وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليـــــا
قسم القانـــون / الفـــرع الخـــاص

النظام القانوني للكفالة العينية

(دراسة مقارنة)

رسالة تقدم بها الطالب

أياد كاظم عبد الزهرة

إلى مجلس عمادة معهد العلمين للدراسات العليا

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف

الدكتور غني ريسان جادر

أستاذ القانون المدني

١٤٤٠هـ ٢٠١٩م

﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدتُّمْ وَلَا تَنقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا ۚ إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ﴾

سورة النحل : (٩١)

الإهداء

الى معنى الحب وإلى معنى الحنان والتفاني

إلى بسمة الحياة وسر الوجود

إلى من كان دعائهما سر نجاحي

وحنانهما بلسم جراحي .

إلى من كانوا يضيئون الطريق لي

ويساندونني ويتنازلون عن حقوقهم

لإرضائي والعيش في هناء . . الى أبي وأمي

إلى سندي وفخري . . أخوتي

إلى من صبرت لأجلي . . زوجتي

إلى قرة عيني . . أولادي

شكر وعرفان

الحمد لله الأول الذي لا أول لأوليته والآخر الذي لا آخرية له، وصلى الله على أفضل الخلق وسادة الانام ابي القاسم محمد واله الطيبين الطاهرين.

كن عالماً ... فإن لم تستطع فكن متعلما، فإن لم تستطع فأحب العلماء، فإن لم تستطع فلا تبغضهم .

بعد رحلة بحث وجهد واجتهاد تكللت بإنجاز هذا البحث، أحمد الله عز وجل على نعمه، التي منَّ بها علينا فهو العلي القدير وهو من يستحق الشكر أولا لدوام نعمته علينا .

أتقدم بالشكر والتقدير لمشرف البحث الأستاذ الدكتور" غني ريسان جادر "لما قدَّمه لي من ملاحظات قيمة وتقويم دقيق لكل تفاصيل البحث ولما اعطاني من نصح ومعرفة ووقت فهو الاستاذ والصديق والاخ في آن واحد .

وأتقدم بالشكر الجزيل لوزارة النفط وإلى شركة مصافي الجنوب لتقديمهم التسهيلات كافة ؛لغرض إكمالي الدراسة و إلى عمادة معهد العلمين، والى السيد رئيس قسم القانون وأساتذتي الأفاضل في معهد العلمين، الذين تشرَّفت بالدراسة على أيديهم ، وأخص بالشكر والإمتنان الأخ والأستاذ الدكتور علي حسين منهل أستاذ القانون المدني في كلية شط العرب/ الجامعة، الذي كان دائم التواصل معي بمعلوماته وتوجيهاته القيمة، وإلى الأخوة والأخوات الأعزاء من زملاء الدراسة، وأشكر كل أصدقائي في القسم القانوني من مدير القسم والزملاء في شعبة العقود والشعب الأخرى جميعاً .

شكري وتقديري إلى الذين كانوا نورا يضيء الظلمة التي كانت تقف أحيانا في طريقنا، إلى من زرعوا التفاؤل في دربنا، وقدموا ارواحهم حتى نستمر في دراستنا الجيش العراقي، وابطال الحشد الشعبي، والى الذين كانوا عوناً في هذا البحث ومن قدموا المساعدات والتسهيلات والمعلومات، فلولا وجودهم لما نبع الإحساس بمتعة العمل وحلاوة البحث، ولما وصل إلى ما وصل إليه فلهم كل الشكر والإمتنان والله الموفق..

الباحث اياد كاظم عبد الزهرة

المُحتَوَيَات

الموضـــــــوع	الصفحة من	الصفحة إلى
المقدمة	١	٤
الفصل الأول: ماهية الكفالة العينية	٥	٧٧
المبحث الأول: مفهوم الكفالة العينية	٦	٤٥
المطلب الأول: التعريف بالكفالة العينية وشروطها	٦	٣١
الفرع الأول: تعريف الكفالة العينية وخصائصها	٦	١٩
الفرع الثاني: شروط الكفالة العينية	١٩	٣١
المطلب الثاني: تمييز الكفالة العينية مما يشتبه بها من أوضاع قانونية	٣١	٤٥
الفرع الأول: تمييز الكفالة العينية من الكفالة الشخصية	٣١	٣٦
الفرع الثاني: تمييز الكفالة العينية من حيازة العقار المرهون	٣٧	٤٢
الفرع الثالث: تمييز الكفالة العينية من التضامن والتضامم	٤٢	٤٥
المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للكفالة العينية	٤٦	٧٧
المطلب الأول: الكفالة العينية التزام عيني	٤٦	٦٢
الفرع الأول: مفهوم الإلتزام العيني	٤٧	٥٤
الفرع الثاني: مدى انطباق الإلتزام العيني على الكفالة العينية	٥٥	٦٢
المطلب الثاني: الكفالة العينية تأمين عيني	٦٢	٧٧
الفرع الأول: مفهوم التأمين العيني	٦٢	٦٦
الفرع الثاني: مدى انطباق التأمين العيني على الكفالة العينية	٦٧	٧٧

الفصل الثاني: آثار الكفالة العينية	٧٨	١٦٦
المبحث الأول: العلاقة بين الدائن والكفيل العيني	٧٩	١٢١
المطلب الأول: تطبيق آثار الكفالة الشخصية على الكفالة العينية في علاقة الكفيل العيني بالدائن	٨٠	٨٩
الفرع الأول: رجوع الدائن على الكفيل العيني	٨٠	٨٣
الفرع الثاني: دفوع الكفيل العيني تجاه الدائن	٨٣	٨٩
المطلب الثاني: تطبيق آثار الرهن على الكفالة العينية في علاقة الكفيل العيني بالدائن	٨٩	١٠٧
الفرع الأول: بقاء ملكية المال المرهون للكفيل العيني	٩٠	١٠٣
أولا: علاقة الدائن بالكفيل العيني في الرهن التأميني	٩٠	٩٤
ثانيا: علاقة الدائن بالكفيل العيني في الرهن الحيازي	٩٤	١٠٣
الفرع الثاني: تنفيذ الرهن على المال المرهون	١٠٤	١٠٧
المطلب الثالث: براءة ذمة الكفيل العيني في مواجهة الدائن	١٠٧	١٢١
الفرع الأول: براءة ذمة الكفيل العيني لانقضاء الكفالة العينية	١٠٨	١١٣
الفرع الثاني: براءة ذمة الكفيل العيني تبعا لانقضاء التزام المدين	١١٣	١٢١
المبحث الثاني: علاقة الكفيل العيني بالمدين وبغيره من الكفلاء	١٢٢	١٦٦
المطلب الأول: علاقة الكفيل العيني بالمدين	١٢٢	١٤٨
الفرع الأول: رجوع الكفيل العيني على المدين وطلب تخليصه من الكفالة	١٢٣	١٣٤
الفرع الثاني: وسيلة الكفيل العيني بالرجوع على المدين	١٣٤	١٤٨
أولا: رجوع الكفيل العيني على المدين بدعوى الكفالة	١٣٥	١٤٢
ثانيا: رجوع الكفيل العيني على المدين بدعوى الحلول	١٤٢	١٤٨
المطلب الثاني: علاقة الكفيل العيني بغيره من الكفلاء	١٤٩	١٦٦

الفرع الأول: دفع الكفيل الشخصي بتجريد مال الكفيل العيني	١٥٠	١٥٤
الفرع الثاني: رجوع الكفيل العيني على غيره من الكفلاء بعد وفاء الدين	١٥٥	١٦١
الفرع الثالث: تقسيم الدين بين الكفيل العيني والكفلاء الآخرين	١٦١	١٦٦
الخاتمة :-	١٦٧	١٧٤
المصادر	١٧٥	١٨٧

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

تعد التأمينات من الوسائل التي تضمن للدائن استيفاء حقه، وتقيه خطر اعسار مدينه المحتمل، وتحيط المدين بالثقة التي يستطيع من خلالها الحصول على المال الذي يحتاجهُ، وتلك التأمينات قد تكون عامة، وهي وسائل الضمان العام التي يستفيد منها كل الدائنين وهي تتمثل في الإجراءات التحفظية والدعوى غير المباشرة والدعوى الصورية والحق في الحبس للضمان والحجز على المدين المفلس، وهناك تأمينات خاصة يختص بها بعض الدائنين دون غيرهم، وهي إمّا تأمينات شخصية وهي الكفالة والتضامن والإلتزام غير قابل للإنقسام، وتأمينات خاصة وهي الرهن التأميني والرهن الحيازي، الذي يكون مصدرهما الاتفاق، وحق الإمتياز الذي يتقرر بنص القانون، وهناك حق الاختصاص وهو حق عيني تبعي مصدره أحكام القضاء لا يأخذ به القانون المدني العراقي، ولكنه موجود في القانون المدني المصري، وهذه التأمينات ترمي إلى إيثار الدائن بضمان خاص يجعله في مأمن من الأعسار، وبثّ الثقة لديه بتزويده بوسائل قانونية، ليس في وسع غيره مشاركته فيها، وهذه التأمينات يمكن أن تُقدم من المدين نفسه، أو تُقدم من شخص آخر، يقوم بتقديمها في صورة الكفالة، اذ يتقَّدم شخص غير المدين لضمان وفاء ما على المدين لدائنه، فيضّم ذمته إلى ذمة المدين ليزيد من ضمان الدائن نحو تحصيل دينه.

وبذلك يضحى 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 إلتزاما شخصيا ينفذ في جميع أمواله، وقد يرى الكفيل ان يقصر إلتزامه في مال معين من أمواله التي يملكها، وذلك برهن ذلك المال رهنا تامينياً أو حيازياً، فينشئ لمصلحة الدائن حقا عينيا تبعيا لهذا المال، تأمينا له للوفاء بدينه، ويطلق على

هذه الكفالة إصطلاح الكفالة العينية، وهي لا تخّول 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، تلك الكفالة تعد ضمانا قويا للدائن، فلا يستطيع الكفيل العيني أن يطلب حق التجريد إلّا في حالة الاتفاق مع عدم تضامنه مع المدين، بحيث إذا حلّ أجل سداد الدين، ولم يسدد المدين، في هذه الحالة يحق للدائن أن يرجع على الكفيل العيني مباشرة دون أن يكون للأخير حق التجريد كأصل عام على عكس الكفيل الشخصي، الذي تكون كفالته بكل ذمته المالية، ومسؤوليته تكون على كل أمواله مع تمتع الكفيل الشخصي بحق التجريد، وسوف تكون هذه الضمانة القوية المتمثلة بالكفالة العينية محل لدراستنا الموسومة (النظام القانوني للكفالة العينية ــ دراسة مقارنة).

ثانيا / أهمية البحث وأسباب اختياره

تتجلى أهمية إختيار الموضوع واسباب إختياره بالآتي:

١ـ خطورة نظام الكفالة العينية، وما يتجلى عنه من التنفيذ على أموال الكفيل العيني عند حلول أجل سداد الدين مع إمتناع المدين عن تسديده أو عجزه عن ذلك.

٢ـ تضارب آراء الفقه وأحكام القضاء في وضع الضوابط الخاصة بالكفالة العينية، مما يؤثر في استقرار الاحكام القضائية الخاصة لهذا النوع من الكفالة ؛كونه ينصب على مال معين من أموال المدين، ولا يسري على كل ذمته المالية.

٣ـ ويرجع سبب اختيار الموضوع إلى قلة إذا لم نقل إنعدام الدراسات المتخصصة بالكفالة العينية اذ انه 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، فضلا عن إنّ الكتابات والأحكام والأبحاث شحيحة إلى حد كبير، الأمر الذي يشجعّنا على الخوض في دراسة هذا الموضوع بغية إفادة المكتبة القانونية بهكذا دراسة.

٤ـ بالرغم من إقرار التشريعات بوجود الكفالة العينية، إلّا أنهّ لا توجد نصوص تضع حجر الأساس للكفالة العينية، بحيث تحدد أبعادها وطبيعتها وشروطها والقواعد القانونية التي تحكمها والكشف عن الحد الذي يؤثر

في ضمان حق الدائن عند إنخفاض قيمة الشيء في السوق بحيث لا يغطي مقدار الدين عند التنفيذ عليه، الامر الذي يجعلنا نبحث عن آليه جديدة في التنفيذ، كي نضمن للدائن حقه كاملا.

٥ـ اكتسبت الكفالة العينية في الوقت الحاضر أهمية مضاعفة، لتطور الائتمان، الذي يستلزم التأمينات، وتتصدر الكفالة هذه التأمينات، فأصبحت الكفالة العينية محط انظار كثير من الدائنين ؛والسبب في ذلك يعود إلى ما يستدل عليه أنصارها بجعلها نظرية تفرض نفسها أمام ضعف نظام الكفالة الشخصية، وهذا ما يدفع إلى دراسة الكفالة العينية للوقوف على مدى قوة الضمان الذي تقدمه لضمان دين الدائن تجاه مدينه.

ثالثا / إشكالية البحث

إنّ عدم قدرة المدين على تسديد دينه قد يدفعنا أمام نظام الكفالة إلى اللجوء إمّا إلى الكفالة الشخصية، أو الكفالة العينية، وبما إنّ موضوعنا هو النظام القانوني للكفالة العينية ـ دراسة مقارنة، فإنّ هذا الموضوع يضعنا أمام عدة تساؤلات تثير الكثير من الإشكاليات القانونية أهمها، هل إنّ الكفالة العينية هي كفالة أم رهن، أم الاثنان معا، وما هي القواعد التي يمكن تطبيقها عليها، وما يثار حول الضوابط القانونية التي تميز الكفالة العينية عن الكفالة الشخصية، وعن حيازة العقار المرهون، وعن التضامن والتضامم، وتحديد الطبيعة القانونية لها فيما إذا كانت وصفا يلحق الإلتزام أم تأميناً عينياً ام إلتزاماً عينياً ؟ فضلا عن الإشكالية المتعلقة بتحديد آثار هذه الكفالة والمتمثلة في دورها في نطاق الكفالة ونطاق الرهن سواء كان رهنا تأمينياً ام حيازياً وآثارها في نطاق هذين النوعين من الرهن سواء بين المتعاقدين ام بالنسبة للغير وأثر الكفالة العينية المتمثلة بعلاقة الكفيل العيني مع الدائن وعلاقته مع المدين وبقية الكفلاء الآخرين، فما هي القواعد الي يمكن تطبيقها على تلك العلاقات؟ وكذلك ما يُثار من الدعاوى الخاصة بالكفالة العينية، فيما إذا كانت دعاوى شخصية ام دعاوى حلول، وما هو أثر هذا الانقضاء في علاقة الكفيل العيني؟

لذلك جاءت تلك الدراسة لتضع حلولا ومعالجات جديدة لهذه الإشكاليات، فهي تضع رؤية جديدة لإحكاما قانونية لتطويع الأحكام ذات العلاقة في ظل التطورات الاقتصادية، وما ينعكس عن تلك التطورات من آثار في نظام الإئتمان بشكل عام وإستقرار المراكز القانونية بشكل خاص.

رابعا / منهجية الدراسة ونطاقها

سنتبع في دراسة بحثنا في (النظام القانوني للكفالة العينية ـ دراسة مقارنة) على المنهج التحليلي القائم على مناقشة كل ما هو متاح من معلومات وأفكار وآراء حول هذا الموضوع ، في ضوء نصوص التشريع و آراء الفقه القانوني وأحكام القضاء وآراء الفقه الإسلامي، فضلا عن اتباع المنهج المقارن، إذ ستكون دراستنا في القانون العراقي ـ بالمقارنة مع القانون المصري والقانون الفرنسي مع بيان موقف الفقه الإسلامي ، والسبب في ذلك؛ اختلاف المعالجة الفقهية وتضارب الأحكام القضائية بصدد المسائل المتعلقة بالكفالة العينية في هذين القانونين قياسا بالقانون العراقي، فضلا عن تضارب أحكام القضاء العراقي بصدد المسائل المتعلقة بالكفالة العينية .

خامسا: هيكلية البحث

يقتضي الإلمام بموضوع النظام القانوني للكفالة العينية والإحاطة به، أن تتمّ الدراسة بمقدمة وفصلين وخاتمة، وتخصيص الفصل الأول لماهية الكفالة العينية وتقسيمه على مبحثين نخصص المبحث الأول لتعريف الكفالة العينية، وخصائصها، وشروطها، وتمييزها عما يشتبه بها من أوضاع قانونية، ونخصص المبحث الثاني للطبيعة القانونية للكفالة العينية ، اما الفصل الثاني فسنخصصه لأثار الكفالة العينية، وسنقسمه على مبحثين نخصص المبحث الأول للعلاقة بين الكفيل العيني والدائن، والمبحث الثاني للعلاقة بين الكفيل العيني وبين المدين وبقية الكفلاء الاخرين، وأخيرا نختم موضوع بحثنا بخاتمة تتضمن اهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها بالبحث.

والله ولي التوفيق