د. مريم عبد طارش ياسين
كلية اليرموك الجامعة

التكييف القانوني للكفالة العينية (دراسة مقارنة تطبيقية)

مقدمة

لا شك أن للائتمان دورًا كبيرًا في أي نظام قانوني، بل إن دوره يتجاوز نطاق الحياة القانونية لينتشر تأثيره في الجوانب الاقتصادية والاجتماعية والسياسية كافة. ولعل جسر التواصل بين نوعي التأمينات الشخصية والعينية هو "الكفالة العينية"، فمن ناحية هي كفالة؛ (مما يسوغ الطابع الشخصيّ)، ومن ناحية أخرى هي عينية؛ (مما يسوغ الطابع العينيّ)؛ لذلك قلنا: إنها جسر التواصل بين نوعي التأمينات، وهو ما دفعنا إلى أن نخصص لها بحثنا الموسوم ؛ لبيان تكييفها القانوني .

فمن المعروف أن المال الذى يكون محلًا للتأمين العينيّ، قد يقدم من المدين نفسه وهذا هو الأصل، أو يقدم من الغير الذي يسمى فى هذه الحالة (كفيلًا عينيًا)؛ حيث يكفل للدائن الوفاء بدين مدينه، والذي كفله بتخصيص مال لهذا الغرض، ويتمتع الدائن بالحق العينيّ المقرر له على مال الكفيل العينيّ فيكون له من المزايا ما تترتب له لو كان قد قدم التأمين العينيّ من المدين الأصليّ، من حيث الأفضلية، وتتبع هذا المال، وبذلك فالكفالة العينية تجعلنا –أيضًا– بمنأى عن مبدأ المساواة بين الدائنين. وعلى ذلك فإن أبسط مفاهيم الكفالة العينية أنها رهن مقدم من غير المدين.

وتجدر الإشارة إلى أن موضوع تكييف عقد الكفالة العينية غير ثابت في نطاق الفقه القانونيّ إلا ما ندر، وفي حالة وجوده فإنه لا يعدو أن يكون اجتهادات فقهية قابلة للخطأ والصواب؛ لذا سنحاول الإفادة من تكييف العقود التي يكون محلها (تأمين الدين) عامة. لوجود تقارب بينها وبين عقد الكفالة العينية، وإن مقصود التكييف القانونيّ أنه: (إعطاء التوصيف القانونيّ الصحيح من غير التقييد بالاسم الذي يطلقه المتعاقدان على العقد) [1]، وبمعنى آخر أن التكييف يعمل على إعطاء الوصف القانونيّ الصحيح للواقعة، فهو بهذا سيمثل انطلاقة تطبيق القانون على الواقعة المعروضة أمام القاضي، والتي تنتهي بتحديد كون العقد محل النزاع هو كفالة شخصية أم رهنًا أم عقدًا ذا طبيعة خاصة.

ولابد من القول: إن التكييف القانونيّ من صميم عمل القاضيّ، ويكون ملزمًا بتكييف العقد[2]، وهو

([1]) د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، الأستاذ محمد طه البشير،نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، مصادر الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب ، ط4، 2010م ، ص (126)، هامش رقم (2).

([2]) وهذا ما أكدته محكمة التمييز العراقية؛ إذ قضت بـ: (أن تكييف العقد من الناحية القانونية يعود إلى المحكمة وليس لأحد المتعاقدين)، تمييز حقوق/ 156/ 74 في 26/ 5/ 1974، منشور في المبادئ القانونية لمحكمة التمييز، السنة 1974، الطبعة الثالثة، ص (278). وقد قضت محكمة النقض المصريّة هي الأخرى في عدة أحكام لها بأن العبرة في تكييف

يقوم بذلك من تلقاء من دون أن يتقيد بتكييف الخصوم[3] وإن كان يستعين بحقيقة الأمر بالنية المشتركة التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين[4]، فقد يجهل الطرفان الوصف الصحيح للعلاقة القانونية التي تربطهما، وقد يتواطآن على وصف هذه العلاقة وصفًا خاطئًا؛ بهدف التحايل على القانون[5]، والقاضي عند تكييفه أية واقعة معروضة أمامه يلتزم بأمرين:

- الأول– تحديد مضمون العقد، أي الأثر القانونيّ المترتب عليه فعلًا والذي يمثل الهدف الحقيقيّ للمتعاقدين من وراء إبرام العقد.
- الثاني– إضفاء الوصف القانونيّ على العقد، وتبدأ هذه العملية بالمقارنة بين مضمون العقد والوصف الذي وصفه به الطرفان، فإن وجدهما متلائمين بقي الوصف، وإذا وجدهما غير متلائمين يترك الوصف ويستأنف عملية المقارنة بين مضمون العقد والأوصاف القانونية الأخرى، ويعتبر تكييف العقد الواقعة القانونية من مسائل القانون وليس من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، فإذا أخطأ القاضي في التكييف فإن حكمه يكون قابلًا للنقض أو التمييز.

ولأن التكييف ضرورة من ضرورات التطبيق السليم لقواعد القانون؛ لذا اقتضى منا الأمر من تبيان

العقود هي بحقيقة التعاقد طبقًا للقانون، لا بما يصفه بها الخصوم. انظر طعن رقم (289) ، لسنة 27، جلسة 3/12/ 1962، والطعن رقم (178) ، لسنة 34، جلسة 1967/6/29، والطعن رقم (318) ، لسنة34 ، جلسة 1972/5/3، والطعن رقم (193) ، لسنة 51، جلسة 1/11/ 1982، والطعن رقم(1543) لسنة 51، جلسة 1986/11/27، أحكام منشورة على موقع المحكمة الإلكتروني والمتاح على الرابط:

http://www.cc.gov.eg/courts/cassation_court/all/cassation_court_all_cases.aspx تاريخ الزيارة 2018/2/23.

([3]) وهذا ما أكدته محكمة التمييز العراقية بالنص: (إن تكييف الدعوى، وإنزال حكم القانون على وقائعها أمر تستقل به المحكمة غير مقيدة بما يضمنه الطرفان المتنازعان من أوصاف قانونية ولها الحق في عدم الأخذ بالتكييف القانونيّ الذي يكيف به خصوم الدعوى)، رقم الحكم 47/ الهيئة الموسوعة المدنيّة/ 2015، تاريخ الحكم 2015/2/16، منشور في مؤلف القاضي حيدر عودة كاظم، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية/ القسم المدنيّ، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الوارث للطباعة والنشر، 2016م، ص(312).

([4]) وهذا ما قضت به محكمة النقض المصريّة بأحد أحكامها؛ إذ جاء فيه: (العبرة في تكييف العقد هي بحقيقة الواقع وبالنية المشتركة التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين)، رقم الحكم (257) لسنة 36، جلسة 1971/1/19، منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة والمتاح على الرابط :

http://www.cc.gov.eg/courts/cassation_court/all/cassation_court_all_cases.aspx تاريخ الزيارة 2018/1/19.

([5]) د. علي هادي العبيدي، التحايل على القانون، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 1995م، ص (212) وما بعدها.

التكييف القانونيّ لعقد الكفالة العينية بعد إيضاح الطبيعة الخاصة لالتزام الكفيل العينيّ فضلًا عن بقية الخصائص الأخرى للكفالة العينية،وبعد إتمام ذلك سوف يتجلى لنا نظام معين خاص بالكفيل العيني.

أهمية ومشكلة موضوع البحث : لعل المشكلات التي يعاني منها موضوع معين هي السبب الذي قد يدفع الباحثين إلى الاهتمام بدراسته، وهذا ما دفعنا إلى اختيار هذا الموضوع. فالواقع أن التنظيم القانونيّ للكفالة العينية، قد ظل لفترة طويلة قابعًا في ركن ضيق من عدم الاهتمام، سواء على الصعيد التشريعي أم الفقهيّ أم القضائيّ.

فعلى صعيد التشريع نجد أن التشريعات المقارنة (الفرنسيّ، والمصريّ، والعراقيّ) الحديثة منها والقديمة لم تضع نصًا يحتوي على تعريف للكفالة العينية بالرغم من أن اتجاه أغلب التشريعات الحديثة يذهب إلى إيراد تعريف للمصطلحات القانونية المنظمة داخلها. وبالتالي فإن ذلك قد انعكس بالسلب على الفقه، فلم يظفر الموضوع بدراسات فقهية متعمقة؛ إذ صحيح أنه صدرت بعض الكتابات في هذا الموضوع المهم ، إلا أن تكييف الموضوع لم يبحث بشكل جاد. وليس القضاء بأحسن حالًا من الفقه، فالتطبيقات التي عرض لها القضاء في هذا الصدد هي تطبيقات ضئيلة. وهو ما عنيناه حينما قلنا: إن عدم الاهتمام كان تشريعًا وفقهًا وقضاءً، ولعل هذا هو السبب الرئيس في اختيارنا موضوع هذا البحث .

منهجية البحث : اتبعنا في هذا البحث منهجان متكاملان غير متعارضان ، وعلى النحو الاتي :

اولاً – المنهج المقارن: قد عقدنا الدراسة بالمقارنة بين قوانين دول ثلاث، هي: القانون الفرنسيّ والقانون المصريّ والقانون العراقيّ، وقد كان الهدف من الدراسة المقارنة: استجلاء غموض النصوص من ناحية، ومعرفة المدى الذي تطور إليه كل قانون.

ثانياً– الجانب التطبيقيّ: ولما كان موضوع البحث يتصل بالواقع؛ لذا سيكون للجانب التطبيقيّ نصيب مهم في هذا البحث؛ إذ لم نقتصر على الجانب النظريّ من نصوص تشريعية وآراء فقهية، بل كان لزامًا علينا تدعيم مختلف الجوانب القانونية بالواقع عن طريق الإشارة إلى الأحكام القضائية المطبقة في العراق، والدول محل المقارنة متى أمكن ذلك؛ بغية الكشف عن مواطن الضعف الذي ينتاب تطبيق هذا العقد، مع محاولة الوصول إلى أفضل الحلول القانونية؛ لمعالجتها، ومن ثمَّ الوصول إلى موضوع متكامل يحقق أهداف الدراسة.

- **خطة الدراسة :** تنقسم دراستنا إلى مبحثين وعلى النحو الآتي:

المبحث الاول : تعريف الكفالة العينية.

المبحث الثاني: التكييف القانوني للكفالة العينية .

المبحث الأول

تعريف الكفالة العينية

إن الكفالة العينية نظام قانونيّ مستقل يجمع ما بين الكفالة والرهن؛ لهذا سنتعرف إليه عن طريق تجزئة كلماته ومعرفة معانيها لغة وقانونًا؛ من أجل التوصل إلى تعريف دقيق وشامل لها، ومن ثمَّ فلابد من معرفة المقصود بمصطلح الكفالة من جهة، ومصطلح العينية من جهة أخرى. ولابد من معرفة موقف المشرع العراقي والمقارن من تعريفها إن وجد، وكذلك موقف فقهاء القانون المدنيّ؛ ومن ثم نحاول إعطاء تعريف مختص بنا قدر المستطاع. لذلك –وبناءً على ما تقدم– سنقسم هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: تعريف الكفالة العينية لغة واصطلاحًا.

المطلب الثاني: الموقف التشريعي والقضائي من الكفالة العينية.

المطلب الأول

تعريف الكفالة العينية لغةً واصطلاحًا

من خلال هذا المطلب سنبين تعريف الكفالة العينية لغةً واصطلاحا ، وذلك بتقسيم هذا المطلب الى فرعين وكالاتي :

الفرع الاول

تعريف الكفالة العينية لغةً

الكفالة لغةً[6]: كفلت بالمال والنفس كفلًا وكفولًا أيضًا والاسم كفالة[7]، والكفيل الضامن، وقد كفل به

([6]) وهناك ألفاظ عدة في اللغة وثيقة الصلة بالكفالة مثل الضمان، والزعامة، والحمالة؛ مما يستوجب أن نعرض لها؛ للتمييز بينها وبين الكفالة:

أ– الضمان: ضمن الشيء وبه ضمانًا وضمنًا فهو ضامن وضمين، وكفله وضمنه الشيء تضمينًا، فتضمنه عني، غرمته فالتزمه. الفيروزآباديّ، القاموس المحيط، ج4، الهيئة المصرية للكتاب، مصر، 1979م، ص(245).

ب– الزعامة تعنى الكفالة كما جاء في قوله تعالي ﴿ ... ﴾ سورة يوسف، الآية رقم (72)، والزعيم الكفيل، يزعم زعم به، زعمًا وزعامة أي كفل، الفيوميّ، المصباح المنير، ج1، المكتبة العالمية، بيروت، من دون ذكر سنة النشر ، ص(217).

ج– الحمالة: بالفتح ، ما يحتمله الإنسان عن غيره من دية أو غرامة. ابن منظور، لسان العرب، ج2، مطبعة دار المعارف، من دون ذكر سنة نشر، ص (1004).

فجميع هذه الألفاظ والمعاني تتفق حول معنى واحد، هو ضمان المال، وإن كان لفظ الكفالة أكثر دلالة على ذلك؛ لأن الكفالة تفيد ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول عنه؛ مما يجعله أكثر دلالة على الاتحاد بين ذمة المدين والكفيل. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج 7، فصل الكفالة، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبيّ، مصر، من دون ذكر سنة نشر، ص(163). قال ابن حبان: الزعيم لغة أهل المدينة، والحميل لغة أهل العراق، والكفيل لغة أهل مصر، الزيلعيّ، نصب الراية لأحاديث الهداية، ج5، كتاب الكفالة، ط1، دار الحديث، 1995م، ص(14).

بكفل كفالة، وكفل عنه بالمال لغريمه وأكفله المال، ضمنه إياه وكفله إياه[8]، وجمع الكفيل كفلاء، وقد يقال للجمع كفيل لما قيل للجمع صديق[9].أما العين لغةً: المال القيد الحاضر، والعين: النقد، والعين الذهب عامةً، والعين عند العرب: حقيقة الشئ، وعين كل شيء خياره، وعين الشيء: نفسه وشخصه وأصله، لجمع أعيان[10].

وإن لفظ الكفالة في الفقه الإسلاميّ ينصرف إلى (ضم ذمة إلى ذمة في المطالب بدين أو عين أو نفس) ومن ثم فتعني ضم ذمة إلى ذمة في الوفاء بالتزام؛ ليكون المكفول به (إما نفس وإما عين وإما دين) فالمضمون في الكفالة بالنفس هو إحضار المكفول، وفي الكفالة بالعين إمَّا تسليمها إلى المكفول له وإمَّا ضمانها، وفي الكفالة بالدين أداؤه [11].

وعلى ذلك يمكن القول: إن معنى الكفالة في الفقه الإسلاميّ ينصرف إلى ما اصطلح عليه في القوانين الوضعية بالكفالة بوصفها أداة تأمين وائتمان، فالكفالة بالدين تعني الالتزام بأدائه، وهي الصورة الحديثة للتأمينات الشخصية، والتي تعني ضم ذمة الكفيل بجانب ذمة المدين للوفاء بالدين، والكفالة بالعين موضوع بحثنا يقصد بها تسليمها إلى المكفول له أو ضمانها، فتعني في إطار القانون الوضعيّ ما اصطلح على تسميته (بالكفالة العينية) وذلك حين تخصص العين للوفاء بالدين أو لضمانه. والكفالة بالنفس تتضمن إحضار المكفول، وهي تُعْرَف (بكفالة البدن أو الوجه).

الفرع الثاني

تعريف الكفالة العينية اصطلاحاً

أما ما تعنيه الكفالة العينية بأصطلاح فقهاء القانون المدني هو مختلف من ناحية الصيغ الشكلية في اختيار الألفاظ لكنه متحد من ناحية المعنى والمضمون فقد عرف فقهاء القانون المدنيّ الكفالة العينية بتعريفات عديدة منها: قولهم إن الكفالة العينية هي: (تتضمن تقديم الكفيل تأمينًا عينيًا كأن يرهن عقارًا أو منقولًا مملوكًا له؛ لضمان الوفاء بالتزام في ذمة شخص آخر)[12].

ويؤخذ على هذا التعريف أنه جعل التزام الكفيل كالتزام الراهن من حيث تقديم مال مملوك له سواءًكان عقارًا أم منقولًا من دون تحديد خاصية الكفالة العينية من حيث كونها مقيدة بحدود هذا المال من دون غيره،

([7]) الفيوميّ، المصباح المنير، ج2، المكتبة العالمية، بيروت، من دون ذكر سنة النشر، ص(736).

([8]) محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازيّ، مختار الصحاح، الناشر دار الحديث، 1952م، ص(74).

([9]) ابن منظور، لسان العرب، ج5، مطبعة دار المعارف، من دون ذكر سنة نشر، ص(3906).

([10]) ابن منظور، المصدر السابق، المجلد العاشر، ص (359).

([11]) الشيخ أحمد أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الثالثة، العدد الثانى، فبراير، 1930م، ص (3)، د. محمود جمال الدين زكى، التأمينات الشخصية والعينية، التأمينات الشخصية والعينية ، مطابع دار الشعب بالقاهرة ، ط3 ، 1979م ، ص (29) وما بعدها.

([12]) د. أحمد محمود سعد، التأمينات الشخصية والعينية في القانونيين المصري واليمني (الكفالة _ الرهن الحيازي) دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ط1 ، 1990م ، ص (76).

كما أنه لم يبين لنا مصدرها إن كان اتفاقًا أو عقدًا.

كما عرفت الكفالة العينية بأنها: (اتفاق بموجبه يقدم أحد الأشخاص، ويقال له الكفيل العينيّ عقارًا أو منقولًا ضمانًا لدين على غيره، ووسيلته الفنية رهن هذا المال رهنًا رسميًا أو حيازيًا، وتنحصر مسؤولية الكفيل العينيّ في القيمة الاقتصادية لهذا المال بوصفه الحد الأقصى لمسؤوليته عن الدين)[13].

ويلاحظ على هذا التعريف أنه موفق من ناحية نصه على مصدر الكفالة العينية وهو الاتفاق، كما أنه يبين لنا حدود مسؤولية الكفيل بالقيمة الاقتصادية للمال الذي التزم به من دون أن يتعداه إلى غيره من اركان ذمته المالية، غير أنه من ناحية ثانية يعاب عليه عدم ذكره الطرف الآخر للاتفاق (الدائن)، ولم ينص لا على حقه ولا على التزامه ولو بإشارة عامة؛ مما يجعله غير جامع.

وهناك من عرفها بأنها: (اتفاق يقدم بموجبه أحد الأشخاص مالًا يملكه على سبيل الرهن ضمانًا لدين على غيره) [14].

والمتأمل لهذا التعريف يجد أنه نص على اتفاق من حيث مصدرها غير أنه تعريف يؤخذ عليه من حيث إنه لم ينص على مصطلح واضح للكفيل العينيّ، ولم يوضح طبيعة التزام الكفيل العيني وماهيته بموجب هذا الاتفاق فضلًا عن أنه لم يحدد من هو الطرف الآخر في الاتفاق (الدائن).

كما عرفت الكفالة العينية بأنها: (التي فيها يجعل الشخص مالًا من أمواله مثقلًا بضمان دين على غيره وذلك بأنه يقدم المال رهنًا؛ لأداء دين المدين سواء كان رهن حيازة أم رهنًا تأمينيًا)[15].

والواضح من هذا التعريف أنه لم يذكر مصطلح الكفيل العينيّ إلا أنه أشار إلى تخصيص هذا الشخص لمال معين من أمواله، وبذلك حدد ماهية الكفالة العينية التي تشترط هذا التخصيص، وإلا كان الكفيل ضامنًا بكل ذمته المالية، كما أنه لم يحدد خصوصية الدائن بالكفالة العينية من حيث حقه العينيّ بالتقدم والتتبع من دون تعرضه لمزاحمة بقية الدائنين.

الآن، وبعد استعراض التعريفات التي أوردها الفقهاء، ومناقشتها ارتأينا أن نعرف الكفالة العينية بالآتي: {هي عقد بين طرفين الدائن والكفيل العينيّ، يلتزم بمقتضاه الأخير بتقديم مال من أمواله (أعقارًا كان أم منقولًا)؛ لضمان دين على غيره، وهو (المدين) ولا يسأل إلا في حدوده}.

وبهذا التعريف حاولنا الحفاظ على خصوصية الكفالة العينية المقاربة للرهن من جهة، بوصفها

([13]) د. محمد شكرى سرور، محاولة لتأصيل أحكام الكفالة العينية (دراسة مقارنة في القانون المدنيّ المصريّ والقانون المدنيّ الفرنسيّ)، دار الفكر العربيّ، 1987م، ص(9).

([14]) د. السيد عيد نايل، المركز القانونيّ للكفيل العينيّ، دار النهضة العربية، 1995م، ص(71).

([15]) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة دار المعرفة ، 1953م ، ص(7).

تأمينًا عينيًا يخول صاحبه مزايا الحق العيني من دون أن يختلط بنظام الرهن من حيث تحديد أطرافه بالكفيل العينيّ والدائن المرتهن، ويتمتع الطرف الأول بخصوصيته بوصفه كفيلًا مهما بلغ حجم التزامه بموجب هذا النظام فهو يبقي كفيلًا وله حمايته الخاصة بموجب القانون.

المطلب الثاني

الموقف التشريعيّ والقضائي من الكفالة العينية

لتسليط الضوء اكثر على اي نظام قانوني محل البحث لابد من تبيان موقف القانون منه ومدى استيعابه له بالتنظيم ، وايضا مدى انعكاس ذلك على تطبيق القضاء له . لذا سنقسم هذا المطلب الى فرعين وكالاتي :

الفرع الاول

الموقف التشريعي

بادئ ذى بدء تجدر الإشارة إلى أن التنظيم التشريعى في مصر يخلو من نص يبين لنا المقصود بـ (الكفالة العينية)؛ إذ اقتصر بالنص على جواز الاستعانة بهذه الصيغة من الكفالة فقد أشار المشرع المصريّ إلى الكفالة العينية بإشارات قليلة جدًا في باب الرهن تحت عبارة (شخص آخر غير المدين) أو مقدم الضمان، ومنها:

1- المادة (1/1032) من القانون المدنيّ المصريّ في باب الرهن الرسميّ؛ إذ جاء فيها: (يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه، كما يجوز أن يكون شخصًا آخر يقدم رهنًا لمصلحة المدين).

2- وأيضًا تقابلها المادة (1096) في باب الرهن الحيازيّ؛ إذ جاء فيها: (الرهن الحيازيّ عقد به يلتزم شخص ضمانًا لدين عليه، أو على غيره، على أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبيّ يعينه المتعاقدان، شيئًا يرتب عليه الدائن حقًا عينيًا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أية يد يكون).

3- وكذلك المادة (2/1042) في باب الرهن الرسميّ والتي جاء فيها: (وإذا كان الراهن غير المدين كان له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه للمدين).

4- والمادة (1050) التي جاء فيها: (إذ كان الراهن شخصًا آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك).

5- وأيضًا المادة (2/1051) وجاء فيها: (إذا كان الراهن شخصًا آخر غير المدين جاز له أن يتفادى أي إجراء موجه إليه، إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقًا للأوضاع وطبقًا للأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار).

6- هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنه نص صراحة على مصطلح الكفالة العينية فقط بإشارة واحدة فقط في نص المادة (358) من القانون المدنيّ وفيما يتعلق بتجديد الالتزام، والتي جاء فيها: (لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة عينية كانت أو شخصية ولا التضامن، إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون).

7- بالإضافة إلى ما سبق نص قانون الضمانات المنقولة المصريّ رقم (115) لسنة 2015 ، على الكفالة العينية بالمادة (1) منه عند تعريفه مقدم الضمان، بأنه مالك المنقول الضامن،سواءًكان المدين أم غيره .

أما المشرع العراقيّ فإنه من ناحية المصطلح قد ذكر مصطلح (الكفيل العينيّ) في باب الرهن التأمينيّ في المادة (1287) من القانون المدنيّ والتي جاء فيها: (يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين، ويجوز أن يكون كفيلًا عينيًا يقدم رهنًا تأمينيًا لمصلحة المدين، وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكًا للعقار المرهون، أو متصرفًا فيه)، وأيضًا اتفق مع المشرع المصريّ في مصطلح (غير المدين) في المادة (1330 مدنيّ عراقيّ) [16]، ومصطلح آخر، وهو (على غيره) في المادة (1325) مدنيّ عراقيّ والمختصة بالرهن الحيازيّ[17].

وبالنسبة للمشرع الفرنسيّ فهو لم يختلف عن التشريعات المقارنة من حيث عدم النص الصريح على تعريف الكفالة العينية بل تعرض لحكمها فقط من حيث ما نص عليه من المادة (2334) من قانونه المدنيّ والخاصة برهن المنقول الماديّ؛ إذ ذهب الى أن هذا الرهن يمكن أن يكون صادرًا عن (المدين أو الغير)، والغير هنا هو (الكفيل العينيّ)، وقد جاء في هذه المادة: (يمكن للمدين أو الغير أن ينشئ رهن المنقول، وفي الحالة الأخيرة لا يمارس الدائن حقوقه إلا على المال الموضوع كضمانه)[18]، ويلاحظ أن هذه المادة الوحيدة واليتيمة التي نص فيها المشرع

([16]) تنص هذه المادة على: (إذا كان الراهن التأمينيّ غير المدين فلا يجوز التنفيذ على شيء من ماله الذى لم يخصص لضمان حق الدائن، ولا تجاوز مسؤوليته عن هذا الحق إلى حد ما رهنه من المال، لكن ليس له أن يطلب من المرتهن أن يجرد المدين قبل التنفيذ على العقار المرهون ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك).

([17]) إذ جاء فيها: (يشترط فيمن يرهن مالًا توثيقًا لدين عليه أو على غيره أن يكون مالكًا المرهون أو متصرفًا فيه)، وأيضًا: المادة (2/1341) والمختصة بالرهن الحيازيّ.

([18]) **Article 2334:** (Le gage peut être consenti par le débiteur ou par un tiers ; dans ce dernier cas, le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie)..

الفرنسيّ على الكفالة العينية، استعمل مصطلح (الكفالة العينية)؛ للدلالة على الرهن المقدم من الغير.

الفرع الثاني

الموقف القضائي

وقد ساير القضاء موقف التشريع والفقه من حيث الأخذ بنظام الكفالة العينية في الكثير من الأحكام؛ إذ قضت محكمة النقض المصريّة على تحديد الراهن، وتعريف الكفيل العيني بأحد أحكامها، والذي جاء فيه: (... والراهن قد يكون هو المدين نفسه أو كفيلًا عينيًا آخر يتكفل بضمان الوفاء بدين على الغير...)[19].

وكذلك ما جاء وَفْق رأي القضاء العراقيّ بشأن صفة الراهن الذي يثبت الحق في حبس المرهون بمواجهته، فنجده قد أخذ بإمكان ثبوت هذا الحق بمواجهة الراهن أيًا كانت صلته بالدين المضمون، ولا فرق بين أن يكون الراهن الذي أبرم عقد الرهن قد أبرمه ضمانًا لدينه أم ضمانًا لدين الغير، بأن كان مدينًا أم كفيلًا عينيًا[20]، كما أنه في حكم آخر اشترط كون الراهن مالكًا للمرهون أو متصرفًا فيه، ولا يهم بعد ذلك أن كان هو المدين أو الكفيل العينيّ[21]، كما أنه نص على أن للمرتهن جميع الحقوق التي تكون له بموجب عقد الرهن، ولا شأن له فيما إذا كان الراهن هو المدين أو الكفيل العينيّ، ومن أهم حقوقه هو طلب بيع المرهون تسديدًا للدين، حتى إن كان الراهن قد رهن عقاره ضمانًا لدين الغير[22]، أي (كفيل عينيّ) وكثير من الأحكام نص فيها القضاء العراقيّ على مركز الكفيل العينيّ القانونيّ والتي سنراها لاحقًا.

إلا أن محكمة النقض الفرنسية جاءت بتعريف صريح وواضح للكفالة العينية بأحد أحكامها بخلاف القضاء العراقيّ أو المصريّ بهذا الشأن، فقد عرفتها بأنها: (الكفالة العينية هي تعهد يتضمن التزامًا شخصيًا

([19]) طعن برقم 345، 395 لسنة 61 ق، بتاريخ 1999/2/28: منشور على الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية والمتاح على الرابط :

http://www.cc.gov.eg/courts/cassation_court/all/cassation_court_all_cases.aspx تاريخ الزيارة 2017/2/2 .

([20]) حكم محكمة استئناف الرصافة رقم 389 في 2010/10/12، (غير منشور) .

([21]) حكم محكمة التمييز الاتحادية رقم 1385 /استئنافية عقار / 2009، جلسة 2009/5/101، منشور في النشرة القضائية، التي تصدر عن المركز الاعلامي للسلطة القضائية في بغداد ، مجلس القضاء الاعلى العدد الثالث عشر، تمور 2010م، ص (64).

([22]) حكم محكمة استئناف بغداد رقم 12/ هيئة عامة أولى/77 ، تاريخ القرار 1977/4/30، منشور في النشرة القضائية، تصدر عن المكتب الفني بمحكمة التمييز العراقية ، العدد الثاني، السنة الثامنة، 1977م، ص (27).

حقيقيًا بالضمان، وبحدود قيمة المال أو الأموال المعينة، مقدرة بتاريخ طلب التنفيذ)[23].

وفي حكم آخر لها عرفتها: (إن الكفالة العينية المقدمة من الذي يوافق على إنشاء رهن عقاريّ اتفاقيّ؛ لضمان تسديد دين الغير – هي تعهد عينيّ ومدى هذا التعهد العيني محصور بقيمة المال المرهون)[24].

وحكم آخر وهو: (أن الضمانة العينية "رهن حيازة الإسناد في هذه الحالة" الممنوح لضمان دين الغير لا يفرض أي التزام شخصيّ لأدائه مكان التزام الغير؛ ومن ثمَّ فهو لا يشكل كفالة؛ إذ إن هذه الأخيرة لا تقدر تقديرًا)[25].

الخلاصة: يتضح لنا بأن كلًّا من الفقه والتشريع والقضاء قد أخذ بثبوت الكفالة العينية، وباختصار هى نوع من اتفاقات التأمين العينيّ، وتُبْرَم بين الدائن وشخص أجنبيّ عن الدين، وهو (الكفيل العينيّ) ولا بد من تراضي هذين الطرفين، ولا يكون المدين طرفًا في هذا العقد بل قد يبرم هذا العقد من دون علمه بل من دون رضاه ، وتنحصر مسؤولية الكفيل العيني في القيمة الاقتصادية لهذا المال، وهي الحد الأقصى لمسؤوليته عن هذا الدين، ولا يتعداه إلى بقية أمواله؛ لأنه كفيل وليس مدينًا، وله بعد ذلك الرجوع إلى المدين الأصليّ بما وفاه للدائن.

المبحث الثاني

التكييف القانونيّ للكفالة العينية

إن التكييف هو طريق الوصول إلى حكم الواقعة، وهو المدخل الصحيح لاستجلاء الحكم القانونيّ فيها، وأي خلل يقع في تكييف الواقعة يتبعه الخلل في الحكم عليها؛ لذلك ينبغي للناظر في الوقائع القانونية بذل الجهد في التكييف الصحيح لها؛ حتى يسهل عليه إيجاد الحكم المناسب، فالتكييف في القانون يقابل التشخيص (تشخيص الأمراض) في الطب، ولا يكون ذلك إلا بعد تحديد الطبيعة القانونية لالتزام الكفيل

([23]) حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنيّة الأولى، في آيار/مايو/ 2002، نشرة مدنية 1، رقم 127؛ د2002. 1780 ، حالة 3، مشار اليه في القانون المدني الفرنسي بالعربية، دالوز2010، المرجع السابق ، ص(2031). غير أن التزام الكفيل العينيّ ليس التزامًا شخصيًا، وهذا ما سنوضحه عند بيان طبيعة التزام الكفيل العينيّ، لاحقا .

([24]) حكم محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المختلطة، في شباط / فبراير / 2000، نشرة مدنية 1، رقم 33؛ د2001. مشار إليه في القانون المدني الفرنسي بالعربية ، دالوز 2010، ص(2031).

([25]) حكم محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المختلطة، 2 كانون الأول/ ديسمبر، 2005، نش مدنية رقم 7، مشار إليه في القانون المدني الفرنسي بالعربية، دالوز2010، ص (2031).

العينيّ. وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين وكالآتي:

المطلب الأول : طبيعة التزام الكفيل العينيّ

المطلب الثاني : تكييف الكفالة العينية

المطلب الأول

طبيعة التزام الكفيل العينيّ

ما يتطلب منا هنا طرح سؤال عن الطبيعة القانونية لمسؤولية الكفيل العينيّ والخاصة به حصرًا، والتي تكمن (بضمان الدين في حدود القيمة الاقتصادية للمال المرهون)، حيث إن هذه المسألة شغلت الفقه القانونيّ زمنًا طويلًا، وتعتبر من المسائل الدقيقة؛ ولهذا أثير التساؤل بصددها. وفي الحقيقة يوجد هناك اتجاهان رئيسيان في فقه القانون المدنيّ حول الطبيعة القانونية لمركز الكفيل العينيّ، فالأول يؤسس الطبيعة القانونية على أساس فكرة الالتزام العينيّ، أما الثاني فيؤسسها بالاستعانة بركني المديونية والمسئولية في الالتزام وتحديدها بالمسئولية العينية وهذا ماسنتناوله في فرعين وكالآتي:

الفرع الأول

الاتجاه المنادي بنظرية الالتزام العينيّ

فالحقوق المالية تنقسم إلى حقوق شخصية وحقوق عينية، والحق الشخصيّ[26]: هو رابطة بين دائن ومدين بمقتضاها يكون للدائن أن يطالب المدين بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو بإعطاء[27]، أما الحق

([26]) ويذهب بعض الشراح إلى ترك استعمال عبارة (الحق الشخصيّ) واستبدالها بعبارة أخرى هي (حق الدائنية) أو (الحق الدينيّ)؛ لكون عبارة (الحق الدينيّ) تكون أكثر توافقًا مع الحق العينيّ من عبارة الحق العينيّ الحق الشخصيّ، د. عبد الحيّ حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، القاهرة ، 1972م ، ص (261).

([27]) فالحق الشخصيّ على هذا يعد منقولًا. سواءًكان نقل حق أم قيامًا بعمل أم امتناعًا عن عمل. ويعد القانون من الحق الشخصيّ التزام الإنسان بنقل الملكية أيًّا كان محلها نقدًا أو مثليات أو قيميات، وكذلك الالتزام بتسليم شيء معين. وكان القصد بهذه الإضافة التفسيرية – التنبيه إلى أن الالتزام بنقل الملكية غير الملكية نفسها؛ ذلك لأن الملكية إذا وقعت على عقار فهي مال عقاريّ، أما إذا وقعت على منقول فهي مال منقول كما عبر عن ذلك القانون المصريّ ولكنها في الحالتين – أي الملكية نفسها– حق عينيّ؛ لأنها سلطة لشخص منصبة على الشيء نفسه من دون توسط شخص آخر. أما التعهد بنقل هذا الحق أي المال منقولًا أو عقارًا فهو رابطة بين المالك الملتزم وشخص آخر يلتزم له بنقل هذه الملكية. ومثل ذلك يقال في الالتزام بتسليم شيء. وقد زاد في هذا الإيضاح التعليميّ بأن علة اعتبار الالتزام حقًا شخصيًا هي كونه معنى مرادفًا للدين. د. حامد مصطفى، الحقوق العينية الأصلية، ج 1، المطبعة الملكية، بغداد، 1953، ص

العينيّ فهو سلطة مباشرة لشخص على شيء معين[28].

أما بالنسبة للالتزام العينيّ فهناك تعاريف متعددة للالتزام العينيّ عند الفقهاء، فمنهم من عرفه بأنه: (ذلك الالتزام الذي يحدث في بعض الأحوال أن شخصًا يجد نفسه ملزمًا بأداء عمل نحو شخص آخر، ولكن سبب هذا الالتزام ينحصر في أن المدين هو المالك لعين معينة، فهناك وجد الالتزام؛ بسبب ملكية العين؛ ومن ثم سمي بالالتزام العينيّ) [29].

وعرفه آخر بأنه: (أداء يجب أن يقوم به شخص؛ بسبب أنه مالك لشيء أو صاحب حق عينيّ على شيء) [30]. وآخر: (هو الذي يجب على المدين لا بصفته الشخصية وباعتبار أن مصدره قد توافر في جانبه الشخصيّ وإنما بصفته صاحب حق عينيّ تعلق به هذا الالتزام، وتنحصر المسئولية عنه في العين محل هذا الحق من دون بقية أموال المدين) [31].

وهناك تعريف آخر: (هو الالتزام الذي ينشأ بسبب وجود حق عينيّ لشخص معين على عين معينة) [32].

وفي تصورنا أن التعريف الأخير للالتزام العينيّ بأنه دين على عين هو التعريف المناسب للدلالة

ص (29–30)، د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدنيّ الأردنيّ، ج1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1993م، ص (11)، الأستاذ محمد طه البشير ود. غنى حسون طه، الحقوق العينية الأصلية والتبعية ، ج 1، ط3 ، العاتك لصناعة الكتاب ، 2010م ، ص (5).

([28]) ولقد جرت عدة محاولات لدى الفقهاء؛ لتقريب الحق الشخصيّ والعينيّ معًا، على الرغم من أن التفرقة بين الحقوق الشخصية والحقوق العينية منحدرة لنا من القانون الرومانيّ إلى أن جاء الفقيه الفرنسيّ (بلانيول)، الذي حاول تحطيم هذه التفرقة على أساس تقريب الحق العينيّ من الحق الشخصيّ نحو اعتبار جميع الحقوق ما هي إلا روابط شخصية من حيث النتيجة، والفريق الذي تزعمه الفقيه الكبير بلانيول يدعى (بالشخصين) وقد قام آخرون بإزالة هذه التفرقة بين الحق الشخصيّ والحق العيني عن طريق تقريب الحق الشخصيّ من الحق العينيّ والذين ينظرون إلى الحقوق على أساس أنها قيم مالية مستقلة من طرفي الحق، ويدعى هذا الفريق بـ (الماديّ) د. محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق ، ص (11)، د. توفيق حسن فرج، د. محمد يحيى مطر، الأصول العامة للقانون، ج 1، الدار الجامعية، بيروت، 1989م، ص ص (224– 226).

([29]) د. عبد الرزاق أحمد السنهوريّ، الوسيط، ج 8، حق الملكية ، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2004م ، ص (188).

([30]) د. عبد الحيّ حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج 2، أحكام الالتزام، القاهرة، 1960م، ص (21).

([31]) د. مصطفي الجمال، النظرية العامة للالتزام، الدار الجامعية، القاهرة، 1987م، ص (17).

([32]) د. عبد العزيز عبد القادر (أبو غنيمة)، الالتزام العينيّ بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972م، ص (510).

على الوظيفة الأساسية للالتزام العينيّ في حل المنازعات بين الحقوق العينية، ومنها: فكرة الكفالة العينية.

فالحقوق العينية لا تتضمن إلزام شخص معين بأداء معين ولكن يحتج بها في مواجهته، لكن المشرع قد يخرج عن هذا التقسيم في بعض الحالات، ويفرض على صاحب الحق العينيّ على عين معينة التزامًا مرتبطًا بصفة العين، ويسأل عنه المدين في حدود هذه العين وحدها وينتقل الالتزام مع العين ويلاحقها إذا خرجت من ذمته ويغنى بغنائها ويبرأ المدين من الالتزام العينيّ إذا تخلى عن العين[33]، والالتزام العينيّ هو التزام قائم بذاته، لكن ذهب رأي آخر مخالف لذلك بالقول: إن الالتزام العينيّ ليس إلا امتدادًا للحق العينيّ[34].

فالالتزام العينيّ ينشأ بسبب الحق العينيّ، ويتحدد المدين بالرجوع إلى هذا الحق العينيّ. وينتقل الالتزام مع انتقال هذا الحق، ويقرر المدين منه إذا تخلى عن الحق العينيّ، ومعنى ذلك أَنّ الالتزام يتجدد في نسبته إلى شخص معين وينتزع وجوده من تعلقه بمال، وتزول مسؤولية صاحب الحق العينيّ بمجرد تخليه عن هذا المال.

ومن أمثلة الالتزامات العينية التي يذكرها أنصار هذا الاتجاه هي التزام الشريك في الحائط المشترك بالإسهام في نفقات إصلاحه أو تجديده[35]، والتزام الشريك في الحائط الذي قام بالتعلية بإعطاء جاره الحق في الاشتراك في الجزء المعلى إذا هو دفع نصف نفقات التعلية، والتزام المالك بالمشاركة في وضع الحدود بين العقارات المتلاصقة وتحمل نصف النفقات، والتزام الشريك على الشيوع بدفع نسبة من نفقات إدارة المال الشائع، والتزام صاحب العقار المحمل بالارتفاق[36].

ويستخلص أنصار هذه الفكرة من ذلك أن الشخص يمكن –في تصور المشرع نفسه– أن يكون ملتزمًا من دون عقد أبرمه، أو فعل غير مشروع ارتكبه، وإنما فقط لمجرد أنه صاحب حق عينيّ وفي حدود قيمة هذا الحق، فيما يمكن أن يوصف لذلك بأنه التزام عينيّ.

على ضوء هذه الفكرة لنظرية الالتزام العينيّ ذهب أصحاب هذا الاتجاه[37]، بتطبيق ذلك على التزام الكفيل العينيّ، الذي ينحصر، بدوره في العين المرهونة، ويخول الدائن حق تتبعها تحت أية يد تكون، والذي

([33]) د. عبد الحيّ حجازيّ، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص (28).

([34]) صاحب هذا الرأي د. عبد الرزاق أحمد السنهوريّ، الوسيط، ج 8، المرجع السابق، ص (188).

([35]) المادة (2/814) مدنيّ مصريّ، والمادة (2/1087) مدنيّ عراقيّ، والمادة (1/655) مدنيّ فرنسيّ.

([36]) د. عبد العزيز أبو غنيمة، المرجع السابق، ص(336).

([37]) د. عبد الرزاق أحمد السنهوريّ، الوسيط، ج8، المرجع السابق، ص(20)، د. حسام الدين كامل الأهوانيّ، التأمينات العينية في القانون المدني المصري ، ط3 ، بلا دار نشر ، 2000–2001 م ، ص(573).

ينقضي بدوره، إما بأدائه وإما بالتخلي للدائن عن هذه العين.

بل إنه ذهب جانب من هذا الاتجاه إلى توضيح أكثر جرأة مستهلًا في القول بأنه في حالة الكفالة العينية فإن الشيء المقدم لضمان الدين هو الذي يقع عليه الواجب، وليس مالك هذا الشيء[38]، ويؤكد ذلك أنه، حينما يكون مال ما، قد أثقل برهن، ضمانًا لدين الغير، فإن الكفيل الحقيقيّ يكون هو هذا المال ، فهذا الأخير هو الملتزم بأن يفي بالدين في حالة عدم وفاء المدين به، وهو الذي يضمن هذا الدين بكل قيمته تمامًا كالكفيل الشخصيّ الذي يضمن تعهده بكل ثروته، وكل ما في الأمر أنه ينبغي أن يكون لهذا المال ممثل، يمكنه من أن يرتضي هذا الالتزام، ويمكن للدائن من اقتضاء الدين في مواجهته، وهذا الممثل هو الكفيل العينيّ.

ولقد تعرض هذا الاتجاه برأيه السابق إلى الانتقاد من عدة وجوه كالآتى:

الانتقاد الأول:

يذهب أصحابه إلى[39] أن تعبير (التزام عينيّ) هو تعبير غير علميّ، ويحمل اسمًا يتضمن تناقضًا ظاهرًا. فالالتزام يقتضي حتمًا إسناده إلى شخص يستطيع الدائن أن يجبره على الوفاء به.

وبعبارة أخرى، فإن الأشخاص –فقط– يمكن أن تفرض عليهم الالتزامات ولا يمكن أن يكون الشيء مسؤولًا عن التزام، كما أن الالتزام هو الوجه السلبيّ للحق الشخصيّ، ومقتضى ذلك أن الالتزامات جميعها شخصية.

الانتقاد الثاني:

ويذهب صاحبه[40] إلى أنه حتى لو افترضنا صحة نظرية الالتزام العينيّ فإنها لا تنطبق على التزام الكفيل العينيّ؛ فالكفيل العينيّ ملتزم بالضمان؛ لأنه رضي بذلك بتعاقده مع الدائن المرتهن والرابطة التعاقدية التي تربطه بالدائن، والتي تتمثل في عقد الرهن لا ترجع إلى ملكيته للمال المرهون، فالمال ليس هو سبب الالتزام ولكنه وسيلة الوفاء به.

كما أنه لا يصح القول بارتباط حق الدائن المرتهن بالمال المرهون بصورة دائمة بحيث ينتقل معه إلى الغير ويفنى بفنائه، فالمال المرهون ليس هو المهم في نظر الدائن، بل الذي يهمه هو ثمنه، ومن ثم عند حلول أجل الدين يكون للدائن التنفيذ عليه عن طريق بيعه واستيفاء حقه من ثمنه وبمجرد إجراء هذا البيع

([38]) Grua, Le cautionnement réel, J. C. P. 1986, 1, N 22, P. (40). مشار إليه لدى د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص(8) .

([39]) د. شمس الدين الوكيل، النظرية التأمينات في القانون المدني الجديد ، ج1 ، في النظم القانونية للتأمينات العينية ، ط1، دار المعارف ، مصر ، 1956م ، ص (186)، د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص (9).

([40]) Grua,op,cit ., P. 41. مشار إليه لدى د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص(9)

ينتقل المال إلى الراسي عليه المزاد خاليًا من الرهن، وعلى ذلك فإن التلازم بين الالتزام والمال ليس دائمًا.

الانتقاد الثالث:

ويستند فيه صاحبه[41] إلى أنه ما دام يشترط في الكفيل العينيّ حتى يصح التزامه أن تتوافر لديه الأهلية اللازمة لإبرام عقد الرهن وهي أهلية التصرف في المال المرهون؛ ومن ثم إذا لم تتوافر هذه الأهلية، كان العقد باطلًا، غير الالتزام العينيّ لا يشترط فيه (لدى من يقولون به)، أي شرط يتعلق بالأهلية؛ ومن ثم يتحمل به مالك الشيء المرتبط به سواءًكان كامل الأهلية أم كان ناقصها أو عديمها.

فليس من شأن فكرة الالتزام العينيّ عندهم أن تحسن تفسير هذه الرابطة الفريدة ما دام ليس هناك من دين خاص يتحمله الكفيل، ومن ذلك كله ذهبوا إلى طرح فكرة ازدواجية الالتزام في ركني المديونية والمسؤولية.

الفرع الثاني

الاتجاه المنادي بالنظرية المزدوجة للالتزام

ويرى أصحابه أنه من الأفضل تأصيل مركز الكفيل العينيّ بالاستعانة بركني المديونية والمسؤولية في الالتزام[42]، والأساس في هذا الصدد أنه كان قديمًا يكون الالتزام رابطة قانونية واحدة يربط بين الدائن والمدين، ولكن هذا الشيء تطور وأصبح يرى في الالتزام رابطتين أو علاقتين قانونيتين هما: رابطة المديونية ورابطة المسؤولية[43]، وإن كل التزام تتوافر فيه المديونية أو الواجب، على أن ذلك لا يقتضي حتمًا توافر مسؤولية مطلقة عن أداء الالتزام، بل يجوز الحد من هذه المسؤولية وليس في القواعد العامة ما يمنع مثل هذا الاتفاق[44]، كما أنه يمكن أن تنشأ علاقة المسؤولية ضمانًا لدين شخص آخر غير المسؤول.

لكن ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى تساؤل، هل أن الكفيل العينيّ ملتزم في مواجهة الدائن بالتزام يتكون من ركنى المديونية والمسؤولية أم أحدهما دون الآخر؟ وبالصورة المطلقة للركنين أم المحددة؟

([41]) د. السيد عيد نايل، المرجع السابق، ص (17).

([42]) د. شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص (240).

([43]) ويقصد برابطة المديونية الواجب الملقى على عاتق المدين بالقيام بالإداء المطلوب، والواجب هو الدين بالنسبة للمدين، ويقابلة الحق بالنسبة للدائن. ورابطة المسؤولية هى إمكان إجبار المدين على القيام بالأداء المطلوب منه إذا لم يقم به عن اختيار وطواعية. د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام ، 1976–1977م، ص (4). فرابطة المسؤولية يقتصر دورها على تحقيق رابطة المديونية وبعبارة أخرى، فإن التنفيذ الجبرى للالتزم ينشأ عن ممارسة رابطة المسؤولية. د. عبد العزيز أبو غنيمة، المرجع السابق، ص (530).

([44]) د. إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبدالله وهبة، 1968م، ص(28).

انقسم أصحاب هذا الاتجاه للإجابة عن التساؤل السابق الإشارة إليه، إلى رأيين:

- **الرأي الأول:**

ذهب أصحابه[45] إلى أن الكفيل العينيّ حينما يقدم المال المرهون على سبيل الرهن لضمان الوفاء بالتزام على الغير تتوافر فيه صفة المديونية والمسؤولية في مواجهة الدائن المرتهن ، فهو مدين تابع يتحدد موقفه ببقاء مديونية المدين الأصليّ، ولكنه يحدد المسؤولية عنها في نطاق القيمة الاقتصادية للضمان المخصص للوفاء، وبعبارة أخرى، ترتكز مديونية الكفيل العينيّ على مسؤولية محددة خلافًا للصور المألوفة التي استند فيها الالتزام إلى مسؤولية شخصية تمتد إلى جميع أموال المدين.

- **الرأي الثاني:**

ويمثله أغلب الفقهاء، والذى يذهب بوصف مسؤولية الكفيل العينيّ بأنها مسؤولية عينية[46] لكنها مثال للمسؤولية بغير مديونية ذاتية[47]، ومحددة في نطاق القيمة الاقتصادية للضمان المخصص للوفاء؛ وذلك من أجل إظهار الفارق بينها وبين مسؤولية الكفيل الشخصيّ، وهي مسؤولية شخصية.

([45]) د. شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص (240).

([46]) د. إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص (20) فهو بالاضافة لذلك يجعلها مسؤولية بغير مديونية، وكما أوضحنا ذلك، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ص (29–30)، د. محمد عليّ إمام،التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة نهضة مصر ، بلا تاريخ نشر، ص (167)، د. منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، (الرهن الرسمي ، حق الاختصاص ، الرهن الحيازي ، حقوق الامتياز) المطبعة العالمية ، 1963م، ص (9و151)، د. أحمد سلامة، التأمينات المدنيّة، التأمينات العينية، التأمينات المدنية ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1969م ، ص (82)، د. عبد المنعم البدراويّ، التأمينات العينية (الرهن الحيازي ، حق الاختصاص ، حقوق الامتياز) مكتبة سيد عبدالله وهبة ، 1980م ، ص ص (185 – 186)، د. سمير تناغو، التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة ، الرهن الرسمي ، حق الاختصاص ، الرهن الحيازي ، حقوق الامتياز) ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، 1996م ، ص (272)، د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، (الرهن الرسمي ، حق الاختصاص ، الرهن الحيازي ، حقوق الامتياز) ، دار الجامعة الجديدة ، 2014م ، ص(309)، الأستاذ محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية و التبعية، ج2، العاتك لصناعة الكتاب ، 2010م ، ص (448) هامش(86)، د. عبد المجيد الحكيم، واخرون ، مصادر الالتزام، المرجع السابق ، ص (14)، د. السيد عيد نايل، المرجع السابق، ص(20).

([47]) د. إسماعيل غانم، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ص (29–30)، د. أحمد سلامة، التأمينات المدنيّة، التأمينات العينية ، المرجع السابق، ص (83).

وعلاقة المسؤولية العينية التي تربط بين الكفيل العينيّ والدائن المرتهن تتضمن حقًا عينيًا تبعيًا هو حق الرهن، وهذا الحق وثيق الصلة بالشيء، ويظل قائمًا ولو انتقلت ملكيته إلى شخص آخر غير الراهن، ويقتصر حق الدائن المرتهن قبل الكفيل العينيّ على مجرد استيفاء دينه من قيمة الشيء المرهون من دون غيره، فالكفيل العينيّ كفيل؛ لأنه ليس مدينًا ولكنه مسؤول عن دين الغير في حدود المال الذي قدمه على سبيل الرهن، أي أن الكفالة العينية هي كفالة بإنشاء حق عينيّ تبعيّ.

موازنة واستنتاج:

مما سبق طرحه نستطيع أن نقول: إن الرأي الثاني هو الأولى بالاتباع؛ لتحديد طبيعة التزام الكفيل العينيّ، وذلك لأن الكفالة العينية وإن كانت نظامًا قانونيًا خاصًا يمزج من نظام الرهن ونظام الكفالة الشخصية، إلا أنها تندرج تحت مدلول التأمينات العينية؛ وذلك لأن الكفيل العينيّ يخصص مالًا أو أكثر؛ لضمان حق الدائن المرتهن، ويتمتع هذا الأخير بالحق العينيّ المقرر له على مال الكفيل العينيّ هذا، فيكون له من المزايا ما تترتب له لو كان قد قدم التأمين العينيّ من المدين الأصليّ، من حيث الأفضلية، وتتبع هذا المال وحبسه من أجل استيفاء حقه المضمون بذلك المال، فالتزام الكفيل العينيّ هنا يجعلنا –أيضًا– بمنأى عن مبدأ المساواة بين الدائنين وإن كان كفيلًا.

مع الأخذ بعين الاعتبار ما ذهب اليه الاتجاه الأول، والذي يمثله الدكتور إسماعيل غانم؛ إذ إنه ذهب أكثر عمقا بتحديد طبيعة التزام الكفيل العينيّ بأنها مسؤولية عينية محددة، ومن غير مديونية ذاتية؛ إذ إن الكفيل العينيّ يتحمل بالرهن على ماله؛ لالتزام واقع على عاتق غيره وهو المدين وهذا هو الراجح.

لذلك يمكننا القول –هنا–: إن مسؤوليته عن الدين هي مسؤولية عينية تتحدد بحدود المال المقدم من قبل الكفيل العينيّ وليس بكل ذمته المالية ومن غير مسؤولية راجعة له فهو هنا كفيل راهن .

المطلب الثاني

تكييف الكفالة العينية

إن تكييف علاقة أو ظاهرة قانونية ما هو إلا إعطاؤها وصفًا تندرج به تحت نظام قانونيّ معين تخضع لما يحكم هذا النظام من قواعده، بيد أنه ليست نتيجة كل تكييف هي إدراج الظاهرة الموضوعية تحت تسمية معروفة، فقد يستعصي ذلك؛ ومن ثم فلا يكون هناك مناص من الاعتراف باستقلال هذه الظاهرة وخضوعها لقواعد خاصة بها[48].

ومن المعلوم أن المشرع عمد إلى تنظيم الأحكام الخاصة لبعض العقود تنظيمًا تفصيليًا جاعلاً من

([48]) د. أحمد سلامة، التأمينات المدنيّة، التأمينات العينية ، المرجع السابق، ص(34) وما بعدها.

تلك العقود عقودًا مسماة تخضع في تنظيمها وترتيب آثارها إلى نصوص خاصة، وفيما عدا تلك العقود فإنها تخضع للقواعد العامة للعقود الواردة في القانون المدنيّ، وبيان مدى انضواء الكفالة العينية تحت أي من العقود المسماة التي نظمها المشرع؛ ليتسنى لنا معرفة تكييف الكفالة العينية.

وتجدر الإشارة –بداءة– إلى أن المشرع المصريّ لم يورد تنظيمًا إلا للكفالة الشخصية وترك القواعد التي تحكم الكفالة العينية لمجهود الفقه يستنبطها من الأحكام التشريعية المنظمة لكل من الكفالة الشخصية والرهن، والفارق بين النظامين كبير ولا يتفقان إلا في الهدف، وهو تقديم ضمان للدائن بحق شخصيّ؛ لأن جميع أنواع التأمينات تضمن حقًا شخصيًا وترتبط بمصير هذا الحق.

أما كونها تضمن حقًا شخصيًا فهو أمر بديهيّ؛ إذ الحقوق العينية نوعان: (أصليّ وتبعيّ)، أما الأصليّ فهو لا يحتاج إلى ضمان؛ لأنه يرد على الشيء، والقانون تكفل بحماية صاحب هذا الحق ومنع مزاحمة الغير له، أما الحق التبعي، فهو كما يقول بعض الفقهاء تسمية أخرى للتأمينات العينية[49]، ومن ثم فهو يضمن حقًا آخر، وليس في حاجة لأنه يضمن حقًا آخر، وإن علة الضمان هي المخاطر التي تهدد الدائن الذي لا يرد حقه على شيء، ولكن على عمل المدين والذي يخضع لقواعد الضمان وحق الدائن بهذه الصورة لا يمكن إلا أن يكون حقًا شخصيًا[50]؛ لذا فإن الأمر هنا يستلزم منا بيان فيما إذا كان عقد الكفالة العينية هو عقد كفالة شخصية أم عقد رهن أم عقدًا غير مسمى ومستقلًا بنظامه القانونيّ عن غيره من العقود . وبناء عليه سنوضح ما تقدم طرحه من خلال تقسيم هذا المطلب الى ثلاثة فروع وكالآتي:

الفرع الاول

الكفالة العينية هي عقد كفالة شخصية

عرفت المادة (772) من القانون المدنيّ المصريّ عقد الكفالة الشخصية بأنها: (الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه)[51].

([49]) د. أحمد سلامة، التأمينات المدنيّة، المرجع السابق ، ص ص(30–31).

([50]) د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني ، العقود المسماة (الكفالة، الوكالة ، السمسرة ، الصلح ، التحكيم ، الوديعة ، الحراسة) ، ج1 ، عقد الكفالة ، ط2 ، المطبعة العالمية ، 1952م ، ص(13)، ويقول: (بامكان ضمان التأمين لحق عينيّ) لكن يرد عليه د. أحمد سلامة بالقول: (إن الأمثلة التي ذكرها د. مرسي، والتي تكون للحق العينيّ المضمون ليست سوى أمثلة لحق شخصيّ)، في: التأمينات المدنيّة ، التأمينات العينية ، المرجع السابق، ص(31) هامش رقم"1".

([51]) تقابلها المادة (1008) من القانون المدنيّ العراقيّ؛ إذ عرفت الكفالة بأنها: (ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام)، والمادة (2288) من القانون المدنيّ الفرنسيّ: (كل من يكفل التزامًا يخضع نفسه تجاه الدائن بتأديه هذا الالتزام إذا لم يفِ به المدين نفسه). ونصها الفرنسيّ:

ومع التسليم بحقيقة كون عقدي الكفالة العينية والشخصية يشتركان في أن كلًا من الكفيل العينيّ والكفيل الشخصيّ (غير مدينين بالدين الأصليّ) وإنما تقدما –فقط– بكفالة هذا الدين، وإن كانت الكفالة العينية لا تختلف عن الكفالة الشخصية إلا من حيث طرق الوفاء[52]، على أن ثمة فارق جوهريّ في طبيعة التأمين الذي يقدمانه.

فالكفيل الشخصيّ تكون ذمته المالية ضامنة الوفاء بدين المدين الذي كفله؛ ومن ثم فإن، الكفالة الشخصية، وهي ضمان لا تعني بالنسبة للدائن –كما رأينا– إلا ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين الأصليّ؛ حتى يقلل من مخاطر الأعسار، حيث يجد الدائن في يسار أي منهما ما يعوضه عن إعسار الآخر؛ ولذلك فالكفالة الشخصية تعني تعدد الضمان العام، ولكن لا تخص الدائن بمزية معينة ولا تجنبه كل خطر.

أما الكفالة العينية فتندرج تحت مدلول التأمينات العينية حيث يخصص الكفيل العينيّ مالًا أو أكثر؛لضمان حق الدائن،ويتمتع هذا الأخير بالحق العينيّ المقرر له على مال الكفيل العينيّ فيكون له من المزايا ما تترتب له لو كان قد قدم التأمين العينيّ من المدين الأصليّ من حيث الأفضلية وتتبع هذا المال أينما وجد .

وبذلك فإن الفارق الكبير بين نظام الكفالة الشخصية بوصفها ترمز إلى التأمين الشخصي وبين الكفالة العينية بوصفها ترمز إلى التأمين العينيّ، هو فارق جوهريّ تفصح عنه تسمية كل منهما، وذلك من حيث كيفية الإعمال بالنسبة لكل منهما، فهي –إذن– لا تنسب إلى النظام القانونيّ للكفالة الشخصية، فلا تكون تأمينًا شخصيًا؛ لأنها ضمان بعين لا بذمة .

الفرع الثاني

الكفالة العينية هي عقد رهن

عرفت المادة (1030) الرهن الرسميّ والمادة (1069) الرهن الحيازيّ، كما عرفت المادة الأولى من قانون تنظيم الضمانات المنقولة عقد الضمان، وهنا تظهر الصلة بين عقد الكفالة العينية، وعقد الرهن بأنواعه الثلاثة هو نوع التأمين، إذ أنها من التأمينات العينية وهي تحمل عينًا بضمان الوفاء بالالتزام، ويأتي ذلك؛ نتيجة تقرير حق عينيّ تبعيّ على هذه العين يخول للدائن سلطة مباشرة عليها، وبمقتضى هذه السلطة يستطيع الدائن أن يتتبع العين في أية يد تكون والتنفيذ عليها بالحجز ثم بالبيع، واستيفاء دينه من ثمنها بالأولوية على الدائنين الآخرين[53].

(Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même).

([52]) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص ص(308–309).

([53]) د. عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة دار نشر الثقافة ، 1950م، ص ص (290 – 262).

لكننا لا نسلم بتطبيق أحكام عقد الرهن وحدها على العقد محل البحث؛ وذلك لاختلاف البناء القانونيّ لكل من العقدين:

فأطراف عقد الرهن هما: (المدين الراهن والدائن المرتهن)، أما عقد الكفالة العينية فإن أطرافها (الكفيل الراهن والدائن المرتهن)، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، فإن الكفيل العينيّ هو شخص غير المدين يقدم مالاً مملوكًا له على سبيل الرهن؛ لضمان دين الغير، ومن ثم فهو (كفيل راهن) غير مدين وشخص مسؤوليته عن الدين في حدود قيمة المال المرهون، فهو بهذا يختلف عن المدين الراهن، ويكون هذا الأخير مسؤولًا عن الدين في جميع أمواله وليس في حدود قيمة المال المرهون؛ ومن ثم إذا لم يكن ثمن بيع المرهون لسداد الدين كاملًا كان للدائن التنفيذ على أي مال آخر من أموال المدين بوصفه دائنًا عاديًا مستفيدًا من الضمان العام.

وبناءً على ما تقدم، فإن محاولة عد عقد الكفالة العينية عقد رهن محاولة لم يكتب لها النجاح؛ لأنها التزام، ونوعه عيني لا شخصيّ[54].

الفرع الثالث

عقد الكفالة العينية عملية قانونية مزدوجة:

لقد ذهب أغلب الفقهاء[55] إلى القول: إن عقد الكفالة العينية هو عبارة عن عملية مزدوجة يجمع بين نظامين قانونين، وهما: (الكفالة والرهن)، حيث إن الكفيل العينيّ هو (كفيل راهن)؛ لأنه ليس مدينًا ولكنه مسؤول عن دين الغير في حدود المال الذي قدمه على سبيل الرهن، أي أن الكفالة العينية هى كفالة بإنشاء حق عينيّ تبعيّ، ومن ثم فالكفالة العينية عملية قانونية مزدوجة (كفالة ورهن) في آن واحد.

فإن وجود كل من جهتي الكفالة والرهن في كفالتنا موضوع البحث هي التي تعطيها الطبيعة المركبة، والتي تبدو أشبه بـ (الثمرة الهجين)، التي يسهم في تكوينها اركان مختلفة هي: الكفالة بوصفها تأمينًا شخصيًا، والرهن بوصفه تأمينًا عينيًا.

([54]) وليد خالد عطية، فكرة الالتزام العينيّ وتطبيقها في القانون المدنيّ (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1977م، ص ص(224–225). وينظر في تفصيل هذا الاستنتاج ص (91–98) الخاصة بتحديد الطبيعة القانونية لالتزام الكفيل العينيّ.

([55]) د. سليمان مرقس، الوافي في العقود المسماة ، عقد الكفالة ، بلا دار نشر ، 1994م ، ص (2)؛ د. سمير تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص (18)، د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص ص (308–309)، د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص(54)، د. السيد عيد نايل، المرجع السابق، ص (21)، د. ندى سالم ملاعلو، والأستاذة ندى محمود ذنون، المركز القانونيّ للكفيل العينيّ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، المجلد الثالث، العدد التاسع، السنة 1/5/ 2014م، ص(6).

لذا فإن هناك نوعين من العلاقات التي تنشأ عن هذا العقد:

- **النوع الأول: في العلاقة بين الكفيل العينيّ والدائن المرتهن:** وهذه العلاقة تحكمها أساسًا قواعد الرهن، فالدائن ليس له سوى التنفيذ على المال المرهون من دون بقية أموال الكفيل العينيّ، ويتمتع على هذا المال بسلطتي الأولوية والتتبع.

وكذلك تنطبق قواعد الكفالة لكن على سبيل الاستثناء في الحالات التي لا يتعارض فيها تطبيقها مع أحكام الحق العينيّ التبعيّ، وبوصفه مثالًا على ذلك دفع الكفيل العينيّ بإضاعة الدائن للتأمين الخاص، وعدم الدفع بالتجريد أو الدفع بالتقسيم إلا إذا وُجِدَ اتفاق يقضي بذلك.

- **أما النوع الثاني:** فهو في العلاقة بين الكفيل العينيّ والمدين الأصليّ أو بينه وبين الكفلاء الآخرين وتنطبق قواعد الكفالة بوصفها مبدأً عامًا ما لم ينص على خلاف ذلك[56]، حيث إن الطابع العينيّ للضمان يتوارى إلى الخلف، وعلى ذلك يستطيع الكفيل العينيّ أن يرجع على المدين بوسائل الرجوع كافة المقدرة للكفيل الشخصيّ بعد قيامه بالوفاء، كما أن للكفيل العينيّ أن يرجع على الكفلاء الآخرين، سواءًكانوا كفلاء شخصيين أم كانوا عينين، ويتحمل كل منهم نصيبه في الدين[57].

موازنة واستنتاج:

يتجلى لنا مما سبق ذكره أن الكفالة العينية نظام يجمع بين أحكام الرهن والكفالة الشخصية؛ لذا فإن اعتباره رهنًا وإخضاعه للنظام القانونيّ للرهن تجاوز على وصف الكفالة الذي تتضمنه الكفالة العينية؛ مما يشكل قصورًا في الأحكام التي تنطبق على الكفالة العينية؛ إذ إن الرهن ينظم علاقة الراهن بالمرتهن، فما الذي يحكم علاقة الراهن (الكفيل العينيّ) بالمدين عند الرجوع عليه بعد التنفيذ على المال المكفول به؟ كما أنه لو اعتبرنا الكفالة العينية رهنًا فهل هى رهن تأمينيّ لا يشترط لانعقاده قبض المرتهن للمرهون أم أنها رهن حيازة يستلزم ذلك؟ فضلًا عن أنه لا يمكن تطبيق جميع أحكام الرهن على الكفالة العينية كما سنرى.

كما أن اعتبار الكفالة العينية من الجهة الأخرى كالكفالة الشخصية يمثل تجاهلًا لركن الرهن الذي تتضمنه هذه الكفالة، كما أنه سيشكل قصورًا في استيعاب جميع أحكام الكفالة العينية مثل: التنفيذ على المال المكفول به وأحكام التقدم والتتبع بموجب صفة الرهن التي تتضمنها الكفالة العينية.

وعلى هذا، إذا لم يكن بالإمكان عد الكفالة العينية مجرد رهن أو عدها مجرد كفالة، فلا مجال إذًا من اعتبارها اتفاقًا مستقلًا عن الرهن والكفالة يخضع لنظام قانونيّ خاص، وإن كان هذا النظام يجمع بعض أحكام الرهن والكفالة في آن واحد، ذلك أن الكفالة العينية تتضمن ركن الرهن، وتتضمن ركن الكفالة، ولا ضير من تطبيق أحكام الرهن والكفالة التي تنسجم مع طبيعة الكفالة العينية الخاصة من دون أن

([56]) د. السيد عيد نايل، المرجع السابق، ص(22) .

([57]) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص(311).

يمثل ذلك تجاوزًا على دائرة العقود المسماة، فأغلب هذه العقود تتداخل فيها الاركان، وتشترك في الأحكام كالبيع والمقايضة والقرض والصلح.

ومن دون أن تعتبر الكفالة العينية (عقدًا مركبًا) من الرهن ومن الكفالة الشخصية، ففكرة العقد المركب تستدعي وجود عقدين منفصلين بفارق زمنيّ وبمحلين مختلفين في حين أن الكفالة العينية لها محل واحد وهو المال المكفول به، ويختلط فيها ركن الرهن والكفالة، وهما من طبيعة واحدة وهي (عقود الضمان) فلا يفصل بينهما فاصل زمنيّ لنقول إن الكفالة العينية عقد مركب من الرهن الذي يخضع للنظام القانونيّ للتأمين العينيّ، ومن الكفالة الشخصية التي تخضع للنظام القانونيّ للتأمين الشخصيّ، بل إنها عقد مستقل (غير مسمى) وإن أشار إليه القانون إلا أنه لم يعالجه بصورة كافية تستوعب جميع اركانه؛ لذا لابد من أن يكون له نظامه القانونيّ المستقل الذي يضم أحكام أقرب العقود إليه، وهي الرهن والكفالة الشخصية بما يتفق مع طبيعته الخاصة.

الخاتمة

قد انتهينا من بحثنا في موضوع التكييف القانوني للكفالة العينية، بوضع خاتمة له، ولا نريد للخاتمة أن تكون مجرد سرد موجز للبحث ، وإنما سوف نحاول أن نعرض بإيجاز شديد ومركز لأهم النتائج التي توصلنا لها من خلال الدراسة، كما نعرض لأهم التوصيات على النحو التالي:

أولًا– النتائج

1. إن فكرة الضمان تعبر عن وظيفة اقتصادية أكثر من تعبيرها عن نظام قانونيّ محدد، بينما على العكس من ذلك فكرة التأمينات التي تعبر عن نظام قانونى محدد له وسائله الفنية وسماته الخاصة.
2. نظم المشرع الفرنسي رهن المنقول دون نقل حيازته عام 2006، كما أخذ به المشرع المصري عام 2015 في قانون تنظيم الضمانات المنقولة، بينما لم يأخذ المشرع العراقي بهذه الفكرة حتى الآن.
3. إن المال الذى يكون محلًا للتأمين العينى، قد يقدم من المدين ذاته وهذا الأصل، أو يقدم من الغير الذي يسمى فى هذه الحالة (كفيل عيني) حيث يكفل للدائن الوفاء بدين مدينه، والذى كفله بتخصيص مال لهذا الغرض، ويتمتع الدائن بالحق العينى المقرر له على مال الكفيل العيني فيكون له من المميزات ما تترتب له لو كان قد قدم التأمين العينى من المدين الأصلى، من حيث الأفضليه، وتتبع هذا المال.
4. لم تعرف التشريعات المقارنة محل الدراسة (الفرنسيّ، المصريّ، والعراقيّ) الكفالة العينية، بل لم تظفر من اهتمامها بتنظيم تشريعي متكامل أو حتى إشارات متعمقة، وإنما تمت الإشارة إليها بشكل عابر في هذه التشريعات، ومع ذلك فكل هذه التشريعات تتفق في المعنى وهو أن الكفالة العينية هي رهن مقدم من غير المدين.

5. تفردت محكمة النقض الفرنسية عن القضاءين المصري والعراقي بوضع تعريف للكفالة العينية، بقولها: (الكفالة العينية هي تعهد يتضمن التزامًا شخصيًا حقيقيًا بالضمان، وبحدود قيمة المال أو الأموال المعينة، مقدرة بتاريخ طلب التنفيذ).
6. إن مصدر الكفالة العينية الوحيد هو الاتفاق (العقد). أما أطراف هذا العقد، فهما الكفيل العيني والمكفول له (الدائن المرتهن)، وأما المكفول عليه (المدين) لا يعتبر طرفًا في عقد الكفالة العينية.
7. رأينا أنه يوجد هناك اتجاهان رئيسيان في فقه القانون المدني حول الطبيعة القانونية لمركز الكفيل العيني. فالأول يؤسس الطبيعة القانونية على أساس فكرة الالتزام العيني، أما الثاني فيؤسسها بالاستعانة بركني المديونية والمسؤولية في الالتزام وتحديدها بالمسؤولية العينية، ورأينا أن الرأي الثاني هو الأولى بالاتباع لتحديد طبيعة التزام الكفيل العيني وذلك لأن الكفالة العينية وان كانت نظام قانوني خاص يمزج من نظام الرهن ونظام الكفالة الشخصية، إلا أنها تندرج تحت مدلول التأمينات العينية وذلك لأن الكفيل العيني يخصص مال أو أكثر لضمان حق الدائن المرتهن ويتمتع هذا الأخير بالحق العيني المقرر له على مال الكفيل العيني هذا.
8. الكفالة العينية نظام يجمع بين أحكام الرهن والكفالة الشخصية وعلى هذا، لم يكن بالإمكان عد الكفالة العينية مجرد رهن أو عدها مجرد كفالة، فلا مجال إذًا الا من اعتبارها اتفاق مستقل عن الرهن والكفالة يخضع لنظام قانونى خاص وأن كان هذا النظام يجمع بعض أحكام الرهن والكفالة في أن واحد.

ثانيًا- التوصيات:

بعد أن تناولنا موضوع الدراسة بالبحث وما توصلنا إليه من نتائج نوصي بمجموعة من التوصيات الخاصة بالكفالة العينية والتي نأمل أن تكون محل نظر من قبل المعنيين بكل توصيه وضمن الاختصاص، ومن هذه التوصيات:

1. إن المشرع سواءً في مصر أم في العراق لم يضع تنظيمًا قانونيًا متكاملًا للكفالة العينية، ومن ثم نكون موزعين في المسائل التي لانص فيها بأن نرجع إلى تفسير أحكام الكفالة الشخصية أو إلى تفسير أحكام الرهن، ومن المؤكد أن هذا يعمل تضاربًا بالتفسيرات واختلافًا في الآراء؛ لذلك فإنه من الأفضل عمل تنظيم قانونيّ متكامل للكفالة العينية وليس بقانون مستقل، وإنما ضمن أحكام القانون المدنيّ، ولو أن المشرع عمل ذلك؛ لأغني الفقه والقضاء مؤنة الاختلاف حول الرجوع إلى أحكام الكفالة الشخصية والرهن.

2. نوصي المشرع العراقي بأن يعتمد نظامًا قانونيًا لرهن المنقولات من دون نقل حيازتها، وذلك على غرار الوضع في القانون الفرنسيّ والقانون المصريّ في تنظيم الضمانات المنقولة، لذلك نوصي بعمل ذلك، وحين نوصيه بذلك يفترض به أيضًا أن يقوم بإنشاء ما يسمى بالسجل الإلكترونيّ لتسجيل التصرفات الواردة على المنقولات في هذا السجل.

3. كذلك من التوصيات المهمة، والتي تخص المشرع المصريّ، أنه شرع قانون تنظيم الضمانات المنقولة بسنة 2015 وأيضًا نص في هذا القانون على إنشاء السجل الإلكتروني، غير أن هذا القانون لم يفعل إلى يومنا هذا، ولم ينشأ أيضًا السجل الإلكتروني، لذلك ننصح المشرع المصريّ بإدخال هذا القانون حيز التنفيذ والتطبيق العمليّ، منوهين بخصوص ذلك إلى أنه لا يستطيع فعل ذلك إلا إذا أنشأ فعلًا السجل الإلكترونيّ.

4. وفي إطار توحيد المصطلحات ننادي –أيضًا– بتوحيد المصطلحات في الدول العربية؛ حيث إن المصطلحات المتعلقة بالتأمينات في الدول العربية لابد من توحيدها –أيضًا– فمثلًا الرهن الرسميّ في مصر، ويسمى بالرهن التأمينيّ في العراق، فإن ذلك لا ينفع. فتوحيد المصطلحات بين الدول العربية نعتبره واجبًا، وفيما يخص التأمينات نعتبره اكثر وجوبا .

5. كذلك نوصي الفقهاء العراقيين بالاهتمام بالتأمينات عامة، ثم الاهتمام بالكفالة العينية خاصة وإفراد أبحاث خاصة في كل جزئيات الكفالة العينية؛ لأن الكتابات المتعلقة بالتأمينات في الفقه العراقيّ قليلة ، منوهين في هذا الصدد إلى أن كتابات الفقه المصريّ بالتأمينات عامة غزيرة جدًا.

المراجع

اولاً : المعاجم والقواميس

1. الفيروزآباديّ، القاموس المحيط ، ج4، الهيئة المصرية للكتاب، مصر، 1979م .
2. الفيوميّ، المصباح المنير، ج1،ج2 المكتبة العالمية، بيروت، من دون ذكر سنة النشر .
3. ابن منظور، لسان العرب، ج2، ج5 ، مطبعة دار المعارف، من دون ذكر سنة نشر .
4. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج 7، فصل الكفالة، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبيّ، مصر، من دون ذكر سنة نشر .

5. الزيلعـــــيّ، نصـــــب الرايـــــة لأحاديـــــث الهدايـــــة، ج5، كتـــــاب الكفالـــــة، ط1، دار الحديث، 1995م .

6. محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازيّ، مختار الصحاح، الناشر دار الحديث، 1952م .

ثانياً : المراجع القانونية

7. د. أحمد سلامة، التأمينات المدنية، عقد الكفالة، المطبعة العالمية، القاهرة، 1961م.

8. د. أحمد محمود سعد، التأمينات الشخصية والعينية في القانونيين المصري واليمني (الكفالة _ الرهن الحيازي) دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ط1 ، 1990م .

9. إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبدالله وهبة، 1968م .

10. د. السيد عيد نايل، المركز القانونيّ للكفيل العينيّ، دار النهضة العربية، 1995م .

11. د. توفيق حسن فرج، د. محمد يحيى مطر، الأصول العامة للقانون، ج 1، الدار الجامعية، بيروت، 1989م .

12. د. حامد مصطفى، الحقوق العينية الأصلية، ج 1، المطبعة الملكية، بغداد، 1953م.

13. د. حسام الدين كامل الأهوانيّ، التأمينات العينية في القانون المدني المصري ، ط3 ، بلا دار نشر ، 2000-2001م .

14. القاضي حيدر عودة كاظم، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية/ القسم المدنيّ، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الوارث للطباعة والنشر، 2016م .

15. د. سليمان مرقس، الوافي في العقود المسماة ، عقد الكفالة ، بلا دار نشر ، 1994م .

16. د. سمير تناغو، التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة ، الرهن الرسمي ، حق الاختصاص ، الرهن الحيازي ، حقوق الامتياز) ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، 1996م .

17. د. شمس الدين الوكيل، النظرية التأمينات في القانون المدني الجديد ، ج1 ، في النظم القانونية للتأمينات العينية ، ط1، دار المعارف ، مصر ، 1956م .

18. د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة دار المعرفة ، 1953م .

19. د. عبد الحيّ حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، القاهرة ، 1972م .

20. د. عبد الحيّ حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج 2، أحكام الالتزام، القاهرة، 1960م .

21. د. عبد الرزاق أحمد السنهوريّ، الوسيط، ج 8، حق الملكية ، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2004م .

22. د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، الأستاذ محمد طه البشير، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، مصادر الالتزام ، العاتك لصناعة الكتاب ، ط4، 2010م .

23. د. عبد العزيز عبد القادر (أبو غنيمة)، الالتزام العينيّ بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972م .

24. د. عبد المنعم البدراويّ، التأمينات العينية (الرهن الحيازي ، حق الاختصاص ، حقوق الامتياز) مكتبة سيد عبدالله وهبة ، 1980م .

25. د. عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة دار نشر الثقافة ، 1950م .

26. د. محمود جمال الدين زكى، التأمينات الشخصية والعينية، التأمينات الشخصية والعينية ، مطابع دار الشعب بالقاهرة ، ط3 ، 1979.

27. د. محمد شكري سرور، محاولة لتأصيل أحكام الكفالة العينية (دراسة مقارنة في القانون المدنيّ المصريّ والقانون المدنيّ الفرنسيّ)، دار الفكر العربيّ، 1987م .

28. د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدنيّ الأردنيّ، ج1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1993م .

29. الأستاذ محمد طه البشير ود. غنى حسون طه، الحقوق العينية الأصلية والتبعية ، ج 1، ط3 ، العاتك لصناعة الكتاب ، 2010م .

30. د. مصطفي الجمال، النظرية العامة للالتزام، الدار الجامعية، القاهرة، 1987م .

31. د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام ، 1976-1977م.

32. د. محمد عليّ إمام، التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة نهضة مصر ، بلا ذكر تاريخ النشر.

33. د. منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، (الرهن الرسمي ، حق الاختصاص ، الرهن الحيازي ، حقوق الامتياز) المطبعة العالمية ، 1963م،

34. الأستاذ محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية و التبعية، ج2، العاتك لصناعة الكتاب ، 2010م

35. د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني ، العقود المسماة (الكفالة، الوكالة ، السمسرة ، الصلح ، التحكيم ، الوديعة ، الحراسة) ، ج1 ، عقد الكفالة ، ط2 ، المطبعة العالمية ، 1952م

36. د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، (الرهن الرسمي ، حق الاختصاص ، الرهن الحيازي ، حقوق الامتياز) ، دار الجامعة الجديدة ، 2014م .

ثالثاً : الاطاريح والرسائل والابحاث القانونية

37. الشيخ أحمد أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الثالثة، العدد الثانى، فبراير، 1930م .

38. د. علي هادي العبيدي، التحايل على القانون، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 1995م .

39. د. ندى سالم ملاعلو، والأستاذة ندى محمود ذنون، المركز القانونيّ للكفيل العينيّ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، المجلد الثالث، العدد التاسع، السنة 1/5/ 2014م .

40. وليد خالد عطية، فكرة الالتزام العينيّ وتطبيقها في القانون المدنيّ (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1977م.

رابعاً : القوانين

1. القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل بالمرسوم رقم 2006-346 المؤرخ في 2006/3/23 . والمرسوم 2016-131 .
2. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م .
3. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م.
4. قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (43) لسنة 1971م.
5. قانون الضمانات المنقولة المصري رقم (115) لسنة 2015م.

الملخص

ولعل جسر التواصل بين نوعي التأمينات الشخصية والعينية هو "الكفالة العينية"، فمن ناحية هي كفالة؛ (مما يسوغ الطابع الشخصيّ)، ومن ناحية أخرى هي عينية؛ (مما يسوغ الطابع العينيّ)؛ لذلك قلنا: إنها جسر التواصل بين نوعي التأمينات. ومن المعروف أن المال الذى يكون محلًا للتأمين العينيّ، قد يقدم من المدين نفسه وهذا هو الأصل، أو يقدم من الغير الذي يسمى فى هذه الحالة (كفيلًا عينيًا)؛ حيث يكفل للدائن الوفاء بدين مدينه، والذي كفله بتخصيص مال لهذا الغرض، ويتمتع الدائن بالحق العينيّ المقرر له على مال الكفيل العينيّ فيكون له من المزايا ما تترتب له لو كان قد قدم التأمين العينيّ من المدين الأصليّ، من حيث الأفضلية، وتتبع هذا المال، وبذلك فالكفالة العينية تجعلنا –أيضًا– بمنأى عن مبدأ المساواة بين الدائنين. وعلى ذلك فإن أبسط مفاهيم الكفالة العينية أنها رهن مقدم من غير المدين.

Abstract

The communication way between the two types of insurances personal and real is " the real guaranty ", it is from one side guaranty (so it has a personal feature) , and from another side real (so it has a real feature)So we said that it’s the communication way. It is known that the money which is the object of real insurance , may be presented by the debtor itself , and this is the general rule , or presented by another which is named in this case (real guarantee) who ensures the reimbursement of the debt which he guaranteed by that money , and the creditor enjoys the real right dedicated for him on the money of the real guarantee , and he has the advantages that he would have had if the real insurance was presented by the debtor ; as priority and following this money , so real guaranty make us away from the principal of equality between creditors , so the simplest definition for real guaranty is considering it as a mortgage presented by others not by the debtor .