ISSN: 2519 – 6138 (Print)
E-ISSN: 2663 – 8983(On Line)

TUJR
مجلة جامعة تكريت للحقوق
Tikrit University Journal for Rights

IRAQI Academic Scientific Journals
العراقية المجلات الاكاديمية العلمية

Tikrit University Journal for Rights
Journal Homepage : http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t

كلية القانون
College of Law

Legal controls on in-kind guarantees: A comparative study

Assistant Professor . Dr. Firas Bahr Mahmoud

College of Administration and Economics, Iraqi University, Baghdad, Iraq

firas.mahmood@aliraqia.edu.iq

Article info.

Article history:
- Received 22 March 2025
- Accepted 5 April 2025
-Available online 1 December 2025

Keywords:
- Real Surety
- Personal Surety
- Real Securities
- Mortgage
-Iraqi Civil Code

Abstract: This study addresses **real guarantee surety (kafala 'ayniya)** as a particular form of real securities, whereby the surety provides property he owns as collateral for the debtor's obligation. The research highlights the distinction between real surety and personal surety: while the latter entails liability over the guarantor's entire assets, the former limits liability strictly to the pledged property. The study also demonstrates that the Iraqi Civil Code has not provided a comprehensive regulation of real surety, mentioning it only in a few scattered provisions, unlike comparative legislations, particularly French law. The study concludes with a recommendation that Iraqi legislation adopt specific provisions to regulate real surety, balancing creditors' interests with the protection of sureties, thus promoting greater stability in civil and commercial transactions.

© 2023 TUJR, College of Law, Tikrit University

الضوابط القانونية للكفالة العينية دراسة مقارنة

أ.م.د. فراس بحر محمود

كلية الإدارة والاقتصاد، الجامعة العراقية، بغداد، العراق

firas.mahmood@aliraqia.edu.iq

معلومات البحث :

تواريخ البحث:
- الاستلام : ٢٢ / اذار/ ٢٠٢٥
- القبول : ٥ / نيسان/ ٢٠٢٥
- النشر المباشر: ١/كانون الاول/٢٠٢٥

الكلمات المفتاحية :
- الكفالة العينية
- الكفالة الشخصية
- التأمينات العينية
- الرهن
- القانون المدني العراقي.

الخلاصة: يتناول هذا البحث موضوع الضوابط القانونية الكفالة العينية باعتبارها صورة خاصة من صور التأمينات العينية التي يقوم بموجبها الكفيل العيني بتقديم مال مملوك له ضمانًا لوفاء المدين الأصلي بالتزامه. وقد بيّن البحث أن الكفالة العينية تختلف عن الكفالة الشخصية من حيث نطاق المسؤولية، إذ تنحصر في المال المرهون دون أن تمتد إلى الذمة المالية للكفيل. كما أظهر البحث أن المشرّع العراقي لم يُولِ الكفالة العينية تنظيمًا متكاملًا، مكتفيًا بالإشارة إليها في بعض المواد المحدودة من القانون المدني، على خلاف التشريعات المقارنة ولاسيما الفرنسية. وانتهى البحث إلى ضرورة معالجة هذا النقص من خلال تبني نصوص خاصة توازن بين حماية الدائنين وضمان حقوق الكفلاء العينيين، وبما يحقق استقرار المعاملات المدنية والتجارية.

© ٢٠٢٣, كلية القانون، جامعة تكريت

المقدمة : لم تحظَ الكفالة العينية باهتمام فقهي واسع في العراق، على الرغم من كثرة ما كُتب في مجال التأمينات العينية والشخصية. إذ لم تُخصّص لها دراسة مستقلة تتناول مختلف جوانبها وتبرز خصوصيات أحكامها، وإنما جرى التعرّض لها عرضًا، وفي سياق بعض المسائل المتعلقة بالكفالة أو الرهن، بقصد الإيضاح الجزئي لا التناول الكلي. ونتيجة لذلك، بدت أحكام الكفالة العينية متناثرة بين نصوص الكفالة والرهن، دون ترابط منهجي يمكّن الباحث أو الممارس القانوني من الإحاطة الشاملة بالفكرة ، وعلى خلاف ذلك، فقد لفتت هذه الفكرة نظر بعض الفقهاء في فرنسا أواخر القرن التاسع عشر، فخصّصوا لها دراسات مستقلة، غير أن هذا الاهتمام لم يلبث أن خفت وانطوى في غياهب النسيان. ولعلّ مردّ هذا الإعراض الفقهي، في العراق كما في فرنسا، هو الاعتقاد بأن الكفالة العينية لا تعدو كونها حاصل جمع لعناصر معروفة ومألوفة في نظامي الكفالة والرهن، فلا تستحق – تبعًا لذلك – دراسة مستقلة. غير أن هذا التصور يفتقر إلى الدقة، إذ إن الكفالة العينية تثير إشكاليات قانونية متميزة تجعلها جديرة بالتأمل والبحث المنهجي.

ومما يزيد الأمر تعقيدًا أن المشرّع، سواء في العراق أو مصر أو فرنسا، لم يتجه إلى تنظيم خاص ومتكامل لهذا النظام، باستثناء بعض النصوص الجزئية المتناثرة، في حين أخذت الكفالة العينية تستعمل

على نحو واسع في المعاملات الحديثة. ومن ثمّ، كان من الضروري اختيار هذا الموضوع ليكون محورًا للبحث والدراسة.

أهمية البحث وسبب اختياره

تبرز أهمية هذا البحث في كونه يسعى إلى تسليط الضوء على النظام القانوني للكفالة العينية، وبيان طبيعتها الخاصة التي تميزها عن غيرها من التأمينات. فالكفيل العيني يقدّم مالًا من أمواله ضمانًا لدين غيره، فيتحمل ركن المسؤولية دون المديونية، بخلاف المدين الأصلي الذي تجتمع في ذمته المديونية والمسؤولية معًا. وبذلك يقتصر حق الدائن في مواجهة الكفيل العيني على حدود المال المرهون أو المقدّم ضمانًا، دون أن يتمتع بضمان عام كما في مواجهة المدين.

وتكمن أهمية الموضوع كذلك في إبراز ما للكفالة العينية من خصائص، سواء من حيث تكييفها القانوني أو من حيث موقف الشريعة الإسلامية منها أو من حيث الأحكام العامة التي تحكمها. كما أن سبب اختيار هذا الموضوع يعود إلى قلّة النصوص التشريعية المنظمة له في العراق، حيث اكتفى المشرّع بالإشارة إليها بصورة عابرة في بعض المواد (مثل المواد ١٢٨٧ و١٣٠٠ من القانون المدني)، في حين أفاض في تنظيم الكفالة الشخصية. وهذا ما يقتضي الرجوع إلى القواعد العامة في التأمينات العينية، وإلى التجارب التشريعية المقارنة، فضلًا عن آراء الفقهاء لمعالجة النقص التشريعي القائم.

إشكالية البحث

تنحصر الإشكالية الرئيسة لهذا البحث في التساؤلات الآتية:

١. هل يمكن إعمال بعض أحكام الكفالة الشخصية على قواعد الكفالة العينية؟

٢. ما الخصائص الجوهرية للكفالة العينية، وما هو موقف الفقه الإسلامي منها؟

٣. ما طبيعة التزام الكفيل العيني بموجب عقد الكفالة العينية، وما نوع التأمين الذي يقدّمه؟

٤. هل تُعد الكفالة العينية نوعًا من التأمينات العينية، أم أنها نظام مستقل بذاته؟

٥. هل يملك الكفيل العيني الحق في دخول المزاد العلني لتطهير عقاره من الرهن؟

منهجية البحث:

سوف يُعتمد في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن، من خلال دراسة النصوص والأحكام ذات الصلة في التشريعات العراقية والمصرية والفرنسية، ومقارنتها بالاجتهادات الفقهية وآراء الشراح، بهدف بناء تصور قانوني متكامل عن الكفالة العينية وأبعادها النظرية والعملية.

المبحث الأول: ماهية الكفالة العينية

المطلب الأول: مفهوم الكفالة العينية

المطلب الثاني: طبيعة الكفالة العينية

المبحث الثاني: احكام الكفالة العينية

المطلب الأول: مدى خضوع الكفالة العينية للأحكام الرهن

المطلب الثاني: مدى خضوع الكفالة العينية لأحكام الكفالة

المبحث الأول: ماهية الكفالة العينية

تعد الكفالة العينية نوع من انواع الاتفاقات الضمان يقدم فيها الكفيل العيني ماله ضمان لدين غيره يتم بين الدائن واجنبي عن الدين ولا يكون رضا المدين ركنا في الاتفاق قد ينعقد بدون علمه وان كان ذلك نادر الحدوث حقيقة في الحياة العملية ، فالكفالة العينية حتى لو كانت محدودة بمقدار العين المقدمة فتعد من الامور ذات الخطورة بالكفيل بحيث يندر أن يتحمس اليها دون مبرر قوي حتى لقد شاع القول بانها تقوم بداءة على الشهامة التي عادة ماتعقبها الندامة عند رجوع الدائن على الكفيل فالكفالة العينية لاتفقد صاحبها سلطات المالك من تصرف واستعمال او استغلال ، فالكفيل العيني باعتباره راهن فان التزامه تابع للدين وجودا وبطلانا ، وتعد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد في الرهن التاميني وملزم لجانبين بالرهن الحيازي فالدائن يحوز المرهون ويترتب عليه القيام بالانفاق وادارته على المرهون للمحافظة على سلامته .[1]

المطلب الأول: مفهوم الكفالة العينية

وتعد الكفالة العينية ذات طبيعة عينية ترد على مال معين بالذات، ويكون الكفيل العيني ملتزما عينيا تجاه الغير بالمال الذي قدمه ضمان لدين غيره فيترتب على الكفيل العيني ركن المسؤولية دون المديونية . ومن خلال ذلك سنبين مفهوم الكفالة العينية.

أولاً: تعريف الكفالة العينية

نص المشرع العراقي في المادة "١٢٨٧ مدني " يجوز ان يكون الراهن هو نفس المدين ويجوز ان يكون كفيلا عينيا يقدم رهنا تامينيا لمصلحة المدين، وفي كلتا الحالتين يجب ان يكون الراهن مالكا للعقار المرهون او متصرفا فيه انطلاقا من هذه المادة يمكننا استخراج تعريف عن الكفالة العينية

فالكفالة العينية [2] والتي يمكن تعريفها على أنها : " تخصيص مال مملوك التغير على سبيل الرهن لضمان الوفاء بدين المدين الأصلي) ؛ فالكفيل العيني لا يكون ملتزما التزاما شخصيا بأداء الدين بل

---

[1]() د. احمد سلامة، دروس في التامينات المدنية ، القاهرة، دار النهضة العربية ،١٩٦٨ ، ص١٣٢.

[2]()أكفل يكفل ، إكفالاً ، فهو مُكفِل ، والمفعول مُكفّل ، عقد تضم بمقتضاه ذمّة شخص إلى ذمّة مدين في تنفيذ التزام عليه، المعاني الجامع .

الذي يضمن أداء الدين هو المال الذي قدمه الراهن . [1] كما ويمكن تعريف الكفالة العينية بانها: (اتفاق يقدم بموجبه أحد الأشخاص ويقال له الكفيل العيني عقارا أو منقولا ضمانا لدين على غيره ووسيلته لذلك هي رهن هذا المال رهنا رسميا أو رهنا حيازيا لكي ينحصر القيمة الاقتصادية لهذا المال وهي الحد الأقصى لمسئوليته عن هذا الدين) .[2]

ويتبين من هذا التعريف ، أن الكفالة العينية هي نوع يتم بين الدائن وأجنبي عن الدين ، هو الكفيل العيني حين لا يكون رضاء المدين ركنا في هذا الاتفاق ، الذي قد ينعقد دون علمه ، أو حتى بالرغم من معارضته . وإن كان ذلك نادر الحدوث ، حقيقة ، في الحياة العملية والكفالة – حتى ولو كانت محددة – هي من الأمور ذات الخطورة بالكفيل ، بحيث يندر أن يتحمس إليها دون مبرر قوى . حتى لقد شاع القول بأنها تقوم بداءة على الشهامة التي عادة ما تعقبها الندامة عند رجوع الدائن على الكفيل ويقدم هذا النوع من الكفالة ، للدائن ، ضمانا قد يكون أقل في حجمه من الضمان الذي تقدمه الكفالة العادية الشخصية، هذا حقيقي ، لكنه بالمقابلة – يكون أكثر فاعلية ، بما يخوله له من مزيتي التتبع والأولوية على المال المرهون ضمانا لحقه . فيما يكون الدائن في الكفالة الشخصية غرضة ، على العكس لتقلب الذمة المالية للكفيل ، ومزاحمة الدائنين الآخرين له[3]

و من وجهة نظر الضامن ، بدوره ، يكون هذا النوع من الكفالة أفضل إذ يمكنه من تقديم معاونته للمدين دون أن يعرض – في نفس الوقت .. للخطر ، سوى أحد عناصر ذمته المالية فقط.

ثانياً: انشاء الكفالة العينية

يلزم لانعقاد الرهن وصحته توافر أركان موضوعيه وشكلية :

١ – الرضا: اي وجود ارادتين متوافقتين متطابقتين من طرفي العقد وهما الراهن والمرتهن.

---

[1] ()حكيمة مؤذن ، الكفالة العينية بالتشريع المغربي ، بحث نشر على مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية العدد ،٣٨، سنة ٢٠٢٢ ،ص١٢٢.

[2] ()د. محمد شكري سرور، محاولة لتاصيل احكام الكفالة العينية ،جامعة القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص٣.

[3] () د. سليمان مرقس ، الحقوق العينية التبعية ، حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص،ج٢، ط٣، بيروت ، لبنان ، المنشوارت الحقوقية، دون سنة طبع، ص٧٩.

٢- المال المرهون فيجب ان يكون مالا عقاريا او منقول بالرهن الحيازي مما يصح التعامل فيه ويجوز بيعه.

ايضا يجب ان يكون المال المرهون معينا ومعنى ان يكون معينا اي ان يكون العقار مخصصا وذلك عن طريق تقديم طلب يتضمن البيانات التالية: طبيعة العقار ونوعه ورقمه وأوصافه ومساحته والغرض من تخصيص الرهن هو حماية الراهن حيث ان ذكر العقارات التي يشملها الرهن يدفع الراهن الى التروي وحماية من يتعاملون مع الراهن بتمكينهم من معرفه مركز عقاراته ومقدار ما يثقل كل منها من ديون وما يتسع لتحمله بعد ذلك. ايضا يجب ان يكون الدين المضمون معينا تعيينا كافيا من حيث مصدره وتاريخه ومحله ومقداره.[1]

٣- ان يكون مملوكا للراهن: اي يجب ان يكون الراهن مالكا للعقار المرهون لان إذا لم يكن مالكا للمرهون فانه لا يستطيع إعطاء المرتهن اي حق لان فاقد الشيء لا يعطيه التساؤل حكم الرهن الصادر من الغير؟ لم يتعرض القانون المدني العراقي مباشرة لحكم رهن ملك الغير اكتفاء بما تقرره القواعد العامة ، وتشترط القواعد العامة لنفاذ العقد أن يكون العاقد مالك للمعقود علية اونائبا عن مالكه نيابة قانونية او اتفاقية او قضائية مع مراعاة احكام المادة ٤٨ من قانون رعاية القاصرين

وعلى هذا فرهن ملك الغير يعني الرهن صادر من شخص لا يملك العقار المرهون وليست له ولاية التصرف فيه ويستوي في ذلك ان يرهنه باعتباره ملكا للغير او باعتباره ملكا له ، وهناك تساؤل اخر هل يمكن رهن عقار او منقول متنازع عليه ؟ يجوز للراهن أن يرهن عقاره ولو كان مهددا من الغير بدعوى الاسترداد على ان مصير الرهن يتوقف على نتيجة الدعوى فان قضي برفضها صح الرهن واذا قضي باسترداد الغير للمرهون بناء على ملكيته له عد الرهن واقعا في ملك الغير فلا يكون له اثر في مواجه المسترد. [2] ويجوز رهن الشريك حصته الشائعة ومتوقف الرهن على نتيجة القسمة اذا صار الجزء الذي رهنه من حصته بقى الرهن، واذا صارت له حصه اخرى غير الذي رهنها انقضى الرهن خلاف القانون المدني المصري الذي اجاز الحلول العيني في الرهن الرسمي

---

[1]() د. شفيق شحاته، شرح القانون المدني الجديد في الأموال ،(النظرية العامة للتأمين العيني)، القاهرة، المطبعة العالمية ،١٩٥١ ، ص١٣٧.

[2]()د. محمد طه الشير ، د. غني حسون طه ، الحقوق العينية التبعية ، الجز الثاني الباب الثالث ، ص ٥٣.

٤ – السبب لا يقرر الراهن الرهن تبرعا منه للمرتهن بل لرغبته في الحصول على قرض او اجل لدينه ويشترط في الحق المضمون ان يكون موجودا او قابلا للوجود ومعينا او قابلا للتعيين ومشروعا.[1]

الشروط الشكلية : بما ان الرهن من العقود التي تطلب شكلية معينه سواء حيازي الركن الاساسي فيه هو القبض والتسجيل ام كان تاميني وعالج المشرع العراقي في القانون المدني وقانون التسجيل العقاري أحكام التسجيل معالجة تختلف عما أورده المشرع المصري ، والقانون المدني الفرنسي ، فالنصوص القانونية في القانون العراقي تؤكد على إن التسجيل يعد ركناً من أركان العقد ، وان العقود الواردة على العقار لا تنعقد ، ولا وجود لها أصلاً قبل التسجيل في دائرة التسجيل العقاري . فقد جاء في المادة (٩٠) من القانون المدني الفقرة الأولى منها " إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك " . كما جاء في المادة (٢٤٧) منه على إن " الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل " ، وكذلك الفقرة (٢) من المادة (١١٢٦) من القانون نفسه حيث نصت على إن " العقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقرر قانوناً

أما قانون التسجيل العقاري، فقد جاء في المادة (٣) الفقرة (٢) منه ما يلي " لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري "[2]

يتضح من النصوص المتقدمة ، بأن التسجيل في القانون العراقي يعد ركناً من أركان عقد بيع العقار ، فهذا العقد من العقود الشكلية التي حدد لها القانون شكلاً معيناً يجب مراعاته لانعقاد العقد ، وهو تسجيله في دائرة التسجيل العقاري و إلا عد العقد باطلاً ويكون في حكم العدم إلا إن المشرع العراقي ، قد خفف

---

[1]()المحامية نورا الطائي ، مفهوم وشروط واحكام وآثار الرهن التأميني، بحث نشر على صفحة قانون العرب بتاريخ ١٢ أبريل ٢٠١٧ ، تاريخ الزيارة ٨ ابريل ٢٠٢٣ الرابط https://www.law-arab.com/2017/04/alrrahn-alttamini-pdf.html

[2]() عادل سيد فهيم ، نظرية التأمين العيني في التقنين المدني العارقي، ط٢، طبع على نفقة جمعية صندوق المساعدات والتسليف لطلاب جامعة البصرة ، ١٩٦٩ ، ص٤٩.

نوعا ما من الآثار المرتبة أعلاه في المادة (١١٢٧) من القانون المدني ، إذ رتب على الناكل تعويضاً عن الأضرار التي لحقت بالطرف الآخر من جراء امتناع الناكل عن التسجيل. [1]

وبما ان الكفالة العينية ترد على عقار او منقول سابين الشروط الشكلية للعقارات الخاصة بالرهن التاميني التي نصت عليها المادة ١٢٨٦ مدني

١ – لا ينعقد الرهن التاميني الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري، وعلى كل من المتعاقدين ان يعين محل اقامة مختار في البلد الذي تم فيه التسجيل، ويعطي لكل منهما نسخة من سند عقد الرهن موقع عليها منهما ، بعد اخذ تقريرهما في مواجهة الشهود.[2]

٢ – ونفقات العقد على الراهن، الا اذا اتفق على غير ذلك."

ثالثاً: خصائص الكفالة العينية

تتميز الكفالة العينية بجملة من الخصائص اهمها :[3]

١ – انه ينشئ حقا عينيا للدائن يكون له بمقتضى حق التقدم على جميع الدائنين العادين والدائنين المرتهنين ، اذا الكفيل رتب عليها رهنا سابقا مع اختلاف الفقه حول مساله رهن المال الكفيل مرتين لنفس الدين كما له حق التتبع العقار محل الرهن وحبس المال اذا كان رهن حيازي.

٢– ان الكفالة العينية حق عيني تبعي اي حق تابع للالتزام الاصلي متوقف مع الدين وجودا وعدما ، والكفالة العينيه تختلف عن التامينات العينية الاخرى كالرهن التاميني او الحيازي تعطي للدائن تعطيه حقا عينيا ينحصر على المال المرهون لا ينتقل الى الضمان العام بجميع امواله كما في الرهن التاميني والحيازي التي صفتين الضمان العام وحق عيني. [4]

---

[1]()استاذ المادة منصور حاتم محسن ابو خبط ركن الشكلية في عقد الرهن التأميني، شبكة جامعة بابل AM ، الرابط h_ps://law.uobabylon.edu.iq/lecture.aspx? d=7&cid=١٠٣١٤.

[2]() د. شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، ط٢، منشأة المعارف ،الإسكندرية، ١٩٥٩، ص٥١.

[3]() د. احمد محمد أحمد ، الحقوق العينية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٥ ، ص٧١.

[4]() د. عبد الرازق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٨، ط٣، منشوارت الحلبي الحقوقية . بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٠ ، ص٣٣١.

٣- المال المرهون سواء عقار ام منقول غير قابل للتجزئة نصت المادة ١٢٩٤ مدني "كل جزء من العقار او العقارات المرهونة ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بالعقار او العقارات المرهونة كلها.[1]

الى جانب هذه الخصائص فله خصائص اخرى بصفته عقدا وهي عقد شكليا لا ينعقد الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري كما انه من عقود الضمان كالرهن التاميني والحيازي لان الغاية منه الاستيثاق بالدين للتوصل الى استيفاءه واخيرا هو عقد ملزم لجانب واحد اذا كانت الكفالة لرهن تاميني وملزم لجانبين اذا كان الرهن حيازي[2]

رابعاً موقف الشريعة الاسلامية من الكفالة العينية

أما في الشريعة الإسلامية ، فيذهب البعض الى أن الكفالة العينية تعرف بالرهن المستعار، وبتعبير اخر فأنه يجوز لشخص أن يستعير مالا من مالكه بناءً على أن يرهنه مبينا له ذلك ويرهنه لأنه كما يجوز لشخص ان يرضى بتعلق دين الغير بذمته بالكفالة ، فله أيضا ان يرضى بتعلق دين المستعير بماله ، الا ان من يقوم بالرهن هنا هو المدين الأصلي وبالرغم من أن المال ليس ماله بل مال مستعار من الغير الا انه ليس كفيل عيني فهو لم يقم برهن ماله لضمان دين غيره ، وفي عقد الكفالة العينية فأن أطرافه هو الكفيل العيني والمكفول له ، ويمكن أن ينعقد هذا العقد بدون علم المدين الأصلي، وعليه لا يمكن اعتبار الرهن المستعار كفالة عينية.[3]

والكفالة في الفقه الإسلامي سميت بالضمان ، والضمان شرعا عقد يقتضي التزام دين ثابت في ذمة الغير أو احضار عين مضمونة أو بدن من يستحق حضوره ، وهي ضمان يتمثل بشغل ذمة أخرى بالحق، فالكفالة العينية تعتبر ضمان للدائن في استيفاء حقه وهذا الضمان يتمثل بتقديم الكفيل تأمينا ، ونوع هذا التأمين مال معين من أمواله..[4]

---

[1]() د. عبد العزيز أبو غنيمة، الالتزام العيني، ط١، دار النهضة العربية ،١٩٧٢.

[2]()محمد طه الشير ، د. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ١٦

[3]() د. عبد الرازق السنهوري ،مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دارسة مقارنة بالفقه الغربي، ج٢، مطابع دار المعارف، مصر ،١٩٦٧ ، ص٤٠١.

[4]() د. إبراهيم دسوقي الشهاوي ، المذاهب الفقهية ، كتاب الرهن ، القاهرة ، العباسية ، شركة الطباعة الفنية المتحدة ، دون سنة طباعة، ص١٤٢.

وباعتبار الكفالة العينية رهن ، فالرهن عند الحنفية، هو حبس شيء مالي بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين وهو بقاء المرهون محبوسا تحت يد حابسه (مرتهن أو عدل) ، حتى تمام استيفاء سبب الرهن . [1]

أما المالكية، فالرهن عندهم هو بذل من له البيع ما يباع أو غررا ولو اشترط في العقد وثيقة بحقه، وهذا التعريف يلاحظ عليه انه يتضمن جواز الرهن للعين المضمونة الالتزام) بعين (بنفسها أو بغيرها متى كانت غائبة عنه بعقد.[2]

وعند الشافعية، الرهن هو جعل مال وثيقة بدين يستوفي منه عند تعذر الوفاء ولا يجوز أن يكون المرهون دينا عندهم وعند الحنابلة ، الرهن هو المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إذا تعذر استيفاؤه ممن هو عليه.[3]

وعند الامامية، الرهن عقد مركب من ايجاب من الراهن وقبول من المرتهن ، ولا يعتبر فيهما اللفظ بل يتحققان بالفعل أيضا ، فلو دفع المديون مالا للدائن بقصد الرهن واخذه الدائن بهذا القصد كفى ، ولا يعتبر في صحة الرهن القبض على الأظهر ، وأن كان هو الأحوط ، نعم مقتضى اطلاقه كون العين المرهونة بيد المرتهن الا ان يشترط في كونها بيد ثالث أو بيد الراهن مالم يناف التأمين المقوم، وعدم صحة رهن الدين قبل قبضه.[4]

فالفقه الإسلامي بوجه عام لا يقر الرهن من المدين أو الكفيل العيني دون تجريد من الحيازة ليستوي عندهم العقار والمنقول وسنده في ذلك الآية الكريمة) ،فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ وفكرة الرهن دون تجرد من الحيازة تعد فكرة ممتنعة من أساسها وقد ظهر ذلك واضحا من خلال تعريف الفقهاء للرهن نفسه ، بأنه احتباس العين وثيقة ليستوفي حق من ثمنها ، فالرهن اذن احتباس أولا قبل كل شيء ، وهذا الاحتباس هو الذي يمكن من استيفاء الدين من ثمن المرهون ، وبالرغم من وجود اختلاف في تكييف القبض وهل هو ركن

---

[1]() محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ، شرح تنوير الابصار ، المطبعة الكبرى ، بولاق القاهرة ، ج٥، دون سنة طبع، ص١٣.

[2]() محمد بن احمد بن محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، مطبعة السعادة، القاهرة، سنة ١٣٩٤هـ ،ص١٢٣.

[3]() شمس الدين محمد بن أبي العباس بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج (منهاج النووي)، ج٤، القاهرة، منشوارت المكتبة الإسلامية، دون سنة طبع، ص١٣.

[4]() أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن المعروف بـ(الشيخ الطوسي)، الخلاف، الطبعة الجديدة، ج٣، مؤسسة ال البيت(ع) لاحياء التارث، بيروت ،١٤١١هـ ، ص١٤.

في الرهن أو هو اثر له ، لكن الجميع يسلمون انه شرط لابد منه، ولقد ذهب الحنفية إلى أن القبض شرط لزوم في العقد نفسه ، بمعنى انه نشأ عن الايجاب والقبول عقد غير لازم ، ويكون للراهن التسليم أو الرجوع ، فاذا سلمه وقبض المرتهن أصبح عقدا لازما ، وهو راي بعض الامامية أيضا ، ان القبض شرط في الرهن، فلو جرت صيغة الرهن بالإيجاب والقبول ولم يسلم الدار للمرتهن بطل الرهن، أما البعض الاخر من الأمامية، والمالكية، فيرون أن العقد ينعقد ويلزم للإيجاب والقبول ، وان لم يحدث تسليم، ويلزم الرهن بالإيجاب والقبول ودليلهم بذلك قوله تعالى) اوفوا بالعقود، وهذا عقد مأمور به والامر يقتضي الوجوب، فرهان مقبوضة لا يدل على ان قبل القبض لا يلزم ، ونرى ان التسليم أو القبض يكون من ضمن متطلبات الايجاب والقبول فلو تم العقد فلا بد ان يتم التسليم .[1]

ويتضح مما تقدم أن مركز الكفيل العيني في الشريعة الإسلامية يقترب من مركزه القانوني فهو مسؤولية في حدود العين التي قدمها كرهن ولا يكون مسؤولا بذمته المالية اجمعها على الاختلاف بين الفقهاء المسلمين في الجزيئيات المتفرعة عن هذا الأصل، فمسؤولية الكفيل العيني مسؤولية عينية، وهي تأمين عيني.[2]

المطلب الثاني: طبيعة الكفالة العينية

ولم ينظم المشرع العراقي كغيره من القوانين المقارنة تنظيما إلا للكفالة الشخصية، مما جعل الفقه والقضاء مدفوعين ومضطرين لاستنباط أحكامها من العقود المشابهة لها، سعيا وراء حل المشاكل الناتجة من هذا الخلو التشريعي، فيستعان بتلك العقود والتي يمكن ان تستنبط منها أحكام الكفالة العينية وهذه العقود الكفالة الشخصية والرهن، فالموضوع يتطلب منا تكييفا للكفالة العينية، لمعرفة طبيعتها القانونية، ومن خلال معرفة الطبيعة القانونية لهذه الكفالة، يمكن معرفة النظام القانوني الذي تخضع له، فهي اما أن تخضع للنظام القانوني للكفالة الشخصية، باعتبارها كفالة، أو تخضع للنظام القانوني للرهن باعتبارها

---

[1]() المحقق الحلي أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، شارئع الإسلام في مسائل الحلال والحارم، ط١١، ج٢، دار القارئ، بيروت، لبنان ،٢٠٠٤، ص٢٣.

[2]()ا.د. غني ريسان جادر و الباحث اياد كاظم عبد الزهره، الطبيعة القانونية للكفالة العينية (دراسة مقارنة) ، بحث نشر في مجلة جامعة البصرة للدراسات السنة الرابعة عشر / ملحق العدد ٣٢ لسنة ٢٠١٩، ص ٣٢ وما بعدها.

رهن، ويمكن أن تخضع للنظامين باعتبارها كفالة ورهن ، فما بالنسبة مدى الخضوع الكفالة العينة للرهن ام للكفالة الشخصية سيتم الاجابه عليه بالتميز بين الكفالة العينية والشخصية .[1]

أولاً: الكفالة العينية التزام عيني

وعرف الفقهاء الالتزام العيني بأنه ذلك الالتزام الذي يحدث في بعض الأحوال أن شخصا يجد نفسه ملزما بأداء عمل نحو شخص اخر ، ولكن سبب هذا الالتزام ينحصر في أن المدين هو المالك لعين معينة ، فهنا وجد الالتزام بسبب ملكية العين ومن ثم سمي بالالتزام العيني.[2]

فهو التزام ينشأ بسبب وجود حق عيني لشخص معين على عين معينة .[3]

ومنهم من عرفه بأنه : " هو الذي يجب على المدين لا بصفته الشخصية وباعتبار أن مصدره قد توافر في جانبه الشخصي ، وانما بصفته صاحب حق عيني تعلق به هذا الالتزام ، وتنحصر المسؤولية عنه في العين محل هذا الحق دون باقي أموال المدين [4] . "

، واخر عرفه بأنه : " أداء يجب أن يقوم به شخص بسبب أنه مالك لشيء معين أو صاحب حق عيني [5] . "

فالمدين في الالتزام العيني لا يمكن تحديده بصفته الشخصية كما هو الحال في الالتزام الشخصي ، إذ يتحدد المدين بصفته الشخصية ، في حين أن المدين يتحدد بالاستناد إلى عنصر إضافي هو الحق العيني فالمدين هو صاحب حق عيني وبدون الحق العيني لا يمكن تحديد الوجه السالب في الالتزام العيني، فهو ملتزم بصفته حائزا لبعض الأشياء أو الأموال ، وفي حدود تلك الأشياء أو الأموال فقط والا

---

[1]() د. شفيق شحاته، مصدر سابق ، ١٤٢.

[2]()د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص١٨٨.

[3]()د. عبد العزيز أبو غنيمة، الالتزام العيني، ط ١ ، دار النهضة العربية، ١٩٧٢، ص ٩ –

[4]()د. مصطفى الجمال ، النظرية العامة للالتزام ، القاهرة ، المكتبة القانونية ، ١٩٨٧ ، ص١٧.

[5]()د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات ، ج ٢، احكام الالتزام ، القاهرة ، ١٩٦٠ ، ص ٢١

لتزام العيني ينتقل بانتقال الشئ فهو يلازم الشي وهو لا يعتمد على الطريقة التي ينتقل بها هذا الشيء أو الحق العيني الذي على هذا الشيء.[1]

وان المدين في الالتزام العيني يستطيع أن يتخلص من التزامه بالتخلي عن الشيء الذي نشأ الالتزام بسببه، ولا يجوز للمدين بالتزام شخصي أن يتخلص من هذا الالتزام بارادته المنفردة ، وسبب الخلاف بين الالتزامين هو أن الالتزام العيني متعلق بالشيء أكثر من تعلقه بالمدين، فيكون للمدين أن يتخلص منه بتخليه عن الشيء نفسه ، مثال ذلك إذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم على نفقته بالأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه كان له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق ، وذلك استنادا لنص المادة ١٢٧٧/١ من القانون المدني العراقي: (نفقة الاعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على صاحب العقار المرتفق هذا مالم يشترط غيره واذا كان صاحب العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بهذه الاعمال على نفقته فله دائما ان يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله او بعضه لصاحب العقار) ، اما الالتزام الشخصي فتعلقه بالمدين بوصفه الشخصي لا يجوز له ان يتخلص منه بارادته المنفردة.[2]

ثانياً: الكفالة العينية تامين عيني

ويراد بالتأمين العيني تخصيص مال معين من اموال المدين او غيره للوفاء بدين معين عليه ، ومن هنا وصفت هذه التأمينات بأنها عينيه لانها تنصب على عين معينه يستوفي منها الدائن دينه ، وهي تختلف التأمينات الشخصية كالكفالة وتضامن المدينين اذ ينصب حق الدائن فيها على ذمم اشخاص متعددين بدلاً من ذمة شخص واحد ، ولكن قد يعسر جميع المدنين فيستحيل على الدائن الحصول على حقه.[3]

صحيح ان المال قد يهلك ويتعرض الدائنون لاحتمال عدم الحصول على حقوقهم ، لكن مثل هذا الخطر بعيد الاحتمال نسبياً ، فالاشياء توفر الثقة أكثر من شيس الرجال . وقد تأثر المشرع الألماني بهذه الفكرة فقرر في المادة (٢٣٢) من القانون المدني بانه اذا كان المدين ملزما بتقديم ضمان فلا يكون له ان

---

[1]() د. عبد المجيد الحكيم ، ا. عبد الباقي البكري، ا.م محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج١، مصادر الالتزام ، المكتبة القانونية ، بغداد ،٢٠١٨ ، ص٦٣.

[2]()غني ريسان جادر و الباحث اياد كاظم عبد الزهره، مصدر سابق ، ص ٧ وما بعدها

[3]() د. محمد كامل مرسي ، التأمينات العينية والشخصية ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ٢٠٠٥، ص١٣.

يقدم كفيلاً شخصياً الا اذا استحال عليه تقديم ضمان عيني [1] وتحقق التأمينات العينية جملة مزايا اهمها :

١ – آنها تخول صاحبها فوق حق الضمان العام المقرر له باعتباره دائناً عاديا ، مزية التقدم على غيره من الدائنين في استيفاء حقه من المال الذي ترتب له الحق العيني عليه ، كما تخوله مزيه تتبع هذا المال في أي يد كان.

٢ – أنها لا تخرج المال المثقل بها من ملكيه صاحبه ولاتغل يد مالكه عن التصرف .

٣– أنها تؤدي الى زيادة الائتمان في بيئة التعامل اذ انها توفر للدائن ضمانا خاصا فتشجعه على القراض المدين ومنحه الاجل للوفاء بالتزاماته كما تيسر السبل للمدين للحصول على القروض وعلى المهلة التي يحتاجها للوفاء بديونه والواقع أن التأمينات العينية يمكن تقسيمها من نواح ثلاث:

١ – فمن حيث نشؤها : تنقسم تامينات اتفاقية حقوق الامتياز ويعرف القانون الفرنسي والتشريعات التي حذت حذوة تأميناً عينياً قضائياً يطلق عليه حق الاختصاص يمنحه القاضي للمدعي الذي حصل على حكم قضائي قابل التنفيذ على عقار من عقارات مدينة ، ولا يعرف المشرع العراقي هذا النوع من التأمين. [2]

٢– ومن حيث محلها : تنقسم الى تأمينات لاترد الا على العقار وهي الرهن التأميني وتامينات ترد على العقار والمنقول وهي الرهن الحيازي وحقوق الامتياز هي الرهن بنوعيه وتأمينات قانونية .

٣– ومن حيث حيازة المال محل التامين : الى تأمينات تقتضي وضع المال محل التامين في حيازة الدائن وهي الرهن الحيازي وتأمينات لا تقتضي نقل الحيازة وهي الرهن التأميني وحق الامتياز [3]

ثالثاً : التمييز بين الكفالة العينية والشخصية

---

[1]() د. هدى عبد الله، التأمين العقاري مقارنة مع حقوق الرهن والامتياز ،ط١، منشوارت الحلبي، بيروت، لبنان ،٢٠١١ ، ص١٤.

[2]() د. محمد شكري سرور، محاولة لتأصيل احكام الكفالة العينية (دارسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي)، مطبعة دار الفكر العربي ،١٩٨٦ ، ص٤٢.

[3]()محمد طه الشير ، د. غني حسون ،طه مصدر سابق ص ٣ وما بعدها

وبعد ان بينا ان الكفالة العينية هي تأمين عيني وأن التأمينات العينية واردة على سبيل الحصر، فهل ان الكفالة العينية تعتبر رهن وتطبق عليها احكام الرهن بنوعيه الحيازي والتأميني، ونستبعد تطبيق احكام الكفالة الشخصية، باعتبار أنها تأمين شخصي؟ وهل يمكن أن تطبق بعض أحكام الكفالة الشخصية على إلتزام الكفيل العيني باعتباره كفيل للدين؟[1]

إن الكفيل العيني يتشابه مع الكفيل الشخصي والمدين الراهن ، في بعض الحالات، ولخلو التشريع من القواعد المنظمة لالتزام الكفيل العيني، بحث الفقه في إمكانية تطبيق القواعد القانونية الخاصة بهم على الكفيل العيني، حيث ان المشرع العراقي والمصري، يعتبر الكفيل العيني ا رهنا، مما حدى الى ان يعتبر بعض الفقهاء ان الكفالة العينية في حقيقتها انها رهن، والبحث بأحكامها في الرهن، لكن هنالك قواعد في الكفالة الشخصية لا تتعارض مع طبيعة التأمين العيني وحدود مسؤولية الكفيل العيني فيمكن تطبيقها على الكفالة العينية، ويثور التساؤل هنا كيف يمكن التمييز بين العلاقات التي تطبق عليها قواعد الرهن، والعلاقات التي يطبق عليها قواعد الكفالة الشخصية؟

المشرع نظم أحكام الكفالة الشخصية، ولم ينظم احكام الكفالة العينية، وترك امر استنباطها للفقه من الاحكام الواردة في الكفالة الشخصية، والتي تكون صالحة ومتوافقة الكفالة مع العينية، ليمكن تطبيقها، ويمكن اجمال مجموعة من هذه القواعد القانونية التي يمكن تطبيقها على الكفيل العيني [2]وهي:[3]

١ ان المشرع اعطى الحق للكفيل الشخصي بالرجوع على المدين بما أوفى من الدين، وسواء كانت الكفالة بعلم او بدون علم المدين، وهذا الرجوع ينطبق على الكفيل العيني الذي قد أوفي ما على المدين من دين، وبذلك يستوي الكفيل الشخصي مع الكفيل العيني الذي قام بهذا الوفاء.[4]

٢ ان الكفيل الشخصي منحه المشرع حقوقا ودفوعا ، منها اصلية والتي تخص علاقته بالدائن، والأخرى تبعية تخص علاقة الدائن بالمدين، والتي تتعلق بصحة الالتزام الأصلي والالتزام التبعي بأعتبار ان التزام الكفيل هو التزام تابع لالتزام المدين، وسواء كان الكفيل عينيا أو شخصيا، وحتى تكون الكفالة صحيحة،

---

[1]() د. سمير تناغو ، التأمينات العينية والشخصية ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، دون سنة طبع، ص١٤٢.

[2]()ا.د. غني ريسان جادر و الباحث اياد كاظم عبد الزهره، مصدر سابق ص ٣٤ وما بعدها

[3]() د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التامينات الشخصية والعينية، ج١، مطبعة دار المعرفة، بغداد ،١٩٥٣ ، ص٢٠٣.

[4]() د. عبد الفتاح عبد الباقي ، التأمينات الشخصية والعينية ، القاهرة ، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٥٧ ، ص٥٢.

فيجب ان يكون التزام المدين وهو الالتزام الأصلي والتزام الكفيل وهو التزام تبعي التزامين صحيحين، ويتحقق ذلك بتوافر شروط وقواعد الاهلية في المدين والكفيل.

٣. للكفيل العيني ان يحتج بكافة الحجج، وان يدفع بكافة الدفوع التي يمنحها القانون للمدين، فله ان يتمسك ويدفع الرجوع عليه من الدائن بكافة الحجج التي منحها القانون للمدين، إلا إذا كان الدفع لصيقا بالمدين او كان هناك منع من القانون بهذا الدفع، فالمشرع نص على ان الكفيل العيني لا يملك الحق في طلب تجريد المدين قبل التنفيذ على أمواله، الا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك استنادا لنص المادة) (١٣٠٠) من القانون المدني العراقي، بخلاف الكفيل الشخصي الذي يملك هذا الحق، مالم يكن متضامنا مع المدين أو تنازل عن ذلك الحق.[1]

٤ – الكفيل العيني له الحق بالتمسك بأجل الدين، ولا يمكن للمدين او غيره ان يسقط ذلك الاجل، لعدم تأثره بذلك السقوط شأنه شأن الكفيل الشخصي، فلا يتحمل الكفيل العيني فعل غيره الذي يؤدي الى الإساءة لمركزه، فأشخاص العملية المركبة، لا يمكن لاحدهم، أو اثنين منهم أن يسوءا مركز الثالث، وأجل الدين هو أجله الأصلي، الذي اطمئن له الكفيل العيني عند ضمانه، وتعهد بالوفاء به ان لم يف به المدين في اجله، وفي حال كان هناك تمديد لأجل الدين فأن الكفيل العيني يستفاد من هذا الأجل كما يستفاد منه الكفيل الشخصي.[2]

٥ – في حال وجود الكفيل العيني مع وجود ضمان أو أكثر من الضمانات الأخرى المقررة للدين مثل رهن المدين نفسه مالا أو أكثر لصالح الدائن ضمانا للدين ، وقام الدائن بالتفريط بهذا الضمان ، فللكفيل العيني الحق بالمطالبة بهذا الدفع ، وسبب اعطائه هذا الحق، لان إضاعة هذا الضمان الخاص أدى إلى أن يصبح مركز الكفيل اسوء مما كان عليه قبل وجود هذا الضمان، ولا تفضيل للكفيل الشخصي عليه في هذا الجانب، والذي أعطاه القانون هذا الحق، حيث أن وجود هذا الضمان قد يكون هو السبب الحقيقي لقبول الكفيل لكفالة الدين. ولا يمكن حرمانه من هذا الحق المقرر للكفيل الشخصي، ولنفس الأسباب[3]. اما الذي يميز بين الكفالة العينية والشخصية مايلي :

---

[1]() د. همام محمد زهارن، التأمينات العينية والشخصية، مطبعة منشاة المعارف ،الإسكندرية ،٢٠٠١ ، ص٩٢.

[2]() وليد خالد عطية الجابري، فكرة الالتزام العيني وتطبيقاتها في القانون المدني (دارسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ١٩٩٧ ، ص١٣.

[3]()د. محمد شكري سرور، مصدر سابق ، ص ٥ وما بعدها

يلاحظ أن مسئولية الكفيل العيني لا تتعدى كحد أقصى القيمة الاقتصادية للمال المرهون وبذلك لا يكون الكفيل العيني مسئولا شخصيا عن الدين أما عن الكفالة الشخصية فإن الكفيل يضمن وفاء الدين في ذمته المالية كلها ، غير أن التفرقة قد تدق بين هذين النوعين من الكفالة في الغرض الذي تكون الكفالة الشخصية فيه هي نفسها مضمونة برهن على مال الكفيل ويحدث في بعض الأحيان وبخاصة في التعامل مع البنوك أن يستلزم الدائن البنك الذي لا يثق بطريقة كبيرة في يساره الكفيل أن يقدم الكفيل تأمينا عينيا تاكيدا او ضمانا بالوفاء بدين المدين في حالة عدم وفاء المدين بالدين الذي يوجد في ذمته ويقترب هذان النظامان من بعضهما إلى حد كبير حيث لا يكون بذمة الكفيل الشخصي المالية سوى المال المرهون ضمانا لكفالته إذا تكاد تكون النتيجة العملية لهاتين الكفالتين في هذه الحالة واحدة.[1]

ويوجد اختلاف بين الكفالة الشخصية والكفالة العينية في محل الضمان حيث يضمن الراهن في الكفالة العينية الالتزام الأصلي بينما يضمن الكفيل في الكفالة الشخصية الالتزام التبعي

ومن الملاحظ أنه في الكفالة العينية يكون بين كل من عنصرين الكفالة والرهن فيها ارتباط لا يقبل الانفصام إذ لا يوجد أحدهما إلا بوجود الآخر بحيث أنه إذا ما كان العقد باطلا مثلا ككفالة أي باعتباره كفالة فإنه لا يمكن أن تعد كفالة فقط أما في الكفالة الشخصية لأي سبب فإن التأمين العيني الذي يضمنها لا يشكل معها كلا لا يقبل التجزئة .[2]

ويوجد اختلاف بين الكفالة الشخصية والكفالة العينية في الأثر .. إذا لم يختر الكفيل في أي من الفرضين سداد الدين ولم تكن قيمة المال المرهون في كليهما تكفي لتغطيته إذا انه في الكفالة العينية لن يتعدى أثر الكفالة مال الكفيل المحدد الذي قدمه كضمان لسداد الدين الذي يوجد في ذمة المدين الأصلي بينما يستطيع الدائن في الكفالة الشخصية أن ينفذ على باقي ذمة المدين المالية بماله مع غيره من الدائنين من حق الضمان العام عليها بالإضافة إلى ما كان يوجد له من ضمان خاص على المال المرهون ضمانا للكفالة . وفي الكفالة العينية يقدم الكفيل مالا مخصصا ومفرزا من أمواله لكفالة المدين

---

[1]() د. شفيق شحاته، مصدر سابق ، ١٤٢.

[2]() د. هدى عبد الله، التأمين العقاري مقارنة مع حقوق الرهن والامتياز ،ط١، منشوارت الحلبي، بيروت، لبنان ،٢٠١١ ، ص٤١.

في مواجهة دائنه وعندئذ لا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على أموال المدين والتأمينات العينية المخصصة للمدين.[1]

المبحث الثاني: احكام الكفالة العينية

بعد ان بينا في المبحث الأول عن ماهية الكفالة العينية الان سنبين هل يمكن ان نطبق بعض احكام الرهن بنوعيه على الكفالة العينية ؟ وهل يمكن أن نطبق احكام الكفالة الشخصية على الكفالة العينية ؟ ،لذلك سنقسم هذا المبحث لمطلبين الأول نتكلم عن مدى خضوع الكفالة العينية للاحكام الرهن وفي المطلب الثاني مدى خضوع الكفالة العينية للكفالة الشخصية.[2]

المطلب الأول : مدى خضوع الكفالة العينية للأحكام الرهن

قد يُثار عند تناول موضوع الكفالة العينية تساؤل جوهري مفاده: هل تخضع الكفالة العينية لكافة أحكام الرهن التأميني أو الحيازي؟

قد يبدو للوهلة الأولى أن الجواب بالإيجاب، غير أن التدقيق يكشف غير ذلك، إذ إن ثمة فارقًا جوهريًا لا يجوز إغفاله بين مركز الكفيل العيني ومركز المدين. فكلاهما يشتركان في كون كل واحد منهما منشئًا للضمان، غير أن صفة المديونية تظل مقصورة على المدين وحده دون الكفيل العيني ،ومن هنا، فإن مدى انطباق نصوص الرهن الرسمي أو الحيازي على الكفيل العيني يتوقف على الغاية التي قصدها المشرّع من النص فإن كان النص يعالج مركز الطرف السلبي في العلاقة الرهنية من حيث هو مجرد منشئ للضمان، جاز تطبيقه على الكفيل العيني، أما إذا كان النص موجَّهًا إلى الطرف ذاته بوصفه مدينًا ملتزمًا بالوفاء، فإنه لا ينطبق على الكفيل العيني لانعدام المديونية في جانبه .[3]

أولاً احكام الرهن التي تواجه الطرف السلبي في العلاقة الرهنية بحسبانه مجرد منشئ للضمان

---

[1]() عبد المنعم البداروي ، أثر مضي المدة في الالتازم ، أطروحة دكتواره ، القاهرة ، ١٩٥٠،ص١٢.

[2]() د. محمد كامل مرسي ، التأمينات العينية والشخصية ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ٢٠٠٥،ص٤٥١.

[3]() د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص١٥٩.

أشرنا إلى أن أحكام الرهن ، التي تواجه الطرف السلبي في العلاقه الرهنية بحسبانه ، مجرد منشى ضمان ، يمكن أن تنطبق على الكفيل العيني حيث تثبت له ، بدوره ، هذه الصفة[1]

١- الكفيل العينى وسلطات المالك الراهن : يجوز للكفيل العيني ، حين تتم هذه الكفالة بواسطة رهن رسمى أن يتصرف في العقار المرهون ، وأي تصرف يصدر منه لايوثر فيحق الدائن المرتهن كما أن له – بداهة – والفرض أنه لايزال مالكا " للعقار المثقل بالرهن ، أن يباشر على هذا العقار ، مظاهر الأعمال القانونية الأخرى التي تدخل في ممارسة حق الملكية : كأن يثقله ، مثلا ، برهن آخر . كذلك يكون له الحق في ادارة العقار المرهون وفي قبض ثماره الى وقت التحاقها بالعقار .[2]

٢ – الكفيل العيني وسلامة الرهن :يلتزم الكفيل العيني ، كالمدين الراهن ، " بضمان سلامة الرهن ، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه انقاص ضمانه انقاصا كبيرا . وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية ، وأن يرجع على الكفيل العيني بما ينفق في ذلك .[3]

٣ – الكفالة العينية والأجل الممنوح للمدين الاصلي : ويرى البعض في الفقه الفرنسي، إمكان تطبيق نص المادة ١٢٩٨ مدني عراقي والمادة ١١٨٨ مدنى مصري على الكفالة العينية ، فيما يقضى به هذا النص من سقوط للأجل ، حين يكــون قد تسبب الدائن في إضعاف اوهلاك العين ما كان قد قدمه .[4]

٤ – الكفالة العينية برهن حيازي ، والمصروفات التي ينفقها الدائن على المال المرهون : –

تلزم المادة المدين ١٣٣٨/١ مدني عراقي، في الرهن الحيازي ، للدائن المرتهن " المصروفات النافعة والضرورية ، التي انفذها هذا الأخير ، من أجل المحافظة على المال المرهون " والمادة (٢٠٨٠ / ٢)

---

[1] ()د. سليمان مرقس ، مصدر سابق، ص٩٢.

[2]()انظر المادة ١٢٩٥ ومادة ١٣٣٤ من القانون المدني العراقي ، و المادة ١٠٤٤ مدني مصري

[3]()انظر للمادة ١٢٩٦ و المادة ١٣٣٥ مدني عراقي والمادة ١٠٤٧ مدني مصري

[4]()المادة ١٢٩٨ والمادة ١٣٣٦/٢ مدني عراقي " اذا هلك العقار المرهون رهنا تامينيا او تعيب انتقل حق المرتهن الى المال الذي يحل محله كالتعويض ومبلغ التامين وبدل الاستملاك للمنفعة العامة، وللمرتهن ان يستوفي حقه من ذلك بحسب مرتبته". و يقابل المادة ١١٨٨ مدني مصري

مدنى .فرنسي[1]. ، ويسلم الفقه المصرى بنفس الحكم أيضا ، تطبيقا للقواعد العامة نفسها رغم عدم تضمن المجموعة المدنية المصرية لنص مشابه . [2]

٥ – الكفالة العينية برهن حيازى والتزامات الدائن المرتهن :

وحين تكون الكفالة العينية قد تمت بطريق الرهن الحيازي يكون على الدائن الذي تسلم الشي المرهون المملوك للكفيل العيني ان يحافظ عليه وان يبذل العناية الرجل المعتاد في حفظه وصيانته ويكون مسؤولا عن هلاكه مالم يثبت ان ذلك يرجع لسبب اجنبي لا يد له فيه ويكون عليه عند بعض الشراح دفع الضرائب والرسوم المفروضة على الشى بحسبان ذلك مما يدخل من اعمال الصيانة كما ان عليه ان يتولى ادارة هذا الشي . ويرى البعض في الفقه الفرنسي انه يجوز للكفيل العيني اذا ما اساء الدائن ادارة ماله المرهون ان يجبره قضاءا بمقتضى المادة ٢٠٨٢/١ على رده له [3]

٦ – الكفالة العينة والخاصية التبعية للراهن :

واخيرا، تحتفظ الكفالة العينية ايضا بما للراهن من خاصية تبعية . من ثم فانها تزول اذا انقضى الدين المضمون وعلى الخص اذا كان هذا الانقضاء يتجدد عن طريق تغير المدين فيه . ونص المشرع ٤٠٤ مدني " اذا كان الدين الاصلي مكفولا بتامينات شخصية او عينية وصار تجديده سقطت من التامينات الا اذا جددت هي ايضا . " ، وقد حرص المشرع المصري على نص في المادة ٣٥٨ مدني على الكفالة عينية كانت او شخصية لا تنتقل الى الالتزام الجديد الا اذا رضي بذلك الكفلاء ".[4]

ثانياً: احكام الرهن التي تواجه الطرف السلبي في العلاقة الرهنية بحسابه منشى للضمان ومدينا مسؤلا شخصيا عن الدين في أن واحد

أشرنا إلى أن هناك جانبا من النصوص التي تحكم الرهن الرسمي والحيازى ، تواجه الطرف السلبي في العلاقة الرهنية ، بحسبانه ، في آن واحد ، منشى للضمان ، ومدينا مسئولا شخصيا عن الدين بمعنى أن

---

[1]()انظر للمادة ١/ ١٣٣٨ مدني عراقي والمادة ٢٠٨٠/٢ مدني فرنسي

[2]() د. عادل سيد فهيم ، مصدر سابق ، ص٦٨.

[3]()د. محمد شكري سرور ، مصدر سابق ، ص٢٤.

[4]() د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص١٥٩.

" اجتماع هاتين الصفتين فيه ، يكون هو علة وجود هذه النصوص ومن ثم فإن هذا الجانب لن ينطبق – على العكس – على الكفيل العيني سنبينه على النحو الآتي:

١. الكفيل العينى ، وتخلية العقار المرهون: فعلى العكس من المدين ، تثبت للكفيل العيني رخصة تخلية العقار المرهون . وثبوت هذه الرخصة له ، وعدم ثبوتها للمدين ، أمر مفهوم في الحقيقة . إذ هي بالنسبة للأخير لن تفيده ، في الواقع ، شيئا ، مادام أن تخليه عن حيازة العقار المرهون ، لن يجعل أمواله الأخرى بعيدة عن متناول الدائن ، لأنه مسؤول شخصيا عن الدين في كل ذمته المالية . فيما تكون لهذه التخلية – على العكس – كل أهميتها بالنسبة للكفيل العيني الذي تنحصر – بالفرض . مسؤوليته في العقار موضوعها ، إذ بها ، على الأقل ، يحافظ – كحائز العقار المرهون ، على مظاهر الماليه ، ويقي سمعته المالية من خطر الاضرار بها فيما لو كانت إجراءات التنفيذ على هذا العقار ستتخذ في مواجهته ، الناتج) أي هذا الاضرار) من الاعتقاد ، المحتمل ، بأن هذا التنفيذ يرجع لإعساره .[1]

هكذا قضت الفقرة / ٢ من الماده / ١٠٥١ مدنى مصرى ، بانه : " إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين ، جاز له أن يتفادي أي إجراء موجه إليه إذا هو تخلى عن العقار المرهون ، وفقا للأوضاع وطبقا للأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار" ، والفقه المصرى يجمع على ثبوت هذه الرخصة للكفيل العيني فقط تختلف الآراء فيه حول أساس هذا الحكم ، باختلاف النظرة لمركز الكفيل العيني.[2]

ورغم أن المادة ٢١٧٢ مدنى فرنسي ، ليست – في هذا الشأن – بنفس صراحة النص المصرى سابق الاشارة ، حيث تتكلم عن رخصة التخلية في خصوص " الأغيار الحائزين غير الملتزمين شخصيا بالدين " إلا أن الفقه الفرنسي يسلم ، أيضا ، بثبوت هذه الرخصة للكفيل العيني في الحقيقة ذلك ، من بين ما يبرر به ، بأن هذا الأخير قد تعاقد ، في الحقيقة وفي نيته لن يكون معاملا ، في العلاقة بالدين معاملة أقل من معاملة مشترى العقار المرهون من جانب المدين نفسه .[3]

هذا ولما كان الكفيل العيني ، بالتخلية ، يترك مجرد الحيازة المادية للعقار ، الذي تبقى له معها ، ملكيته ، فإنه إذا ماحدث وهلك هذا العقار ، بفعل قوة قاهرة ، بعد التخلي عنه ، وقبل الحكم برسو المزاد فإنه يهلك على الكفيل العيني ، الذي ستنقضي كفالته بهلاك العقار ، هذا صحيح لكنه لن يستطيع أن

---

[1]() د. سليمان مرقس ، مصدر سابق، ص٩٢.

[2]() وليد خالد عطية الجابري، مصدر سابق، ص٧٢.

[3]() د. همام محمد زهارن، مصدر سابق ، ص١١٣.

يرجع بثمنه على المدين كذلك ، يقيس البعض ، في الفقه الفرنسي ، الكفيل العيني ، على الحائز ، ويعطيه ، من ثم له الحق في أن يعدل عن التخلية ، ويسترد عقاره المرهون ، " على أن يفي بالدين ، وبما أنفقه الدائن من مصروفات.[1]

٢- الكفيل العيني ودخول مزاد بيع المال المرهون: ويتصل بالمسألة السابقة ، أنه على العكس من المدين ، يجوز للكفيل السيني أن يدخل مزاد بيع ماله المرهون ، بما يحتمل معه أن يرسو عليه هذا المزاد وذلك لانتفاء مبرر حظر ذلك على المدين بالنسب لهذا الكفيل بالنسبة للمدين ، كما لو جاز له أن يسترد فالفكرة في هذا الحظر عقاره ، في المزاد ، بثمن أقل من الدين الذي يلتزم به ، فإن الدائن – الذي لم يستوف بالفرض كامل حقه – سوف يعود الى اتخاذ إجراءات حجز جديدة على نفس العقار الذي استرده المدين حتى يستوفى ماتبقى له ، وهكذا إلى مالا نهاية ومثل هذه الخشية لاتتحقق بداهة في الكفالة العينية اذ لن يكون من حق الدائن إذا رسا المزاد على الكفيل العيني بمبلغ أقل من الدين ، مباشرة بحجز جديد على العقار بين يدى الكفيل ، فالغرض ان هذا الأخير ليس ملتزما في مواجهته بدفع كامل الدين ، وأن مسئوليته قبله ، تنحصر في حدود المال المرهون لا أكثر.[2]

٣- الكفيل العيني ، وكل من شرط التملك (غلق الرهن) عند عدم الوفاء ، وشرط الطريق الممهد: اشار مشرع العراقي في المادة ١٣٠١ مدني على انه لا يغلق الرهن، فيقع باطلا كل اتفاق يجعل للمرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول اجله في ان يتملك العقار المرهون رهنا تامينيا بالدين، او اي ثمن كان، أو في ان يبيعه دون مراعاة الاجراءات التي فرضها القانون حتى لو كان هذا الاتفاق قد ابرم بعد الرهن [3]

٤ – الكفيل العيني ، وحوالة الحق المضمون بالرهن: استخدمت كل من المادة (٣٦٣) مدني عراقي والمادة ٣٠٥ مدنى مصرى والمادة(١٦٩٠) مدنى فرنسى لفظة المدين المحال عليه في صدد بيان موجبات نفاذ حوالة الحق ، حين اشترطت كل منهما لهذا النفاذ ، إعلان " المدين " بهذه الحوالة . فإذا كان الحق المحال مضمونا برهن ، قدمه أحد الأغيار بات التساوءل واردا ، عما إذا كان يلزم اعلان الحوالة إليه . أو بعبارة أخرى : عما إذا كان يتعين ، في هذا الشأن ، تسوية الكفيل العيني بالمدين .

---

[1]()د. محمد شكري سرور ، مصدر سابق، ص٢٧ وما بعدها

[2]() د. عادل سيد فهيم ، مصدر سابق ، ص٦٨.

[3]()انظر الى المادة ١٣٠١ مدني عراقي ومادة ١٠٥٢/١ مدني مصري

يعتقد ذلك بعض الشراح الفرنسيين لأن حوالة الحق ، ، إذا كان يجب أن تكون معلنة للمدين ، فذلك حتى لايفي بين يدى شخص لم يعد دائنا ، حين أن مثل هذا الخطر لا يترصد الكفيل لعيني، الذي لا يمكن أن يكون متابعا إلا من قبل صاحب الحق .[1]

٥ – الكفالة العينية ، وحق الدائن المرتهن في حبس المال المرهون في القانون الفرنسي: على خلاف أحكام القانون العراقي و المصري ، تقضى المادة (٣٢٠٨٢) مدنى فرنسى ، " ذا نشأ لنفس الدائن المرتهن تجاه نفس المدين (الراهن) دين آخر ، بعد الرهن ، وأصبح (أي هذا الدين) مستحق الأداء قبل الدين الأول ، فإن الدائن لا يكون ملزما بأن يتخلى عن المال المرهون ، قبل أن يستوفي كلا الدينين بالكامل ، حتى ولو لم يوجد أي اشتراط لتخصيص الرهن لضم الوفاء بالدين الثاني.[2]

يُثار التساؤل هنا: هل يسري الحكم المقرر في الرهن الحيازي على الكفيل العيني بذات الصورة؟ وبعبارة أوضح: لو ان إذا تمت الكفالة العينية عن طريق رهن حيازي، ثم نشأ للدائن المرتهن – في مواجهة مدينه – دين جديد أصبح مستحق الأداء قبل الدين المكفول، فهل يملك الدائن أن يحبس مال الكفيل العيني حتى يستوفي كلا الدينين معًا؟

الجواب، وبصورة قاطعة: لا ، إذ ذهب بعض الشراح الفرنسيين إلى أن الحكم المقرر في الرهن الحيازي يقوم على افتراض وجود اتفاق ضمني بين الدائن المرتهن ومدينه الراهن على أن يُخصَّص المال المرهون ضمانًا للديون التي قد تستجد في العلاقة بينهما. غير أن هذا التحليل – أو ما أطلق عليه بعضهم "القرينة القانونية" – لا يمكن سحبه على الكفالة العينية؛ ذلك أن الكفيل العيني لم يقصد بنقل ماله إلا ضمان الدين المحدد الذي علم به عند إبرام العقد، ومن غير المتصور افتراض رضائه الضمني بامتداد الضمان إلى ديون لاحقة لم تكن في حسبانه ، وكذلك فإن النص الذي قرر هذا الحكم إنما يمثل استثناءً من الأصل العام، والاستثناء – وفقًا للمبادئ المستقرة – لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه أو نقله من حالة إلى أخرى.[3]

المطلب الثاني: مدى خضوع الكفالة العينية لأحكام الكفالة

---

[1]()انظر الى المادة مدني عراقي ٣٦٣ والمادة ٣٠٥ مدني مصر والمادة ١٦٩٠ مدني فرنسي

[2]() د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص١٥٩.

[3]()د. محمد شكري سرور ، مصدر سابق، ٣٣ وما بعدها

إن الكفيل العيني يتشابه مع الكفيل الشخصي والمدين الراهن، في بعض الحالات، ولخلو التشريع من القواعد المنظمة لالتزام الكفيل العيني، بحث الفقه في إمكانية تطبيق القواعد القانونية الخاصة بهم على الكفيل العيني، حيث ان المشرع العراقي والمصري، يعتبر الكفيل العيني ا رهنا، مما حدى الى ان يعتبر بعض الفقهاء ان الكفالة العينية في حقيقتها انها رهن، والبحث بأحكامها في الرهن، لكن هنالك قواعد في الكفالة الشخصية لا تتعارض مع طبيعة التأمين العيني وحدود مسؤولية الكفيل العيني فيمكن تطبيقها على الكفالة العينية [1]، ويمكن اجمال مجموعة من هذه القواعد القانونية التي يمكن تطبيقها على الكفيل العيني وهي:

١. ان المشرع اعطى الحق للكفيل الشخصي بالرجوع على المدين بما اوفى من الدين، سواء كانت الكفالة بعلم او بدون علم المدين، وهذا الرجوع ينطبق على الكفيل العيني الذي قد أوفى ما على المدين من دين وبذلك يستوي الكفيل الشخصي مع الكفيل العيني الذي قام بهذا الوفاء.[2]

٢. ان الكفيل الشخصي منحه المشرع حقوقا ودفوعا ، منها اصلية والتي تخص علاقته بالدائن، والأخرى تبعية تخص علاقة الدائن بالمدين، والتي تتعلق بصحة الالتزام الأصلي والالتزام التبعي باعتبار أن التزام الكفيل هو التزام تابع لالتزام المدين، وسواء كان الكفيل عينيا أو شخصيا، وحتى تكون الكفالة صحيحة، فيجب ان يكون التزام المدين وهو الالتزام الأصلي والتزام الكفيل وهو التزام تبعي ، التزامين صحيحين ويتحقق ذلك بتوافر شروط وقواعد الاهلية في المدين والكفيل.[3]

٣. للكفيل العيني ان يحتج بكافة الحجج، وان يدفع بكافة الدفوع التي يمنحها القانون للمدين، فله ان يتمسك ويدفع الرجوع عليه من الدائن بكافة الحجج التي منحها القانون للمدين، إلا إذا كان الدفع لصيقا بالمدين او كان هناك منع من القانون بهذا الدفع، فالمشرع نص على ان الكفيل العيني لا يملك الحق في طلب تجريد المدين قبل التنفيذ على أمواله، الا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك استنادا لنص المادة (١٣٠٠) من القانون المدني العراقي، بخلاف الكفيل الشخصي الذي يملك هذا الحق، مالم يكن متضامنا مع المدين أو تنازل عن ذلك الحق.[4]

---

[1]() عبد المنعم البدراوي ، مصدر سابق ،ص١٧.

[2]() د. سليمان مرقس ، مصدر سابق، ص٩٢.

[3]() وليد خالد عطية الجابري، مصدر سابق، ص٧٤.

[4]() د. همام محمد زهارن، مصدر سابق ، ص١١٥.

٤. الكفيل العيني له الحق بالتمسك بأجل الدين، ولا يمكن للمدين او غيره ان يسقط ذلك الاجل، لعدم تأثره بذلك السقوط شأنه شأن الكفيل الشخصي، فلا يتحمل الكفيل العيني فعل غيره الذي يؤدي الى الإساءة لمركزه، فأشخاص العملية المركبة، لا يمكن لاحدهم، أو اثنين منهم أن يسوءا مركز الثالث، وأجل الدين هو أجله الأصلي، الذي اطمئن له الكفيل العيني عند ضمانه، وتعهد بالوفاء به ان لم يف به المدين في اجله، وفي حال كان هناك تمديد لأجل الدين فأن الكفيل العيني يستفاد من هذا الأجل كما يستفاد منه الكفيل الشخصي.[1]

٥. في حال وجود الكفيل العيني مع وجود ضمان أو أكثر من الضمانات الأخرى المقررة للدين، مثل رهن المدين نفسه مالا أو أكثر لصالح الدائن ضمانا للدين ، وقام الدائن بالتفريط بهذا الضمان ، فللكفيل العيني الحق بالمطالبة بهذا الدفع ، وسبب اعطائه هذا الحق، لان إضاعة هذا الضمان الخاص أدى إلى أن يصبح مركز الكفيل اسوء مما كان عليه قبل وجود هذا الضمان ولا تفضيل للكفيل الشخصي عليه في هذا الجانب، والذي أعطاه القانون هذا الحق، حيث أن وجود هذا الضمان قد يكون هو السبب الحقيقي لقبول الكفيل لكفالة الدين. ولا يمكن حرمانه من هذا الحق المقرر للكفيل الشخصي، ولنفس الأسباب. [2]

---

[1]() د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص١٥٩.

[2]()ا.د. غني ريسان جادر و الباحث اياد كاظم عبد الزهره، مصدر سابق ص ٣٤ وما بعدها

الخاتمة

لقد أظهر البحث أن الكفالة العينية تمثل صورة متميزة من صور التأمينات العينية، تقوم على فكرة أن الكفيل يقدم مالًا مملوكًا له – عقارًا أو منقولًا – ضمانًا لوفاء المدين الأصلي بالتزامه. وبذلك فإن مسؤولية الكفيل العيني لا تمتد إلى ذمته المالية بأكملها، وإنما تقتصر على حدود المال المقدَّم تأمينًا. هذا التكييف جعل الكفالة العينية تقترب من نظام الرهن، مع احتفاظها بخصائص خاصة تجعلها جديرة بالمعالجة القانونية المستقلة.

وقد بيّن البحث أن المشرّع العراقي لم يخصّص تنظيماً متكاملاً لأحكام الكفالة العينية، وإنما اقتصر على الإشارة إليها في بعض المواد القليلة من القانون المدني (١٢٨٧ و١٣٠٠)، مما أسفر عن غموض في تحديد طبيعتها القانونية ومداها العملي، في حين أن المشرّعات المقارنة – ولاسيما الفرنسية – قد أولتها قدراً من الاهتمام وأفردت لها بعض الأحكام الخاصة.

أولًا: الاستنتاجات

١. الكفالة العينية تختلف عن الكفالة الشخصية في نطاق المسؤولية، إذ يقتصر التزام الكفيل العيني على المال المرهون، في حين يلتزم الكفيل الشخصي بديونه في عموم ذمته المالية.

٢. تمنح الكفالة العينية الدائن مركزًا قانونيًا متميزًا، فهي توفر له ضمانًا خاصًا عبر حق التقدّم والتتبع على المال المرهون، بما يخفف من مخاطر إعسار المدين أو الكفيل.

٣. يمكن إعمال بعض أحكام الرهن وأحكام الكفالة الشخصية معًا على الكفالة العينية لتغطية النقص التشريعي، ما يبرز طبيعتها المركبة بين النظامين.

٤. يحتفظ الكفيل العيني بسلطات المالك على المال المرهون، غير أن موقعه يختلف عن الحائز، إذ لا يستطيع تحرير العقار عبر المزاد العلني كما يفعل الحائز الأجنبي.

٥. الكفالة العينية التزام تبعي، تنقضي بزوال الالتزام الأصلي وتبقى ببقائه، شأنها شأن بقية التأمينات العينية.

ثانيًا: التوصيات

١. دعوة المشرّع العراقي إلى تنظيم تشريعي متكامل للكفالة العينية، يحدد بدقة طبيعتها، نطاقها، وأحكام انقضائها، أسوة بما فعله المشرّع الفرنسي.

٢. إدراج نصوص خاصة توضح حقوق الكفيل العيني وسلطاته على المال المرهون، بما يوازن بين مركزه القانوني ومصلحة الدائن.

٣. التوسع في الدراسات الفقهية والأكاديمية حول الكفالة العينية، نظرًا لأهميتها في المعاملات الحديثة، ولرفع الغموض الذي يكتنفها في التشريعات العربية.

٤. اعتماد المنهج المقارن عند تطوير النصوص العراقية، والاستفادة من التجارب التشريعية في مصر وفرنسا، بغية الوصول إلى تنظيم متوازن يلائم الواقع العراقي.

٥. التأكيد على أن تنظيم الكفالة العينية بصورة واضحة يسهم في تعزيز استقرار المعاملات المدنية والتجارية، ويحقق حماية أكبر للدائنين دون الإضرار بمصالح الكفلاء العينيين.

قائمة المصادر

١. أحمد سلامة، دروس في التأمينات المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨.

٢. أحمد محمد أحمد، الحقوق العينية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٥.

٣. أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن المعروف بـ(الشيخ الطوسي)، الخلاف، الطبعة الجديدة، ج٣، مؤسسة آل البيت لاحياء التراث، بيروت، ١٤١١هـ.

٤. عبد العزيز أبو غنيمة، الالتزام العيني، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٧٢.

٥. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، ج٢، أحكام الالتزام، القاهرة، ١٩٦٠.

٦. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٨.

٧. عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية، القاهرة، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٧.

٨. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٨، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠.

٩. عبد الرازق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج٢، مطابع دار المعارف، مصر، ١٩٦٧.

١٠. إبراهيم دسوقي الشهاوي، المذاهب الفقهية: كتاب الرهن، القاهرة، العباسية، شركة الطباعة الفنية المتحدة، بدون سنة طبع.

١١. أكفل يكفل، إكفالًا، فهو مكفل، والمفعول مكفل: عقد تضم بمقتضاه ذمة شخص إلى ذمة مدين في تنفيذ التزام عليه، المعاني الجامع.

١٢. المحامية نورا الطائي، مفهوم وشروط وأحكام وآثار الرهن التأميني، نشر على صفحة قانون العرب، ١٢ أبريل ٢٠١٧، الرابط: https://www.law-arab.com/2017/04/alrrahn-alttamini-pdf.html.

١٣. عادل سيد فهيم، نظرية التأمين العيني في التقنين المدني العراقي، ط٢، طبع على نفقة جمعية صندوق المساعدات والتسليف لطلاب جامعة البصرة، ١٩٦٩.

١٤. غني ريسان جادر، اياد كاظم عبد الزهره، الطبيعة القانونية للكفالة العينية: دراسة مقارنة، مجلة جامعة البصرة للدراسات، السنة الرابعة عشر، ملحق العدد ٣٢، ٢٠١٩.

١٥. د. شفيق شحاته، شرح القانون المدني الجديد في الأموال: النظرية العامة للتأمين العيني، القاهرة، المطبعة العالمية، ١٩٥١.

١٦. د. سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، بدون سنة طبع.

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

١٨. د. شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، ط٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٥٩.

١٩. د. هدى عبد الله، التأمين العقاري مقارنة مع حقوق الرهن والامتياز، ط١، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، ٢٠١١.

٢٠. د. محمد كامل مرسي، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

٢١. د. محمد شكري سرور، محاولة لتأصيل أحكام الكفالة العينية: دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي، مطبعة دار الفكر العربي، ١٩٨٦.

٢٢. د. محمد طه الشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية التبعية، الجزء الثاني، الباب الثالث.

٢٣. د. مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزام، القاهرة، المكتبة القانونية، ١٩٨٧.

٢٤. أ.د. وليد خالد عطية الجابري، فكرة الالتزام العيني وتطبيقاتها في القانون المدني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ١٩٩٧.

٢٥. أ. منصور حاتم محسن أبو خبط، ركن الشكلية في عقد الرهن التأميني، شبكة جامعة بابل، الرابط

٢٦. https://law.uobabylon.edu.iq/lecture.aspx?d=7&cid=10314. :

٢٧. حكيمة مؤذن، الكفالة العينية بالتشريع المغربي، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد ٣٨، ٢٠٢٢.

٢٨. عبد المنعم البداروي، أثر مضي المدة في الالتزام، أطروحة دكتوراه، القاهرة، ١٩٥٠.

٢٩. شمس الدين محمد بن أبي العباس بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (منهاج النووي)، ج٤، القاهرة، منشورات المكتبة الإسلامية، بدون سنة طبع.

٣٠. محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار: شرح تنوير الأبصار، المطبعة الكبرى، بولاق، القاهرة، ج٥، بدون سنة طبع.

٣١. محمد بن أحمد بن محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٣٩٤هـ.

٣٢. د. عبد العزيز أبو غنيمة، الالتزام العيني، دار النهضة العربية، ١٩٧٢.

٣٣. المحقق الحلي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، شريعة الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ط١١، ج٢، دار القارئ، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤.