

**Real Estate Bail in the Iraqi Civil Law****A Comparative Study****Dr. Hassan Khamis Jurid Al-Obaidi****Lecturer**

General Directorate of Education in Kirkuk- Investigations Division Specialized Supervision Departmen- Kirkuk- Iraq

ARTICLE INFORMATION

Received: 18 Aug., 2023

Accepted: 16 Oct., 2023

Available online: 31 Dec., 2023

PP. 259-278© THIS IS AN OPEN ACCESS ARTICLE
UNDER THE CC BY LICENSE<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>***Corresponding author:*****Dr. Hassan Khamis Jurid Al-Obaidi**General Directorate of Kirkuk -
Education Investigations Division -
Specialized Supervision

Department – Kirkuk- Iraq

Email: Hasan07261@gmail.com**Abstract**

The real estate bail is one of the modern in-kind insurances that began to take a wide space in legal interactions recently. However, due to its exciting rapid spread, it has drawn the attention of research in legal jurisprudence. It has been studied by explaining its concept and characteristics. Despite the great benefit provided by the legal jurisprudence study, some aspects remained in need for further research, especially with regard to its legal characteristics and legal nature, as it is one of the complex legal cases due to its similarity with some other real insurances and with the legal rules governing mortgage.

Keywords: bail, real estate, mortgage.



الكفالة العقارية في القانون المدني العراقي



دراسة مقارنة

الدكتور حسن خميس جوريد

مدرس

مديرية العامة لتربية كركوك شعبة التحقيقات - قسم الاشراف الاختصاصي - كركوك - العراق

المستخلص

تعد الكفالة العقارية من التأمينات العينية التي بدأت تأخذ مجالا واسعا في التعامل القانوني في الآونة الأخيرة، ولسرعة انتشارها، فإنها أصبحت من الأمور المثيرة للاهتمام والبحث لدى الفقه القانوني، والذي بدأ بدراستها وذلك من خلال بيان مفهومها وخصائصها، ورغم الاستفادة الكبيرة التي قدمها الفقه القانوني في معالجته لهذه المسألة، إلا أن بعض جوانبها بقيت محتاجة إلى مزيد من البحث، ولا سيما خصائصها القانونية، وطبيعتها القانونية، فهي تعد من الحالات القانونية المتشعبة ويعود ذلك إلى تشابهها مع بعض الكفالات الأخرى؛ فضلا عن تشابهها الكبير مع القواعد القانونية التي تحكم الرهن.

الكلمات المفتاحية: كفالة، عقار، رهن.

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

KJHS

مجلة علمية، نصف سنوية
مفتوحة الوصول، محكمة

تاريخ تسلم البحث: ٢٠٢٣/٨/١٩

تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٣/١٠/١٦

تاريخ النشر: ٢٠٢٣/١٢/٣١

المجلد: (٦)

العدد: (١٠) لسنة ٢٠٢٣م

جامعة الكتاب - كركوك - العراق



تحتفظ (TANRA) بحقوق الطبع والنشر للمقالات المنشورة، والتي يتم إصدارها بموجب ترخيص

(Creative Commons Attribution) ل (CC-BY-4.0) الذي يتيح الاستخدام، والتوزيع والاستنساخ غير المقيد وتوزيع للمقالة في أي وسيط نقل، بشرط اقتباس العمل الأصلي بشكل صحيح

الاقتباس: الدكتور حسن خميس جوريد

(٢٠٢٣)

الكفالة العقارية في القانون المدني العراقي

"دراسة مقارنة"

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

<https://doi.org/>

P-ISSN:1609-591X

E-ISSN: -X

المقدمة

أولاً: مدخل تعريفي بموضوع البحث

الكفالة العقارية هي إحدى الكفالات القانونية التي انتشر استعمالها في الوقت الحالي باعتبارها إحدى التأمينات العينية، ويعد السبب الرئيسي الذي أدى إلى تأخر بروزها وخاصة العقارية منها إلى ما بعد ظهور الكفالة الشخصية، هو إن التأمين العقاري يفترض تنظيمًا شاملاً للثروة العقارية لجهة اكتساب وانتقال العقارات، ووسائل الاعلان عن هذا الانتقال، ونتيجة لتطور سبل تنظيم الثروة العقارية في الوقت الحاضر ولحاجة المجتمع الملحة إلى مثل هذه التأمينات العقارية، فقد أصبحت الكفالة العقارية في أول التأمينات الأخرى، إذا لم نقل في صدارتها، لذلك رأينا اختيار هذا النوع الخاص من الكفالات ليكون موضوعاً لبحثنا.

ثانياً: أهمية البحث

تتجلى أهمية الكفالة العقارية من الناحيتين القانونية والعملية، كونها تحقق مصلحة كل طرف من أطراف الكفالة؛ فهي تحقق مصلحة المدين في حصوله على ما يحتاجه من الدائن، وتحقق الطمأنينة للدائن من جهة أخرى من خلال وجود شخص ضامن يمكن أن يطالبه بالوفاء، وتكمن أهمية الكفالة العقارية كذلك بسعة انتشارها في الوقت الحالي، الأمر الذي تطلب البحث فيها من عدة جوانب ولعل أهمها وهي التي تهتمنا هنا هو معرفة خصائصها القانونية، والطبيعة القانونية لهذه العلاقة.

ثالثاً: مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في تحديد الطبيعة القانونية للكفالة العقارية فلم يحدد المشرع طبيعتها القانونية، وكذلك اختلف الفقه القانوني فيها، فهل هي لا تعد من الالتزامات الشخصية وبالتالي لا تخضع لأحكام الكفالة؟ أم هي كفالة ومن ثم تنطبق عليها القواعد القانونية التي تحكم الكفالة؟، أم هي نوع خاص من أنواع الرهن؟ أم هي صورة مختلطة تنطبق عليها أحكام الكفالة والرهن؟.

رابعاً: منهجية البحث

اعتمدنا في بحثنا هذا على المنهج التحليلي الذي يقوم على تحليل آراء الفقهاء القانونيين حيال خصائص الكفالة العقارية ومسألة طبيعتها القانونية، فضلاً عن تحليل النصوص القانونية الواردة في التشريعات المدنية المقارنة التي عالجت هذه المسألة ومنها القانون المدني المصري والأردني.

خامساً: هيكلية البحث

للإحاطة بموضوع البحث فقد ارتأينا تقسيمه على ثلاثة مباحث وحسب التفصيل التالي:

المبحث الأول: خصائص عقد الكفالة العقارية

المطلب الأول: الكفالة العقارية حق عيني عقاري لا يتجزأ

المطلب الثاني: الكفالة العقارية حق تباعي معلق على شرط

المطلب الثالث: الكفالة العقارية عقد من عقود التبرع وملزمة لجانب واحد

المطلب الرابع: الكفالة العقارية عقد شكلي

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للكفالة العقارية

المطلب الاول: الكفالة العقارية ليست كفالة أو التزام شخصي

المطلب الثاني: الكفالة العقارية صورة مختلطة من الكفالة والرهن

المبحث الثالث: تمييز الكفالة العقارية عما يشته به

المطلب الاول: الكفالة العقارية والتضامن بين المدينين والتضام

المطلب الثاني: الكفالة العقارية والكفالة الشخصية

المطلب الثالث: الكفالة العقارية والتأمينات العينية

المبحث الأول

خصائص عقد الكفالة العقارية^(١)

يتميز عقد الكفالة العقارية بعدة خصائص، منها مرتبط بالأحكام العامة للعقود ومنها ما هو ناتج عن طبيعتها القانونية، فضلاً عن كونها عقد ضمان عيني لا يتجزأ وتُعد التزاماً تبعياً وهذا أهم ما يميزها عن العقود الأخرى، وهذا الالتزام معلق على شرط. وكذلك تُعد عقداً من عقود التبرع وملزماً لجانب واحد، ولا يتم هذا العقد إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري، لذلك هو من العقود الشكلية التي تتطلب استيفاء شكل معين لانعقادها. لذلك يمكن أن نجل أهم خصائصها في المطالب التالية:-

المطلب الأول

الكفالة العقارية حق عيني عقاري لا يتجزأ

إن هذا العقد يترتب عليه نشوء تأمين عيني للدائن على عين معينة بالذات وهي العقار المملوك للكفيل فنكون هنا أمام رهن، ولكن الراهن هو شخص آخر غير المدين قبل ترتيب الحق العيني على ما يملك

(١) لم يتعرض القانون المدني العراقي ولا القوانين المقارنة محل الدراسة لتعريف عقد الكفالة العقارية وإنما اكتفت تلك القوانين ومنها القانون المدني العراقي بتعريف الكفالة وتعريف العقار، فقد عرفت المادة (١٠٠٨) من القانون المدني العراقي الكفالة بانها "ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام"، وعرفت المادة (١/٦٢) من القانون المدني العراقي العقار بأنه "كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله او تحويله دون تلف فيشمل الارض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الاشياء العقارية"، ومن خلال التعريفين السابقين للكفالة والعقار في القانون المدني العراقي نستطيع تعريف الكفالة العقارية بانها "عقد بمقتضاه يلتزم الكفيل لمصلحة الدائن بضمان الوفاء بالتزام له على شخص ثالث" كما نستطيع ان نستخلص خصائص هكذا نوع من الكفالات القانونية.

ضماناً لحق الدائن قبل المدين، وهو عندئذ يقوم بكفالة حق الدائن بهذا التامين العيني، وتتحصر مسؤولية الكفيل العيني (العقاري) في قيمة العين (العقار) التي قدمها تاميناً لحق الدائن ولذا يقال إن مسؤوليته مسؤولية عينية كما يوصف التزامه بالكفالة بأنه التزام عيني محله العين موضوع الكفالة^(٢). وإن عقد الكفالة العقارية يشكل ضماناً عينياً للدائن تمكنه من استيفاء حقه عند امتناع المدين عن الدفع عن طريق بيع العقار موضوع الحق العيني التبعية بالمزاد العلني بيد أي شخص انتقلت إليه عن طريق ممارسته لحقه بالتبعية، وقبل أي دائن يليه في المرتبة عبر ممارسته لحق الأفضلية^(٣).

أما بخصوص كونه عقداً لا يتجزأ، فذلك لأن العين محل الكفالة، عقارٌ يرهنه الكفيل ضماناً لدين في ذمة المدين وإن كان الدين المضمون منقولاً، ويترتب على ذلك عدم قابلية الكفالة العقارية للتجزئة، على اعتبار إنها صورة من صور التأمينات العينية وقاعدة عدم التجزئة من القواعد الرئيسية في التأمينات العينية كافة سواء في الفقه الاسلامي، أم في القوانين المدنية وقد نصت عليها المادة (١٢٩٤) من القانون المدني العراقي بقولها: (كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين . وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها). وجاءت المادة (١٠٤١) من القانون المدني المصري بالنص نفسه، إلا أنها زادت عليه عبارة: (مالم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك)^(٤). وعلى ذلك فقد أكدت هذه المادة أن كل جزء من العقار المرهون يضمن الدين كله، فإذا كانت هناك عدة عقارات ضامنة للوفاء بالدين للدائن، فإن لهذا الأخير الحق في أن ينفذ بحقه كاملاً على أي منها^(٥). وإن كل جزء من الدين المضمون يعد مضموناً بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، فإذا أوفى المدين بجزء من الدين، فإن هذا العقار أو هذه العقارات المرهونة لا تتحرر بنسبة ما أوفى، بل تظل جميعها ضامنة لما بقي من الدين المضمون دون وفاء، ومع ذلك فإن مبدأ عدم التجزئة لا يتعلق بالنظام العام ولذلك يجوز الاتفاق على خلافه، كما يجوز للمشرع أن يخرج عليه بنص خاص في القانون وهذا ما أكدته المادة (١٠٤١) من القانون المدني المصري. أما القانون المدني العراقي فلم تنص المادة (١٢٩٤) منه على ذلك، ومع ذلك فإن عدم التجزئة هو من طبيعة العقد وليس من مستلزماته وجوهره، ولذا جاز الاتفاق بين الطرفين على خلاف القاعدة^(٦).

المطلب الثاني

الكفالة العقارية حق تبعية معلق على شرط

من خلال ما مر بنا سابقاً تبين لنا أن الكفالة العقارية عقد بمقتضاه يلتزم الكفيل لمصلحة الدائن بضمان الوفاء بالتزام له على شخص ثالث، فلا بد إذاً لقيام الكفالة في حال وجود التزام أصلي الى جانبها هو الالتزام بين الدائن والمدين لكي تركز عليه وتقوم لضمان الوفاء به، فإن لم يوجد هذا الالتزام الاصلي ما أمكن للكفالة أن تقوم، وإذا أبطل الالتزام الاصلي وهو الأساس، أو إذا انقضى لأي سبب من أسباب الانقضاء، انقضى التزام الكفيل وهو الالتزام التابع تطبيقاً للقاعدة الشهيرة وهي إن التابع يتبع المتبوع والتابع لا ينفرد

(٢) جميل الشراوي، دروس في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦م، ص ١٩.

(٣) جورج شراوي، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٦م، ص ١٤.

(٤) يقابل هذا النص المادة (٨٩٢) من القانون المدني الجزائري.

(٥) د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية - الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز - الكفالة، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون سنة طبع، ص ٣٦.

(٦) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، ج ١، مطبعة دار المعرفة، بغداد، ١٩٥٣م، ص ١٦.

بالحكم^(٧). وقد نصت المادة (١٠١٢) من القانون المدني العراقي على ذلك بقولها: (يشترط في الكفالة بالمال أن يكون المكفول به مضموناً بنفسه على الأصيل)^(٨). وكذلك نصت المادة (٧٧٦) من القانون المدني المصري على وجوب صحة الالتزام المكفول لكي تكون الكفالة صحيحة حيث جاء فيها: (لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً). وقد نصت المادة (٢/٢٠١٢) من القانون المدني الفرنسي على هذا الحكم بقولها: (الكفالة لا توجد إلا إذا ارتكزت على التزام صحيح) . ويترتب على اعتبار التزام الكفيل التزاماً تابعاً لالتزام المدين الأصلي أن الالتزام الأول لا يجوز أن يزيد على الالتزام الأخير أو أن يكون اشد عبئاً^(٩). وأن يبقى قائماً بعده، كذلك لا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزاً إذا كان التزام المدين الأصلي معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل^(١٠). ولا منتجاً لفوائد إذا كان التزام المدين الأصلي لا ينتج فوائد، ومعنى ذلك أنه إذا كان الالتزام الأصلي غير منتج لفوائد فلا يجوز مطالبة الكفيل بالفوائد. ويتبع التزام الكفيل التزام المدين الأصلي في صحته وفي بطلانه وفي قابليته للفسخ ومن حيث توافر الرضا والمحل والسبب المشروع، وفي الدفع التي يدفع بها. ولكن يجوز للكفيل أن يلتزم التزاماً أخف عبئاً من التزام المدين الأصلي فيكلف مثلاً مبلغاً أقل من الدين الأصلي وبشروط أهون. وكذلك لا يكفل الكفيل ما زاد في عبء الدين الأصلي بعد الكفالة بإرادة المدين الأصلي أو بسبب خطئه^(١١). أي أن الكفيل يلتزم في حدود الكفالة المتفق عليها وقت العقد، أما ما يترتب بعد ذلك في ذمة المدين بإرادته أو بسبب خطئه، فالكفيل لا يضمن ذلك .

والكفالة في القانون المدني العراقي عقد معلق على شرط عدم وفاء المدين بالدين، وقد نصت على ذلك المادة (١٠٢١) منه بقولها: (يفرض في الكفالة أنها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين بالدين). فهنا الكفالة تشمل الكفالة الشخصية والكفالة العقارية لأن لفظ الكفالة جاء عاماً. والمراد بعدم الوفاء هنا، عدم الوفاء المترتب على إعسار المدين، أو إفلاسه اما مجرد مطل المدين الموسر فلا يتحقق به الشرط إذ يلزم جبره على الاداء^(١٢). أما في القانون المدني المصري فتعد الكفالة عقداً منجزاً وذلك بالرغم مما جاء في تعريفها في هذا القانون من التزام الكفيل بالأداء اذا لم يف به المدين نفسه (م/٧٧٢) منه، فقد ذهب الفقه المصري إلى القول بأنه على الرغم من هذه العبارة، فالكفالة غير معلقة على شرط عدم وفاء المدين الأصلي، فالتزام الكفيل يقوم بمجرد انعقاد الكفالة، وإن الكفيل لا يلتزم بالدين الأصلي على قدم المساواة مع

(٧) د. عبد الفتاح عبد الباقي، احكام القانون المدني المصري - التأمينات الشخصية والعينية، المصدر السابق، ص ٤٠
(٨) وهذا الحكم يتفق مع احكام الشريعة الاسلامية فقد جاء في المادة (٦٣١) من مجلة الاحكام العدلية انه: (يشترط في الكفالة بالمال ان يكون المكفول به مضموناً على الاصيل، يعني ان ايفاءه يلزم الاصيل).

(٩) نصت المادة (٧٨٠) من القانون المدني المصري على: (١- لا تجوز الكفالة في مبلغ اكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط اشد من شروط الدين المكفول ٢- ولكن تجوز الكفالة في مبلغ اقل وشروط اهون).

(١٠) ينظر المادة (١٠١٣)، والمادة (١٠١٤) من القانون المدني العراقي .

(١١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني في التأمينات الشخصية والعينية، ج ١٠، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠م، ص ٢٧ .

(١٢) د. صلاح الدين الناهي مصدر سابق، ص ٢٦١ .

المدين به، بل يلتزم التزاماً تبعياً للالتزام المدين وهذه التبعية تعني ارتباط التزام الكفيل بالتزام المدين في وجوده وفي مصيره^(١٣).

المطلب الثالث

الكفالة العقارية عقد من عقود التبرع وملزمة لجانب واحد

إن الكفيل يقدم خدمة مجانية للمدين في غالب الأحوال ، فتخضع الكفالة للقواعد الخاصة بعقود التبرع، ولكن عدم تقديم المدين أو الدائن مقابلاً للكفيل هو من طبيعة العقد وليس من مستلزماته، فيجوز أن يتفق على أن يدفع المدين مقابلاً للكفيل نظير كفالته، ففي هذه الحالة ينقلب العقد من عقد تبرع إلى عقد معاوضة، وهذا يعني أن الدائن حصل على كفالة ضد إفسار المدين نظير مقابل ويصبح العقد من عقود المبادلة. ويلاحظ أيضاً إن الكفالة وإن كانت من عقود التبرع، فإنها لا تعد هبة لأنه لا يوجد فيها ضم مال من ذمة إلى ذمة أخرى إلا إذا نزل الكفيل عن حقه في الرجوع على المدين الأصلي بما يؤدي إلى الدائن^(١٤). فضلاً عن أن الهبة قد تكون في منقول ولا تتعقد إلا بالقبض. ومادامت الكفالة عقداً من عقود التبرع، لذلك يشترط في الكفيل أن يكون اهلاً للتبرع^(١٥). وقد نصت المادة (٩٥٢) من القانون المدني الأردني على ذلك بقولها: (يشترط في انعقاد الكفالة أن يكون الكفيل أهلاً للتبرع). وبالرغم من عدم وجود نص خاص بالأهلية اللازمة للكفيل في القانون المدني العراقي، إلا أنه بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أنه ينبغي أن تتوافر في الكفيل الأهلية اللازمة لمباشرة التبرعات .

ويعد عقد الكفالة العقارية عقداً ملزماً لجانب واحد، لأن العقد لا ينشئ التزامات إلا في ذمة الكفيل الذي يلتزم بالوفاء بالدين عند المطالبة، أما الدائن المكفول له فلا يلتزم بشيء بموجب عقد الكفالة، هذا هو الأصل ولكن ليس هناك ما يمنع من التزام الدائن بعوض يستحقه الكفيل مقابل كفالته فيصبح العقد عقداً ملزماً لجانبين. وإذا كان القانون يفرض على الدائن بعض الالتزامات كالتزامه بتسليم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع، وأن ينقل له التامين العيني، فهذه الالتزامات مصدرها القانون وتنشأ بمناسبة وفاء الكفيل بالدين وليس بمقتضى عقد الكفالة ذاته^(١٦).

(١٣) جميل الشراوي ، مصدر سابق ، ص ١٦ .

(١٤) محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد - الموجز في التأمينات الشخصية والعينية، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٤٩م، ص ٢٣-٢٤ .

(١٥) علي قراءة، احكام العقود في الشريعة الاسلامية، دار مصير للطباعة، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ١١ .
(١٦) د. عدنان ابراهيم السرحان، شرح القانون المدني العقود المسماة في المقاوله _ الوكالة _ الكفالة، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦م ، ص ١٨٢ .

المطلب الرابع

الكفالة العقارية عقد شكلي

يقصد بالعقد الشكلي هو ذلك العقد الذي لا يكفي لانعقاده تراضي الطرفين، وإنما يلزم لذلك أن يفرغ اتفاقهما في شكل معين^(١٧). وبما إن الكفالة العقارية تتضمن رهن عقار مملوك للكفيل، فإن هذا الرهن يجب أن يسجل في دائرة التسجيل العقاري، وقد نصت على ذلك المادة (١٢٨٦) من القانون المدني العراقي بقولها: (لا ينعقد الرهن التاميني إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري وعلى كل من المتعاقدين أن يعين محل إقامة مختار في البلد الذي تم فيه التسجيل، ويعطى لكل منهما نسخة من سند عقد الرهن موقع عليها منهما بعد أخذ تقريرهما في مواجهة الشهود). وكذلك المادة (٢/٣٠٥) من قانون التسجيل العقاري العراقي التي نصت على: (لا ينعقد الرهن الا بالتسجيل في السجل العقاري). وقد نصت المادة (١٠٣١) من القانون المدني المصري على: (١- لا ينعقد الرهن الا اذا كان بورقة رسمية)^(١٨). وهذا هو حكم القانون المدني الفرنسي نفسه في المادة (٢١٢٧). وبالرغم من أن هذه النصوص تتكلم عن تسجيل الرهن، إلا أنها تنطبق على الكفالة العقارية لكونها ترد على عقار، ولعل المشرع العراقي مازال ينظر إلى الثروة العقارية نظرة خاصة، فقد جعل العقود التي تنصب على العقار لتنتقل ملكيته أو لترتب عليه أي حق عيني، عقوداً شكلية لا تنعقد إلا باتباع الإجراءات المقررة في القانون. وقد نص المشرع العراقي على هذا القيد بموجب نص المادة (٩٠) من القانون المدني التي نصت على الآتي: (١- إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل مالم يوجد نص بخلاف ذلك ٢- ويجب استيفاء هذا الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد من تعديل). فالقاعدة العامة إن التصرفات رضائية بمعنى أن توافر الرضاء بها يكفي لقيامها، أي ما كانت طريقة التعبير عن الإرادة، واستثناءً من قاعدة رضائية التصرفات توجد تصرفات تتميز بأن مجرد الرضاء لا يكفي لقيامها، وإنما يلزم لذلك أن يكون هذا الرضاء في شكل محدد يرسمه القانون. وإن الشكل هنا ركن لازم للانعقاد وليس للإثبات، فيكون هذا العقد باطلاً وما نتج عنه أي أثر إذا لم يستوف الشكل المطلوب وهو التسجيل. لذلك تسمى هذه التصرفات بالتصرفات الشكلية تمييزاً لها عن التصرفات الرضائية^(١٩)، وتعد

(١٧) د. مصطفى محمد الجمال و د. عبد الحميد محمد الجمال، القانون والمعاملات، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٩٨٧م، ص ٢٠٥.

(١٨) تقابل هذه المادة في القانون المدني المصري المواد (٨٨٣ مدني جزائري) و(١٠٩١ مدني سوري).

(١٩) د. محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية (دراسة تحليلية مقارنة)، أطروحة دكتوراه تقدم بها إلى مجلس كلية الحقوق في جامعة الموصل، ٢٠١٠م، ص ٢٧٩-٢٨٠.

الكفالة العقارية واحدة من هذه التصرفات الشكلية. وبهذا نلاحظ أن خصائص الكفالة العقارية تجمع بين خصائص الكفالة الشخصية وخصائص الرهن التأميني .

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للكفالة العقارية

إن الغاية من تحديد الأساس القانوني لأي مركز قانوني هو الوقوف عند الوصف الحقيقي الذي يندرج به تحت نظام قانوني معين بحيث يخضع هذا المركز القانوني إلى ما يحكم هذا النظام من قواعد، ولهذا يجب إيجاد الطبيعة القانونية للكفالة العقارية لمعرفة القواعد القانونية التي تطبق عليها، ومن الأمور المهمة التي يجب معرفتها عند البحث في موضوع الكفالة العقارية هي مسألة الطبيعة القانونية، فهل هي مجرد كفالة وتطبق عليها أحكام الكفالة على اعتبار أن لفظ الكفالة جاء في القانون المدني العراقي والقوانين المدنية العربية الأخرى عاماً بحيث يشمل الكفالة الشخصية والكفالة العقارية؟ أم أن الكفالة العقارية تعد رهنًا لأنها تشبه الرهن في أنها تنصب على عقار معين يخصصه مالكة ضماناً للوفاء بدين معين، خصوصاً إذا ما علمنا بأن القانون المدني العراقي قد أجاز في المادة (١٢٨٧) منه بأن يكون الراهن غير المدين أي كفيلاً عينياً. وبالتالي تسري عليها أحكام الرهن التأميني أو الرهن الحيازي إذا انصب على عقار معين؟ أم أن الكفالة العقارية هي نظام مختلط بين الكفالة والرهن ويطبق عليها أحكام كل منهما بالقدر الذي يتلاءم مع طبيعتها؟ هذا ما سنحاول الوصول إليه من خلال معرفة آراء فقهاء القانون المدني في هذا المجال. ونظراً لسكوت التشريعات عن تحديد طبيعة الكفالة العقارية، فقد اختلف الفقه فيها، فعند استقراء هذه الآراء نجد أن هناك اتجاهين الأمر الذي تطلب منا تقسيم هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الاول

الكفالة العقارية ليست كفالة او التزاما شخصي

هناك^(٢٠) من يرى أن الكفالة العينية ليست كفالة او التزاماً شخصياً، و يجب ان تستبعد من نطاق الكفالة وهي تأمين شخصي الكفالة العينية، فالكفيل العيني يقدم شيئاً مملوكاً له عقاراً كان أو منقولاً رهنًا لوفاء دين الغير، و الكفيل العيني لا يكون ملتزماً التزاماً شخصياً بضمان الدين، بل الذي يضمن الدين هو الرهن الذي قدمه، أي التأمين هنا تأمين عيني لا تأمين شخصي، ومن اجل هذا لا تعتبر الكفالة العينية كفالة شخصية. ولا يكون الكفيل العيني مسؤولاً شخصياً عن الدين المضمون بل الذي يضمن الدين هو العين التي قدمها رهنًا سواء كان الرهن رسمياً او رهنًا حيازياً، فاذا انتقلت ملكية العين المرهونة الى غير الكفيل العيني انتقلت إلى هذا الغير وهي مثقلة في الدين، بخلاف الكفيل الشخصي فانه يكون ملتزماً شخصياً بوفاء الدين إذا لم يوفه المدين الأصلي ولا يكون للدائن إلا الضمان العام لكل دائن في أموال مدينه ويزاحمه سائر دائني الكفيل ولا يتركز الدين في عين معينة بذاتها كما تتركز الكفالة العينية .

(²⁰) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق، ص ٢٠.

ويرى مؤيدو هذا الاتجاه^(٢١) وجوب عدم الخلط بين الكفيل الشخصي أي الذي يلتزم شخصياً بالوفاء بالالتزام إذا كان المدين لا يفي به، وبين من يقرر على مال من أمواله حقاً عينياً تبعياً كالرهن الحيازي أو الرهن الرسمي تأميناً للوفاء بالتزام على غيره ذكراً وجه الشبه بينهما بأنه راجع الى أن كلاً منهما هو عقد من عقود الضمان بمقتضاه يضمن الكفيل والراهن الوفاء بدين ليس عليه بل على غيره، وقوة الشبه هذه جعلت العرف يجري على تسمية الراهن بالكفيل العيني لأنه يقدم عيناً ضماناً للوفاء بالتزام الغير وذلك تمييزاً له عن الكفيل الشخصي. لكننا نجد ان اصحاب هذا الاتجاه عند كلامهم عن الدفع التي يجوز للكفيل العيني التمسك بها يساوون بين مركز الكفيل العيني والشخصي. حيث يرون انه مادام الكفيل العيني يضمن ديناً في ذمة المدين فيكون له اذن أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة بالدين نفسه – لأنه يكفله – من بطلان او انقضاء حتى لو تنازل عنها المدين، وله ايضاً أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة به فهو بهذا يشبه الكفيل الشخصي فيجوز له التمسك بالدفع التي يستطيع الكفيل الشخصي التمسك بها، فهو لم يخرج عن كونه كفياً يضمن دين الغير^(٢٢). كذلك ما يقوله اصحاب هذا الرأي بصدد كلامهم عن تمسك الكفيل ببراءة ذمته بقدر ما اضاعه الدائن من تأمينات، في أنهم لا يفرقون بين الكفيل الشخصي والكفيل العيني حيث يقولون : ونحن لانفهم سبباً لحرمان الكفيل العيني من التمسك بإضاعة التأمينات، فهو كالكفيل الشخصي تماماً مسؤول عن الوفاء بدين ليس عليه وله ان يرجع على المدين اذا ما قام بالوفاء، وله كذلك ان يحل محل الدائن في حقوقه . ثم ان المادة (٧٨٤) من القانون المدني المصري تقتصر على ذكر الكفيل، والكفيل هو كل من يلتزم بالوفاء بالتزام على آخر اذا كان هذا الاخر لا يؤديه سواء كانت الذمة بأجمعها هي التي تتحمل بهذا الالتزام وهذا هو حال الكفيل الشخصي، ام يتحمل به عنصراً فقط من عناصرها وهذا هو حال الكفيل العيني^(٢٣). وبهذا نلاحظ انه يساوي بين مركز الكفيل الشخصي ومركز الكفيل العيني . والذي نلاحظه على هذا الاتجاه أنه يغلب عليه ترجيح سريان أحكام الرهن على الكفالة العقارية ويستبعداها من نطاق الكفالة الشخصية .

المطلب الثاني

الكفالة العقارية صورة مختلطة من الكفالة والرهن

بينما هناك^(٢٤) من يرى انه إذا قصر الكفيل التزامه في مال معين من أمواله حيث ينصب لمصلحة الدائن حقاً عينياً تبعياً على هذا المال تأميناً للوفاء بدين المدين، فان الكفالة في هذه الحالة تكون كفالة عينية، وتنشأ الكفالة العينية بتقديم رهن رسمي اورهن حيازي، فهي تتصل من هذه الناحية بالتأمينات العينية غير ان الراهن فيها لا يكون هو المدين، بل يكون التزامه التزاماً تابعاً لالتزام المدين، فتجري في شأنه أحكام الكفالة وهكذا يمكن القول إن الصورة البسيطة من الكفالة هي الكفالة الشخصية، وإن الكفالة العينية صورة مختلطة من الكفالة ومن الرهن .

(٢١) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٤٣.

(٢٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٣٨٠.

(٢٣) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٢٣٤.

(٢٤) د. قدرى عبدالفتاح الشهاوي، احكام عقد الكفالة –التضامن –التضامن، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢م، ص ١٤.

ويضيف أصار هذا الاتجاه^(٢٥) إنه إذا أطلق لفظ الكفيل أو الكفالة دون تحديد، فيكون المقصود هو الكفيل الشخصي باعتبار ذلك الاصل في الكفالة . أما الكفيل العيني فهو ليس كفيلاً فحسب ولكنه راهن أيضاً وهو ليس مديناً رهنياً لأنه لا يرهن ماله ضماناً للوفاء بدين في ذمته، وإنما يرهن ماله للوفاء بدين في ذمة غيره . وتسري على الكفيل العيني أحكام الرهن والكفالة في الوقت نفسه، ولكن لا تسري عليه بعض أحكام الكفالة التي لا تتفق مع طبيعة مركزه وبصفة خاصة فان حق الدائن لا يرد على ضمانه العام، بل يرد على المال الخاص الذي خصصه لضمان الوفاء بالدين، فإذا لم يكف هذا المال للوفاء بالدين كله، فلا يرجع الدائن على مال آخر مملوك للكفيل العيني.

ويستطرد أصحاب هذا الاتجاه^(٢٦) بالقول إنه إذا رتب الكفيل العيني رهنًا رسمياً على عقار، فإنه يعد العقد الصادر عنه عقد رهن وان جرى الاصطلاح على تسمية الراهن بالكفيل العيني، على ان الشخص الذي يعقد الرهن دون ان يكون مديناً يعد في علاقته بالمدين كفيلاً لا رهنياً، وتطبق على هذه العلاقة في الاصل قواعد الكفالة، وينطبق على الدين المكفول القواعد الخاصة بدين المدين، فالرهن الصادر من الكفيل العيني يلحق دين ذلك المدين باعتباره وصفاً من اوصافه. أي أن الكفالة العقارية تجمع بين الكفالة الشخصية والرهن.

ونحن بدورنا نرجح الاتجاه الثاني في اعتبار الكفالة العقارية - وهي صورة من صور الكفالة العينية - صورة مختلطة من الكفالة ومن الرهن وتسري عليها احكام الكفالة والرهن في الوقت نفسه، مع عدم سريان بعض احكام الكفالة التي لا تتفق مع طبيعتها . وقد رجحنا هذا الاتجاه لعدة اسباب يمكن أن نلخصها بما يلي :-

عند ملاحظتنا لخصائص عقد الكفالة العقارية نجد أنها تجمع بين خصائص الكفالة بشكل عام وخصائص الرهن.

يشبه الكفيل العقاري الكفيل الشخصي في ان كلاً منهما يضمن دين في ذمة شخص آخر، وكذلك يكون التزام كل منهما التزاماً تابعاً للالتزام الاصيلي المضمون، ويحق لكل منهما التمسك بالدفع التي يتمسك بها المدين الاصيلي ماعدا بعض الدفع التي لا تتلاءم مع طبيعة الكفالة العقارية. وكذلك لكل منهما الرجوع على المدين الاصيلي في حالة وفاء الدين للدائن. ويشتهبه عقد الكفالة العقارية بعقد الكفالة الشخصية في ان كلاً منهما عقد ملزم لجانب واحد في الاصل، وإن كلاً منهما عقد من عقود التبرع .

تشبه الكفالة العقارية الرهن التأميني والرهن الحيازي الذي يرد على عقار في أن كلاً منهما التزام تابع للالتزام الاصيلي، وأن كلاً منهما هو تأمين عيني يرد على عقار، وان كلاً منهما عقد شكلي يجب ان يتم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري، وأن للدائن في كل من الرهن والكفالة العقارية حق التتبع وحق التقدم .

(٢٥) د . سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية - الكفالة - الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٦م ، ص ٢٠ .

(٢٦) د. شفيق شحاتة، النظرية العامة للتأمين العيني، ط٢، المطبعة العالمية، مصر، ١٩٥٣م ، ص ٦٧ .

أجاز القانون المدني العراقي في المادة (١٢٨٧) منه بان يكون الراهن غير المدين، أي كفيلاً عينياً حيث نصت على ذلك بقولها: (يجوز ان يكون الراهن هو نفس المدين ويجوز ان يكون كفيلاً عينياً، يقدم رهنأً تامينياً لمصلحة المدين وفي كلتا الحالتين يجب ان يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون أو متصرفاً فيه)^(٢٧).

لم يجز القانون المدني العراقي التنفيذ على مال الكفيل العيني إلا ما رهن من هذا المال، وقد نصت على ذلك المادة (١٣٠٠) منه بقولها: (إذا كان الراهن في الرهن التاميني 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 ان يطلب من المرتهن أن يجرد المدين قبل التنفيذ على العقار المرهون مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك)^(٢٨). وهذه دلالة واضحة على سريان أحكام الرهن على الكفالة العقارية.

فإذا قدم الرهن من غير المدين كان الراهن كفيلاً عينياً ووجد في مركز خاص يختلف به عن المدين الراهن وعن الكفيل العادي، فهو لا يسأل في ذمته عن الوفاء بالدين المضمون، بل يسأل في حدود المال الذي قدمه، فمسؤوليته اذن عينية. ومن ناحية أخرى يكون للكفيل العيني أن يستفيد من بعض الأحكام التي يستفيد منها الكفيل العادي، فيكون له ان يستفيد من حكم المادة (١/١٠٢٧) من القانون المدني العراقي. وتقبلها المادة (١/٧٨٤) من القانون المدني المصري إذ تقرر براءة ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه من الضمانات. وقد يقال: إن الكفيل العيني يشبه حائز العقار المحمل بالرهن على أساس أن كلاً منهما تتحدد مسؤوليته في حدود العقار المرهون ولكن مع ذلك يظل هناك فارق بين الاثنين، فالكفيل العيني كان طرفاً في عقد الرهن والحائز لم يكن كذلك، ولهذا فلا يكون للكفيل العيني ان يسلك إجراءات تطهير العقار.

الذي يجعلنا نرجح الاتجاه الثاني هو انه حتى اصحاب الاتجاه الأول الذين يستبعدون الكفالة العينية من نطاق الكفالة الشخصية، يساوون بين مركز الكفيل العيني ومركز الكفيل الشخصي عند التمسك بالدفع كما اسلفنا من جهة، ويرون تطبيق احكام الرهن من جهة أخرى.

ويقال ان مركز الكفيل العيني مثال للمسؤولية بغير مديونية ذاتية اذ يرهن مالاً مملوكاً له ضماناً لدين شخص اخر، أي يكون مسؤولاً عن الوفاء بالدين من غير ان يكون هو المدين الأصلي به. وهو وإن اختلف مع مركز حائز العقار من هذه الناحية إلا انه يتفق مع مركز الكفيل الشخصي مع ملاحظة ان مسؤولية الاول محدودة في حين ان مسؤولية الثاني غير محدودة، أي أن مسؤولية الحائز تكون في حدود العقار، اما مسؤولية الكفيل الشخصي فهي تشمل ذمته المالية كلها. والكفيل العيني قد التزم بالوفاء بالدين في حدود العقار الذي قدمه ضماناً وهذا الالتزام مصدره إرادته فهو اذن مدين وان لم يكن هو الذي يقبض الدين^(٢٩).

(٢٧) يقابل هذه المادة، المادة (٣٠٨) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ م. والمادة (١٠٣٢) من القانون المدني المصري.

(٢٨) يقابل هذه المادة في القانون المدني المصري المادة (١٠٥٠).

(٢٩) د. احمد سلامة، التأمينات العينية والشخصية، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠م، ص ٨٢-٨٣.

ومركزه كمركز الكفيل الشخصي من حيث ان مسؤوليته عن الوفاء بالدين لا تتحقق إلا اذا لم يقيم المدين بالوفاء، ولكن ضمان الدائن يكون عندئذ تاميناً عينياً يكفل له ميزتي الاولوية والتتبع^(٣٠). ومن خلال ما تقدم وفي ظل عدم وجود نص قانوني في القانون المدني العراقي يحدد الطبيعة القانونية للكفالة العقارية، يمكننا القول بان الكفالة العقارية صورة مختلطة من الكفالة ومن الرهن، وتسري عليها أحكام الكفالة واحكام الرهن، إلا ما كان منها لا يتفق مع طبيعة الكفالة العقارية

المبحث الثالث

تمييز الكفالة العقارية عما يشتهر بها

تعد الكفالة العقارية من الناحية القانونية وسيلة من وسائل الضمان للدائن . ولذلك نجد ان هناك أنظمة قانونية اخرى قد تشتهر بها من حيث تكوينها القانوني، ومن بين هذه الأنظمة : التضامن والتضامم، والكفالة الشخصية، ، والتأمينات العينية، ومما تجدر الاشارة اليه منذ البداية ان صفة التبعية هي الخاصية المميزة لعقد الكفالة العقارية عليها تبني احكامه ويرتب اثاره وابتداءً منها يمكن تمييزه من العقود والأنظمة القانونية التي يمكن أن تشتهر به . لذلك سنقسم هذا المبحث على المطالب الثلاثة التالية :-

المطلب الأول

الكفالة العقارية والتضامن بين المدينين والتضامم

تناول القانون المدني العراقي التضامن بين المدينين في المواد (٣٢٠ - ٣٣٨)، ونظمه القانون المدني المصري في المواد (٢٨٤ - ٢٩٩) . أما التضامم فلم ينظمه المشرع العراقي ولا المصري بنصوص خاصة، ولكن ذكره الفقه والقضاء فهو في الفقه عبارة عن حالات يكون اشخاص فيها مسؤولين عن دين واحد لأسباب مختلفة دون تضامن بينهم^(٣١). وفي القضاء نتيجة تعدد مصدر الدين مع بقاء محله واحداً. وقد أكد ذلك قرار لمحكمة النقض المصرية بقولها : (إن مقتضى التضامم نتيجة تعدد مصدر الدين مع بقاء محله واحداً، أي انه يجوز للدائن ان يطالب كل مدين بكل الدين، ولا يجوز للمدين الذي دفع الدين ان يرجع على مدين آخر بذات الدين لانعدام الرابطة بينهما، ولأنه إنما دفع عن نفسه)^(٣٢). ومثال التضامم في القضاء انه أجاز للمضروب الرجوع على المتبوع لاقتضاء التعويض منه باعتباره مسؤولاً عن اعمال تابعه، وبذلك يصبح للمضروب مدينين بالتعويض المستحق به وكلاهما مدين بدين واحد له مصدران مختلفان ومن ثم تتضامم ذمتهم في هذا الدين دون أن تتضامن فالالتزام التضامني يقتضي وحدة المصدر^(٣٣) . فالتضامن

(٣٠) جميل الشراوي ، مصدر سابق، ص ٩.

(٣١) د. قديري عبد الفتاح الشهاوي، احكام عقد الكفالة - التضامن - التضامم، مصدر السابق، ص ١٢ .

(٣٢) نقض / جلسة ١٩٦٧/١١/٢١ / السنة ١٨ / مجموعة المكتب الفني / ص ١٧١٧ . مشار اليه في انور العمروسي،

التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه واحكام القضاء الحديثة في مصر والاقطار العربية، دار

الفكر الجامعي، الاسكندرية، ١٩٩٩م، ص ٩٠٢ .

(٣٣) انور العمروسي، مصدر سابق، ص ٢٢٩ .

والتضام يتشابهان من حيث وجود أكثر من مدين أمام الدائن في المطالبة بالدين أي وحدة المحل ويشتهبان من هذه الناحية بالكفالة العقارية حيث إن الدائن فيها ليس فقط له الحق في التنفيذ على اموال المدين الأصلي، بل أيضاً على العقار الذي قدمه الكفيل ضماناً لدين المدين . ويقوى الشبه بين الكفالة العقارية والتضامن بين المدينين في حالة ما اذا كان احد المدينين المتضامنين فقط هو الذي استفاد من الدين دون باقي الآخرين الذي يقتصر دورهم على ضمان الوفاء بهذا الدين، فلاي من هؤلاء اذا ما دفع الدين عن المدين، الحق في أن يرجع على المدين الأصلي المستفيد بكل ما دفع كالكفيل تماماً^(٣٤). وفي التضامن والتضام تكون الذمة المالية كلها ضامنة للدين . ولكنهما يختلفان من جهة ان التضامن يكون اما بناءً على اتفاق أو نص قانون (م/٣٢٠) مدني عراقي . والتضامن يقوم على طبيعة الاشياء ذاتها او قوتها، كذلك يقوم التضامن على اساس وحدة المحل ووحدة المصدر، اما التضامن فيقوم على اساس وحدة المحل وتعدد المصدر. وتختلف الكفالة العقارية عنهما من حيث ان المدين المتضامن يلتزم بصفة اصلية في مواجهة الدائن وكذلك التزام المدين المتضام فهو التزام اصلي ومستقل عن رابطة أي مدين اخر وذلك على نقيض التزام الكفيل حتى ولو كان متضامناً مع المدين، فهو يعد التزاماً تابعاً لالتزام المدين^(٣٥). ويترتب على ذلك انه يجوز للكفيل التمسك بالدفع الخاصة بالدين الاصلي فضلاً عن الدفع الخاصة بعقد الكفالة^(٣٦). اما المدين في الالتزام التضامني فانه يجوز له الدفع بالدفع المشتركة بالالتزام. أما الدفع الخاصة بالتزام كل مدين فلا يجوز له ذلك. اما الالتزام التضامني فلا يجوز للمدين ان يدفع بالدفع الخاصة بالتزام مدين اخر وبما انه لا توجد وحدة مصدر، فانه لا يوجد دفع مشترك لالتزام اصلي كما هو الحال في الالتزام التضامني، ومثال ذلك اذا تبين ان العقد باطل (كأن تبين ان محل العقد دين قمار)، فوفقاً لأحكام الكفالة فإنه يجوز للكفيل التمسك ببطلان التزام المدين ومن ثم بطلان الكفالة . ويجوز للمدين المتضامن التمسك بالدفع ببطلان الالتزام كله في التضامن وبالتالي لا يلزم امام الدائن . اما في التضامن فانه لا يجوز للمدين المتضامن التمسك ببطلان عقد لمدين اخر لانقضاء وحدة مصدر التزام كل منهما عن الاخر^(٣٧). وتختلف الكفالة العقارية ايضاً عن التضامن والتضام في ان التزام الكفيل يكون في حدود العقار الذي يرهنه أما التزام المدين المتضامن والمدين المتضام فكما ذكرنا أن الذمة المالية كلها تكون ضامنة للدين ولا يكون الالتزام مقصوراً على مال معين من أموالهم .

(٣٤) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٤١ .

(٣٥) د. نبيل ابراهيم سعد، المصدر سابق، ص ٢٥٦ .

(٣٦) د. محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، دون سنة طبع، ص ٥٩ .

(٣٧) سعاد توفيق سليمان، عقد الكفالة المدنية والاثار المترتبة عليه (دراسة مقارنة بين مجلة الاحكام العدلية والقانون المدني المصري)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، ٢٠٠٦ م، ص ٥٣

المطلب الثاني

الكفالة العقارية والكفالة الشخصية

تتشابه الكفالة العقارية مع الكفالة الشخصية في أن كلا منهما عقد ملزم لجانب واحد في الأصل، وأن كلا منهما عقد من عقود التبرع كما بينا عند كلامنا عن التكييف القانوني للكفالة العقارية، كذلك بينا ان الكفيل العقاري يشتهر بالكفيل الشخصي في ان كلا منهما يضمن دين في ذمة شخص آخر، وأن التزام كل منهما التزاماً تابعاً للالتزام الأصلي المضمون ويحق لكل منهما التمسك بالدفع التي يتمسك بها المدين الأصلي ولكل منهما الرجوع على المدين الأصلي في حالة وفاء الدين للدائن .

لكن الفرق بين النوعين واضح لأن من يقدم ضماناً عينياً (عقار) لأداء دين غيره لا يكون ملزماً الا بقدر العين التي خصصها للضمان ولا يكون ملزماً بأكثر منها، أي لا يتعدى التزامه غيرها من امواله ويصح له أن يتخلص من التزامه قبل الدائن بالتخلي له عن العين المرهونة وهذا هو الكفيل العقاري او ما يسمى بالكفيل العيني _ وعلى العكس من ذلك الكفيل الشخصي فانه يكون ملزماً شخصياً في كل امواله وينتقل الالتزام إلى ورثته بعد موته في استحصال الدين من التركة قبل توزيعها^(٣٨). فالكفيل العيني لا يسأل في ذمته بل يسأل في حدود المال المقدم منه للضمان وتنتهي مسؤوليته إذا أخرج المال من ذمته بالتصرف فيه او بالتخلي عنه، وعلى ذلك فإن مسؤوليته عينية^(٣٩). ولا يجوز التنفيذ على شيء من ماله الذي لم يخصص لضمان حق الدائن، وكذلك لا يجوز للكفيل العيني ان يدفع بالتجريد ولو كان للمدين عين اخرى مرهونة لضمان الدين نفسه^(٤٠). وهذا ما أكدته المادة (١٣٠٠) من القانون المدني العراقي بقولها : (اذا كان الراهن في الرهن التاميني 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 ان يطلب من المرتهن ان يجرد المدين قبل التنفيذ على العقار المرهون مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك). وتقابلها المادة (١٠٥٠) من القانون المدني المصري . اما بالنسبة للتخلية فلا تقبل من الكفيل الشخصي للدين، لأنه يكون مسؤولاً شخصياً عن الدين، ومن ثم لا تكون هنالك فائدة من التخلية لأنه بمقتضى مسؤوليته الشخصية يكون للدائنين ان ينفذوا على امواله الاخرى وحينئذ تعرض نفس المساوي التي اراد ان يتحاشاها اذا تخلى عن العقار

(٣٨) محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ص ٧١ .

(٣٩) عبد العزيز عبد القادر ابو غنيمه، الالتزام العيني بين الشريعة والقانون (دراسة مقارنة)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢م، ص ٣٩٩ .

(٤٠) د. صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، ص ٥٦ .

المرهون. واذن فلا فائدة من منحه مكنة التخلية^(٤١). اما الكفيل العيني (العقاري) فقد اعترفت له المادة (٢/١٠٥١) من القانون المدني المصري صراحة بمكنة التخلي اذ جاء فيها: (واذ كان الراهن شخصاً آخر غير المدين جاز له ان يتفادى أي إجراء موجه اليه اذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار). ولم نجد في نصوص القانون المدني العراقي نصاً مشابهاً لنص المادة (٢/١٠٥١) من القانون المدني المصري، مما يثير التساؤل عن مدى امكانية الكفيل العيني من التخلص من المسؤولية اذا هو تخلى عن العقار المرهون، مما يؤكد وجود نقص تشريعي كان المفروض على المشرع العراقي ان يتفاداه وينص على ذلك مثلما نص المشرع المصري، لذلك نقترح على المشرع العراقي إيجاد نصّ مشابه لهذا النص . فبالرغم من ان التخلية لا تجوز الا للحائز الا انها تجوز للكفيل العيني وان لم يعتبر حائزاً بالمعنى الدقيق، والحكمة من ذلك هي انه غير ملزم شخصياً بالدين، وبالرغم من انه ملزم ببقاء الرهن حتى تمام الوفاء بالدين المضمون، إلا أنه ليس في تخليه عن العقار ما يتعارض مع ذلك الالتزام. ويشترط في الشخص كي يعد حائزاً وتجاوز له التخلية ألا يكون ملتزماً شخصياً، لذلك لا تكون التخلية جائزة للكفيل الشخصي وتجاوز للكفيل العيني^(٤٢). فبذلك نجد أنه في جميع الأحوال لا يكون الكفيل العيني ملتزماً التزاماً شخصياً بضمان الدين بل الذي يضمن الدين هو الرهن الذي قدمه أي ان التأمين هنا تأمين عيني لا تأمين شخصي، فاذا انتقلت ملكية العين التي تم رهنها إلى غير الكفيل العيني انتقلت الى هذا الغير مرهونة في الدين ولا يكون الكفيل العيني مسؤولاً شخصياً عن الدين^(٤٣). وبهذا يمكن تلخيص أهم الفروق بين الكفيل العيني(العقاري) والكفيل الشخصي بما يأتي:-

اولاً:- الكفيل الشخصي يضمن دين غيره بذمته أما الكفيل العقاري فيضمن دين غيره بعقار معين.
ثانياً :- الكفيل الشخصي مسؤول عن دين الغير بضمانة أمواله (ذمته) كافة أما الكفيل العيني فلا تتجاوز مسؤوليته حد ما وضعه من عين وثيقة بدين غيره .
ثالثاً :- الكفيل الشخصي يجوز له أن يدفع بالتجريد، فاذا طوّل بالدين المكفول أولاً جاز له عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده أن يطالب الدائن باستيفاء دينه من أموال المدين واتخاذ الإجراءات ضده وهذا ما يسمى بحق التجريد وهو يثبت لكل كفيل شخصي الا اذا نزل عنه او كان قد تضامن مع المدين، اما الكفيل

(41) د. احمد سلامه، مصدر سابق، ص ٣٧٧ .

(٤٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٤٥٥ .

(٤٣) د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، مصدر سابق، ص ٢٥.

العقاري فليس له ان يطلب من الدائن المرتهن ان يجرد المدين من امواله قبل التنفيذ على العقار المرهون ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك^(٤٤).

رابعاً :- يجوز للكفيل العيني أن يتفادى أي إجراء ضده إذا تخلى عن العقار المرهون، بينما لا يجوز ذلك للكفيل الشخصي .

خامساً :- للدائن في الكفالة العينية حق التقدم والتتبع على خلاف الكفالة الشخصية التي لا يكون للدائن فيها هذان الحقان .

المطلب الثالث

الكفالة العقارية والتأمينات العينية

تكون التأمينات العينية بتقرير حق عيني تبقي على مال أو أكثر مملوك للمدين أو للغير بمقتضاه يكون للدائن فضلاً عن حقه في الضمان العام على جميع اموال مدينه سلطة تنصب على شيء معين تمكنه من تتبع هذا الشيء في أي يد كان لينفذ عليه بالحجز ثم بالبيع ويستوفي دينه من ثمنه بالأولوية على الدائنين الآخرين . والتأمينات العينية التي يقرها القانون المدني العراقي مبينة على سبيل الحصر وهي الرهن التاميني والرهن الحيازي وحقوق الامتياز . وتظم التأمينات العينية جميعها فكرة واحدة هي فكرة الرهن ضماناً لوفاء الدين . فيكون الرهن بمقتضى اتفاق في الرهن التاميني ورهن الحيازة وبمقتضى نص القانون في حقوق الامتياز . أما حق الاختصاص فهو حق تجهله مجموعتنا المدنية . اما الحق في الحبس فان المشروع لا يعده حقاً عينياً بل هو دفع يديه من له حق التمسك به^(٤٥) . وتعد الكفالة العقارية صورة من صور التأمينات العينية وتسمى هذه التأمينات ايضاً بالضمان الخاص او الضمان العيني وتتشرك بعدة خصائص منها :-

اولاً :- يكفل الضمان الخاص دائماً حقاً شخصياً فالدائن يكون له حق شخصي في ذمة المدين ويريد أن يطمئن عليه واستيفاءه في ميعاد استحقاقه .

ثانياً :- يكفل الضمان الخاص أي حق شخصي ايأ كان مصدره وايأ كان محله والمقصود بذلك ان الضمان الخاص يضمن الحق الشخصي سواء كان مصدره العقد او الارادة المنفردة او العمل غير المشروع او الإثراء بلا سبب او القانون ولا فرق بين مصدر ومصدر . ويجوز كذلك ضمان الحق الشخصي ايأ كان محله نقل حق عيني او القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

ثالثاً :- إذا كان الضمان الخاص يضمن الوفاء بالحق الشخصي فهو بالتالي ضمان تابع لهذا الحق ويرتبط مصيره بمصيره ينقضي بانقضائه وينشأ بنشوءه لأنه تابع والتابع يتبع المتبوع^(٤٦) .

(44) محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، ط٢، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٧٤م، ص ٣٠ .

(٤٥) ينظر المواد(٢٨٠ - ٢٨٤) من القانون المدني العراقي، وللمزيد من التفصيل حول شرح هذه المواد ينظر: محمد طه البشير، مصدر السابق، ص ١٣ .

(٤٦) د. السيد عيد نايل، احكام الضمان العيني والشخصي، الكفالة - الرهن - الامتياز الاختصاص، مطابع جامعة الملك سعود، ١٩٩٨م، ص ١٠ .

رابعاً :- انها حقوق عينية أي سلطات ترد مباشرة على الشيء او الاشياء المثقلة بها بقطع النظر عن وجود أي رابطة بين صاحب التأمين وبين مالك المال موضوع التأمين، اذ قد يكون مالك هذا المال هو المدين نفسه (كما هو الحال بالنسبة للرهن التاميني والرهن الحيازي) وقد يكون شخصاً اخر غير المدين (كفيل عيني) .

خامساً :- كذلك من المزايا التي تتميز بها التأمينات العينية إنها تمنح صاحبها فوق حق الضمان العام المقرر له كدائن عادي، حق التقدم وحق التتبع وإنها لا تخرج المال المثقل بها من حيازة صاحبه ولا تغل يد المالك عن التصرف في ملكه الا في حالة الرهن الحيازي . كما إنها تؤدي الى زيادة الائتمان وتشجع عليه^(٤٧). وجوهر التشابه بينها في ان كلاً منها يخصص فيه مالاً يستوفي منه الدائن حقه . هذه جملة من الخصائص والمزايا التي تشتهر بها الكفالة العقارية بالتأمينات العينية على اعتبار انها صورة من صورها، لكنها تختلف عنها وبخاصة الرهن التاميني والرهن الحيازي الذي يرد على عقار باعتبارها اكثر شبيهاً بها في ان الراهن في الرهن هو المدين نفسه والعقار المرهون يكون مملوك له، في حين أن الكفالة العقارية يكون الراهن فيها شخصاً آخر غير المدين يسمى الكفيل العيني (العقاري) ويكون العقار المرهون ملكاً له . ويترتب على ذلك انه اذا كان الراهن هو المدين نفسه فان الرهن يعد بالنسبة له من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر ولهذا يشترط لصحته ان يكون الراهن بالغاً سن الرشد اما اذا كان قاصراً فان الرهن يعد باطلاً بطلاناً نسبياً^(٤٨). في القانون المدني المصري الذي يأخذ بالبطلان النسبي. وموقوفاً على إجازته بعد بلوغه سن الرشد وفقاً للقانون المدني العراقي . وذلك ان رهن الصغير قبل بلوغه سن السابعة كاملة يعد باطلاً، اما بعد بلوغه هذا السن مميّزاً فيعد من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتتعدّد موقوفة على اجازة وليه قبل بلوغه سن الرشد تطبيقاً للمادة (٩٧) من القانون المدني العراقي . أما بعد بلوغ الصغير المميز سن الرشد فيكون الرهن الذي رهنه قبل ذلك وبعد بلوغه سن التمييز موقوفاً على ارادته^(٤٩).

اما اذا كان الراهن غير المدين، أي كفيلاً عينياً يقدم ماله رهنًا لضمان الوفاء بدين شخص آخر، فإن التصرف يعد بالنسبة له ضاراً ضرراً محضاً ويشترط لصحته ان يكون الراهن بالغاً سن الرشد فاذا كان قاصراً وقع الرهن باطلاً بطلاناً مطلقاً^(٥٠).

كذلك تختلف الكفالة العقارية عن التأمينات العينية في ان الكفيل العقاري أو ما يسمى بالكفيل العيني تتحدد مسؤوليته بالشيء المرهون فقط فهو لا يسأل في ذمته عن الوفاء بالدين المضمون، وتتوقف هذه المسؤولية متى خرج المال من ذمته او بعبارة اخرى متى خرج العقار من ذمته لان لفظ المال يشمل العقار وغيره، اما في الكفالة العقارية فتتصب على عقار معين . ومن ناحية اخرى يكون للكفيل العقاري ان يستفيد من بعض الاحكام التي يستفيد منها الكفيل العادي ومثال على ذلك براءة ذمته بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه

(47) د. حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية (دراسة تحليلية مقارنة) لأحكام الرهن والتأمين والامتياز، الدار

الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٠م، ص ٤٥.

(48) سمير عبد السيد تناعو، مصدر السابق، ص ١٨٢ .

(49) د. صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، ص ٤٤ .

(٥٠) د. سمير عبد السيد تناعو، مصدر سابق، ص ١٨٢ .

من الضمانات^(٥١). اما بالنسبة للتأمينات العينية كالرهن التأميني والرهن الحيازي فيكون للدائن فضلاً عن سلطته التي تنصب على الشيء المرهون والتي تمكنه من تتبع هذا الشيء في أي يد يكون لينفذ عليه بالحجز ثم بالبيع ويستوفي دينه من ثمنه بالأولوية عن الدائنين الآخرين، فيكون له فضلاً عن ذلك حقه في الضمان العام على جميع أموال مدينه^(٥٢). أي له الحق في التنفيذ على بقية أموال مدينه في حالة عدم كفاية ثمن المال المرهون للوفاء بالدين.

الخاتمة

بعد ان انهينا بحثنا هذا عن الكفالة العقارية في القانون المدني العراقي من خلال بيان طبيعتها القانونية وخصائصها وتمييزها عن النظم القانونية المتشابهة معها، فإننا توصلنا الى عدد من النتائج والتوصيات يمكن تلخيصها بما يلي:

أولاً: النتائج

- ١- نظم القانون المدني العراقي التضامن بين المدينين في المواد (٣٢٠ - ٣٣٨) اما التضامم فلم ينظمه المشرع العراقي بنصوص خاصة، ولكن ذكره الفقه والقضاء فهو في الفقه عبارة عن حالات يكون اشخاص فيها مسؤولين عن دين واحد لأسباب مختلفة دون تضامن بينهم.
- ٢- لحدثة العمل بالكفالة العقارية فقد اختلف الفقه في تحديد طبيعتها القانونية والتي من خلالها يمكن تمييزها عن النظم القانونية المشابهة لها، ومما زاد من صعوبة تحديد هذه الطبيعة هو عدم معالجة التشريعات المدنية في قوانينها لهذه المسألة.

ثانياً: التوصيات

- ١- نوصي المشرع العراقي بالنص بشكل واضح وصريح في القانون المدني العراقي على اهلية الشخص في الكفالة العقارية وتحديد بها بسن الثامنة عشرة لكي يستطيع الشخص المتكفل معرفة تبعة هكذا نوع من الكفالات.
- ٢- نوصي المشرع العراقي بمعالجة مسألة الطبيعة القانونية للكفالة العقارية وذلك من خلال وضع نص في القانون المدني العراقي يحدد طبيعتها بدقة بحيث يمكن تمييزها عن النظم القانونية المشابهة لها.

المصادر

أولاً : الكتب

- ١- د . سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية - الكفالة - الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٦ م .
- ٢- د . نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية - الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز - الكفالة، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون سنة طبع.
- ٣- د. احمد سلامه، التأمينات العينية والشخصية، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠ .
- ٤- د. السيد عيد نايل، احكام الضمان العيني والشخصي، الكفالة - الرهن - الامتياز الاختصاص، مطابع جامعة الملك سعود، ١٩٩٨ م.
- ٥- انور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه واحكام القضاء الحديثة في مصر والاقطار العربية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ١٩٩٩ م.

(٥١) د. احمد سلامه، مصدر سابق، ص ٨٢ .

(٥٢) د. نبيل ابراهيم سعد، مصدر سابق، ص ٢٦ .

- ٦- جميل الشرفاوي، دروس في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦م.
- ٧- جورج شراوي، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٦م.
- ٨- د. حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية (دراسة تحليلية مقارنة) لأحكام الرهن والتأمين والامتياز، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٠م.
- ٩- د. شفيق شحاتة، النظرية العامة للتأمين العيني، ط٢، المطبعة العالمية، مصر، ١٩٥٣م.
- ١٠- د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، ج١، مطبعة دار المعرفة، بغداد، ١٩٥٣م.
- ١١- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني في التأمينات الشخصية والعينية، ج١٠، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠م.
- ١٢- د. عدنان ابراهيم السرحان، شرح القانون المدني العقود المسماة في المقولة _ الوكالة _ الكفالة، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦م.
- ١٣- علي قراعة، احكام العقود في الشريعة الاسلامية، دار مصير للطباعة، القاهرة، بدون سنة طبع.
- ١٤- د. قدري عبدالفتاح الشهاوي، احكام عقد الكفالة - التضامن - التضامن، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢م.
- ١٥- د. محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، دون سنة طبع.
- ١٦- محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، ط٢، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٧٤م.
- ١٧- محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد - الموجز في التأمينات الشخصية والعينية، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٤٩م.
- ١٨- د. مصطفى محمد الجمال / د. عبد الحميد محمد الجمال، القانون والمعاملات، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٩٨٧م.
- ١٩- عبد العزيز عبد القادر ابو غنيمه، الالتزام العيني بين الشريعة والقانون (دراسة مقارنة)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢م.

ثانياً: الرسائل والاطاريح

- ١- سعاد توفيق سليمان، عقد الكفالة المدنية والاثار المترتبة عليه (دراسة مقارنة بين مجلة الاحكام العدلية والقانون المدني المصري)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، ٢٠٠٦م.
- ٢- د. محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية (دراسة تحليلية مقارنة)، أطروحة دكتوراه تقدم بها إلى مجلس كلية الحقوق في جامعة الموصل، ٢٠١٠م.

ثالثاً: القوانين

- ١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
- ٢- قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.
- ٣- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨
- ٤- القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩ المعدل.
- ٥- القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م المعدل.
- ٦- القانون المدني الجزائري لسنة ١٩٧٥م.