المسؤولية التضاممية عن العمل غير المشروع

في القانون المدني العراقي

دراسة تحليلية مقارنة

أ.صفاء شكور عباس

جامعة كركوك/ كلية القانون والعلوم السياسية

اولا: مدخل تعريفي بموضوع البحث.

المسؤولية التضاممية هي ان يكون عدة مدينين مسؤولين عن دينٍ واحد كمصدرمستقل عن الآخر ودون ان تربطهم مصلحة مشتركة وعدم وجود النيابة المتبادلة فيما بين المدينين، اشخاص بدين (التزام) مقابل الدائن او الدائنين لها اهمية كبيرة من الناحية العملية باعتبارها قوى التأمينات الشخصية اذ يكون بامكان الدائن الرجوع على اي منهما وعليهم جميعاً لاستيفاء دينه، ويعني ذلك ضمانة كبيرة لحق الدائن فالتزام عدة اشخاص بدين واحد خير من التزام شخص واحد به،ولهذه المسؤولية شروطا خاصة كي يتحققو تترتب عليه اثارتختلف عن اثار المسؤولية التضامنية الى حدٍ ما .

ولهذه المسؤولية تطبيقات التشريعية في القانون المدني العراقي في العديد من الحالات خاصة للمسؤولية عن العمل غير المشروع دون تسمية واضحة رغم وجود قاعدة عامة لتقرير نوع المسؤولية في حالة اجتماع اكثر من مسؤول في احداث الضرر.

ثانيا: اهمية الموضوع وسبب اختياره.

بما ان تعدد المسؤولين عن ضرر واحد يؤدي الى ضمانة اكبر للدائن فيسبيل حصول على تعويض عادل، فهل عالج التقنين المدني العراقي فرضية تعدد المسؤولين عن عمل غير المشروع بشكل الذي عالجه التشريعات المدنية المعاصرة اخرى ؟ ، ام كان لأزدواجية في المصدر التاريخي للتقنين المدني العراقي هما مجلة الاحكام العدلية (الفقه الاسلامي) من جهة ، والقانون المدني المصري والفرنسي (الفقه اللاتيني) من جهة اخرى دور في معالجة فرضية تعدد المسؤولين بشكل مزدوج ايضا؟ ، وهل هناك نوع اخر من المسؤولية عن عمل غير المشروع عند تعدد المسؤولين فيها دون تسمية في القانون المدني العراقي؟ هذه الاسئلة وغيرها دفعنا الى تختيار موضوع بحثنا هذا.

منهجية البحث :

اعتمدنا في اعداد هذا البحث المنهج التحليلي لبعض النصوص القانونية الذي تنظم تعدد المسؤولين عن العمل غير المشروع ونصوص الاخرى كلما تطلب الامر ذلك سواء اكان في القانون المدني العراقي والقانون المدني الاردني وقانون المعاملات المنية الاماراتي.

هيكلية البحث:

المبحث الاول : ماهية المسؤولية التضاممية واثارها .

المطلب الاول:مفهوم المسؤولية التضاممية

المطلب الثاني : اثار المسؤولية التضاممية

المبحث الثاني : تطبيقات التشريعية للمسؤولية التضاممية عن العمل غير المشروع.

المطلب الاول: اجتماع المباشر والمتسبب.

المطلب الثاني: اجتماع الغاصب وغاصب الغاصب او المتلف للمال المغصوب.

الخاتمة .

المبحث الاول

ماهية المسؤولية التضاممية وأثارها

ان الفقه المدني العراقي لم يعرف المسؤولية التضاممية رغم وجود عدة تطبيقات لهافي القانون المدني العراقي والقوانين الخاصة الاخرى[١]كما ان القضاء العراقي لم يعرف هذه الحالة ، عليه نحاول بيان اساسه القانوني ومن ثم تحديد ملامحها من بين الحالات الاخرى المشابهة لها ، وذلك بتمييزها عن المسؤولية التضامنية والاثار الناجمة من تحقق المسؤولية التضاممية عليه سنتناول ذلك في مطلبين :

المطلب الاول

مفهوم المسؤولية التضاممية

لوقوف على مفهوم المسؤولية التضاممية فأن ذلك يتطلب منا ان نحدد اساسها القانوني اولا و الاركان اللازمة لتحققها ثانيا ومن ثم تميزها عن سواها اخيرا ولذا قسمنا هذا المطلب الى ثلاثة فروع:

[١] – كنص المادة (٨٥) من قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠.

الفرع الاول

الاساس القانوني للمسؤولية التضاممية

لم يتفق الفقه الفرنسي فيما يتعلق بالاساس القانوني للمسؤولية التضاممية وانقسم الى ثلاثة اتجاهات في تحديد الاساس القانوني لهذه النوع من المسؤولية .

الاتجاه الاول ويرى اصحابه[٢] بأن التضامم نوع اخر للتضامن ، اذ ان للتضامن نوعانالاول التضامن الكامل والذي ينتج عنه جميع الاثار الرئيسية والثانوية للتضامن[٣] ، والنوع الثاني هو التضامن الناقص والذي يعطي للدائن الحق في مطالبة اي من المدينين بحقه (كل الدين) لكنه لاينتج الاثار الثانوية [٤]ويرى هولاء اصحاب هذا الاتجاه ان الآثار الثانوية للتضامن تفترض وجود نيابة ضمنية بين المدينين ، لكن احيانا هذه النيابة لايمكن افتراضه في بعض الحالات ، كما في حالة عدم وجود مصلحة مشتركة بين المدينين وعدم معرفة

٢- **Philippe Malaurie et Laurent Aynes: Coursdedroit civil ,Les obligations , Edcujas,Paris ,١٩٨٥ ,P٥٢٧.**

٣- **لاحظ لاحقا صفحات (٨-١٠) من البحث.**

٤- **Aubry et C. Rau, t. ٤, Par ٢٩٨ terr, texte et notes ٦ a ٨; Mourlon, répétionsécritessur le code civil, t. ٢, nos ١٢٤٧-١٢٥٧a ١٢٦٠ ;Rodeiere, op, cit, nos ١٦٥ et ١٧٥; Cohendy, note D. P. ١٨٩٢. ١. ١٧٧; Ioanid, De la solidaritéimparfaite, thèseparis, ١٩٠٢. Dalloz, par.١٥٢, P ١٢ .**

بعضهم للبعض ولم يكونوا قد اتفقوا على الالتزام معا ، او بسبب ان محل التزامهم ذو طبيعة غير مشروعة مما يبطل كل نيابة مفترضة فيما بينهم ، ففي هاتين حالتين ليس هناك نيابة متبادلة بين المدينين وان الاثار الثانوية للتضامن لاوجود لها ، عليه فان التضامن اذا كان مصدره القانون فتارة يكون تضامن كامل اذا ما اقام القانون التضامن بين المدينين مباشرة وتارة اخرى يكون تضامناً ناقصاً اذا ما سمح القانون للدائن ان يرجع بدينه على عدة مدينين دون ان يكون بينهم نيابة المتبادلة [٥]

اما اصحاب الاتجاه الثانيان المسؤولية المجتمعة تنتج من طبيعة الاشياء ، فمصدر التضامن هو الاتفاق او القانون اما مصدر المسؤولية المجتمعةفيكون خارج عن كل النصوص التشريعية وخارج كل شرط اتفاقي بل هو ينتج عن السببية بحيث يكون عدة مدينين مسؤولين عن دين واحد تجاه الدائن دون ان يكون بينهم التضامن[٦] ، كما هي في حالة تضامن شركة التامين و المسؤول عن الضرر كلاهما مسؤولين تعويض المتضرر عن كامل الضرر دون وجود التضامن.

اما الاتجاه الثالث وهو الاتجاه المعاصر في الفقه الفرنسي فيرى اصحابه ان تأصيل اساس المسؤولية التضاممية يقوم على فكرة الضمان اذ يعتبر وفق هذه النظرية بان كل مدين مسؤول شخصيا بمقدار حصته و(ضامناً) لحصص

٥- عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام (الاوصاف – الحوالة –الانقضاء) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت –لبنان ، ط٣، ٢٠٠٠، ص٢٨٦-٢٨٧.

٦- Encyclopedie.Dalloz,Repertoire,DeDroit Civil , ٢edition , Tome VIII,P٢ ,١٩٨٨ , MiseAjour .

المدينين الاخرين ، وبذلك يتفادى الدائن اقامة دعاوى متعددة بعدد المدينين ، كما انه يتجنب اعسار بعض المدينين ، وهكذا فان اساس المسؤولية المجتمعة مقارب لاساس التضامن ومع ذلك لكل منهم نظاما ونطاقا خاصا به [٧].

الا اننا نرى بان التضامم نظام مستقل عن كل الانظمة السابقة الذي ذكرناها وذلك لانه للتضامم كيانه الخاص وتطبيقاته التي لايمكن ان ندخلها في اي من الانظمة السابقة لوضوح معالمه واركانه ، واذا اخذنا بالنظريات السابقة ذلك لادى الى اخراج عديد من الاحكام من نطاقها الحقيقي منها حالة مسؤولية (شركة التامين والمتسبب للضرر تجاه مؤمن عليه) .

فلايمكن استبدال التضامم بالتضامن لان اثار الناجمة عن التضامن تختلف عن التضامم ، كما لايمكن استبدالها بنظرية الضمان لان في الضمان يكون هناك كسب الملكية المال المضمون مقابل الضمان.

الفرع الثاني

شروط المسؤولية التضاممية

يشترط لتحقيق المسؤولية التضاممية شروط الاتية:

اولاً.(تعدد المدينين) يجب ان يكون المدين بالالتزام عدة اشخاص مقابل دائن واحد او عدة دائنين ، فلا مجال للمسؤولية التضاممية اذا ماكان المدين واحدا

٧- Malaurie et L. AynesCours de droit civil ,Les obligations , ١ ed ,Ed Cujas ,Paris , ١٩٨٥, P٥٣٣..

ولايشترط معرفة المدينين بعضهم لبعض[٨].

ثانياً.(وحدة المحل الدين) يجب ان يكون محل الالتزام واحدا ، اي ان يكون المدينينالمتعددون ملزمون بدين واحد تجاه الدائن ، فلامجال للقول بالمسؤولية المجتمعة اذا ماالتزم مدينون متعددون بديون متعددة بل نكون امام ديون مستقلة عن بعضها [٩] وهذا لايعني بالضرورة ان محل التزام كل مدين هو محل التزام المدين الآخر، بل هو محل مشابه او مماثل لمحل مدين الاخر ، فكل مدين ذمته (بمحل دين) تتميز عما تنشغل به ذمة غيره من المدينين ولكن جميعها ترمي الى تحقيق هدف واحد هو جبر الضرر [١٠].

ثالثاً.(استقلال مصادر التزام المدينين)يجب ان يكون مصدر التزام كل مسؤول مستقلا عن مصدر التزام المسؤول الاخر المجتمع معه ، على العكس من الالتزام التضامني الذي ذات مصدر متجانس [١١] ، ويكون الاستقلال اما باجتماع مصادر التزام غير متجانسة (كاجتماع التزام تقصيري مع التزام عقدي او غيره من مصادر الالتزام او الالزام) ، او تنشأ نتيجة تكرار مصدر

---

[٨]- د.محمد جاد محمد جاد ، أحكام الالتزام التضاممي، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،٢٠٠٣، ص١١٢.

[٩]- د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المرجع السابق ، ص٢٨٦.

[١٠]- د.انور سلطان ، احكام الالتزام _ الموجز في النظرية العامة للالتزام ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، لبنان – بيروت ، ١٩٨٣ ، ص٢٦٥.

[١١]- لمزيد من تفاصيل يلاحظ د.محمد جاد محمد جاد ، المرجع السابق ، ص ١٢٨-١٣٢.

واحد من مصادر الالتزام كتكرار الالتزامات العقدية مثلا (كحالة تعدد الكفلاء بعقود متوالية فكل كفيل يلتزم بعقد على اداء نفس الدين) [١٢]

رابعاً.يظهر دور المسؤولية التضاممية عند عدم وجود التضامن بين المسؤولين (قانونا او اتفاقا) اذ لا وجود للتضامم الا عند انتفاء التضامن ، وان المسؤولية التضاممية بين المسؤولين وجدت أساسا بسبب عدم وجود التضامن في المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الفرنسي وتمسكا بمبدأ (ان التضامن لا يفترض) [١٣].

الفرع الثالث

تمييز المسؤولية التضامنية عن المسؤولية التضامنية

هناك مجموعة من الأمور تتشابه فيها المسؤوليتين التضامنية والتضاممية ، الا انه هناك مجموعة من أوجه الاختلاف بين المسؤوليتين ، فمن أوجه الشبه فيما بينهم ان كلا مسؤوليتين يتفقان بوجود عدة مدينين مسؤولين عن دين واحد [١٤]، ولا يشترط أن يكون الدائن شخصاً واحداً[١٥] ، كما ان في كلا

---

[١٢]– د.قدري عبد الفتاح الشهاوي ، أحكام عقد الكفالة التضامن– التضامم ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٢، ص١١٠.

[١٣]– محمد جاد محمد جاد ، المرجع السابق ، ص١٣٣.

[١٤]– د. نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، دار الجامعة الجديد ، الاسكندرية ،٢٠٠٣، ص٢٣٤.

[١٥]– د.علي عبده محمد علي ، الأخطاء المشتركة وأثرها على المسؤولية ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨ ، ص٧٥.

مسؤوليتين يحق للدائن الرجوع على اي من المدينين ، ووفاء الدين من قبل احدهم يبرئ ذمته وذمة سائر المدينين[١٦].

وعلى الرغم من أوجه التشابه السابقة الا ان المسؤوليتين تختلفان من عدة وجوه فمن ناحية المصدر نجد ان التضامن لايفترض بل لابد من ان يكون هناك نص في القانون او الاتفاق[١٧]، أما الالتزام التضاممي فتفرضه طبيعة الأشياء ذاتها؛ لذا يكون متعدد المصادر[١٨].

والتضامن ينتج عن وحدة مصدر دين جميع المدينين فان هناك مصلحة مشتركة فيما بين المدينين وبالتالي النيابة المتبادلة بينهم فيما ينفع لا فيما يضر ، وتنشأ عن هذه النيابة اثار قانونية منها بنص القانون ومنها يفرضها القضاء، اما في التضامم يكون مصدر دين كل منهم مستقلا عن الآخر فليس هناك مصلحة المشتركة فيما بين المدينينوعدم وجود النيابة المتبادلة ، اذ لايوجد اية رابطة تربط المدينين ببعض سوى ان جميعهم مسؤولين عن نفس الدين تجاه الدائن[١٩] ؛لذا تختلف ألآثار المترتبة على التضامن عن التضامم

١٦- د.نواف حازم خالد ، الالتزام التضامني دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة الموصل، ص٢٧. ود.أنور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام _احكام الالتزام ، بدون عدد الطبعة ، دار النهضة العربية ، بيروت _ لبنان ، ص٢٧٥.

١٧- المادة (٣٢٠) من قانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

١٨- د. نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص٢٣٥.

١٩- د.السنهوري ، الوسيط ، مرجع سابق ، ج٣، ص٢٨٨.ود.عزالدين الدناصوري والمستشار عبد الحميد الشواربي ، المسؤولية المدنية في ضوء احكام الفقه والقضاء ، ج١، ط٧ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤، ص٦٨٨.

الذي تفرضه طبيعة الموقف. من كما انهما يختلفان في مسألة الرجوع المدين الموفي على بقية المدينين في التضامن يكون قاعدة ثابتة[٢٠] اذ يحق للموفي ان يرجع على كل مدين كل بقدر حصته من الدين ، اما في التضامم فان الرجوع ليس قاعدة ثابتة اذ يتوقف الامر على طبيعة الحالة[٢١].

المطلب الثاني

اثار المسؤولية التضاممية

ان وجود الالتزام التضاممي يترتب عليه اثار من ناحية علاقة الدائن بالمدينين المتضاممين و علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم ، ونتطرق لذلك في الآتي:

اولاً:اثار المسؤولية التضاممية في مابين الدائن والمدينين.

تشبه العلاقة بين الدائن والمدينين في المسؤولية التضاممية لحدٍ ما العلاقة بين الدائن والمدينين في المسؤولية التضامنية مما ادى الى التشابه في الاثار الناجمة عن علاقتهم،لكن مع ذلك هناك جملة من الاختلافات بين في مابينهم منها:

٢٠- الفقرة الثانية من المادة (٢١٧) من قانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

٢١- د.نبيل إبراهيم سعد ، التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامن ، دار الجامعة الجديد ، الاسكندرية ، ص٣٧-٣٨.

المبادئ الذي تحكم العلاقة بين الدائن والمدينين.

١.التزام كل مدين متضامم باداء الدين كاملا رغم استقلال مصدر التزام كل منهم ،لكن المسألة تدق في حالة ما اذا اختلفت مصادر مسؤولية كل مدين عن الآخر كأن يكون احدهم مسؤولا مسؤولية تقصيرية والآخر مسؤولية عقدية ففي هذه الحالة لايكون المسؤول مسؤولية عقدية ملتزماً سوى عن الضرر المباشر المتوقع الا اذا ارتكب غشا او خطأ جسيماً[٢٢]اما المسؤول مسؤولية تقصيرية فيكون مسؤولا عن الضرر المباشر غير المتوقع[٢٣]كان يجتمع مسؤولية شركة التامين والمتسبب الضرر تجاه المؤمن عليه.

٢.ان الوفاء الكلي من قبل احد المدينين يؤدي الى ابراء ذمة جميع المدينين فلا يجوز للدائن بعد ذلك الرجوع على بقية المدينين طالما استوفى دينه كاملا ،اما في حالة الوفاء الجزئي من قبل احد المدينين في حقل الدائن الرجوع على بقية المدينين او أكثرهم يشار الا استيفاء ما تبقى من دينه[٢٤].

٣. عدم وجود النيابة التبادلية فيما بين المدينين تجاه الدائن وذلك لاستقلال مصادر مسؤولية كل مدين وعدم وجود المصلحة المشتركة تربط فيما بينهم وتجمعهم مما يؤدي الى عدم امكانية تقرير وجود النيابة المتبادلة[٢٥]وبناءا" على استبعاد النيابة التبادلية من اثار المسؤولية التضاممية استبعدت كافة الاثار الثانوية من نطاق المسؤولية التضاممية على عكس من

٢٢- المادة (٣/١٦٩) من قانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
٢٣- المادة (٢٠٧) من قانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل .
٢٤- د.السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، ج٣ ، ص٢٨٧.
٢٥- د.السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ،ج٣ ، ص٢٨٨.

المسؤولية التضامنية التي لها اثار ثانوية فيما يتعلق بالاعذار وسريان اللفوائد والتقادم والصلح واليمين وحجية الاحكام واثر الطعن[٢٦].

ثانيا:اثار المسؤولية التضاممية فيما بين المدينين انفسهم.

نظرا لعدم وجود المصلحة المشتركة فيما بين المدينين وقد لايعرف احد المدينين المتضاممين بعضهما لبعض فالذي تربطهم مع البعض هو وحدة الدائن فقط فاذا وفى احد المدينين فانما يوفي عن نفسه،وهنا تثور اشكالية وهي بعد وفاء احد المدينين يجد نفسهم وفي دون بقية المدين مما يؤدي الى (اثراء بلا سبب) بالنسبة لبقية المدينين فهل بامكان المدين الموفي الرجوع على بقية المدينين ام انه قد وفى دينه فقط.

نرى بان الرجوع في المسؤولية التضاممية ليست قاعدة عامة بل يتوقف على طبيعة كلحالة فمثلا مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه فاذا ما تم دفع التعويض من قبل تابع نفسه فليس له رجوع على المتبوع بما دفعه من التعويض لانه وفى بدين عن نفسه لكن يحق للمتبوع الرجوع على التابع اذامادُفع التعويض من قبل المتبوع[٢٧]،على عكس من التضامن حيث يكون الرجوع مبدأ عاما بنص القانون[٢٨].

[٢٦]– د.السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، ج٣ ، ص٢٨٨ . ود. محمد جاد محمد جاد ، المرجع السابق ، ص١٥٥.

[٢٧]– المادة(٢١٩،٢٢٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة١٩٥١ المعدل

[٢٨]– المادة (٣٢٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

المبحث الثاني

تطبيقات المسؤولية التضاممية في القانون المدني العراقي

للتقنين المدني العراقي مصدرين تاريخيين هما الشريعة الاسلامية (مجلة الاحكام العدلية) ، والشريعة اللاتينية (التقنين المدني المصري والتقنين المدني الفرنسي) ، وقد اثرت هذه الازدواجية في المصدر التاريخي للتقنين المدني العراقي في مسلك مشرع العراقي في معالجته لفرضية تعدد المسؤولين عن ضرر الواحد والتزامهم بدين واحد تجاه الدائن وخاصة فيما يتعلق بالقواعد الخاصة بتعدد المسؤولين عن العمل غير المشروع فقد تبنى تنظيم قانوني لتضامن المسؤولين عن العمل غير المشروع في المادة (٢١٧) من القانون المدني تبنى تنظيم اخر لتعدد المسؤولين عن دينٍ واحد غير نظام التضامن دون تسمية في التقنين المدني العراقي رغم وجوده في هذا القانون مع استقلاليته عن نظام التضامن.

ولم التقنين المدني العراقي بين التضامن والتكافل والخاصة فيما يتعلق بالمسؤولية عن العمل غير المشروع حال تعددهم علماً ان كلا نظامين مستقلين عن البعض ، وسوف نركز اهتمامنا على المسؤولية التضاممية (التكافل) الذي يولده العمل غير المشروع والاحكام الخاصة عند اجتماع غاصب مع غاصب الاخر او المتلف للمال المغصوب وهذا يتطلب تحليل المواد القانونية خاصة بالمسؤولية عن العمل غير المشروع لوقوف على مدى توفر الشروط اللازمة لتحقق المسؤولية التضاممية وذلك ما سنفصله في ادناه:

المطلب الاول

اجتماع المباشر والمتسبب

نصت المادة (٢/١٨٦) من قانون المدني العراقي ((٢ – واذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد او المتعدي منهما فلوضمناً معاً كانا متكافلين في الضمان)) نرى من تحليل هذة المادة ومقارنتها مع المادة (١/٢١٧) بانه عالج المشرع المدني العراقي فرضية تعدد المسؤولين (اجتماع المباشر والمتسبب) بوضع خاص يختلف عن غيره من الحالات عندما يتسبب اكثر من مسؤول في احداث الضرر ، اذ نص في المادة (١/٢١٧) على التضامن بين المسؤولين عن عمل غير المشروع في تعويض الضرر بصريح العبارة ، اما عند اجتماع المباشر والمتسبب قد نص على التضامم وليس التضامن وذلك لان عبارة (التكافل) التي جاء به المشرع يختلف عن التضامن من حيث المعنى الاصطلاحي (القانوني) اذ عرف المشرع الكفالة بانه (ضم ذمة الى ذمة بتنفيذ التزام)فالتكافل ليس مرادفاً للتضامن[٢٩]والكفالة تصرف قانوني دائماً باعتراف المشرع[٣٠]اما التضامن قد يدرجه المتعاقدين في العقد فيكون تصرفا قانونيا، وقد يفرضه القانون بنص صريح[٣١]كما ان الوضع القانوني للكفيل

[٢٩]- الا ان هناك من الفقه العراقي يرى عكس ذلك بانه التضامن والتكافل مترادفين .يلاحظ د.حسن علي ذنون ،النظرية العامة للالتزامات ، دار الحرية للطباعة ، ١٩٧٦ ، ص٤١٤.

[٣٠]– الفقرة الاولى من المادة (١/١٠٠٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل وتنص(١– تنعقد الكفالة بإيجاب وقبول من الكفيل والمكفول له)

[٣١]– المادة (٣٢٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل والتي تنص على (التضامن ما بين المدينين لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق او نص في القانون).

(التضامم) يختلف عن الوضع القانوني للمدين المتضامن ،وذلك لأن ان مسؤولية الكفيل تكون تابعة للمسؤولية الاصيل، وبامكان الكفيل التمسك بالدفوع التي للاصيل ،امالمدين المتضامن يكون اصيلاً مع المدينين المتضامنين معه فليس للمدين المتضامن التمسك بالدفوع الشخصية الخاصة بالمدين المتضامن معه الا اذا كان الكفيل متضامننا مع الاصيل[٣٢].

ونرى هذا الفرق بشكل واضح في بعض القوانين المدنية العربية منها المادة (٢٩١) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي بانه ((إذا تعدد المسئولون عن فعل ضار كان كل منهم مسئولاً بنسبة نصيبه فيهول لقاضي أن يحكم بالتساوي أو بالتضامن أو التكافل فيما بينهم))[٣٣] ، حيث استخدم المشرع حرف (او) والذي تفيد التخيير بين (التضامن) و (التكافل) في المسؤولين بين المسؤولين عن الضرر ، اي ميز بين نظامي التضامن والتكافل (التضامم) بنص القانون الا انه يجب ان يصدر الحكم بذلك ، وليس وجوبيا عليه بل يخضع لسلطة القاضي التقديرية فله ان يحكم بذلك اذا راى مبررا لذلك وله ان لايحكم به[٣٤].

فالتكافل ليس مرادفا للتضامن اذ لاداعي لوجود نص المادة (٢/١٨٦) في حال وجود المادة (١/٢١٧) اذا ما كان التكافل والتضامن مرادفين لنفس المعنى علماً ان المادة (١/٢١٧) تمثل حكم مشترك للمسؤولية عن العلمل

٣٢- المادة (٣٢١) من قانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

٣٣- تقابله المادة (٢٦٥) من قانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ المعدل.

٣٤- د.مصطفى احمد الزرقا ،الفعل الضار والضمان فيه ، ط١، دار العلم _دمشق ، ١٩٨٨

، ص١١٤-١١٦

غير المشروع ، وماذا الذي دفع المشرع لوضع نصين لفرضية تعدد المسؤولين عن العمل غير المشروع علما ان كلا المادتين تعالجان المسؤولية عن الاعمال الشخصية مما يؤيد راينا على وجود الفرق بين النصين ، وكان الاجدر بالمشرع ان يعالج هذه الفرضية في مادة واحد كما فعل المشرعين الاردني والاماراتي.

الفرع الثاني

اجتماع الغاصب وغاصب الغاصب او المُتلف للمال للمغصوب

من المعلوم ان الغصب هو احد الاعمال غير المشروعة الذي تقع على اموال الغير مما يؤدي الى نشوء المسؤولية التقصيرية على عاتق المسؤول عن الضرر ناجم عن الغصب عليه ماهو نوع المسؤولية الناجمة في حالة ما اذا تم غصب المال المغصوب من الغاصب الاول او اذا ماأُتلف المغصوب في يد الغاصب من قبل شخص اخر غير الغاصب، نرى ان القانون المدني العراقي في حالة اجتماع غاصب الغاصب او اجتماع غاصب مع المتلف لم يعالجه على سبيل التضامن بل تحت نظام اخر دون تسمية واضحة ، وذلك لاسباب الاتية :

١. مما لاشك فيه ان اجتماع الغاصب وغاصب الغاصب او مع المتلف للمال المغصوب يكون هناك تعدد المسؤولين تجاه المتضرر (المغصوب منه) حيث يكون بامكان الدائن الرجوع على اي منهم بالتعويض عن الضرر.

٢. لاشك فيه ان اجتماع الغاصب وغاصب الغاصب هي تعدد المسؤولون عن عمل غير المشروع ، واستنادا على القاعدة العامة الخاصة بالتعدد المسؤولون عن العمل غير المشروع يؤدي الى المسؤولية التضامنية كون الضرر الناشئ من اخطاء مشتركة مما يؤدي الى النيابة المتبادلة فيما بين المدينين المتضامنين فاذا ما تم دفع التعويض من قبل احد المدينين يحق له الرجوع على المدينين الاخرين كل بقدر حصته من الدين ، ولكن في الغصب وبموجب المادة (١٩٨)من القانون المدني العراقي الوضع على خلاف ذلك حيث تنص على((١ – غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب، فإذا غصب احد من الغاصب المال المغصوب واتلفها واتلف في يده فالمغصوب منهم خير ان شاء ضمنه الغاصب الاول وان شاء ضمنه الغاصب الثاني،وله ان يضمن مقداراً منه الاول والمقدار الآخر الثاني، فإذا ضمن الغاصب الاول، كان لهذا ان يرجع على الثاني، واذا ضمن الثاني فليس له ان يرجع على الاول.

٢ – كذلك اذا اتلف احد المال المغصوب الذي هو في يد الغاصب فان المغصوب منه يكون بالخيار ان شاء ضمنه الغاصب وهو يرجع على المتلف وان شاء ضمنه المتلف ولا يكون لهذا رجوع على الغاصب)).

فعند اجتماع فعل الغاصب مع فعل غاصب الغاصب او المُتلف وكلا فعلين مستقلين عن البعض واحدثا الضرر بالمغصوب منه ويكون سبب الدين كل منهم مستقلا عن الاخر ومع ذلك يشتركان في الضمان تجاه

الدائن[٣٥] على العكس من المسؤولية التضامنية والذي يتطلب وحدة مصدر الدين ، كما نرى بان القانون المدني العراقي لم يعطي الحق للغاصب الاول الرجوع على الغاصب الثاني او المتلف للمال المغصوب في يد الغاصب اذا ما دفع التعويض لانه يكسب المال بالضمان ، اما اذا تم دفع التعويض من قبل الغاصب الثاني او المُتلف فليس لهم الرجوع على الغاصب الاول وكما اسلفنابأن (مسألة الرجوع) فيما بين المدينين في التضامم ليس مبدأً عاماً على العكس من التضامن الذي يكون الرجوع فيما بين المدينين مبدأ عاما حيث يكون بامكان المدين الذي دفع التعويض الى الدائن ان يرجع بما دفع على كل مدينين المتضامنين معه كل بقدر حصته من الدين[٣٦]؛ فيتبين من ذلك بان المشرع العراقي قد اقر المسؤولية التضاممية عند اجتماع (غاصب وغاصب الغاصب ، وغاصب والمتلف للمال المغصوب) وليس المسؤولية التضامنية [٣٧]ويطبق نفس الحكم في حالة الاتلاف الجزئي للمال المغصوب وتصرف في المال المغصوب فيحق للمغصوب منه رجوع على الغاصب او المتصرف اليه

[٣٥]- د.محمد احمد شريف ،مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع -، عمان –الاردن ، ١٩٩٩، ص٢١٧.

[٣٦]- المادة (٢/٢١٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

[٣٧]- ونفس حكم فيما يتعلق بنص المادة (٨٥) من قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٨٠ والتي تنص على ((اذا لم يستقطع الشخص المسؤول عن صرف الراتب، المبلغ المحجوز من راتب المدين ومخصصاته او استوفاه ناقصا، فعلى مديرية التنفيذ ان تحصله من راتبه ومخصصاته او من امواله الاخرى، بقرار صادر من المنفذ العدل، وله الحق في الرجوع على المدين، بما استوفى منه بقرار من المنفذ العدل)).

لكن هنا بامكان المتصرف اليه ان يرجع على الغاصب بدعوى ضمان الاستحقاق وفقا لقانون [٣٨].

[٣٨]– المادة (٢٠٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

الخاتمة

بعد ان انتهينا من كتابة بحثنا المتواضع يتوجب علينا الاشارة الى النتائج الذي توصلنا اليه والمقترحات الذي نراها مناسبة بخصوص موضوع محل الدراسة وعلى النحو الاتي:

اولا:النتائج.

١. هناك نظام يسمى ب(التضامم) مستقل عن التضامن يترتب عند تعدد المسؤولين عن ضرر واحد وتختلف عن التضامن من حيث الاثار الناجمة ولاتقل عنه من حيث الاهمية في ضمان حق الدائن باعتباره تأمينا شخصيا عنه ويمكن ان نعرفه ب((هو ان يكون عدة مدينين مسؤولين عن دينٍ واحد كلٌ
٢. بمصدر مستقل عن الآخر ودون ان يربطهم مصلحة مشتركة مما يحول دون وجود النيابة المتبادلة فيما بين المدينين)).
٣. لم يتفق الفقه الفرنسي حول اساس القانوني للمسؤولية التضاممية .
٤. ان قانون المدني العراقي قد وقع في الازدواجية في تنظيمه لفرضية تعدد المسؤولين عن عمل غير المشروع فبعد ان عالج حالة اجتماع (المباشر والمتسبب) في المادة (٢/١٨٦) تحت نظام التضامم لاستخدامه مصطلح (التكافل) ثم عاد ونظمه في المادة (١/٢١٧) تحت نظام التضامن على عكس من قانون المدني الاردني والاماراتي، اي اتخذ بالمسؤولية التضاممية بشكل ضمني ودون تسمية صريحة.

٥. ان الرجوع المدين الموفي على بقية المدينين يكون قاعدة ثابتة في المسؤولية التضامنية بنص القانون اما في المسؤولية التضاممية ليس كذلك بل يتوقف على طبيعة الموقف .

٦. رغم وجود اوجه التشابه بين المسؤولية التضامنية والتضاممية الا انه هناك مجموعة من اوجه الاختلاف بين المسؤوليتين.

ثانيا: التوصيات:

نقترح على المشرع المدني العراقي معالجة المسؤولية التضاممية تحت عنوان واضح ومشتمل لجميع شروطه ومبادئه الخاصة به كمسؤولية التضامنية وجمع المواد المتناثرة في فرع واحد حيث لاتقل اهميته عن المسؤولية التضامنية من حيث تامين حق الدائن في حصول على دينه ، ولان هذه الخلط يؤدي الى عدم اخذ القضاء بالمسؤولية التضاممية كما قصده المشرع.

المصادر

اولا: الكتب.

١.د.انور سلطان ،احكام الالتزام _ الموجز في النظرية العامة للالتزام،دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان – بيروت، ١٩٨٣.

٢.د.حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزامات ، دار الحرية للطباعة، ١٩٧٦.

٣.د.عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام (الاوصاف – الحوالة –الانقضاء) ،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت –لبنان،ط٣،

٤.د.عز الدين الدناصوري والمستشار عبد الحميد الشواربي،المسؤولية المدنية في ضوء احكام الفقه والقضاء،ج١،ط٧ ،منشأة المعارف،الاسكندرية.

٥.د.علي عبده محمد علي،الأخطاء المشتركة وأثرها على المسؤولية ،ط١ ،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية ، ٢٠٠٨ .

٦.د.قدري عبد الفتاح الشهاوي ،أحكام عقد الكفالة التضامن– التضامم ،منشاة المعارف ،الاسكندرية، ٢٠٠٢.

٧.د.محمد جاد محمد جاد ،أحكام الالتزام التضاممي، منشأة المعارف،الاسكندرية،٢٠٠٣.

٨.د.محمداحمدشريف،مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع –،عمان – الاردن، ١٩٩٩،ص٢١٧.

٩.د.مصطفى احمد الزرقا،الفعل الضار والضمان فيه،ط١،دارالعلم _دمشق، ١٩٨٨.

١٠.د. نبيل إبراهيم سعد،النظرية العامة للالتزام ،أحكام الالتزام ،دار الجامعة الجديد،الاسكندرية،٢٠٠٣.

١١.د.نبيل إبراهيم سعد ،التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامن ،دار الجامعةالجديد،الاسكندرية.

ثانياً: الرسائل والاطاريح.

١..د.نواف حازم خالد ،الالتزام التضامني ،دراسة مقارنة ،أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون ،جامعةالموصل، ١٩٩٩.

ثالثا: المصادر الفرنسية.

١.Aubry et C.Rau : Cours de droitcivil francais ,t. ٤, par Bartin , ٦ ed ,Ed tecHNIQUES,Paris.

٢.Encyclopedie.Dalloz,Repertoire,DeDroit Civil , ٢edition ,MiseAjour ,١٩٨٨ ,Tome VIII.

٣.Malaurie et L. AynesCours de droit civil ,Les obligations , ١ ed ,Ed Cujas ,Paris.

٤.Philippe Malaurie et Laurent Aynes: Coursdedroit civil ,Les obligations , Edcujas,Paris ,١٩٨٥.

الملخص

يتناول هذا البحث حالة المسؤولية التضاممية عن عمل الغير مشروع بجانب المسؤولية التضامنية دون تسمية واضحة في القانون المدني العراقي ويعود ذلك الى الازدواجية في المصدر التاريخي للقانون المدني العراقي. كما قمنا بتحليل المواد القانونية التي تثبت وجود هذا النوع من الشمولية في القانون المدني العراقي .

Abstract

This research deals with solidum responsibility in non-legal work in the project , beside to the solidum responsibility without clear nomination of Iraqi civil law. This goes to duality of historical sources of Iraqi civil law (Islamic law and Egypt)