءة وخبرة، تضيف على هذا المحرر نوعا من الحماية، تحول دون ضياع حقوق الأفراد وأموالهم، ذلك أن المادة 149 من م ح ع أوجبت لصحة الرهن الحيازي تضمينه مجموعة من البيانات من قبيل هوية أطراف العقد، وتعيين الملك المرهون ببيان موقعه ومساحته ومشتملاته، وعند الإقتضاء حدوده أو رقم رسمه العقاري، مع بيان مبلغ الدين المضمون بالرهن والمدة المحددة لأدائه، فهذه البيانات الواجب توافرها في عقد الرهن الحيازي، الوارد في محرر رسمي تعكس حقا الحماية التي يوفرها هذا الأخير للمتعاملين به⁴².

³⁸ - محمد الهلوس ، م س ، ص 39-40.

³⁹ - تنص المادة 145 على أنه : "تسري على الرهن الحيازي أحكام الرهن الرسمي إذا تعلق بملك محفظ".

⁴⁰ - تنص المادة 65 من ظ.ت.ع : " يجب أن تشهر بواسطة تقييد في الرسم العقاري جميع الوقائع والتصرفات والإتفاقات الناشئة بين الأحياء مجانية كانت أو يعوض وجميع المحاضر والأوامر المتعلقة بالحجز العقاري...".

- ظهير شريف صادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بشأن التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتنظيمه بالقانون رقم 14.07.

⁴¹ - ينص الفصل 84 من ظ.ت.ع على أنه: " إذا نشأ على عقار في طور التحفيظ حق خاضع للإشهار أمكن لصاحبه، من أجل ترتيبه والتمسك به في مواجهة الغير، أن يودع بالمحافظة العقارية الوثائق اللازمة لذلك، ويقيد هذا الإيداع بسجل التعرضات.

يقيد الحق المذكور عند التحفيظ بالرسم العقاري في الرتبة التي عينت له إذا سمحت إجراءات المسطرة بذلك".

⁴² - نجيم أهتوت " توثيق التصرفات العقارية ودورها في تحقيق الأمن العقاري"، مقال منشور بمجلة المنبر القانوني ، العدد 7 و 8 السنة 2015، ص 40.

وهو نفس الأمر الذي سار عليه المشرع الجزائري إذ اشترط الشكلية في عقد الرهن الحيازي العقاري، بينما نجد أن القانون المصري يكتفي بالرضائية في عقد الرهن ولم يشترط لانعقاده شكل خاص⁴³.

وعليه، فإنه بالرغم من أن الرهن الحيازي ينفرد ببعض الخصائص إلا أن التقاؤه في بعضها بمجموعة من المؤسسات القانونية قد يترتب عنه اختلاط بينهما، الأمر الذي يدفعنا إلى تمييز الرهن الحيازي العقاري عن غيره من المؤسسات المشابهة له في (المطلب الثاني).

المطلب الثاني: تمييز الرهن الحيازي العقاري عن غيره من المؤسسات المشابهة له

قد يختلط الرهن الحيازي العقاري باعتباره حق عيني تبقي ببعض الحقوق العينية الأخرى أو بعض العقود التي تتشابه معه، الأمر الذي يتطلب تمييزه عن الرهن الرسمي وحقوق الإمتياز في (الفقرة الأولى)، ثم تمييزه عن بيع الثنيا والرهن العرفي أو ما يصطلح عليه برهن المنازل في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تمييز الرهن الحيازي العقاري عن الرهن الرسمي وحقوق الإمتياز

إن استقلال الرهن الحيازي العقاري كمؤسسة قائمة بذاتها يجعله متميزا عن غيره من الحقوق العينية التبعية إلا أنه قد يقع الخلط بينهما لما بينهما من الشبه، لذلك سنتطرق لتمييز الرهن الحيازي العقاري عن الرهن الرسمي (أولا) ثم تمييزه عن حقوق الإمتياز (ثانيا).

أولا : تمييز الرهن الحيازي العقاري عن الرهن الرسمي

عرفت المادة 165 من م ح ع الرهن الرسمي بأنه : " حق عيني تبقي يتقرر على ملك محفظ أو في طور التحفيظ ويخصص لضمان أداء دين". ومن خلال هذه المادة يتضح أن الرهن

⁴³ - كليل صفيّة ، م س ، ص 12.

الرسمي حق عيني يخول للدائن المرتهن حق الأفضلية وهو يرتكز على وجود التزام أصلي متعلق بالدين المضمون، والذي يتعين أن يكون ثابتاً ونقدياً وغير قابل للمطالبة في حالة خطر الضياع، وهو غير قابل للتجزئة فيبقى بأكمله على العقارات المعدة للرهن، كما أنه يمتد إلى الملحقات والتحسينات المحدثة بالعقار محل الرهن .

ومن ثم فالرهن الرسمي يلتقي مع الرهن الحيازي العقاري في مجموعة من النقاط تتمثل فيما يلي:

1- من حيث المصدر : فالعقد مصدر كل من الرهن الرسمي والرهن الحيازي العقاري.

2- من حيث نوع الحق : فكلا الحقين يعتبر حق عيني تبعية، بحيث لا ينشأ مستقلاً بل يقوم تبعية لقيام الحق الشخصي فيتبعه وجوداً وعدماً، في قيامه وزواله، ويترتب على هذه الميزة أن بطلان الإلتزام الأصلي يؤدي إلى بطلان الدين المضمون بالرهن⁴⁴.

3- من حيث القابلية للتجزئة : كل من الرهن الحيازي العقاري والرهن الرسمي يتضمن حق لا يتجزأ، فكل جزء من المال المرهون ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بكل المرهون رهن حيازة، وهذا ما أكدته كل من المادتين 146⁴⁵ و 166⁴⁶ من م ح ع .

غير أنه إذا كانت القاعدة كما تقدمنا أن الرهنيين معا لا يقبلان التجزئة، فإن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات، إذ يجوز أن يتفق الراهن والمرتهن في الرهن الرسمي أو الرهن الحيازي على أن يكون الرهن قابل للتجزئة، فيخصص جزء من الدين المضمون لجزء من المال المرهون .

وفي هذا السياق نجد قرار صادر عن المجلس الأعلى محكمة النقض حالياً. إذ جاء فيه مايلي: "إذا كانت القاعدة هي عدم قبول الرهن الرسمي للتجزئة فإنه لا مانع من قيام الدائن المرتهن بالتنازل عن هذا المبدأ"⁴⁷.

⁴⁴- نبيل ابراهيم سعد " التأمينات العينية، الرهن الرسمي، حق الإختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الإمتياز"، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، طبعة 2005 ، ص198.

⁴⁵- تنص المادة 146 من م ح ع على أنه : " إن الرهن الحيازي غير قابل للتجزئة رغم تجزئة الدين بين ورثة المدين والدائن..."

⁴⁶- تنص المادة 166 من م ح ع على أنه : "الرهن الرسمي لا يتجزأ ويبقى بأكمله على العقارات المرهونة، وعلى كل واحد وكل جزء منها " .

وعلية، فإذا لم يتفق الراهن مع الدائن المرتهن على تجزئة الرهن أو لم يتنازل الدائن المرتهن عن عدم التجزئة أصبح الرهن غير قابل للتجزئة، لأن هذا فيه مصلحة للدائن المرتهن، ويفرض القانون أن هذا ما أراده المتعاقدان إلا إذا اتفقا على غير ذلك، لذلك يجوز للدائن المرتهن بعد انعقاد عقد الرهن أن ينزل عن عدم قابليته للتجزئة، فإذا كان هناك مثلاً عقاران متساويا القيمة مرهونان ضماناً لوفاء دين ووفى المدين نصف الدين جاز للدائن المرتهن أن يتنازل عن رهن إحدى العقارين ويبقى الرهن على العقار الآخر ضماناً لوفاء نصف الدين الباقي.

4- كل من الرهنيين يخول للدائن المرتهن أن ينفذ على العقار المرهون : مستعملاً في ذلك

ميزتي التقدم والتتبع، فميزة التقدم تعطي للدائن المرتهن الحق في أن يستوفي دينه من ثمن المرهون أو مما يحل محله بالأولوية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، أما ميزة التتبع فتمكن المرتهن إذ ما خرج المرهون من ملك الراهن أن يتبعه في أي يد يكون لينفذ عليه إقتضاء لحقه بالأولوية على غيره⁴⁸، وبالتالي فإن التتبع وسيلة لتحقيق التقدم⁴⁹.

لكن بالرغم من نقط الالتقاء بين الرهنيين الحيازي والرسمي، فإن هناك أوجه اختلاف بين المؤسساتين تتجلى في عدة عناصر تتمثل فيما يلي:

5- من حيث المحل : فالرهن الحيازي يمكن أن يرد على المنقولات كما يمكن أن يرد على

العقارات سواء كانت محفظة أو غير محفظة أو في طور التحفيظ، أما الرهن الرسمي فلا يرد إلا على العقارات المحفظة أو في طور التحفيظ التي لا تزال مسطرة التحفيظ جارية بشأنها، وهذا من بين أهم المستجدات التي جاءت بها مدونة الحقوق العينية⁵⁰، ولكن مع ذلك أجازت مدونة التجارة⁵¹ استثناء وقوع الرهن الرسمي على بعض المنقولات ذات الطبيعة الخاصة كالطائرات والسفن وكذا الأصول التجارية، وذلك نظراً لقيمتها الإقتصادية الكبيرة .

⁴⁷- قرار عدد 973 المؤرخ في 2003/7/3 ، ملف تجاري عدد 1705/3/1/2000، منشور بموقع الكتروني <https://www.marocdroit.com> ، تاريخ الاطلاع 2018/7/5.

⁴⁸ - التتبع من المرتهن رهن حيازة ليس تتبعاً مادياً للحيازة، لأن الحيازة فعلاً في يده، وإنما تتبع معنوي للملكية، يستطيع بمقتضاها أن ينفذ على العقار المرهون وهو في حيازته بعد أن انتقلت ملكيته من الراهن إلى شخص آخر.

⁴⁹ - محمد علي عثمان الفقيهي ، م س ، ص 18 و 20.

⁵⁰ - إدريس الفاخوري، مقال منشور بمجلة الحقوق ، م س ، ص 36

⁵¹ - خصصت مدونة التجارة الصادرة بمقتضى القانون 95/15 الصادر بتاريخ 3 أكتوبر من سنة 1996 الفصول من 111 إلى 151 لرهن الأصل التجاري كما خصصت الفصول من 336 إلى 392 للرهن بشقيه الحيازي وغير الحيازي إذ خصصت له الفصول من 338 إلى 392 للرهن بشقيه الحيازي التجاري وكذلك من 355 إلى 392 للرهن دون التخلي عن الحيازة ، وميزت فيه بين رهن أدوات ومعدات التجهيز ورهن بعض المنتجات والمواد ، - راجع في هذا الشأن أحمد العطاري "التصرفات الناقلة للملكية وتأثيرها على التزام المدين الراهن بالمحافظة على المال المرهون رهن السفينة والأصل التجاري نموذجاً" ، مقال منشور بمجلة القضاء المدني العدد العاشر - السنة الخامسة - صيف / خريف 2014.

6- من حيث انتقال حيازة العقار المرهون : إذ في الرهن الحيازي تنتقل الحيازة إلى الدائن المرتهن، لهذا فإن الراهن يقع عليه التزام أن يسلم العقار المرهون للمرتهن ويحافظ عليه ويديره ويستغله، أما الرهن الرسمي فلا يتطلب خروج العقار من حيازة المدين الراهن بل يبقى في يده يستغله ويتصرف فيه كما يشاء بشرط أن لا يترتب على ذلك نقص في قيمته⁵².

7- من حيث شكلية العقد : فإن الرهن الحيازي العقاري تشترط فيه الرسمية حسب المادة 147⁵³ من م ح ع، إذ يجب أن يرد في محرر رسمي يتم تحريره من طرف الموثق أو العدل بعد خطاب قاضي التوثيق، أما الرهن الرسمي فإنه يمكن أن يتم بمجرد تراضي الطرفين أو أن يرد في محرر رسمي أو في محرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محامي مقبول للترافع أمام محكمة النقض وهذا ما أكدته المادة 174⁵⁴ من مدونة الحقوق العينية، كما أنه لا يكون صحيحا إلا إذا قيد الرهن بالرسم العقاري في المحافظة العقارية الموجود بدائرتها العقار المرهون، وذلك تحت طائلة عدم الاعتداد به سواء بين المتعاقدين أو الغير⁵⁵، أما إذا تعلق الأمر بالرهن الإثفاقي المتعلق بقرض قصير الأجل فإنه يمكن تأجيل تقييده بالرسم العقاري لمدة لا تتعدى 90 يوما⁵⁶.

8- من حيث نطاق الرهن : فالرهن الحيازي العقاري يخول للدائن المرتهن حق حيازة المرهون وحبسه لحين الوفاء بالدين، أما الرهن الرسمي فلا يخول للمرتهن كل ذلك، بل يمنحه فقط حق التتبع والأفضلية وإمكانية التنفيذ على العقار في حالة عدم الأداء⁵⁷.

ثانيا : تمييز الرهن الحيازي العقاري عن حقوق الإمتياز

⁵² - نوال أخلو ، م س ، ص 11.

⁵³ - تنص المادة 147 على أنه : " يشترط لصحة الرهن الحيازي أن يبرم في محرر رسمي ، وان يكون لمدة معينة ...".

⁵⁴ - تنص المادة 174 من م ح ع على أنه : " ينقذ الرهن الإثفاقي كتابة برضى الطرفين ولا يكون صحيحا إلا إذا قيد بالرسم العقاري. لا تسري أحكام المادة 4 أعلاه على انشاء أو نقل أو تعديل أو إسقاط الرهن الإثفاقي المقرر لضمان أداء دين لا تتجاوز قيمته المبلغ المالي المحدد بنص تنظيمي".

⁵⁵ - ادريس الفاخوري ، مقال منشور بمجلة الحقوق ، م س ، ص 36

⁵⁶ - تنص المادة 184 من م ح ع على أنه : "إذا تعلق الرهن الإثفاقي بقرض قصير الأجل يمكن تأجيل تقييده بالرسم العقاري لمدة لا تتعدى 90 يوما ، ولا يترتب عن هذا التأجيل فقد الدائن لمرتبة التي يبقى مكتسبا لها بشرط أن يتقيد بالمقتضيات المبينة في المادة الآتية".

- وتنص المادة 185 من م ح ع على أنه: "يودع الدائن المرتهن أصل العقد أو نسخة منه مع نظير الرسم العقاري بالمحافظة العقارية ويطلب كتابة من المحافظ على الأملاط العقارية أن يقيد حقه تقييدا احتياطيا وأن يحتفظ لديه بنظير الرسم العقاري ويمتنع من إجراء أي تقييد آخر برضى المالك ، وذلك مدة تسعين يوما تسري من تاريخ التقييد المنجز.

يضمن هذا التقييد بالرسم العقاري ولا يشار إليه في نظيره.

يمكن للدائن المرتهن أن يطلب قبل انصرام المدة المذكورة تقييد حقه بصفة نظامية ليأخذ رتبته من تاريخ التقييد الاحتياطي الذي يتعلق به".

⁵⁷ - عبد السلام أحمد فيغوا ، م س ، ص 433.

بالرجوع إلى المادة 142 من م ح ع نجدها تنص على أن : " حق الامتياز هو حق عيني تبغي يخول للدائن حق الأولوية على باقي الدائنين ولو كانوا مرتهنيين ". ويلاحظ من خلال هذا التعريف أن حق الإمتياز حق عيني تبغي يولي صاحبه حق التتبع والأولوية، الأمر الذي يجعله يختلط بالرهن الحيازي العقاري، لكون أن كلاهما يتفقان في بعض النقط المشتركة ويختلفان في أخرى لذا سنتطرق لأوجه الاختلاف والتشابه بينهما من عدة نقط والمتمثلة فيما يلي:

1- من حيث نوع الحق : فكل من الرهن الحيازي العقاري وحق الإمتياز حق عيني تبغي يخول صاحبه حق التتبع والأولوية.

2- من حيث المحل : فإن الرهن الحيازي يمكن أن يرد على عقار أو منقول، وكذلك هو الشأن بالنسبة لحقوق الامتياز التي تنصب على العقارات والمنقولات سواء كانت عامة أو خاصة⁵⁸.

3- من حيث القابلية للتجزئة : فالرهن الحيازي العقاري لا يقبل التجزئة، فكل جزء من الرهن ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين ضامن بكل الرهن، ونفس القاعدة تسري على الدين المضمون بحق الإمتياز الذي لا يقبل التجزئة بدوره⁵⁹.

لكن بالرغم من نقط الالتقاء بين المؤسستين، إلا أن هناك أوجه اختلاف بينهما نجملها فيما يلي:

4- من حيث المصدر : فإن الرهن الحيازي العقاري مصدره عقد أي أنه يكون بناء على اتفاق الأطراف، وهذا على خلاف حقوق الامتياز التي يكون مصدرها القانون كما تم تحديدها في المادتين 143⁶⁰ و 144⁶¹ من م ح ع، وهذا ما أكدته قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط إذ جاء فيه

⁵⁸ - يوسف أفريل " الرهن الرسمي العقاري (ضمانة بنكية للدائن المرتهن) ، دراسة معمقة معزز بالإجتهد القضائي المغربي والمقارن " ، الطبعة الأولى 2011 ، توزيع مكتبة الرشاد ، سطات ، ص 301.

⁵⁹ - عادل كلاطي " حقوق الامتياز في القانون المغربي " ، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية ، ظهر المهرار - فاس ، السنة الجامعية 2015/2016 ، ص 50.

⁶⁰ - تنص المادة 143 من م ح ع على أنه : "تنتج حقوق الامتياز أثرها ولو لم تقيد بالرسم العقاري وتحدد رتبته بالقانون"

⁶¹ - تنص المادة 144 من م ح ع على أنه : " إن الديون التي لها وحدها امتياز على عقارات المدين هي :

أولا : المصاريف القضائية لبيع الملك بالمزاد العلني وتوزيع ثمنه
ثانيا : حقوق الخزينة كما تقررها وتعينها القوانين المتعلقة بها . ولا يباشر هذا الإمتياز على العقارات إلا عند عدم وجود منقولات.

على أنه : "القانون وحده يبقى مصدر حق الإمتياز المخول للدائنين، وأي امتياز لا يتقرر إلا بنص" ⁶².

5- من حيث الشكلية : فالرهن الحيازي العقاري يجب أن يفرغ في محرر رسمي وأن يتضمن العقد معاينة الحوز إذا كان العقار غير محفظ وأن يقيد في الرسم العقاري إذا تعلق الأمر بعقار محفظ، وذلك على خلاف حقوق الامتياز التي تنتج أثرها ولو لم تقيد بالرسم العقاري وتحدد رتبته بالقانون.

6- من حيث الآثار : فحقوق الامتياز تخول للدائن حق الأولوية على باقي الدائنين ولو كانوا مرتهنيين سواء تعلق الأمر بأصحاب الرهون الحيازية أو الرسمية، وذلك استنادا إلى المادة 142 من م ح ع، ولا يباشر الامتياز على العقارات إلا عند عدم كفاية المنقولات.

الفقرة الثانية : تمييز الرهن الحيازي العقاري عن رهن المنازل وبيع الثنيا

رغم أوجه التشابه الكبيرة بين رهن المنازل والرهن الحيازي العقاري الذي يؤدي في غالب الأحيان إلى خلق خلط بينهما فإن الاختلاف بين المؤسستين قائم، وذلك كما هو الشأن أيضا بين الرهن الحيازي العقاري وبيع الثنيا، لذلك سنتطرق لتمييز الرهن الحيازي العقاري عن رهن المنازل (أولا)، ثم تمييزه عن بيع الثنيا (ثانيا).

أولا : تمييز الرهن الحيازي العقاري عن رهن المنازل

إن رهن المنازل كما هو متعارف عليه، هو قيام مالك عقار بإسكان شخص بعقاره مقابل منحه مبلغا ماليا معيناً، وأداء سومة كرائية رمزية مع التزامه بإفراغه العين المكتراة بمجرد انتهاء المدة المتفق عليها في العقد ⁶³.

⁶² - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط ، بتاريخ 5 يوليوز 1975 منشور في مدونة قرارات محكمة الإستئناف في الرباط لعام 1935 ص 338 ، أورده عادل كلاطي في أطروحته " حقوق الامتياز في القانون المغربي " ، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية ، ظهر المهرز - فاس، السنة الجامعية 2015/2016 ، ص51.

وبمجرد قيام هذا العقد فإن المقرض يعتبر مرتتها ومكتريا لمحل السكنى الذي يحوزه طيلة المدة المتفق عليها، والمقرض يعتبر راهنا ومكرياً⁶⁴ (أنظر للنماذج في الملحق).

وقد يظهر من الوهلة الأولى أن عقد الرهن الحيازي يشته إلى حد ما برهن المنازل على اعتبار أن لهما مجموعة من الخصائص المشتركة، لكن بالرغم من ذلك فإن كل مؤسسة قانونية لها مميزاتها التي تستقل بها والتي تتجسد فيما يلي :

1- من حيث انتقال حيازة العقار المرهون : فكلاهما تنتقل بموجبهما حيازة العقار من يد المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، إلا أنه في الرهن الحيازي العقاري يمنع على الدائن الإنتفاع بالعقار المرهون لنفسه، وإنما يكون له الحق في حبسه إلى غاية الوفاء بالدين من قبل المدين فقط، وذلك بخلاف رهن المنازل الذي ينتفع فيه الدائن المرتهن بالعقار، ويؤدي مقابل هذا الإنتفاع وجبية كرائية رمزية، للمكري (الدائن المرتهن)⁶⁵.

2- من حيث شكلية العقد : نجد أن الرهن الحيازي العقاري اشترط فيه المشرع الرسمية بمقتضى المادة 147 من م ح ع، وذلك على خلاف رهن المنازل الذي يرد في محرر عرفي، وفي هذا الصدد جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس بتاريخ 26 مارس 2018 وهي تبث في قضايا العقار مايلي : "... وحيث أن المادة 147 من م ح ع تنص على أنه " يشترط لصحة الرهن الحيازي أن يبرم في محرر رسمي وأن يكون لمدة معينة .

يجب أن يتضمن العقد معاينة حوز الملك المرهون إذا كان غير محفظ وذلك تحت طائلة البطلان .

وحيث أنه بالرجوع إلى العقد يتبين أنه عقد عرفي مصحح الإمضاء بتاريخ 19 غشت 2015 تحت عدد 34874 لم يحرر وفق الصيغة القانونية المنصوص عليها قانونا مما يتعين التصريح ببطلانه وحيث أن الفصل 306 من ق ل ع ينص على أن "الالتزام الباطل بقوة القانون لا

⁶³ - سناء كريم "رهن المنازل بين القانون والعرف"، مقال منشور بجريدة إلكترونية مغرس، نشر في التحديد يوم 18-04-2014 ، تاريخ الإطلاع 26 ماي 2018.

⁶⁴ - عبد الهادي حمدون "الرهن المقترن بكراء أماكن السكنى"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني المعمق جامعة محمد الخامس كلية الحقوق أكادال، الرباط ، السنة الجامعية 2006/2007.

⁶⁵ - عبد العلي حفيظ " مشروعية الممارسة السائدة حول رهن المنازل " ، مقال منشور بموقع الكتروني ، مدونة القانون والقضاء المغربي ، بتاريخ 2017/11/25، تاريخ الإطلاع 26 ماي 2018 .

يمكن أن ينتج أي أثر إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذا له " مما يكون معه طلب المدعي مؤسسا بخصوص الحكم على المدعى عليها بأدائها مبلغ 15000 درهم ويتعين الاستجابة له وذلك بعد التصريح ببطان العقد "66 (أنظر الحكم في الملحق).

بالإضافة إلى أن رهن المنازل يقوم على أساس وثيقتين يتم التوقيع عليهما من طرف المكري والمكتري ويتم المصادقة عليهما من طرف المصالح المختصة على مستوى المقاطعة، بالنسبة للوثيقة الأولى فهي عقد إبراء⁶⁷، يشهد فيه المكري بأن المكتري يسكن بمنزله ابتداء من تاريخ محدد إلى غاية تاريخ آخر يتم تحديده في العقد وذلك بدون مقابل.

وبالموازاة مع عقد الإبراء، يحرر المكري والمكتري عقد آخر يتعلق بقرض، وهو عقد يتم بين المدين والدائن، يتم تضمينه جميع المعلومات الخاصة بالطرفين، اسم المعنيين، تاريخ الولادة، رقم بطاقة التعريف الوطنية، عنوان السكن، كما يحدد المبلغ المتفق عليه كسلف، مدة السلف، وتاريخ الأداء، كما يتضمن توقيع المعنيين "المدين والدائن"، مع إثبات مكان وتاريخ التوقيع، كما يشار في رأس الصفحة التي يحرر فيها العقد إلى الفصل 856 من ق ل ع الذي ينص على أن "عارية الإستهلاك أو القرض عقد بمقتضاه يسلم أحد الطرفين للآخر أشياء مما يستهلك بالإستعمال أو أشياء منقولة أخرى لاستعمالها بشرط أن يرد المستعير، عند انقضاء الأجل المتفق عليه أشياء أخرى مثلها في المقدار والنوع والصفة"⁶⁸.

3 - من حيث محل العقد : يختلف الرهن الحيازي العقاري عن رهن المنازل أيضا من حيث

أن هذا الأخير لا يقدم العقار محل السكنى كضمانة للدين، إذ لا يشار في عقد القرض المبرم بين الطرفين إلى محل السكنى كضمانة، ذلك أن عقد القرض يكون مجردا لا ضمان فيه.

كما أن عقد الرهن الحيازي العقاري يتضمن عقدا واحدا على خلاف عقد رهن المنازل الذي يأتي في صورتان، إما أن يأتي في عقد واحد يتضمن القرض والكراء معا، حيث ينص فيه على تخويل الدائن حق الإستفادة من منفعة العقار المرهون مقابل القرض المقدم لمالك العقار، وعلى

⁶⁶ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس، العدد 311، المؤرخ في 26.03.2018، غير منشور.

⁶⁷ - في عقد الإبراء يتم تسجيل جميع المعلومات، الاسم الكامل للمكري والمكتري وتاريخ الولادة ورقم البطاقة الوطنية، وعنوان السكن، ويتم تذييله بعبارة " وبهذا أشهد وأوقع، وحرر له هذا الإبراء ليكون حجة عليه "، ويقوم المكتري بالتوقيع على هذه الوثيقة مع إثبات مكان وتاريخ التوقيع. مأخوذ عن سناء كريم م. س، ص 1.

⁶⁸ - سناء كريم، م. س، ص 2.

أن المكتري يلتزم بأداء وجيبة الكراء وبرد العين بمجرد حصوله على مبلغ القرض، وقد يأتي في عقدان مستقلان عن بعضهما البعض الأول يتعلق بالقرض ولا يشار فيه إلى الفائدة، وإنما يتضمن ما يفيد أنه منح على وجه الخير والإحسان، والثاني يتضمن عقد كراء عقار معين غالبا ما تكون الوجيبة الكرائية المقابلة زهيدة مقارنة مع الأجرة العادية التي يمكن أن يكري بها مثل المحل المكتري⁶⁹، إلا أن الممارسة الشائعة لهذا النوع من الرهون (رهن المنازل) دأبت على عدم التصريح بالكراء إذ يتم إخفائه بموجب إتفاق مستقل بين الأطراف، وبالتالي فإنه يأتي في صورة عقد واحد تحت إسم "رهن بدين"⁷⁰.

4- من حيث التكييف القانوني : فإن الرهن الحيازي هو عقد مسمى ومنظم بمقتضى مدونة الحقوق العينية في المواد من 145 إلى 164 وكذا قانون الالتزامات والعقود في الفصول من 1170 إلى 1240 فيما يتعلق بالأحكام العامة، في حين أن الرهن العرفي أو ما يصطلح عليه برهن المنازل لم يحظى بأي تنظيم قانوني وإنما جرت به العادة والعرف فقط، الأمر الذي يجعل هذه الصورة التعاقدية تثير إشكالا قانونيا واضحا ينجم عن التطبيق الانتقائي لأحكام متنوعة لعقود مختلفة، من أجل تحديد العلاقة بين طرفي العقد، فهل الأمر يتعلق بكراء لمحل سكني؟ أم برهن حيازي خصصت فيه العين المكتراة لضمان أداء مبلغ القرض؟ وهنا يطرح تساؤل حول الأساس القانوني لانتفاع المرتهن حيازيا بسكنى المحل، وألا يقوم ذلك الانتفاع مقام الفائدة في القرض؟ ومن ثم هل تعتبر السومة الكرائية الزهيدة أو عدم وجود بدل أصلا ووجود علاقة قرض بين نفس طرفي العلاقة الكرائية دليلا أو قرينة على ثبوت القرض بفائدة⁷¹.

عندما تقرر هذه الممارسة للنظر القضائي تبقى مسألة التكييف ترتبط بدراسة كل عقد على حدة، من أجل تمييز السند القانوني لاعتماد المقرض المكتري - المحل السكني، هل هو عقد الكراء، أم عقد الرهن، والتأكد من توفر موجبات ذلك، من خلال سعي كل طرف إلى نفي ما يحاول الطرف الآخر إثباته كسند قانوني للتواجد بالمحل، خاصة وأن أهم النزاعات القانونية التي تثيرها هذه

⁶⁹ - عبد العلي حفيظ، م س، ص 4.

⁷⁰ - مقابلة مع أحد الكتاب العموميين اعوينات الحجاج فاس في 20 يوليوز 2018 على الساعة 16.00.

⁷¹ - سناء كريم، م س، ص 2.

الممارسة ترتبط بإفراغ المحل، ذلك أنه عندما يطلب المقرض (المكري) من المقرض (المكترى) إفراغ المحل فيمتنع هذا الأخير إما لعدم تمكنه من مبلغ القرض، وإما لمجرد المساومة وبسوء نية.

وهكذا فإن هذه الصور التعاقدية ونظرا لكونها تتأسس على تدخل أحكام مختلفة (الكراء- الرهن الحيازي - القرض) وخضوعها لمقومات العرف، فإنها تعد بمثابة قرض ينطوي على اشتراط ضمني للفائدة اتخذ شكل نفع أنجز لفائدة الدائن، والمتمثل في سكنى الدار بدون مقابل أو بمقابل زهيد جدا لا يتناسب بتاتا والقيمة الايجارية للمحل المكترى، وذلك وفق ما ينص عليه الفصل 870 من ق ل ع الذي ينص على أن اشتراط الفائدة بين المسلمين باطل ومبطل للعقد الذي يتضمنه سواء جاء صريحا أو اتخذ شكل هدية أو أي نفع آخر للمقرض أو لأي شخص آخر يتخذه وسيطا.

وفي هذا الصدد جاء حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس⁷² حيث جاء في حيثياته ما يلي: "حيث بالرجوع إلى نسق العقد يتبين أنه انصب على ما يصطلح عليه عرفيا برهن المنازل وهو عقد يتفق من خلاله مالك عقار على منح سكناه مجانا أو بمشاهرة رمزية إلى شخص آخر مقابل قرض مالي محدد بأجل مسمى أو غير مسمى.

حيث وإن كانت هذه الممارسة العرفية سائدة في المجتمع إزاء علاقاتهم التعاقدية فلا يمكنها البتة مخالفتها للمقتضيات القانونية الجاري بها العمل بصريح الفصل 475 من ق ل ع التي تنص على أنه: "لايجوز للعرف والعادة أن يخالف القانون إن كان صريحا".

حيث لما كانت هذه الممارسة تؤسس على عقد قرض مقابل منفعة عينية متمثلة في السكنى بالمجان أو بثمان رمزي فإن الفصل 870 من ق ل ع صريح في شأنها وذلك باعتباره أن اشتراط الفائدة بين المسلمين باطل ومبطل للعقد الذي يتضمنه سواء جاء صريحا أو اتخذ شكل هدية أو أي نفع آخر للمقرض الأمر الذي يكون معه العقد المجسد لهذه الممارسة باطلا بطلانا مطلقا ولا سيما وأنها تخالف من جهة أخرى ما جرى به العمل في الفقه المالكي في رهن المنافع الذي يشترط أن يكون الدين قد نشأ عن شيء غير السلف لقول ميارة في متن العاصمية (إذا كان الدين المرتهن فيه من سلف فلا يجوز اشتراط المنفعة لأنه سلف جر نفعا)، ولقول المتيطي (لا يجوز اشتراط المنفعة

⁷² - حكم عدد 1343، الصادر بتاريخ 2005/05/09، غير منشور.

بالرهن في السلف كان ذلك في العقد أو بعده وهو في العقد سلف بزيادة وبعد العقد هدية مديان وكذلك بعد العقد في البيع أيضا).

حيث وتأسيسا للعلل أعلاه يبقى العقد الرابطة بين الطرفين باطلا بطلانا مطلقا".

أما بخصوص علاقة هذه الممارسة بأحكام الرهن الحيازي، وذلك باعتبار أن حيازة المكثري للمحل يكون كضمانا للقرض الممنوح للمالك، فإنه يظل محكوما باعتباره قرضا بفائدة وذلك تطبيقا للفصل 877 من ق ل ع، ذلك أن الرهن الحيازي الذي يتضمن ديننا ناشئا عن قرض لا يجوز للأطراف أن يتفقوا فيه على أن يأخذ المرتهن من غلة الشيء المرهون (سكنى المنزل في حالتنا) إلا ما يتجاوز قيمة الحد الأقصى للفائدة المحددة سنويا بظهير خاص وذلك في الحالة التي يجوز فيها اشتراط الفائدة فقط، كما إذا كانت المعاملة جارية بين تاجرين. ولا أظن أن مجموع القيمة الايجارية السنوية للعقارات محل هذه الممارسة تدر مقابل انتفاع يكون فقط في حدود سعر الفائدة السنوي الجاري، كما أن الغالب هو انحصار وجه الانتفاع بتلك العقارات في السكنى فقط، مما يخرجها من دائرة العمل التجاري، وتقع تحت طائلة الحظر القانوني⁷³.

وبذلك فإن هذه الممارسة المصطلح عليها برهن المنازل لا يمكن إخضاعها لأحكام الرهن الحيازي العقاري، نظرا للمنع الصريح في إطار الفصل 870 والمبني على الاحتراز من الوقوع تحت طائلة القرض بفائدة، وذلك على خلاف الرهن الحيازي العقاري الذي يتسم بالمشروعية، وبالتالي يبقى القرار المذكور صائبا عندما أقر ببطلان هذا العقد.

ثانيا : تمييز الرهن الحيازي العقاري عن بيع الثنيا

عرف المشرع المغربي بيع الثنيا في الفصل 585 من ق ل ع على أنه : " البيع مع الترخيص للبائع في استرداد المبيع، أو بيع الثنيا، هو الذي يلتزم المشتري بمقتضاه، بعد تمام انعقاده، بأن يرجع المبيع للبائع في مقابل رد الثمن، ويسوغ أن يرد بيع الثنيا على الأشياء المنقولة والعقارية".

⁷³ - عبد العلي حفيظ ، م س ، ص3.

ونستنتج من خلال هذا النص أن بيع الثنيا هو ذلك البيع الذي بعدما ينعقد على وجه صحيح كغيره من العقود القطعية، تعقبه الثنيا، وهي منح الخيار للبائع في استرداد المبيع، والتي يلتزم بها المشتري على الطوع لإرجاع المبيع للبائع مقابل استرداد ثمنه، وبيع الثنيا بهذا المفهوم إنما هو بيع مع الثنيا أو بيع مقرون بالاسترداد بالإتفاقي⁷⁴.

لكن بالرغم من أن هذا البيع منظم بمقتضى القانون المغربي فإن اللجوء إليه نادر في الواقع، ومع ذلك يمكن تصور إبرامه عندما تكون ظروف البائع المالية سيئة تدفعه إلى إبرام هذا البيع بقصد الحصول على مبلغ مالي مع أمل تحسين أحواله المالية ليتمكن من رد هذا المبلغ إلى المشتري لاسترداد الشيء المبيع منقولاً أو عقاراً، لكن كثيراً ما يخفي هذا النوع من البيوعات رهناً حيازياً غير مشروع بسبب استفادة المقرض المرتهن من الشيء المرهون⁷⁵، بالإضافة إلى أن المشتري قد يتحمل أيضاً بكافة ما يلتزم به الدائن المرتهن تجاه المدين الراهن، وذلك متى تبين للقاضي أن الوصف الحقيقي لما سمي من قبل المتعاقدين ببيع الثنيا إنما يكمن في الرهن وهذا ما أكدته الفصل 600⁷⁶ من ق ل ع المنقول من الفصل 815 من المشروع التمهيدي لسانتيانا⁷⁷. وبعد هذه التوطئة عن بيع الثنيا، فإنه قد يقع اختلاط بينه وبين الرهن الحيازي العقاري، لذا سنتطرق لأوجه التشابه والاختلاف بينهما.

فأما أوجه التشابه بين كلا العقدين تتمثل فيما يلي :

1 - كلا منهما يعتبران بمثابة وسائل ائتمانية يلجأ إليها البائع في بيع الوفاء والراهن في عقد

الرهن عند الحاجة .

⁷⁴ - محمد شيلح "مرشد الحيران إلى الفهم المحمود بفك قيود عن نكت أحكام البيع المنضود في القانون المغربي للالتزامات والعقود"، الطبعة الأولى، دون ذكر المطبعة، السنة 1998، ص 129.

⁷⁵ - محمد أحمد بونبات "العقود على العقارات"، دراسة شاملة للعقود المبرمة على العقارات في ضوء التشريع المغربي مدعمة بنظر الفقه والإجتihad سلسلة آفاق القانون رقم 14 سنة 2006، ص 27.

⁷⁶ - بنص الفصل 600 من ق ل ع على أنه : "إذا سمي الاتفاق (بيع الثنيا) مع كونه يتضمن في الحقيقة رهناً، فإن آثار هذا الاتفاق تخضع في العلاقة بين المتعاقدين لأحكام الرهن الحيازي للمنقول أو الرهن الرسمي، وفقاً لظروف الحال، لكن هذا العقد لا يمكن أن يحتج به على الغير، إلا إذا كان قد أبرم على الشكل الذي يتطلبه القانون لقيام الرهن الحيازي على منقول أو الرهن الرسمي".

⁷⁷ - محمد شيلح، م س، ص 136-137.

2- من حيث انتقال الحيازة : يتسلم البائع في بيع الثنيا والراهن في عقد الرهن، باعتبارهما مدينين، مبلغ من المال، على أن يبقى العقار المبيع أو المرهون (في الرهن الحيازي) بيد المشتري، والمرتهن، حتى يردوا إليهما الثمن والدين، باعتبارهما كذلك معا دائنين⁷⁸.

3- من حيث المحل : فكلا من بيع الثنيا والرهن الحيازي العقاري يسوغ أن يرد على الأشياء المنقولة والعقارية، وفي كلاهما يقوم الحق في الإسترداد، كما أنهما عقدان من العقود التي يتعاقبها الاسترجاع إذ أنه عند انتهاء المدة وسداد الدين المتعلق بالمحل المرهون أو محل بيع الثنيا فإن المحل المبيع أو المرهون يرجع إلى صاحبه.

وعلى ذلك فبالرغم من أوجه التشابه بين هذين العقدين فهناك فروق عديدة بينهما تتمثل فيما يلي :

4- من حيث المصدر : فبيع الثنيا مصدره عقد أصلي، أما الرهن الحيازي العقاري فهو عقد تبعي يرتكز في قيامه على وجود حق شخصي ويكون ضمانا للوفاء به.

كما أن بيع الثنيا عقد رضائي مبدئيا تنتقل فيه الملكية فور إبرامه، أما الرهن الحيازي العقاري فهو عقد شكلي اشترط فيه المشرع الرسمية استنادا الى المادة 147 من م ح ع.

5- من حيث المدة : فالمدة في بيع الثنيا مقيدة قانونا في 3 سنوات استنادا الى الفصل 586 من ق ل ع، كما أنه إذا لم يحدد أجلها تعتبر محددة الأجل قانونا بثلاث سنوات، وإذا فاتت هذه المدة القانونية، فإن البائع يفقد ملكه نهائيا ويؤول للمشتري المقرض⁷⁹، أما المدة في الرهن الحيازي العقاري لم يحددها القانون، وإنما يتفق عليها الأطراف، بشرط أن تكون معينة .

6- من حيث الضمان : فإن المشتري في بيع الثنيا ملزم بالمحافظة على العقار المرهون، فالفصل 597 من ق ل ع ينص على أنه : " يسأل عن تعيب الشيء المرهون أو هلاكه الحاصل

⁷⁸ - عبد الرزاق السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، المجلد الأول، البيع، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، طبعة 1960، ص 148.

⁷⁹ - ينص الفصل 589 من ق ل ع على أنه : "إذا لم يباشر البائع حقه في الاسترداد في الأجل الذي حدده العاقدان، فقد حقه في استرجاع المبيع . أما إذا باشر البائع حقه في الاسترداد، فإن الشيء المبيع يعتبر كأنه لم يخرج عن ملكه أصلا".

بفعله أو بخطأه أو بخطأ الأشخاص الذين تلزمه المسؤولية عنهم، كما يسأل عن التغيرات التي تترتب عنها تحول الشيء تحولا أساسيا إضرارا بالبائع .

ولا يسأل عن الحادث الفجائي أو القوة القاهرة، ولا عن التغيرات اليسيرة التي لحقت الشيء وليس للبائع في هذه الحالة طلب إنقاص الثمن ."

مما يفيد أن هلاك الشيء في بيع الثنيا سيكون على عاتق المشتري بمجرد انتقال ملكية الشيء المبيع إليه، أما في الرهن الحيازي فالدائن المرتهن هو الذي يسأل عن كل شيء يحدث للعقار المرهون من أضرار وعيوب سواء كان الشيء بيده أو بيد أحد الأشخاص الذين هم تحت ولايته⁸⁰.

7- من حيث الآثار : ففي بيع الثنيا يجوز للمشتري التصرف في المبيع بما لا يتعارض والطابع المؤقت لملكيته بالكراء أو بالرهن وما إلى ذلك، أما في الرهن الحيازي العقاري فإن الدائن المرتهن الحائز للشيء المرهون لا يجوز له التصرف في العقار المرهون إلا بالإذن الصريح من مالك العقار المرهون⁸¹.

كما أن الغلة في بيع الثنيا للمشتري الذي يحق له قبض ثمار المبيع، بخلاف الرهن الحيازي العقاري الذي تكون فيه الغلة لمالك العقار المرهون، إذ لا يسوغ للمرتهن أن ينتفع بالعقار المرهون بأي وجه من الوجوه⁸²، وفي هذا الصدد جاء قرار صادر عن المجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا - والذي جاء فيه ما يلي : " وإن المحكمة لم تثبت إلا وفق طلب المدعي الرامي إلى افتداء المبيع مقابل رده للطاعن المبلغ الذي قبضه منه دون أن تلزمه برد الغلة وهي النقطة التي يختلف فيها الرهن عن بيع الثنيا "⁸³.

⁸⁰ - شفيق استيتو، " بيع الثنيا"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص وحدة القانون المدني، جامعة الحسن الثاني، عين الشق كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية ، الدار البيضاء 2010 - 2011 ص 25.

⁸¹ - محمد شليح " بعض أنواع البيوع "، محاضرات الفصل الخامس من مسلك القانون الخاص، وحدة القانون المدني 2 مادة العقود المسماة، كلية الحقوق بفاس السنة الجامعية 2013/2014.

⁸² - عبد الكريم السالمي " بيع الثنيا بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة القرويين، كلية الشريعة فاس، السنة الجامعية 2002/2003، ص 84.

⁸³ - قرار صادر عن المجلس الأعلى رقم 179، منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 139، ص 75 وما بعدها .

كما يختلفان من حيث الحيازة، ذلك أنه في بيع الثنيا يتجرد الأول البائع، عن الملك للثاني المشتري، على أمل استرداده في المستقبل، أما في الرهن الحيازي، فلا يتجرد الراهن عن ملكه، بل عن الحيازة فقط⁸⁴.

المبحث الثاني : عناصر تكوين الرهن الحيازي العقاري

يخضع تكوين الرهن الحيازي العقاري باعتباره عقدا للمبادئ العامة في نظرية العقد، من ضرورة توفر شروط معينة في طرفي عقد الرهن، وفي محله المتمثل في العقار المرهون، وكذا في سببه أي الالتزام المضمون بالرهن (المطلب الأول) ولا تكفي هذه الشروط العامة لقيام عقد الرهن الحيازي العقاري صحيحا بين طرفيه، بل لا بد بالإضافة إلى هذه الشروط أن يخضع لشكلية خاصة به سواء تعلق الأمر بعقار غير محفظ أو عقار محفظ أو في طور التحفيظ (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الشروط اللازمة لقيام الرهن الحيازي العقاري

لقيام عقد الرهن الحيازي صحيحا ومنتجا لأثاره، كان لازما توفر شروط معينة في كل من أطراف عقد الرهن (الفقرة الأولى)، وكذا في العقار المرهون والدين المضمون بالرهن (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى : أطراف عقد الرهن الحيازي العقاري

بما أن الرهن الحيازي عقد تبادلي فإنه لا ينعقد إلا بتبادل إرادتي طرفيه وهما الراهن والمرتهن، وإذا كان في الغالب ما يكون الراهن هو المدين نفسه فإنه لا مانع من أن يكون شخص آخر يقوم مقامه كالكفيل العيني هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن عقد الرهن يستوجب أن يكون ثمة دائنا مرتهنا أو شخص آخر يتفق عليه المتعاقدان أن يحوز العقار

⁸⁴ - شفيق سنيّتو، م س، ص 24.

المرهون عوضا عن الدائن المرتهن⁸⁵، إذن فما هي الشروط الواجب توافرها في كل من الراهن والمرتهن؟

أولا : الشروط الواجب توافرها في الراهن

حسب مقتضيات المادة 151 من م ح ع فإنه لا يشترط أن يكون الراهن هو المدين بالذات، بل يجوز أن يكون إما هو المدين نفسه أو من الغير، وقد دأبت مؤسسات الائتمان في علاقتها بزبنائها - خاصة في القروض العقارية - على مطالبة هؤلاء بتعيين شخص من الغير يقدم رهنا لفائدتهم في الحالة التي يعذر عليهم تقديمه بأنفسهم، لأن هذا النوع من الضمان يخول للدائن على الشيء المرهون حق التتبع والأفضلية، إذن فما هي الشروط الواجب توافرها في الراهن سواء كان هو المدين نفسه أو من الغير؟

بما أن الرهن الحيازي العقاري من أعمال التصرف⁸⁶ فإنه يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون سواء تعلق الأمر بعقار محفظ أو غير محفظ، كما يتعين أن يكون أهلا للتصرف فيه وهذا ما أكدته المادة 150 من م ح ع.

ومن ثم يجب أن يكون الراهن أهلا للتصرف في العقار المرهون، فإذا كان الراهن هو المدين نفسه يلزم أن تتوفر لديه أهلية مباشرة الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، إذ أن المدين الراهن لا يتبرع برهن عقاره بل يهدف من وراء رهنه الحصول على قرض أو مد أجل الدين أو بوجه عام ضمان التزامه، وبذلك فاشتراط أهلية التصرف شرطا مناسبا باعتبار أن عقد الرهن عقد بمقابل، فهو دائر بين النفع والضرر، ذلك أنه في غير مصلحة الراهن دائما، لأن حق الرهن يثقل العقار المرهون وينقص من قدرة الراهن على الاقتراض⁸⁷.

وعلى ذلك يجب أن يكون الراهن بالغا سن الرشد غير محجور عليه، وبذلك فإذا صدر عقد الرهن عن الصبي غير المميز أو من في حكمه كالمجنون أو المعتوه يكون باطلا

⁸⁶ - تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 11 من ق ل ع على أنه: "...ويعتبر من أعمال التصرف في معنى هذا الفصل البيع والمعاوضة والكرأ لمدة تزيد على ثلاث سنوات والشركة والقسمة وإبرام الرهن وغير ذلك من الأعمال التي يحددها القانون صراحة".
⁸⁷ - نبيل إبراهيم سعد ، م س ، ص 441.

بطلانا مطلقا، أما العقد الذي يبرمه الصبي المميز أو من كان سفيها أو ذا غفلة يكون قابلا للإبطال.

ويعود الحق في طلب الإبطال إلى الراهن بعد اكتمال أهليته أو لممثله الشرعي قبل ذلك أو لورثته من بعده، ويسقط الحق في إبطال الرهن الحيازي العقاري بالتقادم فيصبح الرهن صحيحا بأثر رجعي من وقت نشوئه ويحتج به على من كسب حقا عينيا على العقار المرهون كدائن مرتهن آخر كسب حقه بعد نفاذ الرهن الأول ولو كان ذلك قبل تمام التقادم⁸⁸.

وليس للقاصر المأذون له بالإدارة أن يرهن له مجرد أعمال الإدارة، أما القاصر المأذون له بالتجارة فإن الرهن الصادر عنه يعتبر صحيحا ونافذا⁸⁹، ذلك أن أعمال القاصر المميز المأذون له بإدارة أمواله تكون ممارسته للأعمال الإدارية المحظية صحيحة أما ممارسته لأعمال التصرف قابلة للإبطال وممارسته للأعمال التبرعية باطلة بطلانا مطلقا⁹⁰.

وعليه إذا تعلق الأمر بأموال القاصر أو المحجور عليه فإن الرهن لا يجوز من قبل الأولياء القانونيين أو الشرعيين إلا إذا أذن لهم القاضي بذلك، وهذا ما يستفاد من مقتضيات المادة 152 من م ح ع التي تنص على أنه: "لا يجوز للأب أو الأم أو الوصي أو المقدم رهن أموال القاصر أو المحجور عليهم رهنا حيازيا إلا بإذن من القاضي"⁹¹.

وفي هذا الصدد جاء قرار صادر عن المجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا- إذ جاء فيه ما يلي: "رهن عقار للأب القاصر من طرف أبيه الحصول على إذن القاضي، إن الفصل 149 من قانون الأحوال الشخصية باعتباره النص القانوني الواجب التطبيق على النازلة بالنظر إلى تاريخ التصرف المطلوب إبطاله، لم يكن يشترط إذن الأب المنصوص عليه في مدونة الأسرة في الفصل 206 بخصوص الأهلية وتصرفات الولي بالحصول على الإذن فيما تجاوز مبلغ (20000) درهم كما جاء أيضا في الفصل 11 من ق ل ع والذي لا يجيز للأب

⁸⁸ - عبد الرزاق السنهوري " الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء العاشر في التأمينات الشخصية والعينية - دار النهضة العربية - القاهرة - الطبعة الثانية - 1994، ص 883.

⁸⁹ - ينص الفصل 7 من ق ل ع على أنه: "القاصر المأذون له إنفاذا صحيحا في التجارة والصناعة، لا يسوغ له أن يطلب إبطال التعهدات التي تحمل بها بسبب تجارته في حدود الإذن الممنوح له، وفي جميع الأحوال يشمل هذا الإذن الأعمال الضرورية لتعاطي التجارة المأذون فيها".

⁹⁰ - كليل صافية، م س، ص 15.

⁹¹ - يقابلها الفصل 11 من ق ل ع إذ جاء فيه ما يلي: "الأب الذي يدير أموال ابنه القاصر أوناقص الأهلية، أو الوصي والمقدم وبوجه عام كل من يعينه القانون لإدارة أموال غيره، لا يجوز لهم إجراء أي عمل من أعمال التصرف على الأموال التي يتولون إدارتها، إلا بعد الحصول على إذن خاص بذلك من القاضي المختص، ولا يمنح هذا الإذن إلا في حالة الضرورة أو في حالة النفع البين لناقص الأهلية".

أن يدير أموال ابنه القاصر إلا بعد الحصول على إذن خاص من القاضي المختص، وأن مقتضيات هذا الفصل ألغيت بعد صدور مدونة الأحوال الشخصية لتعارضها مع أحكام هذه الأخيرة عملاً بمقتضيات الفصل 474 من ق ل ع (لا تلغى القوانين إلا بقوانين لاحقة وذلك إذا نصت هذه صراحة على الإلغاء، أو كان القانون الجديد متعارضاً مع قانون سابق منظماً لكل الموضوع الذي ينظمه)، واستناداً لذلك فإن القرار المطعون فيه جاء خارقاً للفصل 149 من مدونة الأحوال الشخصية بالنظر إلى تاريخ الوثيقة مما يجعل النيابة الشرعية قائمة للأب وبالتالي يتعين التصريح بنقضه⁹².

وعليه فإن الإذن الممنوح للنائب الشرعي من طرف القاضي المختص لا يكون إلا في حالة الضرورة أو في حالة النفع البين لناقص الأهلية⁹³، ذلك أنه إذا كان التصرف الذي أجراه النائب الشرعي في غير مصلحة القاصر أو المحجور عليه أو الشخص المعنوي كان الرهن باطلاً وقضي بالتشطيب عليه إذا تعلق الأمر بعقار محفظ.

وفي هذا السياق نجد قرار صادر عن المجلس الأعلى - محكمة النقض حالياً - إذ جاء فيه ما يلي: " رهن عقاري - قاصر - تصرفات النائب الشرعي الضارة - لا يجوز للنائب الشرعي أن يجري نيابة عن القاصرين لتصرفات لها صبغة التبرعات المحضة، ولو كان مأذوناً فيها من طرف القاضي المختص، والمحكمة قضت بالتشطيب على الرهن في حدود ما يملكه القاصر في العقار الذي رهنته والدته وهو قاصر على اعتبار أن ما أقدمت عليه يعد من أعمال التصرفات المحظرة الضارة به تكون قد عللت قرارها بما فيه الكفاية "⁹⁴.

هذا، ويجب أن يكون المدين الراهن كذلك مالكا للعقار المرهون، وذلك نظراً لكون أن عقد الرهن يرتب على العقار المرهون سواء كان محفظاً أو غير محفظ حقاً عينياً يخول للمرتهن بيعه ليستوفي من ثمنه دينه في الحالة التي لم يؤدي فيها المدين دينه عند حلول الأجل، فلذلك يتعين أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون ملكية تامة ليتأتى له ترتيب هذا

⁹² - عمر بوحمرش "المفيد في الاجتهاد القضائي"، طبعة صفر 1432 هـ/ يناير 2011 م، دون ذكر المطبعة، ص 107-108.

⁹³ - جاء في الفصل 11 من ق ل ع ما يلي: "...ولا يمنح هذا الإذن إلا في حالة الضرورة أو في حالة النفع البين لناقص الأهلية".

⁹⁴ - قرار عدد 724 المؤرخ في 2003/6/4، الملف التجاري عدد 01/1/3/629، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 61، دون ذكر السنة، ص 177.

الحق، وهنا يمكن أن نتساءل عن مصير الرهن الصادر ممن ليس له على الملك إلا حق معلق على شرط أو قابل للفسخ أو معرض للإبطال ؟

بالرجوع إلى النصوص المنظمة للرهن الحيازي العقاري في مدونة الحقوق العينية لا نجد أي مادة تتحدث عن الرهن المعلق على شرط أو القابل للفسخ أو المعرض للإبطال، الأمر الذي يستشف معه إغفال المشرع لهذه المسألة، وذلك على غرار المقتضيات المتعلقة بالرهن الرسمي التي نجدها تطرقت لها بالتفصيل في المادة 150 من م ح ع إذ جاء فيها : " كل من ليس له على الملك إلا حق معلق على شرط أو قابل للفسخ أو معرض للإبطال لا يمكنه أن يعطي إلا رهنا خاضعا لنفس الأحكام.

غير أن الدائن المرتهن حسن النية يحتفظ بحقه في الرهن إذا كان يجهل تلك الأحكام " .

وبما أن المادة 145 من م ح ع أكدت على أن أحكام الرهن الرسمي تسري على الرهن الحيازي إذا تعلق الأمر بعقار محفظ، فإنه يمكن تدارك إغفال المشرع المغربي بتطبيق هذه المادة على الرهن الحيازي الوارد على عقار محفظ، أما بخصوص العقار غير المحفظ يمكن تطبيق نفس المبدأ استنادا الى الفصل 1172⁹⁵ من ق ل ع الذي جاء فيه مايلي : " من ليس له على الشيء إلا حق قابل للفسخ أو معلق على شرط أو قابل للإبطال لا يحق له أن يجري إلا رهنا معلقا على نفس الشرط أو معرضا لنفس الإبطال " .

ومن ثم فإن الشخص الذي يملك حقا مقترنا بشرط أو مربوطا بأجل أو معرضا للإبطال فلا يكون رهنه محررا من هذا الوضع⁹⁶ .

و إذا كان الأصل أن يكون الراهن هو المدين نفسه، فإنه في بعض الحالات يكون الرهن صادرا من شخص آخر غير المدين ومقرر لضمانه، وهو ما يعرف اصطلاحا بالكفيل

⁹⁵ جاء في المادة الأولى من م ح ع على أنه: "... تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات العقود في ما لم يرد به نص في هذا القانون، فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي " .

⁹⁶ محمد بونبات "الحقوق العينية ، دراسة مقارنة الحقوق العينية " ، سلسلة أفاق القانون ، دون ذكر الرقم ، سنة 2003/2002 ، ص 100 .

العيني⁹⁷ *caution réelle*، حسب المادة 151 من م ح ع التي نصت على أنه : " يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو كفيلا عينيا يقدم الرهن لمصلحة المدين ".

وعليه، فإن الكفيل العيني الذي يقدم رهنا عقاريا لضمان الوفاء بدين المدين الأصلي لا يكون ملزما التزاما شخصيا بأداء الدين، بل الذي يضمن أداء الدين هو الرهن الذي قدمه⁹⁸، أي أن كفالاته تكون في حدود العقار لأنها كفالة عينية وليست شخصية، وعلى ذلك فإنه لا يلزم سداد هذا الدين إلا من العين المرهونة وحدها، ولا يلزم بشيء من أملاكه الأخرى، فلو كان الدين المضمون بالرهن مبلغ مثلا عشرون ألف درهم، وبيع العقار المرهون الذي قدمه الكفيل العيني بمبلغ عشرة آلاف درهم، فلا يحق للدائن مطالبة الكفيل العيني بباقي الدين، لأن كفالاته محدودة بقيمة المرهون⁹⁹، وهذا ما أكدته المحكمة التجارية بالرباط بتاريخ 24 ماي 2000، والذي ذهب إلى أن : " الكفيل لا يلزم بالوفاء بالدين إلا من ثمار العقار المرهون وليس من أمواله الأخرى، فالضمان العيني حسب العقد مقصور على العين المرهونة ويعتبر ضمانا بالكفالة العينية التي قدمها " ¹⁰⁰.

هذا، وإذا كان الراهن كفيلا عينيا، فيجب كما في المدين الراهن نفسه، أن يكون مالكا للمرهون وأهلا للتصرف فيه، غير أن الأهلية المطلوبة في الكفيل العيني تختلف باختلاف نوع التصرف الذي قام به، فإذا كان بالمقابل فلا يطلب منه إلا التمتع بأهلية التصرف، أما إذا كانت كفالاته تبرعية فيجب أن تكون للمدين أهلية التبرع، لأن التصرف هنا من التصرفات الضارة ضررا محضا، ومن ثم إذا كان الكفيل العيني قاصرا، مميزا أو غير مميز، أو كان محجور عليه لسفه أو غفلة ورهن ماله ككفيل عيني كان الرهن باطلا أو قابلا للإبطال¹⁰¹.

ولما كانت ملكية العقار المرهون شرط أساسي في الراهن سواء أكان مدينا أو كفيلا عينيا، فإن ثمة إشكال يطرح بخصوص مصير الرهن الذي يعقده الراهن على عقار لا يملكه ؟

⁹⁷- تجدر الإشارة إلى أن المشرع لم ينظم الكفالة العينية بنصوص خاصة، شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي، بل اكتفى بالإشارة إليها إشارات عابرة في بعض فصول قانون الالتزامات والعقود الواردة في القسم الحادي عشر الخاص بالرهن الحيازي، وكذا المادة 151 من مدونة الحقوق العينية أعلاه.

⁹⁸- أحمد كويس "الكفالة العينية"، مقال منشور بمجلة القانون والإقتصاد، العدد 23 السنة 2007، ص 32.

⁹⁹- عبد الكريم شهبوم، م س، ص 309.

¹⁰⁰- حكم عدد 24، منشور بمجلة الإشعاع، ص 196.

¹⁰¹- عبد الرحيم عاقل، م س، ص 20-21.

وما هي الآثار التي يمكن أن يترتبها هذا الرهن في علاقة المالك الحقيقي للعقار بالدائن المرتهن؟

لقد أشار المشرع المغربي لحالة وقوع الرهن الحيازي على ملك الغير، واعتبره صحيحا في العلاقة بين طرفيه ولكنه قابل للإبطال لمصلحة الدائن المرتهن¹⁰²، وذلك بمقتضى الفصل 1173 من ق ل ع الذي ينص على أنه : " رهن ملك الغير صحيح :

1- إذا ارتضاه مالك الشيء أو أقره . وعندما يكون الشيء مثقلا بحق الغير، تجب موافقة هذا الغير أيضا .

2- إذا اكتسب الراهن في تاريخ لاحق ملكية المرهون ."

وعليه، فلا يصح رهن ملك الغير إلا إذا ارتضاه مالك العقار، أو أقره إذا تعلق الأمر بعقار غير محفظ، وعلى ذلك فالرهن في هذه الحالة موقوف على إجازة المالك الحقيقي، فإذا أقره هذا الأخير بورقة رسمية استقر الرهن وأصبح المالك طرفا في عقد الرهن بمثابة كفيل عيني والراهن بمثابة الوكيل عنه في إبرام الرهن، باعتبار أن للإجازة أثر رجعي¹⁰³، استناد إلى القاعدة الفقهية القائلة بأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، وإذا لم يرتض مالك الشيء الرهن إلا في حدود مبلغ معين أو تحت شروط خاصة فإن الرهن لا يكون إلا في حدود ذلك المبلغ أو مع مراعاة التحفظات التي صرح بها المالك، ولا يكون للرهن أي أثر إذا رفض مالك الشيء إقراره، إذ يصبح الرهن كأن لم يكن، ومن حق المالك استرداد العين المرهونة من يد المرتهن لأن هذا الأخير حسن النية .

أما إذا تعلق الأمر بعقار محفظ فإن المشرع المغربي أغفل تحديد أحكام رهن ملك الغير المحفظ¹⁰⁴، رغم ما تعرفه الساحة القانونية من إشكالات عديدة حول ملك الغير، وكذا كثرة القضايا العقارية المطروحة أمام المحاكم المغربية، والمتمثلة بالأساس في الإستيلاء على ملك الغير والتصرف فيه بمختلف أنواع التصرفات الباطلة .

¹⁰² - حليمة بن حفو " نظرية الاستحقاق ، دراسة مقارنة "، تقرير حول أطرحة ، مجلة الأملاك ، العدد التاسع ، السنة 2011 ، ص 201.

¹⁰³ - عبد السلام أحمد فيغو ، م س ، ص 452.

¹⁰⁴ - بالمقابل نجد المشرع المصري قد نظم أحكام رهن ملك الغير ، واعتبره صحيحا ، إذا أقره المالك بورقة رسمية أو إذا انتقلت إلى الراهن ملكية الشيء المرهون "، مأخوذ عن حليمة بن حفو ، م س ، ص 201.

ونعتقد أن سكوت المشرع لا يعني بطلان هذا الرهن، وإنما ترك المجال لتطبيق القواعد العامة، والإستئناس بالأحكام المنظمة لبيع ملك الغير، وأيضاً النصوص الواردة في رهن ملك الغير رهناً حيازياً بالنسبة للعقار الغير محفظ، وبالتالي اعتبار هذا التصرف قابلاً للإبطال¹⁰⁵.

وفي هذا الصدد جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس¹⁰⁶ ما يلي: "حيث التمس المدعي الحكم بطرد المدعى عليه من المدعى فيه ذو الرسم العقاري عدد 07/53139 للاحتلال بدون سند مع تعويض عن الحرمان من الاستغلال بعد اجراء خبرة لتقدير الاضرار مع التنفيذ المعجل.

وحيث أجاب المدعى عليه أنه يقيم بسند شرعي وهو عقد الرهن من مالكة فارس محمد مقابل 70.000 درهم كدين بذمة هذا الاخير والاقامة تبقى مستمرة الى غاية تسديد الدين والتمس رفض الطلب.

وحيث ثبت من خلال الشهادة العقارية أن الملك المسمى نوح 11 ذو الرسم العقاري عدد 07/53139 في ملك السيد عبد السلام البراني بن محمد وبالتالي فإن تواجد الغير بهذا العقار يجب أن يبرره سند شرعي. وحيث أقر المدعى عليه بتواجده بالمحل ويبرر ذلك بالرهن الحيازي سنداً للعقد الرابط ما بينه وبين فارس محمد المصحح الامضاء بتاريخ 2006/9/12 تحت عدد 14698 منصب على نفس العقار موضوع الرسم عدد 07/53139.

وحيث ثبت أن هذا العقد المحتج به من طرف المدعى عليه لا علاقة للمدعى به وإنما أبرمه مع الغير وبالتالي فالدفع بمقتضيات الفصل 1170 ق ل مع لا محل له مادام أن المدعي المالك للمدعى فيه رفض إقراره طبقاً للفقرة الأخيرة من الفصل 1173 ق ل ع وعليه لا يمكن مواجهته بهذا العقد وليس له أي أثر بين طرفيه دون مالك العقار المدعي ونتيجة لذلك يكون اعتماد المدعى عليه للمحل بدون سند قانوني ويتعين طرده منه".

¹⁰⁵ - حليمة بن حفو ، م س ، ص 209.

¹⁰⁶ - حكم عدد 466 صادر بتاريخ 2007/11/1 غير منشور.

ويتضح من خلال هذا القرار أن الرهن المبرم من طرف غير مالكة لا يترتب أي أثر مالم يتم الإقرار به فيما بعد من طرف المالك الأصلي أو يكتسب ملكيته وهذا ما أكدته الفصل 1173 من ق ل ع.

وبالتالي يمكن القول أن الأمر يقتضي التدخل من طرف المشرع المغربي بالحسم في مسألة رهن ملك الغير سواء تعلق الأمر بعقار محفظ أو غير محفظ أو في طور التحفيظ، وذلك بوضع نصوص قانونية صريحة تنظم رهن ملك الغير، قصد تثبيت الملكية العقارية والحفاظ على ممتلكات الناس وحقوقهم .

ثانيا : الشروط الواجب توافرها في المرتهن

من خلال الإطلاع على المقتضيات المنظمة للرهن الحيازي العقاري في كل من ق ل ع باعتباره الشريعة العامة ومدونة الحقوق العينية، نجد أنهم لم يتطرقا للشروط الواجب توافرها في المرتهن¹⁰⁷، الأمر الذي ترك المجال لتدخل الفقه في هذه المسألة.

وبناء عليه اختلف الفقه في نوع الأهلية الواجبة في المرتهن بين من ذهب إلى اعتبار أهلية التمييز كافية بهذا الخصوص، معللا موقفه بأن الرهن يعقد لمصلحة المرتهن بدون أن يجري عليه أي ضرر، ولذلك يقبل أن يكون المرتهن ناقص الأهلية لسفه أو لصغر، ما دام قد بلغ سن التمييز وأصبح مدركا لما يفعله أي تكون له الأهلية اللازمة لإجراء التصرفات التي تنفعه نفعا محضا¹⁰⁸، فيما ذهب جانب آخر إلى ضرورة توفر أهلية التصرف في الدائن المرتهن¹⁰⁹، إذ لا يكفي أن يكون مميزا بل يجب أن يكون كامل الأهلية، وإلا كان تصرفه موقوفا على إجازة نائبه القانوني أو إجازته هو بعد تمام رشده، وإلا كان قابلا للإبطال إذا باشره وهو في سن التمييز دون الرشد، معللا موقفه بالالتزامات الملقة على عاتق المرتهن .

¹⁰⁷ - تجدر الإشارة إلى أن المرتهن قد يكون هو الدائن الذي عقد الرهن لمصلحته كما انه لا يوجد ما يمنع من ان يكون شخص آخر غير الدائن .

¹⁰⁸ - محمد بن معجوز، م س، ص 154.

¹⁰⁹ - عبد السلام أحمد فيغو، م س، ص 441.

ونحن نعتقد أن الرأي الأخير هو الصائب، على اعتبار أن عقد الرهن الحيازي يقوم على انتقال حيازة العقار المرهون من الراهن إلى المرتهن الأمر الذي يرتب على عاتق هذا الأخير مجموعة من الالتزامات بما فيها حيازة واستثمار العقار محل الرهن وحفظه ورده عند الأداء .

وعلى ذلك يجب أن يكون للدائن المرتهن في الرهن الحيازي العقاري أهلية التصرف، بالغاسن الرشد غير محجور عليه ولو لسفه أو جنون، وإذا كان الدائن المرتهن رهنا حيازيا ناقص الأهلية كالصبي المميز أو كان في حكمه فإن الرهن يكون قابلا للإبطال بناء على طلبه بعد بلوغه سن الرشد القانوني أو بناء على طلب ممثله الشرعي أو ورثته من بعده .

أما إذا كان الدائن المرتهن عديم الأهلية كالمجنون والمعتوه والصغير الغير مميز، فإن الرهن يكون باطلا بطلانا مطلقا¹¹⁰ .

وعلى خلاف هذه المقتضيات فإنه إذا تعلق الأمر بتاجر يمكن للدائن المرتهن أن يكون ناقص الأهلية بشرط أن يكون مأذونا له بممارسة التجارة وأن يعقد الرهن في حدود الإذن الممنوح له .

وبذلك فإن الأهلية المطلوبة في المرتهن لا تختلف عن الأهلية الواجب توافرها في الراهن، ذلك لأن الرهن الحيازي العقاري يرتب التزامات متبادلة على عاتق كل من الطرفين.

و بالإضافة إلى الأهلية المستلزمة في الدائن المرتهن، فإنه يجب أن يكون دائنا بالدين الذي عقد الرهن لضمانه¹¹¹، وأن يكون هذا الدين موجودا وقت إبرام عقد الرهن ما دام أنه لا يجوز رهن الاموال التي قد يحصل عليها مستقبلا¹¹²، هذا إذا ما كان الدائن المرتهن شخص طبيعي لكن إذ كان شخص معنوي فهل يكفي توفر أهلية التصرف في الشخص الذي يعقد الرهن الحيازي العقاري؟ أم لا بد أن يتوفر على السلطة أو الصلاحية أو الإذن لإبرام هذا الرهن حتى يكون صحيحا ومنتجا لأثاره اتجاه الشركاء والأغيار ؟

¹¹⁰ - عبد الرزاق السنهوري ، م س ، ص 754.

¹¹¹ - محمد بن معجوز ، م س ، ص 455-456 .

¹¹² - جاء في الفصل 154 من م ح ع على أنه : " لا يجوز رهن الأموال التي قد يحصل عليها مستقبلا".

إذا تعلق الأمر بشخص معنوي فإن الرهن لا يكون صحيحا ولو كان الشخص الذي أبرمه أهلا للتصرف، إلا إذا كانت له الصلاحيه في ذلك، فمسير الشركة مثلا يجب أن يكون لديه الصلاحية أو الإذن من الشركاء حتى يكون الرهن صحيحا ومنتجا لأثاره سواء فيما بين الشركاء أنفسهم أو اتجاه الأغيار .

الفقرة الثانية : الشروط الواجب توافرها في العقار المرهون والدين

المضمون بالرهن

لقيام الرهن الحيازي صحيحا ومنتجا لأثاره يجب أن تتوفر مجموعة من الشروط الأساسية في العقار المرهون (أولا) وكذا في الدين المضمون بالرهن (ثانيا).

أولا : الشروط الواجب توافرها في العقار المرهون

لما كان العقار المرهون يخصص لضمان الدين موضوع الرهن، فإنه يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط حتى يجوز رهنه رهنا حيازيا ، ومن أهم هذه الشروط نورد ما يلي :

1- أن يكون قابلا للتداول : أي أن يكون العقار المرهون قابلا للبيع وهذا ما أشار إليه

الفصل 1174 من ق ل ع الذي جاء فيه أن : " كل ما جاز بيعه صحيحا جاز رهنه "، يضاف إلى ذلك أن من حق الدائن المرتهن عند عدم وفاء المدين بالدين طلب نزع ملكية العقار المرهون عن طريق القضاء لاستيفاء دينه من الثمن، الأمر الذي يتطلب بالضرورة أن يكون هذا العقار صالحا للتداول.

ولهذا فإن العقار الذي لا يمكن بيعه لا يجوز رهنه، وبذلك لا يجوز رهن عقارات لا تكون موضوعا للتصرف كأراضي الأحباس، أو الجماعات السلالية¹¹³، فهذه الأخيرة لا تقبل التداول إلا في حالات استثنائية، كما لا يمكن رهن العقارات المصنفة ضمن الأملاك العامة والخاصة للدولة لأنه لا يمكن التصرف فيها.

¹¹³ - ظهير شريف مؤرخ في 26 رجب 1337 (27 أبريل 1919) بشأن تنظيم الوصاية الإدارية على الجماعات وضبط تدبير شؤون الأملاك الجماعية وتقويتها .
- بنص الفصل 4 من ظهير 1919 على أنه : " إن الأراضي الجماعية غير قابلة للتقادم ولا التقويت والحجز....".

وقد قضى قرار صادر عن المجلس الأعلى - محكمة النقض حالياً - في إحدى قراراته بأنه: " حيث أن قضاة الاستئناف لم يعطوا اعتباراً للحيازة لأن النزاع متعلق بأرض جماعية، ولأن أفعال التصرف فيها لا يمكن أن تؤدي إلى تملك الأرض الجماعية بالحيازة ولو طالّت نظراً لما قرره الفصل الرابع من ظهير 26 رجب 1337 الموافق لـ 27 أبريل 1919 الذي تقدمت الإشارة إليه، وأن وصفهم حيازة طالبة النقض بكونها حديثة العهد إنما جاء على وجه المبالغة في الاستدلال لا على كونه علة أساسية لمنطوق الحكم فتصريحهم بأن أعمال التصرف لا تجدي في اكتساب حق الملكية في أرض جماعية أجابوا ضمناً وبصفة حتمية على الوسائل المستدل بها في الاستئناف وأعطوا حكماً أساسياً قانونياً، فالوجه الرابع لا يركز على أساس¹¹⁴ " .

وهكذا فأراضي الجموع المنظمة بظهير 27 أبريل 1919 غير قابلة للتفويت أو التصرف، وبالتالي لا يمكن أن تكون موضوعاً لعقد رهن لضمان الدين، وهو ما عبر عنه المجلس الأعلى في هذا القرار، ما عدا إذا تعلق الأمر بالأراضي الواقعة بالمناطق السقوية والتي وقع إعادة تجزئتها وتسليمها بنظير¹¹⁵ .

كما لا يصح رهن حق الارتفاق¹¹⁶ المقرر لخدمة العقار المرهون مستقلاً عن العقار المرهون ولا حق الاستعمال والسكنى، لأن حق الارتفاق يتبع العقار الذي يخدمه ولا ينفصل عنه فتكون حقوق الارتفاق مرهونة رهن حيازة مع العقار الأصلي، ونفس الشيء بالنسبة لحق الإستعمال والسكنى.

وينطبق نفس الأمر على العقارات بالتخصيص¹¹⁷، التي لا يجوز رهنها مستقلة عن العقار لأنها ملحقة به ومرصودة لخدمته، ولكن يجوز رهنها بالتبعية لرهن العقار ذاته.

¹¹⁴ - قرار أوردته نوال أخلو، م س ، ص 20.

¹¹⁵ - محمد متوكل، "الرهن الحيازي خصائصه مسطرة إنجازه بين الفصل 1170 وما يليه من قانون الالتزامات والعقود وقواعد الشريعة الإسلامية،

مجلة الملف عدد 4 شتبر 2004، ص 177.

¹¹⁶ - جاء في المادة 37 من م ح ع على أن: " الارتفاق حق عيني قوامه تحمل مقرر على عقار من أجل استعمال أو منفعة عقار يملكه شخص آخر " .

¹¹⁷ - جاء في المادة 7 من م ح ع على أنه: "العقار بالتخصيص هو المنقول الذي يضعه مالكه في عقار يملكه رسداً لخدمة هذا العقار واستغلاله أو يلحقه به بصفة مستمرة" .

2- أن يكون معينا وموجودا وقت الرهن : نصت المادة 149 من م ح ع في فقرتها

الثانية على أنه : " يجب لصحة الرهن الحيازي العقاري أن يتضمن ما يلي :

- هوية أطراف العقد

- تعيين الملك المرهون ببيان موقعه ومساحته ومشمولاته وعند الإقتضاء حدوده أو رقم

رسمه العقاري..."

وعليه، يتعين أن يكون العقار المرهون معينا تعيينا دقيقا، وذلك ببيان وذكر موقع هذا العقار ومكانه وإسمه إن كان له اسم معروف به، وصفته وما يتعين التعرف عليه بدقه والمساحة التي يحتويها، وما يشمل من بناء وأغراس أو منشآت، وعند الاقتضاء حدوده المحيطة به، والتي تحدده إن كان عقارا غير محفظ، أو بيان رقم رسمه العقاري إذا كان عقارا محفظا¹¹⁸.

وبذلك، فإنه لا يصح رهن المجهول، غير أنه إذا تم إغفال أحد البيانات ولم يمنع هذا من اعتبار العقار معينا تعيينا دقيقا فلا أثر لهذا الإغفال، إذ الفكرة بتعيين العقار، والتعيين من طبيعة الرهن الحيازي لأن الرهن لا ينفذ في حق الغير إلا بتسليم العقار المرهون وبقيده في الرسم العقاري إذا تعلق الأمر بعقار محفظ .

كما يجب أن يكون العقار المرهون موجودا وقت الرهن، وهنا يمكن أن نتساءل عن مدى

جواز رهن الأملاك المستقبلية أو الأشياء المحدثّة بعد تقرير الرهن ؟

حسب مقتضيات الفصل 1174 من ق ل ع فإنه أجاز أن يقع الرهن على الأشياء الغير

المحققة، أي التي لا وجود لها حين الرهن، ما دام من المحتمل أن توجد بعد ذلك، مثل الزرع الذي لم ينبت، والثمار التي لا زالت لم تظهر وكذلك الأبنية والمنشآت والأغراس والتحسينات التي أحدثت على العقار أو ما يضم إليه عن طريق الالتصاق بعد العقد، وكل ذلك يدخل في نطاق ضمان الدائن المرتهن¹¹⁹.

¹¹⁸ - عبد الكريم شهبون ، م س ، ص 307.

¹¹⁹ - محمد بن معجوز ، م ، س ، ص 457-458.

أما مدونة الحقوق العينية فقد نصت بصيغة صريحة في المادة 154 على عدم جواز رهن الأملاك التي قد يحصل عليها مستقبلا، مثال ذلك أن يعقد الإبن رهنا حيازيا على عقار مملوك لأبيه على أن يرث عنه هذا العقار، فهذا الرهن يقع باطلا ولا يجوز، لأن الإبن ليس له على العقار المذكور أي حق في حياة أبيه، وأنه يشترط لصحة الرهن أن يصدر عن مالك العقار المقرر عليه الرهن .

وعليه، يمكن القول أن رهن الأملاك التي يؤمل الحصول عليها في المستقبل يقع باطلا، لأن عقد الرهن يرتب على العقار المرهون حقا عينيا يخول للمرتهن بيع ذلك العقار ليستوفي من ثمنه دينه فيما إذا لم يؤدي المدين دينه عند حلول الأجل، لذلك يتعين أن يكون العقار المرهون موجودا وقت إبرام عقد الرهن، أما فيما يتعلق بما سيحدثه العقار المرهون من ثمار ومنتجات و إنشاءات وتحسينات بعد إبرام العقد فإن رهنه يعد صحيحا .

3- أن يكون مملوكا للراهن : بما أن المادة 150 من م ح ع ألزمت في الراهن سواء

كان مدينا أو كفيلا عينيا أن يكون مالكا للملك المرهون، فإنه في مقابل ذلك يشترط في العقار المرهون أن يكون مملوكا للراهن، لكن قد يحدث في بعض الحالات أن يكون العقار المرهون غير مملوك للراهن ملكية خالصة كأن يكون مملوكا على الشياخ، فما مصير الرهن المنصب على هذا النوع من العقارات هل يعد نافذا أم كيف رهنا لملك الغير فلا ينفذ في مواجهة المالك الحقيقي ؟

لقد أخذت مدونة الحقوق العينية بأحكام الفقه المالكي في رهن العقار المشاع وتناولت أيضا حقوق الدائن بعد إجراء القسمة، حيث أكدت في المادة 153 على أن : " الرهن الذي يبرمه جميع الشركاء في ملك مشاع يحتفظ بآثره على كافة الملك كيفما كانت نتيجة القسمة .

إذا رهن أحد الشركاء حصته المشاعة فإن حق الدائن المرتهن ينتقل إلى الجزء المفرز الذي آل إلى الشريك بعد القسمة، وإلى المدرك الذي حصل عليه الشريك لتعديل حصته، وذلك إذا صادق الدائن المرتهن على عقد القسمة أو كان طرفا في الدعوى المتعلقة بها " .

ويستفاد من خلال هذه المادة أن رهن العقار المملوك على الشياع يأخذ حالتين أو فرضيتين وهما :

أ- إذا كان الرهن صادرا من جميع الشركاء : أي الملاك على الشيوع، فإنه يعد صحيحا أيا كانت نتيجة قسمة العقار بين الشركاء فلا تغيير يطرأ على مركز الدائن المرتهن إثر القسمة أو إثر بيعه لعدم إمكانية قسمته ومن ثم يكون الرهن الصادر من جميع الشركاء نافذا سواء كان واردا على كل العقار المشاع أو جزء مفرز منه وهذا ما أكدته المادة 153 السالفة الذكر .

و بذلك فالجزء المفرز الذي يؤول إلى كل شريك بمقتضى القسمة ينتقل إليه مثقلا بالرهن الصادر من جميع الشركاء، وإعمالا لقاعدة عدم تجزئة الرهن يبقى كل جزء من العقار ضامنا للدين كله، ويبقى الرهن نافذا ولو وقع العقار المرهون كله في نصيب أحد الشركاء فقط¹²⁰ .

ولا يطبق الحكم السابق إذا صدر الرهن من الأغلبية - والتي هي ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل - التي حولها القانون سلطة إدارة العقار الشائع والإنتفاع به، لأن قرارات الأغلبية لا تلزم الأقلية فيما يتعلق بأعمال التصرف وحتى أعمال الإدارة التي تمس الملكية مباشرة، وهذا ما أكدته الفصل 972 من ق ل ع¹²¹ .

وبالتالي فإذا صدر الرهن من جميع الشركاء يتعين أن يبقى نافذا .

ب - إذا كان الرهن صادرا من أحد الشركاء في الملك المشاع : يتوقف حكم الرهن الصادر من أحد الشركاء في الملك المشاع على ما إذا كان الرهن قد ورد على حصة شائعة أم على جزء مفرز .

فإذا رهن أحد الشركاء في الشيوع حصته المشاعة كان الرهن نافذا، سواء في العلاقة بينه وبين الدائن المرتهن أو بالنسبة لغيره من الشركاء في الشيوع، فكل شريك يكون مالكا

¹²⁰ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل " الحقوق العينية التبعية : التأمينات العينية - الرهن الرسمي - الرهن الحيازي - حقوق امتياز "، كلية الحقوق جامعة الكويت، الطبعة الثالثة، 1998 م ، ص 67 و 68.

¹²¹ - جاء في الفصل 972 على أن: "قرارات الأغلبية لا تلزم الأقلية : - فيما يتعلق بأعمال التصرف وحتى أعمال الإدارة التي تمس الملكية مباشرة..." .

لحصته الشائعة ملكية تامة خالصة، وله الحق في التصرف فيها بكافة أنواع التصرفات بما فيها الرهن.

ويكون للدائن المرتهن التنفيذ على الحصة الشائعة المرهونة وبيعها بالمزاد العلني بما يمنحه له الرهن الحيازي من تقدم وتتبع وأولوية، وتنتقل الحصة الشائعة المباعة في هذه الحالة إلى من يرسو عليه المزاد فيصبح شريكا في الشيوع بدلا من الراهن .

أما إذا تمت قسمة العقار الشائع قبل حلول أجل التنفيذ فإن الرهن يثقل في هذه الحالة الجزء المفرز الذي آل إلى الشريك الراهن بعد القسمة وإلى المدرك الذي حصل عليه الشريك نتيجة تعديل حصته هذه¹²²، أي يحول هذا الرهن بعد القسمة إلى الحصة التي تقع في نصيبه وإلى المدرك الذي لحق بحصته نتيجة تعديلها، لكن بشرط أن يصادق ويوافق الدائن المرتهن على عقد القسمة وأن يقبل العقد ومحتوياته أو كان الدائن المرتهن طرفا في الدعوى المتعلقة بهذه القسمة جارية كانت أمام المحكمة أو انتهت¹²³.

أما إذا انفرد أحد الشركاء برهن جزء مفرز من العقار الشائع دون موافقة باقي الشركاء، فلا ينفذ هذا الرهن في مواجهتهم، لأن الراهن يكون بذلك قد رهن ما لا يملك ملكية خالصة له، فالجزء المفرز لا يكون مملوكا للراهن وحده، بل يشاركه في الملكية سائر الشركاء الآخرين .

وعليه، فإذا كان الدائن المرتهن يجهل عدم ملكية الراهن للعقار المرهون ملكية مفرزة، جاز له التمسك بإبطال عقد الرهن استنادا إلى الغلط الذي وقع فيه إذا ما توافرت شروطه الأخرى .

وإذا آل إلى الشريك الراهن عند القسمة نصيب آخر غير النصيب الذي رهنه، حق للدائن المرتهن أن ينتقل إلى الجزء الذي وقع في نصيب الراهن، بقدر ما يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل، وهذا ما يستفاد من مقتضيات المادة 153 من م ح ع، أما إذا لم يقع في نصيب الراهن أي جزء من العقار وإنما كان نصيبه مبلغ من النقود بعد القسمة فالمنطق وحماية الدائن المرتهن يقتضيان أن يستوفي حقه بالأفضلية من تلك النقود .

¹²² - إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، م ، س ، ص 70.

¹²³ - عبد الكريم شهيون ، م ، س ، ص 311.

وعليه فإن المشرع المغربي أحسن عملا عندما نظم رهن الملك المشاع مع مراعاة خصوصيات الرهن الحيازي العقاري، وذلك لما يثيره هذا الأخير من إشكالات عديدة في الواقع العملي سواء تعلق الأمر بالشيوخ الإختياري أو الإضطراري .

4 - أن يكون قابلا للتسليم : وتطبيقا لهذا الشرط، فإنه يتعين أن يكون العقار المرهون مقدر التسليم، لأن رهن غير المقدور التسليم هو رهن باطل كالرهن الواقع على عقار سبق أن تقرر استهلاكه ويتم حوزة من قبل الشخص الاعتباري الذي صدر الاستهلاك لمصلحته .

وذلك، على اعتبار أن طبيعة الرهن قائمة على نقل حيازة العقار المرهون من مالكه إلى الدائن المرتهن إعلاما للغير بأن المرهون لم يعد من أملاك الراهن الحرة وأنه مثقل بحق المرتهن، حتى لا يندعوا بوجود المرهون بين يدي الراهن، ويمنحوه إئتمانهم في الوقت الذي يعجز فيه عن الوفاء ويسير في طريق الإعسار والإفلاس¹²⁴ .

ثانيا : الشروط الواجب توافرها في الدين المضمون بالرهن

باعتبار أن الرهن الحيازي العقاري حق عيني تبعي فإنه يستند في وجوده على دين يضمنه، إذ ينشأ بنشوء الدين وينقضي بانقضائه فلا يتصور وجود رهن دون الدين المضمون، وبذلك فإن إبطال أو بطلان الدين المضمون يؤدي إلى إبطال أو بطلان الرهن الحيازي العقاري بشكل تبعي، ومن ثم يجب أن تتوفر في الدين المضمون بالرهن مجموعة من الشروط للقول بصحته تتمثل في :

1- يجب أن يكون صحيحا وموجودا : ذلك أن الدين لازم لوجود الرهن، فالرهن حق تابع ينشأ لضمان الوفاء بالدين، فلا يتصور وجود الرهن دون وجود الحق المضمون به، ولا يتوفر هذا الشرط إلا إذا كان الدين المضمون قد نشأ صحيحا قبل الرهن وبقي قائما إلى حين

¹²⁴ - النافعي عمر "التزامات الدائن المرتهن رهن حيازة " ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ، جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط ، سنة 1982 ، ص48.

انعقاده، فإذا كان الرهن ناتجا عن معاملة غير مشروعة أو غير صحيحة كان باطلا، مثال ذلك أن يتفقا طرفا عقد الرهن على أن ينتج الدين فوائد يأخذها المرتهن من الراهن¹²⁵.

كما أنه إذا كان الدين غير موجود وقت الرهن وقع الرهن باطلا، وعلى هذا لا يجوز عقد الرهن لضمان دين نشأ عن عقد باطل لأنه في حكم غير الموجود ولا من أجل دين انقضى قبل الرهن لأي سبب من أسباب الإنقضاء¹²⁶، غير أنه لا يشترط في وجود الدين المضمون أن يكون منجزا، بل يجوز أن يكون ديناً معلق على شرط أو دين مستقبلي أو دين احتمالي كما في تقرير الرهن لفتح اعتماد أو من أجل حساب جار وهذا ما أكدته الفصل 1175 من ق ل ع¹²⁷.

2- أن يكون محدد تحديدا كافيا : حسب المادة 149 من مدونة الحقوق العينية فإنه

يجب لصحة عقد الرهن الحيازي العقاري أن يتضمن بيان مبلغ الدين المضمون بالرهن والمدة المحددة لأدائه، وهذا يعني أنه يجب أن يتضمن الرهن الحيازي بيانا كافيا عن المبلغ الذي يضمه الرهن وقدره، وتاريخ حلول أجل أدائه وكيفية الأداء، بحيث يتعين النص في عقد الرهن على أنه يكون لمدة معينة ومحددة، يمتد إلى أجل معين ثم ينتهي مفعوله عند حلول هذا الأجل، فلا يجوز الرهن لضمان دين غير معين، وهذا الشرط تقتضيه مصلحة بقية الدائنين، لأنه يتعين أن يكون الدين المضمون بالرهن محددًا أو قابلاً للتحديد ليقصر حق المرتهن على ذلك القدر ويتعلق حقهم بالباقي¹²⁸.

وعليه يجب أن يتحدد الدين المضمون بمقداره، وذلك بتحديد الحد الأقصى الذي يصل إليه إذا كان الدين مستقلاً كاعتماد مفتوح في مصرف فلم يسحب منه المدين شيئاً، أو كان ديناً احتمالياً كفتح حساب جار يحتمل أن يكون رصيده دائماً أو مديناً، وإذا كان الدين المضمون بالرهن الحيازي هو تعويض عن عمل غير مشروع لم يتحدد مقداره بعناصره، فيجب عند

¹²⁵ - محمد ابن معجوز ، م س ، ص 460.

¹²⁶ - جاء في الفصل 319 من ق ل ع ما يلي : "تتقضي الالتزامات بما يأتي: الوفاء - استحالة التنفيذ - الإبراء الاختياري - التجديد - المقاصة - اتحاد الذمة - التقادم - الاقالة الاختيارية".

¹²⁷ - ينص الفصل 1175 من ق ل ع على أنه : "يجوز إجراء الرهن الحيازي ضمان لاعتماد مفتوح أو لمجرد فتح حساب جار أو لالتزام مستقبلاً واحتمالي، أو موقوف على شرط، على أن يكون مقدار الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي يجوز وصوله إليه معيناً في العقد المنشئ للرهن".

¹²⁸ - عبد الكريم شهيون ، م ، س ، ص 307.

القيد تحديد مبلغ تقريبي ينتهي إليه الدين، وهذا المبلغ هو الذي يطلع عليه الغير ويحتج عليه به.

كما يتحدد الدين المضمون بتحديد ما إذا كان مصدره عقداً أو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو قرضاً، وكذا بتحديد أوصافه سواء كان معلقاً على شرط واقف أو منجزاً .

وعلى ذلك، فإن عدم تحديد الدين المضمون بالرهن على الكيفية السالفة الذكر، يؤدي إلى بطلان عقد الرهن بطلاناً مطلقاً، ويصح لكل ذي مصلحة التمسك به .

ولا يقتصر الرهن الحيازي العقاري على ضمان الدين الأصلي، وإنما يضمن أيضاً توابع الدين المضمون مثل المصاريف الضرورية التي أنفقت للمحافظة على العقار المرهون، وما يستحق سنوياً على العقار من ضرائب وتكاليف على أن يخصمها من الثمار، ومصاريف العقد الذي أنشأ الدين ومصاريف عقد الرهن الحيازي وقيده عند الاقتضاء، والمصاريف التي اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازي¹²⁹.

3- أن يكون الدين المضمون قابلاً للتنفيذ الجبري : وهذا أمر منطقي، لأنه في حالة عدم وفاء المدين بالدين عند حلول أجل المتفق عليه، كان للدائن الحق في التنفيذ على العقار المرهون، عن طريق نزع ملكيته وبيعه بالمزاد العلني ليستوفي دينه من ثمنه¹³⁰.

وعليه، فإن الالتزام الغير قابل للتنفيذ الجبري كالالتزام الطبيعي لا يصلح أن يقرر الرهن ضماناً له، لأنه يشترط في الدين المضمون أن يكون من الديون التي يمكن إجبار المدين على تنفيذها، وعلى ذلك فإنه لا يمكن تقرير الرهن لضمان التزام طبيعي لأن هذا الأخير لا يقبل التنفيذ الجبري.

المطلب الثاني : الشكلية في عقد الرهن الحيازي العقاري

إذا كان الأصل في العقود هو مبدأ الرضائية، بحيث أن العقد ينعقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، إلا أنه في بعض الأحيان يتدخل المشرع ليشترط شكل

¹²⁹ - كليل صفية ، م ، س ، ص 30.

¹³⁰ - النافعي عمر ، م ، س ، ص 29.

معين لانعقاد بعض العقود وذلك حماية لطرفي العقد، ومن بين هاته العقود الرهن الحيازي العقاري الذي أصبح من العقود الشكلية بمقتضى مدونة الحقوق العينية الصادرة سنة 2011، غير أن هذه الأخيرة (الشكلية) تختلف حسب ما إذا تعلق الأمر بعقار محفظ (الفقرة الأولى) أو غير محفظ (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى : خصوصيات الرهن الحيازي للعقارات المحفوظة

يتطلب رهن العقار المحفظ رهنا حيازيا ضرورة توفر مجموعة من الشكليات حتى يكون نافذا في مواجهة الغير، فبالإضافة إلى شرط الرسمية الذي يعد لازما لقيام عقد الرهن سواء تعلق الأمر بعقار محفظ أو غير محفظ كما سبق ذكر ذلك، فإن هناك بعض الشروط الخاصة بالرهن الحيازي الوارد على العقارات المحفوظة والتي تطرقت لها المادة 149¹³¹ من م ح ع في معرض تبيانها للشروط اللازمة لصحة عقد الرهن الحيازي العقاري، والمتمثلة في التقييد بالرسم العقاري (الفقرة الأولى) الذي يجب أن يتم داخل أجل محدد(الفقرة الثانية).

أولا : تقييد الرهن الحيازي للعقارات المحفوظة في الرسم العقاري

لقد نص المشرع المغربي بمقتضى المادة 145 من م ح ع على أنه : "تسري على الرهن الحيازي أحكام الرهن الرسمي إذا تعلق بملك محفظ"، الأمر الذي يستفاد منه أن الرهن الحيازي للعقارات المحفوظة يخضع لنفس الشكلية المتطلبة في الرهن الرسمي والمقصود هنا هي شكلية التقييد بالرسم العقاري .

وبناء عليه، يجب أن يقيد الرهن الحيازي للعقارات المحفوظة بالرسم العقاري عملا بمقتضيات الفصول 65 و 66 و 76 من ظهير 9 رمضان 1913 كما تم تغييره وتنظيمه بمقتضى قانون 14.07، وإلا كان غير موجود بين المتعاقدين وغير نافذ في مواجهة الغير¹³² .

¹³¹ - جاء في المادة 149 من م ح ع ما يلي : "يشترط لصحة الرهن الحيازي أن يتضمن ما يلي :... تعيين الملك المرهون ببيان موقعه ومساحته ومشمولاته وعند الإقتضاء رقم رسمه العقاري..."

¹³² - الزيتوني حنان "الرهن الحيازي في التشريع المغربي"، ماستر الدراسات العقارية والتعمير كلية الحقوق بسطات ، مقال منشور بموقع الكتروني مغرب القانون ، 4 نونبر 2012، تاريخ الإطلاع 9 يونيو 2018.

ولعل أن إشتراط المشرع الرسمية في عقد الرهن الحيازي لم يكن عبثاً أو اعتباطياً، بل لغايات محددة إذ أن المحرر الرسمي يمكن المحافظ على الأملاك العقارية من مراقبة عملية تقييد الرهون وتسهيل هذه المراقبة، وتفعيل سلطاته وصلاحياته¹³³، كما يعد وسيلة يطلع من خلالها على هوية وأهلية طرفي العقد¹³⁴، وكذا ضبط الحقوق العينية العقارية الواقعة على الملكية العقارية ضبطاً محكماً .

إلا أنه في بعض الحالات قد يتم تسليم العقار موضوع الرهن الحيازي دون القيام بإجراء التقييد بالرسم العقاري في المحافظة العقارية، فهل يعد هذا التسليم صحيحاً وينتج آثاره أم العبرة بالتقييد بالرسم العقاري ؟

لقد طرح هذا الإشكال على القضاء المغربي كأصل في التصرفات القانونية التي يعتبر فيها الحوز ركناً من الأركان كالصدقات والهبات، وقد حسمت مدونة الحقوق العينية في هذا الإشكال إذ اعتدت صراحة بالحيازة القانونية في التبرعات عندما يتعلق الأمر بعقار محفظ أو في طور التحفيظ ، وذلك من خلال الفصل 274 من م ح ع¹³⁵ ، فهل يمكن أن نعتد بالحيازة القانونية في الرهن الحيازي أيضاً ؟

من خلال الإطلاع على المواد المنظمة للرهن الحيازي العقاري بمقتضى مدونة الحقوق العينية لا نجد أي نص صريح يعتد بالحيازة القانونية، لكن من خلال القراءة المتأنية للفقرة الثانية من الفصل 147 من قانون 39.08 والتي تؤكد على أن معاينة حوز الملك ينبغي أن تكون مضمنة بالعقد عندما يكون العقار غير محفظ، فهذا يعني أن العقار المحفظ لا تشترط فيه المعاينة. بالإضافة إلى ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 145 من م ح ع بخصوص تطبيق مقتضيات الرهن الرسمي على الرهن الحيازي عندما يرد على عقار محفظ .

¹³³ - عبد الرحيم عاقل ، م س، ص 55.

¹³⁴ - ينص الفصل 73 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل بمقتضى القانون 14.07 على أن : "تعتبر هوية كل طرف وصفته وأهليته محققة إذا استند الطلب على محررات رسمية وتعتبر هويته محققة إذا كانت التوقيعات الموضوعية بالطلب وبالعقود المدلى بها مصادق عليها من طرف السلطات المختصة".

¹³⁵ - عبد العالي الدوقي ، م س، ص 196-197.

وفي هذا السياق جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا - ما يلي :
" بالنسبة للعقار المحفظ فقد يكون التسليم ماديا أو قانونيا، لأن العبرة بالتسجيل لا بالحوز المادي للعقار المرهون، شأنه في ذلك شأن الحوز في التبرعات " ¹³⁶.

ومن ثم، فالعبرة في الرهن الحيازي للعقارات المحفظة هي تقييده بالرسم العقاري دون الحاجة إلى التسليم المادي، إذ بمجرد هذا التقييد ينشأ الحق ثم القوة الثبوتية ويصبح الرهن الحيازي موجودا و قائما، ذلك أن كل ما هو مقيد يعتبر حجة على مضمونه، و بناء على هذا التقييد يمكن للمرتهن المطالبة بتسليم العقار تسليما ماديا .

أما إذا لم يتم تقييد عقد الرهن في الرسم العقاري فإنه يعد غير موجود بالنسبة للغير، وبذلك فالدائن المرتهن لا يتوفر على أية فائدة قانونية مهما كانت المستندات التي يعتمد عليها لإثبات حقه ¹³⁷، بل أكثر من ذلك فإن هذا الأخير يظل مالكا لحق شخصي فقط لا في مواجهة الغير فقط بل حتى إزاء المتعاقد معه، وابتداء من تاريخ التقييد يصبح حقه حقا عينيا عقاريا حسب مفهوم ظهير التحفيظ العقاري ¹³⁸.

لكن ماذا لو امتنع الراهن عن تقييد عقد الرهن وقام بتسليم العقار المرهون تسليما ماديا للمرتهن ؟

في هذه الحالة يحق للدائن المرتهن مطالبة الراهن بتقييد عقد الرهن جبرا لدى المحافظة حفاظا على حقوقه من الضياع، ذلك أن الحق الغير مقيد ليس له وجود قانوني وبذلك فهو ليس بمأمن من الترامي عليه، إذ يكون مهددا في كل وقت بفقدان الرتبة الأولى إذا ما سارع غيره من الدائنين المرتهنين اللاحقين له إلى قيد رهنهم قبله.

ثانيا : آجال التقييد

¹³⁶ - قرار عدد 565 في الملف الشرعي عدد 2001/1/2/261 بتاريخ 24 نونبر 2011 منشور بمجلة قرارات محكمة النقض بجميع الغرف ، الطبعة الأولى ص177.

¹³⁷ - محمد خيرى " العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي من خلال القانون الجديد 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري "، دار النشر المعرفة ، الطبعة 2014 ، ص382.

¹³⁸ - إدريس الفاخوري ، دنيا مباركة ، نظام التحفيظ العقاري وفق القانون رقم 14.07 ، طبعة 2014 ، مطبعة الجسور بوجدة ، ص 6.

بالرغم من أن المشرع لم يحدد أجل التقييد، وهذا ما أكدته القضاء المغربي أيضا حيث قضى في أحد قراراته بأن: " القانون العقاري لم يضع أي أجل في مواجهة مكتسبي الحقوق العينية من أجل تسجيل حقوقهم، وليس باستطاعة المحافظ رفض طلب تسجيل عقد قدم إليه بصفة قانونية مهما كان تاريخ هذا العقد "¹³⁹، غير أن مصلحة الدائن تقتضي عليه المبادرة والإسراع حتى تكون له الأسبقية في التقييد على باقي الدائنين المرتهنيين .

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا انصب الرهن الحيازي على عقار في طور التحفيظ أو كان مقررا على عقار غير محفظ وتحول بعد ذلك لعقار محفظ بعد خضوعه لمسطرة التحفيظ، يجب اتباع شكلية التقييد في الرسم العقاري لكي يعتبر الرهن صحيحا ومنتجا لآثاره .

وفي هذا السياق جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط¹⁴⁰ مايلي: " تحفيظ - رهن عقاري حيازي سابق على مطلب التحفيظ - تأسيس رهن رسمي لاحق مع جهل الرهن السابق - طلب التقييد طبقا للفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري - غياب تدخل وتعرض الدائن المرتهن الحيازي - حجز ومسطرة نزع ملكية بناء على طلبه - عدم التبليغ للمحافظ - بيع بالمزاد لفائدة الغير - تسجيل المحضر من طرف المحافظ - التوزيع عن طريق المحاصة - الأولوية للدائن صاحب الرهن الرسمي .

لا يمكن أن يضار الدائن صاحب الرهن الرسمي المعاصر اللاحق على إيداع مطلب التحفيظ والذي تدخل في طور المرحلة الإدارية، طبقا لمقتضيات الفصل 84 من الظهير العقاري، من التوزيع عن طريق المحاصة بعد البيع بالمزاد العلني للعقار المحجوز والمنزوع ملكيته بناء على طلب الدائن صاحب الرهن الحيازي، السابق والذي لم يتم ظهوره في المطلب ولم يكن أمام المحافظ لا كمتدخل ولا كمتعرض .

في إطار النزاع بين اصحاب الحقوق العينية أحدهم سابق وآخر لاحق على إيداع المطلب، فإن الذي جاء حقه مطابقا لنظام الإشهار ولو كان سابقا على تأسيس الرسم العقاري

¹³⁹ - قرار محكمة الاستئناف بالرباط الصادر بتاريخ ماي 1993 ، مجلة قرارات المحكمة ، لعام 1963 ص 124 .
¹⁴⁰ - قرار عدد 601 الصادر بتاريخ 5 يوليوز 1927 ، منشور بمجلة قضاء محكمة الاستئناف تعريب أهم القرارات الصادرة في المادة المدنية والعقاري m، الجزء الأول ، مطبعة الأمانة الرباط ، العدد 5 ، السنة 2013 ، ص 66.

طبقاً للفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري، يجب بالضرورة تغليبه على الذي لم يحترم هذا الإشهار .

لا يمكن قانوناً تجاهل مطلب تحفيظ تم إشهاره طبقاً للقانون، ويكون من الخطأ الإمتناع عن التدخل في المسطرة الإدارية سواء عن طريق التعرض داخل الأجل المنصوص عليه في الفصل 24 أو عن طريق التدخل طبقاً للفصل 84".

وما دام أن الدائن المرتهن السابق على مطلب التحفيظ تجاهل التدخل في المسطرة الإدارية سواء عن طريق التعرض وفق الفصل 24¹⁴¹ من ظهير التحفيظ العقاري المؤرخ في 12 غشت 1913 أو عن طريق التدخل طبقاً للفصل 84¹⁴²، فإنه يكون قد ارتكب خطأ بالامتناع، ويكون بذلك ملزماً بتحمل نتائج تقصيره، وحتى لو أسلمنا أن مطلب التحفيظ كما تم إيداعه من طرف طالب التحفيظ لم يكن كاملاً بعدم إظهاره بأنه مثقل برهن حيازي سابق على المطلب، فإن الفصل 24 من ظ ت ع منحه حق وفرض عليه التزاماً من أجل حماية مصالحه والتدخل داخل الآجال القانونية سواء عن طريق التعرض أو طلب التقييد .

الفقرة الثانية : شكلية الرهن الحيازي للعقارات غير المحفظة

إذا كانت أحكام الفقه المالكي تقتضي بأن عقد الرهن الحيازي عقد رضائي ينعقد بمجرد تبادل الإيجاب والقبول حتى لو لم يقع التسليم الذي هو شرط تمام¹⁴³، فإن المشرع المغربي عمد بمقتضى مدونة الحقوق العينية إلى وضع جملة من الشروط التي تستوجبها صحة الرهن

¹⁴¹ - ينص الفصل 24 من ظ ت ع على أنه : " يمكن لكل شخص يدعي حقا على عقار تم طلب تحفيظه أن يتدخل عن طريق التعرض في مسطرة التحفيظ خلال أجل شهرين يبتدئ من يوم نشر الإعلان عن انتهاء التحديد في الجريدة الرسمية إن لم يكن قام بذلك قبل ذلك :

1- في حالة المنازعة في وجود حق الملكية لطالب التحفيظ أو في مدى هذا الحق أو بشأن حدود العقار .

2- في حالة لإدعاء باستحقاق حق عيني قابل للتقييد بالرسم العقاري أو في مدى هذا الحق أو بشأن حدود العقار .

3- في حالة المنازعة في حق وقع الإعلان عنه طبقاً للفصل 84 من هذا القانون " .

¹⁴² - ينص الفصل 84 من ظ ت ع على أنه : " إذا نشأ على عقار في طور التحفيظ حق خاضع للإشهار أمكن لصاحبه، من أجل ترتيبه والتمسك به في مواجهة الغير ، أن يودع بالمحافظة العقارية الوثائق اللازمة لذلك ، ويقيد هذا الإيداع بسجل التعرضات .

يقيد الحق المذكور عند التحفيظ بالرسم العقاري في الرتبة التي عينت له إذا سمحت إجراءات المسطرة بذلك" .

¹⁴³ - عبد الرحيم عاقل ، م ، س ، ص 42 .

الحيازي للعقارات غير المحفظة، وذلك خلافا لما كان عليه الوضع في ظهير 2 يونيو 1915 الذي كان قاصرا على تنظيم الرهن الحيازي الوارد على العقارات المحفظة دون غيرها¹⁴⁴.

وعليه تقتضي صحة الرهن الحيازي العقاري ونفاذه في حق الغير توثيقه في محرر رسمي استنادا إلى المادة 147 من م ح ع ، وكذا انتقال حيازة الملك المرهون بتسليمه إلى الدائن المرتهن .

أولا : الرسمية كشرط لانعقاد الرهن الحيازي العقاري

نصت المادة 147 من مدونة الحقوق العينية على أنه : " يشترط لصحة الرهن الحيازي أن يبرم في محرر رسمي و أن يكون لمدة معينة ...". مما يعني أن المشرع إدراكا منه لأهمية الرهن الحيازي العقار وخطورته لما قد ينطوي عليه من ضياع مصالح أطرافه، أكد على ضرورة إفراغه في محرر رسمي يتم تحريره من طرف موثقين وعدول، لما لهؤلاء من كفاءة وخبرة تضي على هذا المحرر نوعا من الحماية، تحول دون ضياع حقوق الأفراد وأموالهم¹⁴⁵.

وعلى ذلك فقد أصبح هذا العقد يتأطر ضمن العقود الشكلية التي لا بد فيها من الكتابة حتى يتم انعقادها سواء تعلق الأمر بعقار محفظ أو غير محفظ أو في طور التحفيظ، وغياب الشكلية المذكورة يرتب بطلان عقد الرهن الحيازي العقاري، طالما أن المشرع استعمل صيغة الوجوب في المادة 147¹⁴⁶ المذكورة اعلاه، ومن ثم فقد استثنى المحررات العرفية من دائرة عقد الرهن الحيازي العقاري وذلك تقاديا للنزاعات التي تثار بخصوص هذا النوع من المحررات، وهذا خلافا لما كان معمول به سابقا، حيث نجد الاجتهاد القضائي لا يشترط الرسمية في عقد الرهن الحيازي الوارد على العقارات غير المحفظة وذلك منذ زمن بعيد،

¹⁴⁴ - أما العقارات المحفظة فقد كانت خاضعة في تنظيمها لمصادر متنوعة منها ما هو مستمد من الشريعة الإسلامية ومنها ما هو مستمد من القانون الوضعي كقانون الالتزامات والعقود وبعض قواعد المسطرة المدنية .

¹⁴⁵ - نجيم أهتوت ، م ، س ، ص 40.

¹⁴⁶ - Ce texte est assorti par article 2416 , Qui dit que " L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte notarié."

- Droit civil français , dernière modification le 03 janvier 2018 - Document généré le 11 janvier 2018 Copyright (C) 2007-2018 Legifrance.

وهو ما قضت به محكمة الإستئناف بالرباط إذا جاء في أحد قراراتها¹⁴⁷ أن : " عقد الرهن الحيازي لعقار غير محفظ - عقد اتفاقي بين طرفيه - صلاحية إزاء الغير (شروط) - تاريخ ثابت - تسليم السندات متزامن مع عقد الرهن الحيازي - تصحيح الإمضاء .

الرهن الحيازي إزاء الغير هو عقد اتفاقي بين الطرفين .

ليكتسب صحته إزاء الغير، يتعين أن يكون الرهن الحيازي على شكل عقد يتضمن تاريخا ثابتا وأن يشير إلى تسليم سندات الملكية تزامنا مع العقد ."

ومن هنا ، فمجرد التراضي غير كاف لإبرام عقد الرهن الحيازي العقاري، بل يجب أن يرد في محرر رسمي وفق الشكل المحدد قانونا، كما يجب أن يتضمن هذا العقد مجموعة من البيانات الواردة في المادة 147 من م ح ع¹⁴⁸، من قبيل هوية أطراف العقد، وتعيين الملك المرهون ببيان موقعه ومساحته ومشتملاته وعند الاقتضاء حدوده مع بيان مبلغ الدين المضمون بالرهن والمدة المحددة لأدائه¹⁴⁹ .

إلا أنه ما يؤخذ على المشرع بهذا الخصوص أنه بالرغم من تنصيبه على البيانات الواجب توافرها في عقد الرهن حماية لأطرافه، فإنه لم يحدد الجزاء المترتب في حالة عدم توفر بيان من البيانات الواردة في المادة أعلاه، وإن كان يفهم من سياق المادة أنه في حالة عدم توفر بيان من البيانات يكون عقد الرهن الحيازي غير صحيح، فما معنى ذلك، هل يكون عقد الرهن باطلا أم قابلا للإبطال؟

وبذلك، فتدخل المشرع لتنظيم عقد الرهن الحيازي العقاري وجعله عقدا رسميا، يؤكد الغاية التي توخاها المشرع من فرض الرسمية والتي تتمثل في بيان تاريخ الرهن حتى يمنع على المدين من أن يفاجئ دائنيه برهن يزعم أنه عقده منذ زمن بعيد، مع أنه يكون قد عقده في الواقع وهو على هاوية الإعسار، وبذلك حماية مراكز الطرفين بتأكيده للحقوق والواجبات

¹⁴⁷ - قرار عدد 328 الصادر بتاريخ 19 فبراير 1924، منشور بمجلة قضاء محكمة الإستئناف تعريب أهم القرارات الصادرة في المادة المدنية والعقارية، الجزء الأول، مطبعة الأمانة الرباط، العدد 5، السنة 2013، ص 32.

¹⁴⁸ - جاء في المادة 149 مابلي: "يجب لصحة الرهن الحيازي أن يتضمن ما يلي :

- هوية أطراف العقد

- تعيين الملك المرهون ببيان موقعه ومساحته ومشتملاته وعند الاقتضاء حدوده أو رقم رسمه العقاري

- بيان مبلغ الدين المضمون بالرهن والمدة المحددة لأدائه "

¹⁴⁹ - عبد الكريم شهبون، م س، ص 304

المتبادلة بينهما، وكذا تحقيق التوازن بين طرفي العلاقة التعاقدية ليصبح عقد الرهن الحيازي دعامة قوية قادرة على الدفع بعجلة الإستثمار الفلاحي على وجه الخصوص، إذا ما اخذنا بعين الاعتبار أن أغلب العقارات التي يرد عليها هذا النوع من الرهون تكون غير محفظة .

وعليه يمكن القول أن المشرع أحسن صنعا عندما أبعد طائفة من المحررين ليست لهم الدراية اللازمة لتحرير هذا النوع من العقود التي تستدعي الإلمام بالمقتضيات القانونية الخاصة بها من جهة، ومن جهة أخرى اشترط فيها الرسمية لأن ذلك من شأنه تنبيه أطراف العقد إلى خطورة التصرف الذي سيقدمون عليه، وكذا ضمان التعبير عن الإرادة بشكل صحيح وتوثيق العقد بكيفية سليمة من الناحية القانونية ما دام سيصدر من ذوي الاختصاص.

ثانيا : وجوب معاينة حوز الملك المرهون

لقد أوجبت المادة 147¹⁵⁰ من م ح ع أن يتضمن العقد معاينة حوز العقار المرهون إذا كان غير محفظ ، وإلا كان الرهن باطلا، عند خلو معاينة حوزة من التنصيص عليه في العقد. وعليه، فالمشرع المغربي اعتبر تسليم¹⁵¹ المرهون ركنا من أركان الرهن وشرطا من شروط إنعقاده، إذ يشترط في الرهن الحيازي الوارد على عقار غير محفظ، أن يخرج الملك المرهون من يد الراهن، وأن ينتقل إلى حيازة الدائن المرتهن مع التنصيص وجوبا على معاينة هذه الحيازة .

وهذا يعني أن الحوز ومعاينته من طرف محوري العقد العدول والموثقين ومن لهم صلاحية التوثيق، والتنصيص على هذا الحوز في العقد شرط في اختصاص المرتهن بالعقار المرهون .

وعلى ذلك فإن عقد الرهن الحيازي يعتبر صحيحا وقائما بمجرد تحريره وفق الشكل المحدد قانونا، وذلك قبل القبض والتسليم، ولكنه لا يرتب آثاره إلا بانتقال العقار المرهون إلى حيازة الدائن المرتهن، على اعتبار أن هذه الخاصية هي ما يميز الرهن الحيازي العقاري عن

¹⁵⁰ - يقابلها الفصل 1188 من ق ل ع الذي ينص على أنه : "يتم الرهن الحيازي : 1- بتراضي طرفيه على إنشاء الرهن ، 2- وزيادة على ذلك بتسليم الشيء المرهون فعليا إلى الدائن أو إلى أحد من الغير يتفق عليه المتعاقدون ...".
¹⁵¹ - تجدر الإشارة إلى أن التسليم والحوز والحبس والقبض الفاظ مرادفة.

غيره من الضمانات وما يضمن فعاليته الائتمانية، لكن الإشكال يطرح في حالة امتناع المدين الراهن عن تسليم العقار المرهون للدائن ؟

في هذه الحالة يمكن للدائن المرتهن اللجوء إلى القضاء لإرغام الراهن على تحويله¹⁵² ما رهنه له، أما إذا لم تتم الحيازة حتى توفي الراهن أو قام دائنوه بطلبون ديونهم فإن الرهن لا ينتج أثره تجاههم ويصبح باطلا ولا يستفيد منه شيئا¹⁵³.

وبذلك، فالحكمة من اشتراط تخلي الراهن عن حيازة العقار المرهون وإنتقالها إلى الدائن المرتهن هي إحاطة الغير علما بأن العقار المرهون لم يعد من أموال الراهن الحرة الخالية من الحقوق، إذ أن بقاء هذه الأموال في حيازة الراهن من شأنه أن يخدع الغير ويجعله يعتقد أن الراهن أكثر ملاءمة مما هو عليه في الواقع، فيشجعه على إقراضه¹⁵⁴.

وإذا كان الأصل أن تنتقل حيازة العقار المرهون للدائن المرتهن قصد حماية وضمن مصالحه، فإنه ليس هناك ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان (الراهن والمرتهن) على تسليم العقار المرهون لأجنبي يسمى عدلا، إذ يحتفظ به نيابة عن الدائن المرتهن بأن يحوز العقار لحساب الدائن المرتهن في حق الرهن ولحساب الراهن بالنسبة للملكية¹⁵⁵.

وللحيازة بواسطة العدل فوائد كثيرة تتمثل في إعفاء الدائن المرتهن من الالتزامات التي تثقل كاهله والمترتبة عن عقد الرهن بما فيها التزامه بإدارة واستثمار العقار المرهون وصيانته، إذ يقوم العدل بذلك، كما يكون العدل ضامنا لتلف العقار المرهون قبل أن يسترده إذا كان التلف بتقصيره، لأن يده على العقار المرهون يد أمانة لا يد ضمان.

أما إذا لم يقع الإتفاق بين الراهن والمرتهن على اختيار الشخص المناسب لحيازة العقار المرهون، تتولى المحكمة اختيار عدل بناء على طلب الأطراف¹⁵⁶.

¹⁵² - تجدر الإشارة إلى أن التحويل يفتقر إلى إذن المالك ورضاه بخلاف الحوز.

¹⁵³ - عبد الكريم شهبون ، م س ، ص 305.

¹⁵⁴ - مأمون الكزبري ، م س ، ص 290.

¹⁵⁵ - سمير عبد السيد تناغو "التأمينات العينية والشخصية" ، منشأة المعارف - الاسكندرية ، سنة 1970 ، ص 384.

¹⁵⁶ - عبد الرزاق السنهوري ، م س ، ص 951 - 952.

والجدير بالتنبيه، أنه لا يشترط في حيازة المرتهن أن تكون حيازة حقيقية استحقاقية، وإنما تكفي الحيازة العرضية طالما كانت ظاهرة كما هو الحال في رهن الدين الذي يكتفي فيه بسليم السند.

وعليه فإذا كان المشرع المغربي قد نظم بمقتضى مدونة الحقوق العينية الرهن الحيازي سواء بالنسبة للعقارات المحفظة أو غير محفظة، فإن أصحاب العقارات المحفظة في الغالب ما يفضلون اللجوء إلى الرهن الرسمي لما يوفر لهم من إمتياز الاحتفاظ بحيازة العقار المرهون، وذلك قصد استثماره والإستفادة منه، هذا بالإضافة إلى غيره من المزايا العديدة التي سيستفيد منها هذا الأخير بهذا الخصوص، وبذلك فالرهن الحيازي الوارد على عقار محفظ يبقى نسبيا وذو حدود ضيقة، وبالمقابل فإن الرهن الحيازي للعقارات غير المحفظة يعد من الضمانات الجاري بها العمل في المجال البنكي في غياب العقارات المحفظة، إذ تلتجئ إليه على الخصوص مؤسسة القرض الفلاحي.

الفصل الثاني : الضمانات المخولة لأطراف عقد الرهن

الحيازي العقاري ومدى تأثيره في ظل انتشار باقي الضمانات

يعتبر الرهن الحيازي العقاري إحدى الضمانات العينية المعتمد عليها لخدمة الائتمان خاصة في القرى خصوصا إذا علمنا أن العقار محل الرهن له قيمة اقتصادية كبيرة، بالإضافة إلى أنه لا ينقل من مكانه مقارنة مع المنقول، وبذلك فهو يكتسي أهمية بالغة تتجلى أساسا في كونه يخول ضمانات مهمة لكل من الدائن المرتهن والمدين الراهن.

هذه الضمانات تتمثل في حقوق والتزامات تترتب في ذمة هذا الطرف أو ذاك من طرفي علاقة الرهن، باعتبار أن الرهن الحيازي عقد ملزم لجانبين بحيث يترتب التزامات متبادلة على عاتق كل من الطرفين، وبالتالي يكون ما هو التزام على عاتق أحد الطرفين حق وضمان للطرف الآخر.

وبالرغم من أهمية هذا النوع من الرهون، فلا أحد يجادل في تراجع فعاليته الائتمانية بظهور ضمانات أخرى خاصة الرهن الرسمي الذي يخول للمدين الراهن حق الإحتفاظ بالعقار المرهون واستغلاله واستثماره والتصرف فيه، لكن هذا التراجع لم يصل إلى درجة تدعوا إلى القول بالاستغناء عن هذه المؤسسة وذلك راجع الى كون أن المشرع المغربي احتفظ بها في إطار مدونة الحقوق العينية من جهة، ومن جهة أخرى فإنها تعد وسيلة فعالة لإدماج العقار الغير محفظ في التنمية .

للإحاطة بهذه الضمانات المخولة لأطراف عقد الرهن الحيازي العقاري وقيمتها الائتمانية في ظل انتشار غيره من الضمانات ومعالجة الإشكاليات التي تطرحها ارتأينا دراسة الضمانات المخولة لأطراف عقد الرهن الحيازي العقاري في (المبحث الأول)، على أن نتطرق للقيمة الائتمانية لمؤسسة الرهن الحيازي العقاري في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الضمانات المخولة لأطراف عقد الرهن

الحيازي العقاري

إذا توفرت شروط عقد الرهن الحيازي العقاري انعقد صحيحا بين طرفيه، وأنتج آثار تسري في حق كل من المدين الراهن والدائن المرتهن، والمتمثلة في حقوق والتزامات كل منهما، فما هو حق بالنسبة للدائن المرتهن يجسد التزام يقع على عاتق المدين الراهن، وبالمقابل فما هو التزام بالنسبة للدائن المرتهن يشكل حقا للمدين الراهن.

ونظرا لكون أن الرهن الحيازي الوارد على العقار يهدف إلى وضع العقار المرهون تحت تصرف الدائن المرتهن فقد أخضعه القانون لالتزامات يراد منها منع المرتهن من إلحاق الضرر بالراهن نتيجة نزع الحيازة من يده، كما منح المرتهن حقوق يراد منها تحقيق الغرض من الرهن وهو ضمان الوفاء بالدين.

هذه الحقوق والالتزامات تعد في حقيقة الأمر ضمانات قانونية في يد كلا الطرفين، يخولها لهم عقد الرهن، ومن هذا المنطلق ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين سنتناول في (المطلب

الأول) الضمانات التي يخولها عقد الرهن للدائن المرتهن، على أساس أن نكرس (المطلب الثاني) للضمانات المتعلقة بشخص المدين الراهن.

المطلب الأول : الضمانات المخولة للدائن المرتهن

ينتج الرهن الحيازي العقاري ضمانات مهمة للدائن المرتهن تتجسد في الحقوق الممنوحة له بمقتضى عقد الرهن من جهة، إذ يمكنه وضع اليد على العقار في مواجهة المالك وحمايته بدعوى استرداد الحيازة، كما أنه يخوله أيضا حق الانتفاع الذي يسمح له باستغلال العقار المرهون والاستيلاء على الثمار مقابل خصم ثمنها من رأس المال الدين (الفقرة الأولى).

وتظهر هذه الضمانات المخولة للدائن المرتهن من جهة ثانية، في الالتزامات الملقة على عاتق المدين الراهن والتي تجسد حقوقا للدائن المرتهن (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الضمانات الكفيلة بحماية الدائن المرتهن من خلال

الحقوق المخولة له

يخول الرهن الحيازي الوارد على العقار للدائن المرتهن مجموعة من الحقوق، هذه الأخيرة تعد في جوهرها نوعا من ضمان الحق في استيفاء الدين، ولولاها لما تولدت الثقة في نفسه ولما أقدم على منح ائتمانه، أو مد أجل الوفاء بالدين، فصاحب الدين المشمول بالرهن يكون أكثر اطمئنانا في استرداد دينه .

ومن أبرز الضمانات التي يخولها عقد الرهن الحيازي العقاري للدائن المرتهن نجد حق حبس العقار المرهون وجني الثمار التي يغلها (أولا)، وكذا الحق في بيع العقار المشمول بالرهن واستيفاء الدين من ثمن المرهون بالأفضلية على باقي الدائنين الآخرين (ثانيا).

أولا : حق حبس العقار المرهون وجني الثمار التي يذرها

يعتبر الحق في الحبس استجابة طبيعية للفطرة الانسانية، فمن الطبيعي أن أول ما يخطر للدائن المرتهن هو أن يحبس ما في يده حتى يقضي له الراهن حقه، كما أن الحق في الحبس

يعد استجابة لاعتبارات العدالة ومقتضيات حسن النية، إذ أنه ليس من المقبول أن يطالب المدين دائنيه بأن يؤدي إليه ما التزم به من أداء قبل أن يوفي دينه¹⁵⁷.

واعتباراً لكون أن الرهن الحيازي العقاري يتطلب لقيامه تسليم العقار المرهون للدائن المرتهن، فإن لهذا الأخير الحق في حبسه إلى أن يستخلص دينه من الرهن بتمامه، وبذلك لا يحق للمدين الذي أدى جزء من الدين أن يطالب بحيازة جزء من العقار¹⁵⁸، ما دام لم يدفع الدين بتمامه، ذلك أنه من خصائص الرهن الحيازي العقاري أنه غير قابل للتجزئة كما سبق أن ذكرنا في - الفصل الأول - لذلك فإن حق الحبس يبقى للمرتهن على كامل المرهون، وينبغي على هذه القاعدة أن كل جزء من العقار المرهون ضامن لمجموع الدين المضمون، وفي نفس الوقت فإن كل جزء من الدين مضمون بالعقار كله.

وقد أكدت المادة 155 من م ح ع على هذه الضمانات الكفيلة بحماية مصالح الدائن المرتهن والتي نصت على أنه : "يتمتع الدائن المرتهن رهناً حيازياً بحق حبس الملك المرهون..."، ويلاحظ من خلال هذه المادة أن حق الحبس أعطي للدائن المرتهن لأنه صاحب حق عيني وهو حق رهن حيازة، فحق الحبس متفرع عن حق عيني، ومن ثم يكون هو نفسه حقاً عينياً، أو من مستلزمات الحق العيني¹⁵⁹.

ويجب الانتباه إلى أن للدائن استعمال حق الحبس على العقار وعلى سائر الزوائد التي كانت متصلة به حين إنشاء الرهن أو التي اتصلت به فيما بعد لأن الرهن حسب ماتقتضيه المبادئ العامة يشمل جميع الأشياء التي كانت أو أصبحت أجزاء متممة للعقار أو من منتفعاته أو من ملحقاته الضرورية¹⁶⁰.

¹⁵⁷ - عبد السلام أحمد فيغو ، م س، ص 481.

¹⁵⁸ - حياة كمر - "لآثار الرهن الحيازي العقاري وأسباب انقضاؤه"، رسالة لنيل بلوم الماستر في القانون الخاص ماستر القانون المدني والأعمال، جامعة عبد المالك السعدي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة 2014/2015 ، ص 30.

¹⁵⁹ - عبد الكريم شهبون ، م س ، ص 313.

¹⁶⁰ - حياة كمر ، م س ، ص 31.

وهذه الأحكام التي جاء بها القانون تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تعرف الرهن الحيازي بأنه: "حبس مال توقيفه في مقابل حق يمكن استيفاءه منه، وتمنح المرتهن، حق حبس المرهون إلى حين فكه"¹⁶¹.

وهذا ما سار عليه التشريع الجزائري حيث نص في مادته 962 من القانون المدني على أنه: "يخول الرهن للدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون على الناس كافة دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها، وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه كان له الحق في استرداد حيازته من الغير وفقا لأحكام الحيازة"¹⁶².

وعلى ذلك، فاللدائن المرتهن الحق في حبس العقار المرهون إلى أن يستوفي دينه بالكامل، أصلا وفائدة ونفقات، ويشمل أيضا العين المرهونة وملحقاتها وتوابعها في مواجهة كل من ينفذ تجاه الرهن.

وفي هذا الصدد نجد قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2013/09/10 إذ جاء فيه ما يلي: "...وأن الدائن المرتهن رهنا حيازيا لا يحق له التعرض على بيع العقار المرهون ولا المطالبة بإبطال بيعه وإنما يحق له فقط أن يحبسه بين يديه إلى أن يستوفي دينه منه"¹⁶³.

ويتضح من خلال هذا القرار أن الدائن المرتهن له الحق في الاحتفاظ بالعقار المرهون إلى أن يستوفي دينه من المدين دون الإخلال بما للغير من حقوق ثابتة عليه، بحيث أن كل الحقوق المكتسبة من لدن الغير تبقى سارية في مواجهة الدائن المرتهن، ومن ذلك مثلا حقوق الإرتفاق المترتبة لفائدة عقار آخر.

لكن التساؤل الذي يثار في هذا الصدد هو مدى أحقية الدائن المرتهن في الاستمرار في حبس العقار المرهون من أجل ديونه الأخرى المترتبة على نفس الدين؟

بالرجوع إلى التشريع المغربي نجد أن الحبس يكون من أجل الدين المضمون دون الديون الأخرى، التي للدائن على الراهن، فإذا كانت على الراهن ديون أخرى لم ينص عقد

¹⁶¹ - عبد الكريم شهبون ، م س، ص 313.

¹⁶² - كليل صفية ، م س ، ص 56.

¹⁶³ - قرار صادر عن محكمة النقض عدد 428/8 الصادر بتاريخ 10/09/201 منشور بالموقع الإلكتروني <https://www.mahkamaty.com> ، تاريخ الولوج 2018/6/28.

الرهن الحيازي العقاري على ضمانها فلا يشملها الرهن ولا يكون للدائن بعد استيفاء دينه أن يحبس العقار لاستيفاء هذه الديون، ويستوي أن تكون هذه الديون قد نشأت قبل أو بعد نشوء الرهن، وأن تكون سابقة أو لاحقة على نشوء الدين المضمون¹⁶⁴، غير أنه إذا اتفقا طرفا عقد الرهن على أن يضمن الرهن أيضا تلك الديون فإنه يضمنها، وهذا ما أكدته الفصل 1203 من ق ل ع¹⁶⁵.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد نص في المادة 2072 من القانون المدني الفرنسي على الرهن الضمني، وذلك بأنه إذا وجد على نفس المدين لنفس الدائن دين آخر، اتفق عليه بعد الرهن وصار مستحقا قبل الدين المضمون بالرهن، فلا يتخلى الدائن عن الرهن قبل أن يدفع له الدين الأول والثاني بأكملهما، حتى لو لم يحصل اتفاق بتخصيص الرهن لأداء الدين الثاني¹⁶⁶.

ويستطيع الدائن المرتهن أن يستعمل حق الحبس على الراهن نفسه الذي تعاقد معه على الرهن، سواء كان الراهن هو المدين نفسه أو كان كفيلا عينيا، ما دام لم يستوفي حقه كله وحتى لو ادعى الراهن أن الشيء المرهون مملوكا لغيره، وإذا كان الشيء المرهون مملوكا حقيقة لغير الراهن، فإن الدائن يستطيع أن يستعمل حقه في الحبس ضد المالك الحقيقي، فلا يرد إليه الشيء المرهون حتى يستوفي حقه مادام أنه كان يعتقد وقت ارتهته أنه تعاقد مع المالك الحقيقي للشيء المرهون¹⁶⁷.

هذا، وإن كان للدائن المرتهن حق حبس الملك المرهون، فهل يحق له الاستفادة من ثمار العقار المرهون رهنا حيازيا خلال مدة الرهن؟

استنادا إلى المادة 156¹⁶⁸ من م ح ع فإنه يحق للدائن المرتهن قبض ثمار العقار المرهون ولو أحقه شريطة خصم ثمنها من رأس المال الدين، بحيث إذا كان العقار المرهون ينتج

¹⁶⁴ - عبد السلام أحمد فيغوا ، م س ، ص 482.

¹⁶⁵ - تنص المادة 1203 من ق ل ع على أنه : "ليس للدائن الحق في أن يحبس المرهون من أجل ديونه الأخرى على المدين ، سواء كانت لاحقة أو سابقة على إنشاء الرهن ، مالم يكن قد اتفق على أن الرهن يضمن أيضا تلك الديون".

¹⁶⁶ - كليل صافية ، م س ، ص 58.

¹⁶⁷ - عبد الرزاق السنهوري ، م س ، ص 670.

¹⁶⁸ - تنص المادة 156 من م ح ع على أنه : "تكون ثمار الملك المرهون لمالكه وعلى الدائن أن يتولى جنيها وله ان يسلمها إلى الراهن أو أن يحتفظ بها على أن يخصم ثمنها من رأس المال الدين".

ثمار وكان تحت حيازة المرتهن فمن حقه أن يقبض كل الثمار التي ينتجها هذا الملك سواء كانت طبيعية أو صناعية أو مدنية شريطة خصم ثمنها من أصل الدين (أنظر ملحق للعقد المؤرخ بتاريخ رهن المنتوجات الفلاحية في الملحق).

فقبل صدور مدونة الحقوق العينية أي في إطار ظهير 2 يونيو 1915 المتعلق بالعقارات المحفظة كانت الثمار التي يقبضها الدائن المرتهن لا تصبح مملوكة له، بل تعتبر جزء من الرهن يحتفظ بها الدائن المرتهن لتكون بدورها ضامنة للدين، ولا يمكن للمرتهن أن يتصرف فيها أو أن يخصصها من دينه إذا كان أجله لم يحل بعد.

ولما جاءت مدونة الحقوق العينية حسمت في هذه المسألة وخولت للدائن المرتهن إمكانية خصم ثمن الثمار التي احتفظ بها من رأسمال الدين.

وقد يتضمن عقد الرهن التنصيب على أن الثمار كلها أو بعضها من نصيب الدائن، ففي هذه الحالة يكون له الحق في جنيها كلها ويحتفظ بها دون أن يستنزله من أصل الدين.

غير أنه يمتنع عن الدائن المرتهن أن يتجاوز الحد الأقصى للفائدة بالنسبة إلى كل مدة الرهن أما بالنسبة لأجزاء هذه المدة، فيمكن تجاوز الحد الأقصى كما لو كانت المدة عامين وأصلحت الأرض المرهونة في العام الأول وأخصبت في العام الثاني بحيث تجاوزت الحد في العام الأخير وتاخرت عنه في الأول ففي هذه الحالة لا يعد المرتهن أنه أخذ أكثر مما يستحق ما دام مجموع ما ناله لا يزيد عن الحد الجائز¹⁶⁹.

وإذا كانت الغلة أكثر مما يستحقه الدائن كان القدر الزائد من حق الراهن، ويتعين على المرتهن أن يطرحه من الدين المضمون، أي من المصاريف التي أنفقها في سبيل المحافظة على العقار المرهون وثماره وصيانتته ثم من أصل الدين .

وبذلك فالثمار التي يتكلف الدائن المرتهن بجنيها هي في حقيقة الأمر ملكا للراهن باعتباره مالكا للعقار المرهون وحائزا قانونيا له، أما الدائن المرتهن فقد خوله المشرع هذه

¹⁶⁹ - محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية التبعية، الرهن المجرد، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، الكتاب الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة 2006، ص 76.

الامكانية باعتباره حائز مادي للعقار، إذ له الأولوية في جني الثمار لكي يخصم ثمنها من رأسمال الدين وله كذلك أن يسلمها للراهن¹⁷⁰.

وبالتالي فما دام الدائن حائز للعقار المرهون رهنا حيازيا فله الحق في الاستفادة من ثماره، خاصة وأن المشرع خولة الحق في جنيها واقتطاع قيمتها من أصل الدين الذي في ذمة المدين الراهن، وهذا يعد وسيلة من وسائل الوفاء التدريجي، بحيث يغني الدائن المرتهن من الإلتجاء إلى إجراءات البيع الجبري الذي يتسم بنوع من البطء، كما أن غالبية الناس لا يفضلون اقتناء العقارات التي تباع بالمزاد العلني، أضف إلى ذلك الثمن المنخفض التي تباع به هاته العقارات وغير ذلك من الإشكالات التي يثيرها البيع بالمزاد العلني.

ثانيا : الحق في بيع العقار المرهون واستيفاء الدين من ثمنه بالأفضلية

يكتسب المرتهن بمقتضى عقد الرهن حقا عينيا تبعا يعطيه ضمانا خاصا باعتباره دائنا مرتهنا على الشي المرهون، وبالإضافة إلى ذلك يبقى له حق شخصي يعطيه ضمانا عاما على جميع أموال المدين باعتباره دائنا عاديا.

وبذلك فاللدائن المرتهن إذا لم يدفع له المدين في الأجل المتفق عليه بمقتضى عقد الرهن، حق له المطالبة ببيع العقار المرهون بالمزاد العلني وفق الإجراءات النصوص عليها قانونا لاستيفاء دينه.

ويعد هذا الحق من أهم الحقوق التي يعتمد الدائن إلى تحقيقها من عقد الرهن، وقد تم التنصيص عليه بمقتضى الفصل 1170 من ق ل ع في معرض تعريفه للرهن الحيازي، بحيث أوضح أن هذا الرهن يمنح للدائن المرتهن حق استيفاء دينه من الشيء المرهون بالأسبقية على جميع الدائنين الآخرين، إذ لم يف له به المداين الراهن.

¹⁷⁰ - حياة كمره ، م س ، ص 38-39.

وهذا ما كرسته مدونة الحقوق العينية أيضا في المادة 158 منها إذ نصت على أنه: " لا يصبح الدائن مالكا للمرهون بمجرد عدم الوفاء في الأجل المتفق عليه، وكل شرط يقضي بغير ذلك يكون باطلا وفي هذه الحالة يمكنه أن يطالب بالطرق القانونية بالبيع الجبري للملك المرهون"، وفي ذلك حماية للطرف الضعيف وزهد المدين الراهن الذي قد يعتمد إلى قبول مثل هذا الشرط تحت وطأة عجزه عن الوفاء ولو كان مقدار قيمة العقار من مقدار الدين.

وكذلك من خلال المادة 155 من نفس القانون التي أعطت للدائن المرتهن حق حبس الملك المرهون وحق بيعه بالمزاد العلني وفقا للإجراءات المنصوص عليها في ق م م لاستيفاء دينه.

وبذلك فللدائن المرتهن إذ لم يستوفي دينه بتاريخ استحقاقه، كان له أن يختار بين الاستمرار في حبس الملك المرهون إلى أن يدفع له الراهن حقه كاملا أو أن يلجأ إلى التنفيذ عليه وبيعه بالمزاد العلني لاستيفاء حقه من ثمنه، إلا أنه إذا أثار الدائن استعمال حق الحبس وعدم اللجوء إلى التنفيذ الجبري ليس له استعمال هذا الحق على وجه يلحق الضرر بالمديونية وإلا كان متعسفا.

ويجري البيع بالمزاد العلني وفقا للإجراءات القانونية المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية إذا كان العقار المرهون غير محفظ وهذا هو الأمر الغالب، أما إذا كان العقار محفظ فإنه تسري عليه مقتضيات المتعلقة بالرهن الرسمي استنادا إلى المادلة 146 من م ح ع، وبذلك فهو يخضع لمقتضيات البيع الجبري للعقار المحفظ (المادة 214 من م ح ع)، إذ أن الدائن الذي يحصل على شهادة التقيد مسلمة من طرف المحافظ على الأملاك العقارية من حقه أن يطلب إجراء البيع عن طريق النزاع الإجباري لملكية العقار أو العقارات التي سجل الدائن حقه عليها، والبيع بالمزاد العلني في هذه الحالة تترتب عليه نفس الآثار التي تترتب عن البيع بالمزاد العلني عندما يتعلق الأمر بوجود رهن رسمي .

والجدير بالذكر أنه لا يحق للدائن المرتهن أن يمتلك العقار المرهون قبل أن يباع بالمزاد العلني مقابل الدين بحجة أن المدين الراهن لم يؤدي الدين، وهذا ما تبنته الشريعة الإسلامية

بخصوص أن الدائن المرتهن إذا اشترط حصوله على العقار مقابل الدين، فإن الشرط يعتبر فاسدا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن من صاحبه¹⁷¹.

ونفس المقتضى نصت عليه المادة 158 من م ح ع التي جاء فيها: " لا يصبح الدائن مالكا للمرهون بمجرد عدم الوفاء في الأجل المتفق عليه، وكل شرط يقضي بغير ذلك يكون باطلا، وفي هذه الحالة يمكنه أن يطالب بالطرق القانونية بالبيع الجبري للملك المرهون".

وبذلك فكل اتفاق على تملك الدائن المرتهن للعقار المرهون عند عدم الوفاء بالدين يعتبر باطلا، ولكن بطلان شرط التملك لا يمتد إلى عقد الرهن، فالبطلان يتناول الشرط وحده أما عقد الرهن فيبقى صحيحا، ما لم يثبت الدائن المرتهن أن هذا الاتفاق كان هو الدافع إلى إبرام عقد الرهن ففي هذه الحالة يبطل عقد الرهن ببطلان الاتفاق¹⁷².

ومن هنا يمكن القول أن حق الدائن المرتهن في بيع العقار المرهون يشكل له ضمانا غاية في الحماية، إذ يحقق الفلسفة المرجوة من تقرير أحكام الرهن الحيازي عامة، فهو ضمانا للوفاء بالدين، كما أن تقرير حق بيع العقار المشمول بالرهن فيه تكريس لهذه الضمانة وزيادة في فعاليتها.

وهنا يثار إشكال حول مرتبة الدائن المرتهن رهنا حيازيا في قبض دينه من ثمن المرهون في حالة ما إذا بيع في المزاد العلني؟

يمنح الرهن الحيازي الوارد على العقار للدائن المرتهن حق الأفضلية أو حق الأولوية في استيفاء دينه من ثمن المرهون، بعد بيعه مقدما على سائر دائني الرهن الآخرين.

وبذلك فحق الأفضلية يبعد إشبح إعسار أو إفلاس المدين الراهن، وهو بصفة خاصة يحمي مصالح الدائن المرتهن من مبدأ عدم المساواة بين دائني المدين في استيفاء ديونهم من

¹⁷¹ - نوال أخلو ، م س ، ص 41 .

¹⁷² - عبد الرزاق السنهوري ، م س ، ص 839.

موجودات هذا الأخير، والذي قد يؤدي إلى حرمان الدائن من بعض حقوقه، إذا كانت قيمة هذه الموجودات دون مبلغ الديون مجتمعة¹⁷³.

وقد أشار المشرع المغربي لهذا الحق بمقتضى الفصل 1170 من ق ل ع، الذي استهل به الأحكام العامة المتعلقة بالرهن الحيازي إذ جاء فيه مايلي: "... وهو يمنح الدائن حق استيفاء دينه من هذا الشيء بالأسبقية على جميع الدائنين الآخرين، إذا لم يف له به المدين".

ومعنى ذلك أن للدائن المرتهن إذا ما بيع العقار المرهون أن يستوفي دينه من ثمن المبيع بالأفضلية والأولوية على سائر الدائنين والغرماء، وحق استيفاء دينه من المرهون بالأولوية على غيره من الدائنين، يعتبر أهم النتائج المترتبة عن الرهن، والغاية التي يعقد من أجلها هذا العقد.

وهذا ماكرسته مدونة الحقوق العينية في المادة 155 منها التي نصت على أنه: "يتمتع الدائن المرتهن رهنا حيازيا بحق حبس الملك المرهون وحق بيعه بالمزاد العلني وفقا للإجراءات المنصوص عليها في القانون، وذلك لاستيفاء دينه من ثمنه بالأولوية عن باقي الدائنين الآخرين، كما يحق استرداده من أي يد انتقل إليها".

بالإضافة إلى ذلك، فحق الأفضلية الذي يتمتع به الدائن المرتهن لا يقتصر على أصل الدين، بل يشمل سائر النفقات باعتبارها من ملحقات الدين، ولا سيما بالنسبة للمصاريف التي أنفقها المرتهن في سبيل صيانة العقار.

وبالرجوع إلى الفصل 1199 من ق ل ع نجد أن المشرع قد استبعد إشراك النفقات النافعة بمحل الرهن فلو تم مثلا بيع العقار المرهون فإن الدائن المرتهن سيستوفي وبدون نزاع دينه المضمون بالرهن من ثمن البيع بالأفضلية والأسبقية على باقي الدائنين، أما بالنسبة للمصروفات التحسينية فإنه سيتحصى فيها بالمساواة¹⁷⁴.

¹⁷³ - عمر النافعي، م س، ص 49.

¹⁷⁴ - محمد علي عثمان الفقهى، م س، ص 467.

وإذا ما تلف العقار المرهون أو تعيب بفعل الغير أو استملك للمنفعة العامة فإن حق الأفضلية الذي يتمتع به الدائن المرتهن ينصب على التعويض الذي يدفعه الغير أو الدائرة المستملكة على مبلغ التأمين إذا كان العقار مؤمن عليه¹⁷⁵.

وإذا وقع التضاحم على حق الأفضلية بين عدة دائنين مرتهنين كسب كل منهما رهنا حيازيا على هذا العقار، كانت الأسبقية للدائن الذي سبق الدائنين الآخرين في قيد حقه وحيازة العقار، فيفضل على الدائن الذي كان سابقا عليه القيد ولكن لم تنتقل إليه الحيازة، وإذا كان التضاحم بين دائن مرتهن حيازة وآخر له حق عيني على العقار غير الرهن الحيازي كالرهن الرسمي أو حق امتياز عقاري، فالأسبقية تكون للدائن الأسبق في القيد، وإذا كان هو الدائن المرتهن حيازة وجب أن تكون حيازة العقار قد انتقلت إليه¹⁷⁶.

الفقرة الثانية : الضمانات الكفيلة بحماية الدائن المرتهن من خلال

الالتزامات الملقة على عاتق المدين الراهن

يقع على عاتق المدين الراهن مجموعة من الالتزامات تجاه الدائن المرتهن، والتي تشكل في جوهرها ضمانات تساهم في حماية وطمأنة الدائن المرتهن، فإلى أي حد استطاع المشرع من خلال تنظيمه لهذه الالتزامات توفير حماية كافية لحقوق المرتهن؟

للإجابة عن هذا التساؤل سنتطرق للالتزامين أساسيين يقعان على عاتق المدين الراهن، يتمثل الأول في الالتزام بضمان هلاك المرهون (أولا)، في حين ينطبق الثاني على إرجاع المصروفات التي أنفقها الدائن على الملك المرهون بموجب عقد الرهن(ثانيا).

أولا : التزام المدين الراهن بضمان هلاك المرهون

¹⁷⁵ - مأمون الكزبري ، م س ، ص 316.

¹⁷⁶ - حياة كمرة ، م س ، ص 37.

يلتزم الراهن بهلاك العقار المرهون، إذا كان الهلاك أو التعيب راجعا إلى خطئه، وفي هذا الصدد يقضي الفصل 1183 من ق ل ع بأن : " إذا هلك الشيء المرهون أو تعيب بفعل المدين، كان للدائن أن يطلب الوفاء بحقه على الفور، حتى لو كان مضافا إلى أجل لم يحل بعد، وذلك ما لم يقدم له المدين ضمانا آخر معادلا أو يكمل له الضمان".

وهذا ما أكده عبد الرزاق السنهوري حيث ذهب إلى القول بأنه إذا كان الهلاك أو التلف بخطأ الراهن، كان للدائن المرتهن الخيار بين أن يقتضي تأمينا كافيا بدلا من التأمين الهالك أو التالف وأن يسقط أجل الدين فيصبح الدين حالا فيتقاضاه فورا وهذه الرعاية لجانب الدائن سببها أن الهلاك قد وقع بخطأ الراهن فوجب أن يكون الخيار للدائن¹⁷⁷.

وهذا ما سار عليه التشريع المدني الجزائري التي يستفاد منها أن الراهن يضمن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف وقع بفعل خطئه¹⁷⁸.

وبذلك فالراهن يتحمل المسؤولية في هذه الحالة لأنه أضعف بفعله الضمانات الخاصة التي سبق له أن أعطاها بمقتضى العقد، وبذلك فهو مرتكب لخطأ عقدي يستتبع مسؤوليته العقدية، فاللدائن المرتهن هنا طبقا للنص المذكور أعلاه إما فسخ عقد الرهن واقتضاء الدين فورا وإما التنفيذ بمقابل سواء كان المقابل تأمينا يحل محل الرهن الذي هلك أو كان تعويضا عما نقص من قيمة الرهن¹⁷⁹.

ومن هنا فالراهن يضمن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف قد وقع بفعله، لكن ماذا لو وقع ذلك بفعل خطأ الدائن المرتهن أو بسبب أجنبي ؟

في هذه الحالة فإن الدائن المرتهن هو الذي يتحمل المسؤولية، بحيث إذا ما أهمل هذا الأخير القيام بواجب الحفظ والصيانة وهلك العقار أو تضرر من جراء تقصيره فهو ضامن قيمة الهلاك أو قيمة الضرر بالغة ما بلغت¹⁸⁰، ذلك أن الفصل 157 من م ح أوجب على المرتهن المحافظة على العقار المرهون وجعله مسؤولا عن تعويض الضرر الناجم عن إخلاله

¹⁷⁷ - عبد الرزاق السنهوري ، م س ، ص 803.

¹⁷⁸ - كليل صفية، م س، ص 48.

¹⁷⁹ - عبد الرحيم عاقل ، م س ، ص 76.

¹⁸⁰ - مأمون الكزبري ، م س ، ص 316.

بهذا الواجب، كما أضافت المادة 159 من م ح ع أن الدائن يسأل عن الهلاك أو التلف الذي قد يصيب الملك نتيجة إهماله له.

أما إذا كان الهلاك أو التلف راجع إلى سبب أجنبي، ففي هذه الحالة ينتقل الرهن إلى المبلغ المستحق كتعويض عن هذا الهلاك إذا تسبب به أحد من الغير واضطر للتعويض إذا كان المرهون مؤمنا عليه، فيحل مبلغ التأمين محله، أو نزعت ملكيته للمنفعة العامة مقابل ثمن معين، ولكن إذا كان السبب الأجنبي متمثلا في حادث فجائي أو قوة قاهرة فإن نتيجة الهلاك يتحملها المالك طبقا لقاعدة الهلاك على المالك¹⁸¹.

ولما كان العقار المرهون قد هلك أو طرأ عليه تغيير كتهدم جزء منه أو قابليته للتهدم، أو حدوث سقوط في جدرانه، فإن عقد الرهن يفسخ بقوة القانون، لكن مزية الأجل لا تسقط عن المدين وإنما يتعين عليه بالمقابل تقديم عقار آخر يساوي قيمة العقار الأول إذ طلبه المرتهن، وان لم يفعل كان لهذا الأخير أن يطلب تنفيذا للالتزام فوراً¹⁸².

أما المشرع الجزائري فقد اعتبر أن الهلاك إذا كان راجعا لسبب أجنبي لا يد للراهن ولا للدائن المرتهن فيه كان الراهن بالخيار بين إسقاط أجل الدين ودفع الدين فوراً للدائن المرتهن أو تقديم تأمين كاف بدلا من التأمين الهالك أو التالف¹⁸³.

وعليه فالغاية الأساس من تقرير هذا الالتزام على عاتق المدين الراهن هي ضمان الوفاء بالدين، ومن ثم فالعقار المرهون رهنا حيازيا يعد بمثابة الضمانة العينية الموضوعة رهن إشارة الدائن المرتهن والتي تخوله من جهة ضمان استيفاء حقه، ومن جهة أخرى تشكل وسيلة أساسية في ضمان استقرار المعاملات وتحقيق التوازن العقدي.

ثانيا : التزام المدين الراهن بتأدية المصروفات التي أنفقها الدائن

على الملك المرهون

¹⁸¹ - عبد الرحيم عاقل ، م س ، ص 77.

¹⁸² - نوال أخلو ، م س ، ص 41 - 42.

¹⁸³ - كليل صفية ، م س ، ص 50.

يستلزم الرهن الحيازي العقاري نقل حيازة العقار المرهون من الراهن إلى المرتهن كما مر بنا، ومما لا شك فيه أن هذا الإجراء يتطلب مصاريف كما أن رده للراهن عند انتهاء الرهن يكلف نفقات لا يستهان بها، وهو من بين الالتزامات التي تقع على عاتق الدائن المرتهن لحفظ المرهون وصيانته من كل ضرر، وحتى إذا تضرر فإنه يجري عليه ترميمات وإصلاحات ليبقى في حالة صالحة للإستعمال، وليستطيع أن يؤدي دوره كضمان خاص، وكل هذا يحتاج إلى نفقات باهضة، ثم إن هذا العقد يجب أن يسجل بالسجل العقاري إذا كان العقار المرهون محفظاً وهذا الإجراء كذلك يتطلب مصاريف لأداء الرسوم المفروضة من طرف المحافظة العقارية.

وعلى ذلك فكل المصروفات الضرورية التي أنفقها المرتهن للمحافظة على العقار المرهون وكذلك التكاليف العامة والتحملات السنوية التي يكون الدائن قد أدخلها للحفاظ على المرهون يتحملها المدين الراهن لأنها لم تتفق إلا لمصلحته¹⁸⁴، وهذا ما أكدته المادة 160 من م ح ع التي جاء فيها ما يلي: "يجب على المدين أن يؤدي للدائن المرتهن المصروفات الضرورية التي أنفقها على الملك المرهون لديه".

وهو نفس المقتضى الذي نص عليه المشرع المغربي في الفصل 1216 من ق ل ع إذ جاء فيه مايلي: "يلتزم المدين، عند استرداده المرهون، بأن يؤدي للدائن:

1- المصروفات الضرورية التي أنفقت للمحافظة على المرهون وكذلك الضرائب والتكاليف العامة التي يكون الدائن قد دفعها، وللدائن أن ينزع التحسينات التي أجراها ما دام لا يترتب على نزاعها ضرر.

2- قيمة الخسائر الحاصلة للدائن بسبب الشيء المرهون، ما لم تكن راجعة إلى خطأ يعزى إليه".

¹⁸⁴ - عبد الرحيم عاقل ، م س ، ص 79.

ويقر الفقه المالكي كذلك بأن الراهن يلزم بأن يرجع للمرتهن كل ما أنفقه على العقار المرهون سواء أذن له في الإنفاق أو لم يأذن له بذلك لأنه قام بواجب ملقى على عاتقه، إذ الغلة للراهن فالنفقة تقع عليه¹⁸⁵.

ومن هذا المنطلق فإن المدين الراهن يبقى ملزماً بأداء جميع المصروفات التي قام الدائن المرتهن بإنفاقها على الملك في الفترة التي كان فيها بحوزته، كما يبقى ملزماً كذلك بتأدية كل التكاليف والتحملات السنوية التي أنفقها الدائن طبقاً لأحكام المادة 157 من م ح ع، وهذا التزام بديهي فإذا حدث وأن أدى الدائن نفقات معينة بموجب صيانتته وحفظه للعقار المرهون، فإن المدين ملزم بردها، وإلا دخل في حكم المثرى بدون سبب مشروع على حساب الغير .

وقد سار التشريع الجزائري في نفس المنحى من خلال المادة 953 من القانون المدني التي جاء فيها أنه : "... للدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون"، وكذا التشريع المصري من خلال المادة 1101 مدني مصري حيث جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني على أنه : "يلزم الراهن أيضاً بضمان الرهن، فليس له أن يأتي عملاً ينقص من قيمة الشيء المرهون، أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من عقد الرهن، كأن يخرب العين قبل تسليمها، أو يعطي عليها للغير حقاً عينياً يكون نافذاً في حق الدائن المرتهن وللدائن أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون، كما لو كان المرهون مضموناً برهن، فيقيده الدائن المرتهن أو يجدد قيده، ويرجع بالمصاريف على الراهن وهذا يرجع بها على من رهن المرهون له"¹⁸⁶.

وبناء على ما سبق، فإنه يقع على عاتق المدين الراهن الالتزام بضمان الرهن من المصاريف التي أدت للمحافظة على المرهون وكذا مصروفات بيعه بالمزاد العلني في حالة عدم الوفاء عند حلول الأجل، وذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف، يراد به أنه إذا قام الدائن المرتهن بعمل غير ضروري لصيانة العقار المرهون، وجب عليه أن يتحمل نفقته، ولا يحق

¹⁸⁵ - عبد الهادي حمدون ، م س ، ص 97.

¹⁸⁶ - خليل صافية م س ، ص 44.

له أن يرجع على الراهن بشيء من هذه النفقة إلا أن الأمر يختلف إذا أدت هذه الأعمال إلى إدخال تحسينات على العقار المرهون زادت في قيمته، ففي هذه الحالة يلتزم الراهن بالنفقات التي استلزمها هذه الأعمال في حدود ما زاد في قيمة المال المرهون استنادا إلى قاعدة الإثراء بلا سبب، أما النفقات الكمالية فتبقى بكاملها على عاتق الدائن المرتهن ولا يتحمل الراهن شيئا منها.

المطلب الثاني : الضمانات المتصلة بشخص المدين الراهن

من بين مميزات عقد الرهن الحيازي العقاري أنه عقد تبادلي لذلك فإن المدين الراهن له حقوق إزاء المرتهن في مقابل الالتزامات الملقاة على عاتقه، أضف إلى ذلك أن الالتزامات التي يتحملها الدائن المرتهن تشكل ضمانات لفائدة المدين الراهن، لذلك سنعمد من خلال هذا المطلب إلى الحديث عن مختلف الضمانات التي يوفرها عقد الرهن الحيازي العقاري للمدين الراهن، وذلك من خلال دراسة الحقوق المخولة له بموجب عقد الرهن (الفقرة الأولى) على أن نتطرق في (الفقرة الثانية) للالتزامات التي يلقيها عقد الرهن على عاتق الدائن.

الفقرة الأولى : الحقوق المخولة للمدين الراهن بموجب عقد الرهن

بما أن الراهن يبقى مالكا للعقار المرهون الذي قدمه لغرض الانتماء، فإنه من الطبيعي أن تبقى له على هذا العقار الحقوق الناجمة عن حق الملكية، ولكن بالقدر الذي لا يتعارض مع حق الدائن المرتهن في الرهن فهو يمنحه حق التمتع بجميع الحقوق التي يخولها حق الملكية (أولا)، وله أيضا أن يسترد العقار المرهون من حيازة الدائن المراهن عند انقضاء الرهن(ثانيا).

أولا : ملكية الراهن للعقار المرهون

ممالا شك فيه أن رهن العقار رهنا حيازيا لا يفقد الراهن ملكيته له، بل يبقى في ذمة الراهن ويعتبر عنصر من العناصر الإيجابية فيها، وهذا ما يفسر أن المال المرهون يظل داخلا في الضمان العام الذي يتمتع به جميع الدائنين على أموال مدينهم، فأول ضمانته يخولها

عقد الرهن للمدين الراهن هي الاعتراف له بحق ملكيته للعقار المرهون، إلا أن هذا الحق لا يتولد عن حقيقة عقد الرهن وإنما هو سابق في وجوده عن وجود الرهن واستمر معترفاً به بعد نشوء هذا الأخير¹⁸⁷.

وهكذا تبقى للراهن كل عناصر الملكية التي كانت له على الشيء المرهون، بمعنى أن الراهن يبقى متمتعاً بحق الانتفاع بالشيء المرهون واستغلاله والتصرف فيه غير أن هذا الحق يبقى مقيداً بشرطين¹⁸⁸.

الشرط الأول : أن الراهن لا يحق له أن ينتفع أو يستغل العقار المرهون بنفسه، لأن المرتهن هو الذي ينوب عنه في إدارة المال المرهون واستغلاله لحساب الراهن وهذا ما نصت عليه المادة 156 من م ح ع، والتي يستفاد منها أنه للدائن المرتهن أن يقبض كل الثمار والوفاق التي ينتجها الملك المرهون من محاصيل وفواكه وغلل، وكذا التوابع التي تلحق بالمرهون في الفترة التي يكون خلالها في يد الدائن، ولكن على المرتهن أن يتولى جنيهاً وتحصيلها أثناء مدة الرهن ويسلمها للراهن أو يحتفظ بها إلى حلول أجل الدين حينئذ يمكن له خصم ثمنها من رأسمال الدين، ويبقى في ذمة المدين ما تبقى من الدين بدون أداء بعد خصم ثمن الثمار والغلة فيؤدي الراهن كاملاً، لتخلو ذمته من هذا الدين¹⁸⁹.

الشرط الثاني : أن الراهن إذا كان يحق له التصرف في العقار المرهون عن طريق تفويته للغير، فإن هذا التفويت لا يؤثر على حق الدائن المرتهن وإنما ينتقل الشيء المرهون إلى هذا الغير وهو مثقل بحق الرهن مما يعني أنه يبقى للمرتهن الحق في استيفاء دينه من ثمن ذلك العقار المرهون بالرغم من انتقاله لملكية الغير ، ذلك أن ملكية الشيء المرهون لا تستقر للمالك الجديد إلا إذا وقع الوفاء بكل الدين للدائن المرتهن وكيفما كانت طريقة الوفاء سواء وقع من الراهن نفسه أو من المدين الأصلي أو حصل الوفاء من المالك الجديد الذي انتقل إليه العقار المرهون، ثم إذا أقر الدائن المرتهن هذا التفويت الذي أجراه الدائن¹⁹⁰، وهذا ما أكدته الفصل 1177 من ق ل ع الذي جاء فيه "مايلي: من رهن شيئاً لا يفقد الحق في تفويته، إلا

¹⁸⁷ - عمر النافعي ، م س ، ص 40.

¹⁸⁸ - عبد الرحيم عاقل ، م س ، ص 72-73.

¹⁸⁹ - عبد الكريم شهيون ، م س ، ص 315.

¹⁹⁰ - حياة كمر ، م س ، ص 50.

أن كل تفويت يجريه المدين أو الغير مالك الشيء المرهون يتوقف نفاذه على شرط وفاء الدين المضمون من أصل وتوابع، مالم يرتض الدائن اقرار التفويت".

ومنه فالراهن لا يفقد حق التصرف منفردا بالعقار المرهون ، ولكن تصرفه يقع معلقا على شرط وفاء تمام الدين المضمون ما لم يقر المرتهن هذا التصرف .

أما بالنسبة للتشريع السوري فقد نص في المادة 1068 من القانون المدني على أنه : " ليس للمدين ولا للدائن أن يتصرفا بالعقار المرهون دون رضائهما المتبادل، وكل عقد يجري خلافا لهذه القواعد باطل حكما"¹⁹¹.

وعلى ذلك فالحكم الذي اعتمده المشرع المغربي لا يختلف عمليا عن الحكم الذي أخذ به التشريع السوري إذ منع على الراهن التصرف بالمرهون بصورة منفردة وعلق صحة مثل هذا التصرف على رضا الراهن والمرتته المتبادل، ذلك أن المشرع المغربي صحح تصرف الراهن بالمرهون إذا ما أقره المرتته واقترن إذن التصرف برضاء الطرفين، وذلك تقاديا لتحكم المرتته في التصرف بالمرهون وتعطيل إنجازها عن طريق رفضه إياه.

هذا فيما يخص التصرفات القانونية، أما بالنسبة للتصرفات المادية فيمتنع على الراهن القيام بها إذا كانت تؤدي إلى المساس بسلامة الشيء المرهون، فإذا لم يكن من شأنها المساس به فللراهن أن يقوم بها وإذا اعترض عليها الدائن المرتته فيكون للقضاء سلطة الفصل فيما إذا كان من شأن ما يرغب الراهن في القيام به المساس بسلامة الرهن أم لا¹⁹².

لكن التساؤل المطروح هنا هو هل يمكن للدائن المرتته أن يكتسب العقار المرهون بالحيازة ؟

لا يفقد الراهن ملكية العقار المرهون، وذلك مهما طاللت حيازته من قبل الدائن المرتته إذا كان العقار محفظا وهذا ما أكدته المادة 261¹⁹³ من مدونة الحقوق العينية التي استتنت

¹⁹¹ - مأمون الكزبري ، م س ، ص 318.

¹⁹² - حياة كمر ، م س ، ص 50.

¹⁹³ - تنص المادة 261 من م ج ع على ما يلي : " لا تكتسب بالحيازة :

- أملاك الدولة العامة والخاصة
- الأملاك الحيسية

العقارات المحفوظة من خضوعها للحيازة الإستحقاقية، وكذا الفصل 63 من القانون 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري الذي ينص على ما يلي : " إن التقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفوظ، في مواجهة المالك المقيد، ولا يسقط أي حق من الحقوق العينية المقيدة بالرسم العقاري".

أما إذا كان العقار المرهون غير محفوظ فإنه لا يمكن اكتساب ملكيته بالحيازة أيضا، لأن حيازة الدائن المرتهن ليست استحقاقية، وإنما حيازة عرضية لا يتوفر فيها العنصر المعنوي أو نية التملك للحائز المتصرف أو العرضي لوجود مانع له من ذلك، وهو ثبوت ملكية الرقبة لغيره بصفة قطعية¹⁹⁴.

وفي هذا الصدد جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى¹⁹⁵ - محكمة النقض حاليا - مايلي: "وحيث أن المدعى عليه نسب تصرفه المدعى فيه لنفسه وأثبتته برسم تصرف وتعزز بإقرار الفريق المدعي القائل بقول موروثه الذي يقر في رسم تصرف وتعزز بإقرار الفريق المدعي القائل بقول موروثه الذي يقر في رسم الرهن بحيازة المدعى عليه للمدعى فيه لأكثر من 15 سنة وبذلك تكون دعوى الفريق المدعي وغيره مرتكزة على حجة قانونية تفرض على المدعى عليه الجواب عنها بأكثر من حوزة وتصرفه ما دام الفريق المدعي أقر له بالتصرف والحيازة لمدة تفوق مدة الحيازة القاطعة، وهذا التعليل الذي اعتمده القرار خاطئ وغير مرتكز على أساس من الفقه والقانون، ذلك أن ادعاء الحيازة الذي تمسك به المطلوب في النقض واعتمده القرار المطعون فيه لا يكسبه الملكية ما دام أن وجه مدخله معروف وهو الرهن وفي هذه الحالة لا تنفعه الحيازة ولو طالت وبخلاف ما ذهب إليه القرار فإنه لم تكن لفائدة المطلوب في النقض أية حيازة قاطعة وقد تكلم في هذا الموضوع غير واحد من الفقهاء كالشيخ التسولي لدى قول المتحف والأجنبي إن يحز أصلا بحق وقوله غلا إذا أثبت حوزا بالكراء أو ما يضاهيه فلن يعتبر ولدى قول الشيخ خليل وإن حاز أجنبي غير شريك إلى قوله إلا بإمكانه تقديم بينته وهو أن الحيازة إنما تنفع فيما جهل أصله".

أحكام الجماعات السلالية

- أحكام الجماعات المحلية

العقارات المحفوظة...".

¹⁹⁴ - نوال أحلو، م س ، ص 33.

¹⁹⁵ - قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 500 بتاريخ 1997/07/22 غير منشور.

ومهما كان الأمر فإن المدين الراهن لن يفقد حق ملكيته بسبب رهنه لعقاره بل يبقى عنصرا من العناصر الإيجابية لدمته المالية، وينتج عن هذا كله اعتبار الراهن حائزا قانونيا لحق ملكية المرهون¹⁹⁶.

وبذلك فإن حيازة حق الملكية تظل للراهن، وينوب عنه الدائن المرتهن في هذه الحيازة، إذ أن الدائن المرتهن يكون حائزا قانونيا فيما يتعلق بحق الرهن وحائزا عرضيا فيما يتعلق بحق الملكية.

ومن ثم فالراهن بعد نشوء الرهن يبقى مالكا للشيء المرهون وحائزا قانونيا له في آن واحد، أما المرتهن فهو ليس سوى حائزا عرضيا بالنسبة للشيء المرهون، إذ هو لا يحوزه بنية تملكه وإنما يحوزه نيابة عن الراهن الذي تستمر حيازته القانونية للشيء المرهون¹⁹⁷.

وبناء على هذا، يحتفظ الراهن بالحيازة القانونية للعقار المرهون دون الحيازة المادية، وتبقى الحيازة المادية للدائن المرتهن للعقار وهي من قبيل النيابة عن المالك لهذا العقار، لذلك فهذا الدائن يحوز العقار حيازة عرضية فقط لا تنتقل بها الملكية مهما طال زمن هذه الحيازة.

ويترتب عن كون أن الدائن حائز عرضي بالنسبة إلى حق الملكية، وحائز قانوني بالنسبة لحق الرهن، ظهور حق آخر يتمثل في طلب استرداد هذا العقار المرهون مع توابعه بعد انتهاء عقد الرهن.

ثانيا : حق الراهن في استرداد العقار المرهون

بما أن الراهن هو المالك الحقيقي للعقار المرهون فإنه له الحق في استرداده من المرتهن الذي لا يحبس المرهون إلا مؤقتا وعلى سبيل الاحتياط والتوثيق، ليستوفي من ثمنه حقه الشخصي في حالة عدم وفاء الراهن بالدين الذي في ذمته¹⁹⁸.

مما يعني أن الراهن إذا أوفى للدائن حقه كان له استرداد المرهون، كما له حق رفع دعويين ضد المرتهن في حالة امتناع هذا الأخير عن إرجاع الشيء المرهون، دعوى شخصية

¹⁹⁶ - حياة كمره ، م س ، ص 50.

¹⁹⁷ - عبد السلام أحمد فيغوا ، م س ، ص 479.

¹⁹⁸ - عبد الرحيم عاقل ، م س ، ص 75.

ناشئة عن عقد الرهن، ودعوى عينية تسند إلى ملكية المرهون وهي دعوى الاستحقاق، وهي غير قابلة للتقادم بخلاف الأولى التي تتقادم بمضي خمسة عشر سنة من تاريخ انتهاء الرهن¹⁹⁹، ويسترد الراهن العقار المرهون لا عند وفائه بالدين فقط بل بانقضاء الدين بأي سبب من أسباب الانقضاء الأخرى المنصوص عليها في المادة 319 من ق ل ع²⁰⁰.

وكذلك يحق للراهن استرداد العقار المرهون ولو قبل انقضاء الالتزام المضمون ودون أن يتنازل المرتهن عن الرهن وهذا ما يكون في حالة تعرض المرهون للهلاك أو التلف²⁰¹، حيث للراهن أن يسترجعه مقابل دفع ضمان آخر، وإذا لم يستجب الراهن لطلب المرتهن خاصة في حالة الإستعجال أمكن لهذا الأخير بيعه شريطة إعلام السلطات المختصة، مع حفظ حق الراهن في أخذ ثمن البيع مقابل تقديم ضمان آخر أو أداء الدين، كما هو الشأن في حالة إساءة استعمال أو حفظ المرهون من طرف المرتهن فإن المشرع خول للراهن استرداد المرهون إذا وفى الدين على الفور، وهنا يمكنه إجبار المرتهن على إعادة المرهون إلى الحالة التي كان عليها عند إنشاء الرهن إذا كان ممكناً أو يبقى له أن يطلب وضعه بين يدي أمين يتولى حراسته، مع حفظ حقه في طلب التعويض إذا كان له محل طبقاً للقواعد العامة²⁰².

لكن التساؤل يثار في حالة امتناع الدائن المرتهن عن رد العقار المرهون للمدين الراهن ومنحه توصيل إبراء عند أداء الدين قبل حلول أجل استحقاقه ؟

إذا كان الأصل أن المدين ملزم بالوفاء داخل الأجل، فإنه قد يرفع عسر المدين ويف بالدين الذي في ذمته قبل وصول تاريخ الأداء، ففي هذه الحالة يبقى من حق المدين استرجاع عقاره، ويبقى الدائن كذلك ملزم برد العقار تحت طائلة المسائلة، وهذا ما أكدته المادة 164 من م ح ع التي تنص على مايلي: "يؤدي الدين المضمون وتوابعه قبل حلول أجل استحقاقه .

¹⁹⁹ - وهذا ما أكدته الفصل 387 من ق ل ع الذي جاء فيه مايلي: "كل الدعاوى الناشئة عم الالتزام تتقادم بخمس عشرة سنة ، فيما عدا الاستثناءات الواردة فيما بعد، والاستثناءات التي يقضي بها القانون في حالات خاصة " .

²⁰⁰ - ينص الفصل 319 من ق ل ع على أنه : " تنقضي الالتزامات بما يلي : - الوفاء، استحالة التنفيذ، الإبراء الاختياري، التجديد، المقاصة، اتحاد الذمة، التقادم، الإقالة الاختيارية " .

²⁰¹ - ينص الفصل 1206 من ق ل ع على أنه : " إذا كان الشيء المرهون أو ثماره تنذر بالتعيب أو الهلاك ، وجب على الدائن أن يخطر المدين ذلك فوراً وللمدين هنا أن يسترد المرهون وأن يستبدل به شيئاً آخر يساويه في القيمة ... " .

²⁰² - نوال أحلو، م س ، ص 35-36.

فإذا لم يقبل الدائن هذا الوفاء، فإن للراهن أن يقوم بعرض الدين عرضاً عينياً حقيقياً ثم إيداعه بصندوق المحكمة، وتحكم المحكمة برد الملك لمالكه وانقضاء الرهن بعد التحقق من أداء الدين بكامله".

يلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع عمل على تفادي منزلقات ومعوقات رفض الدائن إعطاء إبراء عند أداء الدين، فتم تخويل المحكمة حق الحكم برد الملك بعد التحقق من واقعة عدم الأداء للمدين، ولذلك قرر المشرع أنه يجوز للمدين الراهن، أن يتخلص من الدين المضمون وتوابعه الذي في ذمته من الدائن، قبل حلول أجل استيفائه، وذلك فيما إذا قبل الدائن هذا الوفاء قبل حلول أجل الدين وأما إذا لم يقبل المرتهن هذا الوفاء من الدين وتوابعه، فإن للراهن المدين أن يقوم بإيداع ما عليه في صندوق المحكمة، بعد أن امتنع المرتهن من قبضه بعد عرضه عليه.

ويترتب على براءة ذمة الراهن من الدين وتوابعه، أن تحكم المحكمة على المرتهن بأن يرد الملك المرهون إلى صاحبه الراهن، كما تقضي المحكمة بانقضاء الرهن، بعد التحقق والتأكد من أداء الراهن للدين وتوابعه بكامله، ويفقد الرهن حينئذ كل آثاره، ويرد الملك المرهون إلى صاحبه الراهن²⁰³.

الفقرة الثانية : الضمانات المقررة لفائدة المدين الراهن من خلال

التزامات الدائن المرتهن

في مقابل الحقوق التي يخولها عقد الرهن الحيازي العقاري للدائن المرتهن، نجده يلقي على عاتقه مجموعة من الالتزامات والتي تشكل إذا ما نظرنا إليها من جانب المدين الراهن ترسانة من الضمانات المقررة لفائدته، والمتمثلة أساساً في حفظ العقار المرهون وصيانته وحراسته (أولاً) وكذا في استغلال العقار المرهون ورده للمدين الراهن عند أداء الدين (ثانياً).

²⁰³ - عبد الكريم شهبون ، م س ، ص 325.

أولاً: التزام الدائن المرتهن بالحفاظ على العقار المرهون وصيانتة

وحراسته

بما أن العقار المرهون في حوزة الدائن المرتهن، فإن هذا الأخير مجبر بالحفاظ عليه وصيانتة، محافظة وصيانة المالك لملكه، وبذلك فهو يقوم بكل ما تتطلبه هذه المحافظة إصلاحات مفيدة وضرورية، وله أن يسترد ما أنفق في سبيل ذلك، إما من ثمار العقار المرهون أو أن يرجع على المدين الراهن بهذه المصاريف²⁰⁴.

ويدخل في حكم الحفظ والصيانة أداء جميع التكاليف والتحملات السنوية المتعلقة بالعقار موضوع الرهن سوء كان مبني أو غير مبني، ويجد هذا الالتزام سنده القانوني في المادة 157 من م ح ع التي جاء فيها مايلي: "إن الدائن ملزم بأداء التكاليف والتحملات السنوية الخاصة بالعقار الذي بيده على وجه الرهن الحيازي ما لم يقع الاتفاق على خلاف ذلك .

ويجب عليه أن يقوم بالترميمات والإصلاحات النافعة والضرورية للعقار مع بقاء الحق له في أن يقتطع من الثمار جميع المصروفات المتعلقة بما ذكر وإلا كان مسؤولاً عن تعويض الضرر".

ويستفاد من خلال هذه المادة أن الدائن المرتهن ملزم بأن يسهر على حراسة العقار المرهون لديه، وعلى المحافظة عليه بنفس العناية التي يحافظ على الأشياء التي يملكها، كما في هذا الالتزام عدم تصرف الدائن المرتهن في محل الرهن ببيع أو هبة أو رهن أو أي عمل آخر من أعمال التصرف²⁰⁵.

كما أنه ملزم بأداء التكاليف والتحملات السنوية من ضرائب وغيرها المفروضة على العقار المرهون رهنا حيازياً، والموجودة بيد الدائن المرتهن، وتحت حراسته من طرفه، وذلك من خلال الفترة التي يكون فيها المرتهن ملزماً بالمحافظة على هذا الحق المرهون .

²⁰⁴ - محمد المعكشاي " المختصر في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة على ضوء التشريع والفقه والقضاء "، مطبعة النجاح الجديدة ، الطبعة الأولى، الدار البيضاء ص287.

²⁰⁵ - عبد الرحيم عاقل ، م س، ص61.

لكن المشرع قيد التزام الدائن بأداء تلك التكاليف والتحملات السنوية والتي يتحملها الدائن المرتهن فيما إذا لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، وأما إذا اتفق الطرفان على ما يخالف ذلك، فالحكم لا يطبق في الحالة التي يكون الدائن ملزماً بأداء التكاليف والتحملات السنوية الخاصة بالعقار المرهون لديه رهناً حيازياً، وذلك كأن يتفق الطرفان على أن التكاليف والتحملات السنوية من ضرائب وغيرها تقع على عاتق المدين الراهن، وهو الذي يتحملها، ويلتزم بها فحينئذ يكون الدائن المرتهن غير ملزم بذلك، وإنما المدين الراهن هو الذي يتحملها على حسابه²⁰⁶.

بالإضافة إلى ذلك، يقع على الدائن المرتهن الالتزام بحراسة العقار المرهون، بأن يعتني به عناية خاصة، ويقوم بجميع الإصلاحات والترميمات النافعة الضرورية التي يتطلبها العقار المرهون رهناً حيازياً مع منحه وإعطائه الحق في اقتطاع جميع المصروفات والنفقات التي تكبدها في سبيل العقار المرهون وصيانته، وذلك عندما يحوز الثمار والغلة ويحتفظ بها فيخصم تلك المصروفات والنفقات التي تكبدها من ثمنها وقيمتها من الدين المضمون .

كما يحق للدائن المرتهن أيضاً في إطار حراسته للعقار المرهون، رفع دعوى الحيازة إذا وضع الغير يده على العقار، إذ يلتزم بأن يبذل في المحافظة على العقار المرهون عناية الرجل المعتاد ويخضع لتقدير قاضي الموضوع، وهذه المسؤولية تعاقدية، فهو مسؤول عن هلاك الشيء، إلا إذا ثبت أن الهلاك يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، وأنه بذل عناية الشخص المعتاد في المحافظة عليه.

وهذا ما سار عليه التشريع الجزائري إذ نص في المادة 955 من القانون المدني على أنه: "إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد..."²⁰⁷.

والجدير بالذكر أنه يدخل في العناية المطلوبة من المرتهن إخطار الراهن بما عسى أن يهدد العقار المرهون من هلاك أو تلف أو نقص في القيمة وإلا كان مسؤولاً عما يصيبه من

²⁰⁶ - عبد الكريم شهبون ، م س ، ص 316.

²⁰⁷ - كليل صفية ، م س ، ص 49.

هلاك أو تعيب بسبب إهماله أو بفعل خطأ الأشخاص الذي يسأل عنهم وهذا ما أكدته المادة 1211 من ق ل ع .

وإذا ما احتاج العقار المرهون بعض النفقات فيلتزم المرتهن بالإنفاق من ماله على أن يعود على الراهن بما أنفق فيرجع بجميع المصروفات التي أنفقها على من استفاد منها راهاً كان أو مدينا كمصروفات الترميم وغيرها²⁰⁸.

غير أن الدائن المرتهن إذا أخل بما أنيط به وجوبا من الإصلاحات والترميمات الضرورية والنافعة للعقار المرهون والملزم بالقيام بها المطلوبة من التزامه، فإنه يكون مسؤولاً عما يصيبه من هلاك أو تعيب بسبب إهماله أو بفعل أو خطأ الأشخاص الذين يسأل عنهم، وعند ثبوت هذا الإهمال من طرف الدائن المرتهن يمكن أن يؤدي بسببه تعويضاً يساوي الضرر اللاحق بالعقار المرهون والثمار والغلة الناتجة عنه لفائدة المدين الراهن، إذا طلب هذا الأخير ذلك التعويض عن الضرر الحاصل²⁰⁹.

ثانياً : التزام الدائن المرتهن باستغلال العقار المرهون ورده عند أداء

الدين

بمجرد حيازة الدائن المرتهن للعقار المرهون يجب عليه استغلاله واستثماره فيما أعده، لكي لا يضار المدين الراهن بحرمانه من الفوائد التي يجنيها المرهون لو بقي في يده.

فإذا كان يمنع الدائن المرتهن من اشتراط الفائدة فإنه يسمح له بالإستنثار الكلي أو الجزئي بثمار العقار ويلزمه في نفس الوقت بخضم الثمار من الدين سنوياً²¹⁰، وهذا ما أكدته الفصل 156 من م ح ع الذي ينص على ما يلي : " تكون ثمار الملك المرهون لمالكه وعلى الدائن أن يتولى جنيها وأن يسلمها إلى الراهن أو يحتفظ بها على أن يخضم ثمنها من رأس المال الدين".

²⁰⁸ - عبد الرحيم عاقل ، م س ، ص 62.

²⁰⁹ - عبد الكريم شهبون ، م س ، ص 317.

²¹⁰ - حياة كمرة ، م س ، ص 17.

يستفاد من خلال هذه المادة أنه يحق للمرتهن أن يقبض ثمار الملك المرهون بحيث إذا كان العقار المرهون يغل ثمارا وكان تحت حيازة المرتهن فمن حقه أن يقبض كل الثمار واللواحق التي ينتجها هذا الملك من محاصيل وفواكه وغلل، وهكذا التوابع التي تلحق بالمرهون في الفترة التي يكون خلالها في يد الدائن، وعلى المرتهن أن يتولى جنيها وتحصيلها أثناء مدة الرهن.

وإذا كانت القاعدة العامة أن هذه الثمار والغلات والتوابع التي يقبضها ويتولى جنيها المرتهن لا تصبح مملوكة له، وإنما تعتبر جزءا من الرهن، لتكون بدورها ضامنة للدين، فإنه لا يمكنه أن يتصرف فيها أو أن يخصصها من دينه إذا كان أجله لم يحل بعد، كما لا يجوز له أن ينتفع بالعقار المرهون، ولا أن يحتفظ بثماره وغلته والتوابع التي تلحق به في الفترة التي يكون خلالها في يد الدائن لنفسه، فإنه يحق له إما أن يحتفظ بها إلى حلول أجل الدين حينئذ يمكن له خصم ثمنها من رأسمال الدين، ويبقى في ذمة المدين ما تبقى من الدين بدون أداء بعد خصم عن الثمار والغلة فيؤديه الراهن كاملا لتخلو ذمته من هذا الدين، وإما أن يسلمها إلى الراهن بعد إجراء عملية جني هذه الثمار والغلة التي يحصل عليها المرتهن، ويبقى المرهون حقا بكامله ضامنا لدينه²¹¹.

وبخصوص التشريع المقارن نجد القانون المدني الجزائري ينص في مادته 956 على أنه : " ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل، وعليه أن يستثمره استثمارا كاملا مالم يتفق على غير ذلك، وما يحصل عليه الدائن من صافي الربح وما استفاده من استعمال الشيء يخصص من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله، على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه في المحافظة والإصلاحات على الشيء ثم من المصاريف ثم من أجل الدين"²¹².

والجدير بالذكر أن التعبير السائد في الفقه الإسلامي والذي تبنته مدونة الحقوق العينية هو انتفاع الدائن المرتهن بمحل الرهن، وليس استثمار محل الرهن، وذلك لأن الفقه الإسلامي يقصد من هذا الإنتفاع حصول الدائن المرتهن على منافع الرهن نتيجة الاستعمال والاستغلال.

²¹¹ - عبد الكريم شهبون ، م س ، ص 315.

²¹² - كليل صافية ، م س ، ص 50.

لكن السؤال المطروح هنا هو كيفية استغلال الدائن المرتهن للعقار المرهون رهنا حيازيا ؟

يجب أن يكون استغلال الدائن المرتهن للعقار المرهون وفق الغرض المعد له، وبالشكل الذي يصلح لذلك، فاستغلال الأراضي الزراعية يكون بزرعها بالمحصولات العادية كالقمح والقطن وما إلى ذلك أو بتأجيرها إلى من يقوم بزراعتها، واستغلال حدائق الفاكهة أو الورد يكون بزراعتها فاكهة أو وردا أو بتأجيرها لهذا الغرض، واستغلال المنازل والبيوت يكون بسكنها أو بتأجيرها للسكن، ولا يجوز تحويلها إلى فندق أو مصنع إلا برضى الراهن²¹³.

وعلى الدائن المرتهن أن يبادر إلى إخطار الراهن بكل ما يقتضيه تدخله لإصلاح العقار وترميمه، كعدم صلاحية العقار للاستثمار وهلاكه أو تلفه أو نقص في قيمته وغير ذلك مما يحدث للعقار، أو أن يقوم هو بنفسه بهذه الإصلاحات إذا كانت بسيطة ولا تستدعي إخطار الراهن مقابل اقتطاع نفقات الإصلاح من ثمن الثمار.

هذا وبمجرد انقضاء عقد الرهن إما بالوفاء بالدين أو بغير ذلك من طرق انقضاء الرهن، يتعين على المرتهن رد العقار المرهون إلى مالكة، وهذا الالتزام الملقي على عاتق الدائن المرتهن يشكل ضمانا أساسية للمدين الراهن باعتباره المالك الأصلي للعقار المرهون رهنا حيازيا، وفي هذا الصدد جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالجديدة²¹⁴ مايلي :

"وحيث ثبت من عقد رهن حيازي في واجبات شائعة في عقار بتاريخ 1996/12/4 أن السيدة مباركة الكدراي رهنّت للشقيقين عبد الرحيم وبوشعيب بوجبير رهنا عقاريا حيازيا ممنوعا من الفوت وأسبابه في جميع واجبها على الشيع الذي تملكه بالبقعة الأرضية الفلاحية البورية الكائنة بمزارع دوار العمير بني يخلف الغنادرة الواجب محل الرهن خدام واحد وربع تقريبا رهنا تاما صحيحا في جميع الواجب الشائع وما اشتمل عليه من مرافق ومنافع وكافة الحقوق في الارض العارية والسكنى رهنا تاما في جميع الواجب الذي تملكه الراهنة عن طريق الارث من والديها وشقيقها مقابل مبلغ اجمالي خصص في الرهن قدره ونهائيته خمسة واربعون الف درهم 45000 درهم تؤدي على وجه التسبيق عند الامضاء على العقد وبه

²¹³ - حياة كمر ، م س ، ص 21.

²¹⁴ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالجديدة عدد 284 الصادر بتاريخ 2008/9/15، غير منشور .

الوصل ويبقى الدين بذمتها ودين عليها على وجه الرهن المذكور وبسطة لهما اليد على الحوز ووسوغت لهما الانتفاع فيه وإجراء الحيل مع الورثة وإجراء جميع أنواع القسمة وفرز الواجب واستغلاله مادام الرهن قائماً وذلك لأجل عشر سنوات من تاريخه اذا وافتهما بدينهما كاملاً فك الرهن وعاد المرهون الى صاحبه .

وحيث أن العقد أعلاه حددت مدته في 10 سنوات ابتداء من 1996/12/4 وانقضاء مدة الرهن موجب لفسخ العقد وارجاع مبلغ الدين .

وحيث وبانقضاء الرهن يلتزم الدائن برد المرهون ويلتزم المدين بارجاع ثمن الدين الفصلان 1209 و 1216 من ق ل ع ويبقى ما أثير لا سند له وما تنعاه المستأنفة على الحكم غير جدير بالاعتبار ويتعين رده".

هذا وإن وضع العقار المرهون رهن إشارة الراهن قد لا يكفي وحده في عملية رد المرهون بل يتطلب أعمال أخرى إضافية تختلف باختلاف طبيعة المرهون والمتمثلة فيما يلي:

- 1- إذا كان العقار المرهون غير محفظ، فإن رده يتم بمجرد التخلية بينه وبين راهنه.
- 2- أما إذا كان العقار محفظاً، فإن رده يتطلب زيادة على وضعه رهن إشارة الراهن إجراء عملية شطب في السجل العقاري، وإلا يبقى قائماً من الناحية القانونية ما دام قيده موجوداً في السجل العقاري، ولا يزول بأي سبب ولا بتقادم مع مرور الزمن، وإذا امتنع المرتهن عن إجراء هذه العملية أمكن للراهن اللجوء إلى القضاء لاستصدار أمر به، وحينئذ يشطب المحافظ العقاري على الرهن بناء على هذا الأمر، ورد المرهون يكون لمالكه الراهن، سواء كان هو الراهن أو كان كفيلاً عينياً²¹⁵.

وعلى ذلك فرد العقار المرهون وملحقاته يكون بالحالة التي كان عليها وقت التسليم، فإذا هلك أو تلف كان مسؤولاً عن قيمته إذا كان من القيميات أو رد مثله إذا كان من المثليات مالم

²¹⁵ - عمر النافعي ، م س ، ص 172.

يثبت أن الهلاك أو التلف يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه²¹⁶، وهذا ما أكدته المادتين 1182 و1183 من ق ل ع .

والالتزام برد العقار المرهون التزام بتحقيق غاية لذلك لا يكفي لكي تبرأ ذمة الدائن المرتهن أن يثبت أنه بذل عناية كبيرة للرد، ومع ذلك لم يستطع أن يحققه، بل أنه تبرأ ذمته من هذا الالتزام إلا بأن يتم الرد فعلاً، أو أن يثبت وجود سبب أجنبي حال بينه وبين رد الشيء إذا أوفى المدين الدين ووضع الدائن الشيء المرهون تحت تصرف الراهن، فلم يتسلمه وصار في حالة مطل في تسليمه، فلا يكون مسؤولاً عن الشيء إلا باعتباره مجرد أمين، أي يسأل طبقاً لأحكام الوديعة²¹⁷، وهذا ما أكدته الفصل 1213 و 1214 من ق ل ع.

ويحصل الرد بالطريقة التي تم بها التسليم فإذا كان التسليم قد تم بإعطاء الدائن سندات العقارات المرهونة يتم الرد بإعادة تلك السندات، وإذا امتنع المرتهن عن الرد رضاء، اعتبر محتلاً لعقار الراهن بدون سند لكون أن عقد الرهن قد انقضى، وأمكن إرغامه على رده عن طريق اللجوء إلى القضاء في إطار دعوى طرد محتل عقار بدون سند، وفي هذا الصدد جاء في أمر استعجالي صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس ما يلي: "حيث يهدف الطلب إلى الأمر بطرد المدعى عليه من السكنى الكائنة بعنوانها أعلاه بدعوى احتلاله لها بدون حق ولا سند .

وحيث تخلف نائب المدعى عليه عن الجواب رغم إمهاله لذلك .

وحيث من جهة أخرى فإن البث في الطلب يقتضي البحث والتحقيق في موضوع الدعوى وذلك عن طريق التأكد مما إذا كان عقد الرهن قد انتهى فعلاً وتحققت الشروط التي يتعين إنهاؤه معها كرد مقابل الرهن أم لا الشيء الذي سيفضي إلى المساس بجوهر النزاع وأصل الحق"²¹⁸ .

ويتضح من خلال هذا القرار أن الدائن المرتهن امتنع عن إفراغ العقار المرهون ورده إلى المدين الراهن رغم أن هذا الأخير قام بعرض مبلغ الدين عليه، الأمر الذي يستوجب البث

²¹⁶ - عبد الرحيم عاقل، م س، ص 69.

²¹⁷ - عبد السلام احمد فيغوا، م س، ص 470.

²¹⁸ - أمر استعجالي صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس رقم 534 الصادر بتاريخ 2007/11/7، غير منشور.

في موضوع الدعوى عن طريق التأكد من مدى انقضاء عقد الرهن من عدمه، وهذا يؤدي إلى المساس بجوهر الحق وبذلك فالإختصاص يعود لقاضي الموضوع .

والجدير بالذكر أنه يمكن للدائن أن يتمتع عن رد العقار المرهون للمدين الراهن إذا لم يؤدي هذا الأخير المصروفات الضرورية التي أنفقت للمحافظة عليه وتكاليف صيانته، وكذا الضرائب والتكاليف العامة التي قد يكون دفعها، وقيمة الخسائر الحاصلة للدائن بسبب الشيء المرهون، ما لم تكن راجعة إلى خطأ يعزى إليه .

وعليه فإن كان المشرع المغربي قد نظم مؤسسة الرهن الحيازي العقاري بمقتضى مدونة الحقوق العينية وجمع شتات النصوص القانونية التي كان يخضع لها والتي كانت تعرف نوع من التشتت، و أعطى لكلا الطرفين ضمانات مهمة تساهم في استقرار المعاملات العقارية، والتي لا تخرج في عموميتها عن حقوق كل من الدائن المرتهن والمدين الراهن، وكذا الالتزامات الواقعة على عاتق كليهما، فإن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد للقول بوجود تنظيم سليم يضمن فعالية هذه المؤسسة و يحقق حماية للطرفين معا، وإنما يمتد إلى فعالية هذه الضمانة والتي تتجلى بالأساس في الإمكانات المسطرية التي تمكن الدائن من استخلاص دينه في أقرب الآجال.

أضف إلى ذلك أن هذه المؤسسة وإن كانت توفر ضمانات مهمة لأطراف عقد الرهن، فإن الآليات الخاصة بها أصبحت في الوقت الحاضر لا تخدم مصالح أطرافها، ومن بين هاته الآليات خروج الحيازة المادية للعقار المرهون من يد المدين الراهن وانتقالها إلى الدائن المرتهن من جهة، بحيث كان من الأفضل الإكتفاء بالحيازة القانونية فقط، ومن جهة أخرى فانتقال حيازة العقار المرهون للدائن المرتهن يثقله بعدة التزامات إذ يصبح مسؤول عن حفظه وصيانته حفظ الرجل الحريص المتبصر كما أنه ملزم بأداء كل النفقات والأعباء السنوية المترتبة على هذا العقار حتى لو كان هذا الأخير مجرد وسيلة للضمان فقط.

المبحث الثاني: القيمة الائتمانية لمؤسسة الرهن الحيازي

العقاري

لا أحد يجادل في كون أن مؤسسة الرهن الحيازي العقاري عرفت تراجعاً في فعاليتها الائتمانية في الفترة الأخيرة نظراً لكون أن الآليات الخاصة بها أصبحت لا تخدم مصالح أطرافها، وذلك راجع إلى ظهور مؤسسات وضمائن أخرى، خاصة منها الرهن الرسمي الذي عرف انتشاراً واسعاً وكثر التعامل به من طرف المؤسسات البنكية (المطلب الأول)، لكن هذا التراجع في القيمة الائتمانية لمؤسسة الرهن الحيازي العقاري لم يصل إلى درجة تدعو إلى القول بالاستغناء عنها لكون أن الاحتفاظ بها له ما يبرره وهذا ما سوف نتطرق له في (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الآليات الخاصة بالرهن الحيازي العقاري لا تخدم مصالح أطرافه

تتجلى أهم الآليات التي يقوم عليها الرهن الحيازي الوارد على العقار في خروج الحيازة المادية للعقار المرهون من يد المدين الراهن وانتقالها إلى يد الدائن المرتهن، فخرج هذه الحيازة من يد الراهن فيه إضراراً بمصالحه (الفقرة الأولى)، وبالمقابل فإن انتقالها إلى الدائن المرتهن تنقله بعدة التزامات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : خروج الحيازة المادية من يد الراهن فيه إضرار بمصالحه

يقوم الرهن الحيازي العقاري على ميزة أساسية وهي تلك المتعلقة بتسليم العقار المرهون إلى الدائن المرتهن، وعليه فإنه يؤدي إلى خروج الحيازة المادية للعقار المرهون من يد المدين الراهن (الحائز القانوني)، وانتقالها إلى يد الدائن المرتهن (الحائز المادي)، وهذا الانتقال للحيازة من الراهن إلى المرتهن يشكل إضراراً كبيراً بمصالحه.

ذلك أن هذا الخروج فيه تقييد كبير للسلطات التي يمنحها حق ملكية العقار، وهكذا فانتقال الحيازة المادية للعقار المرهون إلى الدائن المرتهن يؤدي إلى حرمان الراهن من استعمال واستغلال العقار المرهون بنفسه²¹⁹، وإن كان حق ملكية العقار المرهون يظل معترفاً به للمدين

²¹⁹ - نوال أخلو ، م س ، ص 63-64.

الراهن إذ يمكنه التصرف فيه، فإن هذا الحق مقيد بقيدتين أساسيتين والمتمثلتين في كون أن الراهن لا يستطيع أن ينتفع أو يستغل العقار المرهون بنفسه، لأن المرتهن هو الذي ينوب عنه في إدارة العقار المرهون واستغلاله لحساب هذا الأخير، أما فيما يخص القيد الثاني فيكمن في أن سلطة الراهن في التصرف في العقار المرهون مقيدة بالحصول على إذن الدائن المرتهن أو أداء الدين المترتب في ذمته وهذا ما أكدته المادة 1177 من ق ل ع²²⁰.

وعلى ذلك فإنه لا يحق للمدين الراهن التصرف في العقار المرهون بمختلف أنواع التصرفات سواء كانت ناقلة للملكية كالبيع أو غير ناقلة للملكية كالإكراه، باعتبار أن منع المدين الراهن من التصرف في العقار المرهون لا يقتصر فقط على التصرفات الناقلة للملكية وإنما يمتد ليشمل كذلك كافة التصرفات التي من شأنها النقص من قيمة العقار المرهون ومن ضمنها إكراهه للغير ما دام أن قيمته قد تتأثر سلباً عند عرضه للبيع في إطار مسطرة تحقيق الرهن المخول للدائن المرتهن قانوناً مباشراً وذلك بفعل شغله من طرف مكتريه وهذا يكرس تقييد حق المدين الراهن من جهة ويعزز حماية مصالح الدائن المرتهن من جهة أخرى.

فضلاً عن ذلك فإنه يحق للدائن المرتهن ممارسة حقه في المطالبة بإبطال التصرفات التي أجراها المدين الراهن بدون إذنه والتي شكلت مساساً بالعقار المرهون، وفي هذا السياق جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة²²¹ مايلي: "منع المدين الراهن بمقتضى عقد الرهن من التصرف في العقار المرهون لا يقتصر فقط على التصرفات الناقلة للملكية وإنما يمتد ليشمل كافة التصرفات التي من شأنها النقص من قيمة العقار ومن ضمنها الإكراه للغير.

حسن نية المكترى لعقار مرهون لا يحول دون حق الدائن المرتهن من ممارسة المساطر الكفيلة بحماية مصالحه والتي من شأنها منع إجراء كل التصرفات المحصورة قانوناً أو اتفاقاً".

ويلاحظ من خلال هذا القرار أن المدين الراهن بالرغم من أنه يملك العقار المرهون فإنه بمجرد رهنه يفقد الحق في التصرف فيه بإرادته المنفردة إذ لا بد من الحصول على إذن الدائن

²²⁰ - عبد الرحيم عاقل ، م س، ص 74.

²²¹ - قرار عدد 31 الصادر بتاريخ 16 يناير 2014، ملف تجاري عدد 2012/1/3/90، منشور بموقع محكمتي <http://www.makamaty.com> يعنى بنشر الاجتهادات القضائية، تاريخ الإطلاع 2018/11/16.

المرتتهن لإبرام أي تصرف فيه أو أن يقوم بأداء مبلغ الدين لتعود له السلطة المطلقة للتصرف في العقار المرهون.

وبذلك فحيازة الدائن المرتتهن للعقار المرهون يجعله واضعا يده عليه، و مسيطرا عليه سيطرة مادية أو معنوية، وتبعاً لذلك يحق له الحصول على منافع وثمار العقار المرهون وإن كانت مملوكة للراهن شريطة خصم قيمتها من رأس مال الدين، وهذا الأمر يحد من سلطة المدين الراهن بالتصرف في ملكه و استعماله واستثماره .

كما أن خروج الحيازة المادية للعقار المرهون من يد المدين الراهن، تنطوي على سلبية أخرى، تتمثل في أن هذا الخروج لا يمكن الراهن من الحصول على قروض جديدة، لأن انتقال الحيازة المادية إلى المرتتهن لا يساعد على تجزئ الانتماء بين دائنين متعددين، وهذا ما يجعل أن أغلب الرهون في الوقت الحالي هي الرهون رسمية، وفي الواقع العملي نجد في الغالب ما تعتمد مؤسسة القرض الفلاحي باعتبارها المؤسسة التي تقبل هذا النوع من الرهون إلى تسلم سندات الملكية للعقار المرهون وتظل في حيازتها إلى حين الوفاء بالدين من طرف المدين الراهن، الأمر الذي يفقد هذا الأخير الحق في الحصول على قروض جديدة أخرى.

أضف إلى ذلك أن نقل حيازة العقار المرهون إلى دائن مرتتهن مهمل لا يحسن حفظه واستثماره فيه إضرار بمصالح المدين الراهن، الذي لا يكون له الحق في إلزام هذا الدائن ببذل عناية أكبر من تلك التي يبذلها في حفظ واستثمار أمواله، كما لا يجوز له أن يمنعه من استثمار العقار المرهون رهنا حيازياً، لأن الاستثمار وإن كان التزاماً يقع على عاتق الدائن المرتتهن إلا أنه يعتبر في الوقت نفسه حقاً له.

الفقرة الثانية : انتقال الحيازة المادية للدائن المرتتهن يثقل كاهل هذا الأخير

بعده التزامات

يلزم الدائن المرتتهن بمجرد نقل ملكية العقار المرهون إليه بالحفاظ على العقار المرهون وصيانه واستثماره لفائدة الراهن، وأن يبذل العناية اللازمة للحفاظ عليه، ولكن المتمعن في درجة العناية المطلوبة من المرتتهن في القيام بهذا الحفظ والاستثمار هي عناية الشخص المعتاد

في استثمار وحفظ أمواله، سيجد بأن تحديد هذه العناية بهذا الشكل فيها خطر على الراهن، إذ أن الأخذ بالمعيار الشخصي في هذا الإطار يجعل العناية المطلوبة تختلف من شخص لآخر .

كما يتحمل الدائن المرتهن باعتباره حارسا للعقار المرهون مسؤولية تعويض المتضرر من هذا الأخير في حالة ما إذا كان الضرر قد وقع بسبب القدم أو عدم الصيانة أو بسبب عيب في البناء، لأنه هو من له السلطة الفعلية في رقابته وتوجيهه والتصرف في أمره، وبذلك فالدائن المرتهن يعد بمثابة المسؤول عن الأضرار الناجمة عن الأبنية المنوطة به رعايتها والمعهود إليه حراستها.

وعلى ذلك فانتقال الحيازة المادية للدائن المرتهن يشكل عبئا ثقيلا على هذا الأخير، إذ أنه يلزمه بحفظ العقار واستثماره ويحمله مسؤولية كبيرة عن الإخلال بالإلتزامين المتمثلين في الحفظ والإستثمار²²² كما سبق ان ذكرنا .

وعلى ذلك فلو ترك الدائن المرتهن العقار المرهون دون استثمار، كان مسؤولا عن تعويض الراهن عما فاته من ريع بسبب ذلك، وليس ترك العقار المرهون بدون استثمار هو مناط تحريك المسؤولية المدنية نحو الدائن المرتهن فحسب، بل إن حتى عدم استثماره استثمارا كاملا، كالتفريط في جعله لا ينتج الثمار التي كان ينتجها عادة، يجعله كذلك مسؤولا عن هذا التقصير.

ويعتبر في عداد هذه المسؤولية أيضا التزام المرتهن بإخطار الراهن عن كل ما يستجد على محل الرهن مما يقتضي تدخل الراهن لإزالة ما يؤثر على وجود محل الرهن وإدامته والمحافظة عليه.

ولا شك أن مسؤولية الدائن المرتهن عن استثمار العقار المرهون تستدعي منه عدم تغيير طريقة استغلاله قبل انتقال حيازته إليه إلا برضاء الراهن، فالارض المعدة للزراعة لا يجوز له استغلالها بزراعة غير ما أعدت لزراعته، والدار السكنية لا يسوغ استغلالها فندقا، والمحل

²²² عيساوي محمد أمعان ، تراجع الفعالية الانتمائية لمؤسسة الرهن الحيازي العقاري لا تقتضي الاستغناء عن هذه المؤسسة "، مقال منشور بموقع الكتروني maroc droit، تاريخ الاطلاع 2018/8/3 .

التجاري لا يجوز استغلاله مخزناً أو مصنعا، وذلك لأن تغيير طريقة استغلال محل الرهن تعتبر من قبيل التصرف المادي، والمرتهن لا يملك إلا الحق في الاستغلال²²³.

و بذلك يحمل الدائن المرتهن الالتزام باستثمار العقار المرهون طول المدة التي يبقى فيها المرهون تحت يده، حتى لا يضار الراهن أو يتعرض للخسارة جراء حرمانه من فوائد ملكه أثناء قيام الرهن، التي كان سيجنيها لو بقي محل الرهن في يده، ولم تنتقل حيازته إلى الدائن المرتهن، فوجود محل الرهن تحت يد الدائن المرتهن يجعل استثمار الراهن له متعذرا، فيلزم تحمل الدائن المرتهن بهذا العبئ، كي لا يبقى العقار دون استثمار فيتعطل، ومن ناحية أخرى فإن الدائن المرتهن لا يستثمر محل الرهن دون مقابل، فلا يستثمره لحسابه هو وإنما يستثمره لحساب الراهن، وإن كان لا يسلم صافي الغلة إلى الراهن، بل يخصمها من المبلغ المضمون بالرهن، وقد يؤدي ذلك إلى تمكنه من استيفاء حقه من الثمار التي يذرها العقار المرهون، ولذا كان الاستثمار حق للدائن المرتهن وفي الوقت نفسه واجبا عليه.

وما يسأل عنه الدائن المرتهن هو الثمار التي يغلها محل الرهن إذا استغله الاستغلال المألوف الذي يباشره الرجل العادي، فإن قلت الغلة عن المألوف، انعقدت مسؤولية المرتهن، وجرت محاسبته عما أصاب الراهن من ضرر نتيجة هذا التقصير، وإن تجاوزت الغلة القدر المألوف امتنع على المرتهن الاستئثار بالزيادة، لأنه لا يجوز الإنتفاع بالعقار المرهون دون مقابل، فهو لا يباشر أعمال الاستثمار لنفسه وإنما يباشرها لحساب الراهن صاحب الحق في منفعة الرهن.

ومن ثم فلو أجر المرتهن محل الرهن للغير، كان مسؤولا عن كامل غلته، ولو لم يقيم بتحصيلها، ما لم يكن عدم تحصيلها راجعا إلى سبب أجنبي عنه لا يد له فيه استعمله بنفسه، تعين سؤاله عن أجر مثله، ويستعان بأهل الخبرة في هذه الحالة إن اقتضى الحال.

وعليه فإن كل تقصير من الدائن المرتهن في استغلال محل الرهن، أو تغييره طريقة استغلاله، أو عدم مبادرته بإخطار الراهن عن كل ما يقتضي تدخله، يضعه تحت طائلة المسؤولية، وما ترتبه عليه من جبر الضرر الذي حاق بالراهن، وذلك عن طريق التعويض،

²²³ - محمد علي عثمان الفقيهي، م س ، ص 91-92.

إلا أن الدائن المرتهن يعفى من استثمار النقود، لأن طبيعتها تقتضي عدم استثمارها، حيث تختلط بأمواله، ويلتزم برد مثلها²²⁴.

ولعل السبب أو الدافع الأساسي الذي يدفع المستثمرين إلى عدم قبول هذا النوع من الرهون كضمانة للديون، يعود إلى تلك الالتزامات المرهقة التي يرتبها عقد الرهن على عاتق الدائن المرتهن مقابل الحصول على حقه المضمون بهذا الرهن، إذ في الغالب ما يفضلون ذوي رؤوس الأموال الاحتفاظ بهذه الأخيرة بدل إقراضها مقابل الحصول على رهن حيازي عقاري، ما دام هذا الإقراض لم يدر عليهم نفعا هذا من جهة .

ومن جهة أخرى فإن المدينين بدورهم أصبحوا يقبلون على الرهن الرسمي بكثرة بدل الرهن الحيازي العقاري لما يوفر لهم من ضمانات الاحتفاظ بالعقار المرهون واستعماله واستغلاله والتصرف فيه شريطة عدم المساس بحقوق الدائن المرتهن، غير أنه لما كان الرهن الرسمي يرد فقط على العقارات المحفظة والعقارات في طور التحفيظ²²⁵ ، فإنه في حالة وجود عقار غير محفظ يبقى السبيل الوحيد لحصول مالكة على قرض هو رهنه رهنا حيازيا، وهنا تظهر القيمة الائتمانية لمؤسسة الرهن الحيازي العقاري، ولربما هذا هو السبب الرئيسي الذي جعل المشرع المغربي يحتفظ بها وينظم أحكامها بمقتضى مدونة الحقوق العينية الصادرة سنة 2011، وهذا ما سنتطرق له بتفصيل في المطلب الثاني .

المطلب الثاني : مبررات الإحتفاظ بمؤسسة الرهن الحيازي

العقاري

إن تواجد العقارات غير المحفظة بنسبة كبيرة مقارنة مع العقارات المحفظة، يبرر الإحتفاظ بمؤسسة الرهن الحيازي العقاري من جهة (الفقرة الأولى)، وكذا التعامل بهذا النوع من الرهون بالمناطق القروية من جهة أخرى (الفقرة الثانية).

²²⁴ - محمد علي عثمان الفقهي، م س، ص 99.

²²⁵ - تنص المادة 165 من م ح ع على أن: "الرهن الرسمي حق عيني تبقي يتقرر على ملك محفظ أو في طور التحفيظ ويخصص لضمان أداء دين".

الفقرة الأولى : النسبة الكبيرة للعقارات غير المحفوظة بالمقارنة مع

العقارات المحفوظة تبرر الاحتفاظ بمؤسسة الرهن الحيازي العقاري

إن ما يبرر الاحتفاظ بمؤسسة الرهن الحيازي العقاري هو النسبة الكبيرة للعقارات غير المحفوظة مقارنة مع العقارات المحفوظة، إذ نجد أن هذه الأخيرة لا زالت تأخذ حصة الأسد في الرصيد العقاري المغربي.

ذلك أنه بالنظر للمزايا الكثيرة التي يحققها نظام التحفيظ العقاري والتي جعلت المشرع المغربي يتخذ عدة مبادرات تستهدف تشجيع الناس على تحفيظ عقاراتهم قصد تعميم هذا النظام، إلا أن هذا التعميم واجهته عدة صعوبات جعلته بعيد المنال، من بينها أن أغلب العقارات المتواجدة في البوادي المغربية يتعذر تحفيظها، نظرا لصعوبة ضبطها دون الاعتماد على حدود متعارف عليها بين القبائل المغربية، هذه القبائل الوفية للأعراف الاجتماعية التي ساهمت ولا زالت تساهم في ضبط حدود الأراضي وفض النزاعات بين الأفراد وبين الجماعات بأشكال تنظيمية أملت الحاجة الملحة إلى الاستقرار، وقد تخصص في هذا المجال أشخاص من ذوي الحكمة والدراية لانجاز مهام ترسيم الحدود بشكل تطوعي أو بمقابل رمزي، يشترط فيه التوفر على ثقة المحيط الاجتماعي كشرط أساسي إضافة إلى الحكمة والدراية والتجربة، وعلى ذلك فهذه الأعراف المتبعة في تدبير وضبط الملكية العقارية بالبوادي تغلغت في الوعي الجماعي وترسخت كسلوك يصعب معه فرض بديل عملي تشريعي، وتبقى خاضعة لمقتضيات الفقه الإسلامي، ولا سيما المذهب المالكي والقواعد العامة، جعل منها عمليا سلوكا منفتحا لمسطرة ظهير 2 غشت 1913، ما دام تحفيظ هذه العقارات والحقوق اختيارا شخسيا وليس الزاميا إلا في حالات محددة ورد ذكرها بقانون التحفيظ²²⁶.

أضف إلى ذلك الاجراءات الادارية التي تتسم بالبطء والتعقيد، وذلك راجع إلى قلة الموارد البشرية والمعدات الكفيلة بتلبية حاجيات المواطنين الوافدين على الوكالة الوطنية

²²⁶ - معيقات التحفيظ العقاري بالمغرب ، مقال منشور بموقع الكتروني أخبارنا ،تاريخ الإطلاع 2018/8/4 .

للمحافظة العقارية والتي أصبحت لا تقبل الانتظار قياسا بالتحويلات العميقة التي يشهدها النسيج الاجتماعي والاقتصادي بالمغرب.

ونظرا لعدم توفر إحصائيات رسمية بخصوص نسبة العقارات المحفوظة بالمغرب، إلا أن رئيس الحكومة - سعد الدين العثماني - قد كشف خلال الجلسة الشهرية للأسئلة المتعلقة بالسياسة العامة بمجلس النواب يوم الثلاثاء 25 يوليوز 2017 أن هذه النسبة لا تتعدى 20 في المائة من مجموع الوعاء العقاري الوطني، مشيرا إلى أن النظام العقاري لا يزال يعاني من بعض الإكراهات التي تحد من تعميمه، كما أوضح أيضا أن أهم الإكراهات التي تعيق تعميم نظام التحفيظ العقاري هي جهل الملاك لمزايا التحفيظ وارتفاع كلفة التحفيظ بالنظر للقدرة الشرائية للمواطنين، وكثرة التعرضات وبطء مسطرة البث فيها من طرف القضاء.

وأكد أيضا على أن عدم تحيين الرسوم العقارية التي تؤدي إلى عدم مطابقة الرسوم العقارية للواقع المادي للعقار من حيث أصحاب الحقوق العينية الواردة عليه وتواريخ نشوئه، وكذا التغيرات اللاحقة على وضعيته المادية ومشتملاته، وتعدد وتنوع الهياكل العقارية، تحول دون تحفيظ العقار²²⁷.

الفقرة الثانية : التعامل بالرهن الحيازي العقاري في المناطق القروية المغربية يبرر الاحتفاظ به

باعتبار أن الرهن الحيازي العقاري يعد أقدم صورة عرفها الرهن، إذ يمثل الصورة التقليدية للرهن، فإننا نجد أن الناس ألفوا هذا النوع من الرهن خصوصا في المناطق القروية، وذلك بخلاف الرهن الرسمي الذي ظهر في الفترة الأخيرة كوسيلة من وسائل دعم الائتمان والذي يجهله أغلب الناس.

لهذا فإن التعامل بالرهن الحيازي للعقارات غير المحفوظة في المناطق القروية المغربية من طرف مؤسسة القرض الفلاحي يبرر الإحتفاظ بهذه المؤسسة.

²²⁷ -نسبة العقارات المحفوظة بالمغرب لا تتعدى 20 في المائة ، مقال منشور بالموقع الالكتروني لحزب العدالة والتنمية ، تاريخ الإطلاع 2018/8/6.

والجدير بالذكر أنه تمت الدعوى في مصر، من بعض أعضاء مجلس الشيوخ إلى إلغاء مؤسسة الرهن الحيازي العقاري من القانون المدني، إلا أنه لم يستجيب لهذه الدعوى لعدة مبررات من بينها أن الإحتفاظ بهذا الرهن في القانون المدني المصري تستدعيه كثرة التعامل به في المناطق القروية.

وذلك راجع إلى أهمية هذه المؤسسة بالنسبة للعقار غير المحفظ إذ تعطي لأصحاب هذه العقارات الحق في اللجوء الى رهن عقاراتهم للحصول على قروض من جهة، وادماجها في حلبة التنمية الاقتصادية والاجتماعية من جهة أخرى، الأمر الذي يمكن القول معه أن مؤسسة الرهن الحيازي العقاري لا زالت تحتل مكانة هامة خاصة في المناطق القروية والمدن العتيقة نظرا لارتباطها بعادات وتقاليد المجتمع المغربي.

ولعل هذا ما جعل المشرع المغربي يحتفظ بمؤسسة الرهن الحيازي العقاري، بمقتضى مدونة الحقوق العينية التي عملت على تنظيم القواعد والأحكام المنظمة للرهن الحيازي العقاري سواء تعلق الأمر بعقار محفظ أو غير محفظ من جهة، ووضعت حد للإزدواجية في الأحكام والقواعد المنظمة للعقار من جهة أخرى.

إلا أنه احتفظ بالإزدواجية فيما استعصى التوحيد، ومن ذلك مثلا، إثبات ملكية العقار المحفظ بالرسوم العقارية، وإثبات ملكية العقار غير المحفظ بواسطة الرسوم المثبتة لأصل التملك.

ومنه حسنا ما فعل المشرع المغربي عندما احتفظ بالرهن الحيازي العقاري بمقتضى مدونة الحقوق العينية ووضع حد للإزدواجية في الأحكام التي كان يعرفها إلا فيما استعصى التوحيد، وما دام أن الرهن الرسمي لا يرد إلا على العقارات المحفظة بخلاف الرهن الحيازي الذي يرد على العقار سواء كان محفظ أو غير محفظ، فإن الاختصار على الرهن الرسمي فقط يجعل العقارات غير المحفظة خارج حلبة التنمية .

ـ خاتمة :

ختاماً يمكن القول أن مدونة الحقوق العينية عملت على جمع شتات النصوص القانونية المنظمة لمؤسسة الرهن الحيازي العقاري، إذ نظمتها تنظيمًا محكمًا في جميع مراحل التعامل به سواء تعلق الأمر بعقار محفظ أو غير محفظ، ولعل أهم مقتضى تضمنته هذه المدونة هو تحرير عقد الرهن الحيازي العقاري في محرر رسمي ولمدة معينة وأن يتضمن العقد معاينة حوز الملك المرهون تحت طائلة البطلان، وذلك من أجل استقرار المعاملات العقارية وكذا تعزيز الأمن القانوني والقضائي.

والملاحظ أن الرهن الحيازي العقاري يقوم على ميزة أساسية وهي تسليم العقار المرهون إلى الدائن المرتهن، وعليه فإنه يؤدي إلى خروج الحيازة المادية من يد مالكه، وهذا الخروج يتضمن في الحقيقة تقييداً للسلطات التي يمنحها حق الملكية، وهكذا فانتقال الحيازة المادية للعقار إلى الدائن المرتهن يؤدي إلى حرمان الراهن من استعمال واستغلال عقاره بنفسه، كما أنه يؤدي إلى تقييد سلطة التصرف في هذا العقار إلا بإذن المرتهن .

كما يشكل انتقال الحيازة المادية للعقار المرهون إلى الدائن المرتهن عبئا ثقيلا عليه، إذ يلزمه الراهن مقابل حصوله على حقه المضمون بحفظ العقار واستثماره ويحمله مسؤولية كبيرة عن الإخلال بالالتزامين المتمثلين في هذا الحفظ والصيانة.

ولهذا نلاحظ أن أغلب الرهون في الوقت الحاضر غير حيازية خاصة تلك الواردة على العقار المحفظ وذلك نظرا لوجود بديل عن الرهن الحيازي العقاري ألا وهو الرهن الرسمي، أما بالنسبة للرهن الواردة على العقارات غير المحفوظة فلا يوجد سوى الرهن الحيازي، ذلك أن أصحاب هذه العقارات يلجؤون إلى هذا النوع من الرهون بالرغم من الالتزامات المرهقة التي ينطوي عليها، الأمر الذي يمكن القول معه أن مؤسسة الرهن الحيازي العقاري لا زالت تحتل مكانة هامة في المناطق القروية والمدن العتيقة نظرا لأصالة هذه المؤسسة وارتباطها بعادات وتقاليد المجتمع المغربي وذلك بالرغم من الانتقادات الموجهة إليها .

ولتفادي هذه الانتقادات الموجهة لمؤسسة الرهن الحيازي العقاري نورد بعض الاقتراحات التي أرى في ذكرها فائدة والمتمثلة فيما يلي :

- ضرورة التخفيف من التزامات الدائن المرتهن الحائز للعقار المرهون لتشجيع الدائنين على تقديم ديون مقابل الحيازة وبالتالي استمرارية مؤسسة الرهن الحيازي العقاري.

- حذف الإجراء المتعلق بانتقال الحيازة المادية للعقار المرهون إلى الدائن المرتهن لكي يستفيد المدين من السلطات التي يمنحها حق ملكية العقار من استغلال واستعمال وتصرف ويتمكن من أداء دينه، وكذا تشجيع أصحاب العقارات غير المحفوظة على التعامل بهذا النوع من الرهون.

- يجب على المشرع المغربي توحيد القوانين الخاصة بالرهن الحيازي العقاري، وتبسيط إجراءات التنفيذ وهذا ما نتمنى تحقيقه في التعديل المنتظر في قانون المسطرة المدنية .

- وضع نصوص قانونية تنظم رهن ملك الغير لتفادي الاشكاليات التي يثيرها والتي ترجع بالأساس إلى الاستيلاء على ملك الغير والتصرف فيه بشتى أنواع التصرفات الباطلة، وبذلك الحفاظ على ممتلكات الناس وحقوقهم العقارية .

- إحداث محاكم عقارية متخصصة للنظر في النزاعات العقارية .

- إحداث مؤسسات إضافية للقرض الفلاحي تمنح هذا النوع من الرهون الحيازية بالنسبة

للعقار غير المحفظ في المناطق القروية قصد إدماج هذا النوع من العقارات في حلبة التنمية الاقتصادية والاجتماعية .

الملاحق

- أولاً: ملحق نماذج عقود الرهن الحيازي الوارد على العقار.

بناء على عقد الرهن هذا فإنه لا يحق للمدين التصرف في هذه المحاصيل والماشية ببيعها للغير إلا بموافقة مكتوبة من طرف تمويل الفلاح والتي يتعين اشعارها لزوماً من طرفه، كما يجب التنصيص في عقد البيع بالضرورة على تسليم مجموع محصول البيع بين يدي تمويل الفلاح.

ذلك أن المدين (الزبون) يعد حارس للأشياء المرصدة كضمانة للبنك، ويمنع عليه وضع هذه الأشياء تحت حراسة الغير إلا بالموافقة الصريحة لتمويل الفلاح.

ثانيا: نماذج رهن المنتجات الفلاحية التي يذرها العقار المرهون رهنا حيازيا

يلاحظ من خلال هذا الملحق أن الزبون أي المدين يرهن بمقتضى عقد لشركة التمويل للتنمية الفلاحية لأجل تنفيذ الالتزامات الناتجة عن هذا العقد، جميع المحاصيل المفصولة أو لا لضياعته أو التي ستزرع أو التي ستأتي والمنتجات الطبيعية والصناعية لضياعته وكذا الماشية.

ثالثاً: نماذج عقود الرهن العرفي (رهن المنازل)

رابعاً: نماذج الأحكام والقرارات القضائية غير المنشورة.

المراجع المعتمدة:

1. المؤلفات العامة :

- محمد ابن معجوز "الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي"، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 1999.
- محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية التبعية، الرهن المجرد، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، الكتاب الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة 2006.
- محمد شيلح "مرشد الحيران إلى الفهم المحمود بفك قيود عن نكت أحكام البيع المنضود في القانون المغربي للالتزامات والعقود"، الطبعة الأولى، دون ذكر المطبعة، السنة 1998.
- محمد أحمد بونبات "العقود على العقارات، دراسة شاملة للعقود المبرمة على العقارات في ضوء التشريع المغربي مدعمة بنظر الفقه والإجتihad سلسلة آفاق القانون رقم 14 سنة 2006.
- محمد شيلح "بعض أنواع البيوع"، محاضرات الفصل الخامس من مسلك القانون الخاص، وحدة القانون المدني 2 مادة العقود المسماة، كلية الحقوق بفاس السنة الجامعية 2014/2013.

- محمد بونبات "الحقوق العينية"، دراسة مقارنة الحقوق العينية"، سلسلة أفاق القانون،
دون ذكر الرقم، سنة 2003/2002.
- محمد خيري "العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي من خلال القانون
الجديد 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري"، دار النشر المعرفة، الطبعة 2014.
- محمد المعكشاوي "المختصر في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة على ضوء
التشريع والفقه والقضاء"، مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الأولى الدار البيضاء.
- عبد السلام أحمد فيغو، "العقود المدنية الخاصة في القانون المغربي"، دار الأمان للطبع
والنشر والتوزيع مطبعة أمنية الرباط، الطبعة الأولى 2008.
- عبد العزيز توفيق "التشريع العقاري والضمانات"، مكتبة الرشاد، سطات، الطبعة الأولى سنة
2012.
- عبد الرزاق السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، المجلد الأول
البيع، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، طبعة 1960.
- عبد الرزاق السنهوري "الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء العاشر في التأمينات
الشخصية والعينية - دار النهضة العربية - القاهرة - الطبعة الثانية 1994
- عمر بوحمروش "المفيد في الاجتهاد القضائي"، طبعة صفر 1432 هـ/ يناير 2011
م، دون ذكر المطبعة.
- عبد الكريم شهبون، "الشافى في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة وفق القانون رقم
08.39"، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثانية 1438-2017.
- وهبة الزحيلي، "الفقه الإسلامي وأدلته"، الشامل للأدلة الشرعية والأراء المنهجية وأهم
النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخرجها، دار الفكر القاهرة، الطبعة الثانية
1975/1405.
- سمير عبد السيد تناغو "التأمينات العينية والشخصية"، منشأة المعارف - الاسكندرية،
سنة 1970.

- إدريس الفاخوري ، دنيا مباركة ، نظام التحفيظ العقاري وفق القانون رقم 14.01، طبعة 2014، مطبعة الجسور بوجدة .
- إدريس الفاخوري " مناهج البحث العلمي " مدخل لدراسة مناهج العلوم القانونية، مطبعة الجسور وجدة 2015.
- إدريس الفاخوري " الحقوق العينية وفق القانون 08.39"، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة 2013.
- مأمون الكزبري، "التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي"، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثانية 1987.

2 - المؤلفات المتخصصة:

- عبد المجيد العلومي "الرهن الحيازي بين الشريعة والقانون"، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2003.
- محمد علي عثمان الفقيهي "استثمار الدائن المرتهن وإدارته لمحل الرهن الحيازي، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، مصر 1417هـ - 1997 .
- نبيل إبراهيم سعد " التأمينات العينية الرهن الرسمي، حق الإختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الإمتياز"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2005.
- إبراهيم الدسوقي أبو الليل " الحقوق العينية التبعية :التأمينات العينية - الرهن الرسمي - الرهن الحيازي - حقوق امتياز"، كلية الحقوق جامعة الكويت، الطبعة الثالثة، 1998 م

3- الرسائل والأطروحات:

- نوال أكلو، "الرهن الحيازي العقاري"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول ، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية - وجدة، 2010-2011.

- كليل صفية، " الرهن الحيازي الوارد على العقار في التشريع الجزائري" ، المدرسة العليا للقضاء مديرية التربصات الدفعة الرابعة عشر، السنة الجامعية 2006/2005.

- محمد الهلوس " المركز القانوني للعقار في المقولة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص ،جامعة الحسن الثاني ،عين الشق كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية الدار البيضاء، السنة الجامعية 2007/2006.

- يوسف أفريل " الرهن الرسمي العقاري (ضمانة بنكية للدائن المرتهن) ، دراسة معمقة معزز بالإجتهد القضائي المغربي والمقارن " ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2012/2011 .

- عادل كلاطي " حقوق الامتياز في القانون المغربي "، أطروحة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية ، ظهر المهرارز - فاس ،السنة الجامعية 2016/2015 .

- عبد الهادي حمدون "الرهن المقترن بكراء أماكن السكنى" ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني المعمق ، جامعة محمد الخامس كلية الحقوق أكادال الرباط ، السنة الجامعية 2007/2006.

- عبد الكريم السالمي " بيع الثنيا بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة القرويين، كلية الشريعة فاس، السنة الجامعية 2003/2002.

- عبد الرحيم عاقل، "الرهن الحيازي الوارد على العقار في الفقه المالكي ومدونة الحقوق العينية"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في أحكام العقار في الفقه المالكي والقانون المغربي، جامعة القرويين، كلية الشريعة فاس، 2013-2012.

- شفيق استيتو، "بيع الثنيا"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص وحدة القانون المدني، جامعة الحسن الثاني، عين الشق كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء 2010-2011 .

- النافعي عمر "التزامات الدائن المرتهن رهن حيازة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس كلية الحقوق أكدال الرباط، سنة 1982 .

- حياة كمر "آثار الرهن الحيازي العقاري وأسباب انقضاؤه"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ماستر القانون المدني والأعمال، جامعة عبد المالك السعدي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة 2014/2015.

4. المجالات :

- ادريس الفاخوري " الحقوق العينية التبعية في ضوء القانون رقم 08.39 " مقال منشور بمجلة الحقوق، دون ذكر العدد، السنة 2013.

- نجيم أهتوت " توثيق التصرفات العقارية ودورها في تحقيق الأمن العقاري"، مقال منشور بمجلة المنبر القانوني، العدد 7 و 8 السنة 2015 .

- أحمد كويسي "الكفالة العينية"، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد ، العدد 23 السنة 2007.

- حليلة بن حفو " نظرية الاستحقاق ، دراسة مقارنة " ،تقرير حول أطرحة ، مجلة الأملاك ، العدد التاسع ، السنة 2011 .

- محمد متوكل، "الرهن الحيازي خصائصه مسطرة إنجازاه بين الفصل 1170 وما يليه من قانون الالتزامات والعقود وقواعد الشريعة الإسلامية مجلة الملف عدد 4 شتنبر 2004.

- عبد السلام حادوش "أوضاع الرهن الحيازي في الفقه المالكي في ضوء قراري المجلس الأعلى رقم 124 و402"، مجلة نظرات في الفقه والقانون، عدد 1999/7.

- الزيتوني حنان "الرهن الحيازي في التشريع المغربي"، ماستر الدراسات العقارية والتعمير كلية الحقوق بسطات، مقال منشور بموقع الكتروني مغرب القانون، 4 نونبر 2012.

- سناء كريم "رهن المنازل بين القانون والعرف"، مقال منشور بجريدة إلكترونية مغرس.

- عبد العلي حفيظ "مشروعية الممارسة السائدة حول رهن المنازل"، مقال منشور بموقع الكتروني، مدونة القانون والقضاء المغربي، بتاريخ 2017/11/25.

- عيساوي محمد أمعان، تراجع الفعالية الائتمانية لمؤسسة الرهن الحيازي العقاري لا تقتضي الاستغناء عن هذه المؤسسة"، مقال منشور بموقع الكتروني maroc droit.

- معيقات التحفيز العقاري بالمغرب، مقال منشور بموقع الكتروني أخبارنا.

- نسبة العقارات المحفظة بالمغرب لا تتعدى 20 في المائة، مقال منشور بالموقع

الالكتروني لحزب العدالة والتنمية

5- المراجع بالفرنسية :

- paul decroux, droit foncier marocaine, edition la port,rabat 1977.

- Droit civil français , dernière modification le 03 janvier 2018 -
Document généré le 11 janvier 2018 Copyright (C) 2007-2018
Legifrance.

- الفهرس :

1.....	مقدمة
7.....	الفصل الأول : أحكام الرهن الحيازي الوارد على العقار
8.....	المبحث الأول : تحديد الرهن الحيازي العقاري
8.....	المطلب الأول: تعريف الرهن الحيازي العقاري وخصائصه
8.....	الفقرة الأولى: تعريف الرهن الحيازي العقاري
8.....	أولا : التعريف اللغوي والفقهي
10.....	ثانيا : التعريف القانوني
12.....	الفقرة الثانية : خصائصه
12.....	أولا : الخصائص المشتركة بين الرهن الحيازي العقاري وغيره من الحقوق العينية التبعية
15.....	ثانيا : الخصائص التي ينفرد بها الرهن الحيازي العقاري
17.....	المطلب الثاني : تمييز الرهن الحيازي العقاري عن غيره من المؤسسات المشابهة له
17.....	الفقرة الأولى : تمييز الرهن الحيازي العقاري عن الرهن الرسمي وحقوق الامتياز
17.....	أولا : تمييز الرهن الحيازي العقاري عن الرهن الرسمي
21.....	ثانيا : تمييز الرهن الحيازي العقاري عن حقوق الامتياز
21.....	الفقرة الثانية : تمييز الرهن الحيازي العقاري عن رهن المنازل وبيع الثنيا
21.....	أولا : تمييز الرهن الحيازي العقاري عن رهن المنازل

- ثانيا : تمييز الرهن الحيازي العقاري عن بيع الثنيا.....27
- المبحث الثاني : عناصر تكوين الرهن الحيازي العقاري.....30
- المطلب الأول : الشروط اللازمة لقيام الرهن الحيازي العقاري.....31
- الفقرة الأولى : أطراف عقد الرهن31
- أولا : الشرط الواجب توافرها في الراهن.....31
- ثانيا : الشروط الواجب توافرها في المرتهن.....39
- الفقرة الثانية : الشروط الواجب توافرها في العقار المرهون والدين المضمون بالرهن.....40
- أولا : الشروط الواجب توافرها في العقار المرهون.....41
- ثانيا : الشروط الواجب توافرها في الدين المضمون بالرهن.....47
- المطلب الثاني : الشكلية في عقد الرهن الحيازي العقاري.....49
- الفقرة الأولى : خصوصيات الرهن الحيازي للعقارات المحفظة49
- أولا : تقييد الرهن الحيازي العقاري للعقارات المحفظة في الرسم العقاري.....50
- ثانيا : آجال التقييد.....52
- الفقرة الثانية : شكلية الرهن الحيازي للعقارات غير المحفظة.....54
- أولا : الرسمية كشرط لانعقاد الرهن الحيازي العقاري.....54
- ثانيا : وجوب معاينة حوز الملك المرهون.....56
- الفصل الثاني : الضمانات المخولة لأطراف الرهن الحيازي العقاري ومدى تأثيره في ظل انتشار
- باقي الضمانات.....59

- المبحث الأول: الضمانات المخولة لأطراف عقد الرهن الحيازي العقاري.....60
- المطلب الأول : الضمانات المخولة للدائن المرتهن.....60
- الفقرة الأولى : الضمانات الكفيلة بحماية الدائن المرتهن من خلال الحقوق المخولة.....61
- أولا : حق حبس العقار المرهون وجني الثمار التي يذرها.....61
- ثانيا : الحق في بيع العقار المرهون واستيفاء الدين من ثمنه بالأفضلية66
- الفقرة الثانية : الضمانات الكفيلة بحماية الدائن المرتهن من خلال الالتزامات الملقاة على عاتق المدين الراهن.....70
- أولا : التزام المدين الراهن بضمان هلاك المرهون.....70
- ثانيا : التزام المدين الراهن بتأدية المصروفات التي أنفقها الدائن على الملك المرهون.....72
- المطلب الثاني : الضمانات المتصلة بشخص المدين الراهن.....74
- الفقرة الأولى : الحقوق المخولة للمدين الراهن بموجب عقد الرهن.....75
- أولا : ملكية الراهن للعقار المرهون.....75
- ثانيا : حق الراهن في استرداد العقار المرهون.....79
- الفقرة الثانية : الضمانات المقررة لفائدة المدين الراهن من خلال التزامات الدائن المرتهن.....81
- أولا: التزام الدائن المرتهن بالحفاظ على العقار المرهون وصيانتة وحراسته81
- ثانيا : التزام الدائن المرتهن باستغلال العقار المرهون ورده عند أداء الدين.....84
- المبحث الثاني: القيمة الانتمانية لمؤسسة الرهن الحيازي العقاري.....89
- المطلب الأول : الآليات الخاصة بالرهن الحيازي العقاري لا تخدم مصالح أطرافه.....89

- الفقرة الأولى : خروج الحيازة المادية من يد الراهن فيه إضرار بمصالحه.....90
- الفقرة الثانية : انتقال الحيازة المادية للدائن المرتهن يثقل كاهل هذا الأخير بعدة التزامات.....92
- المطلب الثاني : مبررات الإحتفاظ بمؤسسة الرهن الحيازي العقاري.....95
- الفقرة الأولى : النسبة الكبيرة للعقارات غير المحفظة بالمقارنة مع العقارات المحفظة تبرر الإحتفاظ بمؤسسة الرهن الحيازي العقاري.....95
- الفقرة الثانية : التعامل بالرهن الحيازي العقاري في المناطق القروية المغربية يبرر الإحتفاظ به.....97
- خاتمة.....99
- ملاحق البحث.....101
- ملحق نماذج عقود الرهن الحيازي الوارد على العقار.....102
- ملحق الأحكام والقرارات القضائية غير المنشورة.....105
- لائحة المراجع.....106