# الدفع بالتجريد في عقد الكفالة الشخصية ـ دراسة مقارنة
# Defence by Deprivation in the Personal Sponsorship Contract - Comparative Study

**طالب – ماجستير**
**حسين اكريم جازع**
**جامعة بغداد – كلية القانون**
Hussein.Akraim120la@colaw.uobaghdad.edu.iq

**أستاذ مساعد دكتورة**
**راقية عبد الجبار علي**
**جامعة بغداد – كلية القانون**
dr.raqiya@colaw.uobaghdad.edu.iq

**الملخص :**

يعد الدفع بالتجريد من أبرز الدفوع التي للكفيل الشخصي ان يتمسك بها تجاه الدائن ؛ ليتسنى له من خلاله المحافظة على ذمته المالية من الضياع , فالكفيل الشخصي لا يعدو عن كونه مسؤولا ثانويا عن الدين , إذ من العدل والانصاف ان تكون الذمة المالية للمدين هي الضمان الاول للوفاء بديونه , ويستمد الكفيل هذا الدفع من عقد الكفالة الشخصية ذاته , أي ليس بمقتضى تبعية التزامه للالتزام المكفول به , فقد اقرت التشريعات المدنية ومنها التشريع العراقي جملة من الدفوع عند تنظيمها لعقد الكفالة الشخصية ومنها الدفع بتجريد أموال المدين أولا , كما واقرت هذه التشريعات صورة خاصة للدفع بالتجريد , تتمثل بدفع الكفيل تجاه الدائن بتجريد المال المثقل بتامين عيني كضمان للدين المكفول به ؛ اذا كان هذا التامين سابقا او معاصرا للكفالة الشخصية , وما يميز هذه الصورة الخاصة للدفع بالتجريد عن القاعدة العامة له , انها لا تشترط كفاية المال الذي للكفيل ان يدفع بتجريده , على عكس القاعدة العامة للدفع بالتجريد التي تشترط ذلك .

**الكلمات المفتاحية :** تجريد أموال المدين, كفاية أموال المدين للوفاء بالدين, وقف التنفيذ على أموال الكفيل.

## Abstract

The payment of stripping is more prominent than the defenses that the personal guarantor can hold against the creditor; In order for him to maintain the financial guarantee, and the guarantor derives this payment from the personal guarantee, i.e. not a connection with the guarantee. Your educational tutorial, environmental protection plans, environmental protection plans, environmental protection plans, environmental protection plans, Guaranteeing him to pay the guarantor towards the creditor by stripping the money burdened with in-kind insurance as security for the debt he is guaranteed; If this insurance was prior or contemporary to the personal guarantee, and what distinguishes this special form of payment by abstraction from the general rule for it, it does not bear the costs of payment by abstraction, unlike the general rule for payment by abstraction that pays that.

**Key Words:** Stripping the Debtor’s Money, Sufficient Funds of the Debtor to Meet the Debt, Suspension of Execution on the Sponsor's Money

**المقدمة :**

تعد الكفالة من اهم التأمينات التي يسعى الدائن للحصول عليها ؛ لضمان استيفاء دينه المترتب في ذمة المدين , إذ تزرع الكفالة الثقة والاطمئنان لدى طرفي العقد الذي يعد سببا في انشائها والذي تتبعه من حيث صحتها وبطلانها ووجودها وعدمه , واذا التزم الكفيل بتقديم مالا معينا لضمان الدين المترتب للدائن في ذمة مدينه سميت حينئذ بالكفالة العينية , بينما اذا التزم الكفيل بضمان الوفاء للدائن بالدين ان لم يوف به المدين بذمته المالية دون تخصيص عنصرا معينا منها سميت حينئذ بالكفالة الشخصية , ولاشك انها الاكثر امانا للدائن, إذ يكون للدائن فيها ضمانان الاول على اموال المدين والثاني على اموال الكفيل , ولما كان الكفيل في الكفالة الشخصية هو الطرف الاضعف في العلاقة الثلاثية ؛ سعت التشريعات المدنية جاهدة الى توفير الحماية الكافية لتقوية المركز القانوني للكفيل الشخصي متأملة من ذلك شيوعها لما في هذا الشيوع من سيادة للعلاقات القانونية التي ملؤها الثقة والاطمئنان من ضياع الحقوق الناشئة عنها , ولما كان تقييد الدائن بعدم الرجوع على الكفيل الشخصي الا بعد الرجوع على المدين اولا , وعدم مطالبته بالدين بأكمله اذا كان قد كفل ذلك الدين مع غيره من الكفلاء لا يعد كافيا لحماية الذمة المالية للكفيل الشخصي من الضياع ولاشك ان هذا يسبب عزوفا لدى الكثيرين من كفالة الديون وهوما يتعارض وهدف التشريعات المدنية آنفا, لذا اقرت هذه التشريعات جملة من الدفوع التي للكفيل الشخصي ان يتمسك بها قبل الدائن ومنها ؛ الدفع بتجريد أموال المدين أولا , بعد توافر جملة من الشروط سيأتي بيانها , وأيضا نصت التشريعات المدنية ومنها التشريع العراقي على صورة خاصة للدفع بالتجريد تتمثل بتجريد المال المثقل بتامين عيني كضمان للدين ؛ اذا كان هذا التامين مقدما قبل او مع الكفالة الشخصية .

**أهمية البحث :**

لهذا البحث أهميتين نظرية وأخرى عملية , والأهمية النظرية لهذا البحث تتمثل ؛ برفد مكتبة كلية القانون في جامعة بغداد الموقرة بمرجع مخصص لشرح الدفع بالتجريد في عقد الكفالة الشخصية , اما الأهمية العملية فتتمثل ؛ بتسليط الأضواء على جهود المشرع العراقي في سعيه لحماية المركز القانوني للكفيل الشخصي من خلال اقراره لحق الكفيل في التمسك قبل الدائن بالدفع بتجريد أموال المدين اولا , بهدف المحافظة على ذمته المالية من التنفيذ عليها قبل التنفيذ على الذمة المالية للمدين المكفول عنه .

**اشكالية البحث :**

تثور بصدد الدفع بالتجريد في عقد الكفالة الشخصية جملة اشكالات نجملها فيما يلي:

1- هل جاءت نصوص القانون المدني العراقي جلية في بيان هذا الدفع ؟
2- هل للكفيل الشخصي ان يتمسك بهذا الدفع في الوقت الذي يراه مناسبا ام انه مقيد بفترة محددة للتمسك به ؟
3- هل يعتبر هذا الدفع من النظام العام ؟
4- هل استطاع المشرع العراقي من خلال هذا الدفع أن يوفر الحماية الكافية للذمة المالية للكفيل الشخصي ؟

**منهجية البحث :**

سنتبع في دراستنا هذه منهجاً تحليلياً لنصوص القانون المدني العراقي الخاصة بالدفع بالتجريد في عقد الكفالة الشخصية , فضلاً عن ذلك سنتبع ايضاً المنهج المقارن للاستفادة من تجارب التشريعات الأخرى في توفير الحماية للكفيل الشخصي , لذا سنقارن دراستنا هذه بالقانون المدني المصري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني البحريني , فضلا عن الاشارة الى القوانين الاخرى حيثما اقتضت الضرورة .

**هيكلية البحث :**

لتحقيق أهداف بحثنا ( الدفع بالتجريد في عقد الكفالة الشخصية ) يقتضي تقسيمه الى مبحثين وعلى النحو التالي : **المبحث الاول** : شروط الدفع بالتجريد , ويقسم الى مطلبين , **الاول** : الشروط المتعلقة بالكفيل , **والثاني** : الشروط المتعلقة بأموال المدين , اما المبحث الثاني فسيكون بعنوان : **آثار الدفع بالتجريد وصورة خاصة له** , ويقسم الى مطلبين , **الاول** : آثار الدفع بالتجريد , **والثاني** : صورة خاصة للدفع بالتجريد .

## المبحث الاول
## شروط الدفع بالتجريد
## Terms of Payment by Abstraction

يرجع اصل الدفع بالتجريد الى القانون الروماني , حيث كان مركز الكفيل مساويا لمركز المدين المتضامن , فكان للدائن ان يرجع على الكفيل وان ينفذ على أمواله دون ان يلتزم بسبق الرجوع على المدين , ثم ادرك المشرع الروماني قسوة مركز الكفيل , فعمل تدريجيا على التخفيف من حدة ذلك المركز, حتى ظهرت فكرة تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين وانتهى التطور الى منح الكفيل حق الدفع بالتجريد

[1] . والدفع بالتجريد بمفهومه المبسط هو حق منحه القانون للكفيل نظرا للصفة التبعية لالتزامه , حيث انه لا يلتزم بالوفاء بالدين الذي كفله الا اذا لم يوف به المدين, وبمقتضاه يوقف الكفيل اجراءات التنفيذ على امواله , الى ان ينفذ الدائن على اموال المدين ويتضح له عدم كفايتها لاستيفاء حقه [2] . وان الحكمة من وراء تقرير هذا الدفع , هو ان لا مصلحة للكفيل في ضمان الدين , لكونه ضامنا لدين غيره , فمن غير العدل ان يرى الكفيل امواله تنتزع منه , بينما اموال المدين الذي يعتبر المسؤول الاول عن الدين قائمة ولا تمس [3] , وان ميزة الدفع بالتجريد لم تقف لهذا الحد , ففوق انه يعد مطابقا لقصد الكفيل في تبعية التزامه للالتزام الاصلي , هناك اعتبارات اخرى لتقريره , حيث من شأن هذا الدفع ان يقتصد في الاجراءات والنفقات ايضا , فلولا اقرار المشرع للدفع بالتجريد لقام الدائن بالتنفيذ على اموال الكفيل , ومن ثم قام الاخير بالتنفيذ على اموال المدين, لذا نستطيع القول ان إقرار الدفع بالتجريد أختصر تلك الاجراءات المزدوجة الى اجراءات واحدة تتمثل بتنفيذ الدائن على اموال المدين عندما يكون في اتخاذ هذه الاجراءات غنى عن الرجوع الى الاجراءات المزدوجة [4] , ولقد نصت اغلبية القوانين المدنية على حق الكفيل بالدفع تجاه الدائن بالتجريد , ومنها القانون المدني العراقي حيث نصت المادة ( 1021 ف2) منه على : ( فاذا طولب الكفيل اولا 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 مؤقتا ضد الكفيل حتى يتم الاستيفاء ) [5] , وهذا على خلاف الشريعة الاسلامية إذ لم تمنح الكفيل الحق في هذا الدفع , لأنها ترى الكفالة الشخصية عبارة عن ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل في المطالبة بالدين , ومن ثم يحق للدائن ان يطالب المدين او كفيله ايهما شاء , ومن ثم له ان ينفذ على اموال من شاء منهما [6] . وقد سلكت بعض التشريعات المدنية مسلك الشريعة الاسلامية في هذا الخصوص ومنها القانون المدني الاردني , فقد جاء خاليا من النص على حق الكفيل بالدفع بالتجريد , إذ اعطى الدائن الخيار في مطالبة المدين او الكفيل او مطالبتهما معا م(967 ) مدني [7] , ولكن المشرع الاردني اخذ بالتجريد في حالة خاصة لا يجوز التوسع فيها , وهي حالة ما اذا كان الدين موثقا بتأمين عيني قبل الكفالة [8], فعندها لم يجز للدائن التنفيذ على اموال الكفيل قبل ان ينفذ على ذلك المال المثقل بالتأمين العيني شريطة ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين [9], وثمة شروط نصت عليها المادة ( 1021) من القانون المدني العراقي سالفة الذكر لا بد من توافرها لكي يحق للكفيل ان يدفع تجاه الدائن بتجريد اموال المدين , منها ما

يتعلق بالكفيل , ومنها ما يتعلق بأموال المدين , لذا سنقسم هذا المبحث الى مطلبين وكما يأتي:

## المطلب الاول
## الشروط المتعلقة بالكفيل
## Terms of the Sponsor

يشترط في الكفيل الذي يريد ان يدفع تجاه الدائن بتجريد اموال المدين اربعة شروط سنبين كل منها في فرع مستقل , لذا سنقسم هذا المطلب الى اربعة فروع وكما يأتي :

### الفرع الاول
### ان يكون الكفيل شخصيا لا عينيا
### The Sponsor Must be in Person, not in Kind

ان الكفيل العيني يسأل بحدود المال الذي رهنه وليس عن الدين الذي ضمنه بأكمله , بينما يسأل الكفيل الشخصي عن كل الدين الذي ضمنه الا اذا وجد اتفاق بينه وبين الدائن يقضي بخلاف ذلك, ومن ثم ان حق الدائن بالنسبة الى الكفيل الشخصي يرد على الضمان العام لذلك الكفيل [10], فللدائن ان ينفذ على اي مال من امواله , لذا ان الكفيل الذي يحق له ان يدفع بالتجريد , هو الكفيل الشخصي , والكفيل الشخصي هو من ضم ذمته الى ذمة المدين , فيكون ضامنا لالتزام المدين بجميع ذمته المالية وليس بمال معين منها , وتسمى هذه الصورة بالكفالة الشخصية وهي اكثر شيوعا في الحياة العملية من الكفالة العينية [11] . ولما كان مركز الكفيل العيني اقرب الى الرهن منه الى الكفالة , فلا يجوز له ان يدفع تجاه الدائن بتجريد اموال المدين اولا , وهذا ما اشارت اليه المادة (1300 ) من القانون المدني العراقي التي تنص على : ( اذا كان الراهن في الرهن التاميني غير المدين فلا يجوز التنفيذ على شيء من ماله الذي لم يخصص لضمان حق الدائن ولا تجاوز مسؤوليته عن هذا الحق حد ما رهنه من المال , لكن ليس له ان يطلب من المرتهن ان يجرد المدين قبل التنفيذ على العقار المرهون مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك ) [12] . ولعل الحكمة في حرمان الكفيل العيني من التمسك بالدفع بالتجريد تكمن في رغبة المشرع في تغليب فكرة الرهن على فكرة الكفالة , فلم يشأ المشرع ان يجعل الرهن الذي يقدم من قبل شخص اخر غير المدين , أخف اثرا من الرهن الذي يقدم من قبل المدين نفسه [13] .

## الفرع الثاني
## ان يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد
## The Sponsor Shall be Obligated to Pay by Abstraction

ان الدائن لم يعد ملزما بتجريد المدين اذا لم يطلب ذلك الكفيل , كما انه ليس للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها , فلا بد ان يكون بطلب من الكفيل نفسه لكون هذا الدفع ليس من النظام العام, بل هو دفع مقرر لمصلحة الكفيل الخاصة [14] . وان الدفع بالتجريد لا يحتاج الى اتفاق خاص بين الدائن والكفيل بل هو مقرر للكفيل بموجب عقد الكفالة الشخصية , وقد يحدث ان يكون هناك اتفاق بين الكفيل والدائن على قيام الاخير بتجريد اموال المدين اولا [15] . ولكن متى يجب على الكفيل ان يتمسك بهذا الدفع ؟

ان بعض التشريعات المدنية قد حسمت هذا الامر ومنها هو التشريع المدني الفرنسي[16] , إذ جعل وقت تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد عند مطالبة الدائن الاولى له وقبل التكلم بموضوع الدعوى والا عد الكفيل متنازلا عن حقه في هذا الدفع تنازلا ضمنيا [17]. اما بالنسبة للقانون المدني العراقي فقد حدد الوقت الذي يحق للكفيل فيه ان يدفع تجاه الدائن بالتجريد عند الاجراءات الاولى التي توجه ضده إذ جاء في الفقرة الثانية من المادة (1021) سالفة الذكر (فاذا طولب الكفيل اولاً جاز له عند الاجراءات الاولى التي توجه ضده , ان يطالب الدائن...) , ولكن نرى ان هذا النص لم يحسم الجدل حول وقت التمسك بالدفع بالتجريد إذ لم يحدد المشرع فيه هل ان المقصود بالإجراءات الاولى هي اجراءات المطالبة القضائية من قبل الدائن للكفيل , ام انها اجراءات التنفيذ على اموال الكفيل ؟ , ورغم غموض النص نميل الى ان الاجراءات التي قصدها المشرع العراقي هي اجراءات المطالبة القضائية لكون النص قد ابتدئ بـ ( فاذا طولب ..) . وعلى خلاف ما تقدم , لم تحدد بعض التشريعات وقت تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد ومنها التشريع المدني المصري [18] , لذا اختلف الفقه في مصر بشأن الاجابة على هذه المسالة الى عدة اتجاهات , إذ يرى اتجاه ؛ وجوب تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد عندما يبدأ الدائن بالإجراءات التنفيذية على اموال الكفيل بموجب سند تنفيذي , اما تمسك الكفيل بهذا الدفع قبل ذلك فلم يعد مقبولا [19] . ويرى اتجاه ثاني ؛ ان للكفيل ان يتمسك بالدفع بالتجريد في الوقت الذي يراه مناسبا مالم يكن قد صدر منه ما يدل دلالة قاطعة على رغبته بالتنازل عنه قولا او فعلا [20] , وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرار لها حيث جاء فيه ( ان للكفيل غير المتضامن الحق في ابداء الدفع بتجريد المدين في اي وقت مناسب , مالم يصدر منه قول او فعل او ترك يدل على نزوله عنه) [21] ويرى اتجاه ثالث ؛ ان

للكفيل الحق في التمسك بالدفع بالتجريد في اية مرحلة من مراحل الدعوى ولو كان تمسكه به لأول مرة في مرحلة الاستئناف [22] .ويرى اتجاه رابع ؛ ان للكفيل ان يدفع تجاه الدائن بتجريد اموال المدين عند النظر بالدعوى المقامة عليه من قبل الدائن لمطالبته بالوفاء , ولا يفترض تنازل الكفيل عن حقه بالدفع بالتجريد بل يجب ان يكون هذا التنازل مؤكدا . ومن جانبنا نرى ان هناك ثمة خلط بين الدفع بالرجوع على المدين اولا والدفع بتجريد امواله , فالأول يكون عند مطالبة الدائن للكفيل مطالبة قضائية او ما يقوم مقامها كشهر افلاس المدين او ان يكون بيد الدائن سندا صالحا للتنفيذ قبل مدينه فعندئذ يكفي التنبيه بالوفاء , اما الثاني فهو يكون عند التنفيذ على اموال الكفيل او البدء به , ومن ثم لا يمكننا القول بجواز تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد عند اتخاذ الدائن لإجراءات المطالبة القضائية, لان الدفع هو رد دعوى المدعي , فلا يمكن للكفيل ان يرد دعوى المطالبة بالدفع بتجريد اموال المدين اولا , لكون الدائن لم يطلب تجريد اموال الكفيل بعد.

## الفرع الثالث
## الا يكون الكفيل متضامنا مع المدين
## The Sponsor Shall not be in Solidarity with the Debtor

تنص التشريعات التي اقرت الدفع بالتجريد , على شرط عدم تضامن الكفيل مع المدين , فاذا كان الكفيل متضامنا مع المدين فلا يجوز له ان يدفع تجاه الدائن بتجريد اموال المدين , لان التضامن يعطي الحق للدائن في الرجوع على المدين والكفيل بناء على تضامنهما في داء الدين للدائن, وبالتالي يكون الكفيل مسؤولا عن الدين بنفس مرتبة مسؤولية المدين عنه , وهذا ما قضت به محكمة التمييز العراقية في قرار لها إذ جاء فيه ( وأن الكفيل بموجب الكفالة التضامنية ملزم كالأصيل بمبلغ الدين ...) [23] , وقد اشار المشرع العراقي الى هذا الشرط في المادة (1031) من القانون المدني اذ جاء فيها : ( اذا كان الكفيل متضامنا مع المدين فالدائن مخير في المطالبة ان شاء طالب المدين وان شاء طالب الكفيل ومطالبته احدهما لا تسقط حق مطالبته الاخر فبعد مطالبته احدهما له ان يطالب الاخر وله ان يطالبهما معا )[24], وأيضا قضت بهذا الشرط محكمة بداءة الرصافة في قرار لها جاء فيه ( تبين للمحكمة لدى تدقيقها ان المدعي (س) تكفل ( ص ) المدعى عليه تجاه الدائن بكفالة تضامنية , إذ ان الدائن مخير في المطالبة إن شاء طالب المدين أو الكفيل أو مطالبتهما معا , م 1031 / مدني , وبإمكان المدعي الرجوع على المدين الاصلي بما أدى من دين م 133 / مدني ) [25] . ولما كان الدفع بالتجريد يتقرر للكفيل العادي فقط , فليس للكفيل في الكفالة القضائية والقانونية والتجارية ان يدفع بالتجريد لأنه

يعد متضـــامنا مع المدين . لذا ليس للكفيل في الكفالة المصـــرفية ان يتمســـك بالدفع بـالتجريد , إذ تعد الكفـالـة المصـــرفيـة كفـالـة تجـاريـة, فلمـا كـان الكفيل في الكفـالـة المصرفية هو المصرف فتعتبر جميع الاعمال الصادرة من المصرف اعمالا تجارية [26] , وهذا ما نصت عليه المادة (5 ف 13 ) من قانون التجارة العراقي اذ جاء فيها : ( تعتبر الاعمال التالية اعمالا تجارية اذا كانت بقصـــد الربح , ويفترض فيها هذا القصـــد مالم يثبت العكس : .... ثالث عشـــر : عمليات المصـــارف ) [27] , وهذا ما قضت به محكمة استئناف بغداد – الرصافة في قرار لها جاء فيه (خطابات الضمان التي هي من العمليات المصـرفية ، لا تصـدر من المصـرف بوصـفها تعهدا من ذاته وانما بناء على طلب احد المتعاملين معه (م287 / تجارة) ) [28] , وكما ســـبق بيانه ان من شـــروط الدفع بالتجريد الا يكون الكفيل متضـــامنا مع المدين , فبناء على ذلك ليس للكفيل في الكفالة المصـــرفية (المصـــرف ) ان يدفع تجاه الدائن بتجريد المدين( العميل ) من امواله [29]. ولكن التســاؤل الذي يثار بشــأن هذا الشــرط هو , هل يحق للكفيل المتضـامن مع المدين ان يحتفظ بحقه في الدفع بالتجريد بناء على شـرط وارد في عقد الكفالة الشـخصـية ام لا؟ لم يتفق الفقه بشـأنه الاجابة على هذا التسـاؤل , فقد انقســـم الى اتجاهين مختلفين , الاول **:** ويرى , ان للكفيل المتضـــامن مع المدين ان يحتفظ بحقه بالدفع تجاه الدائن بتجريد اموال المدين قبل التنفيذ على امواله بمقتضـــى شرط يتم الاتفاق عليه في عقد الكفالة الشخصية , فلا يوجد مانع يحول دون ذلك , اذ ان مبدأ سلطان الارادة يتيح للكفيل حرية وضع ذلك الشرط ليخفف من وطأة التزامه بضـــمان الوفاء بالدين الذي كفله [30] ,اما الثاني**:** يرى ان ليس للكفيل المتضـــامن ان يدفع بالتجريد , لان طبيعة التضـامن تقتضـي ان يكون للدائن الحق في مطالبة الكفيل المتضـامن اولا دون ان يسـبق تلك المطالبة الرجوع على المدين , وله ايضـا ان يبدأ بمطالبة المدين او ان يطالبهما معا ومطالبته لاحدهما لا تســـقط حقه في مطالبته للآخر , ومن ثم تكون مسؤولية الكفيل عن الدين لا تقل عن مسؤولية المدين , فاذا ما حصـل اتفاقا يكون بمقتضـاه للكفيل المتضـامن ان يتمسك بالدفع بالتجريد , فعندئذ لا يمكن عد ذلك الكفيل متضـامنا فلا يمكن ان تجتمع في الكفيل صـفة التضـامن وميزة الدفع بالتجريد [31] **.** ومن جانبنا نؤيد الاتجاه الثاني , فنرى انه لا يمكن للكفيل المتضـــامن ان يحتفظ بحق الدفع بالتجريد, إذ ليس له ان يجمع بين صـــفة التضـــامن ورخصـة الدفع بالتجريد , علاوة على ذلك ,ان المادة (1031) سالفة الذكر قد جاءت قاطعة في اعطاء الخيار للدائن في مطالبة الكفيل المتضـــامن او المدين او مطالبتهما معا , ومن ثم لم يرد فيها ما يسـمح للكفيل في الاحتفاظ بالدفع بالتجريد رغم تضـامنه مع المدين .

### الفرع الرابع
### الا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في الدفع بالتجريد
### The Sponsor has not Waived his Right to Payment

لكي يدفع الكفيل تجاه الدائن بتجريد اموال المدين يجب الا يكون قد تنازل عن هذا الدفع , فان الدفع بالتجريد مقرر للمصلحة الخاصة للكفيل , وان التنازل عن هذا الدفع قد يكون صراحة وقد يستفاد ضمنا , والتنازل الصريح يكون عادة عند انعقاد الكفالة الشخصية , ولكن لا يمنع ان يقع التنازل بعد ذلك, اما التنازل الضمني فهو يقع بكل ما يصدر عن الكفيل من قول او فعل او ترك يدل على رغبته القاطعة في النزول عن حقه في هذا الدفع , وان الشك فيه لا يفسر الا لمصلحة الكفيل , بمعنى ان الشك في حصول التنازل من عدمه يفسر على ان الكفيل لم يعد متنازل عن حقه في هذا الدفع , لذا فان التنازل الضمني يشترط الا يكون فيه اي لبس بل يكون واضحا [32] , ومن قبيل التنازل الضمني في هذا الفرض أن يقوم الكفيل بالوفاء للدائن عند رجوع الاخير عليه دون ان يطلب منه سبق الرجوع على المدين , او ان يصرح بأن يكون مسؤولا عن الدين كالمدين. وان الكفيل اذا ما تنازل عن حقه بالدفع بالتجريد لا يحق له بعدئذ ان يتمسك به نهائيا , وان تمسكه به يدل دلالة واضحة على عدم التنازل عنه [33] . هذا ولم ينص المشرع العراقي في القانون المدني صراحة على هذا الشرط [34] , ولكن سكوت المشرع عن هذا الشرط لا يعني عدم الاخذ به , بل ان هذا الشرط يعد بديهيا , فلا يمكن للكفيل ان يجمع بين التنازل عن الدفع بالتجريد والتمسك به .

### المطلب الثاني
### الشروط المتعلقة بأموال المدين
### Terms Related to the Debtor's Funds

ثمة شروط اخرى تتعلق بأموال المدين لابد من توافرها الى جانب الشروط المتعلقة بالكفيل والتي سبق بيانها ليحق للأخير ان يتمسك بالدفع تجاه الدائن بتجريد اموال المدين اولا , وهي اربعة شروط سنبين كل منها في فرع مستقل , لذا سنقسم هذا المطلب الى أربعة فروع وكما يأتي :

## الفرع الاول
## ان تكون اموال المدين كافية للوفاء بالدين
## The Debtor's Funds are Sufficient to Pay off the Debt

اشـــترط المشـــرع العراقي لتمســـك الكفيل بالدفع بتجريد اموال المدين ان يتولى الكفيل ارشـــاد الدائن الى تلك الاموال , وان تكون هذه الاموال كافية للوفاء بالدين بأكمله , وقد نص المشـرع العراقي على هذا الشـرط في المادة (1021 ف 2) من القانون المدني ســـالفة الذكر, وهذا ما اكدت عليه محكمة التمييز العراقية في احدى قراراتها اذ جاء فيه : ( على الكفيل اذا ما طولب بمبلغ الكفالة ورغب في ايقاف الاجراءات هذه ان يثبت ان للمدين اموالا قابلة للحجز تكفي لسداد الدين ) [35] . ولعل الحكمة من اشـــتراط كفاية اموال المدين تكمن في عدم وجود مبرر لتأخير الدائن في استيفاء دينه , فاذا كانت اموال المدين التي تولى الكفيل ارشاد الدائن اليها لا تفي الا بجزء من الدين أو حتى بمعظمه فان الدائن عندها ســيضـــطر الى اتخاذ اجراءات التنفيذ مرتين , مرة يتخذها لتجريد اموال مدينه التي لا تفي بكامل حقه , ومرة اخرى سـيتخذ ذات الاجراءات للتنفيذ على اموال الكفيل لاسـتيفاء ما تبقى من حقه , فاقتصـــارا للإجراءات والجهد والوقت وللحفاظ على مصـــلحة الدائن وضـــع المشـرع العراقي هذا الشـرط ليمكن الدائن من اتخاذ اجراءات واحدة تتكلل باسـتيفاء دينه بأكمله [36] . هذا ولم تبين المادة (1021 ف 2) انفا نوعية الاموال التي للكفيل ان يتولى ارشـــاد الدائن اليها لتجريدها , فقد تكون اموالا عقارية وقد تكون اموالا منقولة فالمهم في ذلك هو كفايتها للوفاء بالدين بأكمله [37]. وان مســـألة تقدير كفاية اموال المدين للوفاء بالدين من عدمه هي مســـألة موضـــوعية راجعة الى قاضـــي الموضـــوع , وليس لرقابة محكمة التمييز شـــأن في ذلك , واذا قلنا يجب ان تكون اموال المدين كفاية للوفاء بالدين فلا بد ان ينظر الى قيمتها الصـــافية , فقد تكون اموالا مثقلة بحقوق للأخرين بحيث يكون الصـافي منها غير كاف للوفاء بالدين ومن ثم يتخلف شـــرط الكفاية وعندها ليس للكفيل ان يتمســـك قبل الدائن بتجريدها [38] . وعلى خلاف ما تقدم , لم تســـتلزم بعض التشـــريعات كفاية اموال المدين للدفع بتجريدها, ومنها التشـــريع الفرنســـي , وفي هذه الحالة على الدائن اذا ما اراد ان يستوفي حقه كاملا ان ينفذ على اموال المدين بكل الدين وعلى كفيله بالباقي[39] .

## الفرع الثاني
## ان تكون اموال المدين غير متنازع عليها
## That the Debtor's Money be Undisputed

يشـــترط في الاموال التي يتولى الكفيل ارشـــاد الدائن اليها ان تكون غير متنازع عليها , ولم يبين القانون المدني العراقي المقصـــود بالمال المتنازع فيه عند بيانه لشـروط الاموال التي يدفع الكفيل بتجريدها , لذا اقتضـــى الرجوع الى تعريف المال المتنازع فيه الوارد في النصـــوص التي عالجت عقد البيع , فقد نصـــت المادة (593 ف 2 ) من القانون المدني على : ( ويعتبر الحق متنازعا فيه , اذا كان قد رفعت به دعوى او قام بشـــأنه نزاع جدي ) [40] , ويفهم من هذا النص انه يكفي لاعتبار المال متنازعا فيه ان يكون في أحدى حالتين ,الاولى : ان تقام بشأنه دعوى امام القضاء , ويشترط في النزاع الذي يعرض على القضاء ان يكون جديا ومنصبا على اصـــل الحق [41] .اما الحالة الثانية لاعتبار المال متنازعا فيه , يكفي ان يقوم نزاعا جديا بشأنه , فاذا انذر شخص ما غيره لتسديد ما عليه من دين , وانكر الاخير اصل الدين او انه ادعى تسديده , فيعتبر حينئذ الحق متنازعا فيه . وان مسالة تقدير ما اذا كان المال يعتبر متنازعا فيه من عدمه هي مسـألة موضـوعية يرجع فيها الى القضاء [42] . هذا ولا يختلف الامر ان كان النزاع منصبا على كل الحق او مقتصرا لجزء منه , ففي كلتا الحالتين يعد المال متنازعا فيه [43] . ويرى جانب من الفقه في فرنسا , أنه لا يشترط لعد المال متنازعا فيه ان تقام بشأنه دعوى أو ان يحصل بشأنه نزاع جدي , وانما يكفي لاعتباره متنازعا فيه ان يســتلزم التنفيذ على هذا المال اجراءات طويلة ومعقدة , لذا فان الحصـــة الشـــائعة في عقار تعد من قبيل الاموال المتنازع فيها لكون التنفيذ عليها يستلزم الفصـل في دعوى القسـمة [44] . وقد نص المشرع العراقي على هذا شرط في المادة (1022 ف 2 ) من القانون المدني اذ جاء فيها : ( ولا عبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل اذا كانت ..... , او كانت اموالا متنازعا فيها ) [45] , ولعل الحكمة المتوخاة من النص على هذا الشـــرط هي ان الســـماح للكفيل بإرشـــاد الدائن الى اموالا متنازعا عليها يؤدي الى تأخر الدائن في استيفاء حقه تأخراً طويلا , فضلا عن هذا ان الاموال المتنازع عليها هي اموال غير مضـــمونة العاقبة , فقد ينتهي النزاع على ان ملكيتها ترجع لشـــخص اخر غير المدين[46] .

## الفرع الثالث
## ان تكون اموال المدين قابلة للحجز عليها
## That the Debtor's Money be Seize able

اشـترط المشـرع العراقي للدفع بالتجريد ان تكون اموال المدين التي تولى الكفيل ارشـاد الدائن اليها قابلة للحجز, وهذا ما نصـت عليه المادة (1021 فـ2) من القانون المدني سالفة الذكر , وقد قضت بذلك محكمة التمييز العراقية في قرار لها اذ جاء فيه : ( اذا كانت الكفالة غير تضـامنية فعلى المحكمة تكليف الدائن باسـتيفاء دينه من أموال المدين القابلة للحجز وبدلالة الكفيل) [47] . ولما كانت جميع اموال المدين ضـمانا عاما لدائنيه [48] , لذا يكون من حق الدائن ان يطلب ايقاع الحجز على جميع اموال مدينه [49] , على ان يتم بيعها ليتسـنى له اسـتيفاء حقه من حاصـل البيع , فان الاصل هو جواز ايقاع الحجز على اموال المدين جميعا [50] , ولكن المشرع العراقي كان قد استثنى بعض الاموال من قابلية الحجز عليها [51] . وقد رسم القانون الحديث وسـائل وطرق تمكن الدائن من الحصـول على حقه دون ان يترتب على اتباعه لها اهدارا لكرامة مدينه او مسـاسـا بجسـمه او بحريته الشـخصـية , فقد نص قانون المرافعات المدنية العراقي على الحجز الاحتياطي [52] , وايضـا نص قانون التنفيذ العراقي على الحجز التنفيذي [53] , وبعض القوانين قد نصـت على كل من الحجزين التحفظي والتنفيذي في قانون المرافعات ومنها المشـرع المصـري[54]. وبديهيا ان الاموال التي يقوم الكفيل بإرشـاد الدائن اليها يجب ان تكون مملوكة للمدين , ومن ثم ليس للكفيل ان يرشـد الدائن الى اموالا مملوكة لزوجة المدين , او لابيه , او لابنه , ويكون الفيصـل في اثبات ملكية هذه الاموال للمدين من عدمه راجع الى السـجلات الخاصـة بدائرة التسجيل العقاري بالنسبة للعقار , وبالنسبة الى المركبات فيرجع في تحديد ملكيتها الى السجلات الخاصة بدائرة المرور , اما المكائن المشمولة بالتسجيل فيرجع في تحديد ملكيتها الى دائرة كاتب العدل , ويرجع في غير ما تقدم الى الطرق الخاصة بالثبات [55] .

## الفرع الرابع
## ان تكون اموال المدين موجودة في البلد
## That the Debtor's Money be Present in the Country

اشترط المشرع العراقي لتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد ان تكون الاموال التي تولى ارشـاد الدائن اليها موجودة داخل البلد , وهذا ما نصـت عليه المادة (1022 ف 2) من القانون المدني اذ جاء فيها:( ولا عبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل اذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي العراقية ...)[56] , ويتضح من هذا النص ان

المشـــرع العراقي لم يكتف بان تكون اموال المدين كافية للوفاء بالدين وقابلة للحجز عليها وغير متنازعا فيها ليدفع الكفيل تجاه الدائن بتجريدها اولا , بل اســتلزم ايضــا ان تكون اموال المدين موجودة داخل الاراضـي العراقية , ولعل الحكمة المتوخاة من النص على هذا الشـرط تتمثل برغبة المشـرع في تجنيب الدائن مباشـرته للإجراءات الطويلة والمعقدة عند التنفيذ على اموال المدين الواقعة خارج البلد , لان الاموال الواقعة في الخارج يحكمها قانون البلد الذي تتواجد فيه , فضــلا عن ذلك فقد تحكمها الاتفاقيات الدولية المبرمة بين البلد الذي تتواجد فيه هذه الاموال والبلد الذي تتخذ فيه اجراءات تجريدها وفي ذلك التنفيذ ارهاق للدائن غير مبرر وهذا لا يســتقيم مع الغرض المنشود من ابرام عقد الكفالة الشخصية [57] .

## المبحث الثاني
## اثار الدفع بالتجريد وصورة خاصة له
## Effects of Payment by Abstraction and a Special Image of it

يترتب على تمســك الكفيل بالدفع تجاه الدائن بتجريد اموال المدين أثرين , اولهما وقف اجراءات التنفيذ بالنســبة لأموال الكفيل , وثانيهما التزام الدائن بتجريد الاموال التي ارشــده الكفيل اليها , ولبيان هذين الاثرين بالتفصــيل , وأيضــا لبيان صورة خاصة للدفع بالتجريد نص عليها التشريع العراقي , سنقسم هذا المبحث الى مطلبين وعلى النحو التالي :

### المطلب الاول
### اثار الدفع بالتجريد
### Effects of Payment by Abstraction

بعد توافر الشــروط التي ســبق بيانها لتمســك الكفيل بالدفع بالتجريد وقبول المحكمة لهذا الدفع يترتب أثران سـنبين كل منهما في فرع مسـتقل , لذا سـنقسـم هذا المطلب الى فرعين وكما يأتي :

#### الفرع الاول
#### وقف اجراءات التنفيذ
#### Cessation of Enforcement Proceedings

اذا تمســك الكفيل بالدفع تجاه الدائن بتجريد اموال المدين اولا , ترتب على هذا الدفع عدم جواز التنفيذ على اموال الكفيل , الابعد اجراء التنفيذ على اموال

المدين , وهذا ما اشارت اليه المادة (1021 ف 2) من القانون المدني العراقي سالفة الذكر , واذا تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في مرحلة المحاكمة فان المحكمة تستمر في نظر الدعوى , فاذا ثبت للمحكمة توافر الشروط اللازمة للدفع بالتجريد تحكم بعدم جواز تجريد اموال الكفيل قبل تجريد اموال المدين , فاذا صدر بعد ذلك اي اجراء من قبل الدائن للتنفيذ على اموال الكفيل عد باطلا [58] . اما اذا تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد عند اتخاذ الاجراءات التنفيذية على أمواله , فاذا قبلت المحكمة الدفع ترتب على ذلك القبول وقف الاجراءات التنفيذية على امواله وقفا مؤقتا الى ان يتم تجريد اموال المدين التي ارشد الدائن اليها, واذا استمر الدائن في اتخاذ تلك الاجراءات بالرغم من صدور الحكم من المحكمة بوقفها فتعتبر حينئذ تلك الاجراءات باطلة أيضا , اما اذا رفضت المحكمة الدفع بالتجريد ترتب على ذلك استمرار اجراءات التنفيذ على اموال الكفيل [59] . واعمالا بهذا الاثر ان الاجراءات التي اتخذها الدائن قبل تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد تسقط وينعدم اثرها كإلغاء التنبيه بنزع ملكية عقار للكفيل , وايضا الغاء اجراءات الحجوز التنفيذية على منقولات الكفيل [60] . اما اذا تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد ولم يبادر الدائن الى التنفيذ على اموال المدين التي تولى الكفيل ارشاده اليها , او ان يكون قد تباطأ في اتباع تلك الاجراءات , فعندئذ يكون الدائن مسؤولا تجاه الكفيل عن اعسار المدين الذي ترتب بسبب عدم اتخاذه لإجراءات التنفيذ في الوقت المناسب لها , وهذا ما اشارت اليه المادة ( 790 ) من القانون المدني المصري حيث نصت على : ( في كل الاحوال التي يدل فيها الكفيل على اموال المدين , يكون الدائن مسؤولا قبل الكفيل عن اعسار المدين الذي يترتب على عدم اتخاذه الاجراءات اللازمة في الوقت المناسب )[61] , وليس لهذا النص نصا مماثلا في القانون المدني العراقي . هذا وان حرمان الدائن من التنفيذ على اموال الكفيل لحين تجريد المدين من امواله لا ان يمنعه من اتخاذ الاجراءات التحفظية على اموال الكفيل [62] , وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرار لها اذ جاء فيه ( ان المراد من عبارة ايقاف المطالبة الحاصلة للكفيل الوارد ذكرها في المادة 502 (من القانون المدني القديم ) هو الكف عن متابعة السير في اجراءات التنفيذ مع عدم الاخلال بالإجراءات التحفظية وهذا لا يتعارض مع قضاء المحكمة بإلغاء تنبيه نزع الملكية المعلن الى الكفيل ومحو ما يترتب عليه من التسجيلات ) [63] . ولم يرد في القانون المدني العراقي [64] نصا على حق الدائن في ايقاع الحجز الاحتياطي على اموال الكفيل , ولكن هذا الحق تخوله القواعد العامة .

## الفرع الثاني
## التزام الدائن بتجريد الاموال التي ارشده الكفيل اليها
## Obligation of the Creditor to Strip the Money that the Sponsor Directed him to

لا يقتصر اثر تمسك الكفيل تجاه الدائن بالتجريد على وقف اجراءات التنفيذ على اموال الكفيل , بل ان هذا الاثر يقترن باثر اخر يتمثل بالتزام الدائن بتجريد اموال المدين بعد ان تولى الكفيل ارشاده اليها , ويجب ان يكون القاضي قد اقتنع بكفاية هذه الاموال لسداد الدين كاملا , وان هذا الاثر يعتبر حقا للدائن على مدينه والتزاما على الدائن للكفيل , فاذا اتخذ الدائن الاجراءات التنفيذية على اموال المدين في الوقت الملائم وحصل على حقه منها كاملا , فعندها ينقضي حق الدائن تجاه المدين وايضا ينقضي التزامه تجاه الكفيل , ومن ثم تبرأ ذمة كل من المدين والكفيل , اما اذا لم يحصل الدائن من جراء ذلك التنفيذ الا على جزء من الدين , فيترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل بقدر ما استوفى الدائن من حقه , ويبحث عن السبب الذي يكمن وراء عدم استيفاء الدائن لحقه كاملا لتحديد المسؤولية [65] , فاذا كان السبب في ذلك راجعا الى الدائن لتقصيره في اتخاذ الإجراءات التنفيذية في الوقت المناسب لها وترتب على ذلك التأخير اعسار المدين , عندئذ يكون الدائن مسؤولا تجاه الكفيل عن اعسار مدينه , ويترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل بالقدر الذي تأخر الدائن في التنفيذ عليه من اموال المدين [66] , وقد لا يكون السبب في عدم حصول الدائن على حقه كاملا راجعا الى تقصيره , بل لسبب اجنبي خارج عن ارادته , كأن يحصل انخفاضا في قيمة الاموال المنفذ عليها بسبب تقلبات السوق فأصبحت قيمتها عند بيعها اقل مما كانت عليه خلال فترة تقديرها , او راجعا الى المبالغة في تقدير قيمة هذه الاموال , ففي هذا الفرض للدائن بعد ان يثبت انه قد نفذ على جميع اموال المدين التي ارشد اليها من قبل الكفيل ان ينفذ على اموال الاخير بالقدر الباقي لاستيفاء دينه كاملا , اما اثباته التنفيذ على كافة الاموال التي ارشد اليها فيكون من خلال تقديم المحاضر الخاصة بالجرد واوراق التنفيذ [67] . وقد نصت بعض التشريعات المدنية على عدم السماح للكفيل بالتمسك بالدفع بالتجريد في حالة ما اذا كان هناك صعوبة على الدائن في مقاضاته للمدين واتخاذ الاجراءات التنفيذية على امواله بسبب تغيير محل سكناه او مركز عمله بعد التعاقد بالشكل الذي يسبب للدائن مشقة معتبرة, ومن هذه التشريعات القانون المدني التونسي والمغربي والموريتاني[68] .

## المطلب الثاني
## صورة خاصة للدفع بالتجريد
## A Special Image for Payment by Abstraction

اورد المشرع العراقي حكما لصورة خاصة للدفع بالتجريد وهذه الصورة تفترض ان يكون هناك تامينا عينيا مقدم من قبل المدين لضمان الدين , وعاصرت هذا التأمين العيني كفالة او جاءت لاحقا له ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين , وهذا ما نصت عليه المادة (1023 ) من القانون المدني اذ جاء فيها : ( اذا قدمت الكفالة تكميلا لتأمين عيني , ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين , فان هذه الكفالة لا تلزم الكفيل الا اذا كان التأمين العيني لم يوف بالدين وبقدر ما يتبقى من هذا الدين ) [69] , ان هذا النص يقرر حكما لصورة خاصة للدفع بالتجريد ؛ إذ لا يتمثل بالبدء بالتنفيذ على اموال المدين اولا , بل التنفيذ على اي تامين عيني خصصه المدين كضمان للوفاء بالتزامه المضمون بالكفالة , فان وجود هذا التامين العيني يمنع التنفيذ على اموال الكفيل . ولعل الحكمة من النص على هذه الصورة الخاصة للدفع بالتجريد تكمن في مراعاة المشرع لمصلحة الكفيل الذي تقبل كفالة الدين استنادا الى وجود تامين عيني ضامنا للوفاء بذلك الدين , فعلى الدائن ان يبدأ التنفيذ على هذا التامين اولا قبل البدء بالتنفيذ على اموال الكفيل, ولكن هذا لا يسقط حق الدائن في التنفيذ على اموال الكفيل اذا ما كان تنفيذه على المال المثقل بالتامين العيني لم ينتج عنه استيفاءه لحقه كاملا [70] . ان ما يميز هذه الصورة الخاصة عن القاعدة العامة للدفع بالتجريد , هو ان التشريع المدني العراقي والتشريعات المقارنة التي نصت على هذه الصورة لم تشترط ان يكون التأمين المقدم لضمان الدين كافيا للوفاء به , اما القاعدة العامة للتجريد فكما اسلفنا يجب ان يتولى الكفيل ارشاد الدائن الى اموالا للمدين تكون كافية للوفاء بالدين المضمون , فضلا عن ذلك ان الدفع بالتجريد وفق هذه الصورة يقتصر على المال او الاموال المثقلة بالتامين العيني , اما التجريد كقاعدة عامة فهو ينصرف الى كافة اموال المدين التي تولى الكفيل ارشاد الدائن اليها وهنا تكمن خصوصية هذه الصورة للتجريد[71] , ولكن ثمة شروط مستفادة من نص المادة ( 1023) من القانون المدني العراقي لتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد وفق هذه الصورة الخاصة وهي :

**اولا : الا يكون الكفيل متضامنا مع المدين**

تشترك هذه الصورة الخاصة للدفع بالتجريد مع القاعدة العامة له , اذ يشترط للدفع بالتجريد في كلتيهما الا يكون الكفيل متضامنا مع المدين , لأن الكفيل المتضامن مع المدين يعتبر مسؤولا عن الدين مسؤولية اصلية كالمدين نفسه [72] , وقد فصلنا هذا الشرط سلفا [73] .

**ثانيا : الا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في الدفع**

ان حق الكفيل بالدفع بالتجريد وفق هذه الصورة وايضا وفق القاعدة العامة للدفع بالتجريد ليس من النظام العام وبالتالي للكفيل ان يتنازل عن حقه في التمسك بهذا الدفع صريحة او ضمنا , وايضا يصح ان يكون تنازله عنه عند ابرام عقد الكفالة الشخصية او بعد ابرامه, واذا تنازل الكفيل عن حقه في التمسك بهذا الدفع يكون قد خطا خطوة باتجاه الكفالة التضامنية وان لم يكن متضامنا مع المدين فعلا[74] .

**ثالثا : ان يقدم تأمين عيني لضمان الدين المضمون بالكفالة الشخصية**

ان التأمين العيني الذي ذكرته المادة (1023) من القانون المدني العراقي سالفة الذكر قد يكون رهنا تأمينا او رهنا حيازيا او قد يكون حقا في الامتياز , وقد يرد هذا التامين العيني على العقار كما ان يرد على المنقول ايضا اذا كانت طبيعته تسمح بذلك , ويلاحظ بهذا الخصوص ان المادة (791) من القانون المدني المصري قد بينت مصدر التامين المقدم لضمان الدين وهو ان يكون قانونا او اتفاقا اذ نصت (اذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونا او اتفاقا لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين او معه..)[75] , وهذا على عكس موقف المشرع العراقي الذي اطلق لفظ التامين العيني دون ان يبن مصدر تقديمه وهو لا يعدو عن كونه قانوني او اتفاقي لكون التأمينات العينية قد حصرها المشرع العراقي بالرهن التاميني والرهن الحيازي وحقوق الامتياز فبالنسبة الى الرهنين التاميني والحيازي فان مصدرهما الاتفاق , اما بالنسبة الى حقوق الامتياز فمصدرها القانون , ومن ثم يكون سكوت المشرع العراقي عن بيان مصدر التامين العيني اراد به ان يشمل الاثنين (الاتفاق والقانون )[76] .

**رابعا : ان تكون الكفالة الشخصية معاصرة للتامين العيني او لاحقة له**

اذا كانت الحكمة من النص على الصورة الخاصة للدفع بالتجريد تكمن في اعتماد الكفيل على التامين العيني في الوفاء بالدين , فان العدالة تقتضي تجريد الدائن للمال او الاموال المثقلة بالتامين العيني اولا قبل تجريد اموال الكفيل , فتماشيا مع هذه الحكمة يجب ان تكون الكفالة الشخصية قدمت مع التامين العيني او بصورة لاحقة له , فمع تقديمها بشكل سابق للتامين العيني لا يمكن القول ان الكفيل قد اعتمد في كفالته للالتزام على وجود هذا التامين , ومن ثم لا حكمة من السماح له بالدفع تجاه الدائن بتجريد المال او الاموال التي اثقلت بالتامين العيني بعد الكفالة الشخصية[77].

**خامسا : تقرير التأمين العيني على مال ملوك للمدين**

ان التشريع المدني العرقي لم يشترط من خلال نص المادة (1023) سالفة الذكر ان يكون المال المقرر عليه التامين العيني مملوكا للمدين [78] , وهذا الامر هو نفسه بالنسبة الى المشرع المصري فهو الاخر لم يشترط ذلك في المادة (791) سالفة الذكر من قانونه المدني , لذا انقسم الفقه بشأن الاجابة على هذه المسألة الى اتجاهين , إذ يرى اتجاه انه لا يشترط في المال المثقل بالتأمين العيني ان يكون مملوكا للمدين نفسه , فان النص الذي عالج هذه الصورة الخاصة للدفع بالتجريد لم يذكر هذا الشرط [79] . بينما يرى الاتجاه الغالب من الفقه ان المال المقرر عليه التامين العيني يجب ان يكون مملوكا للمدين , ولا يغير من حكم هذه الصورة الخاصة للدفع بالتجريد فيما اذا كان المال المثقل بالتامين العيني قد انتقلت ملكيته فيما بعد الى غير المدين , اما اذا كان هذا التامين العيني مقدما من قبل شخص اخر غير المدين كأن يكون كفيلا عينيا , فلا مجال لانطباق حكم الصورة الخاصة للدفع بالتجريد, ومن ثم ليس للكفيل ان يدفع تجاه الدائن بتجريد ذلك المال المثقل بالتامين العيني المقدم من غير المدين اولا , ويستند اصحاب هذا الاتجاه الى ثلاث حجج , الأولى : ان الدفع بالتجريد وفق الصورة الخاصة له قد نص عليه المشرع بعد النصوص التي عالجت الدفع بالتجريد بصفة عامة مباشرة , فان هذا الدفع يأخذ حكمه من حيث اشتراط المشرع او عدم اشتراطه لأن يكون المال المنفذ عليه مملوكا للمدين من النصوص التي سبقته لبيان التجريد بوجه عام , وان المشرع كان قد اشترط في الدفع بالتجريد ان يتولى الكفيل ارشاد الدائن الى اموالا مملوكة للمدين , ومن ثم يسري هذا الحكم على الصورة الخاصة للدفع بالتجريد [80]. والحجة الثانية : ان هذه الصورة الخاصة للدفع بالتجريد مأخوذة من التشريعين الألماني والسويسري , حيث يشترط فيهما ان يكون المال المقرر عليه التأمين العيني مملوكا للمدين [81] .اما الحجة الثالثة : فهي , اذا كان المال المقرر عليه التامين العيني مملوكا لغير المدين فيكون عندئذ مالكه كفيلا عينيا عن الالتزام , ولا يمكن للكفيل الشخصي ان يدفع تجاه الدائن بتجريد الكفيل العيني , بل يجوز له فقط ان يدفع تجاه الدائن بالتقسيم اذا توفرت شرائطه [82] ومن جانبنا نؤيد اصحاب الاتجاه الاول , اذ نرى ان للكفيل ان يدفع بتجرد المال المثقل بالتامين العيني الذي قدم كضمان للدين بغض النظر عن عائدية ذلك المال سواء كان مملوكا للمدين ام مملوكا للكفيل العيني , ولا يمكن ان ينظر لهذا التجريد على انه تجريدا من الكفيل الشخصي لأموال الكفيل العيني التي قدمها كضمان للدين ؛ بقدر ما هو تجريد من الكفيل الشخصي لمال او اموال قدمت ضماناً لدين المدين , فان تقديم هذا المال قبل او مع الكفالة الشخصية لاشك في اعتماد الكفيل الشخصي عليه عند قبوله لكفالة

الدين , وهذا ما يتفق و نص المادة (1023 ) من القانون المدني العراقي سالفة الذكر إذ لم تشـــر الى عـائديـة المـال المثقل بـالتـامين العيني الى المـدين فمن غير اللائق الخروج عن مفهوم النص بهذا الشكل الصـارخ. واذا توافرت شـروط الدفع بالتجريد وفق الصـورة الخاصـة له وقبلته المحكمة , فان الاثار التي تترتب على هذا الدفع هي ذاتها الاثار التي تترتب على تمســـك الكفيل بالدفع بالتجريد بصـــفة عامة , ومن ثم يجب على الدائن ان يتبع الاجراءات التنفيذية بالنســـبة للمال المثقل بالتامين العيني, وان كل اجراء تنفيذي صـــادر من الدائن على اموال الكفيل يســـبق ذلك يعتبر باطلا .(83)

## الخاتمة

**الاستنتاجات :**

1- ان المشـرع العراقي قد أحسـن فعلا ؛ إذ نص على حق الكفيل في التمسـك قبل الدائن بتجريد اموال المدين اولا في المادة ( 1021 فـ2) م , ولكن ما يؤخذ على هذا النص انه لم يحسم الجدل حول وقت تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد , إذ لم يحدد المشـرع فيه هل ان المقصـود بالإجراءات الاولى هي اجراءات المطالبة القضـائية من قبل الدائن للكفيل , ام انها اجراءات التنفيذ على اموال الكفيل ؟ , ورغم غموض النص نميل الى ان الاجراءات التي قصـدها المشـرع العراقي هي اجراءات المطالبة القضـائية لكون النص قد ابتدئ بـ ( فاذا طولب ..) .

2- ليس للكفيل العيني ان يدفع بالتجريد ؛ إذ ان مسـؤوليته عن الدين تكون محددة بالمال الذي قدمه ضمانا للوفاء به م (1300) مدني , وايضا ليس للكفيل في الكفالة القضائية والقانونية والتجارية ان يدفع بالتجريد لأنه يعد متضـــامنا مع المدين م (1030 فـ2) مدني .

3- ان الاثر المترتب على تمسـك الكفيل قبل الدائن بتجريد اموال المدين اولا يتمثل بعدم جواز التنفيذ على اموال الكفيل , الابعد اجراء التنفيذ على اموال المدين , وأيضـــا التزام الدائن بتجريد اموال المدين بعد ان تولى الكفيل ارشاده اليها .

4- أن الدفع بالتجريد من شـــأنه أن يؤدي إلى تقليص الاجراءات القضـــائية التي يتخذها الدائن , من أجل الحصول على حقه.

5- اورد المشـــرع العراقي في المادة ( 1023) مدني , حكما لصـــورة خاصـــة للدفع بالتجريد وهذه الصـــورة تفترض ان يكون هناك تامينا عينيا مقدم لضـــمان الدين , وعاصـــرت هذا التأمين العيني كفالة او جاءت لاحقا له ولم يكن الكفيل متضـــامنا مع المدين , وان ما يميز هذه الصورة الخاصة عن القاعدة العامة للدفع بالتجريد , هو ان التشـريعات المدنية التي نصـت على هذه الصـورة لم تشـترط ان يكون التأمين المقدم لضمان الدين كافيا للوفاء به, اما القاعدة العامة للتجريد فتشترط للتمسك به ان يتولى الكفيل ارشـاد الدائن الى اموالا للمدين تكون كافية للوفاء بالدين , فضـلا عن ذلك ان الدفع بالتجريد وفق هذه الصورة يقتصر على المال او الاموال المثقلة بالتامين العيني , اما التجريد كقاعدة عامة فهو ينصـــرف الى كافة اموال المدين التي تولى الكفيل ارشاد الدائن اليها وهنا تكمن خصوصية هذه الصورة للتجريد .

6- ان المشـرع العراقي قد أحسـن فعلا ؛ إذ لم يشـترط من خلال المادة (1023) مدني, في المال الذي قدم ضـــمانا للدين والذي للكفيل ان يدفع بتجريده ووفق الصـــورة الخاصـــة للتجريد أن يكون مملوكا للمدين , وهذا ما عليه المشـــرعين المصـــري

والجزائري ايضـا , ولكن بعض التشـريعات ومنها المشـرع البحريني قد اشـترط ان يكون هذا المال مملوكا للمدين نفسه م(759) مدني .

**التوصيات:**

1- ندعو المشـرع العراقي الى النص على القاعدة التي نصـت عليها غالبية التشـريعات والتي مفادها ان التزام الكفيل يجب الا يكون اشـــد من التزام المدين ولكن ممكن ان يكون اخف منه , ونقترح النص الاتي : ( لا تصح الكفالة بمبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشروط أشد من الشروط التي التزم بها المدين ) .

2- ندعو المشرع العراقي الى اعادة صياغة نص المادة (1021ف2) مدني بالشكل الذي يظهر منه جليا حق الكفيل في الدفع تجاه الدائن بتجريد اموال المدين اولا عند اتخاذ الاجراءات التنفيـذيـة الاولى على امواله , امـا مجرد النص على عبـارة (عنـد الاجراءات الاولى ) فهي مثيرة للجدل إذ تحمل معنى المطالبة القضائية ومعنى اتخاذ الاجراءات التنفيذية .

3- ندعو المشـــرع العراقي إلى رفع القيد الوارد في نص المادة (1021) من القانون المدني والمتمثل بكفاية اموال المدين التي يتولى الكفيل ارشـــاد الدائن اليها , إذا لا نرى مانعا من تنفيذ الدائن على الاموال التي ارشـــد اليها من قبل الكفيل , ومن ثم التنفيذ على اموال الاخير بالباقي من حقه. فاسـتيفاء الباقي من اموال الكفيل يتناسـب وتبعية التزامه .

## الهوامش
## Footnotes

[1]) د. عبد الفتاح عبد الباقي , التأمينات الشخصية والعينية , ( الاسكندرية : مطبعة دار نشر الثقافة , لسنة 1950), ص 133

[2]) د. سليمان مرقس , الوافي في شرح القانون المدني , الجزء الثالث , العقود المسماة , المجلد الثالث (عقد الكفالة), (بيروت : منشورات مكتبة صادر, الطبعة الثالثة, لسنة 1994) , ص111.

[3]) د. همام محمد محمود زهران , التأمينات العينية والشخصية , ( الاسكندرية : منشأة المعارف , لسنة 2002م) ص 113.

[4]) د. رمضان ابو السعود , التأمينات الشخصية والعينية ,( مصر : دار الجامعة الجديدة, لسنة 2007 م) , ص 144 .

[5]) تقابلها المادة (788) مدني مصري , المادة (660 ) مدني جزائري , المادة ( 756) مدني بحريني , المادة (1072) العقود والموجبات اللبناني ,المادة ( 797 ف 2 ) مدني ليبي , المادة ( 760 ) مدني كويتي , المادة (925) مدني فلسطيني , المادة (1040) مدني يمني .

[6]) نصت المادة (644) من مجلة الاحكام العدلية على ( الطالب مخير في المطالبة ان شاء طالب الاصيل بالدين وان شاء طالب الكفيل ومطالبة احدهما لا تسقط حق مطالبته الاخر وبعد مطالبة احدهما له ان يطالب الاخر ويطالبهما معا )

[7]) تقابلها المادة ( 1078) قانون المعاملات المدنية الاماراتي , المادة ( 1040) مدني يمني , المادة ( 493 ف2) مدني سوداني

[8]) ينظر نص المادة (971) من القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976 .

[9]) معاذ أحمد المومني , الحجز على اموال الكفيل في القانون الاردني , رسالة ماجستير , ( جامعة الشرق الاوسط : كلية الحقوق , لسنة 2012م ), ص79 .

[10]) د . ندى سالم ملا علو , د. ندى محمود ذنون , المركز القانوني للكفيل العيني , بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية , كلية القانون والعلوم السياسية , جامعة كركوك , المجلد الثالث , العدد التاسع , لسنة 2014م , ص 6.

[11]) د. توفيق حسن فرج , التأمينات الشخصية والعينية ,( الاسكندرية : مؤسسة الثقافة الجامعية, لسنة 1984م) , ص 61 ؛ د. عصمت عبد المجيد البكر , الوجيز في العقود المدنية المسماة ( الكفالة ) , ( بيروت : مكتبة زين الحقوقية والادبية ,ط1 , لسنة 2018م) , ص 208 .

[12]) تقابلها المادة (1050) مدني مصري , المادة ( 901) مدني جزائري , المادة ( 963 ف أ ) مدني بحريني

[13]) د. عبد السلام ذهني بك , في التأمينات , ( مصر : مطبعة الاعتماد , طبعة بلا , لسنة 1926م) ,ص14 ؛ د. سمير عبد السيد تناغو , التأمينات الشخصية والعينية,( الاسكندرية , منشأة المعارف, لسنة 1996م), ص69.

[14]) د. احمد سلامة , التأمينات المدنية , ( القاهرة : دار التعاون للطبع والنشر, لسنة 1966م) , ص68 .

[15]) د. محمد كامل مرسي باشا , العقود المسماة , ج1 , ( الاسكندرية : منشأة المعارف, لسنة 2005م) , ص 219 .

[16]) تنص المادة (2299 ) من القانون المدني الفرنسي على ( لا يلزم الدائن بتجريد المدين الاصلي الا عندما يطلب ذلك الكفيل عند الملاحقات الاولى الموجهة بوجهه ) , القانون المدني الفرنسي باللغة العربية , طبعة دالوز الثامنة بعد المئة , جامعة القديس يوسف , بيروت , لبنان , لسنة 2012 , ص 2047.

17) Justin kakara, De La Nécessité d'une protection De La caution en matière de surete' en droit positif congolais, 2007, sans pages, Available at:- http:/www. memoireonline. com. last visit : 22/2/2022 .

[18]) أيضا بالنسبة الى المشرع الجزائري والمشرع البحريني لم يحددا الوقت الذي يحق فيه للكفيل ان يتمسك قبل الدائن بتجريد اموال المدين , انظر المادة (660) من القانون المدني الجزائري والمادة (756 ) من القانون المدني البحريني سالفتي الذكر .

[19]) د. محمود جمال الدين زكي , التأمينات الشخصية والعينية , ( القاهرة : مطابع دار الشعب , ط3, لسنة 1979م ) , ص 65 ؛ د. محمد لبيب شنب , دروس في التأمينات العينية والشخصية, (القاهرة : دار النهضة العربية , لسنة 1974م) , ص 257 ؛ د. علي أبو مارية , تجريد أموال المدين كدفع من الدفوع المقررة لمصلحة الكفيل في القانون الفلسطيني ( دراسة مقارنة بالقانون الكويتي ) , بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة حمه لخضر – الوادي , فلسطين , المجلد الثاني عشر , العدد الاول , لسنة 2021 , ص21.

[20]) د. نبيل ابراهيم السعد , التأمينات العينية والشخصية , ( بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية , ط1 , لسنة 2010 م ) , ص 349 ؛ د. منصور مصطفى منصور , عقد الكفالة , ( القاهرة : دار المعرفة الجامعية , ط1 , لسنة 1960 م ) , ص 86 ؛ د. مصطفى عبد الجواد حجازي , عقد الكفالة في القانون المدني ,( مصر : دار الكتب القانونية , لسنة 2006م),ص 127

[21]) قرار محكمة النقض المصرية رقم 78 لسنة 6 قضائية , تاريخ القرار 1937/1/21 .

[22]) د. سليمان مرقس , المصدر السابق , ص ص 117 , 118 ؛ د. سعيد عبد السلام , الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية ,( القاهرة : دار النهضة العربية للنشر والتوزيع , لسنة 1997), ص 99 .

[23]) قرار محكمة التمييز العراقية رقم 797 / كفالة تضامنية / 2008 , تاريخ القرار 2008/9/16 , مجلس القضاء الاعلى , قرارات محكمة التمييز الاتحادية , منشور على الموقع : https://www.hjc.iq/qview.945 تاريخ الزيارة , 2022/5/12 .

[24]) انظر نص المادة ( 793) مدني مصري , المادة (665 ) مدني جزائري , المادة ( 756 ) مدني بحريني .

[25]) قرار محكمة بداءة الرصافة رقم 1590 / ب /2019 في 2016/12/26 . ( قرار غير منشور)

[26]) د. نادية فضيل , القانون التجاري الجزائري ,( الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية , ط6 , لسنة 2004م) , ص71 .

[27]) تقابلها المادة (5 ف 7) تجارة بحريني , المادة ( 5 / و ) تجارة مصري , المادة (2 ف13 ) تجارة جزائري

[28]) قرار محكمة استئناف بغداد – الرصافة رقم 546 /ت/2012 , تاريخ القرار 2012/11/28 , ( غير منشور)

29) Jacques Mondino, Yves Thomas,droit du crédit, Applications et éditions nouvelles de gestion et de droit des entreprises, France,1992, 4e édition,P.94 .

[30]) د. رمضان أبو السعود, المصدر السابق , ص 150 ؛ فراس بحر محمود حسن , عقد الكفالة بين الشريعة والقانون الوضعي (دراسة مقارنة ) , رسالة ماجستير ( جامعة النهرين : كلية الحقوق , لسنة 2003 ) , ص244 .

[31]) د. محمد علي عبدة , عقد الكفالة ( دراسة مقارنة) , ( بيروت : منشورات زين الحقوقية , ط1 , لسنة 2005م) , ص127 ؛ د. سليمان مرقس , المصدر السابق , ص ص 114 , 115 .

[32]) د. فايز أحمد عبد الرحمن , التأمينات العينية والشخصية في القانون الليبي ,( القاهرة : دار النهضة العربية , ط1 , لسنة 2007م), ص230 ؛ د. محمد علي امام , المصدر السابق , ص100 .

[33]) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني , ج10( الاسكندرية : منشأة المعارف , لسنة 2004), ص 100؛ د. عصمت عبد المجيد البكر, حق الكفيل في الدفع بتجريد اموال المدين (دراسة مقارنة ), بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية , جامعة كركوك , المجلد الخامس, العدد الثامن عشر , لسنة 2016, ص30؛ مريم عبد طارش الزبيدي, التنظيم القانوني لحق التجريد في عقد الكفالة, رسالة ماجستير (, جامعة بغداد : كلية القانون , لسنة 2014 م ) , ص 98؛ وداد باقي , الكفالة في القانون الجزائري والفقه الاسلامي (دراسة مقارنة), رسالة ماجستير (جامعة بومرداس : كلية الحقوق , لسنة 2009), ص111 .

[34]) ايضا لم ينص كل من المشرع المصري والجزائري والبحريني صراحة على شرط عدم تنازل الكفيل عن حقه في هذا الدفع .

[35]) قرار محكمة التمييز العراقية رقم 182/ م1975/3 في 1975/8/9, مجموعة الاحكام العدلية , العدد الثالث, س6 , ص 53

[36]) أوس محمد فهمي جرار , الاحكام القانونية لرجوع الدائن على الكفيل في الكفالة بالمال (دراسة في القانون المدني الاردني ) , رسالة ماجستير ( جامعة اليرموك : كلية القانون , لسنة 2014 م ) , ص49.

[37]) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري , المصدر السابق , ص121 .

[38]) د. عبد الفتاح عبد الباقي , المصدر السابق , ص 141 .

[39]) د . محمد كامل مرسي باشا , المصدر السابق ص213 .

[40]) تقابلها المادة (469 ف 2) مدني مصري , المادة ( 400) مدني جزائري , المادة ( 437 ف ب) مدني بحريني

[41]) د. سعيد مبارك , د. طه الملا حويش , د. صاحب عبيد الفتلاوي , الموجز في العقود المسماة ( البيع , الايجار , المقاولة ) , ( بيروت : دار السنهوري , لسنة 2009 م ) , ص159.

[42]) د. سعدون العامري , الوجيز في شرح العقود المسماة , الجزء الاول , ( بغداد : مطبعة العاني , ط3 , لسنة 1974م) , ص179 ؛ د . راقية عبد الجبار علي , العقود المسماة ( البيع والايجار ) , دراسة في القانون المدني البحريني والقوانين المقارنة ,( مصر : المكتب الجامعي الحديث , ط1 , لسنة 2015 ), ص189 .

[43]) نذير بن عمو , العقود الخاصة ( البيع , المعاوضة ) , ( بيروت : مركز الناشر الجامعي , وزارة التعليم والبحث العلمي والتكنولوجيا ,ط1, لسنة 2008 ) , ص118 .

[44]) د. نبيل ابراهيم السعد , التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية ( مصر : دار الجامعة الجديدة للنشر , ط1, لسنة 2017م) , ص 99 .

[45]) تقابلها المادة (789 ف 2) مدني مصري , المادة ( 757 ف ب ) مدني بحريني , المادة (661) مدني جزائري .

[46]) د. عبد الفتاح عبد الباقي , المصدر السابق , ص142 ؛ أحمد محمد زياد فيصل شرف , الدفع بالتجريد في عقد الكفالة , رسالة ماجستير ( جامعة الشرق الاوسط : كلية الحقوق, لسنة 2012م ) , ص85 .

[47]) قرار محكمة التمييز العراقية رقم 1400/ م 1974/3 في 1975/2/24 , مجموعة الاحكام العدلية , العدد الأول , السنة السادسة , ص82 .

[48]) تنصت المادة (260) من القانون المدني على : (1- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه , 2- وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان الا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون) وتقابلها المادة ( 234) مدني مصري , المادة (188) مدني جزائري , المادة (299) مدني بحريني.

[49]) د. أوباجي محمد , الضمان العام ووسائل حمايته , بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية , المجلد السابع , العدد الثاني , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة البليدة - 2- , الجزائر , بلا سنة نشر , ص224 .

[50]) د. أحمد أبو الوفا , اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية ,( الاســكندرية : مكتبة الوفاء القانونية, لسنة 2015م) , ص312 .
[51]) ينظر نص المادة (62) من قانون التنفيذ العراقي رقم (45) لسنة 1980 .
[52]) تنص المادة ( 231 فـ1) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسـنة 1969 على ( لكل دائن بيده سند رسمي او عادي بدين معلوم مستحق الاداء وغير مقيد بشرط يستصدر امرا من المحكمة بتوقيع الحجز الاحتياطي على اموال مدينه المنقولة والعقارية الموجودة لديه او لدى شخص ثالث بقدر ما يكفي لوفاء الدين وملحقاته ) .
[53]) انظر المادة (55 ) من قانون التنفيذ العراقي رقم 45 لسـنة 1980 اذ تنص على ( يكون حجز مال المدين ورفعه وبيعه بطلب من الدائن وقرار من المنفذ العدل ) .
[54]) انظر الباب الثاني والثالث من الكتاب الثاني من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصـري رقم (13) لسـنة (1968 ) , وايضـا انظر الباب الخامس من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري رقم (08- 09 ) المؤرخ في 25 فبراير لسـنة 2008 , وايضـا انظر قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني رقم (12) لسنة 1971 .
[55]) د. عصـمت عبد المجيد البكر , حق الكفيل في الدفع بتجريد اموال المدين , المصـدر السـابق , ص 52 .
[56]) تقابلها المادة (789 فـ2) مدني مصـــري, المادة (661 ) مدني جزائري , ( 757) مدني بحريني .
[57]) د. علي فوزي الموســوي , عقد الكفالة , ( بغداد : مكتبة نور العين للكتب والمحاضــرات القانونية , لسنة 2018م ) , ص63 .
[58]) د. أحمد محمود سعد , التأمينات الشخصية والعينية في القانونين المصري واليمني , ( القاهرة : دار النهضة العربية , ط1 , لسنة 1990 م ) , ص405 ؛ زينب عشور , ضمانات منح القروض في التشـريع الجزائري , رسـالة ماجسـتير (جامعة محمد خيضـر بسـكرة : كلية الحقوق والعلوم السياسية , لسنة 2019 م ) , ص31 .
[59]) د. سليمان مرقس , المصدر السابق , ص 129 .
[60]) د. همام محمد محمود زهران , المصدر السابق , ص127 ؛ د. أحمد محمود سعد , المصدر السابق , ص 406.
[61]) تقابلها المادة (662) مدني جزائري , المادة (758) مدني بحريني .
[62]) د. سليمان مرقس , المصدر السابق , ص 129 -130 ؛ د. محمد كامل مرسي باشا , المصدر السابق , ص223-224 .
[63]) قرار محكمة النقض المصرية رقم 69 لسنة 2 قضائية في 1933/2/2 .
[64]) ايضــا لم ينص كل من المشــرع المصــري والجزائري والبحريني على حق الدائن في اتخاذ الاجراءات التحفظية على اموال الكفيل
[65]) د . أحمد سلامة , المصدر السابق , ص72 ؛ د. سليمان مرقس , المصدر السابق , ص130-131 .
[66]) د. صـابر محمد محمد سيد , رجوع الدائن على الكفيل , ( مصـر : دار الكتب القانونية , مطبعة شتات للنشر والبرمجيات, لسنة 2010م ) , ص 393 .
[67]) د. احمد سـعيد الزقرد , الوجيز في التأمينات الشـخصـية والعينية , ( بلا بلد نشـر : ط1 , لسنة 1999م ) , ص 64 .
[68]) انظر المادة (1499) مدني تونســي , المادة ( 1137) مدني مغربي , المادة ( 1068) مدني موريتاني .
[69]) تقابلها المادة (791) مدني مصــري , المادة (663) مني جزائري , المادة ( 759 ) مدني بحريني .

[70]) د. نبيل ابراهيم السعد , التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية , المصدر السابق , ص104.
[71]) د. سمير عبد السيد تناغو , المصدر السابق , ص 78 .
[72]) د. محمد حسين منصور , النظرية العامة للائتمان , ( الاسكندرية : منشأة المعارف , لسنة 2005 م), ص155 .
[73]) ينظر البحث من (ص7 الى ص8)
[74]) د. احمد محمود سعد , المصدر السابق , ص 429 ؛ د. همام محمد محمود زهران , المصدر السابق , ص 128 .
[75]) أيضا بالنسبة الى المشرع الجزائري فقد حصر مصدر التامين العيني بالقانون او الاتفاق , انظر المادة (663) مدني جزائري , وبهذا يكون موقفه مطابقا لموقف المشرع المصري , اما بالنسبة الى المشرع البحريني فهو لم ينص على حصر مصدر التامين العيني بالاتفاق او القانون وانما اطلق اللفظ كما هو الحال بالنسبة للمشرع العراقي , ولكن هذا لا يعني انه اجاز ان يكون مصدر ذلك التأمين قضائيا , فقد سبق القول ان القانون المدني البحريني لم يأخذ بحق الاختصاص , لذا فان موقفه يعد مطابقا لموقف القانون المدني العراقي بهذا الخصوص , انظر المادة (759) مدني بحريني.
[76]) د. أحمد محمود سعد , المصدر السابق , ص 415 – 416 ؛ د. محمد لبيب شنب , المصدر السابق , ص260 ؛ د. محمد حسين منصور , المصدر السابق , ص 154 .
[77]) د. علاء وصفي المستريحي , القواعد القانونية الناظمة لحق الكفيل بالمال في الدفع بتجريد المدين , بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية , السنة التاسعة , العدد 2, العدد التسلسلي 34 , لسنة 2021 , ص 660 ؛ د. سليمان مرقس , المصدر السابق , ص 135 ؛ د. عبد الفتاح عبد الباقي , المصدر السابق , ص 150 – 151.
[78]) كذلك هو الحال بالنسبة الى المشرع الجزائري فان المادة ( 663) من قانونه المدني لم تشترط ان يكون المال المقرر عليه التامين العيني مملوكا للمدين , اما بالنسبة الى المشرع البحريني فان الامر يختلف تماما حيث اشترطت المادة ( 759 ) من قانونه المدني ان يكون التامين العيني مقررا على مال للمدين اذ جاء فيها ( اذا كان هناك تامين عيني مقرر على مال للمدين لضمان الدين...) ومن ثم ليس للكفيل ان يدفع بتجريد المال المثقل بالتامين العيني فيما اذا كان هذا المال ليس مملوكا للمدين نفسه .
[79]) د. أحمد محمود سعد , المصدر السابق , ص 419 ؛ د. سليمان مرقس, المصدر السابق ,ص ص133, 134 .
[80]) د. محمد السيد عمران , التأمينات الشخصية والعينية , ( مصر : دار الكتب والدراسات العربية , لسنة 2002- 2003 م ) , ص ص 69, 70 . ؛ د. راقية عبد الجبار علي , التأمين والكفالة في القانون البحريني والقوانين العربية , ( مملكة البحرين :, مؤسسة فخراوي للدراسات والنشر , ط1, لسنة 2012 م ), ص 361 .
[81]) د. عبد الودود يحيى , عقد الكفالة , ( القاهرة : مطبعة مصطفى الحلبي, لسنة 1961 م ) , ص 70 .
[82]) د. أحمد سعيد الزقرد, المصدر السابق , ص 66 .
[83]) د. محمد حسين منصور , المصدر السابق , 176 .

# المصادر
# References

## أولاً/ الكتب


i. أحمد أبو الوفا،2015، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية .
ii. احمد سعيد الزقرد، 1999، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، ط1، بلا بلد نشر.
iii. أحمد سلامة، 1966، التأمينات المدنية، دار التعاون للطبع والنشر، القاهرة .
iv. أحمد محمود سعد،1990، التأمينات الشخصية والعينية في القانونين المصري واليمني، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة.
v. توفيق حسن فرج ،1984، التأمينات الشخصية والعينية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية .
vi. راقية عبد الجبار علي، 2012، التأمين والكفالة في القانون البحريني والقوانين العربية، ط1، مؤسسة فخراوي للدراسات والنشر، مملكة البحرين .
vii. راقية عبد الجبار علي، 2015، العقود المسماة (البيع والايجار) ، دراسة في القانون المدني البحريني والقوانين المقارنة ، ط1، المكتب الجامعي الحديث، مصر.
viii. رمضان ابو السعود ،2007, التأمينات الشخصية والعينية ، دار الجامعة الجديدة، مصر.
ix. سعدون العامري،1974، الوجيز في شرح العقود المسماة، ط3، الجزء الاول، مطبعة العاني، بغداد.
x. سعيد عبد السلام، 1997، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة .
xi. سعيد مبارك، طه الملا حويش، صاحب عبيد الفتلاوي، 2009، الموجز في العقود المسماة ( البيع، الإيجار، المقاولة)، دار السنهوري، بيروت .
xii. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني ، 1994، الجزء الثالث، العقود المسماة , المجلد الثالث ، الطبعة منشورات مكتبة صادر، بيروت .
xiii. سمير عبد السيد تناغو ،1996، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الاسكندرية .
xiv. صابر محمد محمد سيد، 2010، رجوع الدائن على الكفيل، دار الكتب القانونية، مصر.
xv. عبد الفتاح عبد الباقي، 1950، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة دار نشر الثقافة، الاسكندرية.
xvi. عبد الرزاق أحمد السنهوري،2004، الوسيط في شرح القانون المدني، ج10، منشأة المعارف ، الاسكندرية .
xvii. عبد السلام ذهني بك، 1926، في التأمينات، مطبعة الاعتماد، مصر .
xviii. عبد الودود يحيى،1961، عقد الكفالة ، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة .
xix. عصمت عبد المجيد البكر،2018، الوجيز في العقود المدنية المسماة ( الكفالة ) ، ط1، مكتبة زين الحقوقية والادبية، بيروت .
xx. علي فوزي إبراهيم الموسوي،2018، عقد الكفالة، مكتبة نور العين للكتب والمحاضرات القانونية ، بغداد.
xxi. فايز أحمد عبد الرحمن، 2007، التأمينات العينية والشخصية في القانون الليبي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة.
xxii. محمد السيد عمران، 2002- 2003 ، التأمينات الشخصية والعينية، دار الكتب والدراسات العربية، مصر .
xxiii. محمد حسين منصور، 2005، النظرية العامة للائتمان، منشأة المعارف، الاسكندرية .
xxiv. محمد علي عبدة،2005، عقد الكفالة ( دراسة مقارنة)، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت .
xxv. محمد كامل مرسي باشا،2005، شرح القانون المدني، العقود المسماة،ج1، منشأة المعارف، الاسكندرية .
xxvi. محمد لبيب شنب،1974، دروس في التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية ، القاهرة .
xxvii. محمود جمال الدين زكي، 1979، التأمينات الشخصية والعينية، ط3، مطابع دار الشعب، القاهرة .
xxviii. مصطفى عبد الجواد حجازي، 2006، عقد الكفالة في القانون المدني، دار الكتب القانونية ، مصر.

xxix. نادية فضيل، 2004، القانون التجاري الجزائري، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر .
xxx. نبيل إبراهيم السعد،2010، التأمينات العينية والشخصية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت.
xxxi. نبيل إبراهيم السعد،2017، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر.
xxxii. نذير بن عمو،2008، العقود الخاصة( البيع , المعاوضة)،ط1، مركز الناشر الجامعي، وزارة التعليم والبحث العلمي والتكنولوجيا .
xxxiii. همام محمد محمود زهران، 2002،التأمينات العينية والشخصية ، منشأة المعارف، الاسكندرية .

**ثانياً/ الرسائل**

i. أحمد محمد زياد فيصل شرف،2012، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، الاردن.
ii. أوس محمد فهمي جرار،2014، الأحكام القانونية لرجوع الدائن على الكفيل في الكفالة بالمال(دراسة في القانون المدني الاردني )، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك.
iii. زينب عشور، 2019، ضمانات منح القروض في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر .
iv. فراس بحر محمود حسن،2003، عقد الكفالة بين الشريعة والقانون الوضعي(دراسة مقارنة )، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين .
v. مريم عبد طارش الزبيدي، 2014، التنظيم القانوني لحق التجريد في عقد الكفالة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد .
vi. معاذ أحمد المومني، 2012، الحجز على أموال الكفيل في القانون الاردني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط ، الاردن .
vii. وداد باقي، 2009، الكفالة في القانون الجزائري والفقه الاسلامي( دراسة مقارنة )، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بومرداس .

**ثالثاً/ البحوث**

i. أوباجي محمد، بلا سنة نشر، الضمان العام ووسائل حمايته، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد السابع، العدد الثاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة - 2- , الجزائر .
ii. عصمت عبد المجيد البكر،2016، حق الكفيل في الدفع بتجريد أموال المدين (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد الخامس, العدد الثامن عشر .
iii. علاء وصفي المستريحي،2021، القواعد القانونية الناظمة لحق الكفيل بالمال في الدفع بتجريد المدين(دراسة قانونية مقارنة بين القانونين المدنيين الاردني والكويتي)، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة التاسعة، العدد 2، العدد التسلسلي34 .
iv. علي أبو مارية، 2021، تجريد أموال المدين كدفع من الدفوع المقررة لمصلحة الكفيل في القانون الفلسطيني (دراسة مقارنة بالقانون الكويتي )، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمه لخضر – الوادي , فلسطين , المجلد الثاني عشر، العدد الاول.
v. ندى سالم ملا علو، ندى محمود ذنون ،2014، المركز القانوني للكفيل العيني، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، المجلد الثالث، العدد التاسع.

**رابعا / القوانين**

i. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 م.
ii. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 م. المعدل .
iii. القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر 75- 58 لسنة 1975 م. المعدل .

iv. القانون المدني البحريني رقم 19 لسنة 2001 م.
v. القانون المدني الفرنسي بالعربية_دالوز، جامعة القديس يوسف، لبنان 2012 .
vi. القانون المدني الليبي لسنة 1953 م.
vii. القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976 م.
viii. القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980 م.
ix. قانون التنفيذ العراقي رقم 45 لسنة 1980 م.
x. قانون العقود والموجبات اللبناني لسنة 1932 م.
xi. القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 م.
xii. القانون المدني المصري القديم لسنة 1883م.
xiii. قانون المرافعات المدنية العرقي رقم 83 لسنة 1969 م.
xiv. القانون المدني اليمني رقم 14 لسنة 2002 م.
xv. قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم 5 لسنة 1985 م.
xvi. القانون المعاملات المدني السوداني رقم 6 لسنة 1984 م.
xvii. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968 م.
xviii. قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الصـــادر بالأمر رقم (08- 09 ) المؤرخ في 25 فبراير لسنة 2008 م.
xix. قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني رقم (12) لسنة 1971 م.
xx. مجلة الالتزامات والعقود التونسية , الأمر 1 لسنة 1907 م.
xxi. القانون الالتزامات والعقود المغربي لسنة 1913م. المعدل .
xxii. القانون الالتزامات والعقود الموريتاني رقم 89 – 126 لسنة 1989م. المعدل .
xxiii. مجلة الاحكام العدلية .

**خامسا/ القرارات القضائية**

i. قرار محكمة النقض المصرية رقم 69 لسنة 2 قضائية في 1933/2/2 .
ii. قرار محكمة التمييز العراقية رقم 182/ م3/1975 في 1975/8/9، مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثالث، السنة السادسة .
iii. قرار محكمة استئناف بغداد – الرصافة رقم 546 /ت/2012، تاريخ القرار 2012/11/28،( غير منشور)
iv. قرار محكمة التمييز العراقية رقم 797 / كفالة تضامنية / 2008، تاريخ القرار 2008/9/16 .
v. قرار محكمة بداءة الرصافة رقم 1590 / ب /2019 في 2016/12/26. (قرار غير منشور)
vi. قرار محكمة النقض المصرية رقم 78 لسنة 6 قضائية, تاريخ القرار 1937/1/21 .

**سادسا / المواقع الالكترونية**

i. موقع مجلس القضـــاء الأعلى، قرارات محكمة التمييز الاتحادية : https://www.hjc.iq/qview.945

**سابعا: المصادر الاجنبية**

i. Justin kakara, 2007, De La Nécessité d'une protection De La caution en matière de surete' en droit positif congolais , Available at:- http:/www. Memoireonline.
ii. Jacques Mondino, 1992, Yves Thomas,droit du crédit, Applications et éditions nouvelles de gestion et de droit des entreprises, France, , 4e édition.