محدودية ضمان الكفيل العيني في مواجهة الدائن المرتهن

م.د. زينة قدرة لطيف
الجامعة العراقية/ كلية القانون و العلوم السياسية

مقدمة

من المعلوم ان رابطة الالتزام العقدي تتأسس على عنصرين جوهريين هما:

عنصر المديونية وعنصر المسؤولية. وهذا يعني، ان كل التزام يقوم على ركن المديونية، لا يستتبع بالحتم قيام المسؤولية المطلقة عن اداء الالتزام، بل يجوز الحد منها وتقييدها باتفاق الاطراف. وتأسيسا على ذلك، يمكن القول بان الكفيل العيني الذي يقدم ماله لضمان الدين الذي في ذمة المدين تجاه المرتهن، يكون مدينا بهذا الدين بمواجهة هذا الاخير. ولكن مسؤوليته لا تنعقد الا في حدود القيمة الاقتصادية للمال المخصص للوفاء.

وبتعبير ادق، ان مديونية الكفيل العيني ترتكز على مسؤولية محدودة خلافا لصور الالتزام الاخرى التي تقوم على مسؤولية شخصية يسري اثرها على جميع اموال المدين. وعليه يمكن القول بأن الكفيل العيني مدين تابع لمدين اصلي ويدور التزامه بالضمان مع مديونية هذا الاخير في الوجود والعدم. على ان التزامه هذا يكون التزاما ذا صفة مباشرة، فلا تتوفر فيه صفة المدين الاحتياطي التي تتوافر في التزام الكفيل الشخصي الا اذا كان الاتفاق قد جرى على خلاف ذلك[١]. وفي ضوء هذه المعطيات يمكن القول ان التشريعات الوضعية قد اسبغت على هذا الالتزام حماية خاصة تمثلت في وضع ضوابط واسس معينة لكي يتسنى للمرتهن بمقتضاها ان يرجع على الكفيل الراهن، كما انها سمحت له الى جانب الاحتجاج بالدفوع المتعلقة به ان يحتج بما للمدين من اوجه الدفع المتعلقة بأصل الدين. وعلى ذلك، سينصب حديثنا عن هذا الموضوع في مطلبين نفرد الاول للكلام في الضوابط الخاصة برجوع الدائن على الكفيل ونكرس الثاني للدفوع التي يتمسك بها الكفيل في مواجهة المرتهن.

(١) د. شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، منشأة المعارف– الاسكندرية، ١٩٥٩، ص ١٨٦ ، ١٨٧.

المبحث الأول

الضوابط الخاصة برجوع الدائن على الكفيل العيني

تقضي المادة (١٣٠٠) (والمحال عليها بنص الفقرة الثانية من المادة (١٣٤١) من القانون المدني العراقي بأنه: (اذا كان الراهن في الرهن التأميني 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...)[٢].

وانطلاقا من هذا النص يمكن القول بأن الراهن اذا كان كفيلا عينيا فان مسؤوليته في ضمان الرهن تتحدد في اطار ما تم تخصيصه لكفالة الوفاء بحق الدائن الذي استحق له في ذمة المدين، بدليل ان سلطة الدائن المرتهن تتأسس على مايتمتع به من حق عيني على هذا المال لا بمقتضى ما له من ضمان عام. وفوق هذا التحديد، يلاحظ ان التشريعات الوضعية قد وضعت ضوابط معينة الزمت المرتهن باتباعها لاستيفاء حقه من ثمن المرهون، وتتلخص هذه الضوابط باخطار مديرية التنفيذ المدين بتسديد ما عليه للمرتهن اولا، ومن ثم اعلام الكفيل العيني بنزع ملكيته ثانيا:

المطلب الاول: قيام مديرية التنفيذ بتوجيه اخطار رسمي الى المدين على اعتباره المسؤول شخصيا عن الدين

ومفاد ذلك الاخطار، انه اذا لم يتم سداد الدين او ما تبقى منه خلال سبعة ايام او خمسة عشر يوماً من تاريخ هذا الاخطار، فأن الدائن المرتهن سيقوم بالتنفيذ على المرهون[٣]. وعلة هذا الاخطار ترجع الى الوقوف على ما عسى ان يكون لهذا المدين من دفوع تختص بالحق محل النزاع. ففي حالة وجود دفوع مقنعة لمديرية التنفيذ، فعندئذ يجري رفع النزاع امام القضاء، وهنا تتوقف اجراءات التنفيذ لحين صدور حكم قضائي بات فيه. فأذا ما بادر في ابداء دفوعه امام القضاء المختص خلال سبعة ايام من تاريخ هذا الاعتراض وطلب استدعاء الدائن للحضور في جلسة معينة التاريخ، توقف السير في اجراءات التنفيذ حتى يتم البت بهذا الاعتراض. اما اذا انتهت المدة دون ان يبدي اعتراضاً من المدين أو ان هذا الاخير ابدى اعتراضه ولكن قضي برفض الاعتراض الصادر منه، فإن مديرية التنفيذ تستمر باتخاذ إجراءات التنفيذ بحق المدين[٤].

---

(٢) ويقابل هذه المادة من التقنينات الأخرى: المادة (١٠٥٠) مدني مصري، والمادة (١٠٥٤) مدني ليبي، والمادة (١٣٤٠) مدني اردني والمادة (٣٠١) من قانون اصول المحاكمات المدنية السوري ويلاحظ ان هذه النصوص كانت قد تجنبت في صياغتها محذورا مفاده عدم اقتضاء التنفيذ الا على ما رهن الكفيل لذلك التجأت الى القول بأن التنفيذ لا يجوز على مال الكفيل الا على ما رهن، ولعل ذلك يرجع الى الحيلولة دون جواز التنفيذ على مال المدين بما للدائن من ضمان عام (انظر، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٧، دار الكتاب العربي – مصر، بدون سنة طبع، ص ٦٢).

(٣) انظر بذلك المادة (١٨) من قانون التنفيذ، والفقرة الثالثة من المادة (٢٣) من قانون المرافعات.

(٤) د. محي الدين اسماعيل علم الدين، اصول القانون المدني، الحقوق العينية (الاصلية والتبعية)، دار الجبل للطباعة– الفجالة، بدون سنة طبع، ص ٦١٥– وكذلك انظر، المادة (١٨) من قانون التنفيذ و المادة (٥٣) من القانون أعلاه.

المطلب الثاني: اعلام الكفيل العيني بنزع ملكية المرهون

بعد اخطار المدين بالوفاء واحجام هذا الاخير عنه، يباشر المرتهن حقه في التنفيذ عل مال الكفيل العيني وفقا للاوضاع والاجراءات المقررة في القانون. ويكون ذلك من خلال اخطار هذا الكفيل بنزع ملكية المرهون والحقيقية ان مشرعنا العراقي لم يورد نصاً صريحاً بشأن الكيفية التي يتم بها مباشرة هذه الاجراءات، ولكن بالرجوع الى القانون المصري، نجد ان الفقرة الاخيرة من مادة (٤٠١) من قانون المرافعات المصري النافذ الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ تقضي بأنه: (اذا كان التنفيذ على العقار المرهون من غير المدين اعلن التنبيه الى الراهن بعد تكليف المدين بالوفاء وفقا لحكم المادة (٢٨١))[٥].

وبهذا النص كان المشرع المصري قد حَسَمَ خلافا دب في اوساط الفقه القانوني يرجع مرده الى اختلافهم في تفسير الاطلاق الذي جاءت به الفقرة الثانية من القواعد العامة الواردة في المادة (١٠٥١) التي تقضي بأنه: (٢- اذا كان الراهن شخصا غير المدين، جاز له ان يتفادى أي اجراء موجه اليه اذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقا للاوضاع وطبقا للأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار).

وتأسيسا على ذلك، ذهب جانب من الفقه متأثرا بهذا الحكم الى القول بان اجراءات التنفيذ المتصلة بتنبيه نزع الملكية وتسجيله تتخذ في مواجهة المدين. اما الكفيل، فأنه لا يوجه اليه الا انذارا بدفع الدين أو التخلي عن المال المرهون بينما ذهب جانب اخر الى القول بوجوب اعلام تنبيه نزع الملكية الى الكفيل العيني وتسجيله باسمه كما هو الشأن في مواجهة المدين نفسه. لأن الدائن المرتهن لايباشر تتبع المرهون تحت يد من انتقلت اليه ملكيته كما هو الحال بالنسبة الى الحائز بل يباشر التنفيذ في مواجهة الراهن (الكفيل) الذي ارتضى الالتزام وحدد مسؤوليته في نطاق ما قدم من مال[٦].

ويعززون رأيهم هذا بالقول، انه من غير المتصور ان يتضمن الاخطار الموجه للمدين على بيان محل الرهن المراد التنفيذ عليه وتسجيله باسمه، لأن الحائز لا يعتبر مالكا ولم يكن له حق رهن عليه ولم تكن له أي علاقة به، لذلك يتوجب توجيه هذا التنبيه وتسجيله باسم الكفيل العيني لكونه الاكثر انسجاما مع التأصيل السليم لمركز الكفيل على اعتباره ملتزما في مواجهة الدائن المرتهن بتأدية الدين الى جانب المدين ولكن في اطار القيمة الاقتصادية لما رهن من مال[٧].

(٥) فقد نصت هذه المادة على انه: (يجب ان يسبق التنفيذ إعلان السند التنفيذي لشخص المدين او في موطنه الاصلي والا كان باطلا. ويجب ان يشتمل هذا الإعلان على تكليف المدين بالوفاء وبيان المطلوب وتعيين موطن مختار لطالب التنفيذ في البلدة التي بها مقر محكمة التنفيذ المختصة...).

(٦) د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الحقوق العينية، المجلد الثاني، بدون دار نشر، ط٣، ١٩٩٤، ص ١٨٣- د. شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، المرجع السابق، ص٢٧١

(٧) د.شمس الدين الوكيل، الموجز في نظرية التأمينات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط١، ١٩٦٦، ص١٨٩- د.نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية(الرهنالرسمي- حق الاختصاص – الرهن الحيازي – حقوق الامتياز)، دار الجامعة الجديدة للنشر- الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٠٩- ولا يجوز بهذا الصدد القول بقياس مركز الكفيل العيني على مركز الحائز، ودليل ذلك ان التزام الكفيل العيني يتجرد من عنصر المديونية فهو لم يكن قط ملزما بالدين. في حين ان الدائن المرتهن يستطيع تتبع المرهون والتنفيذ عليه في يد من انتقلت اليه ملكيته على اساس ما يخوله الرهن من سلطات دون النظر الى انتقال ملكيته الى الغير، (انظر بذلك، المرجع نفسه، ص ١٨٩، ١٩٠).

ولعل ما يزيد هذا الرأي رجاحة، ان هذا الاجراء لا يقتصر اثره على الكفيل الراهن فحسب، بل ينصرف الى حماية الغير الذين يتعاملون مع هذا الاخير. حيث ان توجيه التنبيه لو جرى باسم المدين واعتبر المرهون بهذا تحت تصرف الغير، فان هذا الاخير قد يشتري المرهون من الكفيل العيني دون ان يكون في مقدوره ان يعلم بسبق الحجز عليه(٨). هذا وقد حظرت التشريعات الوضعية وبضمنها التشريع العراقي على الكفيل العيني ان يدفع تنفيذ الدائن على ماله بتجريد المدين، ما لم يكن قد احتفظ لنفسه بهذا الحق، خلافا لما يتمتع به الكفيل الشخصي من حق بهذا الدفع(٩). وعلى ذلك نص عجز المادة (١٣٠٠) من القانون المدني العراقي بقوله:

(... لكن ليس له (أي للراهن) ان يطلب من المرتهن ان يجرد المدين قبل التنفيذ على العقار المرهون ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك). وهذا يعني، ان الكفيل العيني لا يحق له ان يجبر الدائن على الرجوع ابتداءا على مال المدين لأن المال المكفول به مضمون في الدين بل يحق للدائن التنفيذ ابتداءا على ايهما شاء حتى وان كانت ضمن اموال المدين عين اخرى مرهونة في الدين نفسه(١٠). هذا من ناحية، كما ان التشريعات الوضعية قد حظرت عليه من ناحية اخرى (في صدد العقار) التمسك بتطهيره من الرهن على اعتباره وسيلة قانونية تمتنع مباشرتها على كل من توافرت فيه المديونية في مواجهة الدائن(١١). على ان الكفيل الراهن يستطيع توخي ما يوجه اليه من اجراءات بمطالبة المدين بتخليص ذمته من الكفالة مادام غير ملزم شخصياً بالدين، ويجري هذا التخليص وفقا للاوضاع و الاجراءات التي يتبعها الحائز في تخلية العقار المرهون وفقا للقواعد العامة الواردة بنص المادة (١٠٧١) من التقنين المدني المصري(١٢).

وعلى ذلك يجري هذا التخليص بتقرير يقدمه الكفيل الراهن الى قلم المحكمة المختصة ويطلب التأشير بعدم نزع الملكية في سجلاتها الرسمية، على ان يخطر الدائن بذلك خلال خمسة ايام من وقت التقرير بها. وبعد توجيه هذا الاخطار يتوقف السير

(٨) د. شمس الدين الوكيل، الموجز في نظرية التأمينات، المرجع السابق، ص ١٨٩- د. نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص١٠٩.

(٩) زينة قدرة لطيف، (آثار الرهن الحيازي بالنسبة الى الراهن – دراسة مقارنة في القانون الوضعي و الفقه الاسلامي-)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق – جامعة النهرين، ٢٠٠٨، ص١٣ حاشية رقم -٢- وهذا خلافا لما جرى عليه الحال في القانون الفرنسي بصدد رهن العقار حيث لا تجيز المادة (٢٢٠٩) منه للدائن المرتهن ان ينفذ على مال غير مرهون له الا عند عدم كفاية العقار المرهون. كما كان ذلك دئب قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري السابق رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩، حيث نصت المادة (٤٨٩) منه على انه: (لا يجوز للدائن ان يتخذ اجراءات التنفيذ على مال للمدين لم يخصص لوفاء حقه الا اذا كان ما خصص للوفاء غير كاف، وعندئذ يكون التنفيذ على غير المال المخصص بأمر على عريضة من قاض الامور الوقتية).

(١٠) د. جميل متولي الشرقاوي، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية – القاهرة، بدون سنة طبع، ص١٩٩- د. عادل سيد فهيم ، نظرية التأمين العيني في التقنين المدني العراقي، محاضرات القيت على طلبة الصف الرابع من كلية الحقوق/ جامعة البصرة للعام ١٩٦٨-١٩٦٩، بدون دار نشر، الطبعة الثانية، ص ٢٧٨- د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف- الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٣٤٥.

(١١) د. شمس الدين الوكيل، الموجز في نظرية التأمينات، المرجع السابق، ص ٢٢٠.

(١٢) وتقضي هذه المادة بأنه: (١- تكون تخلية العقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز الى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة، ويجب عليه ان يطلب التأشير بذلك في هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية، وان يعلن الدائن المباشر للاجراءات هذه التخلية في خلال خمسة ايام من وقت التقرير بها. ٢- ويجوز لمن له مصلحة في التعجيل ان يطلب الى قاضي الامور المستعجلة تعيين حارس تتخذ في مواجهته اجراءات نزع الملكية. ويعين الحائز حارسا اذا طلب ذلك).

باجراءات التنفيذ في مواجهة الكفيل الراهن، ولو اعلن نزع ملكيته فان ملكيته هذه تبقى على المرهون، ويجوز لكل ذي مصلحة وبضمنهم الدائن المرتهن والكفيل الراهن ذاته ان يطلب الى قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس قضائي تتخذ في مواجهته هذه الاجراءات. واذا نصب الكفيل نفسه حارسا على ماله وجبت الاجابة الى طلبه وتسري في مواجهته ذات الاجراءات. هذا، واذا جرى التنفيذ على المال المكفول به واستوفى الدائن المرتهن حقه من ثمنه بقوة القانون، فان ما بقي من هذا الثمن يؤول الى الكفيل الراهن على اعتباره مالكا للمرهون(١٣).

ما لم يكن قد تعلق بهذا الباقي حقوق لدائنين اخرين لاحقين عليه في المرتبة فعندئذ يقتضي عدم تسليم هذا الفائض الى الكفيل وانما يجري ايداعه في صندوق المحكمة لكي يتسنى لهؤلاء الحصول على حقوقهم بحسب اولويتهم في الدين(١٤).

ولكن قد لا يكفي ما تم تحصيله من البيع للوفاء بحق الدائن المرتهن ففي هذه الحالة يرجع بما تبقى من دينه على المدين، ويتساوى مع غيره من الدائنين العاديين في الضمان العام(١٥).

ومن خلال ما تقدم ذكره ننتهي الى نتيجة قاطعة مفادها، عدم السماح للدائن المرتهن في الرجوع على مال الكفيل الراهن الا وفق اسس معينة يتوجب عليه اتباعها في هذا الرجوع. على اننا نلاحظ ان نصوص التقنين العراقي لم تتناول من تلك الاسس سوى النص على اقتصار مسؤولية الكفيل في حدود ما رهنه من مال وعدم الاحتجاج بالتجريد دون الاشارة الى كيفية البدء بها والضوابط المتبعة في اجراء التنفيذ.

وحتى قانون التنفيذ نفسه الذي جاء تاليا في صدوره للقانون المدني، لم يتضمن سوى قواعد عامة باجراء البيع دون ان يفرد المال المكفول بحكم خاص، ولعل مما يترتب على هذا الغموض والاغفال، صدور أحكام قضائية متضاربة في حكم المنازعة الواحدة المعروضة امامها. واذا كانت هذه هي الضوابط التي يتم بمقتضاها رجوع المرتهن على الكفيل، فما هي دفوع هذا الكفيل تجاه المرتهن؟

(١٣) د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ١٨٣- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١٠، منشأة المعارف – الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٣٣١.
(١٤) د. محي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص ٦١٦.
(١٥) راجع في تفصيل ذلك رسالتنا، ص١٢.

المبحث الثاني

الدفوع التي يتمسك بها الكفيل العيني في مواجهة الدائن المرتهن

اوضحنا فيما مضى ان كلاً من الرهن الحيازي و الكفالة ليس لهما استقلالية خاصة بهما، بل انما تكون تابعة لحق شخصي يتمثل بنشوء الالتزام المضمون وترتبط به في الوجود والعدم والصحة والبطلان(١٦). ولعل مما يترتب على صفة التبعية هذه ان التشريعات الوضعية كانت قد منحت للكفيل بوفاء الدين الحق في الاحتجاج على الدائن المرتهن بكل اعتراض يحق للمدين ان يبديه في مواجهة الدائن المرتهن، فضلا عن حقه في الاحتجاج بالدفوع المتعلقة بشخصه الخاص.

واذا تأملنا في سبب نشأة هذا الحق فإننا نستطيع ان نرجع علة ذلك الى امرين:

اولهما: اتخاذها حصانة مؤقتة عند التنفيذ على امواله. اما ثانيهما: فيتمثل ببراءة ذمته من الدين(١٧). كما اننا نستطيع ان نضيف عاملا اخر بشأن هذا التحديد مفاده، ان الكفيل بضمان الوفاء، يعد بمثابة الوكيل عن المدين، والمعلوم انه لا يجوز لشخص ان يخول غيره من الحقوق اكثر مما يملك.

واذا اردنا ان نحدد معنى هذه الدفوع التي يتمسك بها الكفيل فنعرفها بأنها: الاوجه التي يستطيع ان يتمسك بها الكفيل في مواجهة مطالبة الدائن له، على اساس عدم التزامه بالوفاء. والصورة الغالبة لهذه الدفوع تتمثل في استخدامها كدفوع لمطالبة الدائن له، ولكن لا يوجد ثمة مانع يحول دون اعتبارها اساسا لدعوى مبتدئة يباشر الكفيل رفعها على الدائن لاثبات براءة ذمته من الدين(١٨).

وتأسيسا على ما تقدم يمكن القول بانه: يكون للكفيل العيني الحق في التمسك بأوجه الدفع التي يتمسك بها الكفيل الشخصي والتي يرجع مردها الى مصدر الدين ذاته او الى شخصه على اعتباره لم يخرج عن كونه كفيلا ضامنا لدين الغير.

وعلى ذلك نصت الفقرة الثانية من المادة (١٠٤٢) من التقنين المدني المصري بقولها: (٢- اذا كان الراهن غير المدين، كان له الى جانب تمسكه باوجه الدفع الخاصة به ان يتمسك بما للمدين التمسك به من اوجه الدفع المتعلقة بالدين، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين)(١٩). اما المشرع العراقي، فأن نصوصه قد خلت من الاشارة الى هذا الحكم، على الرغم من الاشارة اليه في الفقرة الثانية من المادة (٩١٠) من المشروع التمهيدي لهذا القانون.

وهذا الخلو ما هو في حقيقته الا قصور تشريعي كان الاحرى به ان يتلافاه، حفاظا منه على حقوق الكفيل الراهن، لان الفرض الذي نحن في صدده ينصب على تبعات

(١٦) راجع ما ذُكِرَ في رسالتنا ، ص ١٨.

(١٧) د. احمد محمود سعد، التأمينات الشخصية والعينية في القانون المصري و اليمني، الكفالة – الرهن الحيازي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية- القاهرة، ط١، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م)، ص ٣٢٧.

(١٨) د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٦٤.

(١٩) وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي لهذا القانون: (فللكفيل العيني ان يتمسك باوجه الدفع المتعلقة بالدين من بطلان او انقضاء، حتى لو تنازل المدين عنها، وهذا الى جانب تمسكه باوجه الدفع الخاصة به). (انظر مجموعة الاعمال التحضيرية، المرجع السابق، ص ٣٧). كما ورد الحكم ذاته في القواعد العامة الواردة بنص الفقرة الاولى من المادة (٧٨٢) من هذا القانون.

تقع على عاتق الكفيل بغير مبرر سيما ان لم يتمسك الكفيل بمثل تلك الدفوع التي ينقضي بها الالتزام المضمون وتبرأ معها ذمة الكفيل. لذلك كان من الضروري النص على اعطاء الكفيل مثل هذا الحق درءا لأي لبسٍ وحفاظا على الحقوق وتأكيدا للصفة التبعية للالتزام المضمون(٢٠).

وفي ضوء هذه المعطيات سيجري الحديث عن هذه الدفوع في فرعين الاول للكلام عن الاوجه الخاصة بالالتزام المضمون، اما الثاني فلأوجه الخاصة بالكفيل الضامن لهذا الالتزام.

المطلب الاول:اوجه الدفع الخاصة بالالتزام المضمون

ومفادها، ان للكفيل الراهن الحق في الاحتجاج على الدائن المرتهن ورد مطالبته له بكل ما كان بوسع المدين الراهن التمسك به من دفوع قد تعزى الى مصدر الدين ذاته أو الى بقائه او انقضائه. وانطلاقا من هذه الاسباب سنعرض بشيء من الايضاح لأوجه تمسك الكفيل بعدم قيام التزام المدين بسبب البطلان او الانقضاء.

اولا – التمسك ببطلان الرهن او نقضه: وتثار هذه الدفوع عادة عندما يكون الكفيل بصدد مخالفة لقاعدة امرة من قواعد القانون يعزى سببها الى وجود عيب يشوب رضاء المدين، او يشوب شكل العقد او محله اوسببه. ويتأسس هذا الدفع على اعتباره حقا خاصا به يباشره باسمه ولحسابه لاتخاذه ذريعة للتخلص من التزامه بالضمان حيث ان هذا الحق يتسم بكونه ذا طابع مستمر أي انه يبقى قائما حتى وان نزل عنه المدين. وعلى ذلك اذا كان عقد الرهن الضامن للدين موقوفاً (أو قابلا للابطال كما في فرنسا ومصر) لغلط او اكراه شاب رضاء المدين ونزل المدين عن التمسك بنقضه، فان هذا النزول لا يشكل عائقا امام الكفيل الراهن في التمسك بنقض هذا العقد حتى يتسنى له التخلص من الرهن الوارد على المال الذي قدمه ضمانا لهذا الدين(٢١).

ومما يجدر بالذكر انه يخرج من اطار حق الكفيل في التمسك بالدفوع كل اتفاق خاص يقوم بين المدين والكفيل على تقديم الرهن للضمان اذا لم يكن الدائن طرفا فيه.

كما لو كان المدين قد تعهد بعوض لمصلحة الكفيل، ولم يف بتعهده، او كان هذا التعهد بذاته غير قائم لأي سبب من اسباب النقض، ففي هذه الحالات يمتنع على الكفيل الراهن الاحتجاج على المرتهن بذريعة عدم تنفيذ المدين لتعهده بمقابل الكفالة او انه تمسك بنقض هذا التعهد. وتأسيسا على ذلك، يذهب جانب من الفقه في تبرير هذا الاستثناء الى القول ان التزام الكفيل الراهن في مواجهة الدائن المرتهن ليس سوى التزاما مجردا لا يمت بصلة الى سببه. في حين ان غالبية الفقه يعزي ذلك الى خروج تلك الاتفاقات الواقعة بين المدين والكفيل عن نطاق العقد المبرم بين الكفيل والمرتهن(٢٢).

---

(٢٠) عقيل فاضل حمد الدهان ، تبعية التأمينات للالتزام الاصلي في القانون المدني، (دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون/ جامعة بغداد، (١٩٩٩م)، ص ١٣٣.

(٢١) د. رمضان محمد ابو السعود و د. همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، دار المطبوعات الجامعية– الاسكندرية، ١٩٩٨، ص ٢١٤– د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٦٠٩.

(٢٢) د. احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٣٣٦ – د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٦٩ ، ٧٠.

هذا فضلا عن انها استبعدت من اطار هذه الدفوع التمسك بكل حق يتعلق بشخص المدين من غلط او اكراه او تغرير.

وعلى ذلك نصت صراحة المادة (٦٢٢/٥٠٩) من التقنين المصري القديم بقولها: (للكفيل ان يحتج بجميع الاوجه التي يحتج بها المدين، ما عدا الاوجه المتعلقة بشخصه الخاص). كما نصت على ذلك المادة (٧٨٢) من هذا القانون. وقد فسر الفقه هذا الاستثناء بالقول: ان ذلك يصدق على تنازل المدين عن التمسك بنقض عقد الرهن، حيث ان عقد الرهن الحيازي الموقوف في حقيقته عقد صحيح، والتنازل عن نقضه ليس سوى تأكيد لهذه الصحة عن طريق النزول عن مهاجمته في المدة المحددة بين الدائن والمدين. وان كان هذا النزول من جانب المدين لا يغير شيئا ولايضيف جديدا الى صحة الالتزام. فاذا وقع فليس بامكان الكفيل الراهن ان يتمسك به، الا في حالة التنازل من قبله واثبات انه قد لحق اضرار به عن طريق تواطؤ المدين مع الدائن. ويبررون رأيهم بالقول ان المدين وحده هو الذي يقيم ارادته في كونها معيبة او غير معيبة، فكيف يتصور ان يقوم مقامه شخص اخر في التمسك بهذا النقض على اساس عيب الارادة بعد ان نفي هو بحد ذاته كونها مشوبة بأي عيب[٢٣]

ومما يزيد التأكيد على ذلك، ان جانباً من الفقه ذهب الى عدم اقتصار منع تمسك الكفيل الراهن بنقض الرهن في حدود هذا الاستثناء وانما ذهب الى التوسيع من نطاقه ليشمل كل عيب يلحق ارادة المدين، على اعتبار ان سبب النقض يرجع الى عيب شاب رضاء المدين وان التمسك بهذا النقض لا يكون الا من هذا المدين، بحجة ان تمسكه بالنقض وقيامه باثبات توافر عناصر العيب المؤدي اليه سيما ما يتعلق بجوهرية عيب الارادة، أي كونه الدافع الرئيس لابرام الرهن سواء كان غلط ام اكراه. فهذا الاحتجاج هو ما يؤدي الى ظهور سبب النقض في النطاق القانوني الذي لا يعرف في اوساطه ما لم يكن المدين (صاحب الرضاء) قد شارك في اظهاره بالافصاح عن هذا العنصر النفسي الخالص لعيب الارادة[٢٤].

ولكن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد يثور حول حكم التمسك بهذه الدفوع اذا كان سبب البطلان راجعا الى نقص اهلية المدين الراهن كما لو كان قاصرا او محجورا عليه لسفه او نحوه؟ تقضي القواعد العامة الواردة بنص المادة (٧٧٧) من التقنين المدني

---

(٢٣) د. احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٣٣٣- د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٦٦، ٦٧، حاشية رقم (١)- على ان د. عبد الرزاق السنهوري يرى: (ان الكفيل يستطيع ان يتمسك ببطلان التصرف الذي نشا عنه التزام المدين لعيب في رضاء هذا المدين بعد = =كشف الغلط الذي وقع فيه او ارتفع عنه الاكراه الذي الجأه الى رضاء التصرف اجاز العقد فانقلب صحيحا، وبقى للكفيل في هذه الحالة حق التمسك بابطال الكفالة).

انظر، د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٣٧، ٣٨.

وانظر في تأييد هذا الرأي د. محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، دار الشعب – القاهرة، ط٣، ١٩٧٩م، ص٩٠.

*ومن جانبنا نميل الى القول بما قال به استاذنا السنهوري ودليلنا في ذلك ما نصت عليه القواعد العامة الواردة في الفقرة الاولى من المادة (١٣٤) من القانون المدني العراقي التي تقضي بانه: (١- اذا انعقد العقد موقوفا لحجر او اكراه اوغلط أو تغرير جاز للعاقد ان ينقض العقد بعد زوال الحجر او ارتفاع الاكراه او تبين الغلط او انكشاف التغرير كما له ان يجيزه....). والعاقد في هذا الفرض هو الكفيل الراهن على اعتباره مالكا للمرهون وهو صاحب كلمة الفصل في اجازة العقد من عدمه.

(٢٤) د. احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٣٣٣، ٣٣٤- د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٦٦.

المصري بأنه: (من كفل التزام ناقص الاهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الاهلية كان ملزما بتنفيذ الالتزام اذا لم ينفذه المدين المكفول). فيتضح من المفهوم المخالف لهذا النص أنه اذا لم ينعقد الرهن بسبب نقص اهلية المدين، فان التزام الكفيل الراهن يكون محكوما بالزوال تبعا لزوال التزام المدين متى ما تمسك هذا الاخير بنقص اهليته. بيد ان الملاحظ في هذا المقام، ان المشرع المصري لم يجرِ هذا الحكم على اطلاقه وانما كان قد اورد عليه في موضع اخر قيدا يتجلى بعدم علم الكفيل بهذا النقصان، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٧٨٢) على انه: (٢- اذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص اهليته، وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد، فليس له ان يحتج بهذا الوجه). فيلاحظ على هذا النص انه فرق بين ما اذا كان الكفيل الراهن عالما بنقص اهلية المدين، او كونه غير عالم به اطلاقا[٢٥].

والحقيقة ان هذه المسألة كانت مثار خلاف بين فقهاء القانون المصري، اذ ذهب جانب منهم الى التمسك بظاهر هذا النص والقول بحرمان الكفيل من الاحتجاج بالبطلان لمجرد كونه عالما وقت التعاقد بنقص اهلية المدين، حتى وان كان في حل من التزامه اذا قضى ابطال الرهن بناءا على طلب المدين وبطلان كفالته تبعا له. في حين ذهب جانب آخر الى القول بجواز التمسك بابطال الكفالة، ولو لم يتمسك المدين بنقص اهليته، ولا يسقط حقه في هذا الاحتجاج الا اذا اجاز المدين العقد بعد زوال نقص اهليته او اجازه وليه او وصيه او القيم عليه بأذن المحكمة عند الاقتضاء[٢٦].

ولكن ما الحكم اذا كان الدافع الرئيسي لكفالة المدين يقوم على نقص اهليته لا

(٢٥) د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٦٨.

(٢٦) د. جميل الشرقاوي، موضع الإشارة السابقة – د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٩١- د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٩١- ومما يجدر بالذكر، ان هذا الجدل الذي كان قد احتدم بين فقهاء القانون المصري قد تكلل بثلاثة اراء اخرى تتمثل بالآتي:

الرأي الأول وهو الغالب: يذهب اصحابه الى القول بأن نص الفقرة الثانية من المادة (٧٨٢) يجب ان يفهم بالرجوع الى الاعمال التحضيرية، على اساس ان الكفيل الراهن قد كفل ناقص الاهلية بسبب نقص اهليته، ولذلك ليس بوسعه الاحتجاج بنقص الاهلية على الدائن المرتهن. اما الكفيل الذي يقتصر على العلم بنقص اهلية المدين دون ان تكون الكفالة بسبب نقص اهلية هذا الاخير، فإنه يجوز له (أي للكفيل) التمسك بها حتى لو كان المدين قد اجاز عقد الدين الاصلي. في حين ان اصحاب الرأي الثاني: قد ذهبوا الى القول بأن الكفيل الذي يقتصر = =على العلم بنقص اهلية المدين دون ان يقيم كفالته على نقصان الاهلية بحد ذاته، فإن التزامه بالضمان يبقى قائما ما بقي التزام المدين قائما ولم يطلب المدين ابطاله.

اما اذا ابطله، فانه يزول ويزول معه التزام الكفيل الضامن. اما الراي الثالث:

فيذهب الى القول بان الكفيل الراهن الذي يقتصر على العلم بنقص اهلية المدين دون ان تنصب كفالته على هذا الاساس، فإنه يجوز له ان يتمسك في مواجهة المرتهن بنقص الاهلية حتى وان لم يطلب المدين ابطال العقد وبقي التزامه قائما ولكنه لم يجز العقد.

ولا يمتنع عليه الاحتجاج بنقص الاهلية الا اذا اجاز المدين العقد الاصلي

وصار هذا العقد غير قابل للابطال. ولعل الفرق بين الرأيين الأخيرين يتجلى في الفرض الآتي:

اذا لم يبطل المدين الراهن العقد لنقص الاهلية ولم يجزه، فان الرهن يبقى قابلا للابطال. وعليه فالرأي الثاني: يذهب الى ان الكفيل الراهن لا يستطيع ان يتمسك بالبطلان لان التزام المدين لا يزال قائما في حين ان الرأي الثالث: يمنح الكفيل هذا الحق لامكانية تمسك المدين بابطال عقد الدين الاصلي وان كان لم يتمسك بابطاله. وهذا الراي يقترب في اتجاهه مع الراي الأول من خلال الآتي:

(ان الكفيل قد كفل ناقص الاهلية بسبب نقص اهليته ولذلك ليس له ان يحتج بهذا النقصان ولو كان المدين قد تمسك بذلك).

انظر بهذا المعنى، د. عبد الرزاق السنهوري، موضع الاشارة السابقة حاشية رقم-٢-.

على مجرد العلم بهذا النقصان من عدمه؟

في الواقع ان الكفيل يفقد حقه في الاحتجاج على الدائن المرتهن بابطال التزامه بضمان الوفاء حتى وان كان المدين نفسه قد تمسك بنقص اهليته وابطل عقد الدين الاصلي. ولعل تبرير ذلك المنع يرجع الى القول بان الكفيل الراهن قد اسس كفالته للمدين على نقص اهلية هذا الاخير فإذا تمسك المدين بنقص الاهلية و ابطل عقد الرهن الاصلي، اصبح الكفيل مدينا اصليا وصار مسؤولا عن الدين نحو الدائن. حيث ان تعاقده مع الدائن كان ينصب جوهره على نقص اهلية المدين(٢٧).

ومما تجدر الاشارة اليه ان مجرد النظر في النصين الانف ذكرهما يوحي للوهلة الاولى ان كليهما قد جاء بحكم واحد. على اننا لو تأملنا جليا في صياغتهما لوجدنا ثمة فرقا واضحاً بين كل منهما، حيث ان عبارة (لا يعلم بنقص الاهلية) لا تساوي في المعنى لعبارة (بسبب نقص الاهلية) ولا يمكن القول ان العبارة الاولى لا تعني اكثر من الثانية. وزيادة في التأكيد ان الصياغة الفرنسية قد جاءت قاطعة بوجود هذه التفرقة، فالمادة (٧٧٧) استعملت عبارة

En= Raison de cette incapacite

في حين ان الفقرة الثانية من المادة (٧٨٢) قد استعملت عبارة

La caution qui Connaissait Cette incapacite

فاذا كانت هذه الاخيرة قد اوردت تحفظا على المادة (٧٧٧)، فإنه ليس من المتصور ان يرد التحفظ بالمعنى ذاته الذي جاء به الاصل. وانه اذاكان الشك يفسر لمصلحة الكفيل على اعتباره ملزما بالضمان الا ان مناط اعماله هو الشك الحقيقي.

اما الشك المصطنع، فلا يعتد به سيما مع وضوح عبارة نص المادة (٢/٧٨٢) دون لبس او غموض(٢٨).

ثانيا- التمسك بانقضاء الرهن الضامن للدين:

اذا كان الرهن الحيازي قد انقضى وقت مطالبة المرتهن للكفيل العيني، فان من مقتضى خصيصة التبعية التي يتسم بها ان يتمسك الكفيل العيني بانقضاء التزامه بالضمان لانقضاء الرهن ذاته متخذا من الاسباب التي ينتهي بها عقد الرهن ذريعة للتمسك بدفوعه في مواجهة الدائن المرتهن. وبوسعنا ان نجمل تلك الاسباب بالآتي:

١- انقضاء الرهن الحيازي بطريق الوفاء: ينقضي الرهن الحيازي وتبرأ معه ذمة الكفيل متى ما قام المدين بوفاء ما بذمته من الدين وفاءا كليا، حيث ان الرهن يبقى بكامله على العين حتى يتم سداد اخر قسط من الدين المضمون تطبيقا لقاعدة عدم تجزئة الرهن التي وقفنا عندها في خصائص الرهن. ولكن قد يمتنع المرتهن عن قبول هذا الوفاء، فان ما قام المدين بعرضه عرضا حقيقيا يقوم مقام الوفاء، متى ما تلاه ايداع أو أي اجراء مماثل له (كايداع الثمن) اذا قبله الدائن المرتهن او صدر حكم نهائي

(٢٧) د. احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٢١٦ و ما بعدها – د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز) منشأة المعارف – الاسكندرية، ١٩٩٦، ص ٨٣، ٨٤– د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٩٢.

(٢٨) د. احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٣٣٥.

بصحته[٢٩]، وتأسيسا على ذلك، يقوم المدين وفقا للإجراءات التي رسمها القانون بعرض ما التزم بادائه من نقود الى الدائن المرتهن بعد ان يوجه اليه انذارا بوساطة دائرة التنفيذ يخطره بمقتضاه بالعرض الواقع ويطلب اليه الحضور في المكان والزمان المعينين لتسلمه[٣٠].

فإذا رجع المدين في العرض بعد الوفاء وقبل منه المرتهن هذا الرجوع، فهنا يفقد الدائن حقه في التمسك بما يكفل الدين من رهن فتبرأ بذلك ذمة الكفيل من الضمان.

اما اذا رجع المدين في العرض قبل ان يقبله الدائن وقبل صدور حكم نهائي في صحته فهنا يعتبر الوفاء كأن لم يكن لا بالنسبة الى المدين ولا بالنسبة الى الكفيل[٣١].

هذا ويأخذ حكم الوفاء كل ما من شأنه ان يؤدي الى النتيجة ذاتها من اعتياض او ابراء او اتحاد ذمة او تجديد اذا لم يكن مشروطا باستيفاء التأمينات الضامنة للدين[٣٢]. ولعل التساؤل الذي يطرح في هذا المقام يثور حول مصير التزام الكفيل اذا زال السبب الذي كان عاملا في انقضاء الرهن وعاد به الى الوجود؟

وتوضيحا لذلك نفرض ان الرهن كان قد انقضى بالوفاء، ثم اتضح ان هذا الوفاء باطل لعيب شاب رضاء المدين، او ان الانقضاء كان راجعا الى ضم ذمة المدين الى

(٢٩) د. احمد سلامة، التأمينات المدنية، الرهن الرسمي، دار التعاون للطبع و النشر – مصر، ١٩٦٦، ص ٣٨٤– د. رمضان ابو السعود و د. همام زهران، المرجع السابق، ص ٤٣٦ ، ٤٣٧– وفي هذا الصدد ذهبت محكمة استئناف بغداد –الرصافة الاتحادية

في حكم لها ملخصه: (إن المميز عليها / المستأنف عليها كانت قد رهنت عقارها المرقم (٣٨٩٨/٥م ٣ وزيرية) لقاء دين على غيرها مبلغا قدره ثلاثين مليون دينار، لمدة سنة واحدة وان المدين ولا المدعية لم يسددا الدين المضمون بالرهن فطلب المميز/ المدعي عليه اضافة لوظيفته/ المستأنف بيع العقار سدادا للدين وتم تقدير قيمة ذلك العقار بمبلغ مائة مليون دينار واعلن عن بيعه بتاريخ ٢٠٠٦/٣/٧ ورست المزايدة بعهدة المميز ببدل قدره ٨٠٪ من قيمة العقار المقدرة وتم تبليغ المميزة بوجوب تسديد الدين خلال ثلاثة ايام وذلك بتاريخ ٢٠٠٦/٣/٢٣ وان المميز عليها المذكورة المميزة كانت قد قدمت طلبا الى المميز بتاريخ ١٢/ ٣/ ٢٠٠٦ ابدت فيه استعدادها لسداد الدين الا أن المميز كان قد رفضه دون سبب مبرر وكان هذا الطلب بعد اجراء المزايدة وقبل الاحالة القطعية كما انها قدمت طلباً آخر الى مدير التسجيل العقاري بتاريخ ٢٠٠٦/٣/٢٦ ابدت فيه استعدادها لسداد الدين. ولما كانت طلبات المميز عليها بشأن استعدادها لسداد الدين قد وقعت ضمن المدة القانونية المنصوص عليها في المادة (١٧٣) من قانون التسجيل العقاري وان القصد من الرهن ليس انتزاع ملكية العقار المرهون بل استيفاء الدين فكان على المميز قبول سداد الدين من المميز عليها، وان القانون وفي المادة (١٧٨) منه اعطى الفرصة للراهن لتسديد الدين المضمون بالرهن الى ما قبل تسجيل العقار باسم مشتريه بالمزايدة حيث نصت: (للمدين دفع الدين والفوائد والمصاريف والرسوم قبل تسجيل العقار المبيع بالمزايدة وحينئذ تعتبر المزايدة مفسوخة) ولما كان العقار لا يزال مسجلا باسم المميز عليها لذا يكون الحكم المميز الذي قضى بفسخ مزايدة العقار موضوع الدعوى له سند من القانون قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي، وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق...).
محكمة استئناف –بغداد – الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية، بداءة الكرادة، رقم القرار/ ١٣٩٧، الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠٠٧، تاريخ القرار /١٦/٨/ ٢٠٠٧، القرار غير منشور.

(٣٠) انظر المادة (٢٧٧) من قانون المرافعات والمادة (١٩) من قانون التنفيذ.

(٣١) د. احمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٨٥– د. احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٣٣٨– د. رمضان ابو السعود و د. همام زهران، المرجع السابق، ص ٤٣٧.

(٣٢) الاستاذ محمد طه البشير، الوجيه في الحقوق العينية التبعية، الرهن التأميني، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، دراسة تحليلية مقارنة، دار الحرية للطباعة – بغداد، ط٤، ١٩٧٦، ص ١٦٤– ولكن يلاحظ ان هذا الانقضاء لا يترتب اذا كان من شأنه ان لا يؤدي الى براءة ذمة المدين، كما لو كان قد تم بالوفاء مع الحلول لان هذا الوفاء، وان تضمن استيفاءً لحق الدائن فأنه لا يقضي الدين بالنسبة الى المدين لأن هذا الاخير لم يقم بوفائه بنفسه بل وفاه عنه شخص اخر وحل فيه محل الدائن المرتهن. انظر بذلك، د. رمضان ابو السعود و د. همام زهران، المرجع السابق، ص ٤٣٦، حاشية رقم ٢– وقد نص المشرع العراقي على ذلك في المادة (٣٨١) منه بقوله: (من حل قانونا او اتفاقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع. ويكون هذا الحلول بالقدر الذي اداه من حل محل الدائن).

ذمة المرتهن عن طريق الارث مثلا، ثم يتبين بعد ذلك ظهور وارث اخر يحجب المدين. لقد عالج المشرع العراقي كسائر التشريعات الاخرى هذه الحالات بنصه عليها في المادة (١٣٤٦) منه بقوله: (ينقضي حق الرهن الحيازي بانقضاء الدين الموثق، ويعود معه اذا زال السبب الذي انقضى به الدين...)[٣٣].

وتأسيسا على ذلك يمكن القول بأنه اذا زال سبب الوفاء الذي كان عاملا في انقضاء الرهن، ترتب على ذلك عودة الدين المضمون بالرهن الى الوجود وعودة الكفالة الضامنة لهذا الدين. ولكن يجدر الفات النظر الى ان القانون فضلا عن حرصه على الحفاظ على المصالح المتعارضة قد توخى في ذات الوقت حماية حقوق الغير الحسني النية التي كانت قد ترتبت لهم بمقتضى القانون طيلة الفترة الواقعة بين زوال الرهن وعودته الى الوجود[٣٤].

وعلى ذلك نص عجز المادة المتقدم ذكرها بقولها: (...دون اخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانونا في الفترة مابين انقضاء الدين وعودته). ويستشف من هذا القيد ان التشريعات الوضعية قد سلكت اتجاها يقضي بعدم نفاذ الرهن في مواجهة الغير الذين كانوا قد اكتسبوا حقا على محل الرهن في هذه الفترة. وبصريح العبارة يمكن القول اذا كان الوفاء بالدين قد بني على سبب باطل او كان الابراء قد جرى من غير ذي اهلية، فان هذه العودة لا ترتب ضررا بمن تلقى ملكية هذا المال دون ان يكون عالما بما كان قد ترتب عليه من حقوق[٣٥]. بيد ان الاستثناء الذي يرد على هذا الاصل العام يتمثل بحالة استحقاق المرهون في يد المرتهن، حيث ان الرهن اذا ما استحق في يد هذا الاخير فإن ذمة الكفيل الراهن تبرأ من الضمان بوفاء الدين على الرغم من عودة الرهن الى الوجود. ففي هذه الحالة لا يبقى للدائن من حق الا الرجوع على المدين بضمان الاستحقاق المنصوص عليه في عقد البيع. وعلى ذلك فان الدين المضمون ينقضي ولا يعود التزام الكفيل اذا تبين ان المقابل مملوك للغير[٣٦]. وقد ذهب جانب من الفقه الى القول ان الكفيل الراهن يتعهد بمقتضى الكفالة بالوفاء بالدين الذي في ذمة المدين دون سواه ولايكون بوسع الدائن المرتهن ولو بالاتفاق مع المدين ان يغير محل الالتزام بضمان الرهن في مواجهة الكفيل دون رضائه، ولو كان ذلك وقت الوفاء به او بالاحرى قبيل الوفاء به فاذا كان الدائن قد خرج عن مقتضيات العقد ورضي بشيء غير ما استحق وبدون موافقة الكفيل الراهن، فان ذلك يعد قبولا منه في مواجهة هذا الاخير لمخاطر هذا الخروج. في حين ان جانبا اخر يرد هذا الاستثناء الى فكرة التجديد ومن ثم يعده تطبيقا

(٣٣) ويقابل هذه المادة من التقنينات المدنية الاخرى – المادة (١١١٢) مدني مصري، والمادة (١١١٦) مدني ليبي، والمادة (١٤١٩) مدني اردني. اما التشريعين السوري واللبناني، فعلى الرغم من اغفال النص فيهما على هذا الحكم، فإنه لا يوجد ثمة مانع يحول دون تطبيق هذه القاعدة في ظل هذين القانونين لكونها تتفق مع القاعدة العامة في السبب (م ١٩٦ موجبات وعقود) ومع مبدأ حماية حسن النية في اكتساب الحقوق العينية العقارية (م ١٣ من القرار رقم ١٨٨) انظر، القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، دراسة تحليلية مقارن لأحكام الرهن والتأمين والامتياز، الدار الجامعية للطباعة و النشر– بيروت، ١٩٨٠، ص ٢٢٢.

(٣٤) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، موضع الاشارة السابقة – د. عبد الفتاح عبد الباقي، الوسيط في التأمينات العينية، دار النشر للجامعات المصرية– القاهرة، ١٩٥٤، ص ٣١١، ٣١٢.

(٣٥) د. احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٧٧٤، ٧٧٥.

(٣٦) د. احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٣٤٤ – د. جميل الشرقاوي ، المرجع السابق، ص ٧٢.

لأحكام الوفاء بمقابل(٣٧).

كما ان المقاصة هي الاخرى تكون عاملا في انقضاء الرهن الحيازي وبالتالي عاملا في براءة ذمة الكفيل متى ما توافرت شروطها وتمسك بها من له مصلحة في اجرائها(٣٨). على ان التساؤل يثور حول حكم قيام المدين بالوفاء للدائن المرتهن على الرغم من انشغال ذمة هذا الاخير بحق قد توثق برهن تجاه المدين؟

ان تحديد الاجابة على هذا التساؤل تقتضي التمييز بين الفرضين التاليين:

الفرض الأول/ كون المدين جاهلا وقت الوفاء بوجود حق له صالح لاجراء المقاصة عليه: ففي هذه الحالة لا يمكن القول بنزول المدين عن حقه في التمسك بالمقاصة فيما له من حق وما عليه من دين، وبالتالي يعتبر الوفاء الصادر منه وفاءا لدين ترتب في ذمته لا على اعتبار وفاءاً بدين انقضى بالمقاصة. وما دامت هذه لم تقع فأن حق المدين يبقى مع الرهن الضامن له ولا تبرأ معه ذمة الكفيل.

اما الفرض الثاني/ فيتمثل بكون المدين عالما بوجود حق له في ذمة الدائن صالح لاجراء المقاصة عليه: فإن وفائه يكون مبرءا له من الدين الذي ترتب في ذمته، كما يكون مبرءا لذمة الكفيل. حيث ان حقه يبقى قائما في المطالبة بما هو دائن به شريطة عدم التمسك اضرارا بالغير بما يضمنه من الرهن. وعليه يفقد الدائن حقه في التمسك في مواجهة الدائنيين اللاحقين عليه في المرتبة بالرهن الضامن لحقه على اساس عدم تمسكه بالمقاصة مع علمه بالدين المضمون، وهذا يكون دليلا على نزوله عن التمسك بها(٣٩).

٢- انقضاء الرهن الحيازي بغير طريق الوفاء: قد ينقضي الرهن الحيازي وتبرا معه ذمة الكفيل الراهن دون ان يكون هنالك وفاء صادر من المدين الى الدائن المرتهن. فقد يكون هذا الانقضاء اما بسبب ابراء الدائن للمدين مما يترتب في ذمته او بسبب استحالة التنفيذ او يكون راجعا الى مرور الزمان المانع من سماع الدعوى. وكنا قد اشرنا الى الابراء مع الاسباب التي يسري عليها حكم الوفاء فما بقي الا ان نعرض الى العاملين الاخرين.

فبالنسبة الى استحالة التنفيذ: فأنه يكون عاملا في انقضاء الرهن ومبرءا لذمة الكفيل متى ما كانت هذه الاستحالة راجعةً الى سبب اجنبي لا دخل فيه للكفيل الراهن ولا للدائن المرتهن. على ان هذه القاعدة ليست بامرة أي انه يجوز للمتعاقدين ان يتفقا على تشديد مسؤولية الدائن المرتهن عن الاستحالة الحاصلة بسبب اجنبي فعندئذ تنعقد مسؤوليته تجاه المدين، وبالتالي تبرأ معه ذمة الكفيل(٤٠). ولكن ما الحكم اذا كان سبب

(٣٧) د. احمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٨٦- د. احمد محمود سعد، موضع الاشارة السابقة- د. رمضان ابو السعود و د. همام زهران، المرجع السابق، ص ٤٣٨.

(٣٨) وقد عرف المشرع العراقي المقاصة في المادة (٤٠٨) منه بقوله: (اسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه). كما ذهب الى ذلك المشرع المصري في المادة (٣٦٢).

(٣٩) د. رمضان ابو السعود ود. همام زهران، المرجع السابق، ص ٤٣٩- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٤٩٠، ٤٩.

(٤٠) راجع في هذا الصدد رسالتنا، ص ١٢٠.

الاستحالة راجعا الى تعدي الكفيل الراهن وتقصيره؟ لم تورد التشريعات الوضعية نصا خاصا بهذا الحكم، بل اكتفت بما نصت عليه بشأن الاستحالة الراجعة الى المدين نفسه كما في حالة هلاك المرهون الحاصل بخطأ المدين. وعليه نستشف من هذا الحكم بأنه اذا تهدمت الدار المرهونة بتعدي الكفيل الراهن وتقصيره، في اجراء الصيانة اللازمة، فذلك لا يكون عاملاً في ابراء ذمة الكفيل الراهن تجاه الدائن المرتهن، بل ان هذا الكفيل يكون ملزما بالتعويض بالرغم من استحالة تنفيذه لالتزامه العيني، على اعتبار ان مسلكه هذا كان اقرب الى التهرب من التزامه بالضمان(٤١). اما بالنسبة الى مرور الزمان المانع من سماع الدعوى (التقادم) فإنه كأصل عام لا يكون سببا في انقضاء الرهن، حيث ان ترك العين المرهونة تحت قبضة المرتهن ما هو الا اقرارا ضمنيا بوجود الدين في ذمة المدين الراهن، والاقرار من شأنه ان يكون مانعا من سماع الدعوى(٤٢).

على ان الحكم يختلف بالنسبة الى الكفيل الراهن، حيث ان ترك الكفيل للعين المرهونة في حيازة المرتهن لا يعدو اقراراً من المدين بحق الدائن المرتهن ومن ثم لا يكون مانعا من سريان التقادم(٤٣).

وهذا يعني ان انقضاء التزام المدين بالتقادم دون ان يتبعه تقادم التزام الكفيل، كما لو كان هذا الاخير مؤجلا لأجل اطول من التزام المدين، فذلك يكون عاملاً في تمسك الكفيل الراهن بانقضاء التزامه تجاه المرتهن تبعا لانقضاء الالتزام الاصلي(٤٤). حيث انه يحق لهذا الكفيل ان يتمسك بهذا التقادم حتى وان لم تتحقق شروطه بالنسبة الى التزامه بالضمان.

ومما يجدر بالذكر ان الدفع بالتقادم يقتضي التمسك به من كل ذي مصلحة (كالدائن والمدين).

فلا تقضي به المحكمة من تلقاء ذاتها وفقا للفقرة الاولى من المادة (٤٤٢). وتأسيسا على ذلك، اذا لم يتمسك المدين بالتقادم فان حق الكفيل في التمسك به يبقى قائما على الرغم من نزول المدين وبأي حالة كانت عليها الدعوى ولو امام المحكمة الاستئنافية. حيث ان من شأن هذا النزول ان يلحق ضررا به فلا ينفذ في مواجهته(٤٥). هذا من ناحية، ومن ناحية اخرى، ان هذا النزول ينسجم مع أحكام الكفالة من حيث ان

(٤١) د.احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٣٥٨. – د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٧٤– د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٩٤.

(٤٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٣١١– د. همام زهران، المرجع السابق، ص ٤٠٨–وقد قضت محكمة النقض السورية بان: (ترك الاشياء المرهونة محل النزاع تحت يد المرتهن تأمينا لوفاء القرض من شأنه ان يقطع التقادم عملا بالفقرة الثابتة من المادة ٣٨١/٢ من القانون المدني ويبقى التقادم منقطعا مادام المال المرهون في حيازة الدائن المرتهن).
رقم القرار/ ٣٠٨٢/ ١٢١٥، تاريخ القرار /٢٤/٧/ ١٩٨٤.
م ١٩٨٥، ص ٥٢٣، قا ١٨١.
القانون ١٩٨٥ ، ص ١٥٧ ،
مشار اليه لدى المحامي عزة ضاحي، سلسلة الاجتهاد المدني، المبادئ القانونية، التي قررتها الغرف المدنية لمحكتي النقض و الاستئناف السورية، لعام ١٩٨١– ١٩٨٥، ج٢، بدون دار نشر، بدون سنة طبع، ص٨٣١.

(٤٣) د. رمضان ابو السعود ود. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٥٣٦– د. علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، الحقوق العينية الاصلية و التبعية، دار صادر – بيروت، ١٩٦٩، ص ٥٩٠.

(٤٤) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق،ص ٩٤.

(٤٥) د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٧٤– د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٩٤، حاشية رقم ١٧.

الكفيل الراهن يستفيد من كل تغير يطرا على الدين المضمون اذا ترتب عليه انقضائه او التقليل من حجمه.

بيد ان هناك جانبا من الفقه المصري ازاء صراحة نص المادة (٣٨٧) (المقابلة للمادة ٤٤٢) يذهب الى القول بأحقية الكفيل في التمسك بالتقادم ولو لم يتمسك به المدين، على اعتباره من اصحاب المصلحة الذين يشملهم هذا النص. فالتقادم كسبب لانقضاء الرهن يتوخى تحقيق مصلحة خاصة اقتضتها ضرورة استقرار التعامل، حيث اعتبره المشرع خلافا للأصل العام سببا للسقوط ووسيلة للمطالبة بالحق، واعتبره تبعا لذلك سببا لإبراء ذمة المدين. ولما كان هذا السبب قد جاء مغايرا للاصل العام المتمثل بالوفاء، فينبغي عدم التوسع في تفسيره[٤٦].

وقد استند اصحاب هذا الاتجاه في تأييد رأيهم الى الحجج الآتية:

ان التقادم المسقط كسبب لانقضاء الدين جاء استثناءا من الاصل العام، والمعلوم ان الاستثناء لا يجوز التوسع في تفسيره وان كان نابعا من مقتضيات القانون.

ان التقادم المسقط يبتغي تحقيق مصلحة خاصة تتمثل (بمصلحة المدين) وهذه المصلحة دون ادنى شك تتعارض مع مصلحة الدائن المرتهن الذي لا يرضى الا بالوفاء بحقه. ولهذا اجاز المشرع المصري للمدين ان يتنازل عن هذه المصلحة حيث يكون الامر اشبه بحق من الحقوق اللصيقة بشخص المدين. وما دامت اجازة هذا المشرع للتمسك بالتقادم المسقط قد جاءت استثناءٍ، لهذا وجب الاقتصار على مضمون هذه الاجازة وتفسيرها عند توافر شروطها التي افصح عنها صراحة بقوله: (اذا لم يتمسك به المدين) لذلك فالقول بجواز تمسك ذوي المصلحة بالتقادم عند تنازل المدين عن التمسك بهذا السبب، يعد ابتداءً لاستعمال حق لم تتوافر بشأنه شروط اعماله. واذا كان المشرع المصري قد توخى ذلك الحق، لقرر صراحة جوازه لدائني المدين ولذوي المصلحة، حتى وان نزل المدين عن التمسك به، ولكنه اكتفى بالقول (ولو لم يتمسك به المدين). وتأسيسا على ما تقدم ذهبوا الى القول بأن اتباع قواعد التفسير الضيق للنص يكون موجبا الى الحد من سعة الفاظه حتى يكون مطابقا لمقصود الارادة التشريعية والا يتهم بكونه قد قال اكثر مما اراد.

وقد يقال تبريراً لرأي الاتجاه السابق ان هذا الاجتهاد الفقهي يتفق وطبيعة التزام الكفيل الراهن وما استقر عليه في هذا الصدد من جواز استفادته من كل تغيير يطرأ على الدين المضمون يكون مؤديا الى انقضائه. على ان هذا القول كان من الممكن التسليم به فيما اذا كان الدين ينقضي تلقائيا بمضي المدة المانعة من سماع الدعوى بصدده. بيد ان الملاحظ هنا ان اتجاه المشرع المصري كان ساريا الى القول بوجوب سماع الدعوى بالتقادم حتى يقضي به . فاذا كان المدين قد نزل عن التمسك به، فلا يوجد ثمة ضرر يلحق بالكفيل فالدين لم ينقضي ثم عاد الى الوجود بعد التنازل عن التقادم المسقط حتى يمكن القول بهذا الاتجاه، وبعبارة ادق، كان من الممكن التسليم برأي الاتجاه السابق، اذا كان مؤدى رأيهم اكتمال المدة التي يتقادم بها الدين تتحدد بانقضائه،

(٤٦) د. احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٣٦٢، ٣٦٣.

فمثار الاشكال هنا ينحصر في الاستفسار عن عودة الدين بالنزول عن التمسك بالتقادم واثره على التزام الكفيل، هل ان الدين المضمون بالرهن يعود ومعه الكفالة ام يعود وحده مجردا من التزام الكفيل؟ وفي الحقيقة انه كان من الممكن القول بذلك الاتجاه والتسليم بصحته مع وجود الالتزام الاصلي (الدين المضمون) الذي لم يكن قد انقضى بالتقادم وانما يقتضي للقول بذلك التمسك بمضي المدة المانعة من سماع الدعوى، فالدين في هذه الحالة لا يعدو ان يكون اكثر من كونه قابلا للانقضاء اذا تمسك به المدين او كل ذي شأن وحكم به من قبل المحكمة. اما وقد قطع المدين كل شك حول قابلية دينه للزوال من خلال اقراره به ونزوله عن التمسك بمضي المدة فقد تأيد بذلك وجود الدين في ذمته، حيث ان اصحاب هذا الاتجاه لا يذهبون الى القول بالتشدد في شروط الدين حتى يتسنى القول بعدم سريانه في حق الكفيل(٤٧).

والواقع انه على الرغم من الحجج التي أيد بها اصحاب هذا الاتجاه رأيهم، الا اننا نميل الى الاخذ برأي القائلين بجواز التمسك بالتقادم المسقط حتى وان نزل عنه المدين، على اعتبار ان التزام الكفيل بالضمان لم يكن قد انصب اساسا على مديونية ثابتة في ذمته هو، وانما جاء التزامه ضمانا لدين ترتب في ذمة المدين الراهن، لذلك فأن المنطق والعدل يقضينا بالسماح له في التمسك بالتقادم حتى وان نزل عنه هذا الاخير، على اعتبار ان من شأن هذا التنازل ان يلحق ضررا بمصلحته. وما يزيد ذلك تأكيدا صراحة نص المادة (١٠٤٢) والمادة (٩١٠) التي وقفنا عند مضمونها قبل قليل.

المطلب الثاني: اوجه الدفع الخاصة بشخص الكفيل العيني

ومن الدفوع الاخرى التي يحق للكفيل العيني ان يتمسك بها في مواجهة الدائن المرتهن، تلك الدفوع التي تتعلق بذاته. فقد يعزى سبب هذه الدفوع الى امور مختلفة تتلخص بالآتي:

اولا/ عقد الكفالة المبرم بين الكفيل الراهن والدائن المرتهن: حيث ان عقد الكفالة كسائر العقود ينبني جوهره على توافر الشروط اللازمة لانعقاده من تراض ومحل وسبب، على اساس ان التزامه بالضمان يتبع الدين المضمون. حيث ان صفة التبعية هذه لا تجرده عن كونه عقدا مستقلا يلزم فيه توافر شروط الانعقاد والصحة(٤٨).

وعليه اذا كان هذا العقد باطلا او موقوفا، ففي هذه الحالة يحق لهذا الكفيل ان يتمسك بان عقده مع الدائن المرتهن باطل او موقوف، لكي يتسنى له التخلص من الرهن الوارد على ماله بالرغم من بقاء المدين الاصلي ملزما بالدين.

ثانيا/ اقتران عقد الرهن بوصف لصيق بالتزام الكفيل الراهن: ويثار هذا الدفع متى ما كان قيام الرهن مقترنا بشرط واقف او فاسخ، فهنا يستطيع الكفيل ان يتمسك بان الرهن الذي عقده لم ينشأ على اعتباره معلقا على شرط واقف ولم يتحقق او على شرط فاسخ كان قد تحقق.

(٤٧) للمزيد من التفصيل عن رأي هذا الاتجاه، راجع د. احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٣٦٤ وما بعدها.
(٤٨) د. احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٣٦٩.

ثالثا/ انحلال العقد الاصلي الضامن للدين: اذ يستطيع الكفيل الراهن ان يتمسك في مواجهة المرتهن بدافع انحلال عقد الرهن حتى وان لم ينقض الدين، كما في حالة نزول الدائن المرتهن عن الرهن، فإن هذا الرهن ينقضي دون ان يستتبع بانقضاء الدين المضمون فيجوز للكفيل ان يتخذ من هذا النزول ذريعة للتخلص من التزامه بالضمان(٤٩).

رابعا/ انقضاء التزام الكفيل الراهن عينه: فضلا عما تقدم من دفوع، فان الكفيل الراهن يستطيع ان يدفع بانقضاء التزامه بابراء الدائن له او بالتقادم، ولو لم يتقادم التزامه المكفول به(٥٠).

خامسا/ اهمال الدائن المرتهن في بذل العناية اللازمة للحفاظ على ما تقدم به الكفيل الراهن من ضمان:

اذ يستطيع الكفيل الراهن الاحتجاج بهذا الاهمال في مواجهة المرتهن متذرعا بتضييع الفرصة عليه في الرجوع على المدين بعد قيامه بالوفاء الى المرتهن.

حيث ان قيام الكفيل بالوفاء الى المرتهن يؤدي الى حلول هذا الكفيل محل المرتهن في حقوقه قبل المدين.

واهمال الدائن لواجب الحفظ المؤدي الى ضياع ما قدم من ضمان يكون عاملا في اضعاف فرصته في الحصول على ما قام بوفائه عن المدين(٥١).

على ان حق الكفيل في هذا الرجوع يتقيد بكون هذا التقصير راجعا الى الاخلال بواجب الحفاظ على الضمان الخاص المقدم من هذا الكفيل. وعليه يفقد هذا الاخير حقه في الاحتجاج في مواجهة المرتهن اذا كان مرد هذا التقصير يتعلق في الحفاظ على الضمان العام لحقه، كتراخي المرتهن في الرجوع على المدين حتى حكم بأعساره او التقاعس عن استعمال حقه في التمسك بالطعون التي تبغي المحافظة على هذا الضمان، ومن ذلك حالة الطعن بالصورية او بالدعوى البوليصية او عدم استخدام حقه في مطالبة مديني مدينه بالدعوى غير المباشرة. حيث ان اغفال هذه الاجراءات لا ينطوي على اضاعة الضمان الخاص، لذلك يمتنع على الكفيل الراهن الاحتجاج بها في مواجهة المرتهن، ما لم يكن قد وجه اليه انذارا يعلمه بوجوب اتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال مدة معينة سابقة على وقوع ذلك التقصير (٥٢).

سادسا/ عدم تقدم الدائن المرتهن في تفليسة المدين الراهن:

لقد منحت التشريعات الوضعية للكفيل الراهن سيما في الرهن التجاري الحق في التمسك بهذا الدفع في مواجهة المرتهن، على اعتبار ان هذا التقدم هو الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حقه حيال المدين (المفلس)، حيث تبرأ بهذا التقدم ذمة الكفيل من هذا

(٤٩) د. رمضان ابو السعود و د. همام زهران، المرجع السابق، ص ٢١٥– د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٦١٠.

(٥٠) د. احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٣٧٠ – د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٧٥.

(٥١) د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص٧٦– د. جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٩٧.

(٥٢) د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٧٧– د. جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ١٠١

–ويقصد بالضمان وفقاً للفقرة الثانية من مادة (١٠٢٧) مدني عراقي بانه: كل تأمين خصص لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة، وكل تأمين مقرر بحكم القانون.

الضمان.

وعلى ذلك، ان احجام الدائن عن التقدم بهذه التفليسة يكون موجبا لسقوط حقه في الرجوع على الكفيل بما يوازي ما اصاب هذا الاخير من ضرر بسبب اهمال الدائن المرتهن، يتمثل بما كان الدائن يستطيع الحصول عليه في تفليسة المدين(٥٣).

هذه هي اوجه الدفع التي خصت بها التشريعات الوضعية الكفيل الراهن، وقد ارتأينا في الحديث عنها الاختصار قدر الامكان، لأن التفصيل في ايرادها قد يزج بنا الى التطرق لنقاط اخرى بعيدة عن سياق هذا البحث.

(٥٣) د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٨١- د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٩٤، ٩٥- د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ١١٠- وهذا خلافا لما كان عليه الحال في ظل التقنين المصري القديم، حيث كانت المادة (٥٠٣/ ٦١٣) منه قد منحت للكفيل الحق في مباشرة الرجوع على المدين الراهن بالدين المضمون اذا كان هذا قد افلس قبل ميعاد استحقاقه.
(انظر بذلك، د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ١٠٩).

الخاتمة

ننتهي مما تقدم الى القول: ان التشريعات الوضعية ومنها تشريعنا العراقي قد كفلت الراهن مدينا كان او كفيلا عينيا بحماية خاصة تجلت في وضع اجراءات معينة اوجبت على المرتهن اتباعها في الرجوع عليه بالضمان، مستهدفة بذلك المحافظة على امواله من الضياع وعدم انتزاع رضائه بالعنت والاكراه محققة في ذلك خطوة متقدمة في استقرار المعاملات. بيد ان الملاحظ في هذا المقام (وكما اسلفنا) ان نصوص تشريعنا العراقي قد جاءت خاليةً من الاشارة الى بعض المسائل المهمة التي وقفنا عندها او كان قد اكتنفها بشيء من الغموض، فكان ذلك قصورا تشريعياً كان من الأولى به ان يأخذه بعين الاعتبار من خلال الرجوع الى القانون المصري ومجموعة اعماله التحضيرية تأسيسا على كونها مصدرا يستقي منه أحكامه والا عد هذا القصور سيما في الوقت الراهن دافعا رئيسيا في تعارض الاراء وتناقض أحكام القضاء التي تصدر بشأن القضايا المطروحة امامه.