الطبيعة القانونية للكفالة العينية
(دراسة مقارنة)

أ. د. غني ريسان جادر الباحث. إياد كاظم عبد الزهرة
كلية القانون / جامعة البصرة

الملخص

ان الكفالة العينية لم يتم تنظيمها من قبل المشرع، ولم تحضَ باهتمام الفقه على كثرة ماكتب من مؤلفات في التامينات العينية والشخصية، لذلك فان البحث يهدف الى تحديد الطبيعة القانونية للكفالة العينية التي بمقتضاها يقدم الكفيل العيني تأمين عيني للدائن بمال معين من أمواله ضمانا للوفاء بدين في ذمة المدين الأصلي ، ووسيلته بذلك هي رهن ذلك المال رهنا تأمينيا اذا كان المال عقاراً او حيازيا اذا كان المال عقاراً او منقولاً، فهو كفيل لدين غيره وراهن لمال معين من أمواله لضمان ذلك الدين، ولتحديد الطبيعة القانونية لها لابد من معرفة نوع الالتزام الذي يلتزم به الكفيل العيني ونوع التامين الذي تقدمه الكفالة العينية، لنصل إلى معرفة القواعد التي يمكن أن تكون صالحة للتطبيق عليها.

The The legal Characterization of Real Security (A Comparative Study)

Prof. Dr . Ghani Resan Jadir /College of Low

University of Basrah

Researcher. Ayad Kadhim Abdul Zahra / Alalamain Institute for Postgraduate Studies

Abstract

Real security has not been regulated by the legislator, although there are many writings on personal and real insurances, it does not receive the attention of the jurisprudence. Therefore, the study aims at determining the legality of real security of which the real surety shall give real insurance to the creditor representing in a property as a surety of the debt owed by the original debtor. The methodology is to mortgage this property as insurance mortgage if the property is real estate or a possessory pledge if the property is real estate or movables. Hence, the real surety is a kind of insurance of another debt and a mortgage of certain property. In the pursuit of determining the legality of real security is necessary to define a type of obligation upon the real surety and kind of insurance in order to state the applicable rules of the real surety.

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين، وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين.

أولا / جوهر فكرة البحث

إن المدين يفترض أن يؤدي الدين الذي يثقل ذمته طائعا مختارا، الا أن هذا الفرض لا يتحقق في كثير من الأحيان، لذلك يبقى الدائن بسبب امتناع المدين عن السداد، محاطا بمجموعة من المخاطر، خاصة إذا كان محاصر بالدائنين، مع كون الدائن متساويا مع الدائنين الاخرين في سعيهم نحو التنفيذ على أموال المدين، ومعنى ذلك ان لكل دائن ان ينفذ على أموال المدين لاستخلاص دينه، لذلك وتلافيا لمخاطر جمة، منها حرية المدين في التصرف بأمواله، ولأهمية مبدأ المساواة، ومبدأ العدالة بين الدائنين، أصبح الدائن يسعى للحصول على ضمان اخر يعزز قدرته على استيفاء دينه، والتشريعات أعطت الحق للدائن ان يطلب ضمانات تكفل له تحقيق تلك الغاية، فتبعث له الثقة والاطمئنان لاستيفاء حقه ومن هذه الضمانات التي تحقق له مُبتغاه وجود الكفيل الذي يضمن له وفاء الدين، حيث يتقدم شخص غير المدين لضمان وفاء ما على المدين لدائنه، فيضم ذمته إلى ذمة المدين ليزيد من ضمان الدائن نحو تحصيل دينه.

وبذلك يصبح للدائن حق الضمان العام ليس على جميع أموال مدينه فحسب، بل أيضا على جميع أموال الكفيل، ويطلق على هذه الكفالة اصطلاح الكفالة الشخصية، لأنها تنشئ في ذمة الكفيل التزاما شخصيا ينفذ في جميع أمواله، وقد يرى الكفيل أن يقصر التزامه في مال معين من أمواله التي يملكها، وذلك برهن المال رهنا تامينيا أو حيازيا، فينشئ لمصلحة الدائن حقا عينيا تبعيا لهذا المال، تأمينا له للوفاء بدينه، ويطلق على هذه الكفالة اصطلاح الكفالة العينية، وهي لا تخول الدائن فوق ما

له من حق الضمان العام على جميع أموال مدينه أن ينفذ على شيء من أموال الكفيل غير المال الذي جعله هذا ضمانا لوفاء الدين، وهذه الكفالة توصف بانها صورة مركبة من الكفالة والرهن.

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 هي الكفالة الشخصية والرهن، فالموضوع يتطلب منا تكييفاً 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 رهن، ويمكن أن تخضع للنظامين باعتبارها كفالة ورهن، وهذا ما سنتناوله في موضوع البحث لنصل إلى معرفة الطبيعة القانونية للكفالة العينية والقواعد التي يمكن أن تكون صالحة للتطبيق عليها.

ثانيا / أهمية البحث وأسباب اختياره

تتجلى أهمية وأسباب اختيار الموضوع بالآتي:

١. تحديد نوع التزام الكفيل العيني بموجب عقد الكفالة العينية، فهل هو التزام شخصي كما في الكفالة الشخصية، أم هو التزام عيني كما في عقد الرهن.

٢. تحديد نوع التأمين الذي يقدمة الكفيل العيني، والذي يترتب علية تمتع الدائن بالحقوق تبعا لنوع هذا التأمين، فالكفالة الشخصية تعطي تأمينات شخصية، والرهن يعطي تأمينات عينية.

٣. تضارب اراء الفقه وأحكام القضاء في وضع الضوابط الخاصة بالكفالة العينية مما يؤثر في استقرار الأحكام القضائية الخاصة لهذا النوع من الكفالة كونه ينصب على مال معين من أموال المدين ولا يسري على كل ذمته المالية.

٤. تحديد نوع القواعد القانونية التي تخضع لها الكفالة العينية، باعتبارها صورة مركبة من الكفالة والرهن، وبيان مدى خضوعها للقواعد المنظمة لأحكام الكفالة الشخصية، والقواعد المنظمة لأحكام الرهن.

٤. كما يرجع سبب اختيار الموضوع إلى قلة إذا لم نقل انعدام الدراسات المتخصصة بالكفالة العينية إذ إنه لم يحظ بدراسة معمقة من قبل رجال القانون سواء على نطاق العراق أو على نطاق القوانين المقارنة محل الدراسة وهي كل من القانون المصري والقانون الفرنسي، إضافة إلى إن الكتابات والأحكام والأبحاث شحيحة إلى حد كبير، الأمر الذي يشجعنا على الخوض في دراسة هذا الموضوع بغية افادة المكتبة القانونية بهذا البحث.

٥. بالرغم من إقرار التشريعات بوجود الكفالة العينية، لكن لا توجد نصوص صريحة تخص الكفالة العينية وتضع حجر الأساس فيها بحيث تحدد ابعادها وطبيعتها والقواعد القانونية التي تحكمها.

ثالثا / إشكالية البحث

إن قيام الكفيل العيني برهن مال معين من أمواله لمصلحة الدائن ولضمان دين المدين، يضعنا أمام عدة تساؤلات تثير الكثير من الإشكاليات القانونية أهمها، ما هو نوع التزام الكفيل العيني بموجب عقد الكفالة العينية، وما هو نوع التأمين الذي يقدمه؟ وما هي القواعد القانونية التي يمكن تطبيقها على الكفالة العينية، فهل هي القواعد المنظمة لأحكام الكفالة ام الرهن، أم الاثنين معا؟ لتحديد الطبيعة القانونية لها ومعرفة القواعد التي تحكمها.

رابعا / منهجية الدراسة ونطاقها

سنتبع في دراسة بحثنا في (الطبيعة القانونية للكفالة العينية) على المنهج التحليلي القائم على مناقشة كل ما هو متاح من معلومات وأفكار واراء حول هذا الموضوع ، في ضوء نصوص التشريع و اراء الفقه القانوني و الفقه الإسلامي فضلا

عن اتباع المنهج المقارن العراقي ، إذ ستكون دراستنا في القانون العراقي . بالمقارنة مع القانون المصري والقانون الفرنسي مع بيان موقف الفقه الإسلامي ، والسبب اختلاف المعالجة الفقهية وتضارب الأحكام القضائية بصدد المسائل المتعلقة بالكفالة العينية في هذين القانونين قياسا بالقانون العراقي.

خامسا: هيكلية البحث

يقتضي الالمام بموضوع الطبيعة القانونية للكفالة العينية والاحاطة به أن تتم الدراسة من خلال مقدمة ومبحثين وخاتمة، وتخصيص المبحث الأول الكفالة العينية التزام عيني وتقسيمه إلى مطلبين نخصص المطلب الأول لمفهوم الالتزام العيني، ونخصص المطلب الثاني لمدى انطباق الالتزام العيني على الكفالة العينية، أما المبحث الثاني فسنخصصه بالكفالة العينية تأمين عيني ، وسنقسمه إلى مطلبين نخصص المطلب الأول لمفهوم التأمين العيني، والمطلب الثاني لمدى انطباق التأمين العيني على الكفالة العينية، وأخيرا نختم موضوع بحثنا بخاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها من خلال البحث والتي نتمنى أن نكون قد وفقنا بها.

المبحث الأول/ الكفالة العينية التزام عيني

لمعرفة مدى انطباق الالتزام العيني على الكفالة العينية وهل إن التزام الكفيل العيني هو التزام عيني؟، وللوصول إلى الطبيعة القانونية لالتزام الكفيل العيني بشكل صحيح، لابد من بحث مفهوم الالتزام العيني بشكل عام وموجز، بحيث نقسم هذا المطلب إلى فرعين الأول لمعرفة مفهوم الالتزام العيني والثاني لمدى انطباق الالتزام العيني على الكفالة العينية.

المطلب الأول/ مفهوم الالتزام العيني

الالتزام لغة: من لزم، لزم الشيء يلزم لزوما، ثبت وداوم ويتعدى بالهمزة، فيقال ألزمته أي أثبته وأدمته، ولزمه المال وجب عليه، وألزمته المال والعمل، ولازمت الغريم ملازمة، ولزمته الزمه أيضا تعلقت به[1].

وبالرغم من إن نظرية الالتزام هي نظرية قانونية، إلا أن بعض الفقهاء الإسلاميين المعاصرين[٢]، حاول تعريف نظرية الالتزام من منظور شرعي، معتمدا بذلك على كلمة الالزام الواردة في مواضع عدة من القران الكريم، منها قوله تعالى: (قُلْ مَا يَعْبَأُ بِكُمْ رَبِّي لَوْلَا دُعَاؤُكُمْ ۖ فَقَدْ كَذَّبْتُمْ فَسَوْفَ يَكُونُ لِزَامًا)[٣]، وقوله تعالى: (وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِنْ رَبِّكَ لَكَانَ لِزَامًا وَأَجَلٌ مُسَمًّى)[٤]، وهنالك فرق بين الالتزام والالزام، فالأول يكون من سلطة حاكمة خارجة عن الملتزم، اما الثاني يصدر من الشخص الملتزم، اختياراً منه ولما قبل بنفسه[٥].

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[٦]. فهو التزام ينشأ بسبب وجود حق عيني لشخص معين على عين معينة[٧].

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[٨]، واخر عرفه بأنه أداء يجب أن يقوم به شخص بسبب أنه مالك لشيء معين أو صاحب حق عيني[٩].

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[١٠]، فهو ملتزم بصفته حائزا لبعض الأشياء أو الأموال ، وفي حدود تلك الأشياء أو الأموال فقط[١١].

والالتزام العيني ينتقل بانتقال الشيء فهو يلازم الشيء وهو لا يعتمد على الطريقة التي ينتقل بها هذا الشيء أو الحق العيني الذي على هذا الشيء[١٢].

وإن 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 بإرادته 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 (١/١٢٧٧) 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 المرتفق)[١٣]، اما الالتزام الشخصي فتعلقه بالمدين بوصفه الشخصي لا يجوز له ان يتخلص منه بإرادته المنفردة [١٤].

ويتميز الالتزام العيني عن الالتزام الشخصي والحق العيني ، إذ ان المادة (١/٦٩) من القانون المدني العراقي عرفت الحق الشخصي بأنه رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين ، يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقا عينيا أو ان يقوم بعمل أو ان يمتنع عن عمل ، فالحق الشخصي قد يكون نقل حق او قيام بعمل او امتناع عن عمل ، ويعد القانون من الحق الشخصي التزام المدين بنقل الملكية أيا كان محلها نقدا أو مثليات او قيميات ، وكذلك الالتزام بتسليم شيء معين ، وكان المشرع قاصدا بهذه الإضافة التفسيرية التنبيه إلى ان الالتزام بنقل الملكية غير الملكية نفسها[١٥]، ذلك لان الملكية اذا وقعت على عقار فهي مال عقاري ، واذا وقعت على

منقول فهي مال منقول ، ولكنها في الحالتين ، أي الملكية ذاتها حق عيني ، لأنها سلطة لشخص منصبة على الشيء ذاته دون توسط شخص اخر، اما التعهد بنقل هذا الحق أي المال منقولا كان ام عقارا فهو رابطة بين المالك الملتزم وشخص اخر يلتزم له بنقل هذه الملكية ، وان علة اعتبار الالتزام حقا شخصيا هو كونه معنى مرادفاً للدين او حق الدائنية(١٦).

أما الحق العيني فقد عرفه القانون المدني العراقي في المادة (١/٦٧) انه سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين ، والحقوق العينية في القوانين المدنية على نوعين ، حقوق عينية اصلية وحقوق عينية تبعية(١٧)، والصفة العينية هي التي تجمع بين الحقوق الاصلية والحقوق التبعية ، اذ تشترك في ان كل منها يتحلل الى سلطة قانونية مباشرة تنصب على أشياء أو اعيان معينة بذاتها(١٨)، اما الالتزام العيني فيعرف بأنه دين على عين يقع أداؤه على عاتق المدين ، فهو يختلف عن الحقوق الشخصية والعينية انها تثبت في الذمة، فالذمة هي الوعاء لكل من الالتزام الشخصي والحق العيني ، في حين ان الوعاء الذي ينصب فيه الالتزام العيني هو العين نفسها وليست ذمة المدين(١٩)، ويرى بعض الفقهاء ان الالتزام العيني هو امتداد للحق العيني(٢٠)، اذ لا يكون التزاما قائما بذاته لان هذا الالتزام ينشأ بسبب حق عيني موجود ويختلط بمحل هذا الحق العيني بالذات ويستكمل به صاحب هذا الحق العيني أسباب نفاذ حقه ، والتمتع به تمتعا كاملا بمعنى ان الالتزام العيني ليس له كيان مستقل كالحق الشخصي والحق العيني .

وأن هذا القول محل نظر، لكونه خلط بين السبب والمسبب رغم ما بينهما من فروق ، فليس صحيحا أن الالتزام العيني ينشأ بسبب حق عيني موجود ولا هو من مقتضى الحق العيني نشوء مثل هذا الالتزام ، بل على العكس فأن الالتزام العيني مقتضاه حتما وجود الحق العيني بوصف الالتزام العيني كالحق العيني ، فهو يحمل عينا معينة يكون وثيق الصلة بها يعيش معها ويسقط بهلاكها ، وذلك بصرف النظر

عن كونه (الالتزام العيني) في غالب الامر يكون مقررا لصالح صاحب الحق العيني، هذا وأن كان الحق العيني يمثل سلطة على هذه العين ، فأن الالتزام العيني بالمقابل يمثل دينا على ذات العين ، هذا الى جانب ان الالتزام العيني ليس صحيحا ما يقال عنه من انه يختلط بمحل الحق كما يختلط الحق العيني ، لان الحق العيني عين معينة بالذات يختلط بها الحق ذاته في حين أن محل الالتزام العيني أداء على عاتق صاحب الحق العيني ، اما بأعطاء أو بعمل ، أو بامتناع عن عمل وفرق كبير بين محل الحق العيني وبين محل الالتزام العيني .

أما قولهم ان الالتزام العيني يعد امتداداً للحق العيني يستكمل به صاحب الحق العيني أسباب نفاذ حقه والتمتع به تمتعا كاملا قول محل نظر أيضا ، اذ لو كان الالتزام العيني كذلك فعلا ، لكان هذا الامتداد من طبيعة الحق العيني ذاته ، ولكن الالتزام العيني له طبيعة أخرى متميزة عن طبيعة الحق العيني ، فمحل الحق العيني عين معينة ، ويخول صاحبه سلطة مباشرة على هذه العين[٢١]، ويحتج بهذه السلطة على الكافة ، في حين أن الالتزام العيني محله أداء معين ، أي أداء على عين.

وتتميز نظرية الالتزام بأنها رابطة قانونية، أو قيد يرد على إرادة أو حرية المدين، وتطورت مراحل هذا القيد من قيد يرد على شخص المدين، الى رابطة قانونية بحتة تتعلق بذمته المالية فقط، لأنها تتضمن قهره على تنفيذ التزامه، وسواء كان هذا التنفيذ عينيا أو عن طريق التعويض، وتتحلل رابطة الالتزام القانونية الى المديونية والمسؤولية[٢٢]، ولتحليل رابطة الالتزام العيني ومدى توافر عنصري المديونية والمسؤولية في تلك الرابطة، ينبغي معرفة هذين العنصرين لبيان مدى توافرها في الالتزام العيني ، فالمديونية هي علاقة قانونية تتضمن واجبا قانونيا يتمثل بواجب المدين في الوفاء، وهذا الواجب يقابله في ذات العلاقة القانونية واجب اخر هو واجب قبول ذلك الوفاء، ولكن هذه العلاقة على وضعها لا تتضمن أي عنصر من عناصر الجبر أو القهر، لان هذا العنصر يوجد حيث توجد المسؤولية ، فالمسؤولية هي التي

تعطي الدائن سلطة مهاجمة المسؤول ، وهذه السلطة تستعمل عادة كقاعدة اصلية عن طريق الدعوى أو التنفيذ الجبري ، فالمسؤولية خضوع لسلطان الدائن ، وهي من الناحية الإيجابية تتضمن سلطانا للدائن ، ومن الناحية السلبية تتضمن خضوعاً من جانب المدين[٢٣].

والمسؤولية نوعان شخصية وعينية ، في الأولى يكون المسؤول عن الدين شخصا معينا وفي الثانية تنحصر سلطة الدائن في مال معين[٢٤]، والفرق بين نوعي المسؤولية ، انه في المسؤولية الشخصية يكون للدائن التنفيذ بحقه على كافة الأموال ، أي الحقوق ذات القيمة المالية المملوكة للمدين ، وهذه الأموال ليست الا جزء من نتاج شخصية المدين ، فالشخصية القانونية هي الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ولذلك سميت المسؤولية في هذه الحالة ، وهي ترد على كافة الأموال التي تنتج عن اعمال تلك الصلاحية ، مسؤولية شخصية ، اما المسؤولية العينية فمحلها عين معينة وتتضمن تخويل الدائن حقا عينيا تبعيا ضمانا للوفاء بالدين[٢٥].

وهناك تساؤل عن العلاقة بين المديونية والمسؤولية ، واللذان يعتبران عنصري الالتزام ، فهما غاية ووسيلة، فالغاية تكمن في عنصر المديونية ، والوسيلة تكمن في عنصر المسؤولية ، وهل يمكن ان يوجد احد العنصرين دون الاخر في الالتزام ، وللإجابة على هذا التساؤل فأن الفقه يذهب الى اتجاهين :

الاتجاه الأول : يذهب الى انه من الممكن ان توجد مديونية ولكن بدون مسؤولية ، كما هو الحال في الالتزام الطبيعي ، اذ توجد مديونية متمثلة بواجب المدين في الوفاء ويقابلها واجب الدائن بقبول ذلك الوفاء ، الا ان هذه العملية القانونية ينقصها عنصر المسؤولية ، فالدائن لا يستطيع قطعا استخدامها لإجبار المدين على القيام بذلك الوفاء، وهو متروك لمحض إرادة المدين إن شاء قام به ، ولا يعتبر متبرع ، وانما هو يقوم بتأدية واجب مفروض عليه ، وان لم يشاء لم يقم به ، ولا سلطان للدائن لإجباره بذلك[٢٦].

اما الاتجاه الثاني: فيذهب الى انه من الممكن ان توجد مديونية ولكن هذه المديونية تستند الى مسؤولية محددة حيث ان الأصل في القانون المدني العراقي ان جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه[٢٧]، الا ان هناك حالات تنحصر فيها المسؤولية ببعض أموال المدين دون البعض الاخر ، كما هو الحال في حق الرهن ، فالمرتهن يكون له حق في التنفيذ على أموال الراهن التي هي محل الرهن دون غيرها ، لان مسؤولية الراهن تجاه المرتهن تقتصر على الشيء المرهون[٢٨].

ومن الممكن تصور مسؤولية ولكن بدون مديونية حالية او بدون مديونية ذاتية، على الرغم من أهمية المديونية في الالتزام الا انه من الممكن تصور احتواء الالتزام على مسؤولية بدون مديونية حالية ، كما في الرهن المقرر لضمان دين مستقبل او دين احتمالي[٢٩].

اذن فأن رابطة المسؤولية وسيلة يقتصر دورها على تحقيق علاقة المديونية ، فلا يمكن تصور وجود التزام بدون عنصر المسؤولية أو وجود مسؤولية بدون مديونية إذ لا الزام بدون التزام ، في حين يمكن تصور وجود مديونية بدون مسؤولية أو بدون مسؤولية حالية أو مستندة إلى مسؤولية محددة ، كما يمكن ان توجد المسؤولية ضمانا لدين حال انتظارا لوجوده مستقبلا أو لضمان شخص غير المسؤول ، إلا أن الصورة المعروفة للالتزام في الفقه القانوني الحديث صورة الالتزام الكامل بعنصري المديونية والمسؤولية ، والقاعدة المنصوص عليها بالمادة (٢٦٠) من القانون المدني العراقي ، بأن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه تظهر الالتزام وكأنه رابطة بسيطة ، لا يوجد فيها كل ذلك التعقيد .

وفكرة الالتزام العيني لا تنشأ الا بتوافر هذين العنصرين وهما المديونية والمسؤولية ، وتعني المديونية الواجب الذي يقتضي من الشخص القيام بأداء معين لمصلحة شخص اخر له حق تلقي هذا الأداء ، وتعني المسؤولية ، حق من له مصلحة في استيفاء حقه جبرا لكون المدين العيني مسؤولا عن التنفيذ ، وهما عنصران

يرتبطان بذمة المدين[٣٠]، فالمديونية هي جوهر الالتزام والمسؤولية هي وسيلة لتحقيق هذه المديونية ، لأنه لا يتصور مسؤولية دون مديونية، ويسمى الالتزام الذي يجمع المسؤولية والمديونية بالالتزام المدني عكس الالتزام الطبيعي الذي يحتوي على عنصر المديونية فقط.

أما في الفقه الإسلامي فأن المعروف انه لا يحتوي نظريات معينة تخص الأمور القانونية، والالتزامات في الشريعة الإسلامية كثيرة ومتعددة ، ولم تجمع تحت ما يسمى بالالتزامات كما في الفقه القانوني ، والالتزام يختلف عن الالزام في الفقه الإسلامي، فالالتزام يعني فقها الزام الشخص نفسه شيئا لم يكن لازما له، أو هو تعهد شخصي لا يسأل عنه غير الملتزم[٣١]، ويستعمل الفقه الإسلامي لفظ الالتزام على الاغلب، عندما يكون الالزام بواسطة الشخص نفسه بأرادته المنفردة، وقليلا ما يُستعمل في الالتزامات التي تنشأ عن العقد، وبالنسبة للالتزامات الأخرى، فيطلقون عليها الضمانات، سواء اكانت ناتجة عن المسؤولية العقدية أو التقصيرية، لذلك يقال بأن الالتزام بالمعنى القانوني يشمل الالتزام والضمان بالمعنى الشرعي[٣٢].

ولكن توجد هناك تطبيقات في الفقه الإسلامي بهذا الصدد للتفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني وانقسم الفقه المعاصر الى اتجاهين حول معرفة الفقه الإسلامي لهذه التسمية وكالاتي:

الاتجاه الأول يذهب الى التفرقة بين الحقوق الى حقوق شخصية وحقوق عينية ، وذلك على أساس ان الفقه الإسلامي يميز بين الدين والعين ، وعنده ان الدين هو يقابل الحق الشخصي في القانون الوضعي ، والعين وهي تقابل الحق العيني في القانون الوضعي ، فاذا كان الحق واردا على محل معينا بذاته ، عد هذا الحق حقا عينيا لأنه واضح من الناحية الخارجية مثل الدار ، اما اذا كان الحق واردا على محل معين بالنوع عد هذا الحق من قبيل الحقوق الشخصية ، وهو يثبت بالذمة فقط مثل شراء كمية محددة المقدار غير معينة بالذات من القمح أو السكر[٣٣].

اما **الاتجاه الثاني** يذهب ان الفقه الإسلامي لم يميز بين الحق الشخصي والحق العيني فأن التمييز بين الدين والعين ليس تمييزاً بين الحق الشخصي والحق العيني ، فالدين أو الالتزام بالدين ليس هو كل الحق الشخصي بل هو صورة من صوره ، وهو التزام محله مبلغ من النقود أو أشياء مثلية ، أو التزام محله عين معينة بالذات لتمليكها أو تمليك منفعتها أو تسليمها أو حفظها ، كتمليك أرض معروفة الحدود أو منفعة دار أو حفظ شيء، وكذلك الالتزام بالتوثيق هو التزام محله كفالة الوفاء بالتزام بالدين أو التزام بالعين ، ومن هنا كان الدين اضيق نطاقا من الحق الشخصي ، أما العين في الفقه الإسلامي فهي التزام محله عين معينه بالذات لتمليكها او تمليك منفعتها أو تسليمها أو حفظها ، فتستغرق الحق العيني كله او بعضا من الحق الشخصي (هو الالتزام بالعين)، فكانت بذلك أوسع نطاقا من الحق العيني[٣٤].

ونخلص أن الفقه الإسلامي يميز بين الحق الشخصي باعتباره دين في الذمة، والحق العيني باعتباره وارد على عين معينة بالذات (دين وارد على عين).

المطلب الثاني/ مدى انطباق الالتزام العيني على الكفالة العينية

إن الكفيل العيني يتميز بطابع خاص إذ لا يسأل عن الدين الا في حدود قيمة المال المرهون، وهو كفيل لدين الغير برهنه لمال معين من أمواله، ويوجد اتجاهان حول تكييف المركز القانوني للكفيل العيني ومدى انطباق فكرة الالتزام العيني عليه:

الاتجاه الأول : يرفض تأسيس المركز القانوني للكفيل العيني على أساس فكرة الالتزام العيني ويؤسس التكييف بالاستعانة بعنصر المديونية والمسؤولية في الالتزام ، ويرى أصحابه انه من الأفضل تأصيل مركز الكفيل العيني بالاستعانة بعنصري المديونية والمسؤولية في الالتزام ، والاساس في هذا الصدد ان كل التزام تتوافر فيه المديونية على ان ذلك لا يقضي حتما توافر مسؤوليته مطلقة عن أداء الالتزام ، بل يجوز الحد من هذه المسؤولية وليس في القواعد العامة ما يمنع مثل هذا الاتفاق ، وفي ضوء هذا التحديد يمكن القول بأن الكفيل العيني عند تقديمه للعقار المرهون تتوافر فيه

صفة المديونية في مواجهة الدائن المرتهن ، ولكنه يحدد المسؤولية عنها في نطاق القيمة الاقتصادية للضمان المخصص للوفاء ، وبعبارة أخرى ترتكز مديونية الكفيل العيني على مسؤولية مادية محددة ، وذلك خلافا للصور المألوفة التي يستند فيها الالتزام على مسؤولية شخصية تمتد الى جميع أموال المدين[٣٥].

ويضيف أصحاب هذا الاتجاه الى قولهم بشأن تحديد المركز القانوني للكفيل العيني بأنه لا يمكن تأصيل المركز القانوني للكفيل العيني على أساس فكرة الالتزام العيني لأنها تحمل اسما يتضمن تناقضا ظاهرا ، اذ ان عبارة الالتزام تقتضي حتما اسناده إلى شخص يستطيع الدائن ان يجبره على الوفاء به[٣٦].

ونرى أن هذا الاتجاه غير صائب في تحديد المركز القانوني للكفيل العيني وذلك لان تأسيس التكييف للمركز القانوني للكفالة العينية بالاستعانة بعنصر المديونية والمسؤولية في الالتزام هو بحد ذاته تأكيداً بأن الكفالة العينية هي التزام عيني ، لأننا سبق وان بينا بتوافر هذين العنصرين في الالتزام العيني .

وإن المسؤولية في الكفالة العينية و حائز العقار المرهون عن الدين المضمون بالرهن هي مسؤولية بدون مديونية ذاتية ، ففي الحالتين تكون المسؤولية العينية مقرره على شيء مملوك لشخص اخر غير المدين ، فالكفيل العيني هو الذي يرهن شيئا مملوكا له ضمانا لدين شخص اخر، وحائز العقار المرهون هو من انتقلت اليه ملكية العقار بعد رهنه فينتقل اليه محملا بالرهن دون ان يكون مدينا بالدين[٣٧]، فأن كل من الكفيل العيني وكذلك الحائز للعقار المرهون هم غير مدينين ولكنهم مسؤولون عن التزام غيرهم[٣٨].

كما أن تحديد مركز الكفيل العيني يكون على أساس مديونية مقرونة بمسؤولية محددة وليست مطلقة ، غير صحيح على الاطلاق فالكفيل العيني لا يمكن اسناد مديونية اليه ، اذ ان التزامه يفتقد الى مديونية ذاتية ويحتفظ بمسؤولية محددة فقط [٣٩].

واما قولهم ان عبارة الالتزام تقتضي حتما اسناده الى شخص يستطيع الدائن ان يجبره على الوفاء به ، فكيف يستأدي المكفول له حقه من العين ، ان لم يكن هناك شخص مسؤول مسؤولية عينية محددة في حق طالب التنفيذ، فالكفيل العيني مسؤول في ذمته عن الوفاء بحق المكفول له مسؤولية عينية محددة بقيمة العقار المكفول به والمديونية ثابتة في العين المملوكة له .

اما الاتجاه الثاني : فيذهب الى تكييف المركز القانوني للكفيل العيني على أساس فكرة الالتزام العيني ، وهو ما نؤيده ، فالتزام الكفيل العيني يطلق عليه هذا الوصف لان الالتزام يتركز في عين بالذات فيلاحقها أينما ذهبت ، ويفنى هذا الالتزام بفناء الشيء ، وبذلك يتجرد الالتزام من نسبته الى شخص وينتزع وجوده من تعلقه بمال وتزول مسؤولية الكفيل العيني اذا تخلى عن المال[٤٠]، بذلك فأن مسؤولية الكفيل العيني هي مسؤولية عينية[٤١].

وعلمنا فيما سبق ان ما يميز الحق الشخصي أساسا عن الحق العيني هو تلك الرابطة القانونية التي تقوم بين شخصين ويكون من مقتضاها ان يلزم احدهما قبل الاخر بعمل شيء او الامتناع عن شيء أو إعطاء شيء ، اما الحق العيني فهو لا يستند الى طرفين بل يقوم مباشرة على شيء من الأشياء ، وأعمال هذه السلطة المباشرة لا يقتضي تدخل شخص معين بالذات ، ولذلك فلا عبرة بشخص من في يده الشيء مادام الشيء موجودا، كان لصاحب الحق ان يباشر سلطته عليه ، وان يسترده واذا الزم الامر ممن يحوزه أيا كان وهذا هو ما يعبر عنه بحق التتبع[٤٢]، اما بالنسبة لحق الرهن ، وهو حق عيني يخول للدائن المرتهن سلطة استيفاء دينه من المقابل النقدي للشيء المرهون اذا باع الراهن ذلك الشيء إلى شخص اخر ، فأن انتقال الملكية لا يؤثر في حق المرتهن ، اذ ان سلطته في استيفاء دينه من قيمة الشيء المالية ترد مباشرة على ذلك الشيء ، فيكون له ان يباشر هذه السلطة رغم انتقال ملكية الشيء المرهون الى المالك الجديد ، وهذا ما يسمى بحق الأفضلية ، فأذا تقرر

للدائن حق رهن على شيء مملوك للراهن كان له ان يستبعد كل مزاحم في حدود مضمون حقه ، أي في حدود سلطته ، فيكون له الأولوية في ذلك ، فيفضل الدائن الذي تقرر له حق رهن على نفس الشيء في تأريخ لاحق على نشوء حقه ، ويفضلان معا على الـدائن العادي(٤٣).

والكفالة العينية ليست حقا شخصيا لوجود اختلافات بينه وبين الحق الشخصي نوجزه بالآتي:

١. الحق الشخصي يستدعي وجود رابطة بين شخصين احدهما دائن والأخر مدين، بينما الكفالة العينية لا توصف بأنها رابطة أو علاقة بل التزام من طرف واحد وهو الكفيل العيني، حيث لا يرتبط الكفيل العيني بصفته كفيلا أو راهنا بالدائن بكونه مدينا، وانما يرتبط به لكونه مسؤولا عن أداء الدين.

٢. الحق الشخصي يعطي الدائن الحق بالرجوع على ذمة المدين المالية كاملة، والتنفيذ عليها مالا بعد اخر حتى يستوفي دينه منها، في حين أن الكفالة العينية، لا تتيح للدائن الا الرجوع على المال المرهون بموجب الكفالة العينية، فأذا لم يكف هذا المال لسداد الدين، لا يجوز له بأي حال من الأحوال الرجوع على غيره من الأموال المتعلقة بذمة الكفيل العيني.

٣. الحق الشخصي بالأصل يتضمن وجود علاقة أصلية ومباشرة بين صاحب الحق والملتزم به، بينما في الكفالة العينية فأن العلاقة توصف بانها علاقة احتياطية، وينشأ التزام الكفيل العيني عند وجود التزام أصلي فقط، ولا يمكن ان يوجد التزام للكفيل العيني بشكل مستقل. وعلى ذلك فلا تعتبر الكفالة العينية حقا شخصيا، سواء كان النظر اليها من وجهة الكفيل العيني، او حتى من وجهة المكفول له(الدائن).

والكفالة العينية ليست حقا عينا ، ذلك لان الحقوق العينية نوعان، حقوق عينية اصلية وحقوق عينية تبعية، والحقوق العينية الاصلية هي حق الملكية وما يتفرع عن حق الملكية ، وحق الملكية حقاً جامعاً لكافة المزايا التي يمكن استخلاصها من

الشيء، فهو يخول المالك كافة السلطات على الشيء ، أي ان لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعمال واستغلال والتصرف فيه[٤٤]، اما الحقوق المتفرعة عن حق الملكية ، وهي ترد على شيء مملوك للغير فتقطع من المالك بعض سلطاته ، سواء ما تقرر فيها للأشخاص او لعقار معين ، وبالنظر الى الكفالة العينية من جانب الكفيل العيني فهو ليس حقاً عينياً ، فليس في هذا الالتزام أي عنصر من عناصر الحق العيني الأصلي ، فلا استعمال ولا استغلال ولا تصرف لكي نقول عنه أنه حق ، بل هو التزام عيني يقع على عين .

أما فكرة الحق العيني التبعي لا تفسر مركز الكفيل العيني ، تلك الفكرة لا تمنع في وجود علاقة المسؤولية ضمانا لدين شخص اخر غير المسؤول ، فيسأل الكفيل العيني تبعا لذلك بمسؤولية عينية نتيجة لورود الرهن الضامن للدين على شيء مملوك له ، فالعلاقة هنا قاصرة على المسؤولية وانه لا حاجة لنا الى علاقة المديونية ، لأنه لا يمكن ان يقال ان هناك علاقة مديونية بين الكفيل العيني وبين الدائن المرتهن ، ويكفي ان تكون هنالك علاقة المسؤولية بينهما ، فيرون ان الحق العيني وحده كافيا لتفسير القواعد المنظمة لمركز الكفيل العيني ، لكونهم يعتبرون الكفالة العينية حقا عينيا وتبعا لذلك ، فأن الحق العيني يكون وثيق الصلة بالشيء ،ولا غرابة ان ينقضي الحق العيني لهلاك المرهون أو ان يظل قائما ولو انتقلت الملكية الى اخر وان يقتصر حق الدائن على مجرد استيفاء دينه من قيمة الشيء المرهون دون غيره[٤٥].

ونرد على ذلك بأننا أمام رابطة بين المكفول له والكفيل العيني عناصرها المديونية والمسؤولية ، ونحن هنا لا نفسر مركز المكفول له لكي نتحدث عن الحق العيني التبعي، الذي يصل به المكفول له الى حقه ، بل نحن نفسر مركز الكفيل العيني الذي رهن ماله ضمانا لدين غيره وتفسير هذا المركز يكون بفكرة الالتزام العيني لا بفكرة الحق العيني ، ففكرة الحق العيني التبعي تعطي المكفول له حق تتبع العقار المكفول به في أية يد يكون ، وفكرة الالتزام العيني تفسر لنا كيف نلزم من انتقلت اليه

العين المكفول بها ، فهي تفسر كيف يكون اتباع ، وليس تتبع الالتزام العيني للعين حتى يتحدد عن طريقها شخص الملتزم به في مواجهة المكفول له الذي في المقابل يتتبع هذا الأخير بحقه العيني التبعي ، ولا يتبع العين المكفول بها ، فالمكفول له يتتبع بحقه العين لكي يستوفي حقه من ثمنها ، اما الالتزام العيني فيتبع العين ، لا يتتبعها حتى يحدد شخص الملتزم الى ان يقف المكفول له بحقه تجاه العين وفي الوقت ذاته يكون قد تحدد وفي نفس الوقت شخص الملتزم العيني ، وفي النهاية نرى المكفول له مع حقه العيني ، والكفيل العيني مع التزامه ، والعين امامها شخصان احدهم يطالب بحقه ، والأخر ينفذ التزامه. فالحق العيني له مجاله ، والالتزام العيني له مجاله ، الأول يفسر تتبع المكفول له للعقار المكفول به ، والثاني يفسر اتباع الدين للعين .

اضافة الى ذلك فأن وجهه النظر المتقدمة أخطأت مكان انطلاقها ، ذلك لان الحقوق جميعها (عينية أو شخصية) ، لاتعدوا ان تكون روابطاً ، على ان هذه الروابط وان اتحدت في طبيعتها ، وفي جوهرها ، فهي لاشك مختلفة في تكون عناصرها ، ومن ثم النتائج المترتبة على الاختلاف في عناصر التكوين ، فمن ناحية الطبيعة والجوهر فكل التزام أو حق شخصي له عناصر ثلاثة وهي (طرفا العلاقة أو الرابطة القانونية دائن ومدين ، وموضوع الرابطة القانونية)، وكل الحقوق متفقه في هذا الامر، ولكن عند تحليل كل عنصر من هذه العناصر على حدة نجد اختلاف في نوع الحق العيني عنه في الحق الشخصي عنه في الالتزام العيني ، ففي الحق العيني موضوع الحق هو الشيء أساسا الذي يحتل المركز الأعلى فيه ، والذي يخول صاحب الحق سلطة مباشرة على ذلك الشيء .

أما طرف العلاقة الثاني وهو الطرف السلبي فدوره ثانوي في تكوين الرابطة القانونية مما دفع البعض الى اهماله ، ومع تسليم الفقه القائل بفكرة الالتزام العيني بقيام الجانب السلبي في الرابطة القانونية ، الا انه لا يسلم بأن هذا الجانب السلبي يتمثل في التزام الناس كافة بالامتناع عن تعطيل نشاط المالك ، وهو بمثابة التزام سلبي يثقل

ذممهم ، لدرجة ان البعض ذهب الى القول بأن الالتزام السلبي العام فيه معنى الالتزام العيني ، وينتهي الى القول بأن الالتزام العيني ما هو الا الحق العيني نفسه [٤٦]، وهم يقصدون بالالتزام العيني احترام الكافة للحق العيني ، وهو قول محل نظر لان احترام الكافة للحق العيني لا يرقى الى مستوى الالتزام بمعناه القانوني المعروف ، ومن ثم فهو لا يرقى ان يكون التزاما عينيا ، لأنه في مجال الالتزامات العينية السلبية كالتزامات الجوار ، يمكن اجبار المدين على القيام بأعمال إيجابية ، اما في الحق الشخصي فأن طرف الرابطة السلبي (المدين) يمثل العنصر الأساس في الرابطة القانونية [٤٧].

أما في الالتزام العيني فأن الأمر يختلف عن كلا الحقين الشخصي والعيني ، ذلك لأن الالتزام العيني هو (الأداء) ، وهذا الأداء يكون معيناً ويقع على عين معينة ومن ثم يبدو التوازن على عناصره ، فكل عنصر فيه له دور إيجابي يؤديه بنفس درجة العنصر الاخر وبنفس أهميته ، فلا يعرف الالتزام العيني ما هو الجوهري أو غير الجوهري في عناصره ، لان التوازن سمته ، فهو من حيث انه أداء فهو كسائر الالتزامات العادية من حيث طبيعته ، فهو رابطة شخصية تقتضي من المدين ان يعطي أو ان يعمل أو ان يمتنع عن عمل ، اذن فهو ذات التزام الكفيل العيني ، الذي هو أداء ما على العين التي يملكها لدين حملت به ، أما عن ثبوت دين الدائن في العين المملوكة للكفيل الذي تحددت صفته بوصفه مالكا للعين ، فلكي تنحصر مسؤوليته في سداد دين الدائن في هذه العين وحدها دون سائر عناصر ذمته الباقية الأخرى ، وفي ذات الوقت هي المحددة لصفة المدين كما حددت نوع مسؤوليته ، وهنا نحن لا ننظر إلى الدائن صاحب الحق العيني على العين المملوكة للكفيل العيني لكي نكيف التزام الكفيل العيني بوصفه مدينا عينيا ، وملتزما بالوفاء بالدين ، ومن ثم لا يمكن ان نقول ان الكفالة العينية حق عيني ، بل نقول ان الكفالة العينية بالنظر الى الكفيل العيني وكونه مدين بالالتزام الذي يتمثل بالأداء لكونه مالكا للعين المكفول بها ،

هي التزام عيني[٤٨]، مثله في ذلك مثل المالك الجديد للعقار المرهون وهو الحائز والوارث للتركة المدينة بديون عادية[٤٩] ، بصرف النظر عن طريقة انتقال ملكية العين الى الاخرين سواء كانت بالاستخلاف او تقادم او غيره ، وسواء كان الملتزم التزاما عينيا هو الذي انشأ الحق العيني على العين التي يملكها لضمان دين شخص اخر فترتب عليه ان يكون ملتزما عينيا ام انه تملك العين مثقلة بهذا الحق العيني (الرهن)، ومن هنا يبدو عدم دقة القول بأن الالتزام العيني هو الوجه الغير إيجابي للالتزام العادي ، لأنه لا يسقط عن المدين به الا بأداء الدين لصاحب الحق فيه ، او بالتخلي[٥٠]، عن العين التي يملكها أو التي له حق عيني عليها ، والمثقلة بالرهن لصالح المكفول له ضمانا لدين له على المكفول عنه ثبت في العين المملوكة للكفيل العيني نتيجة لتقدمه بضمان عن طريق تقرير الرهن على عقاره وفاء لهذا الدين ، وذلك تخلصا من هذا الالتزام ، وكون ثبوت الدين في العين يميزه عن الالتزام الشخصي، الذي يثبت في ذمة الشخص.

وغني عن الذكر ان فكرة الحق العيني لا تفسر مركز الكفيل العيني لأنها تشير الى مركز الدائن من حيث ان له حقا شخصيا يضمنه حق عيني تبعي ضمانا للوفاء به ، ولكن هذه الفكرة لم تصل الى ان تحدد لنا مركز صاحب العين المرهونة وهو (الكفيل العيني) الذي ينصب عليها هذا الحق ، فتدخلت القاعدة القانونية لتحديد مركزه بفكرة الالتزام فألزم الكفيل العيني بالدفع أو التخلية ايهما شاء أو التطهير بالنسبة لحائز العقار المرهون ، شأنهما في ذلك شأن كل مدين عيني ، اذ هو يلزم دائما بالدفع أو التخلي الذي يختلف باختلاف الأموال .

وقد اعترفت المادة (١٠٥١/ ٢) من القانون المدني المصري ، ودللت على ان فكرة الحق العيني لا تفسر مركز الكفيل العيني ، باعترافها ان الكفيل العيني يمكنه التخلي وفقا للأوضاع التي يتبعها الحائز في تخليه عن العقار الذي يحوزه ، ويفسر ذلك أن لكل من مدين عيني حق التخلي ، والكفيل هنا مدين ومسؤول في ذمته عن

الوفاء بالدين ولكن المديونية ثابته في العين تنتقل معها في أية يد تكون فأن هو تخلى عنها لا يسأل ، وهذا دليل خطأ من علل نص المادة (١٠٥١) خطأ بأن إعطاء الكفيل العيني مكنة التخلي تعني انه غير مسؤول عن الدين ، فهو على العكس من ذلك مسؤول عن الدين في ذمته لأنه مدين ، ومسؤول في العين التي يملكها لأنه ملتزما عينيا ، والدليل على ذلك انه لا يستطيع ان يطهر العين مما تحمله من دين وهذا لا يكون إلا إذا كان الكفيل العيني مدينا بدين عيني يحرمه من استخدام مكنة التطهير التي أعطيت للحائز دونه وللمالك الجديد للعقار المرهون دونه أيضا .

ويتميز التزام الكفيل العيني عن الالتزام الشخصي، فالأخير يجعل الملتزم مسؤولا عن الدين بصفه شخصية، وللدائن الحق بالرجوع على جميع ذمته المالية للحصول على دينه، فيكون وفائه بكافة أمواله المنقولة وغير المنقولة، الموجودة والتي ستوجد في المستقبل[٥١] ، اما التزام الكفيل ينشأ بموجب عقد التزم بموجبه بسداد الدين، الذي بذمة غيره، ولا تتجاوز مسؤوليته قيمة هذا المال الذي قام برهنه بموجب هذا العقد، وهذا ما اكده القضاء الفرنسي بقرار صادر من محكمة النقض الفرنسية بقولها (ان الضمانة العينية رهن حيازة الاسناد في هذه الحالة الممنوح لضمان دين الغير لا يفرض أي التزام شخصي لأدائه مكان التزام الغير وهو بالتالي لا يشكل كفالة، اذ ان هذه الأخيرة لا تقدر تقديرا)[٥٢] ، وليس للدائن الرجوع على أي مال يملكه سوى مارهن لضمان الدين. فالتزام الكفيل العيني محدد بقيمة المال المرهون منه لضمان الدين، ومرتبط به فلا يسأل الا بحدود قيمته، وينقضي بهلاكه ويفنى بفنائه، بشرط أن لا يكون الهلاك بفعل الكفيل العيني، فليس للكفيل العيني علاقة شخصية مع الدائن، وان الملتزم الحقيقي هو ماله وليس شخصه، بالرغم من عدم توفر أسباب الالتزام بالمال وحده، لأن الالتزام يستدعي تدخل اشخاص لتنفيذه.

نخلص مما تقدم ان الالتزام الملقى على عاتق الكفيل العيني هو التزام عيني وهو دين على عين وانه التزام له عنصران:

الأول: وهو المديونية وتثبت في العين فيحملها وينتقل معها في أية يد تكون ويسقط بهلاكها، وان العين هي التي تحدد شخص المدين بالالتزام العيني بوصفه مالكا لها بما عليها من دين.

والثاني: وهو المسؤولية وهو التزام يستطيع الكفيل العيني التخلص منه بالأداء للدين الذي للدائن (المكفول له) على العين بوصفه صاحب حق عيني تبعي عليها، وهي الدين الضامنة لدين على المدين (المكفول عنه)، ويمكنه التخلي عن العين بموجب القانون المدني المصري دون العراقي وتركها للمكفول له ليتخذ إجراءات التنفيذ دون مواجهة الكفيل العيني.

المبحث الثاني/ الكفالة العينية تأمين عيني

لمعرفة مدى انطباق التأمين العيني على الكفالة العينية وهل ان الكفالة العينية تعتبر تأميناً عينياً، قسمنا هذا المطلب الى فرعين الأول لمعرفة مفهوم التأمين العيني والثاني لمدى انطباق التأمين العيني على الكفالة العينية.

المطلب الاول/ مفهوم التأمين العيني

التأمينات هي الوسائل التي تضمن للدائن استيفاء حقه وتقيه خطر اعسار مدينه المحتمل، وتحيط المدين بالثقة التي بها يستطيع الحصول على الدين الذي يحتاج اليه[٥٣].

وهذه التأمينات إما أن تكون عامة وهي التي يشترك فيها جميع الدائنين بغير تمييز بينهم ، وإما خاصة وهي التي يختص بها بعض الدائنين دون البعض الاخر ، وتؤدي التأمينات على اختلاف أنواعها وظيفة اقتصادية مهمة للدائن والمدين معا ، فهي تمنح الدائن الأمن والضمان ، وتوفر للمدين الثقة والائتمان وتمكنه من الحصول على ما هو في حاجة اليه من مال أو اجل[٥٤].

والتأمينات العامة ، فيها قاعدة ان أموال المدين جميعها الحاضرة والمستقبلة ضامنة لحقوق دائنيه ، ويعبر عن ذلك بأن للدائنين حق الضمان العام على أموال

مدينهم أو على ذمته المالية وذلك استنادا لنص المادة (٢٦٠) من القانون المدني العراقي ، التي نصت على ان (أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ، ٢ . وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان الا من كان له حق التقدم طبقا للقانون)[٥٥]، والذمة هي مجموع ما للشخص من حقوق وما يتحمل به من التزامات ذات قيمة مالية، وهذا المجموع من الحقوق والديون التي تكون للشخص الان والتي تكون له في المستقبل هو الضمان العام للدائنين[٥٦].

وان عدم وفاء المدين، يعطي للدائن الحق في ان يتجه الى ذمة المدين وينفذ على جميع العناصر الإيجابية أي الحقوق التي تكون داخلة في تكوينها وقت التنفيذ، وبمعنى اخر للدائن ان ينفذ ليس فقط على الأموال التي كانت للمدين وقت نشوء الالتزام بل أيضا على امواله التي اكتسبها بعد ذلك، وتساوي جميع الدائنين في الضمان، دون النظر إلى مصدر دين كل منهم او تاريخ نشوئه او تأريخ استحقاقه، يؤدي الى ان يتقاسم جميع الدائنين قسمة الغرماء، أي بنسبة مقدار دين كل منهم، اذا لم يكفِ العنصر الإيجابي في ذمة المدين، أي مجموع أمواله، للوفاء بجميع ديونه تحتاج مصدر د. عادل سيد فهيم، نظرية التأمين العيني.

وان حق الدائن لا ينصب على مال معين من أمواله، وانما على ذمة المدين، ويترتب على ذلك أن أموال المدين تعتبر حرة، ومن ثم اذا تصرف في أمواله فأن هذه الأموال تنتقل الى من تصرف له بها وهي خالية من كل حق عليها للدائن.

أما التأمينات الخاصة، فقد هيأ القانون لبعض الدائنين تأمينات خاصة يستقلون بها عن باقي الدائنين ، فتجعلهم في مركز خاص ممتاز يتقون به في اغلب الأحوال اعسار المدين ، فتحمي الدائنين من الخطر الذي يتعرضون له بسبب نقص أموال المدين ، الناشئ عن اهماله استعمال حقوقه ، أو عن تصرفاته التي تعمل اضرارا بهم[٥٧]، وهذه التأمينات على نوعان شخصية وعينية.

والتأمينات الشخصية تكون بضم ذمة أو اكثر الى ذمة المدين الأصلي بالوفاء[٥٨]، فيصبح للدائن بدلا من مدين واحد مدينان أو اكثر كلهم مسؤولون عن الدين أما في وقت واحد أو على التعاقب ، وبذلك يضمن حق الدائن لذمة واحدة هي ذمة المدين ، بل أكثر من ذمة ، فاذا أعسر المدين رجع الدائن على غيره من المسؤولين الاخرين عن حقه[٥٩]، واصدق صورة للتأمينات الشخصية هي الكفالة المواد (١٠٠٨. ١٠٧٤) من القانون المدني العراقي ، والتضامن بين المدينين المواد (٣٢٠. ٣٣٨) من القانون المدني العراقي[٦٠]، والالتزام غير القابل للانقسام، والتأمين الشخصي عبارة عن ضم ذمة الكفيل او المدين المتضامن، الى ذمة المدين عند المطالبة بالدين، فيكون خطر الاعسار بهذه الحالة ابعد احتمالا، لتعدد الملتزمين بضمان الوفاء، حيث ان الاعسار قد يتعرض له احدهم دون الاخر، فيقوم الموسر بأداء الدين عن المعسر.

اما التأمينات العينية ، أي المتعلقة بعين ، وتكون بتخصيص مال معين مملوك للمدين أو لغيره للوفاء بدين الدائن فيستوفي الدائن حقه من هذا المال قبل غيره من الدائنين ، ويتتبعه في أية يد يكون ، ويسمى تأمين عيني لأنه يرد على مال معين[٦١]، ويكون للدائن فضلا عن حقه في الضمان العام على جميع أموال مدينه ،حق عيني يعطيه سلطة تنصب على شيء معين تمكنه من تتبع هذا الشيء في أية يد كان ، لينفذ عليه بالحجز ثم البيع ويستوفي دينه من ثمنه بالأولوية على الدائنين الاخرين وهذا هو حق التقدم[٦٢].

والتأمينات العينية تحقق للدائن فائدة كبيرة هي ضمان حقه قبل مدينه الا انها تحقق في الوقت نفسه ، وللسبب ذاته فائدة كبيرة للمدين ، هي ثقة الدائن فيه وبغير هذه الثقة لا يحصل المدين على ائتمان من أحد[٦٣]، فهي ترمي الى بث الطمأنينة في نفس الدائن الذي لا يقنع بالضمان العام، الذي يعبر عن مسؤولية غير محدودة للمدين، ومن ثم فأن حريته في التصرف بأمواله باقية، فله ان يعقد ما يشاء من

الديون، وإذا أصيب بإعسار ، تعرضت حقوق الدائنين للخطر، وتطبق قاعدة المساواة بينهم، وهذا قد يؤدي الى عدم حصوله على حقه كاملا[٦٤] .

ويرى اغلب الفقه ان التأمينات العينية هي الحقوق العينية التبعية[٦٥]، وان القانون المدني العراقي مطابق لرأي الأغلبية من خلال عنونة الكتاب الرابع بالحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية[٦٦]، ومنهم من عارض القول بأن التأمينات العينية ليست من الحقوق العينية ، وانما هي اوصاف في الالتزام المضمون ، وبرروا ذلك بأن التأمين العيني لا ينطوي على عنصر من عناصر الحق العيني الأصلي ، لأن الدائن ليس له على العين المرهونة حق استعمال أو حق استغلال من أي نوع كان ، وهو لا يستطيع قطعا التصرف فيه ، والاصل في الحق العيني انه يجعل للشخص سلطة مباشرة على الشيء تمكنه من الاستئثار بمنافعه ، وليس من أنواع الرهون أو التأمينات العينية شيء من هذا كله ، وأن التأمين العيني لا يولد التزاما ما في ذمة المدين فهو ليس حقاً شخصياً ولا حقاً عينياً ، انما هو وصف يلحق بالتزام فتتأثر به احكامه ، كما تتأثر احكامه اذا ما لحقه وصف الشرط أو الاجل[٦٧]، ويستندون أيضا الى ان التأمين العيني ليس حقا عينيا محله العين كما في الحق العيني الأصلي ، وذلك لبقاء حق التقدم للدائن المرتهن على التعويض أو مبلغ التأمين في حالة هلاك العقار المرهون أو تلفه ، والذي يقال عادة ان الرهن ينتقل بمرتبته الى المبلغ الذي يستحقه المدين على أساس فكرة الحلول العيني ، وهذه الفكرة تكون مستحقة اذا ما اعتبر التأمين العيني وصفا لاحقا بالحق الشخصي ، يخول صاحبه التقدم في حدود قيمة العين المخصصة للوفاء ، اما اذا كان التأمين العيني حقا عينيا بالمعنى الصحيح فأن مقتضى ذلك اعتبار الرهن منتهيا حتما بالهلاك لمحل الرهن[٦٨].

وان من النتائج التي توصل اليها الفقه الحديث ان سلطتي التتبع والتقدم ليستا في الحقيقة سوى مظهر للاحتجاج بالحق العيني على الغير[٦٩]، لذلك فأن القاعدة التي تقول بأن حجية الحق العيني مطلقة أي تعمل في مواجهة الجميع ، وحجية الحق

الشخصي نسبية أي لا تعمل الا في مواجهة المدين وخلفائه قاعدة تحتاج إلى نوع من الضبط ، فالحجية المطلقة للحق العيني تتوقف في كثير من الأحيان على اجراء اخر هو التسجيل اذا كان محله عقار ، واجراء التسجيل ليس من صميم الحق العيني ، كما ان هذه الحجية كثيرا ما تتعطل حماية للأوضاع الظاهرة ، ومن ناحية أخرى فأن الحق الشخصي يتمتع بنوع من الحجية ، فمن يحرض المدين على عدم الوفاء بالدين يكون مسؤولا مسؤولية قد تؤدي إلى الزامه بالوفاء به ، لكن يجب ان يراعى انه ليس من شأن هذا القول ان تعتبر حجية الحق العيني هي نفس حجية الحق الشخصي ، فهي اضيق من ذلك وهي تتمثل في دعوى التعويض[٧٠].

وبعد تحديد جوهر الحق العيني فأن التأمينات العينية لا تعتبر ابدا وصفا في الالتزام ، وانها هي حقوقا عينية تبعية[٧١].

والتأمينات العينية في القانون المدني العراقي واردة على سبيل الحصر وهي الرهن التأميني المواد (١٣٢٠.١٢٨٥) والرهن الحيازي المواد (١٣٢١. ١٣٦٠) وحقوق الامتياز المواد (١٣٦١. ١٣٨٠)[٧٢]، وتنتظم التأمينات العينية جميعا فكرة واحدة وهي فكرة الرهن ضمانا لوفاء الدين ، فيكون الرهن بمقتضى اتفاق في الرهن التأميني والحيازي ، وبمقتضى نص القانون في حقوق الامتياز[٧٣].

والتأمينات التزامات تابعة ، وذلك لان الالتزام الخاص بالتأمينات التزام اخر غير الالتزام الأصلي ، ولكنه تابع للالتزام الأصلي الذي اعد التأمين لضمانه ، وليس له وجوداً ذاتياً مستقلاً ، ولذلك قد يكون الحق في التأمين حقا عينيا مع أن الحق بمقتضى التعهد الأصلي مجرد حق شخصي ، ويقال أن الحق الأصلي حق شخصي مضمون بحق اخر عيني تابع له ، فالدائن له حق شخصي في ذمة المدين ، ويريد ان يطمئن لاستيفاء هذا الحق في ميعاد استحقاقه ، فيطالب مدينه بتقديم تأمين خاص كفالة أو رهن أو غير ذلك من التأمينات الخاصة ، فيكفل التأمين الخاص على هذا الوجه حقا شخصيا للدائن في ذمة المدين ، ولم توجد التأمينات الخاصة الا لكفالة الحقوق

الشخصية الثابتة في ذمة المدينين العاديين ، حتى يتخطى هؤلاء بها عقبة إعسار المدين أو غشه أو اهماله أو غير ذلك[٧٤]، كما يجوز أن يكون الحق الشخصي تابعا لحق عيني ، كالكفالة في حق الانتفاع بالمنقول ، او ان يكون الحق العيني تابعا لحق عيني ، كرهن عقار ضمانا لحق انتفاع ، او ان يكون حق شخصي تابعا لحق شخصي كالكفالة في الديون[٧٥].

والتبعية تعتبر من أهم مقومات التأمين الخاص ، فهو تابع للحق المضمون وغير مستقل عنه ، فيسير معه أينما سار ويتبعه في نشأته ومصيره وانقضائه ، ففي حوالة الحق مثلا ، فقد قررت المادة (٣٦٥) من القانون المدني العراقي ان الحوالة تشمل الحق بضماناته ، حيث نصت (ينتقل الحق الى المحال له بصفته وضماناته كالكفالة والامتياز والرهن وتعتبر الحوالة شاملة لما حل من فوائد واقساط)[٧٦]، فأذا لم يقم الحق المضمون لم يقم التأمين الخاص ، واذا انقضى هذا الحق لأي سبب من أسباب الانقضاء انقضى تبعا له التأمين الخاص ، اذ ان التابع يتبع الأصل وجودا وعدما وصحة وبطلانا[٧٧].

وحق التقدم هو الاثر الرئيسي والاول للتامين العيني، وهو الغرض الذي من أجله شرعت التأمينات العينية على اختلافها في القوانين الحديثة. ومقتضى هذا الحق ان يقتضي الدائن دينه من المبالغ الناتجة عن بيع العقار المرهون، دون ان يخشى في ذلك مزاحمة غيره من الدائنين، وهذا الحق لا ينشأ الا اذا استوفى شرط الشهر او العلانية، التي تجعل اصحاب الشأن على علم بوجوده. والرهن هو اولوية للدائن المرتهن في استيفاء حقه عند التزاحم بين الدائنين على الثمن الناتج عن التنفيذ على العقار المرهون وبيعه جبراً عنه. والتزاحم لا يكون ابداً مع الدائن المرتهن، وانما متى تمت الواقعة القانونية المنشئة للرهن وهي واقعة التسجيل في الرهن التاميني فانه ينفذ حتماً في مواجهة الغير فقط والغير في هذا الصدد هو كل دائن عادي او أي دائن محتمل للمدين فهو يتحمل هذه الاولوية عند التنفيذ جبرا على العقار المرهون[٧٨]. و

نص القانون المدني العراقي على حق التقدم في المادة (١٣٠٤) منه بقولها: (يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون رهناً تامينياً، او من المال الذي حل محل هذا العقار ويستوفي كل منهم حقه بحسب مرتبته)[٧٩] ، ونص هذه المادة بين استيفاء الحقوق يكون حسب مرتبة كل منهم، وعلى ذلك يتم ترتيب الدائنين، فاذا وجد دائنون مرتهنون رهناً تأمينياً او مرتهنون رهناً حيازياً على العقار او اصحاب حقوق امتياز خاصة على العقار، تقدموا بحسب مرتبة كل منهم، والسابق في المرتبة هو السابق في التسجيل ورهن العقار لا يحول دون رهنه من جديد، غير ان الرهون اللاحقة تكون درجتها متأخرة عن الرهون السابقة والعبرة في الاسبقية بتاريخ تسجيل العقار ولو كان في يوم واحد، وإذا كانت العبرة بالترتيب الزمني فالمفروض ان الرهون التي تسجل على نفس العقار في يوم واحد تكون العبرة فيها بساعة التسجيل فيتقدم ما جرى تسجيله قبل غيره عليه[٨٠].

أما الأثر الثاني للتأمينات العينية فهو حق التتبع، ومقتضى هذا الحق تغليب حق صاحب التامين العيني على حق المتصرف إليه متى كان تصرفاً وارداً على العين ومنشئاً لحق عيني أو ناقلاً له. على ان يكون التصرف قانونياً، اما اذا كان التصرف مادياً فيتأثر به حق الدائن المرتهن، كما لو ادخل المالك تعديلات على البناء المرهون، او كما لو قام بإخراج بعض العقارات بالتخصيص من العقار المرهون، الا ان المرتهن له أن يرجع في هذه الاحوال على الراهن بدعوى الضمان[٨١] .

المطلب الثاني/ مدى انطباق التأمين العيني على الكفالة العينية

يرى جانب من الفقه[٨٢]، أن الكفالة العينية هي اختلاط التأمين العيني بالتأمين الشخصي ، أي إنها تجمع بين نوعي التأمينات الخاصة بتقديم شخص يقال له الكفيل العيني شيئا مملوكا له ضمانا على دين لأخر، وذلك بأن يقدم المال رهنا لأداء دين المدين سواء كان رهنا حيازيا ام رهنا تأمينيا ، فيعتبر هنا مالك المال كفيلا من جه لأنه تدخل لضمان دين على شخص اخر ، ولكنه قدم ضمانا عينيا للدائن ، ولا يكون

مسؤولا الا بمقدار ما قدمه، ولا يمكن الاخذ بهذا الرأي لان التأمينات الخاصة يمتاز الدائن فيها عن غيره من الدائنين العاديين، ويتم ذلك من خلال توسيع الضمان العام ليشمل اكثر من ذمة مالية واحدة كما هو الحال في التأمينات الشخصية واما بتخصيص مال معين لضمان ايفاء الدين عند استحقاقه في حالة التأمينات العينية[٨٣]، وهذه الضمانة التي قدمها للدائن لا ترد على ذمته فتضمها الى ذمة المدين الأصيل وانما على مال معين من أمواله ، وبذلك لا يمكن اعتبارها تأميناً شخصياً او كفالة شخصية لان الكفالة الشخصية تكون بضم ذمة الى ذمة المدين الأصلي ، فيكون الكفيل ضامنا للوفاء بجميع ذمته المالية ، أما في الكفالة العينية فأن الكفيل يكون ضامنا بحدود ما قدمه من مال معين ولا يتعدى ذلك الى باقي ذمته المالية ، فالكفالة العينية هي تأمين عيني ولا تجمع بين التأمين الشخصي والتأمين العيني .

والتأمينات ، شخصية كانت أم عينية ، مصدرها في الغالب هو العقد ، فالعقد هو المصدر الغالب في التأمينات الشخصية ، وبخاصة عقد الكفالة اذ الكفالة لا تكون الا بعقد ، وكذلك هو مصدر اهم أنواع التأمينات العينية ، أي الرهن الرسمي والرهن الحيازي ، والعقود التي تقرر التأمينات ، شخصية كانت ام عينية ، تسمى بعقود الضمان[٨٤]، وبما أن الكفالة العينية تنعقد بموجب الرهن لمال معين من أموال الكفيل فهي عقد من عقود الضمان ، وهي تأمين عيني، لأن التامينات العينية تخضع لفكرة واحدة هي فكرة الرهن بالمعنى الواسع لهذا الاصطلاح، أي تخصيص مال معين لضمان الوفاء بدين المدين.

وإن التأمين العيني هو حق تبعي بالنسبة الى المكفول له ، أما التزام الكفيل العيني هو التزام تبعي، فهو يتبع الدين المضمون وجودا وعدما[٨٥]، وصحة وبطلانا ، حيث تعتبر التبعية من أهم مقومات التأمينات الخاصة[٨٦]، وبذلك فأن الكفالة العينية هي أحد أنواع التأمينات الخاصة وهي تأمين عيني.

والقانون بين الطرق التي يمكن للدائن ان يزود بها بتأمين عيني يؤمن له تنفيذ الالتزام، ويتحقق ذلك عن طريق التعاقد برهن تأميني او حيازي، او بنص القانون في حقوق الامتياز، او بواسطة القضاء في حق الاختصاص، والكفالة العينية تستخدم احد هذه الطرق في انعقادها وهو الرهن سواء أكان تأمينياً ام حيازياً.

وان الكفالة العينية في حقيقتها رهن[٨٧]، وهي لا تدخل في التأمينات الشخصية، لأن الكفيل فيها لا يلتزم التزاما شخصيا كما يلتزم الكفيل في التأمينات الشخصية بل يقدم مالا مملوكا له لضمان حق الدائن ، فالكفالة العينية يغلب فيها معنى العينية على معنى الكفالة ، وهي في الواقع من الامر تأمين عيني لا تأمين شخصي ، وهذا التأمين العيني يتميز بأن الذي يقدمه ضمانا لحق الدائن ليس هو المدين ، كما هو الامر عادة في التأمين العيني ، بل هو شخص اخر غير المدين يضمن المدين، بتقديمه لعين مملوكة له يجعلها رهنا في التزام المدين.

وبينا أن التأمين العيني يمنح صاحبه ميزتي التقدم والتتبع، وهذا ينطبق على الكفالة العينة، باعتبار ان الكفالة العينية العقارية، تتمثل برهن عقار مملوك للكفيل ضماناً لدين في ذمة المدين، فيعتبر الكفيل العيني راهناً واذا تصرف بالعقار المرهون جاز للدائن المرتهن ان يستعمل حق التتبع في مواجهة المتصرف له . فللدائن بمقتضى ما له من حق في الرهن ان يتتبع العقار المرهون في يد الغير ما دام هذا الحق قد اصبح نافذاً في مواجهة الغير عن طريق التسجيل. ويسمى الغير الذي تنتقل اليه ملكية العقار المرهون او يكتسب عليه بعد الرهن حقاً عينياً اخر مما يجوز رهنه بحائز العقار المرهون، وهذا الحائز لا يكون مسؤولاً عن الدين وهو يتلقى العقار أو الحق العيني عليه وهو مثقل بالرهن. فيكون للدائن المرتهن حق تتبع العقار تحت يده ويستطيع ان ينفذ عليه فيتحمل الحائز اجراءات نزع الملكية الا اذا اختار ان يدفع الدين او يقوم بتحرير العقار من الرهن استنادا للمادة (١/١٣٠٦) من القانون المدني العراقي على هذه الاحكام بنصها: (يجوز للمرتهن عند حلول اجل الدين ان ينزع ملكية

العقار المرهون رهناً تامينياً في يد الحائز لهذا العقار بعد انذاره بدفع الدين الا إذا اختار ان يقوم بوفاء الدين او بتحرير العقار من الرهن). بذلك فأن الكفالة العينية هي تأمين عيني، لأن مركز الدائن في الكفالة العينية هو نفس مركز الدائن في التأمين العيني.

أما في الشريعة الإسلامية ، فيذهب البعض الى أن الكفالة العينية تعرف بالرهن المستعار[٨٨]، 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[٨٩]، 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 .

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[٩٠]، وهي ضمان يتمثل بشغل ذمة أخرى بالحق[٩١]، فالكفالة العينية تعتبر ضمان للدائن في استيفاء حقه وهذا الضمان يتمثل بتقديم الكفيل تأمينا ، ونوع هذا التأمين مال معين من أمواله .

وباعتبار الكفالة العينية رهن ، فالرهن عند الحنفية[٩٢]، هو حبس شيء مالي بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين، وهو بقاء المرهون محبوسا تحت يد حابسه (مرتهن أو عدل)[٩٣]، حتى تمام استيفاء سبب الرهن .

أما المالكية[٩٤]، فالرهن عندهم هو بذل من له البيع ما يباع أو غررا ولو اشترط في العقد وثيقة بحقه، وهذا التعريف يلاحظ عليه[٩٥]، انه يتضمن جواز الرهن للعين المضمونة (الالتزام بعين) بنفسها أو بغيرها متى كانت غائبة عنه بعقد .

وعند الشافعية[٩٦]، الرهن هو جعل مال وثيقة بدين يستوفي منه عند تعذر الوفاء ولا يجوز أن يكون المرهون ديناً عندهم .

وعند الحنابلة ، الرهن هو المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إذا تعذر استيفاؤه ممن هو عليه[٩٧].

وعند الامامية[٩٨]، 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.

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 الحق 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 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[٩٩]، وهو رأي بعض الامامية[١٠٠] أيضا، ان القبض شرط في الرهن، فلو جرت صيغة الرهن بالإيجاب والقبول ولم يسلم الدار للمرتهن بطل الرهن، أما البعض الاخر من الامامية[١٠١]، والمالكية[١٠٢]، فيرون أن العقد ينعقد ويلزم للإيجاب والقبول ، وإن 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 .

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

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؟

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 راهنا[١٠٣]، مما حدى الى ان يعتبر بعض الفقهاء ان الكفالة العينية في حقيقتها انها رهن، والبحث بأحكامها في الرهن[١٠٤]، 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؟

ولأننا نبحث بالقواعد القانونية الخاصة بالكفالة الشخصية والرهن، والتي يمكن تطبيقها على التزام الكفيل العيني، وهي بعض القواعد المنظمة لمركز الكفيل الشخصي

والراهن، باعتبار أن الكفيل العيني لا يخرج عن كونه كفيلا للدين، و الكفيل الشخصي يكفل المدين بكامل ذمته المالية، بينما الكفيل العيني يكفل المدين بمال معين من أمواله دون غيره، ولا تدخل ذمته المالية بكاملها لضمان ذلك الدين، فليس للدائن الرجوع على باقي ذمته المالية، لان ضمانه مقصور على قيمة تلك العين، ولا يتعداها، بخلاف الكفيل الشخصي الذي يضع كامل ذمته المالية ضمانا للدين، فيكون للدائن التنفيذ على أموال الكفيل الشخصي مالا بعد اخر حتى يتم استيفاء دينه منه، وهذا هو الفرق الأساسي بين الكفيل الشخصي والكفيل العيني.

والمشرع نظم أحكام الكفالة الشخصية، ولم ينظم احكام الكفالة العينية، وترك امر استنباطها للفقه من الاحكام الواردة في الكفالة الشخصية، والتي تكون صالحة ومتوافقة مع الكفالة العينية، ليمكن تطبيقها، 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، وسواء 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، وهو حق مستمد ليس من أحكام الكفالة الشخصية وحسب، وإنما من القواعد العامة التي تجيز هذا الرجوع[١٠٥]، بالتالي فأن حق الكفيل العيني بالرجوع على المدين حق ثابت وفقا للقواعد العامة، وتنطبق علية الاحكام الخاصة بالكفالة الشخصية، لأن الكفيل لا يخرج عن كونه كفيلا يضمن دين الغير.

ومعظم الفقه اصبح يقّرب بين الكفالة الشخصية والعينية، خاصة عندما يتعلق الامر بالعلاقة بين المدين والكفيل، بل ويرى بعضهم تطبيق قواعد الكفالة الشخصية، كأصل على الكفالة العينية، بالقول (ان الشخص الذي يعقد الرهن دون ان يكون مدينا، يعتبر في علاقته بالمدين كفيلا لا راهنا، وينطبق على هذه العلاقة في الأصل، قواعد الكفالة الشخصية)[١٠٦]، في حين يرى البعض الاخر تطبيق قواعد الكفالة

الشخصية والرهن على الكفالة العينية[١٠٧]، ويرى بعضهم بتطبيق قواعد الكفالة الشخصية وقواعد الرهن على الكفالة العينية، بما يتناسب مع طبيعتها الخاصة، أي بمعنى أن هناك قواعد في الكفالة الشخصية يمكن ان تطبق على الكفالة العينية، وهناك قواعد تتعارض معها لا يمكن تطبيقها، وكذلك الوضع في القواعد الخاصة بالرهن عند تطبيقها على الكفالة العينية[١٠٨]. بذلك فأن القواعد القانونية المنظمة لرجوع الكفيل الشخصي الموفي على المدين تنطبق على الكفيل العيني الموفي في رجوعه على المدين، والنتيجة أن الكفالة الشخصية تتشابه مع الكفالة العينية فيما يخص تنظيم علاقة الكفيل بالمدين.

٢. ان الكفيل الشخصي منحه المشرع حقوقاً ودفوعاً، 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، فيجب ان يكون التزام المدين وهو الالتزام الأصلي والتزام الكفيل وهو التزام تبعي، التزامين صحيحين، ويتحقق ذلك بتوافر شروط وقواعد الاهلية في المدين والكفيل.

فمن ناحية المدين يجب ان تتوافر فيه أهلية الوجوب، وخلو العقد من أي عيب من عيوب الرضا، وان لا يلحقه بطلان، فأن صح التزام المدين، باعتباره التزاماً أصلياً، امتنع على الكفيل العيني ان يطعن فيه، كالكفيل الشخصي، اما اذا كان التزام المدين باطلا أو مخالفا للقانون، فيكون للمدين بصفته الاصلية، والكفيل بصفته الفرعية، وسواء كان كفيلا شخصيا أو عينيا، فله ان يطعن بهذا الالتزام وبصحته، لأن لكل منهما مصلحة ظاهرة في ذلك.

أما الكفيل فلا بد أن يتمتع بأهلية التبرع، إذا كانت الكفالة بدون اجر، واهلية المعاوضة اذا كانت بأجر، وسواء كانت كفالة شخصية ام كفالة عينية[١٠٩]، وان يصح المحل والسبب في العقد ، والشكل ان كان واجبا، فالكفالة العينية اذا كانت تتطلب

شكلا خاصا، فلا بد ان يستوفي العقد الرسمية التي يتطلبها القانون في الكفالة العينية، كما في الكفالة بالعقار أو المنقول الخاضع للشهر، لأن الكفالة هنا تظهر بشكل رهن تأميني.

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[١١٠]، 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 متضامناً مع المدين أو تنازل عن ذلك الحق. فله ان يتمسك بالحجج والدفوع لتقرير بطلان الالتزام الأصلي، وهو بذلك يسعى من اجل تقرير بطلان التزامه بالتبعية، اما في حالة نزول المدين عن تلك الدفوع، فأنه لا يسري على الكفيل الشخصي والعيني، حيث للكفيل الحق في ان يحتج بالدفع، بالرغم من تنازل المدين عنه، لأن الأخير لا يملك ان يسوء مركز الكفيل[١١١]، لان الكفيل يتمسك بحقه هنا وليس بحق المدين، فحقه منفصل عن حق المدين[١١٢].

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[١١٣]، 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[١١٤].

٥. في حال وجود الكفيل العيني مع وجود ضمان أو أكثر من الضمانات الأخرى المقررة للدين، مثل رهن المدين نفسه مالا أو اكثر 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.[١١٥] ولا يمكن حرمانه من هذا الحق المقرر للكفيل الشخصي، ولنفس الأسباب.

ولان الكفيل العيني يقوم برهن مال معين من أمواله، لضمان دين غيره، لذلك فأن البعض يغلب تطبيق احكام الرهن عليه باعتباره راهن، وهو يقوم بكفالة المدين بواسطة رهن رسمي أو حيازي، لذلك فأن بعض احكام الرهن تنطبق عليه، وبالأخص الاحكام التي تنظم علاقة الكفيل العيني الراهن، بالدائن المرتهن المكفول له، بينما لا تنطبق عليه احكام أخرى، باعتباره كفيل وهو غير المدين الراهن، ونجمل احكام الرهن التي تنطبق عليه بالآتي:

١. إن ملكية الكفيل العيني للمال الذي يرهنه، يجعل له حقوق وامتيازات المالك وسلطاته باعتباره مالكا له ، وبالمقابل يجعل عليه التزامات، فلا يفقد الكفيل العيني المرهون، أو تنتزع منه ملكيته، وله كافة الحقوق والسلطات، من استعمال واستغلال وتصرف، دون ان تتعارض مع هدف الرهن، فله ان ينتفع بالمرهون طيلة مدة الرهن[١١٦]، أما الالتزامات التي على عاتق الكفيل العيني، فهي المحافظة على سلامة المرهون، وعدم الانقاص من قيمته، للدائن المرتهن ان يلجأ الى وسائل التحفظية

لغرض الحفاظ على المرهون من الهلاك أو النقص، والرجوع على الكفيل العيني بذلك[١١٧].

٢. الرهن يعتبر من التأمينات العينية التبعية، فهو يتبع الدين وجودا وعدما وصحة وبطلانا، والكفيل العيني باعتباره راهن فأن التزامه تابع للدين، فانقضاء الرهن لأي سبب من أسباب انقضاء الدين كالوفاء والابراء والمقاصة والتقادم والهبة واتحاد الذمة وتجديد الدين، يؤدي لانقضاء الكفالة العينية.

٣. إن الكفالة العينية في الرهن قد تكون ملزمة لجانب واحد، وهو في الرهن التأميني، وقد تكون ملزمة لجانبين في الرهن الحيازي، فيكون للدائن ان يحوز المرهون عندما يكون الرهن حيازيا، ويترتب على ذلك قيام المرتهن بالإنفاق على المرهون، لغرض سلامته والمحافظة عليه وادامته وادارته، والنفقات التي ينفقها الدائن المرتهن هي من حقه، خاصة عندما تكون النفقات ضرورية ونافعة، وله الحق بالرجوع فيها على المدين الراهن، تطبيقا للقواعد العامة، وخلا القانون من النص صراحة على ذلك الحكم ، خلافا للقانون الفرنسي الذي أشار للحكم بنص خاص بالمدين الراهن[١١٨]، ولا يمنع تطبيق هذا النص على الكفيل الراهن، بحيث يعطي الحق للدائن المرتهن من الرجوع بتلك المصروفات أو النفقات على الكفيل العيني، والتي يعود بها الأخير على المدين فيما بعد، ويرى البعض، وهو ما نؤيده، ان المصروفات انفقت على مال يخص الكفيل العيني، ومن اجل المحافظة عليه، ولا توجد هناك علاقة للمدين بها، لأنه لم يتسبب فيها، والكفيل لا يسأل إلا في قيمة المرهون، والنفقات انفقت لمصلحته[١١٩]، والتزام المحافظة يقع على عاتق الدائن وهو يتحمل نتيجة اخلاله بالتزامه.

نخلص مما تقدم إلى أن هنالك تشابه بين الكفالة العينية والرهن، والذي جعل كثير من الفقهاء يميلون الى الرأي القائل بأن عقد الكفالة العينية ما هو الا عقد رهن، وبالرغم من ذلك فهناك اختلافات جوهرية بين العقدين، فالكفيل العيني ليس مجرد راهن، لذلك فهو يستفيد من بعض القواعد والاحكام الخاصة بالكفالة، حيث ان غالبية تلك القواعد تحقق مصلحة ظاهرة له، ولا يجوز حرمانه منها، وأن خلو القانون من تنظيم الكفالة العينية ليس مبررا مقبولا ولا عادلا لاعتبار الكفيل العيني مجرد راهن وتطبيق احكام الرهن عليه، ويترتب على ذلك نتيجة مهمة، وهي ان القول بأن الكفيل العيني راهن، فأن ذلك ينكر كونه كفيل للدين، ويجعله في موقف لا يحسد عليه، أما القول بأنه ليس براهن فان في ذلك تجاوز على شيء من الحقيقة، فالكفيل العيني هو كفيل للدين ووسيلته بذلك قيامه برهن مال من أمواله لضمان ذلك الدين. وهنالك ارتباط بين عنصري الكفالة والرهن في الكفالة العينية، وهو ارتباط لا يقبل الانفصال، إذ لا يوجد أحدهما إلا بوجود الاخر، فاذا ما كان العقد باطلا مثلا، لأي سبب ككفالة، فانه سيكون كذلك باطلا كرهن، وبالعكس. فالكفالة العينية يمكننا تسميتها بالكفالة الخاصة، او الكفالة الرهنية، لأنها لا يمكن ان توجد الا بوجود هذين العنصرين معا (كفالة ورهن). ويجمع فيها الكفيل العيني بين صفتي الكفيل والراهن.

الخاتمة

بعد البدء ببحث دراسة الطبيعة القانونية للكفالة العينية (دراسة مقارنة)، والذي تضمن مبحثين تناولنا خلالهما كامل الموضوع ، نصل في النهاية الى الخاتمة التي نعرض من خلالها نتائج تلك الدراسة، وتقديم المقترحات التي نأمل ان نكون قد وفقنا فيها للاستفادة منها في الواقع العملي:

أولا: النتائج

هنالك جملة من النتائج تم التوصل إليها من خلال هذا البحث وهي:

١- الكفالة العينية هي تقديم تأمين عيني للدائن من قبل شخص يقدم مالاً معيناً من أمواله ضمانا للوفاء بدين في ذمة المدين الأصلي، ووسيلته الفنية بذلك هي رهن ذلك المال رهنا تأمينيا اذا كان المال عقاراً او حيازيا اذا كان المال عقاراً او منقولاً.

٢- ان القانون لم ينظم أحكام الكفالة العينية، ولم يشر إلى تطبيق احكام الكفالة الشخصية أو الرهن عليها، باعتبار ان الكفيل العيني جامع لصفتي الكفالة والرهن، بل ترك الامر الى اجتهاد الفقه واحكام القضاء، وعليه لا يوجد هناك ضوابط قانونية محدده ومعلومة تجعلنا نتجه لتطبيق احكام وقواعد الرهن على بعض العلاقات والتزامات الكفيل العيني، او ترشدنا إلى تطبيق احكام وقواعد الكفالة الشخصية على العلاقات والالتزامات الأخرى.

٣- الفقه الإسلامي كالقانون الوضعي لم يتضمن احكاما خاصة بالكفالة العينية، ولم يتطرق لها بشكل مباشر، الا ان كفالة المال في الفقه الإسلامي، تتضمن احكاما تشترك مع الكفالة العينية، حيث لا يشترط فيها أن يكون الكفيل شخصيا، ويمكن ان تنطبق على الكفيل العيني.

٤. الكفالة العينية لم تنل العناية الكافية من المشرع والفقه والقضاء، بل ظلت غريبة عنها في معظم الحالات، تتنازع فيه القواعد القانونية، فتارة تطبق عليها احكام عقد

الرهن، وتارة أخرى احكام الكفالة الشخصية، ولم تتعرض الكفالة العينية الا لدراسات قليلة جدا من بعض الفقهاء الفرنسيين والمصرين والعراقيين.

٥- بالرغم من التشابه بين الكفالة العينية والرهن، والذي جعل كثير من الفقهاء يميلون إلى الرأي القائل بأن عقد الكفالة العينية ما هو الا عقد رهن، وبالرغم من ذلك فهناك اختلافات جوهرية بين العقدين، فالكفيل العيني ليس مجرد راهن، لذلك فهو يستفيد من بعض القواعد والاحكام الخاصة بالكفالة، حيث ان غالبية تلك القواعد تحقق مصلحة ظاهرة له، ولا يجوز حرمانه منها، وان خلو القانون من تنظيم الكفالة العينية ليس مبررا مقبولا ولا عادلا لاعتبار الكفيل العيني مجرد راهن وتطبيق احكام الرهن عليه.

٦- ان التزام الكفيل العيني هو التزام يتميز بتبعيته للالتزام الأصلي كالكفيل الشخصي، وهذا ما يؤكد ان يتمتع الكفيل العيني بما يتمتع به الكفيل الشخصي من حقوق، إلا ما تعارض مع حقيقة كونه راهناً، والا فأن في ذلك انكار له كونه كفيل والتزامه تبعي، فيحتج بالدفوع الخاصة به باعتباره كفيلاً او بالدفوع الخاصة بالأصيل وهو المدين، وله الرجوع بما أدى على الأصيل، او على غيره من الكفلاء كل بحسب نصيبه، ويتميز عن الكفيل الشخصي، بأن مسؤوليته محدودة بقيمة المال الذي قدمه كحد اعلى، أما مسؤولية الكفيل الشخصي غير محدودة.

٧- ان التزام الكفيل العيني هو التزام عيني، وهو دين على عين، وان محله أداء يقع على المدين العيني ، وهذا الأداء لصيق الصلة بعين معينة للمدين، فيقتصر ضمانه فيها، ومن ماليتها، وينتقل معها، والمديونية في التزامه تثبت في العين فيحملها وينتقل معها في أي يد تكون ويسقط بهلاكها، وان العين هي التي تحدد شخص المدين بالالتزام العيني بوصفه مالكا لها بما عليها من دين، اما المسؤولية وهو التزام يستطيع الكفيل العيني التخلص منه بالأداء للدين الذي للدائن (المكفول له) على العين بوصفه صاحب حق عيني تبعي عليها ، وهي الدين الضامنة لدين على المدين (المكفول عنه)، ويمكنه التخلي عن العين بموجب القانون المدني المصري دون العراقي وتركها للمكفول له ليتخذ إجراءات التنفيذ عليها، دون مواجهة الكفيل العيني .

٨- أحكام الكفالة العينية تؤخذ من الكفالة والرهن، وان التنظيم القانوني للكفالة كتأمين شخصي، والتنظيم القانوني للرهن كتأمين عيني، لا يمنع من اخذ احكام الكفالة العينية من هذين التنظيمين، فيطبق عليها من احكام الكفالة الشخصية كل مالا يتعارض مع فكرة الرهن، وفي نفس الوقت يطبق عليها من احكام الرهن مالا يتعارض وفكرة الكفالة الشخصية، مادامت هذه الاحكام وتلك يمكن جمعها ، او تكاملها، بدون تنافر او تعارض بينها.

٩- العلاقة بين الدائن والكفيل العيني، تنطبق على معظمها القواعد المنظمة لأثار الرهن، فيكون للكفيل العيني الاحتفاظ بملكية العقار المرهون وبما يخوله هذا الحق من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ،فله ان ينتفع بالعقار المكفول ويديره بحرية كما يشاء ، ويتصرف بكافة أنواع التصرفات باعتباره مالكا للمال المرهون، وبالمقابل فهو يضمن سلامة الرهن، فلا يتعرض للدائن المرتهن تعرضا ماديا او قانونيا، ويدفع التعرض القانوني الصادر من الغير، ويشترك بهذه الاثار كل من الرهن التأمين والحيازي، ويضاف اليها في الرهن الحيازي التزام الكفيل العيني بتسليم المرهون الى الدائن أو الى يد (عدل)، ويرتب هذا النوع من الرهن التزامات تقع على عاتق الدائن المرتهن، وهي الالتزام بحفظ المكفول به، وادارته، ورد المكفول به بعد زوال سبب الرهن الذي يؤدي الى انقضائه.

١٠- إن غالبية الفقه يقر أن الكفيل العيني ليس راهنا فحسب، بل هو راهن وكفيل، وبالتالي فان الاحكام التي تطبق عليه يجب ان تراعي مركزه كراهن ومركزه ككفيل، وذلك من خلال البحث في القواعد المنظمة له من قواعد الرهن والكفالة معا، فيمكننا القول انه في الأساس كفيل، بعدها قام برهن ماله.

١١- الكفيل العيني يكون في مركز يختلف به عن المدين الراهن وعن الكفيل الشخصي، اذ يسأل كل منهما في ذمته عن الوفاء بالدين المضمون ، والكفيل العيني يسأل في حدود المال الذي قدمه.

ثانيا: التوصيات

١- إن الواقع واضح بتخلي المشرع عن تنظيم الكفالة العينية بصورة مباشرة، واشارته اليها بصورة غير مباشرة، لذلك ندعوا الى تنظيم الاحكام القانونية للكفالة العينية، والذي يؤدي الى توحيد الاحكام القضائية وعدم تضاربها، حتى يمكن للكفيل العيني من معرفة مركزه القانوني، لان ذلك يشكل دعما لنظام الائتمان بشكل عام، ويساعد على استقرار المراكز القانونية بشكل خاص.

٢- إعطاء الكفيل العيني الحق في التمسك بالدفوع التي يمكن للمدين التمسك بها والتي أجازها القانون للكفيل الشخصي، لان هذه الدفوع تمثل حماية للكفيل سواء كان شخصيا ام عينيا، والاخذ بما جاء بنص المادة (٢/١٠٤٢) من القانون المدني المصري التي نصها: (اذا كان الراهن غير المدين كان له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به ان يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين)، والمادة (٢٣١٣) من القانون المدني الفرنسي بقولها (يحق للكفيل ان يحتج بوجه الدائن بكل الدفوع العائدة للمدين الأصلي والتي تكون ملازمة للدين. ولكن لا يمكنه ان يحتج بالدفوع التي تكون محض شخصية بالنسبة الى المدين) فتدرج هذه المادة كفقرة ثانية في المادة (١٣٠٠).

٣- منح الكفيل العيني الحق في تجريد المدين قبل التنفيذ عليه، لأن التزامه التزاماً تابعاً لالتزام المدين الأصلي، بالإضافة الى حرمانه من طلب التجريد يجعله كفيلا متضامنا، بالإضافة الى ان مميزات ومبررات التجريد تنطبق عليه كما تنطبق على الكفيل الشخصي غير المتضامن، فيكون حق التجريد هو الأصل، ويمكن الاتفاق على خلافه. فتكون المادة (١٣٠٠) من القانون المدني العراقي بالشكل الاتي: (اذا كان الراهن في الرهن التأميني غير المدين فلا يجوز التنفيذ على شيء من ماله الذي لم يخصص لضمان حق الدائن، ولا تجاوز مسؤوليته عن هذا الحق حد ما رهنه من المال، وله أن يطلب من المرتهن أن يجرد المدين قبل التنفيذ على العقار المرهون مالم

يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك). ويسري ذلك على الرهن الحيازي أيضا، استنادا لنص المادة (١٣٤١) من القانون المدني العراقي باتباع احكام المادة (١٣٠٠) عليه.

٤- ان الشخص الذي يعقد الرهن دون أن يكون مدينا، يعتبر في علاقته بالمدين كفيلا لا راهنا، وينطبق على هذه العلاقة احكام قواعد الكفالة الشخصية، فيراعي القاضي الاخذ بهذه الاحكام في علاقة المدين بالكفيل العيني.

٥- إعطاء الحق للكفيل العيني أن 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، الا اذا كان الدفع لصيقا بالمدين.

٦- منح الكفيل العيني 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 ان يسوءا مركز الثالث.

٧- منح الكفيل العيني الحق بالاحتجاج بإضاعة الدائن لضمانات الدين في حال وجود ضمان أو اكثر من الضمانات الأخرى المقررة للدين، وسبب اعطاءه هذا الحق، لان إضاعة هذا الضمان الخاص أدى الى ان 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 ان وجود هذا الضمان قد يكون هو السبب الحقيقي لقبول الكفيل العيني لكفالة الدين.

فتطبق أحكام الرهن على العلاقة بين الكفيل العيني والدائن، باعتبار أن أقرب العقود للكفالة العينية هو عقد الرهن، وبعد تعديل الاحكام الواردة في الرهن فيما يخص الكفيل العيني والتي أشرنا الى تطبيقها على الكفيل الراهن، وتنظيم علاقة الكفيل العيني بالمدين بموجب أحكام الكفالة الشخصية، وتنظيم تلك القواعد بما يتلائم ومركز الكفيل الراهن يمكن تحدد المركز القانوني للكفيل العيني.

الهوامش

(١) الشيخ احمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج٢، مكتبة لبنان، ١٩٨٦، ص ١٢٦. ١٢٧.

(٢) د. رضا متولي وهدان، بحث بعنوان (أصول فكرة الالتزام وبعض تطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي)، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، جامعة الازهر، كلية الشريعة والقانون، العدد(١٣)، ص ١٣.

(٣) الآية (٧٧) من سورة الفرقان.

(٤) الآية (١٢٩) من سورة طه.

(٥) شمس الدين محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، القاهرة، دار احياء الكتب العربية، بدون سنة طبع، ص١٨٤.

(٦) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٨، التأمينات العينية والشخصية ، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٠، ص ١٨٨.

(٧) د. عبد العزيز أبو غنيمة، الالتزام العيني، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٧٢، ص ٩.

(٨) د. مصطفى الجمال ، النظرية العامة للالتزام ، القاهرة ، المكتبة القانونية ، ١٩٨٧، ص ١٧.

(٩) د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزامات ، ج٢ ، احكام الالتزام ، القاهرة ، ١٩٦٠ ، ص ٢١.

(١٠) د. عبدالحي حجازي ، المصدر السابق ، ص ٢٧.

(١١) 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.، ص ١٩

(١٢) على سبيل المثال فأن حق الارتفاق ينتقل إلى من تنتقل اليه ملكية العقار المرتفق .

(١٣) تقابلها المادة (١٠٢٢) من القانون المدني المصري بقولها(١- نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على مالك العقار المرتفق ما لم يشترط غير ذلك.

٢- فاذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال على نفقته، كان له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق..)

(١٤) د. عبد الحي حجازي ، احكام الالتزام ، المصدر السابق ، ص ٢٩. ٣٠

(١٥) وليد خالد عطية الجابري ، فكرة الالتزام العيني وتطبيقاتها في القانون المدني (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ، ١٩٩٧، ص ١٠.

(١٦) د. غني حسون طه ومحمد طه البشير ، الحقوق العينية ، ج١، ط٤ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٠، ص ٥

(١٧) يتجه جانب من الفقه المعاصر والتشريعات المدنية الحديثة الى نبذ تعبير الحقوق العينية ، فما يسمى بالحقوق العينية التبعية ليست سوى ضمانات تنفيذ ينبغي ان تنزل الى مكانها الطبيعي في نظرية الالتزام فلا يبقى الا موضوع الملكية وحده ، نقلا عن د. غني حسون طه ومحمود طه البشير ، الحقوق العينية ، المصدر السابق ، ج١، ص ٣١ ، هامش رقم (١) .

(١٨) د. احمد محمد أحمد ، الحقوق العينية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٥، ص ٢١١.

(١٩) د. مصطفى الجمال ، مصدر سابق، ص ١٧.

(٢٠) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، ج٨ ، ص ١٨٨.

(٢١) د. غني حسون طه ومحمود طه البشير ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ج٢، ص ٣٥٢.

(٢٢) د. محمود جمال الدين زكي، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، القاهرة، مطابع الاهرام التجارية، ١٩٧٤، ص ١٤، وانظر كذلك: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ج٢، ص ٧١٩.

(٢٣)عبد المنعم البدراوي ، اثر مضي المدة في الالتزام ، أطروحة دكتوراه ، القاهرة ، ١٩٥٠ ، ص ٢١٢ وما بعدها .

(٢٤) د. إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، ١٩٦٦، ص٢٦.

(٢٥) المصدر ذاته، وفي الموضع ذاته.

(٢٦) د. عبد المجيد الحكيم واخران ، الوجيز في القانون المدني العراقي ، مصدر سابق ، ج١، ص ١٥. ١٦ ، وانظر د. إسماعيل غانم ، المصدر السابق ، ص ٢٧. ومن امثلة الالتزام الطبيعي ما نصت عليه المادة (٣٨٦) من القانون المدني المصري من أن (يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي).

(٢٧) انظر المادة (٢٦٠) من القانون المدني العراقي بنصها (١- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه. ٢- وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان الا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون) ، وتقابلها المادة (٢٣٤) من القانون المدني المصري بنصها (١- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه. ٢- وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان الا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون)

(٢٨) انظر المادة (١٢٩٩) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها (للمرتهن ان يستوفي حقه في العقار المرهون رهناً تأمينياً وفقاً للإجراءات المقررة لذلك، واذا لم يف العقار بحقه، فله ان يستوفي ما بقي له كدائن عادي من سائر اموال المدين)

(٢٩) انظر المادة (١٢٩٣) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها(يجوز ان يترتب الرهن التأميني ضماناً لدين مستقبل، او دين معلق على شرط، او دين احتمالي فيجوز ان يترتب لاعتماد مفتوح او لفتح حساب جار، على ان يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون او الحد الاقصى الذي ينتهي اليه هذا الدين)

(30)Ghanem (I) : Essai critique sur la notion: de patrimoine these de doctorat paris (1951) edit le caire, (959) . P.21. et s .

وانظر د. أحمد سلامة ، التأمينات العينية والشخصية ، مصدر سابق، ص ١١ وما بعدها

(٣١) د. مصطفى الزرقاء ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، ج١ ، ط ٣ ، دمشق ، ١٩٥٨، ص ١٥.

(٣٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، ج١، مصر ، دار المعارف، ١٩٦٧، ص ٩. ١٥.

(٣٣)د. مصطفى الزرقاء ، مصدر السابق، ص ١٨. ٢٢.

(٣٤) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي مصدر سابق، ص ١٧ وما بعدها .

(٣٥) د. شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، ط٢ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ،١٩٥٩. ص ٢٦٩.

(٣٦) د. شمس الدين الوكيل ، المصدر ذاته ، ص ٢٦٨.

(٣٧) إسماعيل غانم ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٣٠ ، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، ج١ ، ص ١٩، د. غني حسون طه ومحمود طه البشير ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٤٤٨ . ٤٤٩ .

(٣٨) د. إسماعيل غانم ، مصادر الالتزام ، المصدر سابق ، ص ٣٠ ، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، ج ١، ص ١٠٩ ، الهامش في الصفحة .

(٣٩) د. إسماعيل غانم ، مصادر الالتزام ، المصدر سابق ، ص ٣٠.

(٤٠) مكنة التخلي للكفيل العيني نص عليها القانون المدني المصري في المادة (١٠٥١/ ٢) (واذا كان الراهن شخصا اخر غير المدين ، جاز له ان يتفادى أي أجراء موجه اليه اذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقا للأوضاع وطبقا للأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار) ، ولم يتضمن قانوننا المدني العراقي نصا مماثلا .

(٤١) د. غني حسون طه ومحمود طه البشير ، الحقوق العينية، المصدر السابق ، ج ٢، ص ٤٤٨، الهامش رقم (٨٦) ، د. احمد سلامة، دروس في التامينات المدنية ، مصدر سابق، ص ٨٠ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي ، التأمينات الشخصية والعينية ، القاهرة ، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٥٧ ، ص ٣٨١ .

(٤٢) د. غني حسون طه ومحمود طه البشير ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ج١، ص ٧.

(٤٣) د. غني حسون طه ومحمود طه البشير ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ج١، ص ٣٥٢.

(٤٤) انظر نص المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها (الملك التام من شأنه ان يتصرف به المالك، تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً، فينتفع بالين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة)، وتقابلها المادة (٨٠٢) من القانون المدني المصري التي جاء فيها (لمالك الشيء وحده ، في حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه).

(٤٥) د. عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمة ، الالتزام العيني بين الشريعة والقانون ، أطروحة دكتوراه ، القاهرة ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، ١٩٧٢، ص ٤٨٦.

(46)Ginossar (S) : Droit reel propriete et crence, elaboration d'un systeme rationnel des droits patrimoniaux, Paris, 1960 , p . 572 – 589 .

(٤٧)انظر نص المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها (١ – الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن او مدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً او ان يقوم بعمل او ان يمتنع عن عمل. ٢ – ويعتبر حقاً شخصياً الالتزام بنقل الملكية اياً كان محلها نقداً او مثليات او قيميات، ويعتبر كذلك حقاً شخصياً الالتزام بتسليم شيء معين. ٣ – ويؤدي التعبير (الالتزام) وبلفظ (الدين) نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ (لحق الشخصي).

(٤٨) د. عبد المجيد الحكيم واخران ، الوجيز في القانون المدني العراقي ، مصدر سابق ، ج١، ص ٢٠.

(٤٩) د. محمد إبراهيم دسوقي ، التعاقد اخلالا بحقوق الغير ، مصر ، أسيوط ، دار إيهاب للنشر والتوزيع ، ١٩٨٥، ص١٦ حيث يقول (ان اظهر الأمثلة للالتزام العيني الكفالة

العينية والوارث الظاهر الملتزم في حدود ما ال اليه من التركة والمالك الجديد للعقار المرهون الملتزم في حدود العقار الذي يملكه مثقلا بالالتزام العيني) .

(٥٠) في القانون المدني المصري . ولا يوجد نص يقابله في القانون المدني العراقي.

(٥١) انظر نص المادة (٢٢٨٤) من القانون المدني الفرنسي، التي جاء فيها: (يجب على كل من التزم شخصيا ان يفي بما تعهد به على كافة أمواله المنقولة وغير المنقولة الحاضرة والمستقبلية).

(٥٢) نقض مختلط، ٢ كانون الأول/ ديسمبر ٢٠٠٥: نش مدنية رقم ٧، التقرير ص ٢١٤، نش نقض ١٥، كانون الثاني/ يناير ٢٠٠٦، تقرير فولكي ، مطالعة سانت روز، د ٢٠٠٦. نقلا عن القانون المدني الفرنسي باللغة العربية، مصدر سابق، ص ٢٠٣١.

(٥٣) د. محمد كامل مرسي ، التأمينات العينية والشخصية ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٣، وانظر كذلك: د. هادي أحمد ، الحقوق العينية، ج٢، الحقوق العينية التبعية ، بغداد ، ٢٠١٨، ص ٦٧.

(٥٤) د. غني حسون طه ومحمود طه البشير ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ج٢، ص ٣٤١

(٥٥) يقابلها نص المادة (٢٤٤) من القانون المدني المصري التي نصت على ان (١- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ، ٢. وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان الا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون)

(٥٦) د. غني حسون طه ومحمود طه البشير ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ج٢، ص ٣٤٢

(٥٧) د. محمد كامل مرسي ، التأمينات العينية والشخصية ، مصدر سابق ، ص ١٥.

(٥٨) د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التامينات الشخصية والعينية، ج١، مطبعة دار المعرفة، بغداد، ١٩٥٣، ص ٧. وانظر كذلك: د. سليمان مرقس ، الحقوق العينية التبعية، حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص ، ط٣ ، بيروت ، لبنان ، المنشورات الحقوقية، ج٢ ، ص٣

(٥٩) د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١٠ ، مصدر سابق ص ٦.

(٦٠) ، د. محمد كامل مرسي ، التأمينات العينية والشخصية ، مصدر سابق ، ص ١٦.

(61)Chauveau , classification nouvelle des droits reels et personnels, rev . crit . legisl . et jurispr . 1931, p. 539 et s.

(٦٢) د. غني حسون طه ومحمود طه البشير ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ج٢، ص ٣٤٥

(٦٣)د. شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات المدنية ، مصدر سابق ، ص ٣٣ .

(٦٤)المصدر ذاته، ص ٣٢.

(٦٥) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ١٠ ، ص٦، مصدر سابق ، ص ٦. د. سمير تناغو ، التأمينات العينية والشخصية ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، دون سنة طبع. ، ص ١٠ ، وانظر د. غني حسون طه ومحمود طه البشير ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ج١، ص٣١ و ج ٢ ، ص ٣٤٥ ، ومن المعارضين للغالبية د. شفيق شحاته، شرح القانون المدني الجديد في الأموال، (النظرية العامة للتأمين العيني)، القاهرة، المطبعة العالمية، ١٩٥١، ص ١١. ١٢ .

(٦٦) مطابق لما فعله المشرع المصري في الكتاب الرابع أيضا بتسمية الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية .

(٦٧) د. شفيق شحاته ، المصدر السابق ، ص ١٥.

(٦٨) د. شفيق شحاته ، المصدر السابق ، ص ١٣. ١٤.

(٦٩) د. محمد إبراهيم دسوقي ، مصدر سابق ، ص ١٢.

(٧٠) د. احمد سلامة ، المدخل لدراسة القانون المدني ، ج٢ ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٢، ص ٣١٨.

(٧١) د. احمد سلامة ، التأمينات الشخصية والعينية ، ج١ ، مصدر سابق ، ص ٤٠ .

(٧٢) في القانون المدني المصري (الرهن الرسمي ، حق الاختصاص ، الرهن الحيازي ، حق الامتياز)

(٧٣) د. غني حسون طه ومحمود طه البشير ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ج٢، ص ٣٤٥

(٧٤) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ١٠ ، ص ٧ . ٨ .
(٧٥) . سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات العينية والشخصية ، مصدر سابق ، ص ١٩.
(٧٦) يقابلها نص المادة (٣١٨) من القانون المدني المصري (١. تبقى للدين المحال به ضماناته.٢- ومع ذلك لايبقى الكفيل ، عينيا كان أو شخصيا، ملتزما قبل الدائن الا اذا رضى بالحوالة).
(٧٧) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ١٠ ، مصدر سابق ، ص ٩
(٧٨) د. عادل سيد فهيم ، نظرية التامين العيني في التقنين المدني العراقي، ط٢، طبع على نفقة جمعية صندوق المساعدات والتسليف لطلاب جامعة البصرة ، ١٩٦٩، ص ٧٠. ٧١.
(٧٩) يقابلها نص المادة(١٠٥٦) من القانون المدني المصري التي نصت على (يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون ، أو من المال الذى حل محل هذا العقار ، بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد فى يوم واحد.
(٨٠) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في التامينات الشخصية والعينية، المصدر السابق، ص ٥٨.
(٨١) د. شفيق شحاته، مصدر السابق، ص ٢٤٤ . ٢٤٥
(٨٢) د. صلاح الدين الناهي ، التأمينات العينية والشخصية ، مصدر سابق ، ص ٧. وانظر كذلك: د. محمد كامل مرسي ، التأمينات العينية والشخصية ، مصدر سابق ، ص ١٩.
(٨٣) د. هدى عبد الله، التامين العقاري مقارنة مع حقوق الرهن والامتياز، ط١، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، ٢٠١١، ص١٤.
(٨٤) د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١٠ ، مصدر سابق ص ٧.٦.
(٨٥) انظر نص المادة (١/١٣١٥) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها (ينقضي حق الرهن التأميني بانقضاء الدين الموثق، ويعود معه اذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون اخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين انقضاء الديون وعودته).

(٨٦)د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ١٠ ، مصدر سابق ، ص ٩.

(٨٧) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ١٠ ، مصدر سابق ، ص١٦

(٨٨) انظر: وليد خالد عطية الجابري ، مصدر سابق، مستندا بذلك على نص المادة (٧٢٦) من مجلة الاحكام العدلية التي نصت (يجوز ان يستعير واحد مال اخر ويرهنه بأذنه ويقال لهذا الرهن المستعار) .

(٨٩) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، ج٣، منشورات مكتبة النهضة، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع ، الكتاب الرابع ، ص ١١٥٠.

(٩٠) شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٢، القاهرة، مطبعة الباب الحلبي، ١٩٥٨.، ص ١٩٩.

(٩١) خليل بن إسحاق بن موسى المالكي، مختصر الخليل، ج٦، مطبعة مصطفى البابي، مصر، ١٩٢٢، ص ٢١ .

(٩٢) محمد امين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ، شرح تنوير الابصار ، المطبعة الكبرى ، بولاق القاهرة ، ج٥، ص ٣١٧.

(٩٣) وهي مشابه لتعريف الرهن الحيازي بموجب المادة (١٣٢١) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها (الرهن الحيازي عقد به يجعل الراهن مالاً محبوساً في يد المرتهن او في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاؤه منه كلاً او بعضاً مقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أي يد كان هذا المال).

(٩٤)انظر: شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي ، مصدر سابق ، ج٣ ، ص ٢١٠.

(٩٥) د. إبراهيم دسوقي الشهاوي ، المذاهب الفقهية ، كتاب الرهن ، القاهرة ، العباسية ، شركة الطباعة الفنية المتحدة ، د.ت ، ص ٥

(٩٦) انظر: شمس الدين محمد بن ابي العباس بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج (منهاج النووي)، ج٤، القاهرة، منشورات المكتبة الإسلامية، دون سنة طبع ، ص ٢٢٩.

(٩٧) انظر شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني، مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ج٤ ، ص ٣٢٠.

(٩٨) أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن المعروف بـ(الشيخ الطوسي)، الخلاف، الطبعة الجديدة، ج٣، مؤسسة ال البيت(ع) لاحياء التراث، بيروت، ١٤١١هـ، ص ٢٢٣، وانظر: السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين (المعاملات)، ج ٢، بيروت، لبنان، دار ومكتبة القطيف، ١٤٣٠هـ ، ص ٢٢٦.

(٩٩) انظر: محمد امين ابن عابدين، رد المحتار ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص ٣١٨ ، وانظر: علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع ، مصدر سابق ، ج٦ ، ص ١٣٧ .

(١٠٠) المحقق الحلي أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ط١١، ج٢، دار القارئ، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤، ص ٣٤١. وانظر كذلك: زين الدين بن علي الجبعي العاملي المعروف بـ(الشهيد الثاني)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ط١، ج٤، منشورات مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، دون سنة طبع، ص ٥٦.، السيد محمد محمد صادق الصدر، الصراط القويم، ط ٥، مؤسسة بقية الله لنشر العلوم الإسلامية، جامعة الصدر الدينية، ٢٠٠٣، ص ١٦٣

(١٠١) الشيخ الطوسي، مصدر سابق،ص٢٢٣، السيد علي السيستاني ، مصدر سابق ، ص ٢٢٦.

(١٠٢) انظر: محمد بن احمد بن محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، مطبعة السعادة، القاهرة، سنة ١٣٩٤هـ ، ج٢٣، ص ٥٧.

(١٠٣) انظر نص المادتين (١٢٨٧. ١٣٢٥) من القانون المدني العراقي، والمادتين (١٠٣٢. ١٠٩٦) من القانون المدني المصري .

(١٠٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ج١٠، ص ١٦.

(١٠٥)انظر نص المادة(٢٣٨) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها (اذا رهن شخص ماله في دين غيره وقضى الدين ليفك ماله المرهون رجع بما قضاه على المدين).

(١٠٦) د. شفيق شحاته، النظرية العامة للتأمين العيني، مصدر سابق، ص٦٧

(١٠٧) د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية والشخصية، ص ٢٠.

(١٠٨) د. محمد شكري سرور، محاولة لتأصيل احكام الكفالة العينية،(دراسة مقارنة – بين القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي)، مطبعة دار الفكر العربي، ١٩٨٦، ص٥٥.

(١٠٩) د. همام محمد زهران ، التامينات العينية والشخصية، مطبعة منشاة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٢٩.

(١١٠) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١٠، ص ٣٨١. ٣٨٢ .

(١١١) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر ذاته، وفي الموضع ذاته.

(١١٢) د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص٦٤. ٦٥.

(١١٣) د. محمود جمال الدين زكي، التأمينات، مصدر سابق، ص ٩٩.

(١١٤) انظر نص المادة (١٠١٣) من القانون المدني العراقي والتي نصت على (١ – اذا كان الدين مؤجلاً على الاصيل، وكفل به احد تأجل على الكفيل ايضاً. ٢ – واذا أجل الدائن على الاصيل تأجل على الكفيل وكفيل الكفيل وان اجله على الكفيل الاول يتأجل على الكفيل الثاني، ولا يتأجل على الأصيل).

(١١٥) د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص ٦٧. ٦٨.

(١١٦) انظر نص المادة (١٢٩٥) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها (١ – يجوز للراهن ان يتصرف بالبيع وغيره في العقار المرهون رهناً تأمينياً وتصرفه هذا لا يؤثر في حق المرتهن.٢ – وله الحق في ادارة العقار المرهون، وفي قبض غلته الى وقت التحاقها بالعقار وفقاً لقواعد الاجراء). ويقابلها نص المادة (١٠٤٤) من القانون المدني المصري التي جاء فيها (للراهن الحق فى ادارة العقار المرهون وفى قبض ثماره الى وقت التحاقها بالعقار).

(١١٧) انظر نص المادة (١٢٩٦) من القانون المدني العراقي،التي جاء فيها (١ – يضمن الراهن في الرهن التأميني سلامة الرهن وللمرتهن ان يعترض على كل عمل يكون من شأنه انقاض ضمانه. ٢ – فإذا وقعت اعمال من شأنها ان تعرض العقار المرهون للهلاك او التعيب او تجعله غير كاف للضمان كان للمرتهن ان يطلب من المحكمة وقف هذه الاعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر) ويقابلها نص المادتين (١٠٤٧) و(١/١٠٤٨) من القانون المدني المصري.

(١١٨) انظر نص المادة (٢٠٨٠) من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها (١- يكون الدائن مسؤولا عن خسارة المرهون أو تلفه الحاصل بنتيجة اهماله وفقا للقواعد الواردة تحت عنوان العقود والالتزامات الاتفاقية بوجه عام ٢- ومن جهته يجب أن يؤدي الى الدائن المصاريف الضرورية والمفيدة التي تكبدها للمحافظة على المرهون).

(١١٩) د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص ٢٣. ٢٤.

قائمة المصادر

بعد القران الكريم

٠المصادر العربية

أولا: كتب اللغة العربية

١. الشيخ أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج٢، مكتبة لبنان، ١٩٨٦.

ثانيا: كتب الفقه الإسلامي

أ. كتب الفقه الإسلامي القديمة

٠الفقه الامامي

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

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

٣. زين الدين بن علي الجبعي العاملي المعروف بـ(الشهيد الثاني)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ط١، ج٤، منشورات مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، دون سنة طبع.

٠الفقه الحنفي

١. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج٣، منشورات مكتبة النهضة، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع.

٢. محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ، شرح تنوير الابصار ، المطبعة الكبرى ، بولاق القاهرة ، ج٥، دون سنة طبع.

٠الفقه المالكي

١. خليل بن إسحاق بن موسى المالكي، مختصر الخليل، ج٦، مطبعة مصطفى البابي، مصر، ١٩٢٢.

٢. شمس الدين محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، القاهرة، دار إحياء الكتب العربية، بدون سنة طبع.

٣. محمد بن احمد بن محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، مطبعة السعادة، القاهرة، سنة ١٣٩٤هـ.

٠الفقه الشافعي

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

٢. شمس الدين محمد بن احمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ج٢، القاهرة، مطبعة الباب الحلبي، ١٩٥٨.

ب ـ كتب الفقه الإسلامي الحديثة

١. السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين (المعاملات)، ج ٢، بيروت، لبنان، دار ومكتبة القطيف، ١٤٣٠هـ .

٢. السيد محمد محمد صادق الصدر، الصراط القويم، ط٥، مؤسسة بقية الله لنشر العلوم الإسلامية، جامعة الصدر الدينية، ٢٠٠٣.

٣. د. إبراهيم دسوقي الشهاوي ، المذاهب الفقهية ، كتاب الرهن ، القاهرة ، العباسية ، شركة الطباعة الفنية المتحدة ، دون سنة طباعة.

٤. د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج٢، مطابع دار المعارف، مصر، ١٩٦٧.

رابعا: الكتب القانونية

١. د. احمد سلامة، التأمينات العينية والشخصية ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٠.

٢. د. احمد سلامة ، المدخل لدراسة القانون المدني ، ج٢ ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٢.

٣. د. احمد سلامة، دروس في التامينات المدنية ، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٨.

٤. د. احمد محمد أحمد ، الحقوق العينية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٥.

٥. د. إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، ١٩٦٦.

٦. د. سليمان مرقس ، الحقوق العينية التبعية ، حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص، ج٢، ط٣ ، بيروت ، لبنان ، المنشورات الحقوقية، دون سنة طبع.

٧. د. سمير تناغو ، التأمينات العينية والشخصية ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، دون سنة طبع.

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

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

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

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

١٢. د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات ، ج٢ ، احكام الالتزام، القاهرة، ١٩٦٠.

١٣. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٠.

١٤. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١٠، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٠.

١٥. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٢، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت ، لبنان ، ,٢٠٠٠

١٦. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٨، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٠.

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

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

١٩. 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.

٢٠. د. غني حسون طه ومحمد طه البشير ، الحقوق العينية ، ج٢، ط٤ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٠.

٢١. د. محمد إبراهيم دسوقي، التعاقد اخلالا بحقوق الغير ، مصر ، أسيوط ، دار إيهاب للنشر والتوزيع ، ١٩٨٥.

٢٢. د. محمد شكري سرور، محاولة لتأصيل احكام الكفالة العينية (دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي)، مطبعة دار الفكر العربي، ١٩٨٦.

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

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

٢٥. د. هادي أحمد ، الحقوق العينية، ج٢، الحقوق العينية التبعية ، بغداد ، ٢٠١٨.

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

٢٧. د. همام محمد زهران، التأمينات العينية والشخصية، مطبعة منشاة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١.

خامسا: الرسائل والاطاريح

١. عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمة ، الالتزام العيني بين الشريعة والقانون ، أطروحة دكتوراه ، القاهرة ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، ١٩٧٢.

٢. عبد المنعم البدراوي ، أثر مضي المدة في الالتزام ، أطروحة دكتوراه ، القاهرة ، ١٩٥٠ .

٣. وليد خالد عطية الجابري، فكرة الالتزام العيني وتطبيقاتها في القانون المدني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ١٩٩٧.

سادسا: البحوث والمقالات

١. د. رضا متولي وهدان، بحث بعنوان (أصول فكرة الالتزام وبعض تطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي) مجلة البحوث الفقهية والقانونية، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، العدد(١٣).

سابعا: لقوانين(التشريعات)

١. القانون المدني الفرنسي (قانون ١٨٠٤)

٢. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل.

٣. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

٤. القانون المدني الفرنسي بالعربية، جامعة القديس يوسف، بيروت، طبعة دالوز ٢٠٠٩ الثامنة بعد المئة بالعربية.

المصادر الأجنبية

1-Chauveau , classification nouvelle des droits reels et personnels, rev . crit . legisl . et jurispr 1931

2-Ghanem (I): Essai critique sur la notion: de patrimoine these de doctorat paris 1951 .

3-Ginossar (S): Droit reel propriete et crence, elaboration d'un systeme rationnel des droits patrimoniaux, Paris 1960.