

التأمين العيني في

قانون التمويل العقاري الجديد

١٤٨ لسنة ٢٠٠١

الأستاذ الدكتور

ممدوح محمد خيرى هاشم

أستاذ القانون المدنى

ووكيل كلية الحقوق لشئون التعليم والطلاب جامعة الزقازيق

مقدمة

لا أحد يستطيع أن ينكر أهمية الإنسان العقاري ، فهو يلعب دوراً كبيراً في الحياة الاقتصادية في كل بلد من بلدان العلم ، فالأموال المستخدمة في العقارات تحتل نسبة عالية من المدخرات الصافية في الاقتصاد .

وقد بدأت في مصر تنمية العقارات كصناعة بتأسيس شركة هليوبوليس عام ١٩٠٦ ، وقد تكونت هذه الشركة لتنمية مناطق الجزء الشمالي الشرقي للقاهرة ، والتي أضحت بعد ذلك منطقة هليوبوليس ، وعقب سنوات قليلة تكونت شركات عديدة لتطوير مناطق حول القاهرة والإسكندرية .¹

وقد قدمت الحكومة المصرية امتيازات لتطوير الشركات والتي عادة يمتلكها رجال أعمال اجنبيون ذوي نفوذ مالي ، وكان هذا في شكل تحديد قطع أراضي يشترونها ويصبحون مصدر إمدادها الوحيد بالخدمات والمنافع .

والسبب الأساسي وراء التنمية المدنية في هذا الوقت كان تغطية احتياجات الطبقة المتوسطة الكادحة .

وفي أواخر ١٩٥٠ دخل عامل جديد أساسي إلي السوق وهو أن الحكومة امتلكت وقامت بإدارة شركة مدينة نصر للإسكان والتنمية . أسندت إليها مهمة تطوير منطقة جنوب شرق هليوبوليس والمعرفة الآن باسم مدينة نصر .

وشهدت فترة أوائل ١٩٦٠ موجة من التأميم والتي غمرت قطاع تنمية العقارات بأكمله . وبناء عليه ولمدة عشرين عام التي تبعت هذه الفترة فإن كل مشاريع التنمية والإسكان تقريبا أصبحت مكيفه تبعا للدخل المنخفض للمجتمع المصري .

¹ - راجع : دراسات المجموعة المالية - هيرمس - قطاع المقاولات والإسكان ، ص ١

أن التأميم المتسع خلال عام ١٩٦٠ و ١٩٧٠ نتج عنه تعثر في نشاط البناء ، أثناء عام ١٩٦٠ و ١٩٧٠ بالمقارنة بعشرات السنين السابقة . وزاد من تفاقم هذا وضع عدد من قوانين الملكية والتي منعت قانونا ملاك الأراضي من طرد أي مستأجر من الوحدات المؤجرة ، عدا من هم تحت ظروف صارمة أيضا حددت الحكومة الإيجار للورثة .

وفي أوائل عام ١٩٨٠ وصل موقف الإسكان إلي أزمة فعلية . شكل خاص في المراكز المدنية الكبيرة وفي ١٩٩٠ نهض البناء الصناعي¹

ولن نسهب في هذا الصدد وإنما نشير إلي أن سوق العقارات في مصر استطاع أن يتربع علي عرش الاستثمار ليحقق أرباحاً تتجاوز ٤٠ % سنويا . وكان تدفق الأموال إلي هذا السوق هو السبب الذي ساعد في بلوغ حجة الاستثمار العقاري بالسوق المصري نحو ٢٠ مليار جنية سنويا . ولم يتوقف هذا الزحف للمدخرات عند حدود مدينة القاهرة الكبرى بل تخطاها إلي امتداداتها بالمدن الجديدة والتي استحوذت بمفردها علي ما يقرب من ٧ مليارات جنية ممثلة في أراضي وشقق هذه المدن لتنتظر الحصول علي المكاسب الهائلة² .

وإذا كان للائتمان العقاري والتمويل العقاري هذه الأهمية البالغة في الاقتصاد المصري فلا بد من تعريف الائتمان العقاري والتمويل العقاري (وهو ما سوف نعرض له في الفصل الأول ..)

كما أنه لابد حتى توتي عملية التمويل العقاري ثمارها المرجوة فلا بد من دراسة التأمين العيني (وهو ما سوف نعرض له بالتعريف في الفصل الأول ..)

- راجع : دراسات المجموعة المالية - هيرمس - قطاع المقاولات والإسكان ، ص ١ وما بعدها 1

- مجلة العقاري - العدد الرابع ، السنة الثالثة ١٩٩٨ - مقال بعنوان : الاستثمار العقاري ما زال هو الحصان الرابح في²

السوق المصري ص ٤٦

ونظراً لأهمية التمويل العقاري ، ونظراً لأهمية وجود تأمين عيني كضمانه للتمويل العقاري اصدر المشرع قانون التمويل العقاري رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١ ومذكرته الإيضاحية .

الفصل الأول

التعريف القانوني للتمويل العقاري والتأمين العيني

في قانون التمويل العقاري

١٤٨ لسنة ٢٠٠١

في هذا الفصل سوف نتعرض للتعريف القانوني لما هو المقصود بالائتمان والتمويل العقاري ، ثم نعرض بعد هذا لتحديد ما هو المقصود بالتأمين العيني .

المبحث الأول

الائتمان والتمويل العقاري

1. الائتمان العقاري :

" تعددت التعاريف التي قيل بها للائتمان العقاري ، منها أنه " قابليه الحصول علي الأموال مقابل الدفع في المستقبل ويقوم الائتمان أساسا علي الثقة . التي لولاها لما قدم . بل أصبح المصطلح في اللغة العربية معناه وضع الثقة قي الآخرين وكذلك في وضع Do. أي الثقة و Crad أصلها Credit اللغة الإنجليزية لأن

والائتمان العقاري هو ذلك الائتمان الذي يمنح لتمويل العقارات التي تتنوع في طبيعتها وأغراضها والجهات المالكة لها .¹

2. التمويل العقاري :

ويعتبر " التمويل العقاري " أوسع من " الائتمان " العقاري ، ذلك لأن التمويل يشمل الأموال المملوكة (حق الملكية) ولأموال المقترضة معاً . فبناء أو تشييد المسكن فعلا ، لا يتم كله من خلال الغرض العقاري ، إنما هناك جزءاً يتم تمويله من قبل المالك . فرداً أم مؤسسة . ويسمي الفارق من مجموع قيمة الموجودات العقارية

– أ.د. / خليل الشماخ : الائتمان والاستثمار العقاري بالتعاون مع البنك العقاري المصري العربي ٧/٩ – ٢٠٠٠/٧/٢٠ ،¹

والائتمان العقاري الممنوح لتمويلها بهامش الأمان الذي هو ما للحقوق الملكية

1مقيمة أما بالسوق أو القيمة الدفترية

وقد ظهرت فكرة قانون التمويل العقاري عندما اقترح القطاع القانوني بالبنك الأهلي المصري تعديل المادة ١٠٥٢ من القانون المدني التي تحظر " شرط الطريق الممهد " ومؤداه أن يقوم الدائن (البنك مثلا) بتسوية الطريق الي تملك العقار المرهون أو التصرف فيه بالبيع دون أتباع الإجراءات الخاصة بالتنفيذ علي العقار المرهون والمنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية . والتعديل يهدف إلي استثناء البنوك من أحكام المادة ١٠٥٢² من القانون المدني بحيث يمكن للبنك أن يملك أو يتصرف في العقار المرهون إذا لم يقم المدين بالسداد وأن يتم ذلك بدون استئذان المحكمة المختصة وبإجراءات مباشرة بين البنك المرتهن وعملية الرهن³ حتى ولو لجأ العميل إلي المحكمة لوقف إجراءات التملك أو التصرف .

وقد لجأ البنك الأهلي بمشروعه عام ١٩٩٦ إلي البنك المركزي ثم إلي وزير الاقتصاد ثم إلي وزارة العدل وأعد مشروعاً بهذا المعني وأحيل إلي مجلس الشعب . وقد نعي البعض⁴ علي هذا الاقتراح بدعوي أن المشكلة لا تكمن في طول إجراءات التنفيذ وإنما هي مماثلة العملاء والمتعثرين الذين يسعون لكسب الوقت عن طريق

أ . د/ خليل الشماخ : السابق ، ص 1٣

- والمادة ١٠٥٢ من القانون المدني تنص علي أنه يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان أو في أن يبيعه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن . ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق علي أن ينزل المدين لدائته عن العقار المرهون وفاء لدينه

- د / محيي الدين إسماعيل علم الدين : شرح قانون التمويل العقاري ولائحته التنفيذية ، ص ٧ 3

- المرجع السابق : ص٧ وما بعدها 4.

تطويل الإجراءات حتى لا ينتهي التنفيذ ، حيث يبدأ العميل بمهاجمة البنك عندما يستشعر قرب التنفيذ عليه ويرفع " حساب "س يدعي فيها أن البنك لا يقيد في حسابه مبالغ كثيرة يقوم بإيداعها ولم تم قيد هذه المبالغ لما كانت هناك مديونية . بل علي النقيض من هذا ، فان البنك هو الذي سيصبح مدنيا للعميل ورغبه في إطالة أمد النزاع وكسب الوقت يطلب ندب خبير من وزارة العدل لكتابة تقرير وتوافق المحكمة ، وبعد أن يقدم الخبير تقريره الذي يكون غالبا لصالح ابنك لأن حسابات البنك دقيقة ، ويثبت التقرير تعثر المدين ويحدد حجم المديونية وفوائدها ، وزيادة في المماطلة يطعن العميل في تقرير الخبير مدعيا أنه لم ينفذ ما طلبه بدعوي وجود مبالغ لم يتم احتسابها لصالحه ويطلب من المحكمة لجنة من خبراء فتدب له المحكمة ثلاثة خبراء وينتهون إلي نفس النتيجة ويكون التقرير لصالح البنك والحكم يصدر لصالح البنك ، ويستأنف العميل مكرراً نفس الخطوات السابقة ، وعندما تنتهي مرحلة النقض يكون قد مر ١٥ عام علي الأقل يربح خلالها ٥٠٠ % من قيمة المبلغ الأصلي فبرد المبلغ الأصلي للبنك وفوائده بواقع ٥ % .

ويكشف الواقع أن العملاء المماطلين سرعان ما يرفعون دعوي حساب كلما رقم البنك دعوي مديونية لدرء دعوي البنك وإجباره أمام إطالة أمد النزاع إلي التسوية والتي تكون دائما لصالح العميل وذلك بالتنازل عن جزء من الفوائد أو إقراضه ثانية لتقويم مركزه المالي ، ويقوم العميل بسداد بعض الأقساط ثم يرد علي البنك الكرة مرة أخرى .

ولن نسهب في عرض المخاطر والأضرار التي يتعرض لها الاقتصاد القومي من جراء المماثلة ومحاولات التهرب وعدم الالتزام بالسداد ورغم القدرة في بعض الأحيان علي السداد .

لذا لابد وأن يضع المشروع تأميناً وضماناً يضمن به حق البنك أو الممول . وهذا ما سوف نتناوله في المبحث الثاني

المبحث الثاني

التعريف بالتأمين العيني

وفي هذا المبحث سوف نقتصر علي الحديث عن الضمان أو التأمين العيني وبصفة خاصة الرهن الرسمي . فما هو المقصود بالتأمين العيني ؟

• Suretes Garanties التمييز بين الضمانات والتأمينات

عن نظام قانوني محدد له خصائصه وسماته بينما Suretes تعبر فكرة التأمينات فكرة الضمانات تعبر عن وظيفة اقتصادية . ويمكن القوا أن التأمينات تعتبر نوعا من الضمانات ولكن العكس غير صحيح . لأنه ليس بالضرورة أن يكون الضمان نوعاً من التأمينات . لأن فكرة الضمانات أوسع بكثير من فكرة التأمينات ¹.

فالضمانات تعتبر أثراً لمركز محدد أو مجموعة من الروابط أو أثر الطبيعة هذه الروابط . بينما تضاف التأمينات إلي رابطة الالتزام ولا تعد أثراً للرابطة ذاتها ²

وتعتبر فكرة الضمانات أوسع بكثير من فكرة التأمينات ، فقانون التأمينات أنشء كفرع مستقل يقوم حول أنظمة أساسية هي الكفالة والرهن والاختصاص والامتياز علي حين أن الضمانات غير محصورة في فرع معين ، ففي فروع القانون المختلفة قواعد تشكل نوعاً من الضمان كالدعوي غير المباشرة أو الدفع بعدم التنفيذ أو

¹ - L. Anés : Les Garanties du financement, Rapport de synthèse présenté au 82 ème congrès des notaires, 1985. Nataires. 1985. No. 2, p. 911.

- D. Legeais: Sûretés et garanties du crédit, 1996, No. 20, p. 10

- د. سمير عبد العليم محمد حسن : الضمانات الذاتية للحساب الجاري – رسالة دكتوراه ، ٢٠٠٢ ، ص ٩

² - Ph. Malaurie et L. Anynès : Les sûretés - droit de crédit. 2éd eugas.,1988, No. 7, p. 12.

المعارضة ، وفي قانون الأموال تم توظيف الاحتفاظ بالملكية ونقل الملكية لتحقيق نوع من الضمان يفوق في فعاليته التأمينات العينية . فالملكية لم تعد غاية في ذاتها وإنما أصبحت وسيلة لتحقيق غاية أخرى هي الضمان ومن قبيل نقل الملكية علي سبيل الضمان بيع الوفاء والتصرف الائتماني¹

تطور نظم التأمينات :

كان القانون الروماني يمنح الدائن الحق في القبض علي مدينة عقب مضي ثلاثين يوماً من صدور الحكم القضائي أو باعتراف المدين ، وإذا مرت ستون يوماً ولم يقم المدين بالوفاء يكون للدائن استرقاقه من أجل أو قتله أو بيعه خارج روما ، وإذا كل للمدين عدة دائنين ، كان القانون يعطي لهم الحق في أن يقتسموا أشلاء المدين .²

وعرف القانون الروماني التأمينات الشخصية قبل التأمينات العينية وكانت الإجراءات القضائية منذ المراحل الأولى للقانون الروماني توجب كفلاء علي أنواع مختلفة ، خارج الإجراءات القضائية ظهرت الحاجة إلي الكفلاء لضمان الوفاء بدين من تعوزه الحاجة إلي ائتمان الغير والكفالة تتحقق إذا تقدم شخص آخر عبر المدين يضمن للدائن الوفاء بالدين.³

وعلي عهد جوستيان عرفت أنواع متعددة من الضمانات الشخصية منها الوكالة وعرفت الكفالة في يوم الدولة **Constitutum** ومشاركة التجديد **Mandatum** الرومانية في أواخر العصر الجمهوري . ولم يكن الكفيل يضمن الالتزام في أمواله

- د/ نبيل إبراهيم سعد : الضمانات غير المسماة في القانون الخاص الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ص 19

- د/ السيد العربي حسن – أحكام الرهن في القانون الروماني – الناشر دار النهضة العربية ، ٢٢ ش عبد الخالق ثروت 2
٢٠٠٢ – ص ٥

³ - P. Girard , Manuel de droit roman , 3ed , 1907 , P. 43

- مشار اليه في أ.د. / سمير عبد السيد تناغو : التأمينات الشخصية والعينية ، توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية ، ص ٦

فقط بل تمتد آثاره إلي الورثة ولم يكن هناك تقسيم للالتزام في حالة تعدد الكفلاء .
إلي أن أصدر الإمبراطور هادريان أمراً تضمن حق الكفلاء في الدفع بالتقسيم .¹

التأمين الشخصي والتأمين العيني :

يوجد نوعان من التأمينات : التأمينات العينية والتأمينات الشخصية أو الكفالة الشخصية . وتتمثل في انضمام شخص إلي جانب المدين هو الكفيل يتعهد للدائن أن يفي بالتزام المدين إذا أعسر هذه الأخير . والكفيل يضع ذمته المالية إلي أموال المدين دون تخصيص أي مال خاص من أمواله لضمان عام علي أموال المدين . ولذا فإن التأمينات الشخصية لا تعطي للدائن ضماناً أكيداً في استيفاء حقه . ولذا فإن أن الرهن يوفي Loysel من الأقوال المأثورة في هذا الصدد عن الفقيه الفرنسي الدين أما الكفالة فهي مناسبة لمنازعتين أو دعوتين² وأما النوع الثاني من التأمينات هو التأمينات العينية .

والتأمين العيني – هو تخصيص مال معين للوفاء بالدين ، بحيث يكون للدائن استيفاء له من ثمن هذا المال ، أن يتقدم علي بقية الدائنين ، وإن يتبع المال المخصص للوفاء بالدين ، ولو انتقلت ملكيته إلي آخر ، فهو حق عيني يترتب للدائن علي مال معين فيخول له استيفاء حقه من ثمن هذا المال مقدماً علي سائر الدائنين .
والتأمينات العينية وليدة تطور طويل كانت وسيلة المدين ، في تقديم الضمان العيني الدائن ، نقل ملكية المال ، ثم اكتفي بنقل حيازته إليه ، قبل أن يقبل الفكر القانوني

1 - أ / السيد العربي - السابق - ص 18

- ديبر ودولانجيه - مشاراً اليه في أ.د / سمير تتاغو - المراجع السابق ص 29

نشوء حق للدائن علي مال للدين علي الوجه المعروف في القانون الحديث

1

والتأمينات العينية (وقد سميت كذلك لأن ما يضمن حق الدائن وفقاً لها هو عين تخصيص لذلك) والفكرة الجوهرية التي تقوم عليها التأمينات العينية هي حماية الدائن من مخاطر الضمان العام ، إذا يكون له حق التقدم علي سائر الدائنين الآخرين في استيفاء حقه من ثمن بيع (أو المقابل الذي يحل محل المال الذي خصص لضمان الوفاء بحقه ، كما يكون له حق تتبع هذا المال في أي يد ينتقل إليه ، وبهذا نقي الدائن مخاطر الضمان العام ونؤمن له بشكل أكثر فاعلية الحصول علي دينه ²

ضرورة التأمينات العينية ومخاطر الضمان العام :

من المعلوم أن أموال المدين تضمن الوفاء بالتزاماته ، فإذا لم تقم المدين بالتزامه مختاراً كان للدائن الحق في اقتضاء التنفيذ جبراً ويقع التنفيذ الجبري - سواء أكان تنفيذاً عينياً أم بمقابل . علي أي مال من أموال المدين وهو يسمى بالضمان العام ، ويتساوي جميع الدائنين في هذا الضمان فهو مشترك بينهم ولا **Gage General** امتياز لأحد منهم علي الآخرين ، فإذا لم تكف أموال المدي للوفاء بحقوقهم جميعاً اقتسموها قسمة غرماء ³.

وعلي هذا تنص المادة ٢٤٣ علي أن " أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ، وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون " .

١ - أ . د / محمود جمال الدين زكي - التأمينات الشخصية والعينية - ط ٣ - ١٩٧٩ - ص ١١٤٦

٢ - أ . د / جلال محمد إبراهيم و أ . د / أحمد محمود سعد - الحقوق العينية التتبعية ، ج ١ ، الرهن الرسمي ، ص ٢١٢

٣ - د / وفاء أبو جميل - محاضرات في التأمينات الشخصية - ج ١ - النشر مكتبة النصر بالزقازيق ١٩٩٨ ص ٣

ومما سبق يتضح أن الضمان العام للمدين يتميز بخاصتين رئيسيتين : أولهما أن الضمان العام هو ضمان عام بمعنى أنه لا ينصب علي مال محدد من أموال المدين ، بل هو يقع علي جميع الأموال بغير تخصيص فكل أموال المدين ضامنة لديون المدين هذا من ناحية .

كما أن الضمان العام مشترك ، وهذه هي الخاصية الثانية التي يتمتع بها الضمان العام هي انه مشترك ، إذ يشترك الدائنون جميعا فيه .

وهذه الخصائص تعكس مدي قصور الضمان العام في حماية الدائن الحريص لأن المدين يستطيع التصرف في أمواله . ولن يستطيع الدائن العادي أن يتبع هذا المال فتصرفات المدين تنفذ في حق دائنيه .

وقد يترتب علي تصرفات المدين هذه افتقار المدين ويصبح معسراً ي تكفي أمواله للوفاء بما عليه من ديون .

كما أن الضمان العام مشترك بين الدائنين يتساوون فيه دون أن يمتاز أحد منهم علي غيره ، وهنا يتزاحم الدائنين في التنفيذ علي أموال المدين وإن كان المدين معسراً فلن يستطيع الدائن أن يقتضي حقه كاملاً ، وكل دائن معرض لمزاحمة الدائنين الآخرين ومهدد إعسار المدين .

ورغم أن القانون قد وضع تحت تصرف الدائن وسائل لحماية الضمان العام وأعطي له اتخاذ بعض الإجراءات الاحتياطية أو التحفظية كتوقيع الحجز علي منقولات المدين .

كما أن القانون حول الدائن الحق في رفع دعوي تحميه من إهمال المدين أو غشه كالدعوي غير المباشرة والدعوي البولصية ودعوي الصورية .

وإزاء عجز قاعدة الضمان نظراً لما تثيره من مخاطر للدائن حيث ينتمي كل دائن الحصول من مدينة علي كامل حقه ولا يمكن تحقيق أمانة كل دائن إلا بتقرير نظم التأمينات¹.

والتأمينات العينية تحقق الأمن للدائن إذا ترتبط بمال معين أو بعدة أموال معينة وبحول له هذا الارتباط أن يحصل علي حقه من ثمن هذه الأموال مفضلاً علي غيره من الدائنين لنفس المدين وقد يكون هذا المال مقدماً من المدين وقد يقدمه شخص آخر يطلق عليه اسم الكفيل العيني والتأمين العيني يخول للدائن حقاً عينياً يحتج به علي الكافة تخول للدائن ما يلي :

الأفضلية علي سائر دائن المدين الآخرين . . 1.

وهذا الحق العيني يخول له تتبع هذا المال المخصص لوفاء حقه في أي يد . 2.
يكون وهذا هو الحق في التتبع .

التأمينات العينية هي حقوق عينية تتبعه :

يكاد² يجمع الفقيه علي أن التأمينات العينية هي تعبير مرادف للحقوق العينية التبعية لأنها تمنح الدائن حق التقدم وحق التتبع فهي حقوق عينية لأنها تمنح الدائن سلطة مباشرة علي شئ وهي لذلك حقوق عينية ، كما أنها تبعية لأنها تقوم مستندة إلي دين لتكفل الوفاء به ، بحيث إذا لم يوجد الدين لما قامت الحاجة إليه ، وبحيث إذا انقضي هذا الدين ما عادت هناك ما عادت حاجة لبقاءها .

- أ . د / رمضان محمد أو مسعود و أ . د / همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ص ١٦ 1

- أ . د / أحمد سلامة ص ٣٤ رقم ٩ ، أ . د / منصور مصطفى منصور ، ص ١٠ رقم ٤ ، أ . د / جلال محمد 2
إبراهيم ، و أ . د / أحمد محمد سعد السابق ص ١٣

وقد أشار إليه أ . د / شقيق شحاتة ص ٩ حيث ينكر علي التأمينات العينية كونها حقوق عينية تبعية ولم يناصر هذا الرأي أحد من الفقه .

ومع ذلك يلاحظ أن الحقوق العينية التبعية لا تؤدي إلى تجزئة حق الملكية كما هو الشأن بالنسبة للحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية ولذلك يصبح القول أن التأمين العيني لا بد علي الشيء ذاته بقدر ما يرد علي حق الملكية علي الشيء ، فتظل سلطات الملكية كلها للمالك ومع ذلك فهي تصبح في مجموعها مرهونة لضمان دين الدائن¹.

القانون المدني المصري والتأمينات العينية :

أخذ المشروع في القانون المدني القديم نظم التأمينات العينية عن القانون الفرنسي مع إدخال تعديلات جوهرية عليه ، فلم ينقب عنه الرهن القانوني .

كما أنه أزال عيوب الرهن القضائي فيما سماه بحق الاختصاص ، واقتصر الشارع في التقنين المدني الجديد علي إجراء تعديلات تفصيلية وان كانت في بعض الأحيان هامة لا تمس أسس التنظيم القديم².

وفي التقنين المدني الحالي جمع المشرع التأمينات العينية في كتاب واحد وبذلك وضع رهن الحيازة في مكانة بين رهون الاخرى ، فأصلح عيبا وقع فيه التقنين³.

وتنظم التأمينات العينية جميعا فكرة واحدة هي فكرة الرهن ضمانا لوفاء الدين فيكون الرهن بمقتضي اتفاق في الرهن الرسمي ورهن الحيازة وبمقتضي أمر من القاضي في حق الاختصاص وبمقتضي نص في القانون في حقوق الامتياز أما الحق في الحبس فإن المشرع لا يعتبره حقا عينياً بل هو دفع يبيده من له حق التمسك به .

1- أويري وروط ٦ ، ج ٣ ف ١٦٥ هامش ٤ بلاتبول وريير وبيكية ج ١٢ ف ٣ ، ٣٢٨ ديبير وبولانجيه ج ٢ ف ١

٣٦٠١٣٥٨١ جوسران ج ٢ ف ١٨٦٧ مشارا إليه في أ . د / سمير تناغو السابق ص ١

2- أ . د / محمود جمال الدين زكي - السابق - ص ١٥٦

3- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ٧ الحقوق التبعية أو التأمينات العينية - مطبعة دار الكتاب العربي

وقد قدم القانون المدني الرهن الرسمي علي غيره من رهون لأنه أوسعها انتشارا وأكبرها خطراً ، ثم أعقب الرهن الرسمي بحق الاختصاص لأنه حق مصوغ علي غرار الرهن الرسمي والإحكام بينهما مشتركة وتلا ذلك رهن الحيازة وهو رهن واسع الانتشار في البيئات الزراعية فلم يبق إلا حقوق الامتياز تختم بها التأمينات العينية¹.

وهذه التأمينات أربعة نظمها القانون المدني في المواد من ١٠٣٠ – ١١٤٩ وهي :

1. الرهن الرسمي Hypotheque

وهو عقد رسمي به يكسب الدائن علي عقار حقا عينيا يكون له بموجبه أن يتقدم علي الدائنين أو التاليين له في المرتبة . وهنا يتخلي الراهن عن حيازة العقار ، وهذا لا يقع إلا علي العقارات .

2. الرهن الحيازي Natissement

وهو عقد بمقتضاه يسلم المدين للدائن أو إلي أي شخص آخر مال ضمانا لدين عليه والدائن يحبس الشئ عنده حتى يستوفي دينه ، وهذا الرهن يرد علي المنقولات والعقارات ، وفيه ينتقل الشئ المرهون إلي الدائن المرتهن ولذا يسمى بالرهن الحيازي .

3. حق الاختصاص Prerogative

وهو حق يتقرر علي عقار بأمر من القاضي رئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار ، ولا بد من قيد الاختصاص حتى يمكن الاحتجاج به .

4. حق الامتياز privileges

1 - المرجع السابق : نفس الوضع 1

هو أولوية يقررها القانون لحق مع مراعاة منه بصفته (م ١٢٣) وحق الامتياز يعطي أولوية في التقدم وهو إما أن يكون حق امتياز عام علي جميع أموال المدين عقارات ومنقولات ، كالأموال التي تستحق للخزانة العامة وإما خاص هو يرد علي مال معين ، كامتياز المؤجر علي منقولات المستأجر ضمانا للوفاء بالأجرة .

وبعد أن تعرضنا لمفهوم التأمين في الشريعة العامة في القانون المدني ، فإننا في هذا البحث المتواضع سوف نبحت التأمين العيني في قانون التمويل العقاري القانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١ مقتصرين بصفة أساسية علي الرهن الرسمي

المبحث الثالث

النطاق الشخصي للتأمينات العينية في قانون التمويل

العقاري ١٤٨ لسنة ٢٠٠١

مقدمة

قبل الحديث التأمينات العينية في قانون التمويل العقاري ١٤٨ لسنة ٢٠٠١ لا بد من التحدث في عجلة عن قانون التمويل العقاري ، ثم نبحت بعد ذلك في التأمين العيني في قانون التمويل العقاري .

ومشروع قانون الرهن العقاري الذي عدلت تسميته فيما بعد إلى التمويل العقاري ، لم يتضمن استثناء من المادة ١٠٥٢ من القانون المدني وإنما يتضمن اختصاراً لبعض إجراءات قانون المرافعات ومرد أعداد مشروع قانون التمويل العقاري بواسطة لجان متتالية تعمل تحت إشراف وزير الاقتصاد ومستشاره القانوني وبمشاركة من شخصيات أمريكية وكانت الدراسات تجري باللغة الانجليزية للاستفادة من تجارب سابقة لدول أخرى وكانت أعمال كل لجنة تحال بعد الدراسة إلى لجنة تالية تواصل العمل على المشروع بالانجليزية ثم في النهاية تمت ترجمته وشاركت فيه وزارة العدل وأجريت عليه التعديلات النهائية وأحيل إلى مجلس الشعب فأقره¹ طبقاً لما نشر بالجريدة الرسمية².

ويتضمن القانون ٥٢ مادة³ تضمن الباب الأول أحكام عامة (المواد من ١ – ٥) وتضمن الباب الثاني اتفاق التمويل (المواد من ٦ – ٩) وفي الباب الثالث تناول

- د / محي الدين إسماعيل علم الدين - المرجع السابق - ص ١٠ ، ص ١١١

- الجريدة الرسمية العدد ٢٥ (مكرر ؟) في ٢٤/١٦/٢٠٠١ 2

- علاوة على قانون الإصدار (أربع مواد) 3

المشروع قيد الضمان وحواله الحقوق الناشئة عن اتفاق التمويل (المواد من ١٠ – ١١) وفي الباب الرابع التنفيذ علي العقار (المواد ١٢ – ٢٧) وفي الباب الخامس شركات التمويل العقاري (المواد ٢٨ – ٣٤) وفي الباب السادس ضمانات التمويل العقاري (المواد من ٣٥ – ٤١) وفي الباب السابع الرقابة (المواد ٤٢ – ٤٤) وفي الباب الثامن والأخير العقوبات (المواد ٤٥ – ٥٢)

ثم صدر قرار إلي مجلس الوزراء ، رقم السنة ٢٠٠١ بإصدار اللائحة التنفيذية¹ لقانون التمويل العقاري الصادر بالقانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١ وعلاوة علي مواد الإصدار ، ثلاث مواد تناولت اللائحة التنفيذية لقانون لتمويل العقاري في الباب الأول أحكام عامة (المواد ١ – ٦) ، وفي الباب الثاني التصرف في العقار الضامن وتأجيله والتعجيل بالوفاء المواد (٧ – ١١) ، وفي الباب الثالث قيد الضمان العقاري وحواله الحقوق الناشئة عن اتفاق التمويل (المواد ١٢ – ١٦) ، وفي الباب الرابع التنفيذ علي العقار الضامن المواد من (١٧ – ٢٦) وفي الباب الخامس تناول المشروع شركات التمويل العقاري (المواد من ٢٧ – ٣٧) ، وفي الباب السادس خبراء التقييم والوكلاء العقاريون والوسطاء في فصل أول أدرج المشرع الأحكام العامة المواد ٣٩ – ٤٣ وفي فصل ثاني تعرض لخبراء التقييم (المواد ٤٤ – ٤٧)

وفي فصل ثالث تعرض المشرع لوسطاء التمويل العقاري (المواد ٤٩ – ٥٢) وفي الباب السابع تعرض ل ضمانات التمويل العقاري (المواد ٥٣ – ٦١) وبعد أن عرضنا في عجلة لقانون العقاري نعرض في مبحث أول لنطاق الحق في الضمان من الأشخاص وفي مبحث ثان نعرض للتأمين العيني في قانون التمويل العقاري .

المطلب الأول

نطاق الحق في الضمان من حيث الأشخاص

نصت المادة ١ من قانون العقاري علي أن :

تسري أحكام هذا القانون علي نشاط التمويل للاستثمار في مجالات شراء أو بناء أو ترميم أو تحسين المساكن والوحدات الإدارية والمنشآت الخدمية ومباني أحال المخصصة للنشاط التجاري ، وذلك بضمان حق الامتياز علي العقار أو رهنه رهناً رسمياً أو غير ذلك من الضمانات التي يقبلها الممول طلقاً للقواعد والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون .

ويطلق علي هذا التمويل اسم " التمويل العقاري " وعلي ذلك الضمان اسم " الضمان العقاري " وعلي العقار المحمل بحق الامتياز أو بالرهن الرسمي أو بغير ذلك من الضمانات اسم العقار الضامن وعلي المشتري أو من حصل علي التمويل في غير حالة الشراء اسم " المستثمر " ويعفي قيد هذا الضمان وتجديد شطبه من جميع الرسوم والمصروفات

وقد حدد نص المادة الأولى نطاق تطبيق القانون رغبة منه في تنشيط عمليات البيع والشراء وزيادة الثروة العقارية بأنه يشمل :

- شراء أو بناء أو ترميم أو تحسين الوحدات السكنية .
- شراء أو بناء أو ترميم أو تحسين الوحدات الإدارية .
- شراء أو بناء أو ترميم أو تحسين المحال التجارية .

ولم يقصر المشرع عملية الإقراض أو التمويل علي الشراء أو البناء ، بل جعل نطاقها أوسع من ذلك بحيث تشمل عملية تحسين المباني سواء كانت مبان سكنية أو وحدات إدارية أو محال تجارية ، وبذلك تكون عملية التمويل تشمل كل ما يتعلق بال عقار شراء أو بيعا أو ترميما أو تحسينه فكل ما يتعلق به .

المطلب الثاني

الجهات التي تملك مزاولة نشاط التمويل العقاري

حدد قانون التمويل العقاري رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١ الجهات التي تملك مزاولة نشاط التمويل العقاري علي سبيل الحصر واشترط أن تكون هذه الجهات مسجلة في سجل تعده الجهة الإدارية المختصة لهذا الغرض وهذه الجهات وهي:¹

الأشخاص الاعتبارية العامة التي يدخل نشاط التمويل العقاري ضمن أغراضها 1. ومن أمثلة ذلك ما تقررته المادة ٧ من القانون ١٤١ لسنة ١٩٨١ في شأن الأراضي بتمويلها في موازنتها طبقا للقانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٧٩ وتمنح أجهزة الدولة² المختصة الأولوية كما تكفل التيسرات وأوجه الرعاية لمعاونة ودعم إقراض :
أ - وحدات التعاون في مجال الاستصلاح والاستزراع .

ب - الأفراد من الفئات الاجتماعية (مثل المسرحين واسر الشهداء)

ج - الشركات والأفراد والجهات إلي تعمل في مجال الاستصلاح والاستزراع وتتعهد وتقوم بالتصرف في الأراضي بعد الاستصلاح والاستزراع .

- المادة (٣) من ق ٤٨ لسنة ٢٠٠١

- د / محي الدين إسماعيل عليم الدين السابق - ص ٣ ، و د / ممدوح المسلمي - أصول القانون الزراعي ص 2٤٠

ويكون للجهات المقرضة امتياز عام علي جميع أموال المدين في مرتبة المبالغ المستحقة للخزانة العامة وسابقة علي أي امتياز أخر عدا المصروفات القضائية والضرائب والرسوم ومستحقات الهيئة المختصة فهذا نوع من التمويل .

شركات التمويل العقاري 1 والتي تتخذ شكل شركة مساهمة مصرية وإلا يقل 2. رأس مالها والمدفوع منه عن الحد الذي تبينه اللائحة 2.

وقد صدرت اللائحة التنفيذية وحددت رأس المال المصدر بما لا يقل عن خمسين مليون جنية ولا يقل المدفوع منه عند التأسيس عن الربيع وأن يتم الوفاء بالباقي خلال مدة لا تجاوز سنة من تاريخ قيد الشركة بالسجل التجاري (م ٢٧ من اللائحة) .

ورغم أن نص المادة ٢٧ من اللائحة يفهم منه أنه يجب إلا يقل رأس مال الشركة المصدر عن خمسين مليون جنية إلا أن المادة ٢٩ من نفس اللائحة يفهم منه أن رأس المال قد يقل عن ذلك إذ تنص المادة ٢٩ من اللائحة علي انه:

" يكون رسم الترخيص خمسة آلاف جنية للشركات التي لا تتجاوز رأسمالها خمسين مليون جنية ، عشرة آلاف جنية للشركات التي يجاوز رأسمالها هذا الحد "

وذلك يكشف عن تناقض بين نصوص اللائحة ويجب علي المشرع أن يتدارك هذا الخطأ ويقدم طلب الترخيص علي النموذج الذي تعده الهيئة لذلك وترفق به ما يلي :

أ – العقد الابتدائي للشركة ونظامها الأساسي .

ب – السجل التجاري للشركة .

- المادة (٣) ق التمويل العقاري ١٤٨ لسنة ٢٠٠١

- المادة ٢٨ من القانون السابق 2.

- ج – بيان بمؤهلات وخبرات مديري الشركة ومديري الفروع .
- د – إقرار من مؤسس الشركة ومديرها بعدم صدور حكم بإفلاس أي منهم خلال السنوات الخمس السابقة أو شهادة برد اعتباره .
- هـ - إقرار من مؤسس الشركة ومديرها وأعضاء مجلس إدارتها بعدم سبق الحكم علي أي منهم خلال السنوات الخمس السابقة بعقوبة جنائية أو عقوبة جنحة في جريمة ماسة بالشروع أو الأمانة أو شهادة برد اعتباره .
- و – شهادة من مراقبين للحسابات من المقيدة أسمائهم لدي الهيئة بعقود مراجعة حسابات الشركة .
- ز – الإيصال الدال علي سداد رسم طلب الترخيص .

الفصل الثاني

التأمين العيني في قانون التمويل العقاري

مقدمة :

حددت المادة الأولى من قانون التمويل ضمانات التمويل العقاري بأنها :

1. ضمان حق الامتياز علي العقار .
2. ضمان الرهن الرسمي ولا يشمل رهن العقار رهنا حيازيا لأن الحيازة تبقي إلي المقترض ولا تنتقل الي البنك الممول
3. الضمانات الاخرى التي يقبلها الممول طبقا لائحة التنفيذية للقانون .

المبحث الأول

ضمان حق الامتياز علي العقار

تعريف الامتياز

عرفت المادة ١١٣٠ من القانون المدني الامتياز بأنه " أولوية يقرها القانون لحين معين مراعاة منه لصفته ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانون " قدر المشرع في التفنين المدني ثلاثة حقوق امتياز خاصة ترد علي عقار وهي :

1. التمويل بضمان حق امتياز البائع للعقار :

نصت المادة ١١٤٧ من القانون المدني علي أنه :

1. ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز علي العقار . المبيع .

2. ويجب أن يقيد الامتياز ولو كان المبيع مسجلا ، ويكون مرتبته من وقت القيد .

والحق الممتاز هو الثمن وملحقاته ، كالفوائد والمصاريف التي يلتزم بها المشتري . ولا يهم ما إذا كان الثمن مؤجلا أو مستحق الأداء أو ما إذا كان يدفع مرة واحدة أو علي أقساط متعددة .. ولا يدخل في الحق الممتاز أي مبالغ أخري كتعويض يلتزم المشتري بدفعه إخلاله بالتزاماته .¹

قيد الامتياز :

كان تسجيل عقد البيع في القانون المدني السابق كاف لشهر امتياز البائع متى ذكر العقد أن الثمن لم يدفع كله أو بعضه وتثبت مرتبة الامتياز من تاريخ هذا التسجيل¹ بيد أن التقتين المدني الجديد لم يأخذ بالقاعدة السابقة ونص في المادة ١١٤٧ / ٢ علي وجوب قيد الامتياز لو كان عقد البيع مسجلا وتكون مرتبته من وقت القيد . وهذه نفس القاعدة التي وضعها المشروع للحقوق العينية التبعية التي تقع علي عقار .

وقد تطلب قانون التمويل العقاري القيد أيضا لحق الامتياز وان كان المشرع لم يشر لذلك صراحة وإنما نص المشرع في قانون التمويل العقاري علي إعفاء قيد الضمان وتجديده وشطبه من جميع المصروفات والرسوم م ١ ق ١٤٨ لسنة ٢٠٠١ موصي عليه بعلم الوصول . فلا يكفي إرسال خطاب عادي .

سادسا : في حالة رفض طلب القيد يجب أن يكون القرار الصادر بالرفض مسببا وفي فرنسا نصت المادة ٣٠١٣ علي الامتياز الخاص علي العقار فقد نصت المادة علي الديون الممتازة علي العقارات تكون

- للبائع علي العقار المبيع بالنسبة لدفع الثمن .
- وفي حالة تتابع البيوع .. يكون البائع الأول مفضل علي الثاني والثاني علي الثالث .²

١ - أ . د / سليمان مرقس المرجع السابق ف ٣٨٩

٢ - Art, 2103 Les créanciers privilégiés sur les immeuble sont :

الامتياز الخاص بمؤجر العقار :

قد يقع التأجير من الباطن بواسطة المقترض أو البنك نائباً عنه وقد عالج القانون المدني في المادة ١١٤٣ الامتياز الخاص بمؤجر العقار فنصت علي أن :

1. أجرة المباني والأراضي الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار أن قلت عن ذلك وكل حق آخر للمؤجر بمقتضي عقد الإيجار يكون لها جميعاً امتياز علي ما يكون موجوداً بالعين المؤجرة ومملوكاً للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محول زراعي .
2. ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجـة المستأجر أو كانت مملوكة للغير ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة .

D le vendeur sur l'immeuble vendu, pour le payement du prix s'il y a plusieurs ventes successives dont le prix soit du' en tout ou en partie le premier vendeur est préféré au second, le deuxième au troisième et ainsi de suite.

راجع حكم :

- Civ. 3, 6 Janvier 1982. Bull. Civ. U11Ī, No. 4.

الحكمة من تقرير هذا لضمان الامتياز

الحكمة من تقرير هذا الامتياز هو توفير الائتمان للمدين بتسهيل حصوله علي مسكن يأويه أو أرضا زراعية تكسب من ورائها علي اعتبار أن ضمان حق المؤجر بالامتياز الواردة في المادة ١١٤٣ لها يدفعه إلي التشدد في طلب تعجل حقوقه المتولدة عن عقد الإيجار علاوة علي توفير مصدر زرق له¹.

ويلاحظ أنه علي الممول أن يحتاط في حالة وجود امتياز للمقاول والمهندس المعماري لأنه يضعف تأمين الممول ، وسوف نعرض لامتياز المقاول والمهندس المعماري .

امتياز المقاول والمهندس المعماري يضعف التأمين العيني الخاص بالمول

نصت علي هذا الامتياز المادة ١١٤٨ من القانون المدني إذ نصت علي أن :

المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم في 1. تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو صيانتها يكون لها امتياز علي هذه المنشآت ولكن بقدر ما يكون زائد بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه .

ومحل الامتياز هنا ما زاد في قيمة العقار بسبب تشييد الأبنية أو المنشآت 2. الأخرى أو ترميمها أو صيانتها وبقي قائما إلي وقت بيع العقار بخلاف امتياز مصروفات الصيانة في المنقول ، فالامتياز يقع علي كل المنقول لا علي ما زاد

١- أ . د / رمضان محمد أبو السعود ، و أ . د / همام محمد محمود زهران – السابق ص ٥٧٤ وراجع أ . د / عبد الرازق 1

السنهوري – الوسيط . الجزء العاشر ص ٩٧٤

فيه بسبب هذه المصروفات وقد تقدم ذكر ذلك¹ ومرتبة هذا الامتياز يجب قيد
تحدد من وقت القيد .

امتياز المتقاسم في العقار :

نصت المادة ١١٤٨ من القانون المدني علي هذا الامتياز فجرت كلماتها تقول
للشركاء الذين اقتسموا عقارا حق امتياز عليه تأمينا لما تخوله القسمة من حق في
رجوع كل منهم علي الآخرين بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة ، ويجب أن
يقيد هذا الامتياز وتكون مرتبته من وقت القيد .

ويلاحظ أن محل الامتياز : الحصة المفرزة التي وقعت في نصيب كل متقاسم كما في
المنقول².

ويحدد القانون مرتبة الامتياز ، فإذا لم ينص صراحة في حق ممتاز علي مرتبة
امتيازه ، كان هذا الحق متأخرا في المرتبة عن كل امتياز ورد في هذا الباب .

وإذا كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة ، فأنها تستوفي بنسبة قيمة كل منها ما
لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

وفيما يتعلق بانقضاء الامتياز نؤجله لما بعد التعرض للرهن الرسمي ، لأن المادة

١٣٣٦ من القانون المدني قضيت بأن ينقضي حق الامتياز بنفس الطرق التي

ينقضي بها الرهن الرسمي وحق رهن الحيازة ووفقا لأحكام انقضاء هذين الحقين ما
لم يوجد نص خاص يقضي بغير ذلك .

1 - الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٣٢٩

2 - مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ١١٤٩

المبحث الثاني

الرهن الرسمي كضمانة للتمويل العقاري في قانون

التمويل العقاري

في هذا البحث سوف نعرض للرهن الرسمي كضمانة للتمويل العقاري في قانون التمويل العقاري المصري وفي التشريعات المقارنة .

وفي مطلب أول ، سوف نعرض للرهن الرسمي في قانون التمويل العقاري في القانون المصري . وفي مطلب ثان نعرض للرهن الرسمي في التشريعات المقارنة . وفي مطلب ثالث نعرض لمشروع قانون حماية مستخدمي القروض المضمونة بالرهن بالولايات المتحدة الأمريكية .

المطلب الأول

الرهن الرسمي في قانون التمويل العقاري في القانون المصري

تعريف الرهن الرسمي :

عرفت المادة ١٠٣٠ من القانون المدني الرهن الرسمي بأنه :

عقد به يكسب الدائن علي عقار مخصص لوفاء دسنه حقا عينيا ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم علي الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون .

ويتميز الرهن باعتباره حقا يترتب للدائن بأنه حق عيني تبعي وذلك حق عقاري وأخيرا حق لا يتجزأ .

بيد أن الشارع في بعض الدول كالمشرع الألماني وفي الدول التي جرت علي نسقها قد أنكر علي الرهن صفة التبعية اللصيقة به في القانون الروماني ، وفي الدول التي

أخذت عنه كفرنسا ومصر ليصير حقا عينيا له وجود مستقل وذاتي عن الدين فيكون بالتالي حقا أصليا وليس تبعياً¹.

أهمية الضمانة العقارية المتعلقة بالرهن الرسمي :

يؤلف العقار المرهون لصالح القرض أساس الضمانة التي تقوم وذلك لسببين أساسيين وهما :

1. إذا كانت القيمة السوقية تفوق رصيد القرض ، فإذا المقترض يندفع نحو الاحتفاظ بملكية المسكن أو العقار ، وحتى إذا عجز عن التسديد ، فإنه سوف يسعى إلي بيع المسكن أو العقار بمعرفة المصرف وتسديد التزاماته القائمة بدلا من إتاحة المجال للمصرف لبيعها في السوق ومثل هذا البديل يربح المصرف أيضا لأنه يخلصه من أعباء بيع الضمانة .

2. إذا عجز المفترض عن الوفاء بالتزاماته ، فإن القيمة السوقية للضمانة ستحدد ما يمكن للمصرف استرداده من رصيد القرض (كلا أو جزاء) بعد الحجز عليها فإذا كانت القيمة السوقية عالية فإن المصرف لا يعاني من أية خسارة² قواعد إنشاء الرهن :

الرهن الرسمي عقد يجب أن تتوافر فيه أركان العقد شأنه شأن أي عقد فلا بد من وجود التراضي ولا بد من سلامة التراضي من العيوب وهي نقص الأهلية والغلط والتدليس والإكراه ولا بد من توافر المحل والسبب .

والأهلية اللازمة للمرتهن هي أهلية الصبي المميز لأن الرهن بالنسبة له تصرفا نفعا محصنا الراهن – لان الرهن يرتب حقا عينيا علي عقار ، وبالنسبة لأهلية المرتهن

1- أ . د / جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص ١٥٦

2- أ . د / خليل الشماح – السابق – ص 2٧٠

وهو البنك أو شركة التمويل العقاري فلا تثور مشكلة الأهلية لأن البنك شخصية معنوية يكتسب الأهلية من يوم إنشائه وقيدته في السجل التجاري .

فيجب أن يكون الراهن أهلا للتصرف في هذا العقار ، لأن الرهن عمل من أعمال التصرف ونحاول أن نعرض للمسائل الخاصة بالرهن الرسمي مع المقارنة بقانون التمويل العقاري ، ولن نرد بالقواعد العامة ، فنعرض للمسائل الآتية :

- ملكية الراهن للعقار المرهون : في القانون المدني وفي قانون التمويل العقاري نصت المادة ١٠٣٢ علي أنه يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين كما يجوز أن يكون شخصيا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين .
- وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه .

ويلاحظ أنه إذا كان المشرع في القانون المدني يتطلب ملكية الراهن للعقار المرهون ، إلا انه في بعض الأحوال يكون الرهن واقع علي ملكية شائعة . وهنا يكون الرهن صحيحا إذا كان الرهن صادر من جميع الشركاء علي الشيوع

(المادة ١٠٣٢ / ٢ مدني) ولا اثر لانتهاء الشيوع بالقسمة وفقا لمبدأ عدم التجزئة¹ .

وإذا كان الرهن صادر من أحد الشركاء علي الشيوع ، ورهن الشريك حصته الشائعة كان مالكا لها وينتج الرهن أثره وان قام الشريك برهن العقار الذي لا يملك فيع إلا حصة شائعة يعتبر الرهن أثره وان قام الشريك برهن العقار الذي لا يملك فيه

١ - أ . د / عبد الفتاح عبد الباقي : التأمينات الشخصية والعينية القاهرة ١٩٥٠ ص ٢٢٣ .

وقد نصت المادة ١٠٣٩ / ١ علي حفظ أثر الرهن مهما كانت منحة القسمة ، ونصت علي انه (يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع أيا كانت النتيجة التي تترتب علي قسمة العقار فيما بعد أو علي بيعه لعدم مكان قسمته .

إلا حصة شائعة يعتبر الرهن وافقا علي ملك الغير مما زاد عن نصيبه وان آل إليه العقار فيما بعد كان الرهن صادرا من مالك نظراً للأثر الكاشف للقسمة .

ولا يجوز للشريك المشتاع أن يتصرف في جزء مفرز من المال الشائع ولو كان معادلا لحصته الشائعة لأنه لا يملك أية جزئية ملكية خاصة ويكون للرهن الذي يرتبه جميع الشركاء قبل القسمة مرتبة متقدمه علي الرهن الصادر من أحدهم¹

الرهن الواقع علي شرط فاسخ

يعتبر الرهن علي شرط فاسخ رهن واقع علي ملكية مهدده ويعتبر الرهن صحيحا قبل تحقق الشرط و أمام بعد تحققه يعتبر الرهن واقعا علي ملك الغير أعمالا لفكرة الأثر الرجعي .

الرهن الواقع علي شرط واقف

يعتبر الرهن الواقع علي شرط واقف صحيحا ويكون معلقا علي ذات الشرط ويتأكد بحد الرهن بتحقيق الشرط الواقف منذ نشوئه أعمالا لفكرة الأثر الرجعي ، وإذا تخلف الشرط زال سند الراهن منذ نشوئه أيضا .

حماية الدائن المرتهن حسن النية الحكمة من إقامتها

1 - أ . د / جمال الدين زكي - السابق ١٥٧ وكانت محكمة النفص الفرنسية قد ترددت في تقرير نفاذ الرهن في مواجهه 1 الشريك المتقاسم الذي وقع العقار كله في نصيبه ١٩٠٩/١/١٢ وبالغت في اعمال الأثر الرجعي للقسمة وقررت انه اذا كانت نتيجة القسمة أن اصبح العقار في نصيب واحد فقط من الشركاء فان الرهن لا يبقى نافذا في حقه الا بقدر نصيبه في العقار الشائع قبل القسمة . علي أساس ان مقتضى الأثر الرجعي للقسمة ان بعد القسمة يكون غيره من الشركاء الذي لم يدخل العقار في نصيبهم المقرر كأنهم لم يمتلكوا ابدأ هذا العقار . وبالتالي يعتبر الرهن الصادر منهم اثناء الشيوخ رهنا صادرا من غير مالك ولا ينفذ في حق الشريك الذي آل اليه بعد التنفيذ كل العقار .

1 - أ . د / سمير يناغو - السابق ص ١٨٨

1 - أ . د / رمضان أبو السعود همام محمود زهران السابق ص ٢٣٢

ميز المشرع في التقنين المدني الحالي المختلط الدائن المرتهن رهنا رسميا عن غيره من الدائن ذوي التأمينات العينية بل وعن جميع أصحاب الحقوق العينية بحماية قوي لم يأخذها عن المجموعة المدنية الفرنسية أو عن قانون دولة أخرى بل كانت وليدا ابتكاره البحث مؤداها إبقاء الرهن قائما رغم انحلال سند الرهن خلافا للمبدأ العام القاضي بأن زوال حق الناقل يترتب عليه زوال حق الملتقي والذي طبقة الشارع في اثر إحلال التصرف كما انه رغم وقوعه علي ملك الغير ظل الرهن قائما خلال للمبدأ العام القاضي بأنه لا يجوز للشخص أن ينقل لغيره حقوقا ليسه له وعلل الفقه ذلك بالرغبة في تشجيع الائتمان العقاري في وقت كانت مصر في اشد الحاجة إليه .

لكن البعض¹ يذهب إلي أن الهدف كان محاباة الدائن المرتهن الأجنبي²

وقد نصت المادة ١٠٣٤ من القانون المدني علي انه :

يبقي قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي يقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر . إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي ابرم فيه الرهن .

وجاءت بمذكرة المشروع التمهيدي أن المشروع قد جمع في هذا المادة ما تناثر في التقنين الحالي من نصوص أريد منها حماية الدائن المرتهن حسن النية فنص علي أن الرهن يبقي صحيحا إذ صدر من مالك تقرر بعد ذلك بطلان سند ملكيته ... أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر (راجع مثلين لذلك في المادة ٦٤٥) وتتناول رهن ما باعه المريض مرض الموت والمادة ١٣٥٢ وتتناول رهن ما يجاوز نصاب الوصية علي أن يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت الرهن.

١- أ . د / جمال الدين زكي السابق ص 1١٨١

٢- الرجوع السابق نفس الوضع 2

كذلك يكون صحيحا الرهن الصادر من غير المالك إذا كان الراهن الصادر من غير المالك إذا كان الراهن قد وضع يده علي العقار المرهون الخمس السنوات السابقة علي صدور الرهن ، فلا يكفي إذن حيازة مدتها خمس سنوات إذا لم تكن متوالية أو كانت متوالية ولكنها لم تكن سابقة مباشرة علي صدور الرهن ، كذلك لا يكفي حسن نية الدائن المرتهن يل يجب أيضا أن يكون حسن النية قائما علي أسباب معقولة جعلت هذا الدائن يعتقد أن الرهن مالك العقار المرهون ، وبديهي أن المفروض في كل ذلك أن الراهن لا يملك العقار المرهون بهذه الحيازة ، أما لأنه لم يكن حسن النية (ولأنه ليس لديه سبب صحيح) وإلا لم تكن هناك حاجة إلي النص استثناء علي صحة الرهن الذي صدر منه .

وفي الأحوال التي يضع فيه الرهن الصادر من غير مالك يمكن القول أن غير المالك الذي صدر منه الرهن هو نائب عن المالك نيابة قانونية تبررها حماية الدائن المرتهن حسن النية أو يقال أن الرهن الرسمي ، كما يكسب بالعقد يكسب كذلك بالسند الصحيح الصادر من غير المالك وفي أحوال معينة إذا اقترب السبب الصحيح بحسن النية . وعلي كل حال اعتبار المالك الحقيقي للعقار لا الشخص الذي صدر منه الرهن وهو الراهن ، وهو الذي يتخذ الدائن المرتهن ضد إجراءات ضد نزاع الملكية أو يستمر في اتخاذ ما إذا كان قد بدا هذه الإجراءات في مواجهة من صدر منه الرهن .

ويلاحظ في هذا الصدد أن الشخص قد يجد عقاره مرهونا في دين ليس له في ذمته ويتدرج مركز هذا المالك من شخص هو الذي رتب الرهن وهذا هو الكفيل العيني إلي شخص لم يرتب الرهن ولكن الرهن نشأ والعقار في ملكيته وهذا هو مركز المالك الذي يسري في حقه الرهن الصادر من غير مالك كما الفرض المتقدم إلي شخص لم يرتب الرهن ولم ينشأ الرهن والعقار في ملكيته بل انتقلت إليه ملكية العقار وهو

مرهون وهذا هو الحائز للعقار ويحسن تمييز هذه الحالات بعضها عن بعض ، فقد تختلف الأحكام إلي تطبق في كل حالة¹

حكم رهن ملك الغير

يشمل رهن ملك الغير حالة الرهن الصادر من شخص باسمه ولحسابه علي عقار غير مملوك له .

وقد ذهب الفقه الفرنسي أمام غياب نص خاص إلي اعتبار أن رهن ملك الغير يعتبر باطلا بطلانا مطلقا لأنه تطبق من تطبيقات رهن المال المستقبل² (م . ٢١٣) .

وقد ذهب جانب من الفقه المصري في كل القانون السابق إلي اعتبار رهن ملك الغير باطلا بطلانا مطلقا . أما في ظل القانون المدني الحالي .

فقد اعتبر المشرع المصري في القانون المدني الجديد رهن ملك الغير رسميا باطلا بطلانا نسبيا توحيدها للحكم في حالة ملك بيع الغير وتحقيقا للاتساق التشريعي³ فقد نص المشرع علي ذلك في المادة ١٠٣٣ ويعتبر العقد باطلا بطلانا نسبيا فيما بين الرهن والمرتهن ولا ينفذ الرهن في مواجهه المالك الحقيقي .

1 - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج ٧ ص ٩ - ٢٠ 1

2 - أ . د / رمضان محمد أبو السعود ، أ . د / همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ص ٢٤٤ وتنص المادة ٢١٣٠ مدني فرنسي علي انه:

"les biens à venir ne peuvent par être Hypothèques ..." (Déc. no. 55, 22 du 4 Janv. 1955.

3 - أ . د / رمضان محمود أبو مسعود ، ود / همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ص ٢٤٦ 3

ورهن ملك الغير يكون صحيحا في حالتين إذا اقر المالك الحقيقي وهنا يكون كفيلا وفي حالة تملك الراهن ملكية العقار المرهون . وفي كلا الحالتين لا يعيده إلا منذ الإقرار أو من وقت اكتساب الراهن لملكية المرهون الرسمية في عقد الرهن :

تطلب قانون التمويل العقاري في حالة اختيار الممول أو المستثمر أو المشتري الرهن الرسمي ضمانا للتمويل العقاري قيد الرهن وعلاوة علي قيد الضمان العقاري كما سبق الإشارة فيجب أن ينعقد الرهن بورقة رسمية . والي هذا نصت المادة ١٠٣١ من القانون المدني والتي نصت علي انه لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية .

ونفقات العقد علي الراهن إلا إذا اتفق علي غير ذلك

ويطبق الرهن الرسمي علي العقد الرسمي وعلي الحق العيني الذي ينشئه هذا العقد فالرهن عقد يتم بين الراهن والدائن المرتهن .

ويكون الراهن هو عادة المدين ، وقد يكون ، غير المدين فيسمى كفيلا عينيا والرسمية ركن في العقد لا يقوم بدونها ونفقات العقد من كتابة ورسوم وقيد وغير ذلك يكون علي الراهن إلا إذا كان هناك اتفاق علي شيء آخر . إما حق الرهن فهم سلطة للدائن علي العقار المرهون يستوفي بمقتضاها الدين من ثمن هذا العقار فان استوفاه في مواجهه دائن آخر سمي هذا تقدما . وان استوفاه في مواجهه من انتقلت ملكية العقار المرهون إليه سمي هذا أتتبعاً¹

وبالنسبة لقانون العقاري فقد اعفي قيد الضمان بمأمورية الشهر العقاري من الرسوم والمصروفات وسواء تعلق الأمر بقيد الضمان أو تجديده أو شطبه فالإعفاء يشمل الحالات الثلاث .¹

أجراء خاص بالحقوق العينية التبعية بينما التسجيل Inscription ويلاحظ أن القيد خاص بالحقوق العينية الأصلية² Transcription

وقد تطلب المشرع الفرنسي أيضا الامتيازات والرهن وذلك في المادة ٢١٤٦ وما بعدها فقد نصت المادة ٢١٤٦ علي انه:

Sont inscrits au bureau des hypothèques de la " situation des biens .

1. 10.Les privileges sur les immeubles, sous reserue .des seuls exceptions viséesx a'â l'article 2102 . l'gales Judiciares ou conventionelles.

2. les hypothèques légales

ونتفق مع الرأي الذي يري أن الرسمية شرطا رضا الطرفين ولا تكون في رضا الراهن وحده والنص واضح ولا اجتهاد مع صراحة النص ولا تخصص لعمومية النص بغير مخصص .

لكن هل يجوز أن يتم عقد الرهن في الخارج عن عقار موجود بمصر وفقا للشكل المقرر في قانون هذا البلد وفقا للمادة ٢٠ مدني والتي نصت علي أن العقور ما بين

- المادة (١) من ق ١٤٨ السنة ٢٠٠١ الخاص بالتمويل العقاري¹

- د / عبد الناصر توفيق العطار – التأمينات العينية ص ٦ 2

الإحياء تخضع للقانون الذي يسري علي إحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك .

اعتمد رأي التفارقة التي إقامتها المذكرة الإيضاحية لقانون بلد إبرام العقد إما الأوضاع الجوهرية في الشكل وهي التي تعتبر ركنا في انعقاد التصرف كالرسمية فلا يسري عليها إلا القانون الذي يرجع إليه للفصل في التصرف من حيث الموضوع¹

وجزاء تختلف الرسمية أن يصبح عقد الرهن الرسمي باطلا بطلانا مطلقا ولا يعتبر مجرد وعد بالرهن لأن الرسمية متطلبه أيضا في الوعد بالرهن .

التصرف في العقار الضامن :

نصت المادة ٧ من قانون التمويل العقاري علي أنه يجوز للمستثمر التصرف في العقار الضامن بالبيع أو الهبة أو غيرهما من التصرفات أو ترتيب أو حق عيني عليه وذلك بعد موافقة الممول وبشرط أن يقبل المتصرف إليه الحلول محل المستثمر في الالتزامات المترتبة علي اتفاق التمويل .

ويجوز للمستثمر تأجير العقار الضامن أو يمكن غيره من الانفراد بشغله وذلك بعد الحصول علي موافقة الممول وللممول أن يشترط حواله الحق في أجره العقار أو مقابل شغله وذلك وفاء لمستحقته .

ولا يجوز للممول رفض الموافقة علي التصرف في العقار الضامن أو تأجيره أو يمكن للغير من الانفراد بشغله إلا لأسباب جدية تتعرض معها مصالحه وحقوقه للخطر ويجب عليه أخطار المستثمر بهذه الأسباب كتابة خلال ثلاثين يوما من تاريخ

١- أ. د / رمضان محمود أبو السعود . و أ . د / همام محمد محمود زهران المرجع السابق ص ٢٨٥ وراجع أ . د / 1

إخطار المستثمر له برغبته في التصرف أو في التأجير أو تمكين الغير من الانفراد بشغل العقار وإلا أعتبر موافقا علي ذلك .

وللممول أن يشترط تضامن المستثمر مع المتصرف إليه في الوفاء بالالتزامات المترتبة علي اتفاق التمويل .

ويتضح من النص السابق أن المستثمر¹ له الحق في التصرف في العقار الضامن بالبيع أو الهبة وفي هذا يتفق قانون التمويل العقاري مع القانون المدني .

فقد نصت المادة ١٠٤٣ علي سلطة الراهن في التصرف في العقار المرهون فنصت علي انه يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون وأي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن .

فتصرف الراهن لا ينفذ في حق الدائن المرتهن متى كانت هذه التصرفات تم قيدها أو تسجيلها بعد قيد حق الدائن المرتهن .

بيد أن قانون التمويل العقاري أجاز للمستثمر التصرف في العقار الضامن بعوض أو عبر عوض بشروط :

لأبد من موافقة الممول علي هذه التصرفات سواء كانت بعوض أو بغير 1. عوض حتى يراقب مدي خطورة هذه التصرفات علي المستثمر (الدائن الراهن) .

وقد أحسن المشرع صنعا حينما اوجب علي الممول قبول هذه التصرفات وتطلب أن يكون الرفض لأسباب جدية تبرر عملية الرفض فلم يشأ المشرع إن يترك عملية القبول او الرفض تعلق علي مخض إرادة الممول .

1 - والمستثمر وفقا لقانون التمويل العقاري هو كل من حصل علي التمويل العقاري بعدد الاستثمار لشراء او بناء زو 1 ترميم او تحسين عقار

يشترط أن يقبل المتصرف إليه الحلول المستثمر في الالتزامات المترتبة علي 2. اتفاق التمويل وفي هذه الحالة فان الحائز للعقار يكون علي علم بالالتزامات المترتبة علي اتفاق التمويل .

وفي هذه يختلف قانون التمويل العقاري عن القانون المدني ففي القانون المدني يكون باطلا تعهد الراهن بالا يتصرف في العقار المرهون باطلا أما في قانون التمويل العقاري فتصرف الراهن معلق علي موافقة الممول .

وقد لخصت المذكرة التمهيدية للقانون المدني اثر الرهن بالنسبة إلي الراهن فذكرت انه : لا يفقد الراهن في الرهن الرسمي ملكية العقار المرهون ولا حيازته ولا حق التصرف فيه ، فهو يستطيع أن يتبع العقار أو يقايض عليه أو يهبه ولكن الملكية تنتقل مثقلة بالرهن ، ما دام الرهن قد قيد قبل تسجيل البيع أو المقايضة أو الهبة ، كذلك يستطيع الراهن أن يقرر علي العقار حقا عينيا أصليا كحق انتفاع أو حق ارتفاق ولكن هذه الحقوق لا تنفذ قبل الدائن المرتهن ، ولهذا أن ينفذ علي العقار خاليا من هذه الحقوق ويستطيع الراهن أخيرا أن يرتب علي العقار المرهون حق رهن آخر رسميا كان أو حيازيا ، كما يستطيع دائن له أن يأخذ علي العقار حق اختصاص بل يجوز أن يرتب علي العقار حق امتياز كما لو دخل في أعيان قسمت وترتب عليها امتياز المتقاسم ، ولكن حق الرهن الزول يتقدم علي كل هذه الحقوق وحرية الراهن في أن يتصرف في العقار المرهون علي النحو المتقدم لا يجوز أن يقيد بها اتفاق مع الدائن المرتهن ويكون باطلا تعهد الراهن للدائن المرتهن بالا يتصرف في العقار المرهون (م ١١٣٦ من التقنين الألماني)¹

وقد أجاز قانون التمويل العقاري للمستثمر تأجير العقار الضامن أو يمكن غيره يشغله وقد تطلب المشرع ضرورة موافقة الممول ورغم أن عملية تأجير العقار من

إعمال الإدارة وليست من أعمال التصرف أي أنها ليست من الخطورة إلا أن المشرع قد تطلب موافقة الممول .

بل أن المشرع سدا لى تحايل ورعاية لمصلحة الممول أجاز للممول أن يشترط حواله الحق في أجره العقار أو مقابل شغله وذلك وفاء لمستحقته .

وقد اوجب قانون التمويل العقاري على الممول في حالة رفضه للتصرف في العقار كما سبق وان اشرنا أو تأجيره أن يكون الرفض لأسباب جدية .

وقد أوضح المشرع المقصود بهذه الأسباب الجدية وهي التي يكون سبب الاعتراض فيها مرده ومبعثه تعرض مصالح الممول وحقوقه للخطر .

ويجب على الممول إخطار المستثمر كتابة بهذه الأسباب خلال مدة ثلاثين يوما من تاريخ أخطار المستثمر له برغبته في التصرف أو التأجير أو تمكين الغير من الانفراد بشغل العقار .

وجزاء عدم قيام الممول بهذا الأخطار خلال المدة المحددة أن المشرع اعتبر السكوت هنا دليلا على الموافقة¹.

وفي القانون المدني فقد نص المشرع على سلطة الراهن في استغلال العقار المرهون ونصت المادة ١٠٤٤ مدني على أن للراهن الحق في إدارة العقار المرهون ، وفي قبض ثماره إلي وقت التحاقها بالعقار .

فالرهن يستبقي حق التصرف في العقار المرهون ويستبقي كذلك عنصرى الملكية الآخرين حق الاستعمال وحق الاستغلال فله أن يستعمل العقار المرهون بنفسه وله أن يستغله فيجني ثمراته¹.

١ - المادة ٧ من قانون ١٤٨ لسنة ٢٠٠١

وقد نصت المادة ١٠٤٥ مدني علي اخص ما يتصل باستغلال العقار المرهون إيجاره وقبض أجرته علي إن : الإيجار الصادر من الراهن لا ينفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا أمكن اعتباره داخلا في أعمال الإدارة الحسنة .

2. وإذا كان الإيجار السابق علي تسجيل التنبيه تزيد مدته علي تسع سنوات فلا يكون نافعا في حق الدائن المرتهن إلا لمدة تسع سنوات ما لم يكن قد سجل ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن فوفقا للقانون المدني فالإيجار إن كانت مدته تزيد علي تسع سنوات (كانت ثلاث سنوات في القانون المدني السابق) فلا ينفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان مسجلا قبل قيد الرهن فان لم يكن مسجلا انزل إلي ثلاث سنوات بشرط أن يكون تاريخه الثابت سابقا علي تسجيل تنبه نزع الملكية وإلا فلا ينفذ إلا إذا انزل إلي مدة يمكن اعتباره فيها داخلا في أعمال الإدارة الحسنة ولم تعجل فيه الاخره فينزل إلي السنة أو السنتين أو الثلاث حسب الظروف إما إذا كان الإيجار لا تزيد مدته عن ثلاث سنوات فينفذ في حق الدائن المرتهن ولو غير مسجل ما دام ثابت التاريخ سابقا وسابقا علي تسجيل تنبه نزع الملكية فان لم يكن كذلك انزل إلي حدود الإدارة الحسنة علي النحو المتقدم والحكمة في هذه القيود أن الإيجار إذا زادت مدته علي ثلاث سنوات صار اقرب إلي أعمال التصرف ، فوجب أن يكون معروفا للدائن المرتهن عن طريق التسجيل ، وذلك قبل أن يفيد الرهن ويجب من ناحية أخرى أن يسبق الإيجار مهما كانت مدته تسجيل تنبيه نزع الملكية الآن الثمار تلحق بالعقار من ذلك الوقت والإيجار تصرف في الثمار فلا

يسمح به بعد تسجيل التنبيه إلا إذا أمكن اعتباره نافعا للدائن بأنه كان داخلا في أعمال الإدارة الحسنة ولم يعجل فيه الأجرة.¹

ويتضح من النصوص السابقة اختلاف قانون التمويل العقاري عن القانون المدني في اشتراط الموافقة علي التأجير من قبل الممول علي حين أن القانون المدني فيما يتعلق بالرهن لم يتطلب ذلك فللراهن ان يؤجر العقار المرهون وفقا للشروط السابقة .

ويلاحظ أن قانون التمويل العقاري اشترط موافقة الممول كتابة وذلك بناء علي طلب مكتوب يوجه إليه قبل الموعد المحدد للتصرف أو الإيجار أو الشغل بمدة لا تقل عن ثلاثين يوما.²

جزاء مخالفة القواعد الحاصد بالتصرف أو التأخير للعقار الضامن في قانون العقاري

إذا خالف المستثمر القواعد الواردة في قانون التمويل العقاري وتعرف في العقار بالبيع أو الهبة أو اجر العقار دون الحصول علي موافقة الممول أو خالف شرط حوالة الحق في أجرة العقار أو مقابل شغل العين وفاء لمستحقته أو مكن أحدا من شغل العقار بالمخالفة للقواعد السابقة كان للممول أن يطالبه بباقي إقساط الثمن أو باقي قيمة اتفاق التمويل .

وتكون هذه المطالبة بإنذار علي يد محضر بالوفاء خلال مهمة لا تقل عن ثلاثين يوما فإذا لم يقم المستثمر بهذا الوفاء للممول أن يتخذ في مواجهته الإجراءات

- الاعمال التحضيرية ج ٧ ص 1٤٣

- المادة ٧ من اللائحة التنفيذية لقانون التمويل العقاري ٤٨ لسنة ٢٠٠١ 2

المنصوص عليها في الباب الرابع من قانون التمويل العقاري (وهي الإجراءات الخاصة بالتنفيذ علي العقار) .

آثار عقد الرهن بالنسبة للغير

لا ينفذ الرهن في مواجه الغير إلا بالقيد ويقصد بالغير هنا كل من يضر من وجود الرهن الرسمي مثل صاحب الحق العيني أو الدائن المرتهن الآخر ، ومظهر نفاذ الرهن في حق الغير هو الحق في الأفضلية أو التقدم ويعني تقدم الدائن في استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون علي الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة أما حق التبعية فيعني حق الدائن في التنفيذ علي العقار المرهون في أي يد يكون ولو انتقلت ملكيته إلي شخص آخر غير الراهن.¹

ينشأ حق التقدم في قانون التمويل العقاري بالنسبة للرهن من واقعة القيد المنصوص عليها في الباب الثالث من القانون الخاص بقيد الضمان العقاري .

وقد نصت المادة ١٠ علي عملية القيد في مكتب الشهر العقاري ، وفي هذا يتفق التمويل العقاري مع القانون المدني بيد أن قانون التمويل العقاري اوجب ضرورة البت خلال أسبوع في طلب القيد بعد التحقق من صحة حدود العقد .

ووفقا للقانون المدني تحسب مرتبة الرهن من وقت قيد ولو كان الدين بالمضمون بالرهن متعلقا علي شرط أو كان ديننا مستقلا أو اجتماعيا .

لا يعتد بقيد الرهن من قانون التمويل العقاري بعد التأشير بالسند التنفيذي

لا يعتد بقيد الرهن بعد التأشير بالسند التنفيذي في مواجهة الدائن الحاجز ولو كان دائنا عاديا وفقا لقانون المرافعات فان قيد الرهن بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية في مكتب الشهر العقاري الواقع بدائره العقار محل التنفيذ إي بقيد في الدفاتر

١- أ . د / سمير تناعو السابق ص ٢٤٧ 1

المعدة لذلك فان كان العقار أو العقارات المراد التنفيذ عليها يقع في دائرة أكثر من مكتب فانه يجب تسجيل التنبيه في كل مكتب منها ولم يشترط القانون أتمام التسجيل خلال فترة معينة ويترتب علي تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزا (م ٤٠٤ مرافعات) ولكن التسجيل الذي لا يسبقه تنبيه صحيح لا يكفي لترتيب آثار الحجز فالدائن العادي لا يفضل عليه الدائن المرتهن متى كان لم يقيد الرهن إلا بعد التسجيل بتنبيه نزع الملكية .. أما إذا سجل الدائن العادي تنبيه نزع الملكية بعد قيد الرهن ¹.

فان الدائن المرتهن يتقدم عليه وهذه الأحكام الخاصة بالقانون المدني هي ذات الإحكام الواردة بقانون التمويل العقاري بيد أن المشرع في قانون التمويل العقاري نص في المادة ١٥ علي أن يقوم التأشير بالسند التنفيذي في مكتب الشهر العقاري مقام تسجيل تنبيه نزع الملكية بالتأشير .

ومحل الأفضلية هنا ثمن العقار المرهون بعد بيعه بالمزاد العلني وعلي ملحقاته الارتفاق والتحسبات والعقارات بالتخصيص .

حق التتبع

يقصد بحق التتبع حق الدائري المرتهن في تتبع العقار المرهون باتخاذ إجراءات التنفيذ علي العقارات تحت إي يد يكون وحق الدائن المرتهن في تتبع مرتبط بحق الراهن في التصرف في العقار المرهون .

وقد نصت المادة ١٢ من قانون التمويل علي انه للممول في حالة عدم وفاء المستثمر بالمبالغ المستحقة عليه ومضي ثلاثين يوما من تاريخ استحقاقاتها أو عند ثبوت نقض محل بضمان الممول لقيمة العقار بفعل أو إهمال المستثمر أو شاغل

- إسماعيل إبراهيم الزبادي - التنفيذ العقاري - نادي القضاة ١٩٩٧ ص ٨٦ 1

العقار بحكم قضائي واجب النفاذ أن يندر المستثمر بالوفاء أو بتقديم ضمان كاف بحسب الأحوال وذلك خلال ستين يوما علي الأقل من تاريخ الإنذار .

ونصت المادة ١٣ من قانون التمويل العقاري علي انه ... إذا انقضت المدة المحددة للإنذار دون قيام المستثمر بالوفاء أو بتقديم الضمان كان ملتزما بالوفاء بكامل المبالغ المتبقية طبقا لاتفاق التمويل العقاري .

ويكون للممول في هذا الحالة أن يطلب من قاضي التنفيذ الذي يقع العقار في دائرة اختصاصه وضع الطبقة التنفيذية علي اتفاق التمويل والأمر بالحجز علي العقار الضامن تمهيدا لبيعه وذلك بعد إعلان المستثمر قانونا لسماع أقواله .

ف عند حلول الأجل تتم مطالبة المدين أو التنفيذ في مواجهته :

وقد نص قانون التمويل العقاري علي ما ورد بالقواعد العامة م ٢٧٣ فنص علي انه في حالة إضعاف التأمينات يسقط الأجل . ويكون للممول بعد مضي ثلاثين يوما من تاريخ الاستحقاق ولم يتم الوفاء بالمبالغ المستحقة أو تقديم ضمان كاف .

هنا يكون للممول في هذه الحالة أن يطلب من قاضي التنفيذ الذي يقع العقار في دائرة اختصاصه وضع الصيغة علي اتفاق التمويل والأمر بالحجز علي العقار الضامن تمهيدا لبيعه وذلك بعد إعلان المستثمر قانونا لسماع أقواله .

والصيغة التنفيذية هي علي الجهة التي يناط بها التنفيذ أن تبادر إليه متى طلب منها وعلي السلطات المختصة أن تعين علي إجرائه ولو باستعمال القوة متى طلب إليها ذلك .

ويلاحظ أن المادة ٧٨٥ من قانون التجارة يجيز في الرهن التجاري لتنفيذ دون ان يكون بيد الدائن سند التنفيذ والحكم يعتبر من أهم السندات التنفيذية .

بيع العقار الضامن بالمزاد العلني في قانون التمويل العقاري

إذا لم يقيم المستثمر بالوفاء خلال المدة المحددة له في الإعلان بالسند التنفيذي يصدر قاضي التنفيذ بناء على طلب الممول امراً بتعيين وكيل عقاري من بين الوكلاء المقيدة أسماءهم في سجل تعده لجهة الإدارية لهذا الغرض وذلك لمباشرة إجراءات بيع العقار بالمزاد العلني المنصوص عليها في المواد التالية تحت الإشراف المباشر لقاضي التنفيذ.¹

تقييم قيمة العقار المبيع

يحدد اثنان من خبراء التقييم المشار إليهم في الفقرة الثانية من المادة ٤ الثمن الأساسي للعقار .

ويحدد الوكيل العقاري شروط بيع العقار بالمزاد العلني علي ان تتضمن تاريخ وساعة ومكان إجراء البيع والتمن الأساسي للعقار وتأمين الاشتراك في المزاد (م ١٨ ق التمويل العقاري ١٤٨ لسنة ٢٠٠١).

الإعلان بجلسة البيع

ألزم القانون الوكيل لعقار بإعلان المستثمر وحائز العقار والدائن المقيدة حقوقهم بشروط البيع قبل اليوم المحدد لإجراء المزايدة لمدة لا تقل عن ثلاثين يوماً ولا يجاوز خمسة وأربعين يوماً .

- كما يلتزم الوكيل العقاري بلصق الإعلان بالبيع علي العقار المبيع وعلي اللوحة المعدة للإعلانات بالمحكمة المختصة مكانياً .

١ - المادة ١٦ من قانون التمويل العقاري ١٤٨ لسنة ٢٠٠١

- ويلتزم الوكيل العقاري بالإعلان المبيع في جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار علي نفقة المستثمر والممول وللمستثمر أن يطلب الإعلان والنشر أكثر من مرة علي نفقته¹.

إجراءات المزايمة :

يتولي الوكيل العقاري إجراءات المزايمة في اليوم المحدد للبيع .

تبدأ المزايمة بالنداء علي الثمن الأساسي وإذا كان العرض اقل من الثمن الأساسي أو لم يجاوز عدد المزايدين ثلاثة أشخاص وجب علي الوكيل العقاري تأجيل البيع إلي يوم آخر الثلاثين يوما التالية يعلن عنه بذات الإجراءات السابقة .

وتنتهي المزايمة بإيقاع البيع علي من تقدم بأكبر عرض . ويعتبر العرض الذي لا يزداد عليه خلال خمس دقائق منهيًا للمزايمة ١١ م²

وفاء المستثمر بما حل عليه من أقساط يوقف تلقائيا إجراءات التنفيذ علي العقار والبيع

إذا قام المستثمر بالوفاء بما حل عليه من أقساط في ي وقت سابق علي إيقاع البيع .

هنا يجب علي الوكيل العقاري أن يوقف الإجراءات ويلتزم المستثمر بان يؤدي الي الممول المصروفات التي يصدر بتقديرها أمر من قاضي التنفيذ³.

الحكم بإيقاع البيع

1 - المادة ١٩ من قانون التمويل ١٤٨ لسنة ٢٠٠١

2 - المادة ٢٠ من ق . التمويل العقاري ١٤٨ لسنة ٢٠٠١

3 - المادة ٢١ من ق التمويل العقاري ١٤٨ لسنة ٢٠٠١

بناء علي ما تم من إجراءات سابقة يصدر القاضي حكما بإيقاع البيع وسدد كامل الثمن متضمنا قائمة شروط وما اتبع من إجراءات يوم البيع .

ويجب أن يتضمن منطوق الحكم الأمر بتسليم العقار حاليا من شاغليه إلي من حكم بإيقاع البيع عليه ما لم يكن الممول قد سبقت موافقته علي شغلهم بناء علي اتفاه مع المستثمر طبقا للمادة ٧ السابق الإشارة إليها أو كانوا مستأجرين للعقار بعقود ثابتة التاريخ قبل اتفاق التمويل .

ويجب إيداع نسخة الحكم الأصلية ملف التنفيذ في اليوم التالي لصدوره¹

تسجيل الحكم بإيقاع البيع :

يجب تسجيل الحكم بإيقاع البيع لمن حكم بإيقاع البيع ليه ، ويترتب علي تسجيل الحكم القاضي بإيقاع البيع تطهير العقار من جميع الحقوق العينية التي أعلن أصحابها بالسند التنفيذي وبإجراءات البيع وفقا للمادة ١٩ من هذا القانون² مصاريف التنفيذ ويحرر محضر بذلك يودع ملف التنفيذ . (م ٢٦ من قانون التمويل العقاري) .

استئناف الحكم بإيقاع البيع :

لا يجوز استئناف حكم إيقاع البيع إلا لعيب بإجراءات المزايمة أو لبطلان الحكم ومع هذا يجوز لشاغل العقار الاستئناف إذا تضمن إخلاله من العقار ، ويرفع الاستئناف

- المادة ٢٢ من ق التمويل العقاري ١٤٨ لسنة ٢٠٠١¹

- م ٢٣ من التمويل العقاري ١٤٨ لسنة ٢٠٠١²

إلى المحكمة المختصة بالأوضاع المعتادة خلال ١٥ يوما التالية للنطق بالحكم . إما بالنسبة لشاغل العقار فيبدأ الميعاد له من تاريخ اعلانه الحكم¹.

دفع دعوي الاستحقاق لا توقف إجراءات التنفيذ :

لا يترتب علي رفع الاستخفاف إيقاف إجراءات التنفيذ إلا إذا رأت المحكمة ذلك (م ٢٥).

إيداع حصيلة البيع خزينة المحكمة :

يلتزم الوكيل العقاري بإيداع حصيلة البيع خزينة المحكمة ويتولي قاضي التنفيذ توزيع هذه الحصيلة علي الدائن حسب مرتبتهم في اليوم التالي لفوات ميعاد الطعنة أو صدور حكم يرفضه وذلك بعد سداد جميع مصاريف التنفيذ ويحرر محضرا بذلك يودع ملف التنفيذ . (م ٢٦ من التمويل العقاري).

بعد أن عرضنا لإجراءات التنفيذ العقاري في ظل قانون التمويل العقاري نود التنبيه إلي أن أهم ما جاء به قانون التمويل انه قد قصر طريق التنفيذ فكما تبين القاعد الواردة بقانون التمويل العقاري فهو أسرع واقصر من طريق التنفيذ الخاص بالرهن الرسمي والقواعد الواردة بقانون المرافعات .

فمن المعلوم أن التنفيذ العقاري هو عبارة عن مجموعة من الإجراءات التي يقرها القانون ولتي جب علي الدائن اذا ما أراد التنفيذ الجبري علي مدنية ان يقوم بهذه الإجراءات وكما حددها قانون المرافعات .

ويتم حجز علي العقار بتنبيه يعلن للمدين نزع الملكية ثم يقوم الدائن بتسجيل هذا التنبيه ، إما بيع العقار فيسبقة إجراءات تمهيدية نظمها القانون تبدأ بإعداد قائمة بشروط البيع الذي سبق حجزه وإيداع هذه القائمة قلم كتاب محكمة التنفيذ ويعلن

١ - م ٢٤ من التمويل العقاري ١٤٨ لسنة ٢٠٠١

عن هذا الإيداع حتى يمكن لذوي الشأن إيراد ملاحظاتهم علي هذه الشروط ...
ويجرب بيع العقار بالمزاد العلني بمعرفة قاضي التنفيذ الذي يدير المزايمة ، ويعتمد
العطاء الأكبر ويصدر حكماً إذا استوفت شروط معنية بإيقاع بيع العقار علي من رسا
عليه المزاد و ومن الثمن يستوفي الدائن حقه من مدينة وهذا الاستيفاء هو غاية
إجراءات التنفيذ ولا يثير صعوبة إلا إذا تعدد الدائنون ولم تكف حصيلة التنفيذ بكامل
حقوقهم وفي هذه الحالة إذا لم يتفق الدائنون يتم اللجوء إلي إجراءات التوزيع
الواردة في الباب الرابع من الكتاب الثاني من قانون المرافعات¹

المطلب الثاني

التأمين العيني في التشريعات المقارنة

مقدمة :

سوف نعرض في هذا المطلب للتأمين العيني في التشريعات المقارنة ولا سيما الرهن الرسمي حيث أن الواقع العملي كشف عن أن غالبية الممولين سواء كانوا شركات أم بنوك يفضلون الرهن الرسمي كتأمين عيني وذلك لمقارنة هذه القوانين مع القانون المصري حتى تكون المقارنة بعد العرض بطريق المقابلة وذلك علي النحو التالي .

الفرع الأول : التأمين العيني في التشريعات الصينية

east Asian إذا أردنا لضمانات التمويل المضمونة بالرهن الرسمي في شرق آسيا Shaghai فإننا نتعرض للصين وسوف نتعرض لقوانين شنجهاي الجديدة للرهن ففي شنجهاي أصبح ثاني القانونين المحليين s New Mortgage Laws الخاصين بالرهن الذي تم اعتماده أخيرا في شنجهاي – اللوائح المؤقتة لحكومة شنغهاي البلدية المحلية المتعلقة بقروض النقد الأجنبي المضمونة بالرهن (لوائح فوبكي الخاصة بالقروض المضمونة بالرهن) ساري المفعول في التاسع من يونيو . وهي تنطبق علي قروض النقد الاجنبي المضمونة بالرهن التي تخفي المشروعات المملوكة للدولة المروعات ذات الملكية الجماعية ، مشروعات للاستثمار – الأجنبي (المشروعات الصينية – الأجنبية المشتركة ، مشروعات المقامرة ، التعاقدية المشتركة ، والمشروعات الأجنبية بالكامل) والمؤسسات المالية الأجنبية والمحلية المشاركة في صفقات النقد الأجنبي (المادة ٢) ولمشروعات الصينية الخاصة ، والأفراد ليسوا مؤهلين للحصول علي قروض النقد الأجنبي المضمونة بالرهن .

وأصبح القانون الاخر – اللوائح المؤقتة لحكومة شنغهاي البلدية الشعبية الخاصة بالقروض المضمونة بالرهون – ساري المفعول في ٦ يونيو وتمت مناقشة تلك اللوائح في الجزء الأول من هذه السلسلة وانظر (أغسطس ١٩٨٨ ، ق ٨) .

وكما لوحظ في الجزء الأول ، فان لوائح شنغهاي ذات أساس في القانون المدني الصيني وقانون الإجراءات المدني ، كما تستعير من لوائح الرهون الموجودة وتعتمد لوائح ربنى الخاصة بالقروض المضمونة بالرهون علي مبادئ قانون العقود الاقتصادية الصينية بينما تلمح لوائح فوركسي عن القروض المضمونة بالرهون إلي ذلك القانون والي قانون العقود الاقتصادية الأجنبية .

ولتحقيق المساواة في التطبيق علي قرض بالنقد الأجنبي مضمون بالرهون يجب ان يكون المدين شخصية قانونية يحوز شهادة نشاط تبين تسجيله في إدارة التجارة والصناعة في شنغهاي نتيجة لذلك فان المتقدمين بطلبات الحصول علي وضع مشروع مشترك مغامر أو مشروع اجنبي كامل قد لا يحصلون علي وضع مقرض بالنقد الاجنبي مضمون بالرهون بضمان ملائم حتي إتمام إجراءات التسجيل ويجب ان تحصل المشروعات المملوكة للدولة والمشروعات ذات الملكية الجماعية علي موافقة من سلطاتهم الإشرافية (مثل المكتب الملائم الصناعي الملائم) بالإضافة إلي

سلطات النقد الأجنبي¹

Contract Terms and Registration شروط العقد والتسجيل

1 - hristopher G. Oechsli Esq . Financing china's . Devlopment Shanghai's New Mortgage laws . East Asian executive Reports , 1988

- مقال علي الانترنت بعنوان لوائح فورس الخاصة بالقروض بالرهون .

يجب ان ينضمن عقد الرهن من اجل الحصول علي فروض النقد الأجنبي علي اقل تقدير ، نفس المعلمات المطلوبة لعقود رمبي لقروض النقد الأجنبي ، بما في ذلك وعلي عكس لوائح رمبي الخاصة بالقروض **Mortgageratio** نسبة الرهن المضمونة بالرهن لا تؤسس حدود النسبة الرهن وليس واضحا ما اذا كانت حدود اللوائح السابقة تنطبق بالتناظر .

ويجب أن يكون الضمان المحدد في العقد مسجلا في مكتب شنغهاي لإدارة ومراقبة النقد الأجنبي وأي تعديلات لاحقة لعقد القرض يجب أن تسجل أيضا في نفس المكتب خلال ١٥ يوما بعد توقيعها ، وعندما يحكون الضمان حقوقا لاستخدام الأرض فيجب¹ أن يسجل في مكتب عقارات شنغهاي
عدم تنفيذ العقد والتصرفات في الضمان

Cotract Default and disposition of collateral.

لا تعرف لوائح فوركس الخاص بالقروض المضمونة بالرهن حالات التقاعس في التنفيذ ولكنها تقتصر علي النص علي انه في حالة فشل المدين في تنفيذ عقد القرض الضمون بالرهن أو إعلان إفلاسه أو التصفية خلال فترة العقد يكون للدائن

1 - Christopher oechli Esq . op.vv

وراجع في التشريعات المقارنة

Barta , Patrick,Siman.Riman,Ruth- IOlow to Ride the Plunging . Mort
gage. Wall street gournal Eastern . Ed 11/7/2001 .238 issue 91 . pci op

Krane, John p . Gordon . Jill H . servicing Morgage . backed sewrities Real Estate
Finance journal. 17 . iNo 2 Fall 2001?).

Mode low could hurt commercial Financing Mortgage bunking Dec93

vol 54 . issue 3p A.7,01,8.p.

حقوق أولوية في السداد من خلال تحويل الملكية إلي نقد وتتحدد أولوية الحقوق بين الدائنين المتنافسين حسب ترتيب التسجيل في مكتب شنغهاي لإدارة ومراقبة النقد الاجنبي أوفي حالة حقوقهم استخدام الأرض في مكتب شنغهاي العقاري .

ولا يوجد ذكر لما يلي :

- كيف يحقق الدائن قيمة علي الضمان .
- أي الإجراءات يجب إتباعها لتحقيق أشياء مشروع لدين الدائن .
- ما إذا كان الكشف غير القضائي ممكنا إذا اتفق الأطراف علي ذلك في العقد .

وتنص لوائح فوركس الخاصة بالقروض المضمونة بالرهن فقط علي إن الطرف غير المخالف للعقد يخول له المطالبة بان يتخيل الطرف المخالف المسؤولية القانونية عن المخالفة طبقا للقانون والعقد ويشمل القانون القابل للتطبيق قانون العقد الاقتصادية إذا كان الدائن مؤسسة صينية ، قانون العقود الاقتصادية الأجنبية إذا كان الدائن مؤسسة مالية أجنبية¹.

واهم الشروط في لوائح فوركس الخاصة بالقروض المضمونة بالرهن والمتعلقة بالتصرف في الضمان عند تخلف المدين عن تنفيذ العقد يتمثل في الاعتراف بأن الدائن الأجنبي يستطيع أن يسترد دينه بالنقد الأجنبي ، بعد موافقة مكتب شنغهاي لإدارة ومراقبة النقد الأجنبي ، إذا استرد الدائن نقدا أجنبيا عن طريق تحويل الضمان بجوز RMB، يكون له حرية تحويل ذلك النقد للخارج وإذا تحول الضمان إلي

1 - East Asian executive Reports}vol. 10 no 8. (August,151988. Christopher.6.oechsli Esq. Op . cit p. 15 .

للدائن أن يتقدم بطلب لشراء نقد أجنبي (مادة ١٦) وهذا النص رغم أنه مؤيد من حيث المبدأ وجديد من حيث ظهوره في اللوائح الصينية المتعلقة بالرهن ولا يتضمن للدائن إمكانية استرداد قرضه في شكل نقد أجنبي .

الفرع الثاني

ضمانات التمويل العقاري المضمونة بالرهن في الولايات المتحدة الأمريكية

وفي الولايات المتحدة الأمريكية هناك العديد من القوانين والتشريعات الخاصة بالتمويل العقاري وهي تختلف من ولاية إلى أخرى علاوة على مشاريع القانون . وهذه القوانين كانت وليدة تقارير عديدة قامت بها مجموعات متخصصة من رجال الاقتصاد والقانون .

وسوف نعرض لبعض هذه التقارير علاوة على بعض التشريعات الخاصة ببعض الولايات ثم نعرض لأحدث مشروع قانون حماية مستخدمي القروض المضمونة بالرهن الصادر في عام ٢٠٠٢ .

وفي عام ١٩٨٩ قامت لجنة مشكلة من أعضاء لجنة قانون الملكية العقارية باتحاد المحامين بولاية بالآراء القانونية في صفقات القروض التجارية المضمونة بالرهن وتقرير الرأي الملحق عن القروض المضمونة بالرهن (تقرير ١٩٩٨) يعتبر تعديلا كاملا وإعادة صياغة لتقرير ١٩٨٩ .

ومنذ نشر تقرير ١٩٨٩ حدث عدة من التطورات الهامة في الآراء ومن أهم تلك - Closing Third التطورات نشر تقرير بعنوان آراء ختامية للطرف الثالث (تقرير محكمة الثلاثية الثانية) بواسطة لجنة آراء المحكمة " Party Party " وقد تشكلت المحكمة الثلاثية منذ أكثر من TriBar الثلاثية (المحكمة الثلاثية) عشرين عاملا وتضم عضويتها ممثلين من أكبر ثلاثة اتحادات محامين في

نيويورك بالإضافة إلى أعضاء مختارين خارج نيويورك وتعتبر تقريرها مرشدا لعملية خطابات الرأي¹

وهناك تقرير عام آخر هو تقرير الرأي القانوني لطرف ثالث ويشمل اتفاق الرأي (الذي نشره قسم قانون الاعمال باتحاد المحامين Accord القانوني) الاتفاق الامريكين ، وكان المقصود من الاتفاق هو انشاء اجماع قومي بخصوص غرض وشكل وتغطية الآراء القانونية للطرف الثالث ويشمل تعريفات لمصطلحات معينة واره يوصي بها افتراضات استثناءات مؤهلات وإرشادات من اجل المفاوضات وكان الاتفاق ناتجا لجد عام قام به القسم وجماعات أخرى من بينها ممثلين عن الملكية العقارية باتحاد المحامين الامريكين وخروجا علي عملية الآراء المألوفة اقترح الاتفاق شكلا سمح للأطراف بإتباع استثناءاته ومؤهلاته بدون اشتراط تكرار الرأي .

بيانات تمويل و ضمان :

ويضم تقرير ١٩٩٨ مناقشة جديدة ومستفيضة عن :

1. الآراء المتعلقة بالكيانات غير المساهمة (مثل شركات التضامن وللشركات ذات المسؤولية المحددة) .

2. الرأي المتعلق بالتنفيذ (ويشمل الإشكال البدلية للقيد الأصلي والتوكيد) . .

3. تنفيذ الضمانات . .

1 - Mortgage loan report . by the Asspiation of the bar of the city of Newyork . Committee on real property low , subcommittee on Mortgage loan opinions . And the Newyok state bar association,Real property low section . Attorney opinion letters committee . pi .

4. الاعتماد علي رأي أشخاص غير متلقي الرأي وتعتقد اللجنة بأن تلك التغييرات ضرورية لكي تعكس عملية خطابات الرأي الحالية وتسهيل التفاوض حول الآراء في صفقات القروض التجارية المضمونة بالمرهون .¹

ويركز تقري المحكمة الثلاثية الثاني في الأساس علي المؤسسات ولا يشمل أي مناقشة عامة لقضايا الرأي فيما يتعلق بالكيانات غير المساهمة ورغم أن تقرير ١٩٨٩ كان يغطي شركات التضامن فإنه لم يذكر الشركات ذات المسؤولية المحدودة لأن تلك الكيانات لم يكن يرخص لها أنذاك في ظل قانون نيويورك ، وعلي علي حال فنتيجة لصدور قانون الشركات ذات المسؤولية المحدودة هي الكيان المختار بالنسبة للكثير من الصفقات المضمونة بالعقارات نتيجة لذلك يضم التقرير مناقشة إضافية بخصوص قضايا الراي يرتبط بالوجود الصحيح للكيانات غير المساهمة وقدرتها علي تنفيذ وتسليم مستندات القرض والدخول فص فقات يتم التفاوض عليها .²

وأشار تقرير ١٩٨٩ إلي الآراء المتعلقة بالضمانات ولكنه لا يضم أي مناقشة هامة حول ما إذا كانت أي استثناءات أو قيود إضافية مطلوبة فالضمانات مألوفة في صفقات قروض مضمونة بالرهن معينة (مثل قروض التشييد) واستنتجت اللجنة أن مناقشة موسعه لقضايا الآراء ذات الصلة ملائمة يضمه تقرير ١٩٩٨ يشمل رأيا يتعلق ضمان دفع مع هامش يتعلق بقيود إضافية مفتوحة .

وتم تشكيل لجنة مشتركة للآراء (اللجنة) بواسطة لجنة قانون الملكية العقارية التابعة لاتحاد محامي مدينة نيويورك وقسم القانون (قانون العقاري) باتحاد المحامين بولاية نيويورك لمراجعة تقرير ١٩٨٩ وتعديله وتحديثه بالشكل الملانم

1 - Mortgage loan opinion report. Op . cit p 119 .

2 - Ibid

ويعتبر تقرير ١٩٩٨ ناتجا لعمل اللجنة مع مساعدة ومدخلات من أعضاء كثيرين من اتحاد نيويورك¹.

واختارت اللجنة المحافظة علي شكل تقرير ١٩٨٩ أي شكل الرأي متعلق بالقرض المضمون بالرهن (الرأي النموذجي) مع إضافة هوامش تفسيرية إليه ، كما اختارت اللجنة تعديل تقرير ١٩٨٩ بطريقة تتمشي مع تقرير المحكمة الثلاثية الثانية الي حد تغطية كلا التقريرين لقضايا مماثلة وعلي الجانب الأخر فان نطاق تقرير المحكمة الثلاثية الثاني قاصر بشكل عام علي الآراء فيما يتعلق بالالتزامات غير المضمونة التي تظهر بموجب اتفاق ائتمان افتراض أو اتفاق شراء أسهم بين مؤسسة ديلاوير ومؤسسات الثاني لا يواجه الكثير من القضايا الصعبة المتعلقة بالآراء التي تظهر الصفقات المضمونة بالعقارات وهذه القضايا الهامة المرتبطة بالعقارات يتعرض لها تقرير ١٩٩٨²

أن تقرير ١٩٩٨ مبني علي صفقة افتراضية تنطوي علي قرض تجاري مضمون برهن يتمثل في جزء وحيد من ملكية تجارية (مبني مكاتب في الضاحية) ويقع في ولاية نيويورك ويفترض أن المقترض كيان في نيويورك ولا يشمل ضمانات الفرض أي ملكية شخصية هامة سوي :

1. تجهيزات مألوفة ، معدات ، ملكية شخصية أخرى توجد بالعقار أو .
تستخدم ارتباطا بهو .

2. حقوق عقد طارئة أخرى (تشمل تصاريح رخص وأشياء غير ملموسة .
أخرى) وتسديد القرض مضمون من جانب شخص يرتبط بالمقترح او
تابع له وتشمل مستندات القرض اتفاق أخطار رهن تعيين الإيجارات .

1 - Mortgage loan opinion report. Op . cit p 119 .

2 -Ibid

ودرست اللجنة مميزات وعيوب كل أسلوب واستنتجت ان أسلوب الخطأ المادي يجب أن يضاف في تقرير ١٩٩٨ وعلي إيه حال فان اللجنة استنتجت أيضا أن انه قد يكون من غير الحكمة الانفصال كلية عن التقاليد وطبقا لذلك فبعد مناقشة واسعة اختارت اللجنة إضافة كلا الأسلوبين في تقرير ١٩٩٨ نتيجة لذلك فان تقرير ١٩٩٨ يشمل بالإضافة إلي أسلوب التحقيق العملي الموصي به في تقرير ١٩٨٩ استمارة توكيد بديلة تقصر نطاق الرأي علي تنفيذ الإخطار وعقب الخطأ المادي علي ممارسة علاجات معينة خاصة بالسرعات تنفيذ تعيين الإجراءات والكشف¹.

ويضم تقرير ١٩٩٨ أيضا مناقشة مستفيضة حول ما إذا كان يجوز الأشخاص غير متلقي الرأي تلقي نسخ من الرأي والاعتماد عليها لم تحظي هذه القضية بأي مناقشة هامة ومفصلة في تقرير ١٩٨٩ تقرير المحكمة الثلاثية الثاني أو التفاهم ورغم ذلك ففي ضوء احتمال إبرام الكثير من القروض التجارية بواسطة نقابة المقرضين أو إضافتها إلي وعاء القروض المضمون بالرهن لأغراض التمحيص فان اللجنة تعتقد إن مناقشة موسعة لقضايا الاعتماد ملانمة وضم تقرير ١٩٨٩ أيضا رأيا خاصا بالاستخدام النموذجي للأرض وتقسيمها وللأسباب الموضحة في الحاشية ١٨ اختارت اللجنة عم إضافة ذلك الرأي في تقرير ١٩٩٨