المركز القانوني للكفيل العيني

أ.م.د ندى سالم ملا علو
استاذ القانون المدني المساعد
كلية الحقوق / جامعة الموصل

م.م ندى محمود ذنون
مدرس القانون المدني المساعد
كلية الحقوق / جامعة الموصل

الملخص

وردت الإشارة إلى الكفيل العيني في مواضع مختلفة ومتناثرة من القانون المدني العراقي كما لم يحظ الكفيل العيني باهتمام الفقه على كثرة ما كتب في التأمينات العينية والشخصية، لهذا يهدف البحث إلى تحديد المركز القانوني للكفيل العيني الذي يرتب تأمينا عينيا عن طريق رهن مالا مملوكا له سواء كان عقارا أم منقولا رهنا تأمينيا أم حيازيا لضمان الوفاء بالتزام قي ذمة شخص أخر. ولتحديد المركز القانوني للكفيل العيني لابد من التعريف به وتمييزه عن غيره وخاصة عن الكفيل الشخصي والراهن رهنا تأمينيا وحيازيا، وعن الحائز، كما لابد من تحديد العلاقات القانونية التي تربطه بالدائن والمدين وما يترتب على هذه العلاقات من أحكام قانونية من خلال رصد النصوص القانونية ذات العلاقة بالموضوع في القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري ومناقشتها وتحليلها والتعرف على مواطن القوة والضعف فيها، ومن خلال الرجوع إلى الاتجاهات الفقهية المختلفة واعتماد الأرجح منها.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه وسلم وبعد:

أولا: أهمية موضوع البحث وسبب اختياره:

تكتسب علاقة المديونية التي تربط الدائن بالمدين أهمية كبيرة جدا لتعلقها بالحقوق المالية، إذ يكون الدائن مهددا بخطر عدم تمكنه من الحصول على الحق الذي له قبل مدينه إذا لم يف المدين بما عليه من دين بشكل اختياري، لذا اوجد القانون بالإضافة إلى الضمان العام الذي يكون للدائن على أموال مدنية، نوعين من الوسائل لضمان حق الدائن من الضياع، وهما التأمينات الشخصية والتي تتحقق بضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين فيصبح للدائن أكثر من مدين تكون جميع ذممهم ضامنة للدين ، والتأمينات العينية والتي تتحقق بتقرير حق عيني تبعي على مال أو أكثر مملوك للمدين أو للغير يخول الدائن سلطة مباشرة تنصب على شيء معين تمكنه من تتبع هذا الشيء في أي يد كان لينفذ عليه بالبيع واستيفاء دينه من ثمنه متقدما على الدائنين الآخرين، والتأمينات العينية لا تحرم الدائن من حقه في الضمان العام، وبذلك يكون للدائن ضمانان عام وخاص.

وموضوع بحثنا ينصب على النوع الثاني من هذه التأمينات، حيث يقدم الكفيل العيني مالا مملوكا له لضمان الوفاء بالتزام في ذمة شخص آخر عن طريق رهن هذا المال، وهو لا يضمن هذا الوفاء إلا في حدود المال الذي قدمه تأمينا له، والضمان لا يرد على كل ذمته المالية وإنما تنحصر مسؤوليته في حدود المال المخصص لهذا الضمان، وبهذا فهو يجمع بين صفة الكفيل وصفة الراهن.

كما انه لا يخفى ما للكفالة من دور مهم جدا في الحياة العملية فهي وسيلة لبعث الثقة والائتمان والتقريب بين الدائن والمدين، إلا أن الكفالة العينية بشكل عام، والكفيل العيني بشكل خاص لم يحظ باهتمام الفقه على كثرة ما كتب في التأمينات الشخصية والعينية، فلم نجد من خصص له دراسة مستقلة إلا ما ندر، إضافة إلى انه وردت الإشارة إلى الكفيل العيني في مواضع مختلفة ومتناثرة من القانون المدني العراقي، الأمر الذي دفعنا لمحاولة تحديد المركز القانوني للكفيل العيني ومعرفة الأحكام القانونية الواجبة التطبيق عليه وهل هي أحكام الكفالة أم الرهن أم كليهما معا.

ثانيا: نطاق البحث ومنهجيته:

انصب البحث على موضوع المركز القانوني للكفيل العيني في حدود القانون المدني (والقوانين الأخرى ذات العلاقة)، وأما عن منهجية البحث فقد تم الاعتماد على المنهج التحليلي المقارن بين القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري من خلال تحليل ومناقشة النصوص القانونية في كلا القانونين مع الرجوع إلى الاتجاهات الفقهية المختلفة والترجيح بينها.

ثالثا: هيكلية البحث:

المبحث الأول: المقصود بالكفيل العيني.

المطلب الأول: تعريف الكفيل العيني.

المطلب الثاني: شروط الكفيل العيني.

المطلب الثالث: تمييز الكفيل العيني عن غيره.

المبحث الثاني: العلاقات القانونية للكفيل العيني.

المطلب الأول: علاقة الكفيل العيني بالدائن.

المطلب الثاني: علاقة الكفيل العيني بالمدين.

المبحث الأول

التعريف بالكفيل العيني

للوقوف على المركز القانوني للكفيل العيني ، نسلط الضوء على تعريف الكفيل العيني ، ثم نبين شروطه ، وأخيرا تمييز الكفيل العيني عن غيره ، وكالاتي :

المطلب الأول : تعريف الكفيل العيني .

المطلب الثاني : شروط الكفيل العيني .

المطلب الثالث : تمييز الكفيل العيني عن غيره .

المطلب الأول

تعريف الكفيل العيني

الكفيل لغةً :- هو الضامن ، والزعيم ، والأنثى كفيل أيضاً وجمع الكافل كُفّل وجمع الكفيل كفلاء، وكفلها زكريا ، أي ضمَّنها إياه حتى تكفَّل بحضانتها ، وتكفلت بالمال التزمت به وألزمته نفسي وكفيل وكافل وضمين وضامن بمعنى واحد.[١]

(١) أبن منظور ، لسان العرب ، المجلد الثالث عشر ، ط٤ ، دار صادر للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٥ ، ص ٩٢ ؛ احمد بن محمد بن علي الفيومي ، المصباح المنير ، دار

أما العين لغةً فهي : المال القيد الحاضر ، والعين : النقد ، والعين الذهب عامةً ، والعين عند العرب : حقيقة الشيء ، وعين كل شيء خياره ، وعين الشيء : نفسه وشخصه وأصله والجمع أعيان.[١]

ويعرف الكفيل العيني اصطلاحا بأنه شخص غير المدين يقدم مالاً مملوكاً له يكون رهناً يضمن حقاً شخصياً للدائن .[٢] أو هو من رهن ماله ضماناً لدين غيره [٣] ، ويعرف كذلك بأنه شخص غير المدين يقدم تأميناً مخصصاً للدائن[٤] .

وعرف بأنه من يقدم شيئاً مملوكاً له ، عقاراً كان أم منقولاً رهناً لوفاء دين الغير ، والرهن إما أن يكون رهناً حيازياً إذا وقع على عقار أو منقول ، أو رهناً تأمينيا إذا وقع على عقار [٥] .

ووردت تسمية الكفيل العيني في القانونين العراقي والمصري في نصوص بعض المواد الخاصة بالرهن التأميني والرهن الحيازي . إذ وردت تسمية الكفيل العيني في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة١٩٥١ المعدل في المادة (١٢٨٧)

الحديث ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ٣١٩ ؛ اسماعيل بن حماد الجوهري ، معجم الصحاح ، ط١ ، دار المعرفة ، بيروت ، ٢٠٠٥ ، ص ٩١٨.

(١) أبن منظور ، المصدر السابق ، المجلد العاشر ، ص ٣٥٩ .

(٢) د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، التأمينات العينية والشخصية ، ج١٠ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص ١٦ ، ٣٤٥ .

(٣) د. عدنان إبراهيم السرحان ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة (المقاولة ، الوكالة ، الكفالة) ، ط ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمّان ، الأردن ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٦٨ .

(٤) سعاد توفيق سليمان ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه ، رسالة ماجستير كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ، فلسطين ، ٢٠٠٦ ، ص ٥٩ .

(٥) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، أحكام عقد الكفالة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٥ .

الخاصة بالرهن التأميني والتي نصت على : (يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين ويجوز أن يكون كفيلاً عينياً يقدم رهناً تأمينياً لمصلحة المدين ، وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون أو متصرفاً فيه) ، وكذلك المادة (١٣٢٥) الخاصة بالرهن الحيازي التي أشارت إلى الكفيل العيني دون تسميته ، (يشترط فيمن يرهن مالاً توثيقاً لدين عليه أو على غيره ، أن يكون مالكاً للمرهون أو متصرفاً فيه) .

كذلك أشار القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل إلى الكفيل العيني دون تسميته في المادة (١٠٣٢) الخاصة بالرهن التأميني التي نصت على:(١- يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين كما يجوز أن يكون شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين . ٢- وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه) ، والمادة (١٠٩٦) الخاصة بالرهن الحيازي والتي نصت على (الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره ....)

نلاحظ من خلال استعراضنا للتعريفات الفقهية ونصوص المواد السابقة ما يلي :-

١- إن الكفيل العيني يجمع بين صفتي الكفيل والراهن ، فهو من جهة يكفل الأصيل ويقدم ضماناً لمصلحته ، ومن جهة أخرى فان هذه الكفالة لا تكون بكل أمواله وإلا كان كفيلا شخصيا ، فتكون برهن عينا معينة من أمواله لضمان دين هذا الأصيل أو الغير لذلك سمي كفيلاً عينياً .

٢- يجوز أن تكون الكفالة العينية في الرهن التأميني وفي الرهن الحيازي .

٣- تطبق أحكام الكفالة وأحكام الرهن بنوعيه التأميني الحيازي على الكفيل العيني وعلى تحديد مركزه القانوني .

٤- الأصل أن يكون الراهن هو نفس المدين يرتب رهناً تأمينياً أو حيازياً على مال مملوك له ضماناً للوفاء بدين في ذمته ، ولكن في الكفالة العينية يكون المدين والراهن شخصين مختلفين .

وبناءاً على ما تقدم يمكن أن نعرف الكفيل العيني بأنه : (كل من يقدم تأميناً عينياً للدائن برهن مال يملكه أو يكون متصرفاً فيه ضماناً للوفاء بدين في ذمة المدين) .

ويتضح من هذا التعريف أنه يجب أن يتوافر في الكفيل العيني شرطين أساسيين هما :

١- أن يكون الكفيل العيني أهلاً للتصرف في المال المرهون .

٢- أن يكون الكفيل العيني مالكاً للمرهون أو متصرفاً فيه .

المطلب الثاني

شروط الكفيل العيني

نتناول في هذا المطلب شروط الكفيل العيني ، من خلال فرعين نتناول في الأول أهلية الكفيل العيني ، وفي الفرع الثاني شرط ملكية الكفيل العيني للمال المرهون ، وكالاتي :

الفرع الأول

أهلية الكفيل العيني

الأهلية : هي (صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق وعليه التزامات ، وصلاحيته لاستعمال هذه الحقوق والالتزامات ، وبعبارة أخرى صلاحيته لصدور التصرفات

القانونية على وجه يعتد به) [١] ومناط هذه الأهلية العقل والتمييز ، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ، ومن نقص تمييزه بأن كان مثلا صبيا مميزا أو معتوها أو سفيها نقصت أهليته ، ومن فقد التمييز لصغر سنه بأن كان دون السابعة من عمره أو مجنونا كان عديم الأهلية [٢].

وفيما يتعلق بأهلية الكفيل بشكل عام ، لم يرد في القانون المدني العراقي نص خاص بالأهلية في باب الكفالة ، لذا يجب الرجوع في تحديد الأهلية إلى القواعد العامة . إذ تنص المادة (٩٣) من القانون المدني العراقي على : (كل شخص أهلٌ للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته أو يحد منها) [٣] ، وبما أن عقد الكفالة من عقود التبرع بالنسبة للكفيل ، لأن الكفيل متبرعاً للدائن ، إذ يلتزم في مواجهته– في الغالب – بدون مقابل فيجب أن تتوفر فيه أهلية التبرع [٤] ، بأن يكون الكفيل عاقلا بالغا راشدا .[٥] أما إذا كان الكفيل ناقص الأهلية كالصبي المميز ومن في حكمه

---

(١) د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني ، أصول الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٠ ، ص٧٢ .

(٢) ينظر نصوص المواد من (١٠٦–١١٠) من القانون المدني العراقي ، ونصوص المواد من (١٠٩–١١٦) من القانون المدني المصري .

(٣) تقابلها المادة (١٠٩) من القانون المدني المصري

(٤) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، أركان عقد الكفالة العينية والشخصية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص ٦٠ ، ٦١ . وأهلية التبرع هي الأهلية اللازمة للتصرفات الضارة ضرراً محضاً ، وهي التصرفات التي يفتقر من يباشرها دون أن يأخذ مقابلاً ، لمزيد من التفصيل ، ينظر : د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، ١٩٨٠ ، ص ٦٤ .

(٥) أن يكون بالغاً سن (١٨) سنة استنادا الى المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي و (٢١) سنة استناداً للفقرة (٢) من المادة (٤٤) من القانون المدني المصري .

فإن تصرفه يكون من التصرفات الضارة ضررا محضا ولا يكون تصرفه صحيحا حتى وإن أذن بذلك وليه أو أجازه ، وإذا ابرم العقد فانه يكون باطلاً ، ومع ذلك فإن عدم المقابلة في الكفالة من طبيعتها لا من مستلزماتها ، فيجوز أن يتفق على أن يدفع المدين للكفيل مقابلاً نظير خدمته هذه ، عندها تكون الكفالة بمقابل بالنسبة للصبي المميز من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتنعقد موقوفة على إجازة الولي . [١]

لم يرد نص في القانون المدني العراقي يحدد أهلية الكفيل العيني لذلك نرجع في تحديدها إلى القواعد العامة ، في حين اكتفى المشرع المصري بالنص في المادة (٢/١٠٣٢) على أن يكون الراهن أهلا للتصرف في العقار المرهون من دون تحديد للأهلية المطلوبة في الراهن سواء أكان مدينا أم كفيلا عينيا .

وبالرغم من أن الكفيل العيني يجمع بين صفتي الكفيل والراهن ، فإننا في موضوع الأهلية نغلب صفة الكفيل ذلك أن الرهن يصنف من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر بالنسبة إلى المدين الراهن لا نه يرهن عقاره ضماناً للوفاء بدين في ذمته ، أما الكفيل العيني فإنه عادةً لا ينتفع شخصياً بالرهن الذي يقدمه ضماناً للوفاء بدين في ذمة غيره ، بل هو ينفع المدين برهنه هذا ، لذا يعتبر الرهن الذي يقدمه من أعمال التبرع الضارة ضررا محضا بالنسبة إليه ، فيجب أن يكون بالغاً عاقلا راشدا

---

(١) تنظر المادة (٩٧) من القانون المدني العراقي ، والمادة (١١١) من القانون المدني المصري . كما ينظر : د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية ، ج ٢ ، مطبعة دار المعرفة ، بغداد ، ١٩٥٤ ، ص ٢٦٠ ؛ د. سمير تناغو ، التأمينات العينية والشخصية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٨ ، ص٧٣٥

، أما إذا كان صبيا مميزاً أو غير مميز أو كان محجوراً عليه لسفه أو غفلة ورهن عقاره ككفيل عيني كان الرهن باطلاً [١] .

أما إذا كان الكفيل العيني قد قدم الرهن بمقابل فإن الرهن في هذه الحالة يعتبر من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، ويتعين تطبيق أحكام الأهلية المطلوبة في الراهن ، فيعد عقده صحيحا موقوفا على إجازة من له حق الإجازة إذا كان صبيا مميزا . [٢]

وإجازة العقد الموقوف تكون صراحةً أو دلالةً . وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد . ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر يبدأ سريانها من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد أو من وقت بلوغ ناقص الأهلية سن الرشد . [٣]

ويثار هنا سؤال ، هل يستطيع الصغير المأذون بالتجارة أن يكون كفيلاً عينياً ؟

أجاز القانون المدني العراقي للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم من أكمل الخامسة عشر من عمره ولم يكمل الثامنة عشر مقداراً من ماله ويأذن له في التجارة تجربة له كما يجوز للمحكمة أن تأذن لهذا الصغير عند امتناع الولي ، والإذن

---

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج١٠ ، ص ٣٤٥ ، ٣٤٦ .

(٢) ينظر د. نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٧ ، ص ٤٢ ؛ محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الأردني ، الحقوق العينية التبعية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمّان ، ١٩٩٥ ، ص ٤٥ .

(٣) تنظر المادة(١٣٦) من القانون المدني العراقي ، وينظر محمد طه البشير ، د. غني حسون طه ، الحقوق العينية التبعية ، ج٢، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، بغداد ، ١٩٨٢ ، ص٣٦٢ .

بالتجارة قد يكون مطلقا أو مقيدا ، ويعد الصغير المأذون في التصرفات الداخلة تحت الإذن بمنزلة البالغ سن الرشد .[١]

إذن يستطيع الصغير المأذون بالتجارة ممارسة التجارة ، لكنه لا يستطيع أن يرهن هذه الأموال المرخص له بها لضمان دين غيره ذلك أن نص الفقرة الأولى من المادة (٩٨) من القانون المدني العراقي حددت الغرض من تسليم هذه الأموال للصغير وهو مزاولة التجارة ، لذلك لا يمكن أن يكون إبرام عقد كفالة عينية من التصرفات الداخلة تحت الإذن بالتجارة بأي شكل كان سواء أكان الإذن مطلقا أو مقيدا ، ولا يمكن أن تعد من الأعمال التجارية التي يمكن أن تجلب ربحاً للكفيل العيني أو من لوازمها ، كما لا يمكن أن تكون نية المشرع العراقي قد اتجهت إلى أنه يمكن أن تدخل التصرفات الضارة ضرراً محضاً كالكفالة العينية تحت الإذن بالتجارة حتى لو كان الإذن مطلقاً . وان ابرم الصغير المأذون بالتجارة عقد كفالة عينية فان عقده يعد باطلا ويجوز للولي أو للمحكمة أن تعيد الحجر عليه حسب نص المادتين (١٠٠ و ١٠١) من القانون المدني العراقي .

أما في القانون المدني المصري فقد حددت المادة (١١٢) للصبي المميز الذي أكمل الثامنة عشر من عمره وإذن له في تسلم أمواله لإدارتها ، أن يقوم بأعمال الإدارة وفي الحدود التي رسمها القانون ، وبما أن الكفيل العيني يلجأ إلى رهن ماله لضمان دين غيره ، فهل يعد الرهن من أعمال الإدارة أم من أعمال التصرف بالنسبة للقاصر المأذون في إدارة أمواله دون التصرف فيها ، وتدق التفرقة بين أعمال

(١) ينظر نصوص المواد (٩٨-١٠١) من القانون المدني العراقي ؛ د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مصدر سابق ،ص ٧١

الإدارة وأعمال التصرف ، فتشمل أعمال التصرف كل تصرف في أصل الشيء ، وتشمل أعمال الإدارة كل تصرف في ثمار الشيء .

وعلى هذا فالرهن يكون من أعمال التصرف أو أعمال الإدارة بحسب الأحوال[١] ، فرهن العقار دائماً من أعمال التصرف لأنه وارد على أصل الشيء ، أما رهن المحصول الزراعي بعد قبضه ، لا يكون إلا رهناً حيازياً لأنه وارد على منقول ، فيعتبر من أعمال الإدارة لأنه وارد على ثمار الشيء . فالرهن التأميني يعتبر دائماً من أعمال التصرف ، لذلك لا يجوز أن يصدر من القاصر المأذون في الإدارة فقط [٢] .

إلا أن ما سبق يشمل الراهن فيما لو كان هو المدين ، أما بالنسبة للكفيل العيني الذي يرهن مالاً مملوكاً له رهناً تأمينياً أو حيازياً للوفاء بالتزام في ذمة غيره ، فيعتبر الرهن بالنسبة له عملاً ضاراً ضرراً محضاً خاصةً لو كانت بدون أجر ، وعلى ذلك فيشترط لصحته أن يكون الراهن بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، وإذا كان قاصراً وقع رهنه باطلاً [٣] .

وأخيرا نتسأل ، هل يجوز أن يكون يصح للمريض مرض الموت أن يبرم عقد كفالة عينية ؟

مرض الموت هو الذي يعجز فيه المريض عن إدارة إعماله ويغلب فيه الموت ، ويتصل المرض بالموت فعلا ولو كان الموت بسبب أخر .[٤]

---

(١) المشرع العراقي حسم الخلاف واعتبر الرهن من اعمال التصرف بموجب المادة (٢/١٠٥)

(٢) د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ٢٠٠٨ ، ص ٦٢ ، ٦٣ .

(٣) محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، دراسة تحليلية مقارنة ، ط ٢ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧١ ، ص ٣١ .

(٤) د . توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة ،مؤسسة الثقافة الجامعية ، ١٩٧٩ ، ص ٦٣٥

إن المريض مرض الموت شخص ذو أهلية كاملة لأن مرض الموت يصيب جسمه من دون إرادته ، فيكون سليم العقل والإدراك والتمييز ، ولغرض صيانة حقوق الدائنين والورثة فإنه يعد محجوراً عليه بقدر ما يضمن تلك الحقوق ، وذلك بمنع تصرفاته الضارة بحقوق دائنيه وورثته ، لأن مرض الموت يعد مرحلة تتهيأ فيها شخصية الإنسان وأهليته للزوال ، كما أنها مرحلة لثبوت الحقوق في أموال المريض لمن ستنتقل إليهم هذه الأموال بعد موته من دائنين أو ورثة ، لذا تصبح الديون متعلقة بمال المريض بعد أن كانت متعلقة بذمته قبل المرض [١] وبالنسبة للكفالة بشكل عام فهي تأخذ في مرض الموت حكم الوصية في القانون المدني العراقي استناداً للفقرة (٢) من المادة (١١٠٩) " ٢- ويعتبر في حكم الوصية إبراء المريض في مرض موته مدينه وارثا كان أو غير وارث ، وكذلك الكفالة في مرض الموت " ، ونفس الحكم ينطبق على الكفالة العينية ، فإذا كانت قيمة العين التي رهنها الكفيل العيني لا تزيد على ثلث التركة ، نفذ التصرف في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم . وإذا زادت قيمة العين على ثلث التركة ، لم ينفذ التصرف فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة . فإذا لم يجيزوا وجب على المتصرف له أن يرد إلى التركة ما جاوز الثلث أي أن يرد إليها ما بقي بتكملة ثلثيها . ويستوي في ذلك كله أن يكون التصرف لوارث أو لغير وارث [٢] .

---

(١) حبيب إدريس عيسى المزوري ، تصرفات المريض مرض الموت (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، جامعة الموصل ، كلية القانون ، ٢٠٠٥ ، ص ١٥ ، ١٦ .

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، العقود التي تقع على الملكية (البيع والمقايضة) ، ج ٤ ، ط٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٢٤ ، ٣٣٤ .

وإذا كان المريض مرض الموت قد ابرم عقد الكفالة العينية في حال صحته فإنها تكون صحيحة ونافذة في حق الورثة خاصة الكفالة العينية العقارية – وتشمل الرهن التأميني الحيازي معا– التي تكون ثابتة التاريخ بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري .

أما نص الفقرة الثانية من المادة (١١١٢) من القانون المدني العراقي "٢– وإذا اقر بأنه كفل حال صحته دينا لأحد ، نفذ إقراره في جميع ماله ولكن بعد أن توفى ديون الصحة وما في حكمها من الديون " ، فإنها لا تنطبق على الكفيل العيني سواء أكان رهنه تأمينيا أم حيازيا ، لان الرهن الوارد على عقار يكون ثابت التاريخ من يوم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري ، وإذا كان رهنا حيازيا واردا على منقول فانه يكون ثابت التاريخ من يوم قبضه من قبل الدائن المرتهن ، لذلك لا نأخذ بالترتيب الوارد في الفقرة الثانية من المادة (١١١٢) من القانون المدني العراقي ، وتدخل الكفالة العينية ضمن ديون الصحة الأخرى وما في حكمها . عليه نقترح على المشرع العراقي إضافة فقرة ثالثة إلى نص المادة (١١١٢) " أما إذا كانت كفالة عينية عقارية فإنها تنفذ في جميع أمواله دون حاجة إلى إقرار منه ، وتأخذ مرتبتها ضمن ديون الصحة استنادا إلى تاريخ تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري أو تأريخ قبض الدائن المرتهن "

في حين لم يرد في القانون المدني المصري حكم الكفالة في مرض الموت لذلك يطبق عليها الحكم العام الذي ورد في نص المادة (٩١٦) وهو ينطبق على كل تصرف في مرض الموت المقصود منه التبرع فيكون مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية ، كما لم يبين المشرع المصري حكم إقرار المريض مرض الموت بالكفالة التي يكون قد ابرمها حال صحته .

أما عن حكم مباشرة النائب للكفالة العينية ، وهل يجوز أن يبرم عقد الرهن النائب عن الراهن (الكفيل العيني) ، سنبين ذلك من خلال الفقرتين الآتيتين :

أولا :- مباشرة الولي والوصي والقيم للكفالة العينية

الولاية هي : (نفاذ القول على الغير شاء أم أبى ، أو بعبارة أخرى هي صفة تصبح معها أعمال الشخص ذات أثر في حق الغير) [١] .

وقد يكون مصدر الولاية القانون كولاية الأب أو الجد وكولاية الوصي أو القيم ، وولي الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبته المحكمة [٢].

لا يجوز للولي (ولو كان الأب) أو الوصي أو القيم رهن عقار القاصر أو المحجور عليه ضماناً لدين غيره إلا بإذن المحكمة وبالطريقة التي تحددها وذلك استناداً للفقرة (٢) من المادة (١٠٥) من القانون المدني العراقي التي تنص على : (أما التصرفات الأخرى التي لا تدخل في حدود الإدارة كالبيع في غير ما ذكر والرهن والقرض والصلح وقسمة المال الشائع واستثمار النقود فلا تصح إلا بإذن من المحكمة وبالطريقة التي تحددها) . إلا أن المادة (١٢٨٩) من القانون المدني نصت على استثناء يتعلق بالرهن على حكم الفقرة (٢) من المادة (١٠٥) حيث أجازت للأب أن يرهن رهنا تأمينيا ماله عند ولده الصغير أو أن يرتهن مال الصغير لنفسه أو أن يرهنه عند أجنبي لضمان دين نفسه أو لضمان دين الصغير وهذا الحكم خاص فقط بالأب دون الأولياء الذين لا يحق لهم رهن أو ارتهان مال من هم

---

(١) محمد وحيد الدين سوار ، مصدر سابق ، ص ٣٩ .

(٢) استنادا للمادة (١٠٢) من القانون المدني العراقي .

تحت ولايتهم إلا بأذن المحكمة ، وحكم المادتين (١٠٥) و(١٢٨٩) لا يشمل الكفالة العينية ذلك لأنها تعد من التصرفات الضارة ضررا محضا التي لا يجوز للولي أو الوصي أو القيم مباشرتها حتى وان أذنت بها المحكمة . وبالرجوع إلى قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ نجد انه لا يجوز للولي أن يتصرف بمال الصغير إلا بموافقة دائرة رعاية القاصرين ، وهذا ما أكدته المادة (٤١) منه فقد قضت بأن على الولي أو الوصي أو القيم المحافظة على أموال القاصر وله القيام بأعمال الإدارة المعتادة على أن يبذل في ذلك ما يطلب من الوكيل المأجور بذله وفقاً للقانون المدني . أما المادة (٤٢) من هذا القانون فلا تجيز للولي أو الوصي أو القيم التبرع بمال من أموال القاصر إلا لأداء واجب عائلي وإنساني وذلك بموافقة دائرة رعاية القاصرين ، وحددت المادة (٤٣) من هذا القانون بعض التصرفات التي لا يجوز للولي أو الوصي أو القيم مباشرتها إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر ومنها الفقرة (أولاً) والتي جاء فيها بأن من ضمن هذه التصرفات هي التي يكون من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة .[١] وبالرغم من أن الكفالة العقارية تعد رهنا وتنشئ حقا عينيا تبعيا لكننا لانطبق حكم المادة (٤٣) التي تتطلب اخذ موافقة دائرة رعاية القاصرين ، ذلك أن الكفالة العينية تدخل ضمن أعمال التبرع بمال من أموال القاصر وبالتالي نطبق حكم المادة (٤٢) التي لا تجيز للولي أو الوصي أو القيم التبرع بأموال القاصر ، إلا إذا كانت الكفالة العينية بمقابل عندها نطبق حكم المادة

---

(١) ينظر د . عصمت عبد المجيد بكر ، أحكام رعاية القاصرين ،ط٣، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٧، ص٩٣-٩٤

(٤٣) ويجوز للولي إبرام عقد الكفالة العينية بعد اخذ أذن من دائرة رعاية القاصرين .

وبالرجوع إلى قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل ، فقد نصت المادة (١٩٤) منه على :- (للولي أو الوصي إجراء التصرفات النافعة نفعاً محضاً للصغير نيابة عنه بدون إذن من المحكمة ، أما التصرفات الضارة كالهبة والإبراء والإسقاط فلا يجوز لهما مباشرتها مطلقاً) . إذن الكفالة العينية العقارية لا يجوز مطلقا مباشرتها من قبل الولي أو الوصي لأنها ضارة ضررا محضا للصغير ، وهو نفس موقف قانون رعاية القاصرين ، إلا إذا كانت الكفالة العينية العقارية بمقابل عنده نطبق حكم المادة (١٩٥) والتي تنص على :- (لا يجوز للأولياء أو الأوصياء مباشرة التصرفات العقارية الدائرة بين النفع والضرر نيابةً عن الصغير إلا بإذن أو تخويل من المحكمة المختصة وبالطريقة التي تعينها) .

وحسب القانون المدني المصري فإنه لا يجوز أن يكون الكفيل العيني قاصراً أو محجوراً عليه وأن يرهن وليه أو وصيه أو القيم عليه عقاره رهناً تأمينياً أو شيء من ماله رهناً حيازياً ضماناً للوفاء بالتزام في ذمة غيره . وإن فعل كان الرهن باطلاً ولو كان بإذن المحكمة ، لأن النائب لا يستطيع التبرع بمال محجوره ولو بإذن المحكمة . ويجوز أن يتمسك بالبطلان كل ذي مصلحة ، فيتمسك به نفس الكفيل العيني بعد بلوغه سن الرشد والدائن المرتهن ويطلب حلول أجل الدين ببطلان الرهن ، والولي

والوصي والقيم ودائنو الكفيل العيني ومن اشترى العقار المرهون أو ارتهنه مرة ثانية وكان الشراء أو الرهن الثاني صحيحاً [١] .

ثانياً : مباشرة الوكيل للكفالة العينية

عرفت المادة (٩٢٧) من القانون المدني العراقي الوكالة بأنها : (عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم) . [٢]

وتقسم الوكالة إلى عامة وخاصة استناداً للمادة (٩٣١) من القانون المدني العراقي ، وإلى مقيدة ومطلقة استناداً للمادة (٩٣٢) من القانون المدني العراقي .[٣]

استنادا إلى المواد السابقة يجوز للوكيل أن يرهن مالاً مملوكاً للكفيل العيني وفاء لالتزام في ذمة غيره سواء كان هذا الرهن تأمينياً أو حيازياً ولكن يجب أن تكون الوكالة خاصة بالكفالة العينية ، ويجب أن يكون الكفيل بالغاً سن الرشد وغير محجور عليه ، حتى يستطيع أن يصدر هذه الوكالة ، ويجب أن يكون التوكيل بالرهن التأميني الصادر من الكفيل العيني مذكوراً فيه العقار المراد رهنه والدين الذي يرهن العقار ضماناً للوفاء به وأن يكون التوكيل الخاص بالرهن الحيازي مذكوراً فيه المال المراد رهنه والدين الذي يرهن المال ضماناً للوفاء به ، وإلا كان

---

(١) : ينظر نص المادة (١١٨) من القانون المدني المصري ؛ د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٣٤٥ ؛ د. محيي الدين إسماعيل علم الدين ، أصول القانون المدني ، الحقوق العينية (الأصلية والتبعية) ، دون مكان طبع ، ١٩٧٧ ، ص ٤٣٠ .

(٢) تقابلها المادة (٦٩٩) من القانون المدني المصري

(٣) تقابلاها المادتان (٧٠١ و٧٠٢) من القانون المدني المصري

التوكيل باطلاً [١] ، وقد نصت ف٢ من م (٥٢) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل على :- (الوكالة العامة المطلقة لا تخول الوكيل العام بغير تفويض خاص الإقرار بحق ولا التنازل عنه ولا الصلح ولا التحكيم ولا البيع ولا الرهن أو الإجازة أو غير ذلك من عقود المعاوضة ولا القبض ولا التبرع ....) .

الفرع الثاني

أن يكون الكفيل العيني مالكًا للمرهون أو متصرفًا فيه

يشترط وفقاً للمادتين (١٢٨٧ ، ١٣٢٥) من القانون المدني العراقي أن يكون الراهن مالكاً للمال المرهون أو متصرفاً فيه سواء كان الراهن هو المدين نفسه أم كان كفيلاً عينياً يقدم رهناً تأمينياً أو حيازياً لمصلحة المدين .

وتشير عبارة (متصرفاً فيه) إلى إمكانية رهن حق التصرف في الأراضي الأميرية [٢] ، وكان المشرع العراقي قد أشار إلى إمكانية رهن حق التصرف عندما نظم الأحكام الخاصة بهذا الحق في المادة (١١٦٩) التي نصت على " ٢- وله أن يفرغها وان يؤجرها وان يعيرها وان يرهن حقه في التصرف فيها رهنا تأمينيا أو حيازيا ويستوفي الدين من بدل الحق حتى لو انحلت الأرض بعد موته "

وكان بإمكان المشرع العراقي أن يستغني عن عبارة (أو متصرفا فيه) الواردة في نص المادتين (١٢٨٧ ، ١٣٢٥) والاكتفاء بما ورد في نص الفقرة الثانية من

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٣٤٥ ، ٣٤٦ ؛ محمد علي عبده ، عقد الكفالة (دراسة مقارنة) ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٨ .

(٢) د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية ، ج ١ ، مطبعة دار المعرفة ، بغداد ، ١٩٥٣ ، ص ١١٤ .

المادة (١١٦٩) التي أجازت رهن حق التصرف رهنا تأمينيا أو حيازيا ، تجنبا للتكرار من جهة ، ومن جهة أخرى فان إيراد مثل هذه العبارة يوحي بأن المشرع اشترط لصحة الرهن أن يكون الراهن إما مالكا للعقار أو صاحب حق تصرف في حين أن الرهن جائزا إذا كان واردا على الحقوق العينية الأصلية الأخرى التي لا تتنافى طبيعتها مع الرهن ، فمثلا يجوز رهن حق المنفعة أو حق المساطحة لكن لا يجوز رهن حق الاستعمال والسكنى أو رهن حقوق الارتفاق مستقلة عن العقار المرتفق به . عليه نقترح تعديل نص المادة (١٢٨٧) لتصبح بالشكل الآتي :" يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين ويجوز أن يكون كفيلا عينيا ، يقدم رهنا تأمينيا لمصلحة المدين ، وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون أو صاحب حق عيني أصلي عقاري قابل للرهن "

كذلك تعديل نص المادة (١٣٢٥) لتصبح بالشكل الأتي : " يشترط فيمن يرهن مالا توثيقا لدين عليه أو على غيره ، أن يكون مالكا للمرهون أو صاحب حق عيني أصلي قابل للرهن "

أما المشرع المصري فقد اكتفى في نص الفقرة الثانية من المادة (١٠٣٢) أن يكون الراهن مالكا للعقار وأهلا للتصرف فيه ، وكون الكفيل العيني مالكا للمال المرهون يثار البحث في المسائل الآتية :-

أولاً :- رهن ملك الغير :-

إذا رهن شخص مالا غير مملوك له لضمان دين الغير رهنا تأمينيا أو حيازيا ، فان تصرفه يدخل ضمن التصرف في ملك الغير ، وقد اختلف الفقهاء في تحديد من يعد راهنا لملك الغير فذهب قسم منهم إلى التضييق من نطاق رهن ملك الغير فلا يشمل سوى من رهن باسمه ولحسابه مالا مملوكا لغيره في ملك غيره لاعتقاده

أن المال مملوكاً له أو أن ملكيته ستؤول إليه وعند ذلك سيقرر رهنه من ذلك الوقت ، ويترتب على ذلك أنه لا يدخل في نطاق رهن ملك الغير الرهن الذي يعقده النائب عن مالك العقار أو المال حتى لو كان متجاوزاً به حدود نيابته ، أو لم يكن هناك نيابة أصلاً [١] .

في حين وسع قسم آخر من الفقهاء من نطاق رهن ملك الغير ليشمل بالإضافة إلى ما ذكر النائب الذي زال سبب نيابته كالوكيل الذي يبرم عقد رهن نيابة عن المالك ثم يتبين أن الموكل قد عزله ، أو يتجاوز الحدود المرسومة له بالتصرف [٢]، وكذلك يشمل من رهن عقارا اشتراه ولم يسجله في دائرة التسجيل العقاري [٣].

والمشرع العراقي لم يشر إلى أحكام رهن ملك الغير ، فنرجع إلى القواعد العامة في القانون المدني العراقي وتحديداً المادة (١٣٥) إذ تنص على : " ١- من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك " وإذا أجاز المالك الحقيقي الرهن عدت الإجازة توكيلاً وإذا لم يجزه بطل التصرف ، ولم يحدد النص صور التصرف التي تدخل ضمن مفهوم التصرف في ملك الغير ومنها رهن ملك الغير لذلك نؤيد ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني الذي اخذ بالمفهوم الواسع . وعمليا فان رهن الكفيل العيني لملك الغير غير متصور في الرهن التأميني والرهن الحيازي الواقع على عقار لان الرهن لا ينعقد إلا إذا سجل في دائرة التسجيل

---

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ١٠ ، ص ٢٩٨ ، ٧٥٥ ؛ د. نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص ٥١ .

(٢) محمد طه البشير ، د. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص٣٨٥

(٣) بيع العقار لا ينعقد الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري استنادا للمادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي

العقاري استنادا للمادتين (١٢٨٦ و١٣٢٤) من القانون المدني ، كما أن المواد (٣٠٥ – ٣٠٨) الخاصة بالرهن التأميني ، والمواد (٣٢٥ – ٣٢٨) الخاصة بالرهن الحيازي من قانون التسجيل العقاري أشارت إلى الإجراءات التي يجب إتباعها عند تسجيل الرهن ، فلا يمكن أن يرهن شخص عقارا مملوكا للغير سواء لضمان دين نفسه أو ككفيل عيني إلا في نطاق ضيق يشمل من تصرف بدون نيابة أو تجاوز حدود نيابته ، فالوكيل يحق له رهن العقار بموجب وكالة مصدقة وصحيحة لكن تجاوزه حدود الوكالة أو عزله قبل أن يبرم عقد الرهن يؤديان أن يكون رهنه تصرفا في ملك الغير .

لكن من الممكن أن يكون رهن ملك الغير من الناحية العملية كثير الوقوع في حالة رهن المنقول لأنه لا يحتاج إلى جهة رسمية لتسجيله ، فمن كان المنقول تحت حيازته لكنه – لم يكن مالكا أو نائبا عن المالك أو صاحب حق عيني قابل للرهن – ورهنه رهنا حيازيا فانه يكون قد رهن ملك الغير وتطبق عليه أحكام التصرف في ملك الغير ويكون تصرفه موقوفا على إجازة المالك .

مع ملاحظة أن الراهن لا يستطيع الرجوع عن عقد الرهن بحجة انه رهن شيئا لا يملكه لان الرهن يكون ملزما له سواء كان الراهن هو المدين نفسه أم كفيلا [١] .

أما المشرع المصري فقد نظم أحكام رهن ملك الغير في المادة (١٠٣٣) من القانون المدني ، إذ تنص الفقرة الأولى من هذه المادة على : (إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية . وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن). وأيضاً أشار إلى نفس الحكم في

---

(١) د. صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ١٢٧ .

المادة (١٠٩٨) الخاصة بالرهن الحيازي . إذن بموجب هذا النص فان رهن ملك الغير يكون باطلا بطلانا نسبيا ، إلا انه يقبل التصحيح في حالتين الأولى إذا اقره المالك الحقيقي بورقة رسمية ، والثانية إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الراهن ، ولا يصح الرهن إلا من تاريخ انتقال الملكية إلى الراهن ، وهو حكم خاص خرج به المشرع المصري عن القواعد العامة المنظمة لأحكام التصرف في ملك الغير [١] .

ونلاحظ أن موقف المشرع العراقي أفضل لأنه لا حاجة إلى إيراد نص خاص برهن ملك الغير ، ذلك أن المادة (١٣٥) الخاصة بالتصرف في ملك الغير كافية للتطبيق على رهن ملك الغير باعتباره تصرفا في ملك الغير .

ونود الإشارة في هذا المقام إلى أن المالك الذي تزول ملكيته بأثر رجعي لا تعد تصرفاته التي أجراها – ومنها الرهن _ في الفترة ما بين اكتسابه للملكية وتحقق سبب زوالها تصرفا في ملك الغير ، فبالنسبة للقانون المدني العراقي لا يوجد نص في موضوع الرهن التأميني أو الحيازي يبين مصير الرهن الذي يبرمه الراهن سواء أكان مدينا أم كفيلا عينيا ثم تزول ملكيته بأثر رجعي ، لكن بالرجوع إلى القواعد العامة ،تعد تصرفات المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي بسبب بطلان سند ملكية أو نقضه أو فسخه أو زواله لأي سبب من الأسباب كأن لم تكن لأنها صادرة من غير مالك، وإذا صدر من الكفيل العيني رهناً حال كونه مالكاً ثم زالت عنه ملكيته ، ترتب على ذلك زوال الرهن أيضاً حتى لو كان الدائن المرتهن حسن النية وقت إبرام العقد [٢]. أما المشرع المصري فقد أشار إلى هذه الحالة في نص خاص في الرهن

---

(١) د. سمير تناغو ، مصدر سابق ، ص ٦٩

(٢) ينظر نصوص المواد (١٣٨) و(١٤١) و(١٨٠) من القانون المدني العراقي ؛ ينظر كذلك محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٥٦ ، ٥٧ .

الرسمي ، اذ تنص المادة (١٠٣٤) على أنه : (يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأي سبب آخر . إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن) . وذلك رغبة من المشرع المصري في حماية حسن النية من جهة وتدعيم الائتمان وتشجيعه من جهة أخرى [١] . ونرى انه لا ضرورة لإيراد حكم خاص برهن المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي وتطبيق القواعد العامة يكفي في ذلك .

ثانياً :- رهن الأموال المستقبلية :-

اختلفت الآراء الفقهية في معنى رهن الأموال المستقبلية إلى رأيين ، يرى الأول منهما أن رهن الأموال المستقبلية يتحقق إذا رهن المدين أو الكفيل العيني مالا مملوكا للغير على أمل أن يملكه الراهن في المستقبل بإرث أو وصية أو شراء أو غير ذلك . أي أن لا يكون للراهن على هذه الأموال أي حق وقت تقرير الرهن أو يكون حقه عليها مجرد احتمال كأن يرهن شخص مالاً قد يشتريه أو قد يوهب له أو أن يرهن الابن مالاً مملوكاً لأبيه على أمل أن يرثه عنه [٢] .

بينما يذهب الرأي الثاني إلى أن المراد بالأموال المستقبلية هي الأموال التي لا تكون موجوداً أصلاً (فعلاً) وقت صدور العقد وإذا كان من الممكن وجودها مستقبلاً كأن يرهن شخص منزلاً لم يبدأ بناؤه بعد [٣] ، وهو الاتجاه الذي نؤيده بدورنا لأن هذا

---

(١) لمزيد من التفصيل ، ينظر : د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ١٠ ، ص ٣١٣ وما بعدها .

(٢) شاكر ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية العقارية ، ج ٢ ، ط١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٣ ، ص ١١٨ .

(٣) محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٦٢-٦٤ .

هو المقصود بالأموال المستقبلية بالمعنى الصحيح . وهذا هو الفرق بالحقيقة بين رهن ملك الغير ورهن الأموال المستقبلية .

ولا يوجد في القانون المدني العراقي نص خاص يبين حكم رهن الأموال المستقبلية ، لذا يجب الرجوع إلى القواعد العامة وبالتحديد المادة (١٢٩) التي تنص على : (١- يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر . ٢- غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل) [١].

فهذه المادة تقضي بأنه يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر ، ولا يستثنى من جواز التعامل في الأموال المستقبلية إلا التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة فهو باطل ، فلا يجوز للوارث أن يبيع ميراثه المستقبل أو يهبه أو يقسمه أو أن يرهنه أو أن يجري عليه أي نوع من أنواع التعامل سواء وقع التعامل على التركة في مجموعها أو على مال معين يدخل ضمن التركة .

وبناءاً على ما تقدم ، هل يعتبر رهن الكفيل العيني للأموال المستقبلية جائزاً استناداً للمادة (١٢٩) من القانون المدني العراقي ؟

يرى جانب من الفقه [٢] بأنه ليس ثمة ما يمنع من القول بصحة رهن الأموال المستقبلية إذا أمكن وجودها وعينت تعييناً دقيقاً نافياً لكل من الجهالة والغرر وبأنه

---

(١) كما نصت المادة (٥١٤) من القانون المدني العراقي على (٢- ويصح بيع الاشياء والحقوق المستقبلية اذا كانت محددة تحديدا يمنع الجهالة والغرر)

(٢) محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٦٣ ، ٦٤ .

إذا رهن شخص منزلاً لم يبدأ بناءه وقع رهنه صحيحاً إذا بينت في العقد أوصاف البناء ومشتملاته بيانا يمنع الجهالة والنزاع بين الطرفين .

إلا أن الملاحظ انه لا يجوز رهن الأموال المستقبلية رهنا تأمينيا أو رهنا حيازيا ويكون عقد الرهن باطلا في هذه الحالة وذلك للأسباب الآتية :

١- لا يمكن للكفيل العيني رهن أمواله المستقبلية رهناً حيازياً ، استناداً للمادة (١٢٩) أنفة الذكر من القانون المدني العراقي حتى وان كان ممكن وجودها في المستقبل ، وحتى لو عينت تعييناً نافياً للجهالة والغرر ، لأن الرهن الحيازي عقد عيني لا يتم إلا بالقبض وذلك استناداً للمادة (١٣٢٢) من القانون المدني العراقي التي تنص على : (يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن ، أن يقبض المرتهن المرهون) ، ولا يمكن تصور أن يتم قبض الأموال المستقبلية غير الموجودة أصلاً وقت التعاقد .

٢- لا يمكن للكفيل العيني رهن العقارات المستقبلية رهناً تأمينياً أو حيازياً استناداً للمادة (١٢٩) من القانون المدني العراقي ، وذلك لأن عقد الرهن التأميني يجب أن يسجل في دائرة التسجيل العقاري وإلا وقع باطلاً استناداً للمادة (١٢٨٦) من القانون المدني العراقي التي تنص على : (١-لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله في دائرة الطابو.....) ، ونفس الأمر ينطبق على رهن العقار رهنا حيازيا لان المادة (١٣٢٤) تنص على : (إذا وقع الرهن الحيازي على عقار ، فيشترط أيضا لتمامه أن يسجل في دائرة الطابو وفقا للأوضاع المقررة قانونا) ، والعقار لا يسجل في دائرة التسجيل العقاري إلا إذا توافرت شروط نصت عليها المواد (٢٥ و٢٦ و٧٣ و٣٠٧) من قانون التسجيل العقاري إذن الشكلية

ركن في عقد الرهن الوارد على عقار ، واعتبار الشكلية ركن يتعارض مع إمكانية رهن الأموال المستقبلية .

وبالاستناد إلى ما سبق ، فإنه لا يمكن للكفيل العيني أن يقوم برهن الأموال المستقبلية لأن ذلك يتعارض مع طبيعة الرهن .

المطلب الثالث

تمييز الكفيل العيني عن غيره

نتناول في هذا المطلب تمييز الكفيل العيني عن الكفيل الشخصي في الفرع الأول ، ثم تمييزه عن الراهن رهنا تأمينيا أو حيازيا في الفرع الثاني ، وأخيرا تمييزه عن الحائز في الفرع الثالث وكالاتي:

الفرع الأول

تمييز الكفيل العيني عن الكفيل الشخصي

الكفيل الشخصي هو من يضم ذمته المالية دون تمييز عنصر معين منها إلى ذمة المدين ، فيكون للدائن الحق بالرجوع على المدين أو الكفيل للمطالبة بدينه ، فينشأ عن عقد الكفالة الشخصية التزاما شخصيا ينفذ في جميع أموال الكفيل ، فهي إذن تأمين شخصي ، بينما يقتصر التزام الكفيل العيني في مال معين من أمواله ، حيث ينشأ لمصلحة الدائن حقاً عينياً تبعياً على هذا المال تأميناً وضماناً للوفاء بدين المدين ، وبذلك تتصل الكفالة في هذه الحالة بالتأمينات العينية [١] .

([١]) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، أحكام عقد الكفالة ، ٢٠٠٢ ، ص ١٤ ، ١٥ .

وبذلك نلاحظ أننا لو أردنا تمييز الكفيل العيني من الكفيل الشخصي لوجدنا أن هناك أوجه شبه وأوجه اختلاف بينهما ، وهذا ما سنحاول بيانه بالتفصيل وعلى الوجه التالي :-

أولاً :- أوجه التشابه :-

١- يتفق الكفيل العيني مع الكفيل الشخصي من حيث الأهلية المطلوبة في كل منهما ، فيجب أن تتوفر فيهما أهلية التبرع خاصةً لو كانت الكفالة بدون أجر أو بلا مقابل ، فيجب أن يكون الكفيل في الحالتين عاقلاً بالغاً راشدا.

٢- الكفيل العيني والكفيل الشخصي يقدمان ضماناً أو تأميناً للدائن للوفاء بالتزام أو دين في ذمة المدين والتزامهما في الحالتين تابع للالتزام الأصلي ، وهو يتبع الدين المضمون وجوداً و عدماً يبطل ببطلانه وينقضي بانقضائه .

٣- الكفيل العيني كالكفيل الشخصي يحق له أن يتمسك بما يتمسك به الأخير من دفوع ، فهو لم يخرج عن كونه كفيلاً يضمن دين الغير ، فيكون للكفيل العيني أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة بالدين نفسه لأنه يكفله وله أيضاً أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة به [١] ، ويجوز للكفيل العيني أن يتمسك بأوجه الدفع هذه ، أما الدفوع المتعلقة بالكفيل العيني نفسه ، فهي ترجع إلى العقد المبرم بينه وبين الدائن المرتهن فيجوز أن يكون هذا العقد باطلاً ، وقد ترجع هذه الدفوع إلى ما يرد على عقده من أوصاف كعدم تحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ فيتمسك الكفيل العيني بأن الرهن الذي عقده لم ينشا لأنه

(١) صابر محمد محمد سيد ، تبعية الرهن للدين المضمون – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٩ ، ص ١٠٨ .

كان معلقاً على شرط واقف ولم يتحقق هذا الشرط أو كان معلقاً على شرط فاسخ وتحقق هذا الشرط وغيرها من الدفوع [١] ، وهذا ما أخذ به القانون المدني المصري في الفقرة الثانية من المادة (١٠٤٢) : " وإذا كان الراهن غير المدين كان له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين" ، ولم نجد مقابلا لهذا النص في القانون المدني العراقي رغم أهميته لذلك نقترح على المشرع العراقي الأخذ بما اخذ به المشرع المصري لأنه يحقق حماية أكثر للكفيل العيني خاصة مع وجود تواطء محتمل بين المدين والدائن عندما يتنازل المدين عن حقه في الدفوع ، وحتى لا يؤدي ذلك إلى إلحاق ضرر بالكفيل العيني الذي يكون في الغالب متبرع في تصرفه .

٤- يحق للكفيل العيني كما للكفيل الشخصي الرجوع بما أداه على المدين بالدعوى الشخصية وبدعوى الحلول وكما سنرى لاحقاً .

ثانياً :- أوجه الاختلاف :-

١- تدخل الكفالة الشخصية ضمن نطاق التأمينات الشخصية والتي هي كما ذكرنا ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي . فيصبح للدائن بدلاً من مدين واحد مدينان أو أكثر وكلهم مسئولون عن الدين إما في وقت واحد أو على التعاقب ، وبذلك يكفل حق الدائن أكثر من ذمة واحدة ، وإذا أعسر المدين رجع الدائن على غيره من المسئولين الآخرين عن حقه ، بينما تدخل الكفالة العينية ضمن نطاق التأمينات العينية والتي تعني تخصيص مال معين ،

---

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ١٠ ، ص ٣٨ وما بعدها .

مملوكاً للمدين أو غيره (الكفيل العيني) لتأمين حق الدائن فيكون للدائن حق عيني على هذا المال يكفل الوفاء بحق الدائن [١] .

٢- لا يلتزم الكفيل العيني التزاماً شخصياً بضمان الدين ، بل الذي يضمن الدين هو الرهن الذي قدمه ولا يجوز التنفيذ على شيء من ماله الذي لم يخصص لضمان حق الدائن ولا تجاوز مسؤوليته عن هذا الحق حد ما رهنه من المال [٢] ، وإذا انتقلت ملكية العين المرهونة إلى غير الكفيل العيني انتقلت إلى هذا الغير مرهونة ، بينما يلتزم الكفيل الشخصي التزاماً شخصياً بوفاء الدين إذا لم يوفه المدين ، وينتقل هذا الالتزام الشخصي في تركته إلى ورثته وذلك استناداً للمادة (١٠٤٧) من القانون المدني العراقي ، ويكون مسئولا في جميع أمواله لا في مال معين بالذات .

٣- يجوز للكفيل الشخصي عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده ، أن يطالب الدائن باستيفاء دينه من أموال المدين واتخاذ الإجراءات ضده إذا ظهر أن أمواله القابلة للحجز تكفي لوفاء الدين بأكمله وهذا ما يسمى بحق التجريد . وتقدر المحكمة ما إذا هناك محل لوقف الإجراءات مؤقتاً ضد الكفيل الشخصي حتى يتم الاستيفاء وذلك استناداً للفقرة (٢) من المادة (١٠٢١) من القانون المدني العراقي . بينما لا يستطيع الكفيل العيني أن يطلب من الدائن المرتهن أن يجرد المدين قبل التنفيذ على العقار المرهون ، ما لم يوجد اتفاق يقضي

---

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ١٠ ، ص ٦ .

(٢) المادتان(١٣٠٠) و(٢/١٣٤١) من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة (١/١٠٣١) من القانون المدني المصري

بغير ذلك استناداً للمادة (١٣٠٠) من القانون المدني العراقي والمادة (١٠٥٠) من القانون المدني المصري .

٤- يختلف الكفيل الشخصي عن الكفيل العيني في حالة رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية إذا وفى كل منهما جزءاً من الدين ، فإذا رجع الكفيل الشخصي على المدين بجزء من الدين وهو مقدار ما وفاه ورجع الدائن أيضاً على المدين بالباقي من الدين ، فإن الدائن لا يتقدم على الكفيل في هذا الرجوع ، بل يتزاحم الاثنان معا [١] . أما الكفيل العيني فهو إذا وفى جزء من الدين ورجع الدائن أيضاً على المدين بالباقي من الدين ، ففي هذه الحالة يكون مركز الكفيل العيني أضعف من مركز الدائن ، وذلك استناداً للمادة للفقرة (١) من المادة (٣٨٢) من القانون المدني العراقي التي تنص على : (إذا وفى غير المدين جزءاً من حقه وحل محله فيه فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقدماً على من وفاه ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك) ، ويعامل الكفيل العيني في حالة الوفاء الجزئي معاملة الغير لأنه لا يعد مسئولا عن الوفاء مثل الكفيل الشخصي.

الفرع الثاني

تمييز الكفيل العيني عن الراهن رهناً تأمينياً أو حيازيا

استناداً للمادة (١٢٨٥) من القانون المدني العراقي : (الرهن التأميني ، عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه أن يتقدم

---

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ١٠ ، ص ١٧٩ .

على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة، في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون)[١]

واستناداً للمادة (١٣٢١) من القانون المدني العراقي : (الرهن الحيازي ، عقد به يجعل الراهن مالاً محبوساً في يد المرتهن أو في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاؤه منه ، كلاً أو بعضاً ، مقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أي يد كان هذا المال) [٢] .

ولو أردنا تمييز الكفيل العيني عن الراهن رهناً تأمينياً و حيازياً لوجدنا أن هناك أوجه اتفاق وأوجه اختلاف بينهما ، سنحاول بيانها بالتفصيل وكالآتي :-

أولاً :- أوجه التشابه :-

١- يخصص كل من الكفيل العيني والراهن رهناً تأمينياً و حيازياً مالاً معيناً سواء كان عقاراً أو منقولاً لتأمين حق الدائن ، ويكون للدائن حق عيني على هذا المال يكفل الوفاء بحق الدائن ، وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكاً للعقار أو المال المرهون أو متصرفاً فيه استناداً للمواد (١٢٨٧) و (١٣٢٥) من القانون المدني العراقي .

٢- يجوز للراهن رهنا تأمينيا أو حيازيا سواء كان مدينا أو كفيلاً عينياً أن يتصرف في المال المرهون ، وتصرفه هذا لا يؤثر في حق الدائن المرتهن ، فمثلا للراهن رهنا تأمينيا الحق في بيع العقار المرهون وإدارته ، وفي قبض غلته إلى وقت التحاقها بالعقار وفقاً لقواعد الإجراء وذلك استناداً للمادة

---

(١) تقابلها المادة (١٠٣٠) من القانون المدني المصري .

(٢) تقابلها المادة (١٠٩٦) من القانون المدني المصري

(١٢٩٥) من القانون المدني العراقي ، كما يجوز للراهن رهناً حيازياً أن يتصرف بالبيع وغيره في الشيء المرهون رهناً حيازياً ، وأي تصرف يصدر لا يخل بحق المرتهن ، ذلك استناداً للمادة (١٣٣٤) من القانون المدني العراقي .

٣- يلتزم الراهن سواء أكان مدينا أو كفيلا عينيا بضمان سلامة الرهن ، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل من شأنه إنقاص ضمانه ، أو إلحاق ضرر أو تلف بالمال المرهون وإذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض المال المرهون للهلاك أو التعيب أو تجعله غير كاف للضمان ، كان للمرتهن أن يطلب من المحكمة وقف هذه الأعمال .[١]

ثانياً :- أوجه الاختلاف :-

١- يكون الراهن في الرهن التأميني أو الحيازي عادةً هو نفس المدين ، أي أنه يقدم الرهن ضماناً للوفاء بدين في ذمته ، بينما يقدم الكفيل العيني التأمين أو يرهن ماله سواء كان عقاراً أو منقولاً توثيقاً لدين أو التزام في ذمة شخص آخر ، فالكفيل العيني هو شخص آخر غير المدين .

٢- للمرتهن أن يستوفي دينه من العقار المرهون رهناً تأمينياً وفقاً للإجراءات المقررة لذلك . وإذا لم يف العقار بحقه ، فله أن يستوفي ما بقي له كدائن عادي من سائر أموال المدين (الراهن) ، وهذا ما تنص عليه المادة (١٢٩٩) من القانون المدني العراقي ، وللمرتهن حيازة حق التنفيذ على المرهون ثم على سائر أموال المدين (الراهن) رهناً حيازياً استناداً للفقرة (١) من المادة (١٣٤١)

(١) ينظر نصوص المواد (١٢٩٦- ١٢٩٨) و(١٣٣٥ ، ١٣٣٦) من القانون المدني العراقي

من القانون المدني العراقي ، أما بالنسبة للكفيل العيني فلا يجوز التنفيذ على شيء من ماله الذي لم يخصص لضمان حق الدائن ، بينما يقتصر التنفيذ على المرهون فقط ، ولا تتجاوز مسؤوليته عن هذا الحق حد ما رهنه من المال استناداً للمواد (١٣٣٠) والفقرة (٢) من المادة (١٣٤١) من القانون المدني العراقي .

٣- يعتبر الرهن بالنسبة للراهن رهناً تأمينياً أو حيازياً عملاً من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر ، إذ أن المدين الراهن لا يتبرع برهن شيء من ماله عقاراً أو منقولاً ، بل هو يبغي من وراء هذا الحصول على قرض أو مد أجل الدين أو بوجه عام ضمان التزامه ، وعلى ذلك يجب أن يتوافر في المدين الراهن أهلية التصرف ، فيجب أن يكون المدين الراهن بالغاً سن الرشد غير محجور عليه لسفه أو غفلة ، أما إذا كان قاصراً غير مميز كان معدوم الأهلية ويقع رهنه باطلاً ، وإذا كان مميزاً ولم يبلغ الثامنة عشرة من عمره أو بلغها وتقرر استمرار الوصاية عليه أو حجر لسفه أو غفلة كان ناقص الأهلية ووقع عقده صحيحاً ولكنه موقوف على إجازة وليه أو إجازته هو نفسه بعد بلوغه سن الرشد استناداً للمادة (٩٧) من القانون المدني العراقي [١] .

أما بالنسبة للكفيل العيني فتصرفه لا يكون عادةً بمقابل ، فهو لا ينتفع عادةً بالرهن الذي يقدمه ضماناً للوفاء بالتزام في ذمة غيره ، فالرهن بالنسبة له يعتبر عملاً ضاراً ضرراً محضاً ، ويشترط لصحته أن يكون الكفيل العيني بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، وإذا كان قاصراً مميز أو غير مميز وقع الرهن باطلاً .

---

(١) محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٢٩ ، ٣٠ .

٤- يجوز للراهن في الرهن التأميني و الحيازي أن يعقد الرهن بنفسه كما يجوز أن يعقده من ينوب عنه قانوناً كالولي أو الوصي بشرط أن يكون ذلك بإذن المحكمة وبالطريقة التي تحددها وذلك استناداً للمادة (١٠٥) من القانون المدني العراقي ، كما يجوز أن يعقد الرهن من ينوب عنه اتفاقاً كالوكيل ، أما بالنسبة للكفيل العيني فلا يجوز وهو قاصر أو محجور عليه أن يرهن وليه (ولو كان الأب) أو وصيه أو القيم عليه ماله رهناً تأمينياً أو حيازياً ضماناً لالتزام في ذمة غيره ، وإن فعل كان الرهن باطلاً ، ولو كان بإذن المحكمة ، حيث أن المادة (١٢٨٩) من القانون المدني العراقي تشترط لجواز رهن الأب مال الصغير بأن يكون ذلك تأميناً لدين على المحجور نفسه وليس تأميناً لدين الغير .

٥- الرهن الصادر من الصغير المأذون له بالتجارة استناداً للمادة (٩٨) من القانون المدني العراقي ضماناً لدين من الديون التي اقتضتها شؤون التجارة يعد صحيحاً ونافذاً لأنه يعتبر بمنزلة البالغ سن الرشد استناداً للمادة (٩٩) من القانون المدني العراقي ، أما بالنسبة للكفيل العيني فيجب أن يكون بالغاً وإلا كان الرهن باطلاً ، ولا يمكن ان تكون الكفالة العينية من الامور التي تدخل في شؤون التجارة او تحقق مصلحة للمأذون .

الفرع الثالث

تمييز الكفيل العيني عن الحائز

الحائز هو كل من انتقلت إليه بعد الرهن بأي سبب من الأسباب ملكية هذا العقار ، أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولا مسؤولية شخصية عن الدين الموثق بالرهن [١].

ولو أردنا تمييز الكفيل العيني عن الحائز لوجدنا أن هناك أوجه تشابه وأوجه اختلاف بينهما ، وكالاتي :

أولاً : أوجه التشابه :

١- مركز الكفيل العيني قريبا من مركز الحائز في إن كليهما ليس مسئولا مسؤولية شخصية في كل أمواله عن الدين المضمون [٢] ، فمسؤولية الحائز عن الدين الموثق بالرهن قد نشأت من خلال تملكه العقار وبسببه ، فهي تقتصر على قيمة هذا العقار وتنقضي باستنفاذ هذه القيمة ، وكذلك الكفيل العيني فهو الآخر غير مسئول شخصياً في كل أمواله عن الدين الموثق بالرهن بل مسؤوليته عينية لا تتجاوز العقار المرهون بالدين [٣]

---

(١) ينظر المادة (١٣٠٦ / ٢) من القانون المدني العراقي والمادة(١٠٦٠ / ٢) من القانون المدني المصري

(٢) د. همام محمد محمود زهران ، التأمينات العينية والشخصية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٠ ، ص ٤٠٧.

(٣) ينظر نص المادة (١٣٠٠) من القانون المدني العراقي ؛ ولمزيد من التفاصيل ينظر ، محمد طه البشير ؛ د. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص٤٨٨ ؛ د. محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية التبعية ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٦ ، ص ١٣١

٢- ليس للكفيل العيني ولا للحائز أن يدفع بتجريد المدين لا من أمواله الحرة ولا مما يكون في يده من أموال مرهونة في ذات الدين [١] .

٣- للكفيل العيني وللحائز أن يتمسكا بجميع الدفوع الخاصة بهما أو الخاصة بالمدين أو بالراهن ، وقد نص المشرع المصري على حق الحائز في التمسك بالدفوع التي يجوز أن يتمسك بها المدين وبشروط معينة في المادة (١٠٧٣) من القانون المدني المصري في حين لا يوجد مقابل لهذا النص في القانون المدني العراقي لكن ذلك لا يمنع من الأخذ بنفس الحكم استنادا إلى القواعد العامة [٢] .

٤- ساوى المشرع المصري بين الكفيل العيني والحائز فيما يتعلق بالتخلي عن العقار المرهون [٣] استناداً للمادة (٢/١٠٥١) من القانون المدني المصري ، بينما لم يأخذ المشرع العراقي بخيار التخلي عن العقار ، وأعطى الحق للحائز باختيار قضاء الدين أو تحرير العقار من الرهن أو تحمل إجراءات نزع الملكية ، وذلك استناداً للمادة (١/١٣٠٦) من القانون المدني العراقي [٤] .

---

(٤) ينظر نص المادتين (١٣٠٠) من القانون المدني العراقي و (١٠٥٠) من القانون المدني المصري ؛ كما ينظر محمد طه البشير ؛ د. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص٤٥٠.

(٥) المصدر السابق نفسه ، ص ٤٥١.

(١) التخلي : هي أن يترك الحائز العقار ويسلم لحارس أو أمين للعقار تعينه المحكمة ، ليتخذ الدائنون إجراءات نزع الملكية في مواجهة هذا الحارس بدلاً من ان يكون في مواجهة الحائز نفسه ، لمزيد من التفصيل ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، ج١٠ ، مصدر سابق ، ص٥٧٧.

(٢) : والتحرير اجراء بمقتضاه يعرض بموجبه الحائز على الدائنين المسجلة حقوقهم قبل تسجيل سند ملكيته قيمة العقار ، فاذا قبلوا هذا العرض دفع لهم الحائز هذه القيمة حسب ترتيب

٥- يحل الحائز الذي وفى الدين الموثق بالرهن محل الدائن بما له من حقوق قبل المدين استناداً للمادة (١٣٠٧ /٢) من القانون المدني العراقي والمادة (١٠٦١) من القانون المدني المصري ويكون رجوعه بالدعوى الشخصية وحسب قاعدة الإثراء بلا سبب ، كما يستطيع ذلك الكفيل العيني استنادا للمادتين (٢٣٨) و (١٠٣٣) من القانون المدني العراقي والمادتين (٧٩٩) و(٨٠٠) من القانون المدني المصري [١] .

ثانياً : أوجه الاختلاف :

١- يعد الحائز أجنبياً عن الدين المضمون بالعقار المرهون الذي آل إليه ، أما الكفيل العيني فهو قد ضمن الدين بإرادته ، من خلال تقريره على عقاره رهناً ضماناً لدين على الغير ، ومن ثمّ فان الكفيل العيني ليس أجنبياً عن الدائن المرتهن – شأن الحائز – بل هو طرف في عقد الكفالة الذي يربطهما ، بحيث يوجه الدائن المرتهن إجراءات التنفيذ إليه – ليس استناداً لحقه في التتبع باعتباره من الغير –كالحائز – وإنما ينفذ عليه بمقتضى مسؤوليته العينية عن الدين استناداً لكفالته وللأثر المباشر لعقد الرهن بين طرفيه ، فهو ذات الراهن وليس متصرفاً إليه في العقار .فمسؤولية الحائز عن الدين مسؤولية طارئة نشأت بحكم القانون كأثر مترتب على انتقال

استحقاقهم ويترتب على ذلك تخليص العقار من جميع الرهون حتى التي لم يصب اصحابها شيئا من قيمة العقار ، ينظر ، د. محمد طه البشير ؛ د. غني حسون طه ، مصدر سابق ،ص٤٥٦.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري ، ج١٠ ، مصدر سابق ، ص٥٣٢.

ملكية العقار المرهون إليه أما مسؤولية الكفيل العيني فهي مسؤولية أصلية نشأت برضائه وإرادته [١] .

٢- يجوز للحائز تحرير العقار من الرهن لأنه يشترط فيه بوجه عام حسب نص المادة (٢/١٣٠٦) من القانون المدني العراقي [٢] أن يكون قد انتقلت إليه ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر من الحقوق القابلة للرهن أيا كان سبب انتقال الملكية إليه وأن يكون غير ملتزم شخصياً بالدين ولو كان التزامه عن غيره كالكفيل العيني ، فلا يجوز للكفيل العيني تطهير العقار لأنه ليس بحائز ولأنه ملتزم بالدين التزاماً عينياً ، فلا يسمح له التخلص منه لقاء دفع قيمة العقار [٣] .

٣- مركز الكفيل العيني مفضل على مركز الحائز ، لأنه كان بإمكان الحائز عند انتقال ملكية العقار إليه أن يتخلص من الرهن عن طريق التطهير ، فيخلص نفسه والكفيل من الدين بمقدار الثمن المدفوع ولما لم يفعل ذلك وجب عدم الرجوع على الكفيل شخصياً كان أم عينياً ، وعلى العكس من ذلك إذا دفع الكفيل فهو يرجع على الحائز [٤] .

٤- يحل الكفيل العيني إثر الوفاء محل الدائن في مواجهة الحائز بينما لا يحل الحائز محل الدائن في الرجوع على الكفيل العيني وذلك استناداً للفقرة (١) من المادة (١٣١٧) من القانون المدني العراقي التي تنص على : (إذا وفى

---

(١) د. محمد طه البشير ؛ د. غني حسون طه ، مصدر سابق ،ص٤٤٨.

(٢) تقابلها المادة (١٠٦٠) من القانون المدني المصري .

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري ، ج١٠ ، مصدر سابق ، ص٥٤٢-٥٤٤.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري ، ج١٠ ، مصدر سابق، ص٦١٣.

الحائز الدين الموثق بالرهن التأميني حل محل الدائن فيما له من حقوق إلا ما كان منها متعلقاً بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين) .

وإذا رجع على الحائز يمكنه الرجوع على أي واحد منهم بكامل الدين [١] ، وكذلك المادة (١٣٤٥) من القانون المدني العراقي.

المبحث الثاني

العلاقات القانونية للكفيل العيني

نتناول في هذا المبحث العلاقات القانونية للكفيل العيني ، وذلك في مطلبين ، الأول منهما نبحث فيه علاقة الكفيل العيني بالدائن ، ونخصص المطلب الثاني لعلاقة الكفيل العيني بالمدين وكالاتي :

المطلب الأول

علاقة الكفيل العيني بالدائن

إن العلاقة بين الكفيل العيني والدائن يحكمها العقد المبرم بينهما والذي هو في حقيقته عقد رهن – وهذا العقد إما أن يكون عقد رهن تأميني أو عقد رهن حيازي – ويحدد هذا العقد حقوق والتزامات كل واحد منهما تجاه الأخر ، فإذا كان عقد رهن تأميني رتب التزامات على عاتق الكفيل العيني فقط لان حيازة العقار المرهون لا تنتقل إلى الدائن المرتهن فتكون للأخير حقوق فقط ، أما إذا كان عقد رهن حيازي فانه يرتب التزامات متقابلة بين الكفيل العيني والدائن المرتهن ، ولن نتناول كل هذه الالتزامات في هذا المطلب لأنها نفس التزامات الراهن لا تختلف سواء أكان هذا

(٥) ينظر لمزيد من التفصيل : د. محمد وحيد الدين سوار ، مصدر سابق ، ص١٣١.

الراهن المدين أم كفيلا عينيا ، فقط سنركز على تأثر حقوق الكفيل العيني باعتباره مالكا للمال المرهون بالمرحلتين اللتين يمر بهما الرهن منذ انعقاده إلى انتهائه ، الأولى مرحلة ركود الرهن ، والثانية مرحلة التنفيذ على المال المرهون ، وعلاقة الكفيل العيني بالدائن في هاتين المرحلتين ، عليه سنقسم هذا المطلب على الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

علاقة الكفيل العيني بالدائن في مرحلة ركود الرهن

المقصود بمرحلة ركود الرهن ، المرحلة المحصورة ما بين إبرام عقد الرهن وحلول اجل الدين وتبين موقف المدين ، وسميت بركود الرهن لان الراهن والمرتهن كلاهما في حالة ترقب لما سيسفر عنه الرهن عند حلول اجل الدين ، فالمدين إما أن يوفي الدين أو لا يوفي عند ذلك يستعمل الدائن المرتهن حقه في التنفيذ على المال المرهون وبذلك يخرج الرهن من ركوده ليدخل مرحلة التنفيذ ، إلا أن ركود الرهن لا يمنع الدائن المرتهن أن يتدخل ببعض الإجراءات التي تكفل المحافظة على حقه بالرهن إذا ما بدر من الكفيل العيني أي تصرف يؤدي إلى إضعاف التأمين العيني بأي شكل من الأشكال ، عليه سنتناول حق الكفيل العيني على المال المرهون وعلاقة الدائن به عند ممارسته لهذا الحق في الرهنين التأميني و الحيازي وكالاتي :

أولاً :- الرهن التأميني

لا يفقد الكفيل العيني ملكية العقار المرهون رهناً تأمينياً ، وله أن يمارس سلطات التصرف والاستعمال والاستغلال ، كما لا يفقد حيازة العقار المرهون .

فبالنسبة لسلطة التصرف ، يجوز للكفيل العيني أن يتصرف في العقار المرهون ، سواء أكان التصرف مادياً كإنشاء الأبنية وغرس الأشجار وفتح الجداول وإنشاء السدود وإجراء الترميمات أو غير ذلك ، بشرط أن لا يكون من شأن هذه التصرفات إنقاص قيمة العقار المرهون والإضرار بحق الدائن المرتهن كقلع الأشجار وهدم الأبنية التي في العقار المرهون أو انتزاع جزء من أجزائه ، وإذا قام الكفيل العيني بأي من هذه الأعمال جاز للدائن المرتهن أن يطلب من المحكمة وقفها واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر [١]. ويجوز للكفيل العيني كذلك إجراء التصرفات القانونية كالبيع والهبة والمقايضة ، وان يرتب على العقار المرهون كافة الحقوق العينية الأخرى سواء أكانت أصلية كحق منفعة أو حق ارتفاق أو تبعية كحق رهن ثان تأمينياً كان أم حيازياً ، دون أن يضر ذلك بالدائن المرتهن لأن القانون جعل هذه التصرفات ما دامت تالية لتسجيل الرهن غير نافذة في حق المرتهن ، بل يجوز للأخير أن ينفذ على العقار باعتباره خالياً من تلك الحقوق ، [٢] .

وكما لا يفقد الكفيل العيني سلطة التصرف لا يفقد كذلك سلطتي الاستعمال والاستغلال ، فله أن يستعمل العقار المرهون بنفسه كأن يزرع الأرض أو يسكن الدار ، وله أن يستغله فيجني ثمراته ، وبالجني تصبح الثمار منقولة وتخرج من

([١]) ينظر نص المادة (٢/١٢٩٦) من القانون المدني العراقي والمادة (٣/ ١٠٤٨) من القانون المدني المصري، كما ينظر: د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص٢٦٧.

([٢]) ينظر نص المادة (١/١٢٩٥) من القانون المدني العراقي والمادة (١٠٤٣) من القانون المدني المصري ؛ كما ينظر شاكر ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص ١٦٢ وما بعدها ؛ د. محمود عبد الرحيم الديب ، أحكام استثمار المال المرهون في القانون المدني، (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص٣٦.

الرهن ، وله أن يبيع المحصولات وهي قائمة قبل جنيها ، ولا يدخل ثمنها في الرهن بل يقسم قسمة غرماء بين جميع الدائنين ، كما يجوز له الاستيلاء على الثمار الطبيعية ما دامت هذه الثمار لم تلحق بالعقار وفقاً لقواعد التنفيذ ، وللكفيل العيني الحق في تأجير العقار المرهون وفق ضوابط معينة [١] .

نلاحظ مما سبق أن الدائن لا يتدخل في ممارسة الكفيل العيني لسلطاته كمالك إلا إذا أدت تلك الممارسة إلى الإضرار بحق الرهن الذي له على المال المرهون ، وبذلك نغلب سلطة صاحب الحق العيني التبعي وهو المرتهن على سلطة صاحب الحق العيني الأصلي وهو الكفيل العيني لان الأخير رتب سلطة للدائن المرتهن بمجرد إبرامه لعقد الرهن ، لذلك لا يجوز أن يسعى بنقض ما تم من جهته ويتصرف تصرفات تضر بالدائن المرتهن .

ثانياً :- الرهن الحيازي

للكفيل العيني إذا رهن ماله رهناً حيازياً أن يتصرف في المال المرهون ، وأي تصرف يصدر منه لا يخل بحق الدائن المرتهن ، وللكفيل العيني أن يمارس سلطة التصرف القانوني على المال المرهون بالبيع أو الهبة أو الرهن ثانية دون أن يضر ذلك بالدائن المرتهن لأن القانون جعل هذه التصرفات (ما دامت تالية الرهن) غير نافذة في حق المرتهن ، وللمرتهن أن يمتنع عن تسليم الشيء المرهون وبحبسه في مواجهة المتصرف إليه إلى أن يستوفي الحق المضمون بتمامه ، كما له أن يمارس سلطة التصرف المادي فله أن يعدل البناء أو يهدمه ويقلع الأشجار بشرط أن لا

---

(١) ينظر نص المادتين (٢/١٢٩٥) و(١٣٠٣) من القانون المدني العراقي والمادتين (١٠٤٤) و(١٠٤٥) من القانون المدني المصري.

يؤدي ذلك إلى الإضرار به بنقص قيمته أو الحيلولة دون استعمال المرتهن لحقوقه [١] .

وبعكس الرهن التأميني فان الكفيل العيني في الرهن الحيازي لا يستطيع أن يستعمل الشيء المرهون أو يستغله إلا عن طريق الدائن المرتهن ، فالمرتهن بما له من حق الحيازة الحقيقية على المال المرهون ، واستناداً للفقرة الأولى من المادة (١٣٣٧) من القانون المدني العراقي التي تنص على : (١- يستبقي المرتهن في الرهن الحيازي حيازة المرهون حتى انقضاء الرهن . وإذا عاد إلى حيازة الراهن لأي سبب كان ، جاز للمرتهن أن يسترده ما دام عقد الرهن قائماً ، دون إخلال لما قد يكون للغير من حقوق) [٢] ، أن يباشر استعمال الشيء واستغلاله لحساب الكفيل العيني الراهن ، وتقع عليه التزامات إدارة وحفظ واستغلال المال المرهون لمصلحة الكفيل العيني الراهن ، وان يبذل في سبيل ذلك عناية الشخص المعتاد [٣] ، أما إذا عاد المرهون إلى حيازة الكفيل العيني الراهن لأي سبب كان جاز للدائن المرتهن أن يسترده دون إخلال بما قد يكون للغير من حقوق ، إلا أن القانون استثنى من قاعدة انتقال الحيازة وبقائها لدى الدائن المرتهن أو العدل إجارة العقار المرهون لنفس الكفيل

([١]) ينظر نصوص المواد (١٣٣٤ و١٣٣٥ و١٣٤٢) من القانون المدني العراقي والمواد (١١٠١ و١١١٠) من القانون المدني المصري ؛ كما ينظر د. صلاح الدين الناهي ، ج ١٠ ، مصدر سابق ، ص ١٣٣ - ١٣٤.

([٢]) تقابلها المادة (١١٠٠) من القانون المدني المصري

([٣]) ينظر نص المادتين (١٣٣٨ و١٣٣٩) من القانون المدني العراقي والمادتين (١١٠٣ و١١٠٦) من القانون المدني المصري .

العيني الراهن إلا أنه اشترط لذلك أن يذكر الإيجار في سند الرهن [١] ، على أن هذا الاستثناء قاصرا على إجارة العقار المرهون أما المنقول فيبقى فيه لقواعد الحيازة حكمها المطلق على أن إجارته للكفيل العيني الراهن لا تعني بطلان الرهن إذ يبقى قائماً بين الطرفين غير أنه لا يعتبر نافذاً قبل الغير .

إلا أن للكفيل العيني حق استرداد المال المرهون من حيازة الدائن المرتهن بعد إخطاره من قبل الأخير بان المال المرهون مهددا بالهلاك أو بنقص القيمة ، وإذا استرد الكفيل العيني المال المرهون فعليه أن يقدم بدله رهنا آخر لا يقل عنه في القيمة ، وإذا لم يسترده جاز للمرتهن أن يطلب من المحكمة بيع المرهون وإبقاء ثمنه رهنا في يده ، ويكون الإخطار واجبا على الدائن المرتهن وإلا كان مسئولا عن الهلاك أو تعيب المال المرهون ، استنادا إلى الفقرة الثانية من المادة (١٣٣٨) التي تنص على : (إذا كان المرهون مهددا بان يصيبه هلاك أو نقص في القيمة ، وجب على المرتهن أن يبادر بإعلان الراهن بذلك ، وإلا كان مسئولا . وفي حالة الإعلان يجوز للراهن أن يسترد المرهون إذا قدم للمرتهن تأمينا أخر . فإذا لم يفعل جاز للمرتهن أن يطالب المحكمة ببيع المرهون وإبقاء ثمنه رهنا في يده)[٢] .

---

(١) ينظر نص المادة (١١٣٧ /٢) من القانون المدني العراقي والمادة (١١١٥) من القانون المدني المصري.

(٢) وبنفس المعنى اخذ المشرع المصري في الفقرة الاولى من المادة (١١٠٦) من القانون المدني ، مع ملاحظة ان هذه المادة الزمت الدائن المرتهن بتوجيه اخطار الى الراهن في كل الحالات التي تقتضي تدخله ولم تقصرها على تعرض المال المرهون للهلاك او التعيب .

الفرع الثاني

علاقة الكفيل العيني بالدائن في مرحلة التنفيذ على العين المرهونة

تنص المادة (١٣٠٠) من القانون المدني العراقي على : (إذا كان الراهن في الرهن التأميني غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على شيء من ماله الذي لم يخصص لضمان حق الدائن ، ولا تجاوز مسؤوليته عن هذا الحق حد ما رهنه من المال ، لكن ليس له أن يطلب من المرتهن أن يجرد المدين قبل التنفيذ على العقار المرهون . ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك) .

كما تنص الفقرة الثانية من المادة(١٣٤١) من القانون المدني العراقي على : (والرهن الحيازي كالرهن التأميني في اقتصار التنفيذ على المرهون إذا كان الراهن غير المدين ....) .

هذه النصوص تنظم علاقة الكفيل العيني بالدائن المرتهن ، الذي له حق التنفيذ بدينه على المال المرهون .

فالكفيل العيني التزم التزاماً عينياً بوفاء الدين المضمون عندما رهن ماله رهناً تأمينياً أو حيازياً في هذا الدين ، فإذا كان الكفيل العيني قد رهن عقاراً له في الدين رهناً تأمينياً ، وحل الدين ، جاز للدائن المرتهن بعد إتباع الإجراءات المقررة أن يقوم بالتنفيذ على هذا العقار وحده دون سائر أموال الكفيل العيني ، الذي لا يجب عليه الضمان العام في جميع أمواله – كالمدين الراهن – للوفاء بالدين بل هو غير مسؤول عن الدين إلا في حدود العقار الذي رهنه رهناً تأمينياً ، ولا يجوز للدائن

المرتهن أن ينفذ على أي مال للكفيل العيني غير العقار المرهون ، لأن مسؤولية هذا الكفيل لا تتجاوز نطاق العقار المرهون [١] .

وعليه فإذا حل الدين الموثق بالرهن التأميني ولم يوف المدين جاز للدائن المرتهن أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه وفقاً للإجراءات المقررة في قانون التنفيذ ، وحق الدائن المرتهن على العقار المرهون ثابتا بورقة رسمية حتماً لأن الرهن التأميني يجب أن يكون في ورقة رسمية استناداً للفقرة الأولى من المادة (١٢٨٦) من القانون المدني العراقي التي تنص على : (لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله في دائرة الطابو ، وعلى كل من المتعاقدين أن يعين محل إقامة مختار في البلد الذي تم فيه التسجيل . ويعطى لكل منهما نسخة من سند عقد الرهن موقع عليه منهما ، بعد اخذ تقريرهما في مواجهة الشهود) .

وعند التنفيذ لا يحتاج الدائن المرتهن إلى حكم بل ينفذ بموجب هذه الورقة الرسمية وذلك استناداً للفقرة الأولى من المادة (١٣١٦) من القانون المدني العراقي التي تنص على :

(إذا حل الدين الموثق بالرهن التأميني ولم يوف ، جاز للمرتهن دون حاجة للحصول على حكم أن يقدم سند الرهن التأميني إلى الدائرة المختصة وأن يطلب بيع العقار المرهون وفقاً للإجراءات المقررة في قانون التنفيذ . ولا تتأخر معاملة المزايدة والبيع والإخلاء ، ولو كان للراهن أو غيره اعتراض رفعه إلى المحكمة لكن يجوز إجبار المرتهن على تقديم كفالة بأمر من المحكمة) .

---

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ١٠ ، ص ٤١٩ ، ٥٠٩ ؛ شاكر ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص ١٤١ .

وتنتهي الإجراءات ببيع العقار المرهون جبراً بالمزايدة العلنية ، ويستوفي الدائن المرتهن حقه من ثمنه وكل اتفاق على غير ذلك يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام ، لأن هذه الإجراءات رسمها القانون لضمان حق كل من الدائن المرتهن والراهن .

ويلاحظ أن القانون المدني المصري اشترط في المادة (١٠٥١) على الدائن أن يبدأ التنفيذ بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين أو إلى الراهن إذا كان التنفيذ على عقار مرهون من غير المدين أي من الكفيل العيني بعد تكليف المدين بالوفاء .

ونفس الأمر فيما لو قدم الكفيل العيني مالاً له رهن حيازة في الدين دون أن يكون مديناً ، فلا يجوز للدائن المرتهن إذا أراد التنفيذ بحقه على مال الكفيل العيني إلا أن ينفذ على المال المرهون دون غيره من الأموال الأخرى غير المرهونة للكفيل العيني .

وفي المقابل لا يجوز للكفيل العيني أن يجبر الدائن على التنفيذ على أموال المدين أولاً مرهونة في الدين أو غير مرهونة ، أي أنه ليس له حق تجريد المدين أولاً قبل التنفيذ على عقاره المرهون ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك ، إذ تنص العبارة الأخيرة من المادة (١٣٠٠) من القانون المدني العراقي على : (.... لكن ليس له أن يطلب من المرتهن أن يجرد المدين قبل التنفيذ على العقار المرهون . ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك) . ويلاحظ أن هذه المادة تشمل كل من الرهنين التأميني و الحيازي .

والتجريد رخصة أو حق تخول الكفيل غير المتضامن الحق بعد توافر شروط معينة في أن يمنع التنفيذ على أمواله وفاء للدين المكفول إلا بعد فشل الدائن في استيفاء حقه جبراً من الدائن [١] .

ومن ثم فالتجريد لا يكون إلا في العلاقة بين الدائن والكفيل الشخصي وبصدد شروع الدائن في التنفيذ على أموال هذا الكفيل ولا يثبت للكفيل المتضامن ولا للكفيل العيني .

والدفع بالتجريد لا يكون إلا عندما يحصل الدائن على مستند قابل للتنفيذ من الكفيل ويشرع في التنفيذ على أمواله فعندها يحق للكفيل أن يدفع بأنه لا يجوز التنفيذ عليه إلا بعد تجريد الدائن المدين من أمواله ، وذلك استناداً للمادتين (١٠٢١ /٢) و(١/١٠٢٢) من القانون المدني العراقي [٢] ، وهكذا نلاحظ أنه في حالة الكفيل العيني لا ينطبق حكم هاتين المادتين الخاصتين بالدفع بالتجريد .

على أن وجود الكفالة العينية لا يمنع الدائن من التنفيذ على أي مال من أموال المدين إلا إذا كان المدين أيضاً قد رهن في ذات الدين أحد أمواله ، فعندها يتعين على الدائن أن يبدأ بالتنفيذ على المرهون من المدين أو من الراهن قبل غير المرهون من أموال المدين استناداً للمادة (١٢٩٩) من القانون المدني العراقي [٣] .

---

(١) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، ٢٠٠٢ ، مصدر سابق ، ص ١٢٩ ؛ د. صابر محمد محمد سيد ، رجوع الدائن على الكفيل / دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١٠ ، ص ٣٦٤ .

(٢) تقابلها الفقرة الثانية من المادة (٧٨٨) من القانون المدني المصري ، لمزيد من التفصيل ، ينظر : د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ١٠ ، ص ١١٥ وما بعدها .

(٣) د. محمد طه البشير ، د. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ٤٢٧ .

وقد انتقد جانب من الفقه[١] حرمان الكفيل العيني من حق الدفع بالتجريد ، معللين انتقادهم على أساس أن الكفيل العيني كالكفيل الشخصي كلاهما يلتزم بوفاء دين غيره ، كما أن التزامهما التزاما تبعيا بكل ما يترتب على هذه التبعية من آثار ، والخلاف الوحيد بينهما يكمن في حدود مسؤوليتهما ، فمسؤولية الكفيل العيني تتحدد في حدود المال المرهون فقط ، أما مسؤولية الكفيل الشخصي فهي عامة في كل أمواله ، وبالتالي فان اعتبارات العدالة والاقتصاد بالنفقات وكل الاعتبارات الأخرى التي من اجلها وجد الدفع بالتجريد متوفرة في الكفيل العيني ، فلا يكون هناك مسوغ من حرمانه من هذا الحق .

إلا أننا نرى أن إعطاء الكفيل العيني الدفع بحق التجريد ومساواته بالكفيل الشخصي يفقد الكفالة العينية خصوصيتها لان التنفيذ على أموال المدين بطلب من الكفيل العيني قبل التنفيذ على المال المرهون يؤدي إلى تحويل الدائن من دائن مرتهن إلى دائن عادي ولا يصبح هناك أهمية تذكر للكفالة العينية ، إلا أننا يمكن طرح رأي يوفق بين الرأي الفقهي السابق الذي يطلق الأخذ بالدفع بالتجريد للكفيل سواء أكان عينيا أو شخصيا وبين موقف المشرع العراقي في منع الكفيل العيني من الدفع بحق التجريد ، وذلك في حالة رهن المدين لأي مال من أمواله لضمان الدين إلى جانب الرهن المقدم من الكفيل العيني ولنفس الدين ، فعند بدء الدائن المرتهن بالتنفيذ على العين المرهونة المقدمة من الكفيل العيني ممكن أن يتمسك الكفيل العيني بالدفع بان يبدأ الدائن المرتهن بالتنفيذ على العين المرهونة المقدمة من الراهن أولا ، وإذا لم تكف العين لسداد قيمة الدين يستطيع أن ينفذ على العين

---

(١) د. رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص١٤٤-١٤٥.

المرهونة من قبل الكفيل العيني ، عليه نقترح تعديل نص المادة (١٣٠٠) وذلك بإضافة فقرة ثانية تنص على (٢- إذا كان الدين مضمون برهن مقدم من المدين نفسه ورهن مقدم من الكفيل العيني ، فللكفيل العيني أن يطلب من الدائن التنفيذ على العقار المرهون من قبل المدين قبل التنفيذ على عقاره) .

ويمكن أن يثار تساؤل من جانب آخر حول اجتماع كفالة شخصية وكفالة عينية في نفس الدين فهل يكون الدائن مخيرا بان يبدأ بالتنفيذ على أي منهما ؟

بالرجوع إلى القانون المدني العراقي نلاحظ أن المشرع أورد نصا عاما حول اجتماع كفالة شخصية مع تأمين عيني ، إذ نصت المادة (١٠٢٣) على : (إذا قدمت الكفالة تكميلا لتأمين عيني ، ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين ، فان هذه الكفالة لا تلزم الكفيل إلا إذا كان التامين العيني لم يوف بالدين وبقدر ما يتبقى من هذا الدين) ، ونفس الحكم منصوص عليه في القانون المدني المصري في المادة (٧٩١) .

وقد انقسم الفقه حول اجتماع كفالة شخصية مع تامين عيني إلى رأيين وكالاتي :

الرأي الأول : يرى جانب من الفقه [١] ، إن لفظ التامين العيني الوارد في المادة (١٠٢٣) من القانون المدني العراقي والمادة (٧٩١) من القانون المدني المصري لفظ عام يشمل الرهن المقدم من قبل المدين نفسه ومن أمواله والرهن المقدم من قبل الكفيل العيني ، وعليه اذا كان التامين العيني مقدم من الكفيل العيني نكون أمام اجتماع كفالتين شخصية وعينية ، ولا تلزم الكفالة الشخصية الكفيل غير المتضامن مع المدين إلا إذا لم يف التامين العيني المقدم من قبل الكفيل العيني بالدين وبقدر

(١) د. صلاح الدين الناهي ، ج٢ ، مصدر سابق ، ص١٨٨ ؛ ينظر في نفس المعنى : د. محمد وحيد الدين سوار ، مصدر سابق، ص ٤٥ .

ما تبقى من هذا الدين ، ويكون مركز الكفيل الشخصي غير المتضامن مع الكفيل من هذه الناحية أقوى من مركز الكفيل العيني .

أي انه واستناداً إلى هذا الرأي فانه يتعين على الدائن أن يبدأ بالتنفيذ على الضمان الذي قدمه الكفيل العيني قبل أن ينفذ على أموال الكفيل الشخصي في الأحوال التي يكون فيها هذا الأخير غير متضامن مع المدين ، ومما يستند إليه أصحاب هذا الرأي من تبرير كذلك أن الكفيل العيني لا يملك الدفع بحق التجريد ضد المدين نفسه مثلما يملكه الكفيل الشخصي ، فمن باب أولى لا يعطى هذا الحق تجاه الكفيل الشخصي عند اجتماعه معه لضمان نفس الدين ، وعدم قدرة الكفيل العيني على التمسك بذلك تمكن الدائن من التنفيذ على أي من المدين أو الكفيل العيني الذي لا يملك دفع الإجراءات التنفيذية عنه سواء بالدفع بتجريد المدين أو التقسيم مع الكفيل الشخصي[١] .

أما الاتجاه الثاني [٢] : فأنه يرى بان نص المادة (١٠٢٣) من القانون المدني العراقي والمادة (٧٩١) من القانون المدني المصري خاصة فقط بالتأمين العيني المقرر على مال المدين ولا تشمل التأمين العيني المقرر من غير المدين وأن هذه المادة ما هي إلا صورة خاصة للدفع بالتجريد وانه يشترط فيها أن يكون المال المثقل بالتأمين العيني مملوكاً للمدين حتى لو خرج هذا المال عن ملكيته إلى الغير بعد الرهن ، وانه إذا وجدت كفالة عينية وكفالة شخصية لنفس الدين ، فليس الدائن

(٢) د. رمضان ابو السعود ، التأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٥ ، ص١٨٤.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري ، ج١٠ ، مصدر سابق ، ص١٣١ ؛ د.قدري عبد الفتاح الشهاوي ، مصدر سابق ، ص ١٤٠ وما بعدها.

مقيداً بالرجوع أولا على الكفيل العيني ، بل له أن يرجع أولاً على الكفيل الشخصي ، وللكفيل الشخصي أن يطلب تجريد المدين لا تجريد الكفيل العيني ، هذا بخلاف ما إذا كان التأمين العيني قرر على مال المدين ، فان الدائن يجب عليه أن يرجع أولا على هذا المال وما بقي من الدين بعد ذلك يرجع به الدائن على الكفيل الشخصي ، ولأنه إذا كان التأمين العيني مقرراً على مال لغير المدين فان هذا الغير يكون كفيلا عينياً وليس للكفيل العيني حق تجريد المدين ، كما انه ليس له حق تجريد الكفيل الشخصي وليس لأي من الكفيلين حق تجريد الكفيل الآخر .

أما الرأي الذي نراه بدورنا ونؤيده فان المادة (١٠٢٣) من القانون المدني العراقي ما هي إلا صورة خاصة للدفع بالتجريد وأنها تخص الكفيل الشخصي دون الكفيل العيني ، وانه لا يكفي الاستناد إلى عموم نص هذه المادة ومن ثمّ فانه يشترط لتمسك الكفيل الشخصي بهذا الدفع أن يكون المال المثقل بالتأمين العيني مملوكا للمدين حتى لو خرج هذا المال عن ملكيته إلى الغير بعد الرهن ، وانه إذا كان التأمين العيني مقرراً من قبل كفيل عيني فليس له التمسك به لتلافي إجراءات التنفيذ في مواجهته وذلك لان هذه المادة اشترطت في الكفيل أن لا يكون متضامنا مع المدين ، بحيث لا يجوز الدفع بتجريد الكفيل معه في ذات الدين سواء كان كفيلا شخصيا أو عينيا ، وانه يمتنع على الكفيل العيني التمسك بهذا الدفع لذات السبب الذي يمتنع على الكفيل الشخصي المتضامن التمسك به وهو تضامنه المفترض بنص المادة (١٣٠٠) من القانون المدني العراقي المقابلة للمادة (١٠٥٠) من القانون المدني المصري ، إلا إذا اتفق الكفيل العيني على عدم تضامنه ، عليه فإذا اجتمعت في ذات الدين كفالتين عينية وشخصية فليس الدائن مقيدا بالرجوع أولا على الكفيل العيني بل له أن يرجع أولا على الكفيل الشخصي وللكفيل الشخصي ان

يطلب تجريد المدين لا تجريد الكفيل العيني وليس للكفيل العيني في هذه الحالة الدفع بتجريد المدين إلا إذا اتفق الكفيل العيني على عدم تضامنه مع المدين ففي هذه الحالة يستطيع التمسك بالحق في تجريد المدين ودفع الإجراءات التنفيذية في مواجهته بتجريد المدين في صوره الخاصة استنادا إلى المادة (١٠٢٣) من القانون المدني العراقي .

وفي التشريع المصري يستطيع الكفيل العيني أن يتفادى أي إجراء موجه ضده من إجراءات التنفيذ إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار ، وهذا ما تنص عليه الفقرة (٢) من المادة (١٠٥١) من القانون المدني المصري التي تنص على : (وإذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، جاز له أن يتفادى أي إجراء موجه إليه ، إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار) [١] . وخيار التخلي عن العقار المرهون لم يأخذ به المشرع العراقي سواء بالنسبة للحائز أم للكفيل العيني .

(١) لمزيد من التفصيل ، تنظر المادة (١٠٧١) من القانون المدني المصري .

المطلب الثاني

علاقة الكفيل العيني بالمدين

يرجع الكفيل العيني على المدين بعد التنفيذ على العقار المرهون أو بعد اختياره لقضاء الدين ، إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ، وسنتناول كلا الدعوتين في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

رجوع الكفيل العيني على المدين بالدعوى الشخصية

يحق للكفيل العيني الرجوع على المدين في كل الأحوال سواء تم التنفيذ على المال المرهون لعدم وفاء المدين ، أو إذا اختار الكفيل العيني قضاء الدين ، إذ أجاز القانون المدني العراقي للكفيل العيني أن يختار قضاء الدين في معرض تنظيمه لأحكام قضاء دين الغير ، وذلك في المادة (٢٣٨) التي تنص على: (إذا رهن شخص ماله في دين غيره وقضى الدين ليفك ماله المرهون رجع بما قضاه على المدين) [١] . عد المشرع العراقي قضاء الدين من قبل الكفيل العيني صورة من صور قضاء دين الغير ، وان الكفيل العيني له مصلحة في اختيار قضاء الدين تتمثل في تخليص ماله المرهون من الرهن ، وسواء تم التنفيذ على المال المرهون أو إذا قضى الكفيل العيني الدين فانه يرجع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب . ويثار التساؤل حول قضاء الكفيل العيني للدين هل يحق له ذلك قبل حلول الأجل أم عند حلول الأجل ، ومتى يحق له الرجوع على المدين ؟

---

(١) لا يوجد نص مقابل في القانون المدني المصري .

إن نص المادة (٢٣٨) أعطت للكفيل العيني حق قضاء الدين للكفيل العيني دون أن تحدد لذلك ميعادا معينا فله أن يختار قضاء الدين قبل حلول الأجل أو عند حلوله ، لان له مصلحة جدية وهي تخليص العقار من الرهن ومادام أن قضاء الدين يحقق نفس النتيجة بالنسبة للدائن المرتهن الذي يستوي عنده أن يحصل على دينه من ثمن المال المرهون أو عن طريق وفاء الكفيل العيني للدين ، إلا إذا كان الأجل قد ضرب لمصلحة الدائن فلا يجوز للكفيل العيني الوفاء إلا عند حلول الأجل .

إلا أن وقت رجوع الكفيل العيني على المدين يختلف فإذا اختار الكفيل العيني قضاء الدين قبل حلول اجله ولا يوجد ما يمنعه من الوفاء فلا يستطيع الرجوع على المدين إلا عند حلول الأجل قياسا على موقف الكفيل الشخصي ، إذ نصت المادة (١٠٣٧) من القانون المدني العراقي على : (إذا كان الدين المكفول به مؤجلا فدفعه الكفيل للدائن معجلا ، فلا يرجع به على المدين إلا عند حلول الأجل) . أما إذا قضى الكفيل العيني الدين عند حلول الأجل فانه يرجع على المدين مباشرة .

ونود الإشارة إلى أن الكفيل العيني يجب أن يختار وفاء كل الدين حتى يخلص عقاره المرهون رهنا تأمينيا من الرهن ولا يستطيع الاستفادة من قواعد الوفاء الجزئي لان ذلك يتعارض مع قاعدة عدم تجزئة الرهن ومفادها حسب نص المادة (١٢٩٤) من القانون المدني العراقي أن كل جزء من العقار المرهون ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار المرهون ، فالوفاء الجزئي لا يخلص المال المرهون للكفيل العيني ، أما إذا كان المال مرهون رهنا حيازيا فان نفس القاعدة تطبق مع ملاحظة إذا كان المرهون شيئين وعين لكل منهما مقدار من الدين وأدى

الراهن مقدار ما عليه لأحدهما كان له أن يأخذه ، في هذه الحالة يصح الوفاء الجزئي من قبل الكفيل العيني .

ولكي يرجع الكفيل العيني على المدين بالدعوى الشخصية يشترط أن يخطر المدين بالوفاء استنادا للمادة (١٠٢٥) من القانون المدني العراقي الخاصة بالكفالة الشخصية يمكن أن تطبق على الكفيل العيني ، إذ تنص هذه المادة على : (يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين ، وإذا قاضاه الدائن وجب عليه أن يدخل المدين خصماً في الدعوى . فإن لم يقم بإخطار المدين قبل وفاء الدين أو لم يدخله خصماً في الدعوى عند مقاضاة الدائن له ، سقط حقه في الرجوع على المدين ، إذا كان هذا قد وفى الدين أو أثبت أسباباً تقضي ببطلان الدين أو انقضائه) . وبناءاً على ما تقدم إذا أراد الكفيل العيني أن يؤدي الدين المكفول وجب عليه أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين .

والقانون أوجب على الكفيل احتياطاً من تكرار الأداء أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين بعزمه على الأداء وينتظر الجواب في بحر المدة المعقولة اللازمة لوصوله ، وإذا قصر في ذلك سقط حقه في الرجوع على المدين بما أداه إذا ثبت أن الدين كان قد انقضى قبل ذلك بالأداء أو البطلان أو بأي سبب آخر من أسباب الانقضاء ، أما إذا أخطر المدين ولم يعارض في الأداء فله الرجوع بما أداه على المدين ولو ثبت انقضاء الدين قبل ذلك بأي سبب من الأسباب التي يجهلها الكفيل كالإبراء ، أما إذا كان لا يجهل سبب الانقضاء كما لو كان الدين قد سقط بالتقادم فلا يرجع . وإذا تعذر على الكفيل الرجوع على المدين بما أداه بناءاً على ما ذكر فإنه يرجع بما أداه على الدائن بدعوى استرداد ما دفع بدون وجه حق [١]

([١]) د. صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ، ص ٢٨٤ .

كما يجب أن يقوم الكفيل العيني بوفاء الدين عن المدين حتى يستطيع أن يرجع عليه بالدعوى الشخصية استناداً للمادة (٢٣٨) من القانون المدني العراقي ، والمادة (٨٠٠) من القانون المدني المصري ، ولا يشترط أن يفي الكفيل العيني بالدين ، بل يكفي أن يقضي الدين بسبب من أسباب الانقضاء . فله أن يفي الدين فتبرأ ذمة المدين منه ، فيرجع الكفيل العيني عند ذلك على المدين وكذلك قد يقضي الكفيل العيني الدين بطريق التجديد كما في التجديد بطريق تغيير المدين ، فينقضي التزام الكفيل بتجديد الدين وينقضي تبعاً له الدين الأصلي ، وعندها يحق للكفيل العيني أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية ، وقد يقضي الكفيل العيني الدين بطريق المقاصة ، أي يكون له دين في ذمة الدائن ينقضي مقاصة في الدين الذي التزم بدفعه الكفيل العيني ، كما قد ينقضي الدين باتحاد الذمة ، كأن يرث الدائن فيصبح هو الدائن فينقضي الدين ، وفي كل هذه الحالات يرجع الكفيل العيني على المدين بالدعوى الشخصية [١] .

ويرجع الكفيل العيني على المدين في الدعوى الشخصية بما دفعه والمصروفات استناداً للفقرة (١) من م (١٠٣٣) من القانون المدني العراقي ، فالكفيل العيني يرجع على المدين بما أداه ، استناداً للمادة (١٠٣٨) من القانون المدني العراقي ، ويرجع بما يضطر لصرفه لتنفيذ مقتضى الكفالة ، لما كان الكفيل العيني غير مسؤول عن الدين إلا بمقدار قيمة المال الذي رهنه في الدين ، فإذا كانت هذه القيمة تساوي الدين أو أكثر كانت مسؤوليته عن الدين بمقدار مسؤولية الكفيل الشخصي ، فإذا أدى الكفيل هذا الدين كان له الرجوع به على المدين كما يرجع الكفيل الشخصي [٢]

---

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ١٠ ، ص ١٦٧ ، ١٦٨ .

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ١٠ ، ص ٢١٠ .

، فإذا أدى عين الشيء المتفق عليه من ماله فله الرجوع بما أداه استناداً للمادة (١٠٣٣) من القانون المدني العراقي ، وإذا أدى للدائن عوضاً بدل الدين رجع على المدين الأصلي بما كفله لا بما أداه استناداً للمادة (١٠٣٤) من القانون المدني وكان الفرق بين ما كفله وما أداه له لا للمدين . أما إذا كانت أقل من قيمة الدين بأن كانت مثلاً ثلثي الدين ، فإن حصته في الدين تحسب بنسبة هذه القيمة وكذلك رجوعه على المدين يكون بنسبة هذه القيمة ، فإذا كان الدين مثلاً ثلاثة آلاف ، وله كفيل شخصي بكل الدين ، وكفيل عيني رهن في الدين عقاراً قيمته ألفان ، حسبت حصة الكفيل العيني في الدين بمقدار ثلثي حصة الكفيل الشخصي ، فتكون حصة الكفيل الشخصي في الدين ثلاثة أخماس ، أما حصة الكفيل العيني فخمسان ، وعلى هذا الأساس إذا وفى الكفيل الشخصي الدين ، فإنه يرجع على الكفيل العيني بمقدار خمس الدين ، ويتحمل هو ثلاثة الأخماس [١] .

والمصاريف التي يرجع بها الكفيل العيني هي المصاريف الاضطرارية ، فقد نصت المادة (١٠٣٨) من القانون المدني العراقي على أنه (يرجع الكفيل على المدين بما يضطر إلى صرفه لتنفيذ مقتضى الكفالة) ، وتشمل هذه المطالبة مصاريف مطالبة الكفيل أو المدين بشرط أن يكون مسؤولاً عنها .

([١]) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ١٠ ، ص ٢١٠ .

الفرع الثاني

رجوع الكفيل العيني على المدين بدعوى الحلول

إذا وفى الكفيل الدين بأي طريق من طرق الوفاء الجائزة ، وحق له الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية فإنه يحل في ذات الوقت محل الدائن في جميع ما لهذا الدائن من حقوق ، سواء كانت الكفالة بأمر من المدين أو بغير أمره [١] ، وذلك استناداً للفقرة (٢) من المادة (١٠٣٣) من القانون المدني العراقي .

والتساؤل الذي يثار هنا ، هل يحق للكفيل العيني إذا وفى الدين أن يحل محل الدائن في جميع ما لهذا الدائن من حقوق ؟

يحق للكفيل العيني إذا أدى الدين بأي طريق من طرق الأداء الجائزة أن يحل محل الدائن في جميع ما لهذا الدائن من الحقوق إذا أدى الدين كاملاً وهذا تطبيقاً للقواعد العامة في الحلول القانوني فيما إذا قام بالوفاء شخص غير المدين فيحل الموفي محل الدائن إذا كان ملزماً بوفاء الدين عن المدين ، ومرجع ذلك ما قضت به المادة (٣٧٩) من القانون المدني العراقي التي نصت على : (إذا دفع الدين شخص غير المدين حل الدافع محل الدائن بحكم القانون في الأحوال الآتية : أ- إذا كان ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه ...) [٢] .

فالكفيل العيني ملزم بوفاء الدين عن المدين ، ومن ثم إذا وفى الدين للدائن كان له أن يحل محل الدائن في ما لهذا الأخير من حقوق قبل المدين .

وقد يكون حلول الكفيل العيني محل الدائن اتفاقياً وذلك استناداً للمادة (٣٨٠) من القانون المدني العراقي التي تنص على : (للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين

---

(١) د. صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٢٨٧ .

(٢) تقابلها الفقرة (١) من المادة (٣٢٦) من القانون المدني المصري .

أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله حتى لو لم يقبل المدين ذلك . ويكون الاتفاق بورقة رسمية لا يجوز أن يتأخر تاريخها عن وقت الوفاء) .

وإن حق الكفيل العيني في الرجوع على المدين بدعوى الحلول تقتضي البحث في شروط هذا الحلول ، وما الذي يرجع به الكفيل العيني على المدين في دعوى الحلول ، وهذا ما سنتناوله تباعاً وكالأتي :-

أولاً :- الشروط الواجب توافرها لرجوع الكفيل العيني على المدين بدعوى الحلول :-

يجب توفر شرطين حتى يكون للكفيل العيني الحق بالرجوع على المدين بدعوى الحلول وهما قيام الكفيل العيني بوفاء الدين عن المدين ، ووفاء الدين عند حلول الأجل ، وليس ضرورياً للرجوع بهذه الدعوى إخطار المدين . وسنقوم بتوضيح هذين الشرطين :

١- قيام الكفيل العيني بوفاء الدين عن المدين (أو إذا أدى الكفيل العيني ما كفل به) :

يجب على الكفيل العيني حتى يرجع على المدين بدعوى الحلول ، أن يكون قد قام بأداء ما كفل به من ماله أو قد قام بوفاء الدين عن المدين ، وبالقياس على الكفيل الشخصي وبالرجوع للمادة (١٠٣٣) من القانون المدني العراقي وكذلك بالرجوع للمادة (٣٧٩) من القانون المدني العراقي التي تشترط لحلول الدافع للدين محل الدائن أن يقوم هذا الشخص بدفع الدين .

٢- وفاء الكفيل العيني الدين عند حلول الأجل :

إذا تعجل الكفيل العيني الوفاء بغير رضاء الدائن قبل حلول الأجل ، لم يكن له أن يرجع بدعوى الحلول إلا عند حلول الأجل ، أو لا يرجع أصلاً إذا جد ما يبين وفاء الكفيل العيني للدين وحلول الأجل سبباً لانقضاء الدين [١] .

ثانياً :- ما الذي يرجع به الكفيل العيني على المدين في دعوى الحلول :-

تنص المادة (٣٨١) من القانون المدني العراقي على : (من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع . ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من حل محل الدائن) .

كما تنص المادة (٣٨٢) من هذا القانون على : (١- إذا وفى غير المدين جزءاً من حقه وحل محله فيه فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقدماً على من وفاه ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك . ٢- وإذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقي له من حق رجع من حل أخيرا هو ومن تقدمه في الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء) .

وأكدت المادة (١٠٣٣) الخاصة بالكفالة الشخصية ما جاء في المادة (٣٨١) من القانون المدني العراقي .

فهذه المواد توضح ما الذي يرجع به الكفيل العيني على المدين في دعوى الحلول إذا وفى الدين كاملاً ، وإذا وفى جزءاً من الدين .

فإذا وفى الكفيل العيني الدين كاملاً للدائن يحل محل الدائن في حقه ، بما لهذا الحق من الخصائص كأن يكون حقاً تجارياً أو حقاً يسقط بالتقادم ، وقد يكون الحق

---

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ١٠ ، ص ١٨٤ .

ثابتاً في سند رسمي أو في حكم فيكون سنداً قابلاً للتنفيذ في يد الكفيل العيني كما لو كان في يد الدائن الأصلي .

كما يكون للكفيل العيني الحلول محل الدائن بما يلحق حقه من توابع ، فلو كان الحق الذي انتقل إلى الكفيل العيني ينتج فوائد بسعر معين ، فإن الحق ينتقل منتجا لهذه الفوائد بهذا السعر ، ويكون للكفيل العيني الحق في تقاضي هذه الفوائد ما استحق منها وما سيستحق ، ويعتبر أيضاً تابعاً للحق أن يكون للدائن حق الطعن في تصرف المدين بالدعوى البوليصية ، فإذا انتقل الحق إلى الكفيل العيني انتقل معه حق الطعن بهذه الدعوى ، وكذلك يعتبر تابعاً للحق ، الحق في الحبس فتنتقل العين المحبوسة من الدائن إلى الكفيل العيني ويكون له الحق في حبسها حتى يستوفي الدين من المدين .

كما ينتقل مع الحق ما يكفله من تأمينات ، فإذا كانت هذه التأمينات كفيلاً شخصياً ، رجع الكفيل العيني على الكفيل الشخصي بقدر حصة هذا الأخير ويقسم الدين بينهما على أساس أن الكفيل الشخصي قد كفل الدين وأن الكفيل العيني قد كفل الدين بقدر قيمة العين التي قدمها رهناً ، فيكون تقسيم الدين بينهما بهذه النسبة ، فلو كان الدين ثلاثمائة ، وضمن الكفيل الشخصي كل الدين وقدم الكفيل عيناً قيمتها مائة ، فإن الدين يقسم بين الكفيلين بنسبة ثلاثمائة (قدر ما ضمنه الكفيل الشخصي ، إلى مائة (قدر ما ضمنه الكفيل العيني) فتكون حصة الكفيل الشخصي مائتين وخمسة وعشرين وتكون حصة الكفيل العيني خمسة وسبعين . وإذا كانت التأمينات كفيلاً عينياً آخر قسم الدين بينهما بنسبة قيمة ما قدمه كل منهما ضماناً للدين . كما ينتقل مع الحق أيضاً ما يرد عليه من دفوع (كأسباب البطلان والانقضاء ما لم يكن متعلقاً بواقعة غير منفكة عن شخص الدائن كالدفع بقصر

الدائن ، فهو لا يظل قائماً بعد الحلول متى كان من تم الحلول له كامل الأهلية) [١] .

أما إذا وفى الكفيل العيني جزءاً من الدين للدائن وكانت قيمة العين التي رهنها لا تساوي كل الدين بل جزءاً منه ، أو أقل من قيمته ، فإن الكفيل العيني لا يرجع على المدين إلا بمقدار ما دفعه للدائن ، وهذا يعتبر قيداً على حق الكفيل العيني في الحلول محل الدائن ، وكذلك لا يضار الدائن في هذه الحالة في استيفاء ما بقي له من حقه ويتقدم على الكفيل العيني إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك ، وهنا تقل حقوق الكفيل العيني عن حقوق الدائن [٢] .

وبناء على ما تقدم يرجع الكفيل العيني على المدين في دعوى الحلول ، بما دفعه للدائن لإخلاء ذمة المدين ويشمل ذلك :

١- أصل الدين إذا كان قد وفى الدائن مقدار الدين بأكمله ، وإلا فالقدر الذي وفاه من الدين كما ذكرنا سابقاً .

٢-يرجع بفوائد هذا الدين لو كان ينتج فوائد اتفاقية أو قانونية ، ما دامت هذه الفوائد تدخل ضمن الدين المكفول .

٣- ما يضطر الكفيل العيني إلى دفعه للدائن في نظير المصروفات التي تكبدها الأخير في مواجهة المدين وكما يشمل كل ما يجب على الكفيل العيني دفعه للدائن لإخلاء ذمة المدين ، فكل ذلك يرجع عليه بالدعوى الشخصية كذلك .

---

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، ج ٣ ، ط ٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٩ ، ص ٦٦١ وما بعدها .

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص ٣٣٨ وما بعدها .

ولكن الكفيل العيني لا يرجع على المدين في دعوى الحلول لا بالفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع ، ولا بالمصروفات التي أنفقها الكفيل العيني في سبيل الوفاء بالتزامه وكل ما حكم عليه به من المصروفات للدائن كمصروفات رفع الدائن للدعوى على الكفيل العيني ولا بالتعويض عن الضرر الذي يكون قد أصاب الكفيل العيني دون خطأ منه بسبب تنفيذ التزامه [١] .

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق ، ج ١٠ ، ص ١٨٩ .

الخاتمة:

بعد أن انتهينا من كتابة موضوع بحثنا الخاص بالمركز القانوني للكفيل العيني فقد توصلنا إلى أهم النتائج والتوصيات التي نأمل من المشرع العراقي الأخذ بها ندرجها تباعا وكالاتي:

أولا: النتائج

١. الكفيل العيني هو كل من يقدم تأمينا عينيا للدائن برهن مال يملكه أو يكون متصرفا فيه ضمانا للوفاء بدين في ذمة المدين.

٢. يجمع الكفيل العيني بين صفتي الكفيل والراهن، فهو من جهة يكفل الأصيل ويقدم ضمانا لمصلحته، ومن جهة أخرى فان هذه الكفالة لا تكون بكل أمواله وإلا كان كفيلا شخصيا، عليه تطبق أحكام الكفالة وأحكام الرهن بنوعيه التأميني و الحيازي على الكفيل العيني وعلى تحديد مركزه القانوني، وان مركز الكفيل العيني قريبا من مركز الحائز في أن كليهما ليس مسؤولا مسؤولية شخصية عن الدين بل مسؤولية عينية لا تتجاوز المال المرهون.

٣. لا ينطبق نص الفقرة الثانية من المادة (١١١٢) من القانون المدني العراقي على الكفيل العيني سواء أكان رهنه تأمينيا أو حيازيا، لذا لا نأخذ بالترتيب الوارد في هذه الفقرة، وتدخل الكفالة العينية ضمن ديون الصحة الأخرى وما في حكمها.

٤. الكفالة العينية العقارية لا يجوز مطلقا مباشرتها من قبل الولي أو الوصي لأنها ضارة ضررا محضا للصغير حسب قانون التسجيل العقاري العراقي وهو نفس موقف قانون رعاية القاصرين إلا إذا كانت الكفالة العينية العقارية بمقابل.

٥. رهن الكفيل العيني لملك الغير غير متصور في الرهن التأميني والرهن الحيازي الواقع على عقار لان الرهن لا ينعقد إلا إذا سجل في دائرة التسجيل العقاري استنادا للمادتين (١٢٨٦ و١٣٢٤) في القانون المدني، ولكنه ممكن في حالة رهن المنقول لأنه لا يحتاج إلى جهة رسمية لتسجيله وبالتالي يكون قد رهن ملك الغير وتطبق عليه أحكام التصرف في ملك الغير ويكون تصرفه موقوف على إجازة المالك.

٦. لا يجوز للكفيل العيني رهن الأموال المستقبلية رهنا تأمينيا أو حيازيا، ويكون التصرف باطلا في هذه الحالة لان ذلك يتعارض مع طبيعة الرهن.

٧. لا يلتزم الكفيل العيني التزاما شخصيا بضمان الدين، بل الذي يضمن الدين هو الرهن الذي قدمه، ولا يجوز التنفيذ على شيء من ماله الذي لم يخصص لضمان حق الدائن ولا تجاوز مسؤوليته عن هذا الحق حد ما رهنه من المال استنادا للمواد (١٢٣٠) والفقرة (٢) من المادة (١٣٤١) من القانون المدني العراقي.

٨. لا يستطيع الكفيل العيني أن يطلب من الدائن المرتهن أن يجرد المدين قبل التنفيذ على العقار المرهون ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك استنادا للمادة (١٣٠٠) من القانون المدني العراقي.

٩. لا يجوز للكفيل العيني تطهير العقار لأنه ليس بحائز ولأنه ملتزم بالدين التزاما عينيا، ولا يسمح له التخلص منه لقاء دفع قيمة العقار.

١٠. تتأثر حقوق الكفيل العيني باعتباره مالكا للمال المرهون بالمرحلتين اللتين يمر بها الرهن، وهما مرحلة ركود الرهن، والتي لا يفقد فيها الكفيل العيني ملكية العقار المرهون رهنا تأمينيا وله ان يمارس سلطات التصرف والاستعمال

والاستغلال كما لا يفقد حيازة العقار المرهون، بينما لا يستطيع الكفيل العيني في الرهن الحيازي استعمال الشيء المرهون أو استغلاله إلا عن طريق الدائن المرتهن، أما في مرحلة التنفيذ على العين المرهونة فيتمثل حق الدائن المرتهن في التنفيذ بدينه على المال المرهون.

١١.أجاز القانون المدني العراقي للكفيل العيني أن يختار قضاء الدين في معرض تنظيمه لأحكام قضاء دين الغير وذلك في المادة (٢٣٨) وله أن يختار قضاء الدين قبل حلول الأجل أو عند حلوله، ولكن يجب أن يختار وفاء كل الدين حتى يخلص عقاره المرهون رهنا تأمينيا من الرهن ولا يستطيع الاستفادة من قواعد الوفاء الجزئي لان ذلك يتعارض مع قاعدة عدم تجزئة الرهن استنادا للمادة (١٢٩٤) من القانون المدني العراقي.

ثانيا: التوصيات

١. نقترح على المشرع العراقي إضافة فقرة ثالثة إلى نص المادة (١١١٢) بالشكل الآتي: (أما إذا كانت كفالة عينية فإنها تنفذ في جميع أمواله دون حاجة إلى إقرار منه، وتأخذ مرتبتها ضمن ديون الصحة استنادا إلى تاريخ تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري أو تاريخ قبض الدائن المرتهن).

٢. نقترح تعديل نص المادة (١٢٨٧) من القانون المدني العراقي لتصبح بالشكل الآتي: (يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين ويجوز أن يكون كفيلا عينيا، ويقدم رهنا تأمينيا لمصلحة المدين، وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون أو صاحب حق عيني اصلي عقاري قابل للرهن). وأيضا تعديل نص المادة (١٣٢٥) لتصبح بالشكل الآتي: (يشترط فيمن يرهن مالا

توثيقا لدين عليه أو على غيره، أن يكون مالكا للمرهون أو صاحب حق عيني اصلي قابل للرهن).

٣. نقترح على المشرع العراقي الأخذ بما اخذ به القانون المدني المصري في الفقرة الثانية من المادة (١٠٤٢) التي تنص على: (وإذا كان الراهن غير المدين كان له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه للمدين). لأنه يحقق حماية أكثر للكفيل.

٤. نقترح تعديل نص المادة (١٣٠٠) من القانون المدني العراقي وذلك بإضافة فقرة ثانية تنص على: (٢- إذا كان الدين مضمون برهن مقدم من المدين نفسه ورهن مقدم من الكفيل العيني، فللكفيل العيني أن يطلب من الدائن التنفيذ على العقار المرهون من قبل المدين قبل التنفيذ على عقاره).

قائمة المصادر

أولا : الكتب

١- ابن منظور ، لسان العرب ، ط٤ ، المجلد الثالث عشر ، دار حامد للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٥ .

٢- احمد بن محمد بن علي الفيومي ، المصباح المنير ، دار الحديث ، القاهرة ، ٢٠٠٣ .

٣- إسماعيل بن حماد الجوهري ، معجم الصحاح ، ط١ ، دار المعرفة ، بيروت ، ٢٠٠٥ .

٤- د. توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ١٩٧٩ .

٥- د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني ، أصول الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٠ .

٦- د. رمضان أبو السعود ، التأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٥ .

٧- د. رمضان ابو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٧.

٨- د. سمير تناغو ، التأمينات العينية والشخصية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٨ .

٩- شاكر ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية العقارية ، ج٢ ، ط١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٣ .

١٠- صابر محمد محمد سيد ، تبعية الرهن للدين المضمون ، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دار الكتب القانونية ، مصر ٢٠٠٩ .

١١- صابر محمد محمد سيد ، رجوع الدائن على الكفيل ، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دار الكتب القانونية ، مصر ٢٠١٠ .

١٢- د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية ، ج١ ، مطبعة دار المعرفة ، بغداد ، ١٩٥٣ .

١٣- د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية ، ج٢ ، مطبعة دار المعرفة ، بغداد ، ١٩٥٤ .

١٤- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، التأمينات العينية والشخصية ، ج١٠ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ .

١٥- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود التي تقع على الملكية (البيع والمقايضة) ، ج٤ ، ط٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٩ .

١٦- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، ج٣ ، ط٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٩ .

١٧- د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج١ ، مصادر الالتزام ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، ١٩٨٠ .

١٨- د. عدنان ابراهيم السرحان ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة (المقاولة ، الوكالة ، الكفالة) ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٩ .

١٩- د. عصمت عبد المجيد بكر ، احكام رعاية القاصرين ، ط٣ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٧ .

٢٠- د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدي، الحقوق العينية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.

٢١- د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، احكام عقد الكفالة ، منشأة المعرف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٢ .

٢٢- د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، اركان عقد الكفالة العينية والشخصية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ .

٢٣- محمد طه البشير ، د. غني حسنون طه ، الحقوق العينية الاصلية والتبعية ، ج٢ ، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، بغداد ، ١٩٨٢ .

٢٤- محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، دراسة تحليلية مقارنة ، ط٢ ، مطبعة العاني بغداد ، ١٩٧١ .

٢٥- محمد علي عبده ، عقد الكفالة (دراسة مقارنة) ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٥ .

٢٦- د. محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الاردني ، الحقوق العينية التبعية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٥ .

٢٧- د. محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية التبعية ، ط١ مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٦ .

٢٨- د. محي الدين اسماعيل علم الدين ، اصول القانون المدني ، الحقوق العينية (الاصلية والتبعية) ، ١٩٧٧ .

٢٩- د. محمود عبد الرحيم الديب ، احكام استثمار المال المرهون في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي) ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ .

٣٠- د. نبيل ابراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٧ .

٣١- د. همام محمد محمود زهران ، التأمينات العينية والشخصية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٠ .

ثانيا : الرسائل الجامعية

٣٢- حبيب ادريس عيسى المزوري ، تصرفات المريض مرض الموت ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٥ .

٣٣- سعاد توفيق سليمان ، عقد الكفالة المدنية والاثار المترتبة عليها ، رسالة ماجستير ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ، فلسطين ، ٢٠٠٦ .

ثالثا : القوانين

٣٤- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

٣٥- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

٣٦- قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ .

٣٧- قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ .

٣٨- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ .

Abstract

Reference has been made to the bailsman in rem in scattered places of the Iraqi civil law. Moreover, bailsman in rem in rem has not attracted the attention of jurisprudence in spite of the abundant writings on personal insurance and insurance in rem. Therefore, this study aims at determining the legal position of the bailsman in rem who makes an insurance in rem through an insurance or possession mortgage, whether real or movable, to insure the fulfillment of an obligation on the part of another person

To determine the legal position of the bailsman in rem, we must identify and distinguish him from others, particularly from the personal bailsman and the possession or insurance mortgager and from the possessor. Further, we must determine the legal relations connecting him with the creditor and the debtor and the legal provisions ensuing from such relations through observing the relevant legal provisions in the Iraqi civil law and the Egyptian civil law, discussing and analyzing them, and recognizing the points of strength and weakness in them, and through reviewing the varied juristic trends and adopting the best one