



Combining mortgage and guarantee in securing the same debt - an analytical study in Iraqi civil law

Falah Ali Hama¹ 

Assistant teacher

College of Law and Administration/University of Halabja

falah.ali@uoh.edu.iq

Article information

Article history

Received 3 January, 2026

Revised 5 May, 2026

Accepted 22 June, 2026

Available Online 1 September, 2026

Keywords:

- Mortgage
- Suretyship
- Single debt security
- Order of execution
- Surety's liability

Correspondence:

Falah Ali Hama

falah.ali@uoh.edu.iq

Abstract

This research addresses combining mortgage and suretyship for a single debt, given the legal issues regarding execution order, surety liability, and the impact of mortgage discharge on the suretyship obligation. The problem involves determining the legal effect of combining real and personal securities and the creditor's obligation to follow a specific order under the Iraqi Civil Code. Adopting an analytical approach, the research examines legal texts, jurisprudential opinions, and judicial precedents to clarify their legal nature and the basis for combining them. It also addresses the effects, notably priority of execution on mortgaged property, the restriction on pursuing the surety unless the debtor's assets are insufficient, and the impact of mortgage discharge on the surety's commitment. The study concludes that the Iraqi legislator permits combining both securities while imposing a legal order of execution to balance interests. It recommends amending Articles (1299) and (1308/II) of the Civil Code to enhance creditor protection, safeguard the legal status of the debtor and surety, and achieve stability in credit transactions.

Doi: 10.33899/nf1gtb28

© Authors, 2026, College of Law, University of Mosul This is an open access article under the CC BY 4.0 license (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>).

الجمع بين الرهن التأميني والكفالة في ضمان الدين الواحد- دراسة تحليلية في القانون المدني العراقي

فلاح علي حمه رحيم

كلية القانون والإدارة/ جامعة حلبجة

الاستخلاص

يتناول هذا البحث مسألة الجمع بين الرهن التأميني والكفالة في ضمان الدين الواحد، لما يثيره هذا الجمع من إشكالات قانونية تتعلق بترتيب التنفيذ، وحدود مسؤولية الكفيل، وأثر انقضاء الرهن التأميني على استمرار الالتزام بالكفالة. وتتمثل إشكالية الدراسة في تحديد الأثر القانوني لاجتماع الضمان العيني والضمان الشخصي، ومدى التزام الدائن باتباع ترتيب معين في استيفاء حقه وفقاً لأحكام القانون المدني العراقي. واعتمد البحث المنهج التحليلي من خلال دراسة النصوص القانونية المنظمة للرهن التأميني والكفالة، وتحليل الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية، لبيان الطبيعة القانونية لكل منهما والأساس القانوني لجواز الجمع بينهما. كما تناول البحث آثار هذا الجمع، ولا سيما أولوية التنفيذ على المال المرهون، وعدم جواز الرجوع على الكفيل إلا بعد عدم كفاية أموال المدين، إضافة إلى بيان أثر انقضاء الرهن التأميني على التزام الكفيل. وقد انتهت الدراسة إلى عدد من النتائج، أبرزها أن المشرع العراقي أقر الجمع بين الضمانين مع فرض ترتيب قانوني للتنفيذ يحقق التوازن بين مصالح الأطراف. كما أوصت الدراسة بتعديل بعض النصوص القانونية، ولا سيما المادتين (١٢٩٩) و(٢/١٣٠٨) من القانون المدني، بما يعزز حماية حق الدائن، ويكفل صون المركز القانوني للمدين والكفيل، ويحقق مزيداً من الاستقرار في المعاملات الائتمانية.

معلومات البحث

تاريخ البحث

الاستلام ٣ كانون الثاني ٢٠٢٦

التعديلات ٥ أيار، ٢٠٢٦

القبول ٢٢ حزيران، ٢٠٢٦

النشر الإلكتروني ١ أيلول، ٢٠٢٦

الكلمات المفتاحية

- الرهن التأميني
- الكفالة
- ضمان الدين الواحد
- ترتيب التنفيذ
- مسؤولية الكفيل

أهمية البحث:

يشكل ضمان الديون في نطاق المعاملات المدنية إطاراً قانونياً بالغ الأثر في تنظيم العلاقات المالية، لما ينطوي عليه من قواعد تحدد حقوق الدائن والتزامات المدين وتضبط وسائل الوفاء والتنفيذ. وأدت التطورات المعاصرة إلى تزايد حاجة الدائنين للحصول على ضمانات متعددة ومتنوعة، إذ لم يعد الاعتماد على ضمان واحد كافياً لحماية حقوقهم. ويلجأ الدائنون إلى تعدد الضمانات لتكوين شبكة حماية متكاملة تعوض ما قد يعتري أحدها من قصور أو ضعف، مما يضمن استيفاء حقوقهم بشكل فعال في ظل تعدد المعاملات وتزايد المخاطر الاقتصادية. ومن بين هذه الوسائل يبرز كل من الرهن التأميني بوصفه ضماناً عينياً يستند إلى مال محدد، والكفالة باعتبارها ضماناً شخصياً يستند إلى ذمة الكفيل. وقد يجتمع هذان النظامان معاً لضمان الدين الواحد، إذ قد تلجأ الأطراف في العديد من المعاملات إلى الجمع بين الرهن التأميني والكفالة لتحقيق مستوى أعلى من الطمأنينة الائتمانية للدائن، لاسيما في الديون الكبيرة أو التي تتسم بدرجة عالية من المخاطرة. ويأتي هذا البحث ليسلط الضوء على الأحكام القانونية التي تنظم كلاً من الرهن التأميني والكفالة، ويبين كيفية تفاعلها عند اجتماعهما في ضمان دين واحد، واستجلاء الآثار المترتبة على هذا الاجتماع من الناحية النظرية والتطبيقية، وصولاً إلى تصور علمي متكامل يساهم في إيضاح المعالم القانونية لهذه المسألة وتطبيقاتها الإجرائية.

أهمية البحث:

تتجلى أهمية هذا البحث في كونه يوضح الإطار القانوني للجمع بين الرهن التأميني والكفالة بوصفهما وسيلتين مختلفتين في الطبيعة والمحل، وهو ما يعمق الفهم النظري لأحكام الضمانات العينية والشخصية في القانون المدني العراقي. كما تتأكد أهميته عملياً لما يوفره من رؤية واضحة للدائنين والجهات المالية بشأن ترتيب الضمانات وأثر انقضاء الرهن التأميني على التزامات الكفيل. وعلى الصعيد القضائي، يقدم البحث معالجة للإشكالات التي تظهر عند التنفيذ على العقار المرهون أو الرجوع على الكفيل، بما يدعم التطبيق السليم للنصوص القانونية. ويضاف إلى ذلك البعد التشريعي الذي يكشف مواطن الغموض أو النقص في التنظيم الحالي ويقترح ما يلزم من معالجات لتطوير أحكام الضمان.

مشكلة البحث:

تتحدد مشكلة البحث في السؤال الرئيسي الآتي: ما هو الأثر القانوني للجمع بين الرهن التأميني والكفالة في ضمان الدين الواحد، وكيف يؤثر وجود الضمانين معاً على ترتيب التنفيذ وعلى استمرار الكفالة أو زوالها في حال انقضاء الرهن التأميني؟ ويتفرع عن هذا السؤال الرئيس عدة تساؤلات فرعية، منها: ما الطبيعة القانونية لكل من الرهن التأميني والكفالة؟ وما هي الأساس القانوني للجمع بين الرهن التأميني والكفالة؟ وهل يملك الدائن حرية مطلقة في اختيار البدء بالتنفيذ على الرهن التأميني أو على الكفيل، أم يتعين عليه أولاً استيفاء حقه من المدين الأصلي ومن العقار المرهون المقدم كضمان عيني؟ وما أثر انقضاء الرهن التأميني على الكفالة، سواء كان الانقضاء ببيع المرهون أو بالتطهير أو بضياع الرهن التأميني أو بانقاص قيمته بخطأ الدائن؟

نطاق البحث:

يقتصر هذا البحث على دراسة الرهن التأميني والكفالة بوصفهما وسيلتين لضمان الدين الواحد، مع استبعاد سائر صور الضمانات الأخرى التي لا تدخل في نطاق هذا الموضوع. ويعتمد البحث بشكل أساسي على أحكام القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وتعديلاته.

منهجية البحث:

لدراسة هذا البحث اعتمدنا على المنهج التحليلي، حيث تم تحليل النصوص القانونية ذات الصلة بالرهن التأميني والكفالة في القانون المدني العراقي. كما شمل التحليل دراسة الآراء الفقهية والكتابات القانونية المتخصصة لفهم الأسس النظرية والقانونية التي يقوم عليها كل من الرهن التأميني والكفالة، وتحليل التحديات والآثار المترتبة على اجتماع الوسيلتين لضمان الدين الواحد.

خطة البحث:

في ضوء الإشكالية المطروحة والأهداف المحددة، ارتأينا معالجة هذا الموضوع من خلال تقسيمه إلى مبحثين رئيسيين. نكرس المبحث الأول لبيان مفهوم الجمع بين الرهن التأميني والكفالة في ضمان الدين الواحد، حيث نتناول فيه الطبيعة القانونية للرهن التأميني والكفالة والمقصود بالجمع بين الرهن التأميني والكفالة في ضمان الدين الواحد. أما المبحث الثاني، فنخصصه للآثار القانونية للجمع بين الرهن التأميني والكفالة، إذ

نستعرض فيه الترتيب بين الضمانات عند التنفيذ وأثر انقضاء الرهن التأميني على الكفالة. ويختتم البحث بخاتمة تتضمن أبرز النتائج والتوصيات المقترحة.

المبحث الأول

مفهوم الجمع بين الرهن التأميني والكفالة في ضمان الدين الواحد

لأجل الوقوف على مفهوم الجمع بين الرهن التأميني والكفالة في ضمان الدين الواحد تحديداً دقيقاً، لا بد من تناول الأسس النظرية لكل من الرهن التأميني والكفالة، باعتبارهما الضمانين اللذين يقع عليهما موضوع الجمع. وعليه، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين: نتناول في المطلب الأول الطبيعة القانونية للرهن التأميني والكفالة، ثم نخصص المطلب الثاني لبيان المقصود بالجمع بينهما.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للرهن التأميني والكفالة

يقسم هذا المطلب إلى فرعين: يخصص الفرع الأول لدراسة الطبيعة القانونية للرهن التأميني، ويكرس الفرع الثاني لتحليل الطبيعة القانونية للكفالة.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية للرهن التأميني

عرف المشرع العراقي الرهن التأميني بأنه "عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه ان يتقدم على الدائنين العاديين الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون"^(١). فالرهن التأميني هو حق عيني مقرر للدائن على شيء مملوك للمدين أو لغيره يكون له بمقتضاه أن يستوفى دينه من ثمن هذا الشيء مفضلاً على غيره من الدائنين العاديين، أو الدائنين المرتهنيين التاليين له في المرتبة. فلكل دائن مرتهن مرتبة تحدد أسبقيته. وصاحب الحق في الرهن التأميني يتتبع الشيء المرهون في أي يد يكون، فإذا ما انتقلت ملكيته إلى شخص آخر، كان الرهن التأميني نافذاً في مواجهته. وورود حق الدائن على شيء معين بالذات يباشر عليه الحق في الأفضلية، والحق في التتبع، يعنى أن للدائن حقاً عينياً على هذا

(١) انظر المادتين (١٢٨٥) من القانون المدني العراقي.

الشيء^(١). ويتميز الرهن التأميني بمجموعة من الخصائص القانونية الجوهرية التي تحدد طبيعته وتوضح أثره في النظام القانوني، خاصة فيما يتعلق بتفاعله مع الضمانات الشخصية مثل الكفالة في تأمين دين واحد. ومن أبرز هذه الخصائص:

أولاً- الرهن التأميني حق عيني:

يعد الرهن التأميني، حقاً عينياً يرد على مال معين ويخول الدائن المرتهن سلطة مباشرة على المال المرهون من دون وساطة أحد، شأنه في ذلك شأن أصحاب الحقوق العينية الأخرى. غير أن هذه السلطة لا تمارس إلا في الحدود التي رسمها القانون لتحقيق الغاية من الرهن التأميني، والمتمثلة في ضمان استيفاء الدائن لحقه من قيمة المال المرهون أو من أي مقابل يحل محله، مع تمتعه بالأولوية على باقي الدائنين عند عدم وفاء المدين بدينه. ولا يخول الرهن التأميني للمرتهن أيّاً من سلطات الاستعمال أو الاستغلال أو التصرف التي تميز الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية، لأن مضمون الحق العيني في الرهن التأميني يقتصر على تمكين الدائن من استيفاء دينه من ثمن المال المرهون عند البيع أو من المقابل الذي يحل محله، دون أن يكتسب الدائن سلطة مباشرة على الانتفاع بالمال أو التصرف فيه خارج نطاق الضمان^(٢). ويترتب على الصفة العينية لحق الرهن التأميني أنه يخول الدائن المرتهن ميزتين أساسيتين، لأولى ميزة التبعية، إذ يملك الدائن المرتهن الحق في تتبع المال المرهون في أي يد ينتقل إليها والمطالبة ببيعه عند امتناع المدين عن الوفاء بالدين المضمون، وتظل سلطته في التبعية قائمة ما دام المال المرهون أو ما يحل محله موجوداً. والثانية ميزة التقدم، حيث يتمتع الدائن المرتهن بالأولوية في استيفاء دينه من ثمن المال المرهون بعد بيعه وفق الإجراءات القانونية، أو من أي مقابل

(١) د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية و العينية (منشأ المعارف، الاسكندرية| ١٩٩٦) ص ١٠.

(٢) د. شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني (ط٢، منشأ المعارف، الاسكندرية| ١٩٥٩) ص ٧٠.

آخر يحل محله، وتسمو هذه الأفضلية على حقوق الدائنين العاديين، وكذلك على الدائنين المرتتهنين اللاحقين له في المرتبة^(١).

ولما كان حق الدائن المرتهن عينياً، فإنه يجوز له الاحتجاج بحقه على الناس كافة ومنهم بقية دائني المدين الراهن، فلا يخضع لقسمة الغرماء عند بيع العقار المرهون، واطهر ما تكون هذه الحجية في ميزة التتبع المقررة للدائن المرتهن عند انتقال المال المرهون إلى الغير^(٢).

ثانياً- الرهن التأميني حق تبعي:

الحقوق التبعية هي تلك الحقوق التي لا يمكن أن تنشأ إلا متصلة بحق آخر رئيسي تكون مساعدة له أو متولدة عنه^(٣). وفي نطاق الحقوق العينية التبعية، يقصد بها تلك الحقوق التي توجد تأميناً أو ضماناً للوفاء بحق شخصي أو بحق دائنية، فهي حقوق تقوم تبعاً و ضماناً لحق دائنية^(٤). ويظل الحق العيني التبعي مرتبطاً بالحق المضمون في وجوده وصحته وبطلانه وأوصافه ونطاقه وانتقاله وانقضائه ومن هذا الارتباط الوثيق اكتسبت هذه الحقوق وصف التبعية، لأنها تدور وجوداً وعدماً مع الحق الذي تؤمنه. وانطلاقاً من ذلك، فإن الرهن التأميني حق عيني تبعي، فهو تابع لغيره، لا ينشأ إلا تبعاً لحق أصلي يقوم على ضمان الوفاء به. وهذه التبعية هي التي تهيمن على أحكام الرهن التأميني^(٥).

(١) د. محمد كامل مرسى بك، التأمينات الشخصية والعينية، اثبات الحقوق العينية وأحكام

التسجيل (مطبعة نصر، مصر | ١٩٢٧) ص ١٢٨.

(٢) د. درع حماد عبد، الحقوق العينية التبعية (مكتبة السنهوري، بيروت | ٢٠١٩) ص ٢٦.

(٣) د. عبدالحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج ٢، الحق (مطبوعات جامعة الكويت | ١٩٧٠) ص ٣٢٣.

(٤) فواز يوسف صالح الجبوري، قاعدة التابع تابع في الحكم و تطبيقاتها في العقود المسماة (اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد | ٢٠٢١) ص ١٥.

(٥) د. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق (ط ١)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت | ٢٠١٠) ص ٧٧.

ويترتب على صفة التبعية في الرهن التأميني أن وجوده خاضع لوجود الدين المضمون^(١)، إذ يعد الدين المضمون ركن السبب في عقد الرهن التأميني، ومن ثم يشترط فيه ما يشترط في السبب بوجه عام من وجود ومشروعية^(٢). وتأسيساً على هذه القاعدة، لا يجوز - كأصل عام - أن ينشأ الرهن التأميني قبل وجود الدين، غير أن المشرع خرج على هذا الأصل فأجاز استثناءً لإنشاء الرهن التأميني قبل نشوء الدين المضمون^(٣). كما أن الحق الناشئ عن الرهن التأميني لا يضمن إلا الالتزام الصحيح^(٤) ولذلك يشترط في الالتزام الذي ينشأ الرهن التأميني لضمان الوفاء به أن يكون صحيحاً. فالالتزام المضمون لا يعد قائماً إلا إذا نشأ صحيحاً واستمر وجوده إلى حين انعقاد الرهن التأميني. فإذا كان الالتزام المضمون صحيحاً كان الرهن التأميني صحيحاً متى توافرت أركانه، أما إذا كان الالتزام المضمون غير صحيح فإن الرهن التأميني يكون بدوره غير صحيح، حتى لو توافرت أركانه^(٥) لأن انهدام ركن أو أكثر من أركان الالتزام المضمون يؤدي إلى تخلف السبب في الرهن التأميني، ومن ثم يقع باطلاً^(٦). ويترتب كذلك على الصفة التبعية للرهن انتقال الرهن التأميني بانتقال الدين المضمون، سواء تم ذلك عن طريق حوالة الحق أو حوالة الدين^(٧). وكما ينشأ الرهن التأميني تبعاً لنشوء الدين المضمون، فإنه ينقضي تبعاً لانقضائه^(٨).

ثالثاً- تعلق الرهن التأميني بمالية المرهون:

الرهن التأميني حق يتعلق بالمرهون من حيث ماليته وقيمته ولا يتعداه إلى ذاته وصورته^(٩) لأن التعلق يكون للوفاء، والوفاء إنما يستند إلى المالية^(١٠). ومن ثم يتجاوز الرهن

(١) انظر الفقرة (١) من المادة (١٣٣٢) من القانون المدني العراقي.

(٢) د. غني حسون طه، محمد طه البشير، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ج ٢ (وزارة التعليم

العالي والبحث العلمي، الجمهورية العراقية| بدون سنة طبع) ص ٤٠١.

(٣) منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية (المطبعة العالمية، القاهرة| ١٩٦٣) ص ٣٩.

(٤) د. شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص ٧٤.

(٥) انظر المادتين (٣٦٥) و(٣٤٨) من القانون المدني العراقي.

(٦) انظر المادتين (١٣١٥) و(١٣٤٦) من القانون المدني العراقي.

(٧) انظر المادة (١٣٠٤) من القانون المدني العراقي.

الرهن التأميني الكيان المادي للمال المرهون لينفذ إلى كيانه الاقتصادي، فتد سلطه صاحب الحق العيني التبعية على القيمة الاقتصادية للشيء في نطاق الالتزام المضمون. وبذلك فإن الدائن الحاصل على حق عيني تبعية على مال من أموال مدينه لضمان الوفاء بالالتزام لا يرتبط حقه بالكيان المادي لذلك المال، إذ ليس له أن ينتزع منه منفعة مباشرة، وإنما يرتبط بالقيمة الاقتصادية التي يمثلها. وهو، على هذا الأساس، يترب تلك القيمة حتى يحين وقت استيفاء دينه، وعندئذ يتسلط عليها وينفرد بها في حدود الدين المضمون^(١). وعلى هذا الاساس فتحويل حق الرهن التأميني من المرهون إلى اي مال آخر يحل محله عند هلاكه حقيقة او حكما امر مقبول، مادام حق الرهن التأميني لم يتعلق بذات المرهون ابتداء^(٢).

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للكفالة

عرف المشرع العراقي الكفالة بأنها ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام^(٣). فالكفالة عقد يكفل بموجبه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بالوفاء به إذا لم يف به المدين الأصلي. وهي عقد ينشئ التزاماً في ذمة الكفيل تجاه الدائن وحده، فلا يكون المدين طرفاً فيه، إلا أنها تفترض وجود مدين ترد على دينه الكفالة^(٤). ويترتب على عقد الكفالة نشوء التزام جديد في ذمة الكفيل لصالح الدائن، يتمثل في ضمان الدين الأصلي. وعلى هذا الأساس يصبح الدائن في مواجهة مدينين هما المدين الأصلي والكفيل^(٥). فالكفالة في الواقع هي ضم ذمة جديدة إلى ذمة المدين في ضمان الدين الدائن، فبعد ان كان حق الدائن يرد على الضمان العام لمدينه، أصبح يرد على الضمان

(١) د. شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص ٥٨.

(٢) د. غني حسون طه، محمد طه البشير، مرجع سابق، ص ٣٥٤.

(٣) انظر المادة (١٠٠٨) من القانون المدني العراقي.

(٤) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، ج ٣، عقد الكفالة،

مج ٣ (ط ٣، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة | ١٩٩٣) ص ٧.

(٥) د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية و العينية ، مرجع سابق، ص ٢٠.

العام لمدينه ولكفيل المدين أيضاً، ولكن حق الدائن لا يرد على مال خاص في ذمة الكفيل كما هو الشأن في الرهن التأميني^(١).

وإذا كان التزام الكفيل يقف بجانب التزام المدين، إلا أنه مختلف عنه في مصدره و محله. فالالتزام الأصلي الذي تضمنه الكفالة ليس مصدره العقد دائماً، بل تتعدد مصادره بتعدد مصادر الالتزام، فقد يكون مصدره العقد أو الإرادة المنفردة أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو القانون. أما الالتزام الناشئ عن الكفالة فمصدره العقد دائماً، لأن الكفالة بحسب تعريفها عقد، وهو عقد رضائي^(٢). وفيما يتعلق بمحل، فالالتزام المدين قد يكون محله هو القيام بعمل أو الامتناع عن العمل أو إعطاء شيء. أما التزام الكفيل فمحله هو تنفيذ الالتزام الأصلي والوفاء به إذا لم يفى به المدين نفسه^(٣).

وتتميز الكفالة الشخصية بمجموعة من الخصائص القانونية الجوهرية التي تبرز طبيعتها وتحدد نطاق أثرها في علاقة الدائن بكل من المدين والكفيل. وتزداد أهمية هذه الخصائص في إطار موضوع بحثنا المتعلق بالجمع بين الرهن التأميني والكفالة في ضمان الدين الواحد، إذ إن فهم الطبيعة القانونية للكفالة يساهم في بيان حدود التفاعل بينها وبين التأمينات العينية. ومن أبرز هذه الخصائص:

(١) ومع ذلك فإن الكفيل يقدم في بعض الأحيان مالاً مملوكاً له ضماناً لدين الدائن، و في هذه الحالة لا نكون بصدد كفالة عادية، بل كفالة عينية، يجمع فيها الكفيل بين صفة الكفيل و صفة الراهن و تسري عليه أحكام الكفالة و الرهن في نفس الوقت. و تعتبر الكفالة الشخصية الصورة البسيطة من الكفالة، و الكفالة العينية صورة مركبة من الكفالة و من الرهن. انظر في ذلك: د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ٢.

(٢) الكفالة عقد، و لذلك فهي دائماً اتفاقية، و لكنها توصف تجوزاً بأنها قانونية أو قضائية أو اتفاقية، بحسب مصدر الالتزام المدين بتقديم كفيل. فالمدين قد لا يلتزم بتقديم كفيل، و لكنه يسعى من جانبه إلى ذلك حتى يحصل على ائتمان جديد من دائنه، أو يجدد الائتمان السابق. و لكنه في بعض الأحيان يلتزم المدين بتقديم كفيل و يكون مصدر التزامه هو نص القانون أو حكم القاضي أو إتفاق المتعاقدين. انظر في ذلك: د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية و العينية ، مرجع سابق، ص ٢٩.

(٣) د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ٢.

أولاً- الكفالة عقد من عقود الضمان الشخصي:

فالكفالة التزام شخصي للكفيل يضاف إلى التزام المدين، أي أنها تمنح الدائن ضماناً شخصياً بالتزام الكفيل بالوفاء بما التزم به المدين عند عدم وفاء هذا الأخير بالتزامه. وبذلك يكون كل من المدين والكفيل مسئولاً مسئولية شخصية في جميع أمواله عن الوفاء بالتزام المدين، مع مراعاة أن مسئولية الكفيل مسئولية احتياطية، أي عند عدم وفاء المدين بالتزامه. ويترتب على اعتبار الكفالة عقد من عقود الضمان الشخصي أنها لا تجنب الدائن تماماً مخاطر الاعسار لأنها وإن كانت تجنبه مخاطر اعسار مدينه إلا أن هذا الاحتمال مازال قائماً بالنسبة للكفيل^(١).

فالكفالة تعتبر من التأمينات الشخصية، وعلى ذلك يجب أن يستبعد من نطاق الكفالة، وهي تأمين شخصي، الكفالة العينية. فالكفيل العيني يقدم شيئاً مملوكاً له، عقاراً كان أو منقولاً، رهناً لوفاء دين الغير. وفي جميع الأحوال لا يكون الكفيل العيني ملتزماً بالتزاماً شخصياً بضمان الدين، بل الذي يضمن الدين هو الرهن التأميني الذي قدمه، أي أن التأمين هنا تأمين عيني لا تأمين شخصي. ولا يكون الكفيل العيني مسئولاً شخصياً عن الدين المضمون، بل الذي يضمن الدين هو العين التي قدمها رهناً. أما الكفيل الشخصي، فإنه يكون ملتزماً شخصياً بوفاء الدين إذا لم يوفه المدين، ويكون مسئولاً في جميع أمواله لا في مال معين بالذات. وللدائن في الكفالة الشخصية الضمان العام في أموال الكفيل، ولذلك يزاحمه سائر دائني الكفيل الشخصي، ولا يتركز الدين في عين معينة بالذات يكون للدائن فيها حق التقدم وحق التبعية. ولذلك لا ترقى الكفالة الشخصية من حيث قوة الضمان إلى مرتبة الرهن التأميني، لكونها تتعلق بذمة الكفيل لا بمال معين يخصص للوفاء، مما يجعل ضمانها أقل ثباتاً وفعالية من الضمان العيني^(٢).

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية و الشخصية (دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية) ٢٠٠٧ ص ٢٨٤.

(٢) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١٠، التأمينات الشخصية و العينية (دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة) ٢٠٢٠ ص ١٦.

ثانياً- الكفالة عقد تابع:

الغرض من الكفالة هو ضمان الوفاء بدين من الديون. ولذلك فهي تتبع هذا الدين وجوده وأحكامه^(١). وتعتبر هذه الخاصية من أهم خصائص الكفالة، بل تمثل المعيار الفاصل في تمييزها عن غيرها من وسائل الضمان الشخصية^(٢) إذ تتجمع حولها جميع أحكام الكفالة، سواء من حيث الانقضاء والصحة والبطلان والأوصاف، أو من حيث الوجود والانقضاء والآثار^(٣).

وتعد الكفالة عقداً تابعاً لأن التزام الكفيل يعد دائماً التزاماً تابعاً لالتزام المدين الأصلي. فإذا التزم شخص بدين الغير التزاماً أصلياً لا تابعاً، فإنه لا يعد كفيلاً، بل يصبح مديناً أصلياً مستقلاً بالتزامه عن التزام المدين^(٤). ويترتب على تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين الأصلي ألا يجوز أن يزيد التزامه على التزام المدين، أو أن يكون أشد عبثاً منه، أو أن يبقى قائماً بعد انقضاء الالتزام الأصلي^(٥). كما يأخذ التزام الكفيل حكم التزام المدين الأصلي في أوصافه^(٦) فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزاً إذا كان التزام المدين الأصلي معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل، ولا يجوز أن ينتج فوائد إذا كان التزام المدين الأصلي غير منتج لها^(٧). ويتبع التزام الكفيل التزام المدين أيضاً في صحته وبطلانه، وفي قابليته للفسخ، وفي الدفع التي يمكن التمسك بها، ومنها الدفع بعدم جواز مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين، والدفع بالتجريد^(٨). كذلك تنتقل الكفالة مع الحق المضمون في حوالة

(١) د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص ٢٠.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية والتبعية و غير التبعية (الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية | ٢٠١٧) ص ١٩.

(٣) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص ٢١.

(٤) انظر الفقرة المادة (١٠١٣) من القانون المدني العراقي.

(٥) انظر المادة (١٠١٣) من القانون المدني العراقي. إلا أن هناك استثناء قانوني يرد بهذا الشأن و هي حالة ما إذا كان الدين الأصلي تجاري، فان التزام الكفيل يبقى يحمل الصفة المدنية إلا في حالة الكفالة عن ضمان الأوراق التجارية. انظر المادة (١٠١٦) من القانون المدني العراقي.

(٦) انظر المادة (١٠٢١) من القانون المدني العراقي.

الحق^(١). إلا أن المشرع العراقي خرج على مبدأ تبعية الكفالة في الانتقال عندما قرر أن الكفالة شخصية لا تنتقل مع انتقال الدين في حوالة الدين، وهو استثناء تبرره اعتبارات اقتصادية تهدف إلى حماية مصلحة الكفيل^(٢). وينقضي التزام الكفيل بالتبعية لانقضاء التزام المدين، فإذا أوفى المدين بالدين، انقضى الالتزام الأصلي المكفول بالوفاء، وتبع ذلك زوال التزام الكفيل وكفيل الكفيل^(٣).

ثالثاً- عقد الكفالة معلق على شرط واقف:

تعتبر الكفالة في التشريع العراقي عقد معلق على شرط واقف، وهو عدم وفاء المدين بالدين. والشرط الواقف هو الذي يترتب على تحققه وجود الالتزام. فالالتزام قبل تحقق الشرط غير موجود. فإذا تحقق الشرط، وجد الالتزام. وإن تخلف الشرط انعدم الالتزام. وبذلك يظل وجود الالتزام في الكفالة موقوفاً على تحقق هذا الشرط، إن كتب له التحقق^(٤). ويفترض في كفالة أنها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين عما ترتب في ذمته من دين للدائن إلا إذا كان الكفيل قد نزل عن هذا الشرط أو كان قد تضامن مع المدين، والمقصود بعدم الوفاء هو العجز عن السداد الناتج عن إعسار المدين أو إفلاسه، أما مجرد مطل المدين الموسر فلا يتحقق به الشرط، إذ يمكن إجباره على الوفاء^(٥).

والاصل في الكفالة انها لا تكون تضامنية، بمعنى ان الكفيل لا يكون ملزماً بمبلغ الدين الذي كفله الا إذا لم يف به المدين نفسه، لذلك وجب على الدائن الرجوع أولاً على المدين فان عجز الاخير عن الوفاء جاز للدائن الرجوع على الكفيل. غير أنه يجوز باتفاق الطرفين أو بموجب نص قانوني جعل الكفالة تضامنية بين الكفيل والمدين وفي هذه الحالة يكون الكفيل ملتزماً بالوفاء مباشرة، ولا يملك أن يدفع بعدم جواز مطالبته قبل مطالبة المدين، أو أن يتمسك بدفع التجريد، أو أن يطلب توزيع المطالبة بينه وبين غيره من

(١) انظر المادة (٣٦٥) من القانون المدني العراقي.

(٢) انظر الفقرة (٢) من المادة (٣٤٨) من القانون المدني العراقي.

(٣) انظر المادة (١٠٤٠) من القانون المدني العراقي.

(٤) د. عبدالفتاح عبدالباقي، أحكام الالتزام (مطبعة نهضة مصر، القاهرة| بدون سنة طبع) ص ٢٣٧.

(٥) انظر المادة (١٠٢١) من القانون المدني العراقي.

الكفلاء^(١). وقد كرس المشرع العراقي هذا الحكم صراحةً في المادة (١٠٣١) من القانون المدني^(٢)، كما استقر قضاء محكمة التمييز العراقية على هذا الاتجاه، إذ قضت في أحد قراراتها بأن "الكفيل بموجب الكفالة التضامنية كأصيل بمبلغ الدين والدائن مخير في مطالبة أي منهما"^(٣).

المطلب الثاني

المقصود بالجمع بين الرهن التأميني والكفالة في ضمان الدين الواحد

سنعالج في هذا المطلب المقصود بالجمع بين الرهن التأميني والكفالة في ضمان الدين الواحد من خلال فرعين. نخصص الفرع الأول لتعريف الجمع، وسنوضح في الفرع الثاني الأساس القانوني للجمع بين الرهن التأميني والكفالة في ضمان الدين الواحد.

الفرع الأول

تعريف الجمع بين الرهن التأميني والكفالة في ضمان الدين الواحد

يقصد بالجمع بين الرهن التأميني والكفالة في ضمان الدين الواحد وجود تأمين عيني لضمان الدين، خصصه القانون أو الاتفاق، ثم تعاصر معه أو جاء بعده كفيل غير متضامن، بحيث تُكمل الكفالة نطاق الضمان وتغطي ما لم يوف من الدين بواسطة التأمين العيني^(٤). ويرتكز هذا النظام على مبدأ تعدد مصادر الوفاء مع وحدة الدين، إذ يحتفظ الالتزام الأصلي بوحده رغم تنوع الوسائل المتاحة للدائن لاستيفائه. ويختلف الضمان

(١) يوسف عودة المنصوري، التضامن المصرفي في الأوراق التجارية (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت | ٢٠١٢) ص ٢٧.

(٢) نصت المادة (١٠٣١) من القانون المدني العراقي على أنه "إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين، فالدائن مخير في المطالبة ان شاء طالب المدين وان شاء طالب الكفيل، ومطالبته احدهما لا تسقط حق مطالبته الآخر فبعد مطالبته احدهما، له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما معاً".

(٣) قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٧٩٧/ كفالة تضامنية/ ٢٠٠٨، تاريخ القرار ٢٠٠٨/٩/١٦. مجلس القضاء الأعلى قرارات محكمة التمييز الاتحادية، منشور على الموقع: <https://www.sjc.iq/qview.945> تاريخ الزيارة (٢٢/١٢/٢٠٢٥).

(٤) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية و الشخصية، مرجع سابق، ص ٣٧٣.

العيني عن الكفالة في طبيعته القانونية، فالأول يرتبط بمال محدد ويمنح الدائن حقي الأولوية والتتبع، بحيث يستطيع استيفاء دينه من ثمن المال المرهون قبل الدائنين العاديين وتتبعه في أي يد انتقل إليها، بينما تبقى الكفالة التزاماً شخصياً تابعاً يفتقر إلى هذين الحقين ويأتي في المرتبة الثانية. هذا التنظيم المتدرج يحقق التوازن بين تعزيز حماية الدائن وحفظ حقوق الكفيل الذي اعتمد على وجود الضمان العيني عند قبوله الكفالة، ويعكس حكمة المشرع في ترتيب أولويات التنفيذ بما يضمن العدالة بين جميع الأطراف^(١).

ويعد اجتماع الرهن التأميني مع الكفالة المثال الأبرز لتعدد الضمانات في الدين الواحد، حيث يجمع الدائن بين ضمان عيني يمنحه حقي الأولوية والتتبع على مال مخصص للوفاء، وضمان شخصي يتجسد في التزام الكفيل بالوفاء عند عجز المدين أو عدم كفاية الضمان العيني. يحافظ هذا التعدد على وحدة الدين دون انقسام أو تعدد، فيبقى الالتزام الأصلي واحداً بينما تتعدد الوسائل القانونية المتاحة لاستيفائه، مما يعزز مركز الدائن ويزيد من ضمانات تحصيل حقه. ومن هذا المنظور، يمكن تعريف الجمع بين الرهن التأميني والكفالة في ضمان الدين الواحد هو اجتماع ضمانين من طبيعتين مختلفتين، أحدهما عيني يتمثل في تخصيص مال معين للوفاء، والآخر شخصي يقوم على التزام الكفيل بالوفاء عند عجز المدين، بحيث تتعدد الأدوات القانونية المقررة للدائن لاستيفاء دينه مع بقاء الالتزام الأصلي موحداً في ذاته ومقداره.

الفرع الثاني

الأساس القانوني للجمع بين الرهن التأميني والكفالة

في ضمان الدين الواحد

يستند الجمع بين الرهن التأميني والكفالة في ضمان الدين الواحد في القانون المدني العراقي إلى أساسين جوهريين، وهما:

أولاً- مبدأ حرية التعاقد:

يعد مبدأ حرية التعاقد من الدعائم الجوهرية التي تكسب اجتماع الرهن التأميني والكفالة في ضمان الدين الواحد مشروعيته القانونية في إطار القانون المدني العراقي. وقد كرست الفقرة (١) من المادة (١٤٦) هذا المبدأ بنصها على أنه "إذا نفذ العقد كان لازماً ولا

(١) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص ٩٩.

يجوز لأحد العاقدین الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي". ويفهم من هذا النص أن الإرادة المتعاقدة هي الأساس في إنشاء الالتزامات وتحديد نطاقها، ما دامت لا تخالف النظام العام والآداب^(١). وعليه، فإن اتفاق الأطراف على تعزيز مركز الدائن من خلال الجمع بين ضمان عيني (الرهن التأميني) و ضمان شخصي (الكفالة) يعد تعبيراً مشروعاً عن سلطان الإرادة، ولا يحتاج إلى نص خاص يجيزه، طالما لم يرد ما يمنعه. كما أن مبدأ لزوم العقد بعد انعقاده صحيحاً يحول دون رجوع أي من الأطراف عن الضمان أو تعديل آثاره بإرادة منفردة، مما يعزز استقرار المعاملات ويثبت حق الدائن في التمسك بالضمانين معاً وفق ما اتفق عليه الأطراف. وبهذا يشكل مبدأ حرية التعاقد الإطار القانوني الذي يبرر اجتماع هذين الضمانين ويجعله منسجماً مع أحكام القانون والفقه والقضاء.

ثانياً- النص التشريعي الصريح:

يمثل النص التشريعي الوارد في المادة (١٠٢٣) من القانون المدني العراقي السند القانوني المباشر والصريح لمشروعية الجمع بين الرهن التأميني والكفالة كضمانين متغايرين لدين واحد. إذ تنص المادة المذكورة على أنه " اذا اقدمت الكفالة تكميلاً لتأمين عيني، ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين، فان هذه الكفالة لا تلزم الكفيل الا اذا كان التأمين العيني لم يوف بالدين وبقدر ما يتبقى من هذا الدين". وتمثل هذه المادة الإقرار التشريعي الصريح والمباشر لمشروعية الجمع بين الرهن التأميني والكفالة لضمان دين واحد. فقد جاء نصها واضحاً في الاعتراف بإمكان اجتماع التأمين العيني المتمثل في الرهن التأميني مع التأمين الشخصي المتمثل في الكفالة، بوصفهما ضمانين مختلفين في طبيعتهما وآثارهما القانونية، مع بقائهما معاً موجّهين لخدمة الالتزام الأصلي ذاته. وهذا الاعتراف التشريعي يؤكد أن المشرع العراقي قد أجاز بصورة لا لبس فيها تعدد الضمانات وتكاملها، بما يعزز الثقة الائتمانية ويوسع من نطاق وسائل الوفاء بالدين.

(١) د. عبدالحی حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ج ١، مصادر الالتزام، مج ٢، دراسة وظائف عناصر العقد و الإرادة المنفردة (مطبوعات جامعة الكويت) ١٩٨٢ ص ٦٨٨.

المبحث الثاني

الآثار القانونية للجمع بين الرهن التأميني والكفالة

يعتبر الجمع بين الضمان العيني والضمان الشخصي أحد أبرز الآليات القانونية التي تمكن الدائن من تعزيز ضمان استيفاء دينه. فهذا الجمع يثير عدداً من الإشكالات القانونية المتعلقة بترتيب هذه الضمانات عند التنفيذ، وكذلك بتأثير انقضاء أحدهما على الآخر. ولغرض تحديد مفهوم دقيق للآثار القانونية المترتبة على الجمع بين الرهن التأميني والكفالة، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين: نتناول في المطلب الأول الترتيب بين الضمانات عند التنفيذ، ونخصص المطلب الثاني لبحث أثر انقضاء الرهن التأميني على الكفالة.

المطلب الأول

الترتيب بين الضمانات عند التنفيذ

الأصل أن يكون الراهن هو المدين، لأنه هو من يقدم الرهن التأميني ضماناً للمديونية المترتبة في ذمته لصالح الدائن المرتهن. غير أنه لا يوجد ما يمنع من أن يصدر الرهن التأميني من غير المدين، فيتقدم شخص آخر بعقاره لضمان دين المدين. ويترتب للدائن المرتهن بموجب الرهن التأميني حق عيني تبعي على العقار المرهون، يضاف إلى ما يتمتع به أصلاً بوصفه دائناً عادياً من حق الضمان العام على أموال المدين. فيكون للمرتهن ضمانان، الأول الضمان العام المتمثل في الذمة المالية للمدين على نحو يشاركه فيه سائر الدائنين، والثاني الضمان الخاص المتمثل في حق الرهن التأميني الذي يخوله ميزة التقدم على الدائنين العاديين، وعلى الدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية اللاحقة في المرتبة^(١).

فعند حلول أجل الدين وعدم وفاء المدين به، يحق للدائن المرتهن استعمال أي من وسائل الضمان المتاحة لاستيفاء حقه. وللمرتهن الخيار في أن يبدأ التنفيذ على العقار المرهون أو على غيره من أموال المدين، سواء كان المرهون كافياً لتغطية الدين أم لا. غير أن المشرع العراقي قيد هذا الخيار، إذ منع الدائن من تنفيذ حقه على أموال المدين إلا إذا كان المرهون لا يفي بكامل الدين. فقد نصت المادة (١٢٩٩) من القانون المدني العراقي على أنه "للمرتهن أن يستوفي في حقه في العقار المرهون رهناً تأمينياً وفقاً للإجراءات

(١) د. غني حسون طه، محمد طه البشير، مرجع سابق، ص ٤٢٦.

المقررة لذلك واذا لم يف العقار بحقه، فله ان يستوفي ما بقي له كدائن عادي من سائر اموال المدين". فيمتنع على الدائن المرتهن ان ينفذ على أموال المدين غير المرهونة الا اذا كان المرهون لا يفي بالدين، وفي هذه الحالة له ان يستوفي ما بقي له كدائن عادي من سائر اموال المدين دون ان يكون له في ذلك اي حق في التقدم على سائر الدائنين^(١). فإن استيفاء الدائن لحقه يتم عبر إجراءات قانونية محددة تنتهي في النهاية إلى بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلني^(٢)، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف هذه القواعد، لكونه مخالفاً للنظام العام^(٣).

وكان يقتضي أن يكون الدائن المرتهن بالخيار بين التنفيذ على أموال المدين الأخرى كدائن عادي وبين التنفيذ على العقار المرهون، فالمشرع بالقيد السالف أضر الدائن المرتهن من حيث أراد حمايته، بل وجعله في مركز أقل من الدائن العادي الذي له الحق في الحجز على جميع أموال المدين، فلو طلب الدائن المرتهن الحجز على العقار المرهون وبيعه وفي نفس الوقت طلب الدائنون العاديون الحجز على بقية أموال المدين وبيعها لاستيفاء ديونهم، وتم توزيع حصيلة البيع عليهم فيما تأخرت إجراءات بيع العقار المرهون والتي لم تف بالنهاية بكل الدين، فيستوفي الدائنون العاديون حقوقهم كاملة فيما لم يستوف الدائن المرتهن حقه كاملاً، وتقرير وجوب التنفيذ على العقار المرهون أولاً، حرم الدائن المرتهن من مشاركة الدائنين العاديين في إجراءات التنفيذ بما تبقى من دينه^(٤).

وعليه يستحسن للمشرع العراقي تعديل النص القانوني ليمنح الدائن المرتهن الحق في اختيار وسيلة التنفيذ المناسبة، سواء على العقار المرهون أو على أموال المدين

(١) د. غني حسون طه، محمد طه البشير، مرجع سابق، ص ٤٢٧.

(٢) خول المشرع العراقي دوائر التسجيل العقاري صلاحية بيع العقارات المرهونة، استناداً إلى أحكام المادة (١٦١) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، التي نصت على أن "تقوم دائرة التسجيل العقاري المختصة ببيع العقارات الموثقة برهن أو ما هو بحكمة أو حق امتياز بناء على طلب تحريري من الدائن المرتهن بتحصيل دينه وملحقاته إذا كان مستحق الأداء". انظر في ذلك: مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، ج ٢، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ٢٠٦.

(٣) انظر المادة (١٣٠١) من القانون المدني العراقي.

(٤) د. درع حماد عبد، مرجع سابق، ص ١٠٥.

الأخرى، بما يضمن حماية حقه دون المساس بحقوق الدائنين العاديين، ويحقق التوازن بين حماية الدائن وحقوق الكفلاء والمدينين، بما يتوافق مع المبادئ العامة للعدالة والمساواة في الحقوق والالتزامات المدنية.

وفيما يتعلق بطبيعة الكفالة من حيث إنها عقد معلق على شرط واقف، فقد نصت الفقرة (١) من المادة (١٠٢١) من القانون المدني العراقي على أنه "يفرض في الكفالة أنها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين ما لم يكن الكفيل قد نزل عن هذا الشرط او كان قد تضامن مع المدين". ويستفاد من هذا النص أن الكفالة لا تنتج آثارها إلا عند تخلف المدين الأصلي عن الوفاء بالدين، إذ يعد عدم الوفاء شرطاً واقفاً تنشأ مسؤولية الكفيل بتحقيقه. فالكفيل لا يسأل ابتداءً، وإنما يعد ضامناً احتياطياً لا يرجع إليه إلا بعد فشل الضمان الأصلي. ومع ذلك، يجيز النص الخروج على هذا الأصل في حالتين استثنائيتين هما نزول الكفيل صراحةً عن شرط عدم الوفاء، أو اتفاق الأطراف على جعل الكفالة في حكم التضامن.

وفيما يخص وجوب رجوع الدائن على المدين والتنفيذ على أمواله أولاً قبل التنفيذ على أموال الكفيل، فقد نصت الفقرة (٢) من المادة (١٠٢١) من القانون المدني العراقي على أنه "فإذا طُلب الكفيل أولاً جاز له عند الاجراءات الاولى التي توجه ضده، ان يطالب الدائن باستيفاء دينه من اموال المدين واتخاذ الاجراءات ضده اذا ظهر ان امواله القابلة للحجز تكفي لوفاء الدين بأكمله، وتقدر المحكمة ما اذا كان هناك محل لوقف الاجراءات مؤقتاً ضد الكفيل حتى يتم الاستيفاء". وهو ما أكدت عليه محكمة التمييز العراقية في أحد قراراتها، إذ جاء فيه "على الكفيل، اذا ما طُلب بمبلغ الكفالة ورغب في إيقاف الاجراءات، ان يثبت ان للمدين اموالا قابلة للحجز تكفي لسداد الدين"^(١).

ويكرس هذا التنظيم التشريعي مبدأ عدم رجوع الدائن على الكفيل قبل استنفاد الضمان العام للمدين، وهو من أهم مظاهر الطبيعة التبعية للكفالة. فإذا بادر الدائن إلى

(١) قرار محكمة التمييز العراقية رقم ١٨٢/ م ١٩٧٥/٣، تاريخ ١٩/٨/١٩٧٥، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث، السنة السادسة، ص ٥٣.

مطالبة الكفيل أولاً، جاز لهذا الأخير أن يتمسك بما يعرف بالدفع بالتجريد^(١). ويترتب على هذا الدفع وقف الإجراءات مؤقتاً ضد الكفيل ريثما يستوفي الدائن حقه من أموال المدين، وذلك تقديراً من المحكمة لجدوى هذا الإجراء. ويهدف هذا التنظيم إلى تحقيق توازن دقيق بين مصلحة الدائن في سرعة استيفاء حقه ومصلحة الكفيل في عدم تحمل عبء الوفاء ما دامت أموال المدين كافية، وبذلك يعزز المشرع الطبيعة الاحتياطية للكفالة ويمنع تحولها إلى ضمان أصلي إلا باتفاق صريح.

وفيما يتعلق بترتيب التنفيذ بين الرهن التأميني والكفالة، وحق الدائن في التنفيذ على العقار المرهون أو الرجوع على الكفيل، فقد نصت المادة (١٠٢٣) من القانون المدني العراقي على أنه "إذا اقدمت الكفالة تكميلاً لتأمين عيني، ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين، فإن هذه الكفالة لا تلزم الكفيل إلا إذا كان التأمين العيني لم يوف بالدين وبقدر ما يتبقى من هذا الدين". والمفروض أن هناك تأميناً عينياً على مال للمدين يضمن نفس الدين، فيجوز للكفيل غير المتضامن مع المدين أن يطلب التنفيذ على هذا التأمين العيني قبل التنفيذ على أمواله هو، وذلك إذا كان قد اعتمد على هذا التأمين العيني بأن كفل المدين والتأمين العيني موجود، أي كفله بعد هذا التأمين أو معه. والمقصود بالتأمين مال للمدين، عقار أو منقول، يكون مرهوناً رهناً تأمينياً أو رهناً حيازياً في الدين. وقد راعى المشرع في هذا التنظيم أن دخول الكفيل تم في ظل وجود تأمين عيني قائم، وأن التزامه بُني على افتراض الاعتماد على هذا التأمين في الوفاء بالدين، ولذلك ألزم الدائن بالبدء بالتنفيذ على المال المثلل بالتأمين العيني قبل الرجوع على الكفيل فيما لم يستوف من الدين^(٢).

وظاهر أن هذه هي صورة خاصة للدفع بالتجريد. فالكفيل هنا يطلب من الدائن أن ينفذ على التأمين العيني المخصص لضمان الدين قبل التنفيذ على أمواله هو أي أن يطلب تجريد التأمين العيني الذي قدمه المدين أولاً. على أن الكفيل كان له أن يطلب

(١) يقصد بالدفع بالتجريد قانوناً "حق الكفيل عند توافر شروط معينة في التمسك بأن لا ينفذ الدائن على أمواله قبل أن ينفذ على أموال المدين الذي كفله". انظر: د. منصور مصطفى منصور، عقد الكفالة (المطبعة العالمية، القاهرة | ١٩٦٠) ص ٨٢.

(٢) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص ٩٩.

تجريد المدين من أمواله، ولكن هذا التجريد في صورته العامة يشترط فيه أن يدل الكفيل على مال للمدين يكفي للوفاء بالدين كله. أما هنا حيث قدم المدين تأميناً عينياً، فلا يشترط في هذه الصورة الخاصة من التجريد أن يكون التأمين العيني كافياً للوفاء بالدين كله كما هو الحال في الصورة العامة للدفع بالتجريد^(١). فحتى لو لم يكن هذا التأمين كافياً، فإنه يجوز للكفيل أن يطلب من الدائن تجريد هذا التأمين العيني واستيفاء جزء من حقه، وما بقي من الدين يستوفيه الدائن من الكفيل، ولكن يبدو أن للكفيل في هذه الحالة أن يدفع بالتجريد في صورته العامة، فيطلب من الدائن عندما يرجع هذا على الكفيل بما يبقى من الدين أن ينفذ على بقية أموال المدين غير المال الذي قدمه المدين تأميناً عينياً ويشترط لذلك أن يدل الكفيل على أموال أخرى للمدين تكون كافية للوفاء بكل الباقي من الدين، وإلا نفذ الدائن بالباقي من الدين على أموال الكفيل^(٢).

ويتضح مما تقدم أن اجتماع الرهن التأميني مع الكفالة يفرض ترتيباً محدداً في التنفيذ، إذ يعطى الأولوية للضمان العيني على العقار أو المنقول المرهون قبل الرجوع على الكفيل غير المتضامن. ويمثل هذا الترتيب آلية قانونية توازن بين حق الدائن في استيفاء الدين وبين حماية الكفيل، كما يسمح بتطبيق مبدأ التجريد على الضمان العيني قبل المساس بالضمان الشخصي، بما يضمن استيفاء الدين بكفاءة ويحافظ على التوازن بين الضمانات المختلفة.

المطلب الثاني

أثر انقضاء الرهن التأميني على الكفالة

ينقضي الرهن التأميني بطرق متعددة. غير أن دراسة جميع صور الانقضاء لا يحقق الغاية المرتبطة بموضوع هذا البحث، الذي ينصرف إلى بيان أثر انقضاء الرهن التأميني على الكفالة الشخصية. ولأجل ذلك، سنركز على أهم الحالات العملية التي ينقضي فيها الرهن التأميني، ونحلل ما تخلفه كل حالة من آثار على التزام الكفيل. وبناءً عليه،

(١) د. راقية عبد الجبار علي وحسين اكريم جازع، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة الشخصية (مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد | ٢٠٢٣) ص ٥٦٨.

<https://jols.uobaghdad.edu.iq/index.php/jols/article/download/657/542/1109>

تاريخ الزيارة (٢٠٢٥/١٢/٢٤).

(٢) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص ١٠١.

نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، نخصص الفرع الأول لبحث أثر انقضاء الرهن التأميني ببيع العقار المرهون على الكفالة، بينما نكرس الفرع الثاني لبحث أثر انقضاء الرهن التأميني بالتحرير (التطهير) على الكفالة، ونفرد الفرع الثالث لدراسة أثر انقضاء الرهن التأميني نتيجة ضياعه بخطأ الدائن على الكفالة.

الفرع الأول

أثر انقضاء الرهن التأميني ببيع العقار المرهون على الكفالة

إذا لم يقر المدين بوفاء الدين في ميعاد استحقاقه جاز للدائن المرتهن أن يطلب بيع العقار المرهون بالمزايدة العلنية واستيفاء دينه من ثمن البيع بالتقدم على الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة، ولا تختلف إجراءات بيع العقار المرهون سواء كان العقار المرهون لدى الحائز أو باق في ملكية المدين الراهن^(١).

وينقضي الرهن التأميني ببيع العقار في المزاد العلني نتيجة التنفيذ عليه وسواء في ذلك حصل التنفيذ بناء على طلب المرتهن أم بناء على طلب غيره من الدائنين وسواء حصل التنفيذ في مواجهة الراهن أم في مواجهة الحائز وسواء رسا المزاد على الحائز أو على الغير. ولا يترتب على بيع العقار بالمزاد، تحرير العقار من الرهن التأمينية فحسب بل يتحرر العقار أيضاً من كل الحقوق المسجلة عليه وهي الرهن الحيازية وحقوق الامتياز الخاصة العقارية^(٢). وعلى ذلك نصت الفقرة (٢) من المادة (١٣١٦) من القانون المدني العراقي على أنه " وإذا بيع العقار المرهون بالمزايدة العلنية سواء كان ذلك في مواجهة الراهن أو الحائز، فإن الحقوق المسجلة على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رست به المزايدة في صندوق المحكمة، وما عاد من المبالغ الى الدائنين الذين لم يرجعوا، يوضع باسم اصحابه في احدى المؤسسات المالية المعروفة".

وطلب بيع العقار بالمزايدة العلنية قد يكون في مواجهة الراهن إذا لم يتصرف بالعقار المرهون خلال مدة الرهن التأميني سواء كان هذا الراهن هو المدين نفسه أو الكفيل العيني. وينقضي الرهن التأميني عند بيع العقار بالمزايدة العلنية حتى لو لم يصب الدائن المرتهن كل حقه، فيصبح الدائن المرتهن دائناً عادياً فيما تبقى له من دين نتيجة عدم

(١) د. درع حماد عبد، مرجع سابق، ص ١٣٣.

(٢) د. غني حسون طه، محمد طه البشير، مرجع سابق، ص ٤٧٧.

كفاية حصيلة البيع بوفاء كل الدين. وقد يكون البيع بالمزايدة العلنية في مواجهة الحائز، وذلك إذا انتقلت ملكية العقار المرهون من الراهن إليه، ذلك ان العقار المرهون ينتقل إلى الحائز وهو مثقل بعبء الرهن التأميني، فإذا لم يختَر الحائز قضاء الدين أو تحرير العقار المرهون، فإن بيع العقار يكون في مواجهته. ويكون البيع في مواجهة الحائز أيضاً، إذا عرض على الدائنين المرتهنين تحرير العقار المرهون، فرفض هؤلاء الدائنون عرض التحرير، فإنهم يطلبوا بيع العقار ويكون البيع في مواجهته^(١).

وينتج عن انقضاء الرهن التأميني ببيع العقار المرهون أثر بالغ على التزام الكفيل، إذ يؤدي البيع بالمزاد العلني إلى زوال الضمان العقاري من جهة الدائن، ويصبح الدين المتبقي واجب الوفاء على المدين أو الكفيل وفق ترتيبات الكفالة. فإذا كان ثمن البيع كافياً لتسوية الدين بالكامل، ينتهي التزام الكفيل تلقائياً، بما أن الوفاء الكامل بالدين أزاح عنه أي مسؤولية إضافية. أما إذا لم يكف الثمن لتغطية كامل الدين، فإن الكفيل يظل ملتزماً بسداد الفرق، إذ يتحول الضمان من عيني إلى شخصي، ويصبح العبء المالي المباشر على الكفيل، ما يعكس الأثر العملي لانقضاء الرهن التأميني على مسؤولياته. ومن ثم، يظهر جلياً أن كفاية أو عدم كفاية ثمن البيع هي المحدد الرئيس لمركز الكفيل بعد انقضاء الرهن التأميني، الأمر الذي يقتضي مراعاة مصالحه القانونية وضمان اطلاعه وإشراكه في إجراءات البيع، لضمان عدم تحميله التزامات مالية لم يقصدها عند تعهده بالكفالة.

الفرع الثاني

أثر انقضاء الرهن التأميني بالتحرير (التطهير) على الكفالة

التحرير إجراء بمقتضاه يعرض الحائز على الدائنين المسجلة حقوقهم قبل تسجيل سند ملكيته قيمة العقار. فإذا قبلوا هذا العرض دفع لهم الحائز هذه القيمة حسب ترتيب استحقاقهم. وترتب على ذلك تخلص العقار من جميع الرهون حتى التي لم يصب أصحابها شيئاً من قيمة العقار. وإذا لم يقبل الدائنون كلهم أو بعضهم هذا العرض طمعاً في الحصول على ثمن أزيد وجب عليهم ان يطلبوا بيع العقار في الحال ولو كانت ديونهم غير حالة وترتب على ذلك أيضاً تحرير العقار. فعلى أي حال يترتب على اتباع إجراءات التحرير

(١) د. درع حماد عبد، مرجع سابق، ص ١٩٢.

تطهير العقار مما يثقله من رهون^(١). وفي هذا السياق، نصت الفقرة (١) من المادة (١٣١٢) من القانون المدني العراقي على أنه " إذا تمت اجراءات التحرير سواء باستقرار ملكية الحائز او برسو المزايدة على غيره، فان الحقوق المسجلة على العقار تنقضي نهائياً حتى لو فسخت ملكية الحائز لاي سبب من الاسباب". ويتضح من هذا النص أن استقرار ملكية الحائز أو رس المزايدة على غيره يؤدي إلى انقضاء جميع الحقوق العينية المقيدة على العقار نهائياً، بما في ذلك الرهن التأميني، حتى لو زالت ملكية الحائز لاحقاً لأي سبب. ويكشف هذا النص عن إرادة المشرع في جعل التحرير طريقاً نهائياً لتطهير العقار من القيود، بما يترتب عليه انتقال حق الدائن من ضمان عيني قائم على العقار إلى ضمان شخصي في مواجهة المدين أو الكفيل. وبما أن زوال الرهن التأميني يؤدي إلى إفقاد الدائن ضمانه العيني، فإن أي نقص في المبلغ المعروض من الحائز لتحرير العقار يترتب عليه بالضرورة انتقال العبء إلى الكفيل، الذي يصبح مسؤولاً عن سداد ما تبقى من الدين بعد انقضاء الرهن التأميني، الأمر الذي يجعله أكثر الأطراف تأثراً بنتيجة التحرير.

ومن هذا المنطلق، منح المادة (١٣٠٩) كل دائن مرتهن وكل كفيل للحق الموثق الحق في الاعتراض على إجراءات التحرير خلال الثلاثين يوماً التالية لتبليغ الإعلان ورفض عرض الحائز لقيمة العقار، وذلك بطلب بيع العقار بالمزايدة بدلاً من قبوله بالسعر الذي عرضه الحائز. بيد أن الرفض البسيط لا يكفي، بل يجب أن يتخذ صورة طلب بيع العقار^(٢). ويمثل هذا الحق ضماناً أساسية لحماية المراكز القانونية لكل من الدائن والكفيل، إذ يتيح للدائن منع التفريط في الضمان العيني بقيمة أقل من الدين، كما يتيح للكفيل منع تحميله عبئاً مالياً لم يوافق عليه، خاصة إذا كان العرض غير كاف لتسوية الدين كاملاً. ويكشف هذا التنظيم عن إدراك المشرع أن الكفيل معني بمصير الرهن التأميني بنفس قدر الدائن،

(١) د. غني حنون طه، محمد طه البشير، مرجع سابق، ص ٤٥٦.

(٢) نصت المادة (١٣٠٩) من القانون المدني العراقي على أنه "في مدى ثلاثين يوماً من تبليغ آخر اعلان، يجوز لكل دائن مرتهن ولكل كفيل للحق الموثق ان يطلب بيع العقار المطلوب تحريره، ويكون الطلب بإعلان يوجه الى الحائز والى المالك السابق ويجب ان يودع الطالب في صندوق المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع بالمزايدة، ولا يجوز ان يسترد ما استغرق من هذا المبلغ في المصروفات اذا لم ترس المزايدة على احد".

لأن قبول عرض منخفض من الحائز يؤدي إلى انقضاء الرهن التأميني من دون استيفاء الدين، مما يعرض الكفيل للرجوع عليه بالفارق. ومن ثم فإن إشراكه في إجراءات التحرير والسماح له بطلب البيع يُعد آلية تشريعية لحماية مركزه وضمان عدم تحميله مسؤولية تتجاوز ما قصد التزامه به.

ويلاحظ أن الفقرة (٢) من المادة (١٣٠٨) من القانون المدني العراقي قصرت إلزام الحائز بالإخطار على الدائنين المسجلة حقوقهم^(١)، ولم تشر إلى الكفيل الذي خولته المادة (١٣٠٩) حق الاعتراض خلال مدة معينة. وهذا السكوت التشريعي يؤدي إلى تعارض بين النصين ويعد نقصاً في الصياغة لأن ممارسة الكفيل لحقه يفترض علمه بإجراءات التحرير، وهو ما لا يتحقق ما لم يلزم الحائز بإخطاره. ومن ثم تبدو الحاجة قائمة لتدخل تشريعي ينسق بين المادتين ويضيف الكفيل صراحة إلى الجهات التي يجب تبليغها.

ويتضح أن الكفيل يعد من الأطراف المعنيين بمصير العقار المرهون بنفس درجة الدائن، إذ يؤثر انقضاء الرهن التأميني على التزامه المالي تجاه الدين المضمون. ويكمن موقف الكفيل في ضرورة متابعة إجراءات التطهير بعناية، إذ يحق له أن يخطر بالإجراءات وأن يشارك في الاعتراض على عرض الحائز خلال المدة القانونية المقررة. ويعد حق الكفيل في الإخطار شرطاً أساسياً لممارسة حقه في الاعتراض، إذ يؤدي غياب الإخطار إلى فقدانه القدرة على حماية مصالحه. أما في حال نجاح إجراءات التطهير واستقرار ملكية العقار، فإن الرهن التأميني ينقضي، لكن التزام الكفيل لا ينتهي تلقائياً، ويظل مسؤولاً عن الدين المتبقي بعد انقضاء الرهن التأميني، ما لم يسدد الدين بالكامل من قيمة العقار المحرر أو من وسيلة أخرى.

(١) نصت الفقرة (٢) من المادة (١٣٠٨) من القانون المدني العراقي على أنه "وعليه اذا اراد التحرير ان يوجه للدائنين المسجلة حقوقهم في محال اقامتهم المختارة، اعلانات تشمل على البيانات الآتية...".

الفرع الثالث

أثر انقضاء الرهن التأميني نتيجة ضياعه بخطأ الدائن على الكفالة

يمثل ضياع الرهن التأميني أو انتقاص قيمته بخطأ الدائن صورة خاصة من صور انقضاء الضمان العيني، تختلف عن التطهير أو البيع الجبري من حيث إن مصدر الانقضاء هنا ليس إجراء قانونياً أو سبباً موضوعياً، بل هو إخلال من الدائن بالتزام قانوني يقع على عاتقه. فقد نصت المادة الفقرة (١) من المادة (١٠٢٧) من القانون المدني العراقي على أنه "على الدائن أن يحافظ على ما للدين من ضمانات، مراعيًا في ذلك مصلحة الكفيل وتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطاه من هذه الضمانات". وقد بينت الفقرة (٢) من المادة ذاتها أن المقصود بالضمان هو "كل تأمين خصص لضمان الدين حتى لو تقرّر بعد الكفالة، وكل تأمين مقرر بحكم القانون". ومفاد هذا النص أن الدائن ملتزم بالمحافظة على الضمانات المقررة للدين، وبوجوب مراعاة مصلحة الكفيل، وقد رتب القانون على إخلاله بهذا الالتزام براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه أو أنقصه الدائن بخطئه من هذه الضمانات. ويتحقق ذلك في العديد من الصور، كتنازل الدائن عن رهن مقرر لمصلحته^(١)، أو إهماله اتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على الرهن التأميني، أو بيعه المال المرهون بثمن بخس، أو تأخره في استيفاء حقه على نحو يحرمه من ميزة التقدم على دائنين كان يمكنه التقدم عليهم. ويكون الدائن مسؤولاً إذا هو جعل المدين يضاعف من أثر الرهن التأميني المترتب على عقار مملوك له، فتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضعف من أثر هذا الرهن التأميني. كذلك يكون الدائن مسؤولاً إذا هو أنقص من قيمة العقار، بأن استأجره لمدة طويلة. والأساس الذي تقوم عليه براءة ذمة الكفيل هو أن من حق الكفيل أن يحل محل الدائن في هذه الضمانات، فإذا أضاع الدائن هذه الضمانات بخطئه التي اعتمد عليها الكفيل في كفالته للدين، كان من حق الكفيل أن تبرأ ذمته بقدر ما أضيع من

(١) يعد التنازل عن حق الرهن التأميني إحدى الحالات التي ينقضي بها الرهن التأميني بصفة أصلية. وقد نصت المادة (١٣١٨) من القانون المدني العراقي على أنه "يصح تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن التأميني دون الدين".

الضمان^(١)، عملاً بالفقرة (٢) من المادة (١٠٣٣) من القانون المدني العراقي، والتي تقر حق الكفيل في الحلول محل الدائن بعد وفاء الدين.

وحتى تبرأ ذمة الكفيل نتيجة لإضاعة التأمينات، يجب أن تتوفر عدة شروط. أولها، أن يكون التأمين الذي أضاعه الدائن تأميناً خاصاً، ويقصد بالتأمينات هنا كل التأمينات الشخصية والعينية سواء كان مصدرها الاتفاق أم القضاء أم القانون، ويدخل في ذلك الرهن التأميني أو الحيازي أو الامتياز، ويستوي أن يكون التأمين الخاص مقدماً من المدين أو من غيره. والشرط الثاني أن يكون إضاعة التأمين الخاص نتيجة خطأ أو تقصير من جانب الدائن. أما إذا كان الخطأ صادراً من الكفيل نفسه أم من الغير أم من المدين، فلا تبرأ ذمة الكفيل قبل الدائن. والشرط الثالث أن يترتب على إضاعة التأمين الخاص بخطأ الدائن ضرر للكفيل، وذلك لأن براءة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمين خاص تعتبر نوعاً من أنواع التعويض المقرر لمصلحة الكفيل. فيجب، لكي يكون هناك تعويض، أن يكون هناك ضرر ناتج عن الخطأ الذي ترتب عليه إضاعة التأمين الخاص. وعلى ذلك، فإذا لم يكن هناك ضرر أصاب الكفيل جراء إضاعة التأمين، فإن الكفيل لا يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمته^(٢).

وهكذا يعتبر ضياع الرهن التأميني بخطأ الدائن صورة غير مباشرة لانقضاء الرهن التأميني، لأن فقدان الضمان أو إفراغه من محتواه الواقعي يفقد الكفالة وظيفتها الاقتصادية ويخل بالتوازن العقدي، الأمر الذي يستوجب حماية الكفيل عبر تخفيض التزامه أو سقوطه بحسب مقدار ما لحق بالضمان من ضرر. وهذا التنظيم يعكس حرص المشرع على منع الدائن من الإضرار بالكفيل أو تحميله نتائج تقصيره، ويؤكد الدور التكميلي للكفالة التي لا يجوز توسيع نطاقها على حساب إخلال الدائن بواجباته القانونية.

(١) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص ١٧٨.

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية و الشخصية، مرجع سابق، ص ٤٢٦.

الخاتمة:

في ختام دراستنا لموضوع البحث توصلنا إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً- النتائج:

١. أن الأساس القانوني للجمع بين الرهن التأميني والكفالة يقوم على ركيزتين أساسيتين "أولهما مبدأ حرية التعاقد الذي يمنح الأطراف الحق في تنظيم الضمانات وفق إرادتهم، وثانيهما النص التشريعي الصريح الذي أقر اجتماع الضمانين وحدد ترتيب استيفاء الدين. وبذلك يشكل هذا الأساس إطاراً قانونياً متيناً لتعزيز حماية حقوق الدائن وضمان فاعلية الضمانات دون المساس باستقلاليتها.
٢. لا يجوز للدائن المرتهن طلب التنفيذ على أموال المدين غير المرهونة، ويجب أن يبدأ التنفيذ أولاً على العقار المرهون وفق الإجراءات القانونية، ويستوفي حقه من حصيلة بيعه بالمزاد العلني، وإذا لم تكف لسداد الدين، له استيفاء الباقي من أموال المدين الأخرى بالتساوي مع الدائنين الآخرين، دون أي أفضلية.
٣. أن المشرع ألزم الدائن بالتنفيذ على أموال المدين أولاً قبل الرجوع على الكفيل، وهو ما يشكل ضماناً قانونية تمنع مطالبة الكفيل ابتداءً وتحتصر مسؤوليته في حال عدم كفاية أموال المدين فقط. وبهذا يضمن النص أولوية واضحة في التنفيذ تحفظ حقوق الأطراف وتحد من اللجوء إلى الكفيل إلا عند الضرورة.
٤. أن اجتماع الرهن التأميني مع الكفالة يفرض قاعدة تنظيمية واضحة لترتيب أولويات التنفيذ، بحيث يستنفد أولاً الضمان العيني المتمثل في المال المرهون قبل الرجوع على الكفيل الشخصي. ويعد هذا التنظيم وسيلة لضمان استيفاء الدين بكفاءة، مع حماية حقوق الكفيل وتحديد نطاق مسؤوليته، بما يحفظ التوازن بين الضمانات العينية والشخصية ويعكس منهج المشرع في ترتيب أولويات التنفيذ بشكل عادل ومنصف.
٥. أن انقضاء الرهن التأميني ببيع المال المرهون يؤثر بشكل مباشر على التزام الكفيل، إذ ينتهي التزامه تلقائياً إذا كان ثمن البيع كافياً لتسوية الدين، أما إذا لم يكف الثمن، فيظل الكفيل مسؤولاً عن الفرق، ما يحول الضمان من عيني إلى شخصي، ويحدد مركزه القانوني وعبء التزامه المالي بعد انقضاء الرهن التأميني، الأمر الذي يقتضي مراعاة مصالحه القانونية وضمان اطلاعه وإشراكه في إجراءات البيع لتجنب تحميله التزامات مالية لم يقصدها عند تعهده بالكفالة.

٦. إن المشرع جعل إجراء تحرير العقار طريقاً نهائياً لتطهيره من جميع الحقوق العينية، بما في ذلك الرهن التأميني، مما يؤدي عملياً إلى انتقال عبء الدين المتبقي من العقار إلى الذمة الشخصية للمدين أو الكفيل. ويكشف هذا عن مركز قانوني دقيق للكفيل يجعله أكثر الأطراف تعرضاً لآثار التحرير، الأمر الذي يبرر منحه الحق في الاعتراض وطلب البيع بالمزايدة، كوسيلة لحماية مركزه وتحقيق التوازن بين جميع أطراف الائتمان.
٧. أن هناك فراغاً تشريعياً يتعلق بإخطار الكفيل بإجراءات تحرير العقار، إذ لم يشمل الفقرة (٢) من المادة (١٣٠٨) إلزام الحائز بإخطار الكفيل رغم منحه حق الاعتراض في المادة (١٣٠٩) من القانون المدني العراقي. ومن ثم، تبرز الحاجة لتدخل تشريعي يوضح واجب التبليغ للكفيل صراحة، لضمان تمكينه من ممارسة حقه وحماية مركزه، بما يحقق التوازن بين جميع أطراف الائتمان.

ثانياً- التوصيات:

١. نصي بأن يعدل المشرع العراقي نص المادة (١٢٩٩) من القانون المدني لتكون على النحو التالي "للمرتهن أن يستوفي في حقه من العقار المرهون رهناً تأمينياً وفق الإجراءات المقررة لذلك، وإذا لم يوفَّ العقار بحقه، فله أن يستوفي ما بقي له كدائن عادي من سائر أموال المدين، مع منحه الحق في اختيار وسيلة التنفيذ المناسبة بين العقار المرهون وأموال المدين الأخرى، بما يضمن حماية حقه دون المساس بحقوق الدائنين العاديين." ويأتي هذا التعديل لمواجهة القصور في الصياغة الحالية، حيث تلزم النصوص الدائن المرتهن بالبدء بتنفيذ حقه على العقار المرهون قبل أموال المدين الأخرى، مما قد يضعه في مركز أقل من الدائن العادي ويحد من فعالية حماية حقه. ويضمن تمكين الدائن المرتهن من حماية حقه دون الإضرار بحقوق الكفلاء والمدينين.
٢. نصي بأن يعدل المشرع العراقي الفقرة (٢) من المادة (١٣٠٨) من القانون المدني لتكون على نحو الآتي (وعليه إذا اراد التحرير أن يوجه للدائنين المسجلة حقوقهم، وكافة الكفلاء الموثقين للحق المرهون، في محال إقامتهم المختارة...) "لأن الصياغة الحالية في تلزم الحائز بأن يوجه إعلان التحرير فقط إلى الدائنين المسجلة حقوقهم في محال إقامتهم المختارة. وهذا الوصف لا يشمل الكفيل بطبيعته، لأن الكفيل ليس دائناً ولا يسجل اسمه في السجل العقاري، ولم يعالج النص مسألة إخطار الكفيل إطلافاً.

Funding

The authors declare that they have no known competing financial interests or personal relationships that could have appeared to influence the work reported in this paper.

Conflicts of interest

The author declare that Is no conflict of Interest

References:

First: Legal Books

1. Tanago, Samir Abdel-Sayed, Personal and Real Securities (Mansha' Al-Ma'arif, Alexandria, 1996).
2. Higazi, Abdulhay, Introduction to the Study of Legal Sciences, Vol. 2, Rights (Kuwait University Press, 1970).
3. Higazi, Abdulhay, General Theory of Obligations According to Kuwaiti Law, Vol. 1, Sources of Obligation, Part 2, Study of the Functions of Contract Elements and Sole Will (Kuwait University Press, 1982).
4. Hassoun, Taha Ghani, & Al-Bashir, Mohammed Taha, Original and Derivative Real Rights, Vol. 2 (Ministry of Higher Education and Scientific Research, Iraq, n.d.).
5. Dar', Hammad Abdel, Derivative Real Rights (Al-Sanhouri Library, Beirut, 2019).
6. Saad, Nabil Ibrahim, Personal and Derivative/Non-Derivative Securities, 1st edition (Dar Al-Jamia Al-Jadida, Alexandria, 2017).
7. Saad, Nabil Ibrahim, Real and Personal Securities (Dar Al-Jamia, Alexandria, 2007).

8. Saad, Nabil Ibrahim, Introduction to Law, Theory of Right, 1st edition (Halabi Legal Publications, Beirut, 2010).
9. Al-Sanhouri, Abdel-Razzaq Ahmed, Al-Waseet in Civil Law Explanation, Vol. 10, Personal and Real Securities (Dar Misr for Publishing and Distribution, Cairo, 2020).
10. Abdel-Baqi, Abdel-Fattah, Provisions of Obligation (Nahdat Misr Press, Cairo, n.d.).
11. Majid, Mustafa, Explanation of the Real Estate Registration Law No. 43 of 1971, Vol. 2 (Al-Atak for Book Industry, Cairo, n.d.).
12. Morsi Bek, Mohammed Kamel, Personal and Real Securities: Proof of Real Rights and Registration Rules (Nasr Press, Egypt, 1927).
13. Marcus, Suleiman, Al-Wafi in Civil Law Explanation, Contracts Named, Vol. 3, Guarantee Contract, Part 3, 3rd edition (Egyptian Universities Publishing House, Cairo, 1993).
14. Mansour, Mansour Mustafa, Real Securities (Al-Alamia Press, Cairo, 1963).
15. Mansour, Mansour Mustafa, Guarantee Contract (Al-Alamia Press, Cairo, 1960).
16. Al-Mansouri, Youssef Ouda, Pure Solidarity in Commercial Papers (Halabi Legal Publications, Beirut, 2012).
17. Al-Wakeel, Shams El-Din, Theory of Securities in Civil Law, 2nd edition (Mansha' Al-Ma'arif, Alexandria, 1959).

Second: Theses and Dissertations

1. Al-Jubouri, Fawaz Youssef Saleh, The “Follower Follows” Principle in Judgments and Its Applications in Named Contracts (PhD Thesis, College of Law, University of Baghdad, 2021).

Third: Research Articles

1. Ali, Raqia Abdel-Jabbar & Hussein, Akram Jazaa, Payment by Abstraction in Personal Guarantee Contracts (Published in Legal Sciences Journal, College of Law, University of Baghdad, Vol. 37, Part 1, January 2023).

Fourth: Laws

1. Iraqi Civil Law No. 40 of 1951.
2. Real Estate Registration Law No. 43 of 1971.

Fifth: Judicial Collections

1. Supreme Judicial Council of Iraq, Judicial Decision Page (<https://www.sjc.iq/qview.945/>).
2. Majmu’at Al-Ahkam Al-Adliya, Issue 3, Year 6.