AJLPS JOURNAL HOMEPAGE: https://ashurjournal.com/index.php/AJLPS/about

Contact by email : info@ashurjournal.com

This journal is open access & Indexed in

IRAQI Academic Scientific Journals

Google الباحث العلمي

Article Info.	
Sections: Politics.	**Received: 2025 April 13**
Accepted: 2025 April 28	**Publishing: 2025 June 1**

The Position of the Guarantor in the Mortgage Contract

Assist. Lecturer.Dina Nazim Shamkhi*, Lecturer.Dr. Rawi Salman Al-Shammari*

College of Basic Education, University of Wasit*, College of Basic Education, University of Wasit*

Dina.AL-Aqili@uowasit.edu.iq

rkhlef@uowasit.edu.iq

Abstract

The mortgage contract grants the mortgagee a subsidiary real right, guaranteeing the fulfillment of his rights from the debtor. Its purpose and objective are to ensure the fulfillment of the obligations owed by the debtor. It is a legal means of protecting transactions, stabilizing dealings, and increasing trust and credit. Furthermore, the guarantor is granted the right to recover the creditor's rights from the debtor, while enjoying the defenses that the debtor could have presented to the creditor. Clarifying the legal position of the guarantor in the mortgage contract is important to avoid situations that resemble this behavior.

Keywords: Guarantor, Mortgage, Legal Position, Legal Defenses.

موقع المجلة (AJLPS) : https://ashurjournal.com/index.php/AJLPS/about

للتواصل عبر الايميل : info@ashurjournal.com

هذه المجلة مفتوحة الوصول & مفهرسة في المستوعبات التالية

IRAQI Academic Scientific Journals

الباحث العلمي Google

معلومات البحث.	
القسم: سياسة	استلام البحث: 2025 ابريل 13
قبول البحث: 2025 أبريل 28	نشر البحث: 2025 مايو 1

مركز الكفيل العيني في عقد الرهن التأميني

م. م دينا ناظم شمخي*، م. د روى سلمان الشمري*

جامعة واسط / كلية التربية الأساسية*، جامعة واسط / كلية التربية الاساسية*

Dina.AL-Aqili@uowasit.edu.iq

rkhlef@uowasit.edu.iq

المستخلص

يتيح عقد الرهن الدائن المرتهن حقا عينيا تبعيا، يكفل له ضمان استيفاء حقه من المدين حيث أن الغاية والهدف منه ضمان الوفاء بالالتزامات المترتبة في ذمة المدين وهي وسيله قانونية لحماية المعاملات واستقرار التعامل وزيادة الثقة و الائتمان، كما وان منح الكفيل العيني الحق في استيفاء ما وفى للدائن من حق ، اتجاه المدين متمتعا بالدفوع التي كان باستطاعة المدين ان يواجه بها الدائن ، فبيان المركز القانوني للكفيل في عقد الرهن التأميني يعد من الأمور المهمة لتجنب الحالات التي تكون مشابه لهذا التصرف.

الكلمات المفتاحية: الكفيل ، الرهن التأميني، المركز القانوني، الدفوع القانونية

المقدمة

ان البحث في موضوع مركز الكفيل العيني في عقد الرهن التأميني يعد من المواضيع المهمة لغرض استقرار التعامل وزيادة الائتمان ، ولخطورة العلاقات القانونية والاثار المترتبة على هذا العقد ارتئينا ان نسلط البحث حول المبادئ القانونية للكفالة العينية والكفيل العيني ، وبيان الاسس القانونية لرجوعه على المدين بما اوفى وكذلك ما له من حق في الدفوع الممنوحة للمدين اتجاه الدائن المرتهن ، بالاضافة الى ذلك بيان خصوصية هذا العقد في تبعيته للعقد الاصلي .

اهمية البحث :

يثير موضوع الكفالة اهمية كبيرة باعتبار ان المتعامل في العقود وخاصة العينية منها يبحث عن الائتمان والضمان وهما غاية الدائن وهدف المشرع في تحقيق التوازن التعاقدي وتعزيز الثقة في التعامل واستقرار المعاملات .

مشكلة البحث :

تدور مشكلة البحث حول قصور المعالجات القانونية التشريعية لموضوع الكفالة العينية وخاصةً في تحديد مركز الكفيل العيني وخطورة الاثار القانونية الناجمة عنه وكذلك عدم التوازن العقدي بين اطراف الكفالة في حال رجوع الكفيل العيني على المدين والدائن .

منهجية البحث وخطته :

اتبعنا في هذا البحث المنهج الدراسة المقارنة بين موقف كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري ، وسنتطرق في المبحث الاول تحديد المفاهيم العامة للمركز القانوني الذي يتمتع به الكفيل العيني في عقد الرهن التأميني ، ونخصص الثاني للبحث في الاثار المترتبة على المركز القانوني للكفيل العيني في عقد الرهن التأميني .

المبحث الاول

مفهوم المركز القانوني للكفيل العيني في عقد الرهن التأميني

يعد عقد الرهن التأميني من التأمينات العينية التي تتضمن وفاء دين الدائن المرتهن وتحميه من خطر اعسار المدين اذا ما تم الاعتماد على ذمته المالية لوحدها ، وهي من الضمانات التي يفضلها الدائنون المرتهنون وتعم بها الفائدة لطرفي العقد .

ان من بين الاليات القانونية التي وضعها المشرع عند تنظيم احكام عقد الرهن انه اجاز ان يكون مقدم الرهن شخص اخر غير المدين اطلق عليه مصطلح الكفيل العيني وتم تنظيمه بإحكام قانونية سواء في مرحلة نشوء عقد الرهن أو في مرحلة ترتيب احكامه أو اثاره .

ولغرض توضيح الاحكام القانونية المتعلقة بالرهن التأميني بشكل عام والكفيل العيني بشكل خاص ، عليه سنبين في هذا المبحث مركز الكفيل العيني وبيان الشروط الواجب توفرها فيه وتمييزه عن المراكز القانونية الاخرى التي تسهم بشكل أو بأخر في ابرام عقد الرهن أو التي تتأثر بأحكامه وآثاره ، لذا ارتئينا تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في اولهما : تعريف الكفيل العيني مع بيان شروطه ثم نخصص المطلب الثاني لبيان المركز القانوني للكفيل العيني عن غيره من المراكز القانونية الاخرى .

المطلب الاول

تعريف الكفيل العيني وبيان شروطه

الكفالة لغةً تعني الضم ، تكفل فلان بالشيء أي الزم نفسه به ومنه قوله تعالى " وكفلها زكريا " أي ضمها وتكفل بها[1]، فهي تفيد معنى الضم والالتزام وهي بهذا المعنى لم يختلف علماء اللغة ورجال الفقه والمشرعين بما اورده من نصوص قانونية تناولت تحديد معنى الكفالة ، وقيل عنها أن لها سبعة الفاظ مترادفة والتي هي (الحميل والزعيم والكفيل والقبيل والاذين والصبر والضامن) ، وايضاً عرفت الكفالة بأنها ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام[2].

وفي القانون تكون الكفالة على شكل عقد يبرم بين الدائن والكفيل دون المدين بل انه لا يشترط رضاه وموافقته[3]

ويعرف القانون المدني المصري عقد الكفالة بأنه " عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام ، بأن يتعهد للدائن بأن يفي هذا الالتزام اذا لم يفي به المدين نفسه "[4]

وبالرجوع للقانون المدني العراقي فأنه عرف الكفالة " ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام "[5]

ويفهم من تعريف المشرع العراقي لابد من تخصيص عين للوفاء بالدين او لضمانه .

فالكفالة العينية يقصد بها عقد بموجبه يقدم شخص غير المدين يسمى بالكفيل العيني عقاراً ضماناً لدين على المدين من خلال رهن هذا العقار بحيث يبقى مسؤولاً بحدود قيمة ما رهنه .

1) د. جابر محمد سعيد ،رجوع الدائن على الكفيل ، دار الكتب القانونية ،2010 ، ص13
2) د.سمير تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، بلا دار نشر ، الاسكندرية ،1966 ، ص21
3) عبد الفتاح عبد الباقي ، احكام القانون المدني المصري ، التأمينات العينية والشخصية ، ط2 ، 1954 ،ص35
4) 4 ينظر المادة (772) من القانون المدني المصري .
5) ينظر المادة (1008) من القانون المدني العراقي .

ومن الجدير بالذكر ان الكفالة لا تبتعد عن عقد الرهن أو تنفصل عنه مما يدعونا للقول ان عدم وجود احد العقدين يؤدي الى عدم وجود العقد الاخر .

اما بالنسبة للفقه القانوني نلاحظ أن فقهاء القانون حاولوا اعطاء الكفيل صفة الراهن ، ان الراهن هو الذي ينشأ حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن حيث يرتب على عقار مملوك له رهناً تأمينياً ضماناً للدين الذي في ذمته .

ويجب ان نوضح ان في احيان اخرى يكون كل من المدين والراهن شخصين مختلفين ، حيث ان هذا الاختلاف في وصفهما يؤدي الى نتيجة مؤداها أن الدين يترتب في ذمة المدين والرهن يكون مسؤول عنه الكفيل العيني .

وذهب رأي اخر من الفقه القانوني الى تعريف الكفالة العينية بأنها عقد يقدم به شخص يسمى الكفيل العيني مالاً من امواله لضمان دين ترتب في ذمة غيره ويعرفها آخر بأن يرهن شخص ماله ضماناً لدين غيره[1].

وعرفت ايضاً (الكفالة العينية) أنها تقديم شخص يسمى الكفيل العيني مالاً (عقاراً أو منقولاً) مملوكاً له لوفاء دين غيره والرهن قد يكون تأمينياً اذا كان محله عقاراً و حيازياً اذا كان محله منقولاً أو عقاراً[2]

كما ان الكفالة العينية هي عقد ملزم لجانب واحد تتم بين الكفيل والدائن المكفول له وعليه المدين ليس طرفاً في هذا العقد ، ويلزم الكفيل في مواجهة الدائن بوفاء الدين اذا لم يف به المدين[3]

ومما تقدم يمكننا ان نعرف الكفيل العيني شخص يقدم تأميناً عينياً لشخص اخر (الدائن) وذلك برهنه مالاً معيناً من أمواله لضمان وفاء شخص آخر وهو المدين بإلتزامه .

ويثار تساؤل هنا حول وجود الكفيل العيني الذي قدم عقاره أو الذي قرر على عقاره حقاً عينياً تبعياً لمصلحة الدائن المرتهن هل يمكن ان يطلق عليه وصف الراهن .؟

وحاول الفقه القانوني الاجابة على هذا التساؤل (وهو ما ذهب اليه غالبية الفقه) بالقول ان تسمية الراهن مطلقة تشمل الكفيل العيني والمدين بينما ذهب البعض الى ان هذه التسمية تقتصر على الكفيل فقط في حال كون المدين والراهن شخصين مختلفين .

ولو تطلعنا الى النصوص القانونية نجد بوضوح ان المشرع منح وصف الراهن للكفيل العيني بإعتباره هو من قرر الرهن وهذا ما جاء في نص المادة (1032/1) من القانون المدني المصري و المادة (1287)

1) د.عدنان ابراهيم السرحان ، شرح القانون المدني ،العقود المسماة(المقاولة، الوكالة، الكفالة) ،ط1 ،دار الثقافة للنشر ، عمان2009 ،ص268

2) د.فتحي عبد الفتاح الشاوي ، احكام عقد الكفالة ،منشأة المعارف، الاسكندرية 2002 ، ص25

3) د.عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في العقود المدنية المسماة (الكفالة) ،بلا طبعة ، منشورات الحقوق زينية ، بيروت ،2018 ، ص18

في القانون المدني العراقي حيث ورد فيهما بأنه يجوز ان يكون الراهن هو نفس المدين كما يجوز ان يكون شخصاً اخر وهو الكفيل العيني يقدم رهناً لمصلحة المدين ، حيث يلاحظ ان النص القانوني للمشرع العراقي جاء خالياً من عبارة شخصاً اخر التي اوردها المشرع المصري وهذا الاخير ايضاً لم يذكر كلمة الكفيل العيني بل عبارة شخصاً اخر وهي عبارة فيها من التحديد والتوصيف افضل مما ورد في الشخص المذكور[1]

ونستنتج مما ذكر من النصوص القانونية اعلاه ان الاصل يكون الراهن هو المدين ولكن لا يوجد ما يمنع ان يكونا شخصين مختلفين ، فيكون المدين مديناً بالدين ويكون الكفيل راهناً لعقاره ضماناً لهذا الدين .

الفرع الثاني

الشروط الواجب توفرها في الكفيل العيني

لما كان الغرض من تقديم الكفالة العينية هو لتأمين دين المدين وضمان حق الدائن فيجب ان تتوفر في الكفيل العيني من الشروط ما يحقق هذا الغرض وهذا لا يتحقق الا اذا كان الكفيل العيني اهلاً لبرام عقد الرهن هذا من جانب ومن جانب اخر لما كانت الكفالة العينية ترتبط بالعقار المرهون الذي يقدمه الكفيل العيني فيجب ان يكون فوق ذلك مالكاً لهذا العقار وهذا يعني ان الكفيل العيني متمتعاً بالأهلية المطلوبة لأبرام عقد الرهن وان يكون مالكاً وهذا ما سنبينه تباعاً .

والاهلية الخاصة بالكفيل العيني من اول الشروط الواجب توفرها لقيام عقد الكفالة العينية الا انه لم يرد نص خاص في باب الكفالة لذا توجب علينا الرجوع الى القواعد العامة في تحديد الاهلية ، حيث نصت المادة (93) من القانون المدني العراقي على ان " كل شخص اهل للتعاقد مالم يقرر القانون عدم اهليته او يحد منها "[2]

يستنتج مما نص عليه القانون المدني العراقي في المادة اعلاه ان يشترط في الكفيل العيني ان يكون اهلاً لأبرام عقد الكفالة العينية وان تحديد درجة الاهلية المطلوبة منه يرتبط بطبيعة الكفالة العينية نفسها فيما اذا كانت تبرعية أو بمقابل ، فإذا كان الكفيل العيني متبرعاً وهذا هو الغالب يشترط فيه اهلية التبرع لأنه يقدم عقاره لضمان الدين دون مقابل ، اذ ان الرهن بالنسبة اليه عملاً ضاراً ضرراً محضاً فلا

1) ينظر المادة (308) من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة1971 المعدل حيث نصت على ان " لايشترط ان يكون الراهن نفس المدين ويجوز ان يكون كفيلاً عينياً يرهن عقاره ضماناً للدين المترتب في ذمة المدين وفي هذه الحالة يعتبر المدين والراهن طرفاً واحداً في عقد الرهن بأعتبار ان قانون التسجيل العقاري هو قانون اجرائي بدلالة اعتبار المدين والراهن طرفاً فر عقد الرهن امام الموظف المختص في دائرة السجل العقاري .

2) ينظر المادة (109) من القانون المدني المصري .

بد من بلوغه سن الرشد هذا وإن كان الكفيل العيني متمتعاً بالاهلية عند ابرام العقد الا انه طرأت ظروف غيرت منها فأنها لا تؤثر في التزامه ويبقى العقد منتجاً لإثاره .

واذا ما كان تقديم الكفالة بمقابل فأن الرهن يصبح دائراً بين النفع والضرر وبالتالي تتطلب اهلية التصرف .

اضافة الى ما يجب توافره من اهلية الكفيل العيني فأنه يشترط فيه ان يكون مالكاً للعقار[1] الذي يقرر الرهن عليه ضماناً لدين المدين أو على الاقل ان يكون له عليه حق عيني فيشترط فيه ان يكون مالكاً للعقار المرهون .

هذا ويرى البعض ان عبارة متصرفاً فيه قد تشير الى امكانية رهن حق التصرف في الاراضي الاميرية ، وان بإمكان المشرع ان يستغني عن عبارة (أو متصرفاً فيه) الواردة في نص المادتين (1287 و 1325) والاكتفاء بما ورد في نص الفقرة الثانية من المادة (1169) تجنباً للتكرار[2]

كذلك يبرر تملك العقار المرهون الى ان الراهن (الكفيل العيني) عندما يقدم عقاره رهناً للدين فأنه يكون قد تصرف بالعقار وان كان الرهن بمثابة التصرف الجزئي للعقار ، فلا يمكن للشخص ان يتصرف في عقاره الا اذا كان مالكاً أو صاحب حق عيني قابل للتصرف فيه .

وايضاً يعود سبب اشتراط ملكية العقار المرهون للراهن ان الرهن يمكن الدائن المرتهن من التنفيذ على العقار المرهون لاستيفاء حقه من ثمنه اذا تعذر عليه استيفاء الدين من ذمة المدين ، وهذا التمكين لا يمكن تحقيقه الا اذا كان الراهن مالكاً للعقار المرهون لأن من لا يكون مالكاً لا يستطيع ان يقرر حقاً على العقار لأن فاقد الشيء لا يعطيه[3] وهذا هو شرط اساسي اكدته المادة (1287) حينما بينت في مقدمتها جواز ان يكون الراهن هو نفس المدين أو ان يكون كفيلاً عينياً بقولها " وفي كلتا الحالتين يجب ان يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون أو متصرفاً فيه " .

المطلب الثاني

تمييز مركز الكفيل العيني من غيره من المراكز وتحديد طبيعته القانونية

ان التسليم باعتبار الكفيل العيني طرفاً في عقد الرهن التأميني يستتبع تحديد مركزه القانوني في هذا العقد من حيث تمييزه عن غيره وتحديد طبيعته القانونية الذي قد يختلط مع المراكز الاخرى ، لذا سنتناول

1) ينظر المادتين (1287 و1325) من القانون المدني العراقي .
2) د.غني ريسان جاور ، التنظيم القانوني للتأمين التكميلي في الرهن ،دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة كلية القانون والعلوم السياسية في الجامعة العراقية ، 2022 .
3) ينظر المادة (2/1032) من القانون المدني المصري حيث نصت على " سواء كان الراهن هو المدين أو شخص اخر حسب ما ورد في الفقرة اولاً يجب ان يكون مالكاً للعقار المرهون و أهلاً للتصرف فيه " .

ذلك في فرعين منفصلين الاول نخصصه لتمييزه عما يشتبه به من المراكز القانونية الاخرى وتحديد طبيعته في الفرع الثاني .

الفرع الاول

تمييز الكفيل العيني عن غيره من المراكز القانونية

لما كان موضوع التزام الكفيل العيني في عقد الرهن التأميني يدور في فلك التأمينات الضامنة لدين الدائن المرتهن من خلال توفير الثقة للمدين ودعم ائتمانه بغية حصوله على الدين هذا من جانب ، ولكون التزام الكفيل العيني يرتبط بدرجة اساس بالعقار الذي يقدمه للضمان والذي قد تترتب عليه حقوق للغير تضار من وجود حق الدائن المرتهن من جانب اخر .

كما ان مركز الكفيل العيني يختلط مع مراكز قانونية لها حقوق تتعلق بالعقار المرهون حيث ان ضمان الكفيل العيني لدين الدائن قد يقربه من مركز الكفيل الشخصي وان اقتران كفالته بعين العقار تجعل مركزه قريباً من الحائز الذي يتلقى ملكيته من العقار المرهون بعد الرهن لذا يتطلب الامر تحديد مركز الكفيل العيني .

فبالنسبة لتمييز الكفيل العيني عن الكفيل الشخصي والذي يراد به الشخص الذي يضم ذمته المالية الى جانب ذمة شخص اخر في المطالبة بتنفيذ الالتزام ، والمقصود بالذمة هنا هي ذمة الانسان المالية اي اهلية الالتزام والمسؤولية الشخصية أي بما معنى صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وعليه التزامات[1] ، كذلك فأن الكفيل العيني تنطبق على كفالته الصفة العينية[2] .

ويلاحظ على الكفيل الشخصي انه يسأل عما في ذمته المالية جميعاً عند وفاء الدين المضمون في حين نجد ان الكفيل العيني مسؤوليته عينية باقتصار التزامه و التنفيذ على ماله في مال محدد ومعين سواء كان عقار أو منقول يخصصه لوفاء الدين المكفول[3]

وهنا تجدر الاشارة الى ان الكفيل الشخصي كفيلاً عادياً غير متضامن وقد يكون كفيلاً متضامناً مع المدين أما عن طريق الاتفاق أو بنص القانون رغم ان كلاهما يلتزم لضمان دين المدين بذمته المالية كلها ، وان ثمرة الاختلاف بينهما أنه في حالة الكفيل المتضامن يتم تطبيق احكام التضامن حيث يكونا (

1) د. رعد ادهم عبدالحميد ،د . نوزاد صديق سليمان ، عقد الكفالة دراسة مقارنة في القانون والشريعة الاسلامية ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة كركوك ، المجلد الثاني ، العدد الخامس ، 2013 ، ص10

2) د. صلاح الدين الناهي ، ج2 ،مطبعة دار المعرفة ، بغداد 1953، ص256

3) د. نبيل ابراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، بيروت ، منشورات الحلبي ،2010 ، ص332.

المدين والكفيل) بالنسبة الى الدائن مدينين متضامنين فيجوز للدائن ان يطالب اياً منهما بكل الدين دون ان يكون بوسع الكفيل المتضامن الدفع بالتجريد .

وللمقارنة بين مركز الكفيل الشخصي والكفيل العيني فانهما يشتركان من حيث مصدر الالتزام فكلاهما يكون عقد الكفالة مصدراً لإلتزام الكفيل سواء كان شخصياً أو عينياً ، أما من حيث طبيعة التزام كل منهما فأنه بلا شك التزام تبعي يتبع الالتزام الاصلي في الصحة والبطلان والوجود والانقضاء .

بالإضافة الى ذلك فأن اهلية الكفيل اذ يشترط في الكفيل العيني والشخصي اهلية التبرع باعتبار ان عقدهما من قبل عقود التبرع ولأن الكفالة بالنسبة لهما تعد عملاً ضاراً ومن حيث الدفوع التي يمكن ان يتمسك بها الكفيلان في مواجهة الدائن فبالإمكان التمسك بالدفوع الخاصة بالدين نفسه .

على الرغم مما تقدم من اوجه الشبه ففي المقابل يختلف مركز الكفيل العيني عن مركز الكفيل الشخصي من حيث مدى الضمان اذ إن الكفالة الشخصية تترتب في ذمة الكفيل الشخصي التزاكماً شخصياً بخلاف الكفيل العيني الذي لا يكون مسؤولاً شخصياً عن الدين وانما الذي يضمن الدين هو العقار الذي قدمه الكفيل ضماناً للدين ، كما يجوز للكفيل الشخصي كأصل عام ان يطالب الدائن بالرجوع على المدين اولاً لأنه اذا كان متضامن لا يجوز له ذلك واذا ما اراد الدائن التنفيذ على اموال الكفيل فيحق لهذا الاخير ان يطلب من الدائن التنفيذ على اموال المدين اولاً وهو ما يسمى بحق التجريد[1].

أما بشأن تمييز الكفيل العيني عن حائز العقار الرهون[2] فأن الحائز له معنى خاص في مجال بحثنا يختلف عن المعنى المعتاد والمألوف لهذا المصطلح فليس المقصود منه هو واضع اليد على العقار سواء كان بحسن نية أو بسوء نية وانما يراد به كل شخص انتقلت اليه ملكية العقار المرهون بعد الرهن ولم يكن مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون[3].

ولكي تثبت صفة الحائز لمن انتقلت اليه ملكية العقار المرهون بأي سبب من اسباب كسب الملكية وان لا يكون مسؤولاً عن الدين المضمون لكل ذمته المالية وان يكون قد سجل عقد شراء العقار المرهون فهذا التسجيل هو الذي يفصل في التزاحم بين حق المرتهن في التتبع وبين حق الحائز بالاحتفاظ بملكية العقار وعدم سريان التتبع في مواجهته .

1) ينظر المواد (1021 من القانون المدني العراقي) والمادة (788 من القانون المدني المصري) .
2) عرفت الفقرة 2 من المادة1307 من القانون المدني العراقي حائز العقار المرهون انه " كل من انتقلت اليه بعد الرهن بأي سبب من الاسباب ملكية هذا العقار أو أي حق عيني اخر عليه قابل للرهن دون ان يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين الموثق بالرهن " تقابلها المادة 2/1060 من القانون المدني المصري .ش
3) ينظر المادة (2/1306) من القانون المدني العراقي والمادة (2/1060) من القانون المدني المصري .

فيلاحظ مما سبق تقارب مركز الكفيل العيني مع حائز العقار المرهون ان كلاهما تتحدد صلته بالعقار المرهون نفسه وليس لهما علاقة مباشرة بالدين بعبارة اخرى انهما من ارباب ملكية العقار المرهون ابتداءً وانتهاءً وان كان هذا العقار قد وجد لضمان دين المدين مما يشترط فيهما ان يكونا مالكين للعقار المرهون .

والكفيل العيني والحائز يكونا مسؤولين بمقدار قيمة العقار المرهون فلا تتعدى هذه المسؤولية القيمة المذكورة فلا تتعدى للذمة المالية[1] كما يستطيع الدائن مطالبة الكفيل العيني دون ان يكون هذا الاخير الحق في الدفع بالتجريد وهذا هو الحال ذاته بالنسبة لحائز العقار المرهون فأنه لا يستطيع ان يدفع تتبع المرتهن للعقار بين يديه بتجريد المدين والطلب من الدائن مطالبة المدين اولاً قبل المباشرة في حق التتبع ، واذا اختار حائز العقار المرهون قضاء الدين بعد مباشرة الدائن المرتهن حق التتبع في مواجهته وهو من الخيارات التي منحها المشرع القانوني للحائز فأنه يستطيع الرجوع بما اوفى على المدين بدعوى الكسب دون سبب[2] وهذا الوضع الاخير ينطبق على الكفيل العيني فأنه يستطيع الرجوع على المدين على اساس الدعوى الشخصية نفسها اذا هو اوفى الدين للدائن[3] هذا ولا يحق للدائن المرتهن ان يطالب الكفيل العيني أو الحائز للعقار المرهون الا بعد حلول اجل الدين كما ان اي تغيير في اجل الدين يستفيد منه كل منهما .

ومما تجدر الاشارة اليه أن الكفيل العيني يختلف عن حائز العقار المرهون إذ ان مسؤولية الكفيل العيني هي مسؤولية ناشئة برضا و ارادة الكفيل العيني أي ان الاخير هو من انشأ أو اوجد الالتزام في ذمته بتقديمه عقار لضمان الوفاء بالدين المترتب في ذمة المدين ، اضافةً الى ان الكفيل العيني هو طرف في عقد الرهن ، اما مسؤولية حائز العقار المرهون فهي مسؤولية طارئة وان سبب انتقال ملكية العقار المرهون الى الحائز هو الذي انشأ هذه المسؤولية ، حيث ان الحائز اجنبي عن الدين وكان يمكن ان يكون اجنبياً عن الرهن لولا تملكه للعقار المرهون وهو ليس طرفاً في عقد الرهن[4]

1) ينظر المادة 1033 من القانون المدني العراقي .
2) ينظر المادة (1/1307) من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة (1061) من القانون المدني المصري .
3) ينظر المادة (1033) من القانون المدني العراقي .
4) د. غني حسون طه ، د. محمد طه البشير ، الحقوق العينية التبعية ، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ،2014 ،ص488 .

الفرع الثاني

تحديد طبيعة التزام الكفيل العيني في عقد الرهن التأميني

لما كان التزام الكفيل العيني يقوم على اساس من ضمان الدين المترتب في ذمة المدين لمصلحة الدائن المرتهن وبحدود قيمة العقار الذي قدمه لتقرير هذا الضمان فأن ذلك يعني ان التزام الكفيل هو التزام تابع لالتزام المدين وهذه التبعية[1] تعد وبحق جوهر طبيعة التزام الكفيل العيني وبها يتميز عن غيره[2] فضلاً عن النتائج التي تترتب على الاخذ بها من حيث نشوء التزامه أو من حيث اثاره .

ان تحديد طبيعة التزام الكفيل العيني يتوقف على ارتباطه بالتزام المدين الاصلي وبالتالي هو التزام تابع لالتزام المدين أو المكفول عنه حيث يكاد ان يجمع الفقهاء المسلمون باعتبار ان التزام المدين هو الاصل وان التزام الكفيل هو الفرع وبالتالي ان كل ما يتصف به الاول يتصف به الثاني ، لانه تابع كما ان كل ما يؤثر على التزام المدين يؤثر على التزام الكفيل سواء من حيث الانقضاء أو الايفاء أو الصحة والبطلان حيث يتحدد التزام الكفيل بما يلتزم به الاصيل لأن الكفيل لا يلزم الا بما يلزم به الاول ولا يتجاوز التزامه حدود التزام الاصيل وهذا ما جاء في المادة (747) من مجلة الاحكام العدلية .

وتجدر الاشارة الى ان التزام الكفيل العيني هو عقد شكلي اذا ما وقع الرهن على عقار ، فهو لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون وهو التزام ملزم لجانب واحد يتم بين الكفيل والدائن (المكفول له) اما المدين فهو ليس بطرف في عقد الكفالة ويلتز الكفيل في مواجهة الدائن بوفاء الدين اذا لم يفِ المدين به[3].

حيث ان الكفيل العيني هو الراهن فهو ملزم بعقد لجانب واحد وان مقرر الرهن هو وحده الذي يلتزم بمقتضاه[4].

اما من حيث صحة التزام الكفيل فأنه لا يكون صحيحاً الا اذا كان التزام المدين صحيحاً ، ومن حيث الوصف يتبع التزام الكفيل الالتزام الاصلي المكفول من حيث كونه معلق على شرط أو مضافاً الى أجل[5]

1) ينظر المواد (1013 -1016) من القانون المدني العراقي .
2) ينظر المادة (1315 من القانون المدني العراقي) والمادة (772 من القانون المدني المصري) .
3) د. عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في العقود المسماة (الكفالة) ، منشورات الحقوق ، بيروت ، 2018 ،ص18 .
4) د. غني حسون طه وآخر ، الحقوق العينية ،ج2 ، بغداد ، المكتبة القانونية ، ط4 ،2010 ، ص354 .
5) ينظر المادة (1021) من القانون المدني العراقي .

ومن حيث الرجوع الى الاثار المترتبة فأن الكفيل يكون له حق التمسك بالدفوع التي يتمسك بها المدين فيستطيع الاحتجاج بها في مواجهة الدائن منها المتعلقة بالدين حتى لو بشكل مستقل عن المدين حتى لو قام الاخير (المدين) التنازل عن الدفوع الخاصة به .

ويلاحظ اذا كان الدائن المرتهن لا يجوز له الا التنفيذ على العقار المرهون بيد الكفيل العيني فأن ذلك لا يؤدي الى زوال حقه في التنفيذ على اموال المدين الاخرى بوصفه دائناً عادياً له[1] وبهذا المعنى اشار القانون المدني العراقي الى انه اذا كان الراهن في عقد الرهن التأميني غير المدين فلا يجوز التنفيذ على شيء من ماله اذا لم يكن قد خصص لحق الدائن وعدم تجاوز مسؤوليته لهذا الحد .

المبحث الثاني

الاثار المترتبة على المركز القانوني للكفيل العيني في عقد الرهن التأميني

بعد ان انتهينا من تحديد المركز القانوني للكفيل العيني من حيث كونه طرفاً اصيلاً في عقد الرهن الى جانب المدين في مقابلة الدائن المرتهن فأن اول ما يترتب على هذا التحديد بيان احقية الدائن بمطالبة الكفيل العيني باعتباره راهناً ضامناً لدين المدين عند امتناع المدين عن الوفاء بهذا الدين اختياراً ومن جانب اخر فأن قيام الكفيل بوفاء دين الدائن يمكنه من الرجوع على المدين في حالات معينة باعتباره كفيلاً وهكذا تتحدد علاقة الكفيل بكل من الدائن والمدين والى جانب ذلك فأن التزام الكفيل العيني قد ينقضي وهذا الانقضاء يترتب عليه زوال أو انقضاء التزام الكفيل .

عليه سنتطرق في هذا المبحث للعلاقة بين الكفيل العيني والدائن المرتهن وذلك في المطلب الاول ونخصص الثاني لعلاقة الكفيل العيني والمدين .

المطلب الاول

العلاقة بين الكفيل العيني والدائن المرتهن

عند قيام عقد الكفالة العينية تبرز علاقة بين الكفيل العيني والدائن باعتبارهما الطرفان الاصيلان في عقد الرهن ولا سيما بعدما وضحنا امكانية رجوع المرتهن على الكفيل العيني اولاً و مباشرةً عند حلول اجل دينه المضمون بالرهن الا ان حق الدائن قد يعتريه من العقبات ما تحول دون مطالبة الكفيل العيني بالدين ، اذ ان بإمكان الاخير ان يستفيد من تبعية التزامه الاصلي ، في ان يدفع مطالبة الدائن بدفوع متعددة بعضها مستمدة من الدين الاصلي الذي سعى الكفيل العيني لضمانه وبعضها من عقد الرهن نفسه ، وعلى هذا النحو تتحدد العلاقة بين الدائن المرتهن والكفيل العيني ، ولتوضيح ذلك سنقسم هذا

1) ينظر المادة (1300 من القانون المدني العراقي) و المادة (1050 من القانون المدني المصري)

المطلب الى فرعين نتناول في اولهما مطالبة الدائن للكفيل العيني وفي الفرع الثاني سنبين الدفوع التي يتمسك بها الكفيل العيني في مواجهة المرتهن .

الفرع الاول

مطالبة الدائن المرتهن للكفيل العيني

ان الغاية من وجود الكفيل العيني في عقد الرهن هي مطالبة الدائن للمرتهن عن طريق تنفيذ الدائن على العقار المرهون وفقاً للاجراءات التي حددها القانون والتي تنتهي ببيع العقار المرهون في المزاد العلني ليستوفي الدائن المرتهن حقه من ثمنه الا ان مطالبة الدائن للكفيل العيني تثير عدة تساؤلات ترتبط بالوقت الذي يستطيع فيه الدائن المرتهن ان يطالب الكفيل العيني ، وما هو المدى أو النطاق الذي تدور فيه هذه المطالبة .

ابتداءً يمكن القول ان الدائن المرتهن ليس بوسعه مطالبة الكفيل العيني بدينه الموثق بالرهن الا اذا كان هذا العقد صحيحاً[1] من حيث الاركان والشروط والشكلية المتمثلة بتسجيل عقد الرهن في دائرة التسجيل العقاري[2].

وحتى يكون بمقدور الدائن مطالبة الكفيل العيني يجب ان يكون دين الدائن قد حل اجله لأن في هذا الوقت بالتحديد يبدأ الرهن بفاعليته ، الا ان ذلك لا يمنع الدائن المرتهن من طلب اتخاذ بعض الاجراءات التحفظية للمحافظة على حقه وصيانة العقار المرهون من الهلاك أو التلف ، فبحلول الاجل يستطيع الدائن المرتهن ان ينفذ على العقار المرهون بيد الكفيل العيني وهناك ما يثبت ذلك في ورقة رسمية (عقد الرهن)[3] حيث لا ينعقد الرهن الا بالتسجيل في السجل العقاري ، وسلطة الدائن المرتهن على العقار المرهون سواء كان العقار مملوك للمدين نفسه أم مملوكاً للكفيل العيني ، فيرجع الدائن على العقار المملوك للكفيل والتنفيذ عليه[4] .

وان كان الشخص الراهن في الرهن التأميني غير الشخص المدين فلا يجوز التنفيذ على شيء من ماله الذي لم يكن مخصصاً لضمان الحق المكفول ولا يجوز ان تتجاوز مسؤوليته عن هذا الحق حد ما رهن من ماله[5] لكفالة الوفاء بحق الدائن بدليل ان سلطة الدائن المرتهن تتأسس على ما يتمتع به من حق عيني على هذا المال ليس بمقتضى ماله من ضمان عام وهذا مع مراعاة الضوابط التي حددتها

1) ينظر المادة (776) من القانون المدني المصري .
2) ينظر المادة (74) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971 .
3) ينظر المادة (1286 من القانون المدني العراقي) و المادة (1031من القانون المدني المصري)
4) ينظر المادة (1299) من القانون المدني العراقي .
5) ينظر المادة (1341 من القانون المدني العراقي) والمادة (1050 من القانون المدني المصري) .

التشريعات الوضعية والتي الزمت المرتهن باتباعها لأستيفاء حقه من ثمن المرهون من حيث قيام مديرية التنفيذ بتوجيه اخطار رسمي الى المدين باعتباره المسؤول الاول شخصياً عن الدين[1].

بتحديد مدة وفي حال انتهاء هذه المدة دون ابداء أي اعتراض من المدين او رفض لسببٍ ما فأن مديرية التنفيذ تستأنف اتخاذ الاجراءات بحق المدين[2]

ويلي ما تقدم اخطار المدين بالوفاء وعند احجام الاخير عن الوفاء فيكون من حق الدائن المرتهن التنفيذ على مال الكفيل العيني وفقاً للقانون[3] كما ان الدائن المرتهن لا يبدأ بمباشرة تتبع المرهون تحت يد من انتقلت اليه ملكيته كما هو الحال بالنسبة الى الحائز بل يباشر التنفيذ في مواجهة الراهن (الكفيل العيني) الذي وافق على الالتزام وحدد مسؤوليته في ما قدمه من مال[4] حيث انه من غير المتصور ان يكون الاخطار متضمناً اخطار موجه للمدين على بيان محل الرهن المراد التنفيذ عليه وتسجيله بأسمه حيث لا يعتبر الحائز مالكاً ولم يكن له حق رهن عليه ولم تكن له اي علاقة به ، لذلك يتوجب توجيه هذا التنبيه وتسجيله بأسم الكفيل العيني لكونه اكثر انسجاماً مع التأصيل الصحيح لمركز الكفيل باعتباره ملتزماً في مواجهة الدائن المرتهن لوفاء الدين الى جانب المدين لما رهن من مال[5].

الفرع الثاني

الدفوع التي يتمسك بها الكفيل العيني في مواجهة الدائن المرتهن

في مقابلة حق الدائن بمطالبة الكفيل العيني بالتنفيذ على العقار المرهون استناداً لما يفيده عقد الرهن من اثار بين عاقديه ، فأن الكفيل العيني يكون بوسعه ان يدفع مطالبة المرتهن ويبعد عقاره عن التنفيذ اذا ما توفرت لهذه الدفوع وجودها وشروطها ، حيث يقر الفقهاء القانون المدني لن للكفيل ان يدفع بالدفوع المتعلقة بالعقد الذي انشأ الدين الاصلي (دفوع المدين) كما لو دفع الكفيل ببطلان هذا العقد أو ان الدين قد انقضى بالوفاء كذلك الحكم لو كان التزام المدين باطلاً لعيباً في الشكل أو لانعدام في الرضا أو عدم مشروعية المحل أو السبب باعتبار ان التزام الكفيل تابعاً لإلتزام المدين فهو يبطل التزام الكفيل كما بطل التزام المدين وينقضي تباعاً كما انقضى الالتزام الاصلي .

1) ينظر المادة (18) من القانون المدني العراقي .
2) د.محي الدين اسماعيل علم الدين ،اصول القانون المدني ،الحقوق العينية (الاصلية والتبعية)، دار الجبل للطباعة ، بلا سنة طبع ، ص615 .
3) لم يورد المشرع العراقي نص صريح يوضح الكيفية التي يتم بها مباشرة الاجراءات ولكن بالرجوع للقانون المقارن (المصري) نجد ان الفقرة الاخيرة من المادة401 من قانون المرافعات المصري النافذ الصادر بالقانون رقم13 لسنة1968 تقضي بأنه "اذا كان التنفيذ على العقار المرهونمن غير المدين اعلن التنبيه الى الراهن بعد تكليف المدين بالوفاء وفقاً لحكم المادة 281 "
4) د.سليمان مرقس الوافي في شرح القانون المدني في الحقوق العينية ، مج2 ، بلا دار نشر ،ط3 ،1994، ص183 .
5) د.نبيل ابراهيم سعد ، التأمينات العينية (الرهن الرسمي ،حق الاختصاص، الرهن الحيازي،حقوق الامتياز) ، دار الجامعة الجديدة للنشر ،الاسكندرية ،2005 ،ص109

والجدير بالذكر ان سبب نشأة هذا الحق يعود لأمرين أولهما اتخاذهما حصانة مؤقتة عند التنفيذ على امواله وثانيهما ببراءة ذمته من الدين[1]

وبناءً على ذلك يمكننا القول يكون للكفيل العيني الحق في التمسك بأوجه الدفوع التي يتمسك بها الكفيل الشخصي ويرجع اصلها الى مصدر الدين ذاته أو الى شخصه باعتباره لم يخرج عن كونه كفيلاً ضامناً لدين الغير[2] ويلاحظ ان نصوص التشريع العراقي قد خلت من الاشارة الى تمسك الكفيل بأوجه الدفوع الخاصة بالمدين ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين ، وهذا الخلو يعد قصور تشريعي لابد من تلافيه لحماية حقوق الكفيل العيني والتي ينقضي بها الالتزام وتبرأ ذمة الاخير وحفاظاً على الحقوق وتأكيد لصفة التبعية للالتزام المضمون[3]

كما يحق للكفيل العيني ان يتمسك بالدفوع الخاصة به هو باعتباره راهن ، وتلك الدفوع التي ترجع الى العقد المبرم بينه وبين الدائن المرتهن (عقد الرهن) كما لو كان هذا العقد باطلاً فيحق له ان يدفع بهذا البطلان فيتخلص من الرهن الذي عقده مع بقاء الدين في ذمة المدين الاصلي ، كما يحق للكفيل العيني ان يدفع بمطالبة المرتهن له بالدفوع التي ترجع الى الدائن نفسه والتي يمكن التعبير عنها بتقصير الدائن بمطالبته بحقه بالشكل الذي لا يتصور صدوره من الشخص المعتاد أو تباطؤ الدائن في التنفيذ على منقولات المدين .

ويعد ذكرنا لكل ما تقدم تكاد تكون تطبيقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية متمثلةً في الخطأ المنسوب للدائن والمتمثل في ضياع التأمينات المقررة توثيقاً للدين تقصيراً منه .

المطلب الثاني

علاقة الكفيل العيني والمدين

تنشأ العلاقة بين الكفيل العيني وبين المدين وغيره من الملتزمين بالدين في حال قيام الكفيل العيني بوفاء الدين عن طريق تنفيذ الدائن المرتهن على عقاره المرهون بسبب عقد الرهن وان اعتبرت من اثار الكفالة الا انها ليست اثار مباشرة لها ، ولتوضيح هذه العلاقة سنقسم هذا المطلب لفرعين نتطرق بالبحث في اولهما لرجوع الكفيل العيني على المدين ونعرض في ثانيهما رجوع الكفيل على غيره من الملتزمين بالدين .

1) د.احمد محمود سعد ، التأمينات الشخصية والعينية في القانون المصري واليمني ، الكفالة والرهن الحيازي (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1، 1990 ، ص327 .

2) ينظر المادة (1042 من القانون المدني المصري) .

3) عقيل فاضل حمد الدهان ، تبعية التأمينات للالتزام الاصلي في القانون المدني ، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ،1999، ص133 .

الفرع الاول

رجوع الكفيل العيني على المدين

يثبت حق الكفيل العيني في الرجوع على المدين في جميع الحالات التي لا يقوم فيها المدين بوفاء دينه اختياراً أو قضاءً اذ لا يمكن الحديث عن هذا الرجوع عند انقضاء الدين عن طريق المدين ، لان التزام الكفيل يكون قد انقضى تبعاً لانقضاء الدين ، واذا تعدد المدينين فيحق للكفيل الرجوع على اياً منهم اذا كانوا متضامنين بما وفاه من الدين[1] وفي حال كانوا غير متضامنين فيحق للكفيل الرجوع على كل واحد منهم بمقدار حصته من الدين .

وقد اجمع الفقهاء القانونيون على حق الكفيل في الرجوع على المدين بأختلاف ان كان المدين شخصاً واحداً أو متعدداً وان كانت وسائل الرجوع على المدين واحدة ، ففي الفرض الاول وهو الغالب في الحدوث فأن من حق الكفيل العيني الرجوع عليه بكل ما وفاه على اعتبار ان الكفيل ليس لديه مصلحة في الوفاء بهذا الدين بمقتضى دعوتين ، الاولى دعوى شخصية والثانية دعوى عينية وهي دعوى الحلول العيني ويبقى للكفيل العيني الحق في اختيار احدى هاتين الدعويين حسب ما تقتضيه مصلحته اذا توفرت شروط تحققها.

والدعوى الشخصية سميت كذلك لأنها تخول الكفيل حقاً شخصياً قائما بذاته مستقلاً عن حق الدائن بخصائصه وصفاته وهذه الدعوى تثبت للكفيل العيني اذا كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين ورضاه او عقدت من دون علمه لكن دون معارضة منه وتتخذ هذه الدعوى صورتين الاولى دعوى وكالة أو دعوى فضالة .

أن تأسيس الدعوى الشخصية على اساس من الوكالة أو الفضالة لم يلقى قبولا لدى جانب من الفقهاء في مصر الذين وضعوا اساس اخر لهذه الدعوى يستند على نص القانون الذي منح الكفيل العيني الحق في الرجوع بدعوى متميزة اسموها بدعوى الكفالة مستندين على نصوص القانون المدني المصري الذي اشار الى ان للكفيل الذي قام بإيفاء الدين الرجوع على المدين سواء عقدت الكفالة بعلمه أو من غير علمه[2] ولو رجعنا الى القانون المدني العراقي نجد ان النصوص اشارت الى حق الكفيل في الرجوع بشكل مطلق[3] وهذه الفقرة الوحيدة التي يمكن الاستناد عليها لتأسيس حق الكفيل في الرجوع على المدين

1) ينظر المادة (641) من مجلة الاحكام العدلية .
2) ينظر المادة (1/800 من القانون المدني المصري) .
3) ينظر المادة (1/1033 من القانون المدني العراقي) .

بالدعوى الشخصية ، واذا كان صحيحاً ان هذه الدعوى تجد مصدرها المباشر في نص القانون لكن الحاجة قائمة لاعطاء تكييف قانوني لها واعتبارها دعوى كفالة واستبعاد اساس الوكالة او الفضالة .

وكذلك يمكن القول ان في ضل احكام القانون المدني العراقي ان من يقضي دين غيره بلا امراً منه فأن الدين يسقط عن المدين سواء قبل أم لم يقبل ويعتبر هذا الدافع متبرعاً لا يملك حق الرجوع على المدين الا اذا تبين من الظروف ان له مصلحة في دفع الدين[1]

أما بالنسبة لدعوى الحلول أو ماتسمى بالدعوى العينية فأن الكفيل يرجع على المدين عند وفاء دين الدائن في جميع ما له من حقوق قبل المدين وهي لا تعدوا ان تكون تطبيقاً للقواعد العامة في الوفاء مع الحلول ، فيحل الموفي من غير المدين سواء كان حلولاً قانونياً او اتفاقياً محل الدائن[2].

لكي يرجع الكفيل بمقتضى دعوى الحلول يجب ان يتوافر شرطان ، الاول هو وفاء الكفيل لدين الدائن عند حلول اجله ، والثاني ان يكون هذا الوفاء مبرءً لذمة المدين من الدين .

اما في حال تعدد المدينين فيجب التمييز بين ما اذا كان المدينون متضامنين بالدين فيحق للكفيل ان يرجع على اي واحد منهم بكل الدين وبين ما اذا كان المدينون غير متضامنين فأن للكفيل ان يرجع على كل واحد منهم بقدر نصيبه من الدين[3]

الفرع الثاني

رجوع الكفيل العيني على غيره من الملتزمين بالدين

عندما يثبت للكفيل العيني الحق في الرجوع على المدين فأنه يكون له الحق في الرجوع على غيره من الكفلاء في حال تعددهم ، وكذلك له الحق في الرجوع على حائز العقار المرهون ، وهذا الحق يثبت للكفيل العيني كما يثبت للكفيل الشخصي على الرغم من انهما يختلفان في مدى المسؤولية عن الدين ، حيث لا يسأل الكفيل العيني الا بما يساوي قيمة العقار الذي رهنه تأميناً لدين المدين بخلاف الكفيل الشخصي الذي تكون ذمته المالية كلها ضامنة للدين ويسأل عن كل ما في ذمته ، الا انهما يتفقان من حيث طبيعة المسؤولية عن الدين المضمون لأن كليهما صاحب التزام تبعي ، فرجوع الكفيل العيني على كفيل اخر سواء كان شخصياً أو عينياً يخضع للقواعد نفسها التي يرجع بمقتضاها الكفيل الشخصي .

هذا ويتحدد مقدار نصيب كل منهم بالكيفية التي تبين في السجل العقاري[1] ويثبت للكفيل العيني الحق في الرجوع على حائز العقار المرهون[2] وهذا الاخير هو من يتلقى ملكية العقار المرهون بعد ايقاع

1) ينظر المادة (239) من القانون المدني العراقي .
2) ينظر المادة (2/1033 من القانون المدني العراقي) والمادة (799 من القانون المدني المصري) .
3) ينظر المادة (321 من القانون المدني العراقي) والمادة (801 من القانون المدني المصري) .

الرهن كالمشتري فيحق للكفيل العيني متى ما اوفى الدين الرجوع على حائز العقار على اساس حلول الكفيل العيني محل الدائن الذي استوفى حقه في هذا الرهن ، فيكون له حق تتبع العقار بين يدي الحائز ويستوفي ما دفعه من الدين بعد التنفيذ على العقار المرهون متقدماً على سائر دائني الحائز للعقار بسبب هذا الحلول .

ومن الجدير بالذكر ان رجوع الكفيل العيني على الحائز للعقار المرهون وحرمان الاخير منه يثبت في حال كون العقار المرهون الذي انتقلت ملكيته الى حائز كان مملوكا للمدين وليس للكفيل العيني ،لأنه لو كان العقار مملوكا للكفيل العيني وتصرف فيه الى الحائز فأن الاخير اذا ما اوفى الدين تثبت له احقية الرجوع على الكفيل العيني باعتباره مالكاً سابقاً وهذا الاساس يمنع الكفيل العيني من الرجوع على الحائز عند وفائه هو بالدين للدائن لأن الضمان والتعرض لا يجتمعان فلا يجوز ان يرجع على الحائز بشيء والا عد متعرضا في ملكيته ويرجع على المدين .

ولهذا السبب منعت النصوص القانونية حق الرجوع للحائز على الكفيل العيني ، حيث ان الحائز الموفي يحل محل الدائن فيما له من تأمينات الا ما كان منها مقدماً من شخص اخر غير المدين لأنه بخلاف ذلك نكون قد سمحنا للمدين بإرادته وفعل ان يسيء الى مركز الكفيل العيني[3].

1) ينظر المادة (311) من قانون التسجيل العقاري رقم43 لسنة1973 .
2) ينظر المادة (1306 /2) من القانون المدني العراقي .
3) ينظر المادة (1/1307 من القانون المدني العراقي) و المادة (1061من القانون المدني المصري)

الخاتمة

بعد ان انتهينا من البحث في (مركز الكفيل العيني في عقد الرهن التأميني) ، لابد من بيان اهم الاستنتاجات والمقترحات التي توصلنا اليها خلال بحثنا هذا .

اولاً : الاستنتاجات

1. ان الكفيل العيني وان كان يجمع بين كفالة الدين وضمان الوفاء به من خلال رهن العقار بمعنى انه يجمع بين وصفي الكفيل والراهن الا ان صفة الراهن فيه هي الغالبة ولا يمكن القول بإمكانية المقارنة في تسميته بالكفيل مع الكفيل الشخصي .
2. ان تدخل الكفيل العيني دون علم المدين أو رغم معارضته ليس الا تطبيقاً للقواعد العامة في الوفاء التي تجيز ان يكون الموفي بالدين غير المدين .
3. الكفالة العينية في تأمين تبعي يخول الدائن المرتهن ميزة التقدم والتتبع على العقار موضوع الكفالة العينية وخلاف الكفالة الشخصية التي تعد من قبيل التأمينات الشخصية .
4. ان عقد الكفالة العينية هو عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل ، ويكون عقد تبر عي اذا كان بدون مقابل وايضاً عقد تبعي .
5. عقد الكفالة العينية يتميز بإمكانية انعقاده دون رضا المدين أو حتى بدون علمه .
6. يستطيع الكفيل العيني التمسك بالدفوع التي يتمسك بها المدين لخلو التشريع العراقي من هذه الحماية مكتفياً بالقواعد العامة فقط .

ثانياً : المقترحات

1. ايراد نص تشريعي يجيز تدخل الكفيل العيني دون موافقة المدين وحتى في معارضته حتى وان لم تكن له مصلحة في الوفاء .
2. في حالة تقديم المدين عقاراً من عقاراته ضماناً للدين الى جانب ضمان الكفيل العيني (عقاره المرهون) للدين نفسه ، فيجوز للكفيل العيني مطالبة الدائن التنفيذ اولاً على عقار المدين قبل طلب التنفيذ على عقاره ومن هذا نقترح تعديل المادة (1300) من القانون المدني العراقي لتصبح بالشكل الاتي " اذا كان الدين مضموناً برهن مقدم من المدين ورهن مقدم من الكفيل العيني ، يجوز للكفيل العيني ان يطلب من الدائن التنفيذ على العقار المرهون من قبل المدين قبل التنفيذ على عقاره " .

المصادر

اولاً : الكتب القانونية

1. د. احمد محمود سعد ، التأمينات الشخصية والعينية في القانون المصري واليمني ، الكفالة والرهن الحيازي (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1، 1990
2. د. جابر محمد سعيد ،رجوع الدائن على الكفيل ، دار الكتب القانونية ،2010 .
3. د. رعد ادهم عبدالحميد ،د . نوزاد صديق سليمان ، عقد الكفالة دراسة مقارنة في القانون والشريعة الاسلامية ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة كركوك ، المجلد الثاني ، العدد الخامس ، 2013 .
4. د. سمير تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، بلا دار نشر ، الاسكندرية ،1966 .
5. د. صلاح الدين الناهي ، ج2 ،مطبعة دار المعرفة ، بغداد 1953.
6. د. عدنان ابراهيم السرحان ، شرح القانون المدني ،العقود المسماة(المقاولة، الوكالة، الكفالة) ،ط1 ،دار الثقافة للنشر ، عمان2009 .
7. د. عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في العقود المدنية المسماة (الكفالة) ،بلا طبعة ، منشورات الحقوق زينية ، بيروت ، 2018 .
8. د. عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في العقود المسماة (الكفالة) ، منشورات الحقوق ، بيروت ، 2018.
9. د. غني حسون طه ، د. محمد طه البشير ، الحقوق العينية التبعية ، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ،2014 .
10. د. غني حسون طه وآخر ، الحقوق العينية ،ج2 ، بغداد ، المكتبة القانونية ، ط4 ،2010 ،.
11. د. فتحي عبد الفتاح الشاوي ، احكام عقد الكفالة ،منشأة المعارف، الاسكندرية 2002 .
12. د. محي الدين اسماعيل علم الدين ،اصول القانون المدني ،الحقوق العينية (الاصلية والتبعية)، دار الجبل للطباعة ، بلا سنة طبع .
13. د. نبيل ابراهيم سعد ، التأمينات العينية (الرهن الرسمي ،حق الاختصاص، الرهن الحيازي،حقوق الامتياز) ، دار الجامعة الجديدة للنشر ،الاسكندرية ،2005 .

14. د. نبيل ابراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، بيروت ، منشورات الحلبي ،2010.

15. د.سليمان مرقس الوافي في شرح القانون المدني في الحقوق العينية ، مج2 ، بلا دار نشر ،ط3 ،1994، .

16. عبد الفتاح عبد الباقي ، احكام القانون المدني المصري ، التأمينات العينية والشخصية ، ط2 ، 1954 .

ثانياً : الرسائل والاطاريح

1. عقيل فاضل حمد الدهان ، تبعية التأمينات للالتزام الاصلي في القانون المدني ، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ،1999.

ثالثاً : البحوث

1. د.غني ريسان جاور ، التنظيم القانوني للتأمين التكميلي في الرهن ،دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة كلية القانون والعلوم السياسية في الجامعة العراقية ، 2022 .

رابعاً : القوانين

1. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 .
2. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .
3. قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971 .

References:

First: Legal Books

1 Dr. Ahmed Mahmoud Saad, Personal and Real Insurance in Egyptian and Yemeni Law, Suretyship and Pledge of Allegiance (A Comparative Study), Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1st ed., 1990.

2 Dr. Jaber Muhammad Saeed, Creditor's Recourse against the Guarantor, Dar Al-Kotob Al-Qanuniya, 2010.

3 Dr. Raad Adham Abdel Hamid, Dr. Nawzad Siddiq Suleiman, The Surety Contract: A Comparative Study in Islamic Law and Sharia, Journal of the College of Law for Legal and Political Sciences, University of Kirkuk, Volume Two, Issue Five, 2013.

4 Dr. Samir Tanago, Personal and Real Insurance, no publisher, Alexandria, 1966.

5 Dr. Salah Al-Din Al-Nahi, Vol. 2, Dar Al-Ma'rifa Press, Baghdad, 1953.

6 Dr. Adnan Ibrahim Al-Sarhan, Explanation of Civil Law, Named Contracts (Contracting, Agency, Guarantee), 1st ed., Dar Al-Thaqafa Publishing House, Amman, 2009.

7 Dr. Ismat Abdul Majeed Bakr, A Brief Introduction to Named Civil Contracts (Guarantee), no edition, Zainiya Law Publications, Beirut, 2018.

8 Dr. Ismat Abdul Majeed Bakr, A Brief Introduction to Named Contracts (Guarantee), Law Publications, Beirut, 2018.

9 Dr. Ghani Hassoun Taha, Dr. Muhammad Taha Al-Bashir, Accessory Real Rights, Ministry of Higher Education and Scientific Research Press, Baghdad, 2014.

10 Dr. Ghani Hassoun Taha and others, Real Rights, Vol. 2, Baghdad, Legal Library, 4th ed., 2010.

11 Dr. Fathi Abdul Fattah Al-Shawi, Provisions of the Guarantee Contract, Manshaat Al-Maarif, Alexandria, 2002.

12 Dr. Mohi El-Din Ismail Alam El-Din, Principles of Civil Law, Real Rights (Original and Accessory), Dar El-Gebel Printing House, no date.

13 Dr. Nabil Ibrahim Saad, Real Securities (Official Mortgage, Right of Jurisdiction, Possessive Mortgage, Privileges), Dar El-Jamia El-Gedida Publishing House, Alexandria, 2005.

14 Dr. Nabil Ibrahim Saad, Real and Personal Securities, Beirut, Al-Halabi Publications, 2010.

15 Dr. Suleiman Marcus Al-Wafi, Explanation of Civil Law in Real Rights, Vol. 2, no date, 3rd ed., 1994.

16 Abdel Fattah Abdel Baqi, Provisions of Egyptian Civil Law, Real and Personal Securities, 2nd ed., 1954.

Second: Theses and Dissertations

1 Aqeel Fadhel Hamad Al-Dahhan, "The Subordination of Insurance to the Original Obligation in Civil Law, A Comparative Study in Islamic Jurisprudence," Master's Thesis submitted to the College of Law, University of Baghdad, 1999.

Third: Research

2 Dr. Ghani Risan Jawor, "The Legal Regulation of Supplementary Insurance in Mortgage, A Comparative Study," a research paper published in the Journal of the College of Law and Political Science at the University of Iraq, 2022.

Fourth: Laws

3 Egyptian Civil Law No. 131 of 1948.

4 Iraqi Civil Law No. 40 of 1951.

5 Iraqi Real Estate Registration Law No. 43 of 1971.