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 ـ 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.

٥- 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