# مفهوم الضمان الطولي
## دراسة مقارنة بين القوانين المدنية والفقه الإسلامي


أ.د. منصور حاتم

**نبذة عن الباحث :** استاذ دكتور في القانون . في كلية القانون جامعة بابل له بحوث كثيرة .

أ.م.د. عباس فياض

**نبذة عن الباحث :** استاذ مساعد دكتور في القانون العام . كلية القانون جامعة بابل .

محمد قاسم عبد الحميد

**نبذة عن الباحث :** بكلوريوس قانون باحث في مجال القانون .


**The Concept of longitudinal security**
**A comparative study**
**between civil law and Islamic jurisprudence**


## Abstract

The term longitudinal security due to invent some doctrine Imami scholars of Islamic jurisprudence, However, the term remained tied between his research and explanations of his students, Which was not more than a face- known problem to solve , " the multiplicity of guarantors and secured one " So tried to search here use the term and developed to serve the legislative and judicial fact, as meant by the term longitudinal guarantee is the person next to nothing or an extension of the debt ( along ) to ensure that the previous person, And that has been chosen to be the title for this search. The term longitudinal guarantee albeit not remember civil laws and books explaining her , but the theme is the multiplicity of guarantors, Which will focus on the analysis and study, As mentioned in the Iraqi civil Aleghannon explicitly as in Article 134/1, The content has been mentioned in several places , including the contract curious as in Article 135/4 Iraqi civilian, On the subject of irregularity , as in Article 198/1 Iraqi civilian, On the subject of bare as in Article 855/2 of an Iraqi civilian , and other.

The longitudinal security to be discussed is the succession of guarantors on one thing or the same religion , where there is a guarantor of the first thing , religion , and then after a long established any underwriter later, Meant by the term " longitudinal " that there is a guarantor later located him to ensure everything had to be played by the first owner of the guarantor to the eye or the creditor without detracting first responsibility of every guarantor guarantor toward the former owner.

**خلاصة البحث:**

**يرجع مصطلح الضمان الطولي إلى ابتكار بعض علماء المذهب الإمامي من الفقه الإسلامي ، إلا أن المصطلح بقي مقيدا بين بحثه وشروح تلامذته ، الذي لم يكن يتعدّى كونه وجهاً لحلِ الإشكالية المعروفة " تعدد الضامنين والمضمون واحد ". لذا حاول البحث هنا تهذيب المصطلح وتطويره بما يخدم الواقع التشريعي والقضائي ، حيث أن المقصود بمصطلح الضمان الطولي هو ضمان الشخص اللاحق للعين أو الدين امتداداً لضمان الشخص السابق ، و الذي تم اختياره ليكون عنوانا لهذه البحث .**

**إن مصطلح الضمان الطولي وإن كان لم تذكره القوانين المدنية والكتب الشارحة لها إلا أن موضوعه هو تعدد الضامنين ، الذي من أمثلته البارزة تداول الأيدي أو تعاقبها ، والذي يحاول البحث التركيز عليه بالتحليل والدراسة ، حيث ورد ذكره في القانون المدني العراقي صراحة كما في المادة 134 /1 ، وأما مضمونه فقد ورد في مواضع عديدة منها العقد الفضولي كما في المادة 4/135 مدني عراقي ، وفي موضوع الغصب كما في المادة 1/198 مدني عراقي ، وفي موضوع العارية كما في المادة 2/855 مدني عراقي ، وغير ذلك .**

**إن الضمان الطولي المراد بحثه هو تعاقب الضامنين على العين الواحدة أو الدين نفسه ، حيث يكون هناك ضامن أول للعين أو الدين ، ثم ينشأ بعده أي على طوله ضامن لاحق ، فالمراد بالطولية أن هناك ضامن لاحق يقع عليه ضمان كل ما كان يجب أن يؤديه الضامن الأول إلى مالك العين أو الدائن من دون أن ينقص ذلك مسؤولية الضامن الأول وكل ضامن سابق تجاه المالك .**

**المقدمة :**

**بسمه تعالى وله الحمد كثيرا والشكر دائما ، والصلاة والسلام على حبيبه المصطفى وأله الطاهرين وصحبه المنتجبين ، وبعد ..**

**إن موضوع الضمان في القانون المدني من المواضيع الهامة والمتشعبة التي تدخل في جميع مناحي حياة الإنسان العملية ، ويتأثر بسببه المركز الاجتماعي والاقتصادي والسياسي وغيرها ، للفرد والجماعة ، وبما يظهر معه مدى استقرار المعاملات وسلامة تقنين أحكامها ، ومن هنا كان من الطبيعي أن تعد من أبرز**

معايير قياس درجة تطور القوانين ورقيها تلك التي تمتاز بحسن معالجتها لموارد الضمان ودقة أحكامه .

ومن موارد الضمان التي آثر البحث تسليط الضوء عليها وكشفها بالدراسة والمقارنة بين القوانين المدنية والفقه الإسلامي هو تعدد الضامنين للشيء الواحد . الذي انفرد فيه بعض الفقه الإسلامي بالتعبير عنه بمصطلح الضمان الطولي . ونظرا لسهولة هذا المصطلح وإيجازه ودقة دلالته في تمييز هذا الضمان عن غيره من صور الضمان تم اختياره عنوانا لهذ البحث .

إن مصطلح الضمان الطولي الذي تم اختياره ليكون عنوانا لهذه البحث قد استعمله البعض من الفقه الإسلامي . وهذا المصطلح وإن لم تذكره القوانين المدنية والكتب الشارحة لها إلا أن موضوعه هو تعدد الضامنين . الذي من أمثلته البارزة تداول الأيدي أو تعاقبها . والذي يحاول البحث التركيز عليه بالتحليل والدراسة . حيث ورد ذكره في القانون المدني العراقي صراحة كما في المادة 134 /1 . وأما مضمونه فقد ورد في مواضع عديدة منها العقد الفضولي كما في المادة 4/135 مدني عراقي . وفي موضوع الغصب كما في المادة 1/198 مدني عراقي . وفي موضوع العارية كما في المادة 2/855 مدني عراقي . وغير ذلك .

إن الضمان الطولي المراد بحثه هو تعاقب الضامنين على العين الواحدة أو الدين نفسه . حيث يكون هناك ضامن أول للعين أو الدين . ثم ينشأ بعده أي على طوله ضامن لاحق . فالمراد بالطولية أن هناك ضامن لاحق يقع عليه ضمان كل ما كان يجب أن يؤديه الضامن الأول إلى مالك العين أو الدائن من دون أن ينقص ذلك مسؤولية الضامن الأول وكل ضامن سابق تجاه المالك .

ترجع أهمية هذا الموضوع إلى المشاكل الحاصلة في نطاق المسؤولية العقدية كما في عقود الضمان أو في نطاق المسؤولية التقصيرية كما في التصرفات الفضولية أو الأيدي العادية الواقعة على العين من قبيل الغصب وخيانة الأمانة وبسبب ما تجريه تلك الأيدي الفضولية أو العادية على العين من تصرفات أو وقائع قانونية مختلفة والتي سينتج عنها تعدد في أحكام الضمان وزيادة في تعقيدها تبعا لتعدد تلك الأيدي الضامنة . وخير مثال واقعي على تلك المشاكل المعقدة ما يجري في نزاعات الملكية . فالضمان الطولي ليس مجرد تعاقب وضمان بل هو تعاقب للأيدي على العين مع ضمان كل منها لكل العين مضافاً لاحتمال ضمان زائد مترتب على اليد اللاحقة العادية أو على اليد السابقة في حال تغريرها لليد اللاحقة .

وبناءا على ذلك فإن الهدف من هذه الدراسة هو الخروج بنظرية عامة حول الضمان الطولي يظهر فيها بيان المقصود بالضمان الطولي والفكرة التي يقوم عليها . وما يميزه عن غيره من صور الضمان . في محاولة يقصد البحث منها إيجاز موارده المتناثرة في القانون المدني من خلال وضع قاعدة عامة موحدة يمكن أن تغنينا

عن ذلك التكرار والتطويل في الصياغة التشريعية والارتباك في تكييف بعض القرارات القضائية .

ومن أجل التعرف على الضمان الطولي بصورة تفصيلية وبيان قيوده ومميزاته والتعرف على تطبيقاته من خلال التحليل والمقارنة بين الفقه الإسلامي في مذاهبه المشهورة والقوانين المدنية ، وبالخصوص العراقي والمصري ، ولأنه لم يوجد من تعرض إليه بصورة تفصيلية ، لذا لم يألُ البحث جهداً في التركيز على الموضوع ودراسته من مختلف النواحي التشريعية والفقهية .

تتألف هيكلية البحث من ثلاثة مباحث وخاتمة .

## المبحث الأول: فكرة الضمان الطولي.

تعد الفكرة هي الأساس النظري الذي يستند عليه مفهوم الضمان الطولي، إذ على ضوئها يمكن تحديد باقي مفردات المفهوم من قيود ومميزات ، وتتألف فكرة الضمان الطولي من ثلاثة أمور تبحث من خلال ثلاثة مطالب متسلسلة تكمل بعضها البعض الآخر ، فالمطلب الأول هو بعنوان " تاريخ الضمان الطولي " الذي يمثل تمهيداً للمطلب الثاني ، الذي هو بعنوان التأصيل القانوني لفكرة الضمان الطولي ، والذي هو الآخر يمثل تمهيداً للتوصل إلى المطلب الثالث ، الذي هو بعنوان " تعريف الضمان الطولي " ، وتفصيل المطالب الثلاثة كما يأتي :-

### المطلب الأول : تاريخ الضمان الطولي .

لم يرد تعبير الضمان الطولي في لسان القانون الوضعي سواء في القانون المدني أو غيره ، وكذلك الحال في الفقه الإسلامي ولجميع مذاهبه إلا ما ورد عند البعض من فقهاء المذهب الإمامي وفي بدايات القرن الهجري الرابع عشر الموافق للنصف الأول من القرن الميلادي الماضي .

إن سبب ابتكار هذا التعبير يرجع إلى المعنى الذي يحمله مصطلح الضمان الطولي والذي فهمه ذلك البعض وهو الشيخ محمد حسين النائيني (1) عند شرحه لعبارة كتاب المكاسب(2) التي كانت تدور حول ضمان الأيدي المتعاقبة فقال الشيخ النائيني شارحاً ومعلقاً: ((وما ذكرناه في معنى الضمان الطولي هو مراد المصنف "قده" في عبارته الأخيرة حيث يقول:فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل.))(3) . بعد هذه المقدمة البسيطة يمكن لنا إيجاز تاريخ الضمان الطولي ومن خلال فرعين ، الأول في عرض إشكالية " تعدد الضامنين والمضمون واحد " والفرع الثاني في عرض الوجوه التي تم ذكرها في الجواب عن الإشكالية والتي كان أحدها الضمان الطولي وكما يلي :-

#### الفرع الأول: إشكالية تعدد الضامنين والمضمون واحد.

إن هذه الإشكالية ترجع إلى السؤال الآتي : كيف يمكن تصور وجود أكثر من شخص واحد وكل منهم ضامن مستقل لكل العين ، ولنفس العين الواحدة ؟ .

أي إن تعاقب الأيدي المتعددة على العين الواحدة دون إذن من المالك أو من ينيب عنه ، سواء كانت اليد الأولى فضولية أم غاصبة أم خائنة للأمانة يستدعي ضمان جميع الأيدي المتعاقبة أي ضمان كلٍ من اليد الأولى وبقية الأيدي اللاحقة لكل العين المضمونة ، وعندها تبرز الإشكاليةَ في كيفية تعدد الضامنين والحال أن المضمون واحد ؟ .

ثم يترتب على تلك الإشكالية إشكالية أخرى وهي أنه في حالة إتلاف العين عند اليد اللاحقة يمكن تصور رجوع اليد السابقة على اللاحقة في حال رجوع المالك على اليد السابقة ، ولكن الإشكال في حالة تلف العين قهرا ، إذ كيف يمكن تصور أن يتحمل اللاحق الضمان وحده برجوع السابق عليه إذا ما رجع عليه المالك دون العكس ، أي دون ما إذا رجع المالك على اللاحق فاللاحق لا يرجع على السابق بشرط عدم تغرير السابق للاحق ؟ .

ويصور هذه الإشكالية أحد أساطين الفقه الإمامي وهو السيد أبو القاسم الخوئي(4) حيث يقول : (( والحاصل أن كلامنا في تصوير الضمان في تعاقب الأيدي على كل واحد من الأشخاص مع كون المال واحدا ، بأنه لماذا يرجع السابق إلى اللاحق مع عدم الغرور ، وأن المالك كيف يرجع على كل واحد منهم مع كون المال واحدا ، فلا يضمن المال الواحد إلا شخص واحد )) (5) ، وأما ما يترتب على تلك الإشكالية فيقول : (( فلا وجه لتسرية الحكم إلى صورة التلف أيضاً فإن المال إذا تلف عند اللاحق بلا تسبيب وإتلاف بل بتلف سماوي ، فلماذا يرجع السابق إليه مع كون نسبة ضمانه إليهما على حد سواء إذ كل منهما وضع يده على ذلك المال ولم يفعلوا شيئا يوجب إتلافه بل تلف ذلك ببلاء من الله ، فلماذا يختص اللاحق بالضمان دون السابق ؟ فلا يمكن قياسه بالإتلاف لعدم التسبيب هنا بوجه وإن كان هناك ما يوجب تصوير التسبيب إجمالاً ، فكون اللاحق مختارا في رد العين إلى المالك فلم يرده فتلف عنده لا يكون سبباً لثبوت الضمان اللاحق ، فإن اللاحق مع السابق سيان في ذلك المعنى لكون السابق أيضاً مختاراً في رد العين إلى مالكها كما لا يخفى )) (6) .

وأما في فقه القانون المدني فإننا نجد عند البعض منه (7) أثراً لهذه الإشكالية عندما يعتبر أحد عناصر الالتزام التضامي هو تعدد المحال بدلاً من كونه محلاً واحداً كما فعل الأكثر (8) ، والسبب في ذلك هو تعدد المدينين الذي يقتضي وجود ديون متميزة قد تكون من طبيعة واحدة كلها عقدية أو كلها تقصيرية ، كما قد تكون من طبائع مختلفة بعضها عقدي وبعضها تقصيري ، ذلك أن كل دين مستقل عن الآخر في مصدره وفي محله .

ومن هنا يظهر أن القول بتعدد المحل يكون مخرجاً للمشكلة الفلسفية نفسها الظاهرة سابقاً عند عرض الجذر التاريخي لفكرة الضمان الطولي ، والتي مفادها في كيفية تعدد الضامنين ووحدة المضمون ، ولذا فإن القول بتعدد المحل يمكن أن يعد حلاً للإشكالية ، هذا إذا لم نقل بحلها من خلال ظهور الفرق بين حالتي اشتغال الذمة بالضمان واستقرار الضمان بالذمة ، إذ أن تعدد الاشتغال لا يعني استقرار الضمان لأكثر من ذمة وعندئذ تنتفي الإشكالية .

ثم إن القول بتعدد المحل هو مجرد أمرٍ نظري لأنه في الواقع لا يعدو كونه محلاً واحداً ، والدليل على هذا الأمر الحكم بعدم جواز مطالبة الدائن أياً من المدينين الباقين بعد حصول الوفاء من أحدهم ، إذ لم تعد للدائن مصلحة في تلك المطالبة (9) .

## الفرع الثاني: وجوه حل الإشكالية.

ذكر الفقهاء عدداً من الوجوه لحل إشكالية تعدد الضامنين مع كون الشيء المضمون واحداً ، وما يترتب عليها من إشكالية رجوع السابق على اللاحق الذي تلفت عنده العين قهراً دون العكس كما تقدم بيانه ، ويمكن إيجاز تلك الوجوه بما يأتي :-

أولاً : التنظير بالواجب الكفائي

وممن التزم هذا الوجه (10) في حل الإشكالية المتقدمة الشيخ الأنصاري صاحب كتاب المكاسب حيث أوضح السيد الخوئي هذا الوجه بقوله : (( وقد وجهه شيخنا الأنصاري ذلك بتنزيله منزلة الواجب الكفائي وأنه كما أن الواجب الكفائي شيء واحد وإن كان المكلفين كثيرين ومتعددين بحيث لو أتى الواحد منهم سقط عن الباقين وإلا فعوقب الجميع وهكذا في المقام فإن المال مال واحد وضمانه ضمان واحد ولكن الضامن متعدد بحيث لو أدى المال واحد منهم سقط حق المالك عن الباقين وإن لكل واحد منهم أن يرجع إلى الآخر وإن لم يؤد لكان كلهم ضامنين على ذلك )) (11) .

وهذا الوجه لا يرتضيه الشيخ النائيني بناءاً على أن مقام الضمان يختلف عن مقام الواجب الكفائي ، حيث يذكر تلميذه السيد الخوئي ذلك بقوله : (( وأشكل عليه شيخنا الأستاذ بأن تنزيل المقام بباب الواجب الكفائي غير معقول .. لرجوع ذلك إلى انتفاء الضمان عنهم إلا أن يقال بالشركة أو بضمان كلٍ على المالك مستقلا ليكون لمال عوض كثير ، فهما كما ترى )) (12) .

ثانيا : اجتماع الحكم التكليفي والوضعي

يختص هذا الوجه (13) في حل إشكالية رجوع الضامن السابق على اللاحق دون العكس وهو يرجع إلى الشيخ صاحب الجواهر (14) ، ومفاد هذا الوجه يلخصه السيد الخوئي بقوله : (( من أن التكليف المتوجه إلى الغاصب الأول تكليفي محض

متعلق بأداء ما أخذه بالمثل أو القيمة ، بينما التكليف المتوجه إلى الغاصب الثاني ( أي الثاني هنا كالمعقول الثاني وإن تعددوا ) تكليف وضعي مضافاً إلى التكليفي لكون المال تالفاً عنده .. وعلى هذا فإن رجع المالك إلى الثاني سقط الحكم التكليفي عن الأول ، بينما إذا رجع إلى الأول وأعطى البدل من المثل أو القيمة سقط عنه الحكم التكليفي فيرجع في المال البدل إلى الثاني فإنه هو الذي اشتغل ذمته بالبدل )) (15) .

ويرد الشيخ النائيني هذا الوجه بما حاصله أن لازمه القول بانتزاع الأحكام الوضعية من الأحكام التكليفية وهذا مما لا معنى له ، وثانياً أنه لا دليل هناك على عدم ضمان الأول فإن سبب الضمان ليس إلا اليد فهي بالنسبة إليهما على حد سواء وكون التلف أو الإتلاف تحت يد الثاني لا يوجب إلا انتقال البدل إلى الذمة دون أصل الضمان كما لا يخفى ، وثالثاً أن هناك دليل على ضمان الأول فإن السيرة قائمة على اشتغال ذمة الغاصب الأول بما أخذه من الغير باليد العادية أو بالبيع الفاسد وإن أعطاه إلى الغير بلا غرور (16) .

ثالثاً : القول بالضمان الطولي

وهذا الوجه في حل الإشكالية المتقدمة يرجع كما تقدم إلى الشيخ النائيني الذي لم يرتضِ الوجه الأول لأن تنزيل المقام بباب الواجب الكفائي غير معقول ، وكذلك لم يرتض الوجه الثاني لأن الضمان حكم وضعي مجعول مستقل بالجعل لا أنه منتزع عن الحكم التكليفي (17) .

ولذا تعقيبا لما تقدم يذكر الشيخ النائيني أن جواب الإشكالية يكون من خلال القول بالضمان الطولي حيث يقول : (( بل التحقيق في مورد تعدد الضمناء هو طولية الضمان .. وتوضيح الضمان الطولي أن المعنى المعقول من تعدد الضمناء هو أن يكون أحدهما ( فيما إذا كانا اثنين مثلا ) ضامناً للمالك والآخر ضامناً لما ضمنه الآخر وما استقر في ذمته ، وبعبارة أخرى يكون الأول مشتغل الذمة بالمالك والثاني بما اشتغل به ذمة الأول ، فاشتغال ذمة الثاني يكون في طول اشتغال ذمة الأول )) (18) .

وعليه يراد بالضمان الطولي أن يكون الضامن اللاحق عند تعدد الضمناء ضامناً لما في ذمة السابق أو لما يؤديه ، فقد يغصب مثلاً شخص مال آخر ، ثم يغصبه منه غاصب ثانٍ وهكذا ، فلصاحب المال عندئذ مطالبة كل واحد من الغاصبين ، فضمان الغاصب الأول للمالك يكون لنفس العين وبصفاتها الخارجية ، وأما ضمان الغاصب الثاني فإنه إضافة إلى صفات العين الخارجية هناك صفة أخرى اعتبارية وهي كون العين في ذمة الغاصب الأول فهي ضامنة لضمانه وما استقر في ذمته .

وبذلك تكون اليد الثانية ضامنة لشخصين ، أحدهما : المالك بنفس العين ، وثانيهما : الغاصب الأول بالنسبة لخسارته ، بمعنى أن اليد الثانية تتحمل الخسارة في ظرف أخذ المالك الخسارة من اليد الأولى ، وبما أن كل واحد من الغاصبين ضامن

للعين " سواء مع الصفة الاعتبارية أو بدونها " فيحق للمالك الرجوع إلى كل واحد من الغاصب الأول والثاني ، وهكذا لو تعدد الضامنون (19) .

والبعض يذكر أن الضمان الطولي يتصور على قسمين : فإنه تارة لا يصح للمالك أن يرجع إلا إلى أحدهما كما في الضمان العقدي بناءاً على أن الضمان نقل من ذمةٍ إلى أخرى ، وأيضاً في حالة الإتلاف ، وأخرى يصح للمالك الرجوع للأول أو الثاني كما في الضمان العقدي بناءاً على أن الضمان ضم ذمةٍ إلى ذمة ، وأيضاً في حالة الأيادي المتعاقبة 20

**المطلب الثاني: التأصيل القانوني للضمان الطولي.**

إن أهمية ما تقدم حول تاريخ مصطلح الضمان الطولي ليس في الإشكاليات التي كانت سببا في نشوء تلك الفكرة ، إذ لا جدوى من بحث تلك الإشكاليات بعد ما أوضحنا جوابها فيما تقدم ، والتي أقل ما يقال فيها أنه لا خلاف في ثبوتها وإن كان هناك اختلاف في تفسيرها ، بل الأهمية التي تدعونا والهدف الذي نسعى من أجله هو العمق القانوني الذي يتضمنه مصطلح الضمان الطولي ، لذا نقصد بالتأصيل القانوني هو التحديد النظري لفكرة الضمان الطولي من الناحية القانونية بإعطاء الأوصاف القانونية المناسبة لها ، ومن ثم التفتيش بين التطبيقات القانونية المحتملة لتشخيص المناسب منها في الاستدلال على الوجود القانوني لفكرة الضمان الطولي ، أي بعبارة أخرى يُراد من التأصيل القانوني أمران : الأول هو التحديد القانوني لفكرة الضمان الطولي ، والثاني هو البحث عن التطبيق القانوني لفكرة الضمان الطولي وكما يلي في الفقرتين الآتيتين :-

**الفرع الأول: التحديد القانوني لفكرة الضمان الطولي.**

إن سلامة التحديد القانوني لأي فكرة يُراد بحثها يعتمد بالدرجة الأساس على الكشف عن الأوضاع القانونية المشابهة لتلك الفكرة ، ولذا فإن العثور على تلك الأوضاع القانونية المشابهة يتم من خلال عدد من المنطلقات التي يمكن من خلالها أن نحدد فكرة الضمان الطولي قانونياً لغاية التمكن من وصفها قانونياً ووضعها في مكانها المناسب ضمن مفردات التشريع القانوني ، وهذه المنطلقات يمكن تلخيصها بما يأتي :-

أولاً : حقيقة الموضوع

إن حقيقة الضمان الطولي وكما تقدم مصطلح خاص بالفقه الإسلامي وهو يرجع في نتيجته إلى موضوع الضمان في الفقه الإسلامي ويقابله في القانون مصطلح الالتزام ، حيث يقول الأستاذ السنهوري : (( أما الالتزامات التي تنشأ عن غير العقد أو التي تنشأ عن المسؤولية العقدية ، أي الالتزامات التي تنشأ عن المسؤولية بوجه عام تقصيرية كانت أو عقدية فتسمى الضمانات ، فإذا أردنا أن

نورد تعبيراً فقهياً يقابل لفظ "الالتزام" بالمعنى المعروف في الفقه الإسلامي وجب أن نستعمل تعبيرين هما "الالتزام" و "الضمان" )) (21) . ويؤكد هذا المعنى بعض الفقه القانوني العراقي ضمن حديثه عن المسؤولية التقصيرية بقوله : (( ويسمي الفقهاء المسلمون هذا النوع من المسؤولية "الضمان" وهذه التسمية أدق ، لأنها تتعلق بالناحية المالية في حين أن تعبير "مسؤولية" تبرز فيه ناحية محاسبة الشخص من ناحية الجزاء لا من الناحية المالية (22) .

ثم إن الالتزام قد يكون التزام بالعين أو التزام بالدين ، فكذلك الضمان هنا قد يكون ضمان بالعين والذي يعني التزام محله عين معينة بالذات والتي إذا ما هلكت فإن الالتزام بها يتحول إلى التزام بدين هو رد القيمة أو المثل ، أو ضمان بالدين وهو التزام محله مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المالية وهذا هو الذي يتعلق بالذمة (23) .

ثانياً : صفة الموضوع

ونقصد بصفة الموضوع هي الطولية التي يوصف بها هذا الضمان ، وتعني الطولية ضمان الأيدي المتعددة والمتعاقبة على العين ، بحيث يكون ضمان اللاحقة ممتداً في طول ضمان اليد السابقة ، أي أن اليد اللاحقة تضمن كل ما ضمنته اليد السابقة .

ولكن لا يُراد بالطولية مجرد تعدد الضمان لأكثر من مدين ، كما هو الحال في تضامن المدينين الذي يطلق عليه بالالتزام التضامني والذي يكون مصدره إما الاتفاق وسواء كان الاتفاق في متن العقد أم لاحقاً ، أو يكون مصدره القانون كما هو نص القانون المدني العراقي : (( التضامن ما بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناءاً على اتفاق أو نص في القانون )) (24) ، والذي من أمثلته في القانون المدني العراقي ما يلي : (( إذا كان كل من المهندس المعماري والمقاول مسؤولاً عما وقع في المعمل من عيب كانا متضامنين في المسؤولية )) (25) . بل الطولية تعدد وامتداد للضمان ، ولذا تتخلف عن الالتزام التضامني صفة الطولية ، لأن التضامن يحصل من حين الاتفاق أو من حين انطباق القانون وفي آن واحد لجميع المدينين ، بينما نجد أن الالتزام التضامني تتوفر فيه صفة الطولية ، إذ نرى في أحد أمثلته وهو عقد الكفالة ، أن الدين يصبح متعلقاً بذمتين : ذمة المدين الأصلي ( المكفول عنه ) وذمة المدين المتضامم ( الكفيل ) بعد أن كان متعلقاً بذمة واحدة (26) .

وهذا الأمر نفسه عند جمهور الفقه الإسلامي ، والذي يقرر أن الكفلاء حين يكفلون على التعاقب يجوز للدائن أن يطالب كلاً منهم بكل الدين ، فلو ضمن كفيل بعد كفيل ولو بلحظة فله أخذ جميع حقه من أحدهما حتى ولو كان الآخر ملياً (27) .

ثالثاً : حكم الموضوع

إن حكم الضمان الطولي هو التزام كل يد من الأيدي المتعاقبة بضمان العين ، أو التزام كل مدين بكل الدين ، وهذا الحكم يتفق فيه أيضاً كل من الالتزام التضامني و التضامي ، حيث أن للدائن في كل من الالتزامين الحق في الرجوع على أي من المدينين ليطالبه بكل الدين (28) .

ويترتب على الوفاء بالدين من أحد المدينين براءة ذمة الباقين جميعاً ، إلا أن الالتزام التضامني يتميز في أن تضامن المدينين يستوجب وجود مصلحة مشتركة بينهم ، يلزم منها وجود نية تبادلية فيما بينهم ينشأ عنها آثار ثانوية يقررها القانون نفسه أو يقررها القضاء في بعض الأحوال (29) ، بينما لا ينتج الالتزام التضامي أياً من هذه الآثار الثانوية ، وذلك يرجع كما قيل إلى انتفاء المصلحة المشتركة بين المدينين فلا توجد النيابة التبادلية فيما بينهم ، وهذا الاختلاف الجوهري بين الالتزامين هو الذي دفع القضاء الفرنسي إلى الالتجاء إلى فكرة الالتزام التضامي خارج نطاق كل اتفاق أو نص في القانون (30) ، ويذكر أحد الكتاب المعاصرين في الفقه القانوني عن هذا الحكم : (( إن هذا الحل هو ما استقرت عليه محكمة التمييز الكويتية حيث تواترت أحكامها كما رأينا من قبل على إعلان " أن الدائن يستطيع أن يطالب أي مدين متضامم بكل الدين " وهو أيضاً ما تأخذ به محكمة النقض المصرية منذ وقت طويل )) (31) .

يظهر مما سبق أن حكم الضمان الطولي عبارة عن التزام كل من الأيدي المتعددة والمتعاقبة بكل العين أو التزام المدينين المتعاقبين كلٌ منهم بكل الدين .

**الفرع الثاني: البحث عن التطبيق القانوني لفكرة الضمان الطولي.**

لقد سبق القول أن القانون " فقهاً وتشريعاً وقضاءاً " يخلو من مصطلح الضمان الطولي ، ولذا من أجل الاستدلال على وجود فكرة الضمان الطولي وإثباتها قانونياً نستعرض مجموعة من التطبيقات المحتملة (32) التي ذكرها فقهاء القانون المدني ، والتي يرجع بعضها إلى الالتزام التضامي (33) ، للنظر في انطباق فكرة الضمان الطولي عليها بناءاً على نتيجة التحديد القانوني لفكرة الضمان الطولي في الفقرة السابقة ، والذي اتضح فيه أن المقصود بالضمان الطولي عبارة عن التزام اليد اللاحقة من الأيدي المتعاقبة بمثل ما في ذمة اليد السابقة ، فيلزم ضمان كلٌ منهم لكل العين أو عدد من المدينين كلٌ منهم لكل الدين وفقاً لذلك البعض من الفقه الإسلامي الذي ابتكر هذا المصطلح ، وهذه التطبيقات يمكن تقسيمها نسبةً إلى سبب نشوئها ، وهو إما الاتفاق أو القانون وكما يأتي :-

أولاً :التطبيقات ذات المنشأ الاتفاقي

ويقصد بها ما كانت تتضمن عقداً من عقود الضمان ، وأن أساس العقد إما اتفاق مابين الأجنبي والدائن كما في مثال تعدد الكفلاء أو مابين المدين ومدينه كما في الإنابة الناقصة بشرط أن لا يكون الاتفاق مابين المدينين لئلا يصبح التزاما

تضامنياً ، وما دامت هذه التطبيقات ترجع إلى الاتفاق فإنه يمكن توقع وجود غيرها بناءاً على أن ساحة التراضي والاتفاق واسعة وغير محدودة إلا بما يعارض النظام العام أو الآداب ، إلا أننا سنقتصر على ما ذكره فقهاء القانون المدني من تطبيقات ، وكيفية تجسيدها لفكرة الضمان الطولي وكما يلي :-

1 – تعدد الكفلاء

إذا تعدد الكفلاء (34) وقد التزموا بعقود متوالية (35) ، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولاً عن الدين كله (36) إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم ، فتعدد عقود الكفالة يعني أن مصدر التزام كل كفيل يكون مستقلاً ، وكلٌ منهم ملتزم بأداء ماثل للآخرين كما أن التضامن غير موجود بين الكفلاء وليس هو مفترض أيضاً ، ولذا فالكفلاء ملتزمون بطريق التضامم ولا وجود للمصلحة المشتركة بين هؤلاء الكفلاء وذلك لاستقلال مصادر التزامهم (37) .

ولكن في الاقتصار على "تعدد الكفلاء" مثالاً للالتزام التضامي أمرٌ غير تام ، لأن عقد الكفالة في القوانين المدنية وكذلك عند جمهور الفقه الإسلامي ( عدا الإمامية والظاهرية ) عبارة عن ضم ذمةٍ إلى أخرى ، وعليه فإن الالتزام التضامي أيضاً يتحقق في كل عقد كفالة ، حيث يكون كلٌ من المديون والكفيل مديناً بكل الدين (38) ، دون الحاجة إلى تعدد الكفلاء إلا لأجل التمييز بين الالتزام التضامي والالتزام التضامني ، حيث تنتفي المصلحة المشتركة بين الكفلاء فيثبت الالتزام التضامي وينتفي الالتزام التضامني .

وما ذكره الفقه الإسلامي حول الكفالة بطلب المدين : (( أي الضمان بالتماس المضمون عنه أيضاً من الضمان الطولي ، وطوليته أوضح من ضمان الضامن دين المضمون عنه للمضمون له )) 39 ، فيكون الكفيل ضامناً طولياً ، إذ تشتغل ذمته بنفس ما اشتغلت به ذمة المدين المضمون عنه .

2 – الإنابة الناقصة

الإنابة عبارة عن عمل قانوني يفترض وجود ثلاثة أشخاص (40) ، وتتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يقوم بوفاء الدين مكان المدين ، ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة بين المدين والأجنبي (41) .

والإنابة قد تتضمن تجديداً بتغيير المدين برضاء الدائن فعندها تسمى إنابة كاملة تبرئ معها ذمة المدين ، ولكن الأصل أن الإنابة لا يفترض فيها التجديد ، إذ يقوم الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول (42) ، وعندها تسمى إنابة ناقصة (43) ، وهذه الإنابة الناقصة هي محل الكلام وعليها تنطبق فكرة الضمان الطولي في كونها التزام لعدة ضامنين وعلى نحو التعاقب بمثل ما انطبقت على موضوع الكفالة المتقدم ، إذ كان أولاً ضمان المدين ثم يعقبه ضمان النائب ، وكل منهم ملتزم بأداء جميع الدين إلى الدائن ، وأساس هذا الالتزام اتفاق المدين المنيب مع نائبه المناب برضاء الدائن المناب لديه .

3 – عقد التأمين

التأمين عقد من عقود الضمان به يلتزم المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد مبلغاً من المال أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده وذلك في مقابل أقساط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له إلى المؤمن (44) .

وعليه فمع فرض وجود عقد التأمين على المسؤولية فإنه سيكون للمضرور مدينان ، هما المؤمن (شركة التأمين) والمؤمن له (المسؤول عن الضرر) ، وعندها يستطيع المضرور (المستفيد) أن يرجع على أي منهما ليطالبه بالتعويض عن الضرر (45) .

وهنا يصدق الالتزام التضامي لتعدد المدينين الضامنين ووحدة الدين والتزام كل ضامن بتعويض الضرر كله لأجل اتفاق التأمين ، وتصدق معه فكرة الضمان الطولي أيضاً ، لتحقق التوالي أو التعاقب في نشوء الضمان ، إذ يوجد أولاً ضمان المدين (موقع الضرر) ، ثم تبعاً لعقد التأمين يوجد ثانياً ضمان المؤمِن .

4 – الحوالة بشرط عدم البراءة

إن حوالة الدين هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه (46) ، والمحيل هو المدين والمحال عليه هو المدين الجديد ، وعندها تبرأ ذمة المحيل من الدين (47) وهذا هو الأصل في الحوالة وهي لا تمثل تطبيقاً للالتزام التضامي .

إلا أنه مع اشتراط عدم براءة المحيل تكون كفالة عارية عن حق التجريد ، وللمحال له في هذه الحالة أن يطالب أياً شاء من المحيل أو المحال عليه (48) ، وعندها يصدق عليها أنها التزام تضامي وأيضاً تنطبق عليها فكرة الضمان الطولي لأنها تمثل التزام لعدة ضامنين وعلى نحو التعاقب وكلٌ منهم ملتزم بأداء الدين كله ، بمثل ما هو عليه الكفالة عند جمهور الفقه الإسلامي التي تعني ضم ذمةٍ إلى ذمةٍ .

5 – الاشتراط لمصلحة الغير

إن الاشتراط لمصلحة الغير هو عمل قانوني يتم بين شخصين ولكن تنفيذه يتعلق بثلاثة أشخاص ، هم العاقدان والشخص الثالث الذي اشترط له الحق والذي يقال له المنتفع ، وهذا الاشتراط هو استثناء حقيقي لقاعدة نسبية أثر العقود وعدم انصراف هذا الأثر إلى غير المتعاقدين ، ثم تطور الأمر حتى وصل الحال بالقانون المدني الألماني الذي وضع تحت عنوان " الالتزام بأداء للغير " نظرية عامة للاشتراط لمصلحة الغير أقامها على أساس مبدأ سلطان الإرادة (49) .

ويصدق الالتزام التضامي عندما يشترط الدائن على مدينه أن يقوم بوفاء المقابل إلى دائنه وبإقرار الدائن لهذا الاشتراط ينشأ له حق مباشر تجاه مدينين اثنين : الأول هو المدين الأصلي ( المشترط ) والثاني مدين المدين الأصلي ( المتعهد ) ، فيتضامنان مقابل الدائن المنتفع (50) ، ومع هذا الاشتراط تصدق أيضاً فكرة الضمان الطولي حيث يظهر فيه التزام لعدة ضامنين وعلى نحو التوالي أو التعاقب .

إذ يوجد أولاً ضمان المشترط ثم ينشأ بعده ضمان المتعهد ، وكل منهما ضامن لكل الدين بسبب الاتفاق بينهما .

ثانياً : التطبيقات ذات المنشأ القانوني

وهي تشمل عدد من التطبيقات التي لا وجود فيها لعقود الضمان ، وتمتاز بخلوها من أي اتفاق ، سواء مابين الضامن الأصلي ومدينه أو مابين الضامن التابع والمضمون له ، بل يحكم القانون فيها على كل ضامن بكل العين أو بكل الدين من دون أن يشترط التضامن بين المدينين ، وأبرز هذه التطبيقات ما يأتي :-

1 – توارد الأيدي على العين الواحدة

ويقصد به تسلط عدد من الأيدي الضامنة على العين وعلى نحو التعاقب ، سواء كان أساس الضمان هو الإكراه (51) أو التصرف الفضولي (52) أو الغصب (53) أو مخالفة الأمين كما في خيانة المستعير (54) أو الوديع (55) ، وعندها للمالك تضمين ما شاء من تلك الأيدي عند هلاك العين ، وفي هذه الحالة يصدق ضمان كل من تلك الأيدي من دون أن تتضامن وتصدق معها أيضاً فكرة الضمان الطولي حيث تتعدد الأيدي الضامنة المتعاقبة على العين والتي تلتزم كلٌ منها بالعين أو مثلها أو قيمتها .

ويؤيد ذلك الفقه الإسلامي بقوله : (( وأما الضمان الذي سببه اليد على مال الغير فإنه في صورة تعاقب الأيدي عليه .. أن السابق يرجع بما أداه للمالك على اللاحق دون العكس نظراً لطولية الضمان )) 56 .

2 – الالتزام بالنفقة الواجبة

وهذا الالتزام كما في وجوب النفقة على الأولاد الموسرين تجاه الوالدين الفقيرين ولو كانا قادرين على الكسب ما لم يظهر الأب إصراره على اختيار البطالة (57) ، وكذلك نفقة الفقير العاجز على من يرثه من أقاربه الموسرين (58) .

وتبعاً لذلك سيتعدد المدينون بالنفقة ، وعندها سيكون للدائن أن يطالب أياً منهم بالدين كاملاً لأن المدينون ملتزمون بالتضامم بحسب ما ذكره بعض الفقه القانوني (59) ، وهذا بخلاف القضاء الفرنسي الذي يفرق بين الأب والأم بإعالة أولادهما فيجعلها من الالتزام التضامي وأما التزام الأولاد بالإنفاق على الأصول فإنه لا يسمح بإلزام كل مدين بكل النفقة لأن التزام كل واحد منهم يعتمد على قدراته المالية من ناحية وحاجة الدائن من ناحية أخرى (60) .

والنتيجة أنه بناءاً على كون الالتزام بالنفقة الواجبة من الالتزام التضامي فإن فكرة الضمان الطولي لا تصدق إلا في حالة تعلق وجوب النفقة على نحو التوالي أو التعاقب كما لو كانت النفقة واجبة على أحد الأولاد فقط لكونه موسراً دون غيره ثم بعد فترة أصبح غيره موسراً أيضاً فعندئذ ينشأ الضمان الطولي ، وهذا بخلاف ما لو كان كلهم موسرين في لحظة نشوء الحكم بالنفقة الواجبة فإن طولية الضمان تنتفي لانتفاء التعاقب في نشوء الضمان .

3 – المسؤولية المجتمعة

ويقصد بها تعدد المسؤولين عن العمل الضار (61) كما في مسؤولية حراس الأشياء أو مسؤولية المؤجر والبواب تجاه المستأجر المتعرض للسرقة (62) .

ويذكر أحد الكتاب في فقه القانون المدني أن المسؤولية المجتمعة تمثل أهم مجالات الالتزام التضامني في القانون الفرنسي والكويتي وعلى عكس القانون المصري (63) . والسبب في ذلك أن المشرع المصري قد فرض التضامن بخلاف القانون الفرنسي الذي أطلق حكم المسؤولية على جميع المدينين بها من دون تضامن .

و كذلك فعل القانون العراقي بالنص على التضامن بقوله : (( إذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الأصلي والشريك والمتسبب )) (64) .

بل إن المبدأ الذي استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية أنه لا يمكن قسمة المسؤولية بين الفاعلين المتعددين في مواجهة المضرور . إذ يستطيع الأخير المطالبة بالتعويض الكامل عما أصابه من ضرر . من أي واحد من هؤلاء الفاعلين المتعددين . وتحرص أحكام هذه المحكمة على إعلان أن الأمر لا يتعلق بالتزام تضامني . ولكن بالتزام تضامني (65) . ومن هنا فإن القضاء الفرنسي توسع في فكرة الالتزام التضامني وذلك حتى يكفل للمضرور ضماناً كافياً للحصول على حقه في التعويض (66) .

ونظراً لما تقدم فإن فكرة الضمان الطولي لا تصدق هنا . حتى وإن قيل بالالتزام التضامني تبعاً للقانون والقضاء الفرنسي . والسبب هو عدم تحقق التعاقب في نشوء ضمان المسؤولين عن العمل الضار . لأن مسؤولية الجميع تنشأ في وقت واحد .

4 – الدعوى المباشرة

وهذه الدعوى لا توجد إلا بناءاً على نص كما في حق المؤجر في أن يرجع بالأجرة على المستأجر الأصلي أو المستأجر من الباطن وذلك بمقتضى الدعوى المباشرة التي قررها القانون كما في نص القانون المدني العراقي:(( يكون المستأجر الثاني ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتا في ذمته للمستأجر الأول وقت أن ينذره المؤجر))(67).

وكذلك دعوى الموكل قبل نائب الوكيل ودعوى رب العمل قبل نائب الفضولي وغير ذلك من الدعاوى المباشرة . ففي كل هذه الأمثلة نجد أن للدائن مدينان يرجع على كلٍ منهما بنفس الدين دون أن يكون المدينان متضامنين فيكون الالتزام بهذا الدين الواحد التزاماً تضامنياً لا تضامنيا . ويذكر د. السنهوري أن كل حالة يكون فيها شخصان مسؤولين عن دين واحد لسببين مختلفين . تكون مسؤوليتهما عن هذا الدين مسؤولية تضامنية (68) .

وعليه فما دام المدين الثاني يوجد بعد وجود المدين الأول فالتعاقب في الضمان موجود، وعندئذ تصدق فكرة الضمان الطولي مع أمثلة الدعوى المباشرة المتقدمة أعلاه وغيرها.

**المطلب الثالث: تعريف الضمان الطولي.**

يُقصد بالتعريف عند أهل المنطق هو المعلوم التصوري الموصل إلى مجهول تصوري(69) ، فالمجهول هنا هو الضمان الطولي والذي يسعى البحث إلى استخدام ما يمكن من معلومات للوصول إلى هذا المجهول ، ومن ثم إزالة الغموض عنه .

لذا تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، الفرع الأول منهما لبيان التعريف اللغوي ، وأما الفرع الثاني فهو لبيان التعريف الاصطلاحي :-

**الفرع الأول: المعنى اللغوي.**

يتطلب بيان المعنى اللغوي للضمان الطولي وبحسب ما هو موجود في معاجم وقواميس اللغة ، الرجوع إلى أساس اللفظ المراد بيانه هنا ، والذي يتركب من جزأين ، الأول هو الجزء الموصوف " الضمان " والثاني هو الوصف " الطولي " .

إن مجمل المعنى اللغوي يقع في جواب السؤال : ما هو الضمان الطولي ؟ والجواب عنه سيكون من خلال الفقرتين الآتيتين :-

أولاً : لفظ الضمان

وهو مصدر ضمن يضمن ، من باب علم يعلم ، وورد لازماً ومتعدياً ومجرداً ومزيداً وأمثلتها على التوالي ضَمِنَ وضَمّنَ وضَمِنَ وأضمَنَ ، ويستخدم لمعانٍ كثيرة ، منها التضمين والمضمون بمعنى المحتوى ، والضّمَنُ والضّمانُ والضُّمنة والضّمانة : الداء في الجسد من بلاء أو كِبر ، وأما الضمان المتعلق بالأشياء والأموال فيُراد به عدة معاني يمكن إجمالها بما يلي :-

1 - الكفالة : تقول ضمن ، ومنه الضامن والضمين أي الكفيل ، ضمن الشيء و به ضمنا وضمانا : كفل به . وضمّنه إيّاه كفّله (70 ) .

2 – الالتزام : تقول ضمنت المال إذا ألتزمته (71 ) ، ويتعدى بالتضعيف فيقال ضمّنته المال ، أي ألزمته إياه (72 ) .

3 – التغريم : تقول : وضمنته الشيء تضمينا فتضمنه عني ، غرمته فالتزمه (73 ) .

4 – العهدة : والعهدة ضمان الشيء إن استحق المبيع أو وجد فيه عيب (74 ) والعَهْدُ : الضمان (75 ) .

فالحاصل أن معاني الضمان أربعة ، هي الكفالة والتعويض والتعهد والالتزام ، فأما الكفالة فهي لا تشمل التعويض ، وكذلك التعويض لا يشمل الكفالة ، والنسبة المنطقية بينهما هي العموم والخصوص من وجه .

هذا من ناحية ، ومن ناحيةٍ أخرى فإن التعهد يقصد منه غالباً الضمان مستقبلاً ، لذا لم يبق لدينا من المعاني المناسبة للضمان سوى الالتزام والذي يتفق أيضاً في كونه المصطلح الشائع عند القانون الوضعي وأنه يستوعب جميع المعاني ، وحينئذٍ سيكون المراد من لفظ الضمان سعةً واتفاقاً هو الالتزام .

ثانياً : لفظ الطولي

يرجع لفظ " الطولي " بحسب معاجم اللغة إلى الفعل طال يطول طولاً، والأصل الطول وهو ضد القصر (76) ، وأيضاً الطول خلاف العُرض ، وطال الشيء أي امتد (77) ، والمصدر الطولية وهو مقابل العُرضية .

أو تكون الطولية في مقابل المستعرضة بناءاً على أن المراد من المصطلح العلمي " الدراسة المستعرضة " هو دراسة مجموعات من الأفراد في مستويات عمرية مختلفة في نفس الوقت ، بينما يراد من الطولية الامتداد ، فيعني مصطلح " الدراسة الطولية " هو دراسة شخص معين أو عدة أشخاص ومتابعتهم على طول مراحل النمو التي يمروا فيها من سنة إلى أخرى أو من مرحلة إلى أخرى أي أن الطريقة الطولية تمتد لسنوات عديدة متعاقبة ولذلك سميت بالطولية أو بالدراسة التتبعية (78) . ومن الأمثلة الشائعة على الطولية ما نراه في طولية المعلول للعلة ، وكذلك طولية الليل للنهار وطولية النهار لليل ، وأيضاً المجاز للحقيقة ، إذ المجاز على طول الحقيقة وليس في عرضها وإلا اعترضها وكان مضاداً لها .

والنتيجة أن الطولية يلزم منها الترتب ، لأن قولنا مثلاً أن المعلول في طول العلة أي مترتب عليها ، كما أن عدد الاثنين في طول الواحد ، أي مترتب عليه .

فنتيجة البحث وبشكل موجز أن تعبير الضمان الطولي يعني لغةً " الالتزام الممتد من شخص لآخر والمترتب عليه بحيث يتوقف اللاحق على السابق " .

الفرع الثاني: المعنى الاصطلاحي.

يقصد بالمصطلح هو اللغة الفنية الخاصة بكل علم والتي يستخدمها أصحابهُ في التعبير عن قضاياهم وأفكارهم (79) .

والمقصود بالمعنى الاصطلاحي للضمان الطولي هو ذلك المعنى الذي يريده واضعي هذا المصطلح وهو ذلك البعض من فقهاء المسلمين (80) وكما تقدم الكلام عنه في بحث تاريخ مصطلح الضمان الطولي ومن دون أن يكون لفقهاء القانون الوضعي أثر في ابتكار هذا المصطلح أو استخدامه ، وإن كانوا قد بحثوا فيما يقرب منه وهو موضوع تعدد المدينين ومن خلال مصطلحات الالتزام التضامني والالتزام التضامي وكما سيأتي تفصيل ذلك لاحقاً .

إن الابتكار الحقيقي لمصطلح الضمان الطولي وإن كان يرجع كما تقدم لأحد أعلام الفقه الإسلامي في أوائل القرن العشرين الميلادي (81) ، إلا أن إيضاح مراده من

مصطلح الضمان الطولي كان بناءاً على أحد هذه الأسس التي ذكرها الشارحون في تفسير عبارته والتي يمكن إجمالها بما يأتي :-

أولاً : تعدد الضامنين

يحاول أحد الشارحين في بحث الضمان الطولي التقيد بعبارة الشيخ صاحب مصطلح الضمان الطولي في الجمع ما بين حكمي الضمان والتعدد ببناء التعريف على فكرة تعدد الضامنين بقوله : (( والمعقول من الضمان عند تعدد الضمناء هو الضمان الطولي وهو أن يكون احد الضمناء ضامنا للمالك، ويكون الآخر ضامنا لما ضمنه الأول ، بأن تكون ذمة الضامن الثاني مخرجا لما ضمنه الأول ، والضامن الثالث ضامنا لما ضمنه الثاني وهكذا ، وليس للأول أن يرجع إلى الأخير قبل الأداء .. وذلك لان الضمان الطولي بطبعه لا يقتضي اجتماع الضمناء المتعددين في الضمان دفعة واحدة كما انه لا ينافيه أيضا بل كل من الاجتماع وعدمه لا بد من أن يثبت بدليل آخر ، لكن دليل اليد يثبت ضمان كل لاحق مع ضمان السابق عليه طولا دفعة واحدة لان نسبة دليل اليد إلى كل واحدة من الأيادي متساوية ففي ظرف ضمان الأول يثبت ضمان الأخير ، إلا إن الأخير ضامن لما ضمنه الأول دون العكس فدليل اليد يثبت اجتماع الضمناء طولا في زمان واحد (وإما الضمان بسبب الغرور والعقد) فلا يجتمع الضمناء فيها في زمان واحد وذلك أما في ضمان العقد فلأن الضمان بناءاً على ما هو المختار عند الإمامية عبارة عن انتقال ذمة إلى ذمة أخرى لا ضم ذمة إلى أخرى ، فقبل ضمان الضمان يكون ذمة المديون مشتغلا بمال المالك وبعد الضمان تبرؤ ذمة المديون عنه وتصير ذمة الضامن هي المشتغلة بالمالك فلا اجتماع لهما في ضمان المالك أصلاً .. (و أما في ضمان الإتلاف) فلأن الغار لا يكون ضامنا للمالك لعدم قيام الإتلاف به وذلك لاستحالة قيام تلف واحد شخصي بشخصين على نحو الاستقلال حتى يكون إتلاف كل سببا لضمانه للمالك بحيث يرجع المالك إلى كل واحد منهما وهذا ظاهر))(82) .

ثانياً : تعدد المتعهدين

يحاول أحد أبرز تلامذة الشيخ صاحب مصطلح الضمان الطولي بناء تعريف الضمان الطولي على ضوء نظرية التعهد التي يعتقد بها حيث يقول : (( إن السابق متعهد للمال قبل اللاحق واللاحق متعهد لما في ذمة الأول وعهدته فالمال الواحد في ذمم كثيرة بهذا النحو من الظرفية وهذا منشؤه رجوع السابق إلى اللاحق دون العكس ، لكون اللاحق بهذا الاعتبار ضامنا للمالك وللسابق ، لان ذمته مخرج لما يؤخذ من السابق ، فهو يضمن على البدل إما نفس العين بما أنها في ذمة السابق ، وإما ما يؤخذ من السابق فلا يرد أن كلا منها ضامنان للبدل .

وإنما التزمنا بالضمان الطولي لاستحالة تعهد شخصين لمال واحد عرضا بأن يكون ذمة كل منهما ظرفا لمال واحد فأنه نظير ثبوت شيء واحد في آن واحد في أمكنة متعددة فيما يمكن هو التعهدات الطولية على النحو الذي ذكرنا نظير

التعهد الطولي في الضمان الاختياري في باب الضمان فإن الضامن بضمانه دين المضمون عنه يكون المال منتقلا من ذمة المديون إلى ذمة الضامن فيكون هو المطالب بالمال دون المديون فلا يرجع الضامن إلى المضمون عنه إلا بعد الإعطاء فكذلك السابق هنا لا يرجع إلى اللاحق إلا بعد الإعطاء))(83) .

ثالثاً : تعدد الأيدي

يعتمد شارح آخر في تعريف الضمان الطولي على التقيد بذكر اليد استناداً إلى قاعدة "على اليد" وأن المرجع في طولية الضمان هو الأيدي المتعددة حيث قال : (( أن الضمان الطولي للأيدي المتعاقبة على مال الغير وكون المتأخر يضمن ما ضمنه المتقدم عليه دون المتقدم . فانه لا يضمن ما ضمنه المتأخر عنه بكمال الإمكان ثبوتا . ولا يرد عليه ما ورد على الضمان العرضي من الإشكال .

إنما الكلام في وجه دلالة ( على اليد ) على الضمان بالنحو المذكور فيقال : إن عموم " على اليد" ينحل إلى قضايا متعددة بعدد أفراد موضوعاتها فكل يد يخصها فرد من الحكم بالضمان ولا موجب لكونه مراعى بتلف العين بل هو ثابت مع وجودها هي . نعم ظرف مطالبة المالك بدلها مثلا أو قيمة إنما هو بعد التلف ثم إن مقتضى عموم " على اليد " للأيدي المتوالية على مال الغير بنحو التعاقب كون كل حكم من الأحكام المتعددة ثبوته لموضوعه بالنحو الذي اتصف به الموضوع عند الحكم عليه . فآخذ العين من المالك ضامن لها ومستقر عليه بدلها عند تلفها . فان أخذها غيره منه فإنه وان ضمنها للمالك كالأول .

إلا أن نحو ضمانه لها يختلف عن ضمان الأول لها . فإن الأول عند ضمانه بأخذ العين من المالك لم يضمنها مضمونة على أحد قبله . بخلاف الثاني فانه لما أخذها من الأول ضمنها بما هي مضمونة عليه لكون استقرار يده عليها بعد استقرار يد الأول عليها . فهو ضامن لما استقر ضمانه على الأول . فتكون ذمته مخرجا لما هو في ذمة الأول وتشتغل بالعين بما هي في ذمة الأول ومستقرة عليه لا بالعين مجردة عن وصف كونها في ذمة أحد قبله كضمان الأول لها ومرجع ذلك إلى ضمان الثاني البدل الذي هو على الأول واشتغال ذمته به )) (84) .

وبالنظر لما تقدم يمكن تعريف الضمان الطولي بأنه الضمان اللاحق عند تعدد الضامنين . ضامناً صاحبه لما في ذمة السابق أو لما يؤديه (85) . بحيث يتوقف الضمان اللاحق على وجود الضمان السابق . أو يُعرّف بأنه ضمان اليد اللاحقة من الأيدي المتعاقبة على العين بمثل ما في ذمة اليد السابقة ضماناً مستقلاً للعين أو بدلها . مثلاً أو قيمةً .

ولكن لمّا كان عقد الضمان عند خصوص مذهبي الإمامية والظاهرية يُفيد نقل المال من ذمة إلى أخرى . لذا فإن ذمة الضامن وحده ستشتغل بالضمان وتبرأ معه ذمة المضمون عنه تبعاً للأدلة التي يتمسكون بها (86) . فعندئذ لا يتحقق

معه تعدد للأيدي الضامنة ومن ثم ينحصر الضمان الطولي عندهم في خصوص الأيدي العادية ، أي في خصوص المسؤولية التقصيرية .

وأما عند باقي المذاهب الإسلامية والقوانين المدنية فإنه مع عقد الضمان لا تبرأ ذمة المضمون عنه ، بل تبقى ذمته مشتغلة ، لأن الضمان عندهم عبارة عن ضم ذمة إلى ذمة ، فعندئذ تتعدد الأيدي الضامنة لحق المالك أو الدائن ، ونتيجة لذلك سوف يتسع عندهم نطاق الضمان الطولي ليشمل المسؤوليتين العقدية والتقصيرية .

لذا يمكن للبحث من خلال ما تقدم الخروج بتعريف عام لا يبعد أن يشكل أساس القاعدة العامة للضمان الطولي ، وهو عبارة عن : الإقدام على ضمان الشيء المضمون .

## المبحث الثاني: قيود الضمان الطولي.

بعد أن انتهينا إلى أن المقصود بالضمان الطولي هو الضمان اللاحق على العين أو الدين بمثل ما في ذمة الضامن السابق ضماناً مستقلاً للدين أو كان للعين أو بدلها ، مثلاً أو قيمةً ، وصل البحث إلى ضرورة معرفة قيود (87) الضمان الطولي ، ولذا بناءاً على ما تقدم من حصر البحث هنا في خصوص المسؤولية المدنية دون الجنائية ، يمكن تحديد قيود الضمان الطولي بقيدين ، أولها يتعلق بتحديد موضوع الضمان الطولي وهو تعاقب الضامنين وتمييزه عن مطلق الضمان ، وأما الثاني فيشكل قيداً مميزاً لطولية هذا الضمان عن غيره وهو انتفاء التضامن ، والتي سيتم الاستدلال عليها من خلال بعض الصور المحتملة لموضوع البحث ، والتعرف على هذه القيود سيكون من خلال المطالب الآتية :-

### المطلب الأول: تعاقب الضامنين .

يقصد بقيد التعاقب الترتب أو التوالي كما في تعاقب الأيدي الضامنة على العين الواحدة ليتحقق معه الضمان الطولي ، وهذا القيد ذو أهمية كبيرة ، إذ يرجع إليه تحديد وتمييز موضوع الضمان الطولي عن غيره ، لأن موضوع الضمان الطولي هو الأيدي المتسلطة على العين الواحدة ، وقيده المراد هنا هو تعاقب تلك الأيدي وهو ما سيتم البحث عنه من خلال مجموعة من الحيثيات ، فتارة يُبحث عن التعاقب من حيث التسمية، وأخرى من حيث الكشف عن مواضع الاستدلال على التعاقب في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية وكما يأتي :-

#### الفرع الأول: مصطلح التعاقب.

لم يرد لفظ التعاقب كتسمية اصطلاحية إلا في الفقه الإسلامي وعند مذهب الإمامية منه خاصة ، وأما مرادفاته من قبيل لفظ التوارد والتوالي والترتب فقد جاءت لمرات عديدة في مذاهب الفقه الإسلامي المختلفة ، وكذلك الحال في الفقه الغربي والقوانين الوضعية السائرة على منواله ، ثم إنن مصطلح التعاقب أخذ ينتشر في الكتابات الفقهية الحديثة (88 لسهولته ودقة مدلوله .

تعني لفظة التعاقب لغةً الورود مرةً بعد مرة (89) ، والتعاقب التداول ، وقول أهل اللغة هما يتعاقبان إذا جاء هذا ذهب هذا ، كما في تعاقب الليل والنهار (90) ، وكذلك لفظ التوالي بنفس المدلول حيث يقال : هذا تلو هذا ، وعليه فالأساس من التعاقب أو مرادفاته هو معنى ترتب شيء بعد آخر أو توقف وجود اللاحق على وجود السابق .

ويشعر لفظ التعاقب أو مرادفاته إلى معنيين أساسين ، هما التعددية والترتيب ، فأما التعددية فتعني الكثرة بما هو أكثر من واحد ، وأما الترتيب فهي بعدية أحدهما للآخر ، أي عدم اجتماع أفرادهما في آنٍ واحد ، بأن يكون نشوء أحدهما بعد نشوء الآخر .

**الفرع الثاني: مواضع التعاقب في الفقه الإسلامي.**

لقد ورد موضوع تعاقب الأيدي شائعاً في مدارس الفقه الإسلامي وعند مذهب الإمامية خاصة ، ولكن ما نقصده هنا ليس مجرد التعاقب أو مرادفاته من التوالي أو الترتب أو التداول ، بل ما يكون قيداً في تعدد الضامنين بما يتحقق معه عنوان الضمان الطولي ، حيث يصف البعض من الفقه الإسلامي قيد الطولية بقوله : (( إن اليد بمجرد جعلها على تمام العين توجب ضمانها ، وإن انضمت إليها مثلها كان كل منهما موجباً لضمان صاحبها تمام المال نظير تعاقب الأيدي ، وإن لم تكن طولية بين الضمانين كما في التعاقب )) (91) .

وهذا ما نجده واقعاً في العديد من المواضع ، منها الأيدي المترتبة على المقبوض بالعقد الباطل(92) ، أو تلك المترتبة على التصرف الفضولي (93) أو ما موجود في حالة الغصب من الغاصب (94) التي تعد أكثر حالات ترتب الأيدي العادية بحثاً عند مذاهب الفقه الإسلامي (95) وكذلك موضوع الإكراه وخيانة الأمانة بجميع أنواعها من قبيل خيانة الأجير (96) وخيانة الوديع وخيانة ولي الوقف وخيانة الوصي وغيرها .

وقد ذكر بعض آخر من الفقه الإسلامي التعاقب ولكن بتعبير الترتب 97 من خلال قاعدة الترتب وتعني : كل يد ترتبت على يد الغاصب فهي يد ضمان ، فيتخير المالك عند تلف العين بين مطالبة الغاصب ومن ترتبت يده عليه ، سواء علم الأخير بالغصب أم لا ، لأن اليد اللاحقة إن كانت يد غاصبة على سبيل المثال ، فهي لم تستول على حق الغاصب الأول ولم تتعدّ عليه ، وإنما صاحب اليد في حقيقته هو

غاصب من المالك باستيلائه على المال الذي كان عند الغاصب ، ولذا فإن المالك عند تلف ماله يكون على الخيار بين أن يطالب الغاصب أو غاصب الغاصب 98 .

وعليه تبعاً لأحكام استقرار الضمان فإنه إذا توالت أيدي الضمان وتلفت العين تحت اليد الثانية فإن الضمان يستقر على اليد الثانية سواء علمت بغصب اليد الأولى أو جهلت به إلا إذا كان سبب الإتلاف هو اليد الأولى ، كما لو أمر الغاصب غيره بذبح شاة غصبها والمأمور لا يعلم بالغصب فإن الضمان يستقر على الغاصب الأمر باتفاق ، لغروره المأمور دون خلاف يذكر بين مذاهب الفقه الإسلامي ، إلا الحنفية فإن الغصب عندهم إزالة يد المالك عن ماله بفعل في المال ، أو يعرف بأنه إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة ، وهذا لا يوجد في العقار ، ولأنه لا يحتمل النقل والتحويل ، فلم يوجد الإتلاف حقيقة ولا تقديراً 99 .

وكذلك الحال فيما لو كانت اليد المترتبة يد مشتري الغصب في استقرار الضمان عليها إلا في حال جهلها بالغصب ، والأمر نفسه لو كانت اليد الأولى يد عادية بسبب خيانتها الأمانة ، كما في يد الوديع الذي تصرف بالوديعة دون إذن صاحبها ببيع أو إجارة أو رهن أو إيداع أو إعارة ، فتلفت العين عند اليد الثانية ، فيستقر الضمان تبعاً لقاعدة الترتب على المشتري أو المستأجر أو المرتهن الحائز أو الوديع أو المستعير لعلمهم بتعدي الأمين وخيانته ، وإلا فمع جهلهم بذلك فالضمان يستقر على الخائن الذي كان بائعاً أو مؤجراً أو راهناً أو مودعاً ، إلا المستعير فإن الضمان يستقر عليه حتى مع جهله بخيانة الأمين المعير لأنه قد استفاد ملك المنفعة مجاناً والغرم بالغنم ولم يتحقق غروره 100 .

**الفرع الثالث: مواضع التعاقب في القانون الوضعي.**

إن مقصودنا من القوانين المدنية الوضعية فئتان ، الفئة الأولى هي القوانين المدنية المتأثرة بالفقه الإسلامي ويتقدمها القانون المدني العراقي بالدرجة الأساس وأما الفئة الثانية فهي القوانين المدنية المتأثرة بالفقه الغربي ويتقدمها القانون المدني المصري ، فأما القانون المدني العراقي فقد ورد فيه مصطلح توارد الأيدي صراحة في موضع واحد هو العقد الموقوف (101) ، وهو يشكل تطبيقاً للضمان الطولي في نطاق المسؤولية العقدية .

كما أنه يمكن أن نستدل على وجود قيد التعاقب ضمن المسؤولية التقصيرية كما هو في اليد الأخرى التي تعقب يد الفضولي على العين عند استلامها من الفضولي الذي تعاقدت معه (102) ، وكما في اليد الحائزة للمال المغصوب التي تعقب يد الغاصب ، سواء كانت اليد عادية كما هو نص القانون: (( فإذا غصب أحد من الغاصب المال المغصوب )) (103) ، أو كانت حيازة اليد اللاحقة بسبب معاملة قانونية أجراها الغاصب كما هو نص القانون : (( إذا تصرف

الغاصب في المال المغصوب معاوضةً أو تبرعاً )) (104) . فيتعدد الضامنون على نحو التعاقب .

**المطلب الثاني : انتفاء التضامن .**

إن الضمان الطولي وبصورةٍ مطلقة (105) يقتضي تعدد الضامنين ، وأن يكون كل ضامن فيه مسؤولاً مسؤولية كاملة ومستقلة تجاه المالك أو الدائن من دون أن يكون هناك تضامن فيما بين الضامنين ، أي انتفاء التضامن بينهم سواء كان منشأ التضامن الاتفاق أو نص في القانون (106) .

والذي يبدو من جميع الأمثلة التي ذكرت للضمان الطولي سواء كان منشؤها الغصب أم الفضول أو غير ذلك (107) ، أو تلك التي ذكرت ضمن الالتزام التضامني أنها تشترك في وجود هذا الشرط أي انتفاء التضامن ما بين الأيدي العادية أو ما بين المدينين ، وهو ما نجده في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي كما هو في الفرعين الآتيين :-

**الفرع الأول: الفقه الإسلامي.**

لقد ذكر فقهاء المسلمين أن تصرف الفضولي في العين ثم تسليمها إلى الغير يلزم منه أن يكون كل من الفضولي والطرف الآخر في العقد الفضولي (سواء كانت صفة هذا الطرف الآخر مشترياً أو مرتهناً أو موهوباً له أو غير ذلك) (108) مسؤولاً تجاه المالك ، من دون أن يكون هناك اتفاق بينهم يمنح على ضوئه المالك الحق في مطالبة كل ضامن بكل ما له من حق ، وكذلك الحال في عدم وجود أي تضامن ما بين الغاصب وغاصب الغاصب في إرجاع المغصوب أو بدله إلى المالك ، وكذلك الحال في يد المشتري من الغاصب، سواء أكان عالماً بالغصب أم غير عالم وذلك محل اتفاق (109 ، وأيضاً يظهر انتفاء التضامن ما بين خائن الأمانة والشخص الذي يتعامل معه ، سواء كان مع تغرير الخائن للغير ، أو مع علم الغير بخيانة الأمين .

**الفرع الثاني: القانون الوضعي.**

ميز فقهاء القانون الوضعي بين الالتزام التضامني والالتزام التضامي بناءاً على وجود التضامن في الأول وانتفائه من الثاني ، إلا أن القوانين الوضعية المدنية اختلفت فيما بينها في بعض التطبيقات من حيث اشتراطها التضامن ما بين المدينين وعدمه .

ومن تلك الأمثلة التطبيقية على ذلك الاختلاف ما نجده في نطاق المسؤولية التقصيرية حيث اختلاف موقف كل من التقنين المدني الفرنسي والمدني المصري ، ففي القانون المدني المصري نجد النص على أنه (( إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي ، إلا إذا عيّن القاضي نصيب كل منهم بالتعويض )) (110) ، وبذلك يكون المشرع المصري قد فرض التضامن على المسؤولين عن عمل ضار واحد في التزامهم بتعويض الضرر ، فالتضامن استثناء لا يوجد إلا بنص قانوني أو اتفاق مسبق بين المدينين بأن يضعوا ديونهم معاً ويشترطوا أن أياً منهم يمكن أن يقوم بالوفاء بالدين كله ، أو يكون شرطاً عليهم إذ يعتبر التضامن بين المدينين ضماناً فعّالاً للدائن ضد الإعسار الذي قد يصيب أحد هؤلاء المدينين ، بتمكينه من استيفاء كامل حقه في هذه الحالة من أحد المدينين الموسرين (111) .

بينما ذكر البعض أنه لم يرد نص صريح في القانون الفرنسي يقرر التضامن بين المسؤولين تقصيرياً (112) ، ولذا قيل أن القضاء الفرنسي قد وجد ضالته المنشودة في فكرة الالتزام التضامي ، وذلك حتى يكفل للمضرور ضماناً كافياً للحصول على حقه في التعويض (113) ، علما أن الالتزام التضامي يمثل أحد أنواع الضمان الطولي في نطاق المسؤولية المدنية ، لأنه عبارة عن ضمان طولي في نطاق المسؤولية العقدية ، لأنه عبارة عن ضم ذمة لأخرى في التكفل بالدين الذي هو هنا عبارة عن العين المضمونة

بينما هناك حالات اتفقت فيها القوانين الوضعية على موافقة الأصل في عدم التضامن كما في أمثلة الالتزام التضامي والتي منها حالة تعدد الكفلاء والتزام المدينين المتعددين بالنفقة الواجبة وغير ذلك مما لا توجد معها المصلحة المشتركة ما بين المدينين المتضامّين (114) .

فالنتيجة أنه يمكن الاستدلال على انتفاء التضامن بين الضامنين بخلو النصوص القانونية التي تمثل صوراً للضمان الطولي من حالة التضامن ، فلا يوجد تضامن بين الفضولي والمتعاقد معه ، أو بين الغاصب والغير ، غاصباً كان أو مشترياً أو غير ذلك ، أو بين خائن الأمانة ومن يتعاقد معه ، كالوديع ومن يتعاقد معه دون إذن المودع (115) ، مضافاً إلى أنه عند الشك في وجود التضامن أو عدمه ، فإن الأصل هو

عدم التضامن لنص القانون : (( التضامن ما بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناءاً على اتفاقٍ أو نص في القانون))(116) .

**المبحث الثالث: تمييز الضمان الطولي عما يشتبه به .**

بعد بيان قيود الضمان الطولي وتحديدها سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون الوضعي ، وصل الكلام إلى ضرورة تمييز الضمان الطولي عما يشتبه به من مصطلحات قد تبدو متشابهة وذلك لاشتراكها في عنصرين أساسين ، هما تعدد الضامنين ، ووحدة المضمون له ( مالكاً أو دائناً ) .

مضافاً لذلك ، فإنه يوجد هناك تشابه آخر هو التشابه بالحكم ، أي الحكم بضمان كل ضامن للعين كلها أو للدين كله ، فيخرج عندئذ الالتزام غير المشترك والذي يلتزم فيه كل ضامن أو مدين بالتزام مستقل عن الآخر ، أي تكون كل من هذه الالتزامات المتعددة مستقلة عن الالتزامات الأخرى (117) ، فيتعدد المحل فيه تعدداً حقيقياً ، وعندها فإن وفاء أحد الضامنين لالتزامه لا يؤثر على التزامات الآخرين ، فيكون هذا التعدد تعدداً صورياً ، ويقال عن هذا الالتزام بالالتزام متعدد الأطراف (118) .

وكذلك لا يدخل في موضوع التمييز هنا الالتزام المشترك ، إذ لا طائل منه لأنه سيمثله كل من الالتزام التضامني والالتزام التضامي (119) .

سيتم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب بحسب عدد المصطلحات المشتبه بها ، وبصورة متسلسلة مراعىً فيها تسلسل القيود المتقدمة ، على أن تكون الخطة في كل مطلب عبارة عن شرح معنى المصطلح المشتبه به ، ثم بيان أوجه التشابه بينهما ، وأخيراً وهو الأساس تحديد أوجه الافتراق بينهما أي ما يمتاز به الضمان الطولي عن غيره .

وهذه المباحث الثلاثة كما يأتي مفصلاً :-

**المطلب الأول: التمييز عن الالتزام غير القابل للانقسام.**

يقصد بالالتزام غير القابل للانقسام هو ذلك الالتزام الذي يمتنع تجزئة الوفاء به بالنسبة لأطرافه المتعددين من الناحية الإيجابية ( الدائنين ) أو من الناحية السلبية ( المدينين ) نظراً لأن طبيعة المحل الذي يرد عليه لا تقبل التجزئة ، أي أنه لا يمكن الوفاء إلا به كاملاً وتاماً (120) ، فهو لا يقبل التنفيذ الجزئي إما بالنظر إلى طبيعة المحل أو إلى اتفاق الطرفين ، ومن ثم فإن الالتزام غير القابل الانقسام لا يلزم منه مشكلة ما إلا إذا تعدد الدائنون أو المدينون فيه (121) .

إن فكرة الالتزام غير القابل للانقسام كما هي معروفة في الفقه الإسلامي (122) فكذلك الحال في القوانين الوضعية المدنية ، حيث يلخص القانون المدني العراقي موارد الالتزام غير القابل للانقسام بما يلي : (( 1 – إذا ورد على محل لا يقبل

بطبيعته أن ينقسم، 2 – إذا تبين من الغرض الذي رمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً ، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك )) (123) ، أي أن عدم القابلية للانقسام يرجع في حقيقته إما إلى طبيعة المحل أو إلى اتفاق المتعاقدين .

ثم إن الالتزام غير القابل للانقسام الذي يرجع سبب عدم تجزئته إلى طبيعة المحل له صورتان ، أما الصورة الأولى منه فهي عدم التجزئة المطلقة والتي يرجع عدم الانقسام فيها إلى أصل الخلقة كما في الالتزام بتسليم مبيع غير قابل للانقسام مثل حيوان معين (124) ، وأما الصورة الثانية فهي عدم التجزئة النسبية والتي تتحقق لعارض من عمل الإنسان كما لو كان هناك التزام بإقامة بناء يتكون من أجزاء متعددة ذات طبيعة مختلفة ، فلا يعتبر الالتزام قد نفذ إلا إذا تم بناء المنزل بأكمله (125) .

بعد ما تقدم من توضيح مفهوم الالتزام غير القابل للانقسام ، يمكن تلخيص أوجه التشابه والاختلاف بينه والضمان الطولي بما يأتي :-

## الفرع الأول: أوجه التشابه.

يمكن تلخيص أوجه التشابه بما يأتي :-

1 – إن الالتزام غير القابل للانقسام يتشابه مع الضمان الطولي في تعدد الضامنين أو المدينين وفي وحدة المالك أو الدائن .

2 – يتفقان في الحكم أيضاً ، وهو الضمان الاستقلالي لكل العين ، أي في حق المالك أو الدائن في إلزام أي ضامن بأداء المضمون كله ، وإلى هذا يشير القانون المدني العراقي (( إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملاً )) (126) .

## الفرع الثاني: أوجه الاختلاف.

يمكن تلخيص أوجه الاختلاف بما يأتي :-

1 – يرجع الالتزام غير القابل للانقسام في حقيقته إلى طبيعة محل الالتزام أو الضمان مع غض النظر عن حالة اتفاق الأطراف على عدم الانقسام ، بينما يرجع الضمان الطولي في حقيقته إلى شكل الضمان حيث أساسه التعاقب أو الترتب في ضمان الضامنين .

2 – يمكن وجود التضامن بين الضامنين في الالتزام غير القابل للانقسام بينما يشترط في الضمان الطولي خلوه من التضامن .

3 – في الالتزام غير القابل للانقسام يحق للمدين الموفي بالدين الرجوع على الباقين كلٌ بقدر حصته ، إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك (127) ، بينما في الضمان الطولي في نطاق المسؤولية التقصيرية نرى أن الرجوع مشروط بوجود الغرر أو

حصول التلف للعين (128) ، كما سيأتي تفصيل ذلك ضمن أحكام الضمان الطولي .

**المطلب الثاني: التمييز عن التضامن السلبي.**

يمثل هذا التضامن أحد قسمي الالتزام التضامني (129) ، ويقصد به التضامن ما بين المدينين تجاه دائن واحد (130) ، بحيث يكون للدائن مطالبة أي شاء منهم بكل الدين بالرغم من قابلية محل الالتزام للانقسام ، وإذا وفى أحدهم بالدين برئت ذمته وذمم المدينين الآخرين ، فإذا باع شخصٌ شيئاً إلى ثلاثة أشخاص واشترط أن يكونوا متضامنين في الوفاء بالثمن كان له مطالبتهم مجتمعين ومنفردين ، والمدين الذي يطالبه الدائن بالثمن يكون ملزماً بالوفاء بالثمن كله (131) .

يقع التضامن بين المدينين كثيراً في الحياة العملية ، وهو وإن كان يعد من الناحية النظرية وضعاً استثنائياً ، إذ الأصل عند تعدد المدينين ألاّ يكونوا متضامنين ، ولكن هذا الاستثناء طغى على الأصل ، حتى أن كثيرا ما تتولى نصوص القانون فرض هذا التضامن(132) .

إن مصدر التضامن السلبي إما الاتفاق وهو الأكثر واقعاً ، أو نص القانون ، وهذا يعني عدم جواز افتراض التضامن بين المدينين كما هو صريح القانون (( التضامن ما بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناءاً على اتفاق أو نص في القانون )) (133) .

ويترتب على عدم جواز افتراض التضامن أن على من يدعي قيام التضامن أن يثبت وجوده وأنه عند الشك في قيام التضامن يحكم بأن التضامن غير قائم ، وأن الحكم الذي يقضي بتضامن المدينين دون أن يبين مصدر هذا التضامن يكون حكماً قاصراً يتعين نقضه (134) .

إن التضامن بين المدينين في المسائل التجارية لا يفترض كما هو لا يفترض في المسائل المدنية ، وهذا خلافاً لما جرى عليه الفقه والقضاء في فرنسا من أن التضامن يفترض في المسائل التجارية دون المسائل المدنية ، وقرر ذلك أنه منذ عهد القانون الفرنسي القديم قد استقرت الأمور على افتراض التضامن في المسائل التجارية نزولاً على مقتضيات الائتمان التجاري ، وما يستتبع ذلك من توفر أسباب الثقة بالتجار فيحصلون من وراء هذه الثقة على الضمان الكافي (135) بما يصب في استقرار المعاملات .

بينما يذهب التقنين المدني الألماني إلى مدىً أبعد من ذلك فهو يفترض قيام التضامن حتى في الالتزامات المدنية التي يكون مصدرها الفقه (136) .

ويحكم العلاقة ما بين الدائن والمدينين المتضامنين ثلاثة مبادئ ، هي وحدة المحل وتعدد الروابط والنيابة المتبادلة بين المدينين فيما ينفع لا فيما يضر (137) .

ويقصد بوحدة المحل هو أن يكون كل مدين ملزماً بكل الدين فيستطيع الدائن أن يطالب أياً شاء منهم بكل الدين وهو أهم آثار التضامن بين المدينين ، وأما تعدد الروابط فيعني أن المدينين مرتبطين بالدائن بروابط متعددة تختلف إحداها عن الأخرى ، أي أن كل مدين يكون مرتبطاً برابطة خاصة مع الدائن من جهة ومن جهةٍ أخرى مرتبط مع باقي المدينين برابطة التضامن، ويلزم من تعدد الروابط أن يكون لبعض المدينين دفوع خاصة به لا يستطيع غيره من المدينين التمسك بها وتسمى بالدفوع الشخصية مثل ما يتعلق بنقص الأهلية وعيوب الرضا ، وأما الدفوع المختلطة فهي التي تتحقق لبعض المدينين ويستفيد منها الآخرون كما في انقضاء الدين بالنسبة لأحد المدينين .

وأما المبدأ الثالث فهو النيابة المتبادلة بين المدينين فيما ينفع لا فيما يضر ، فيعني أن كل مدين يعد ممثلاً للآخرين في الأعمال النافعة التي يقوم بها دون الأعمال الضارة ، كما في الصلح مع أحد المدينين ، وتضمن الصلح الإبراء من الديون (138) ، استفاد منه باقي المدينين في براءتهم تجاه الدائن ، أو إقرار أحدهم أو انقطاع التقادم أو وقف سريانه وغير ذلك (139) .

فالنتيجة أن التضامن السلبي يمثل صورة من صور التأمين الشخصي للدائن كما هو عليه في الكفالة الشخصية (140) ، وأما أوجه المقارنة والتمييز بين الضمان الطولي في نطاق المسؤولية التقصيرية والتضامن السلبي فيمكن تلخيصها بما يأتي :-

## الفرع الأول: أوجه التشابه.

يمكن تلخيص أوجه التشابه بما يأتي :-

1 - يتشابه التضامن السلبي مع الضمان الطولي في أن كلٌ منهما عبارة عن تعدد للضامنين ( أيدٍ متعددة أو مدينين ) في مقابل وحدة المالك أو الدائن .

2 - يشتركان بالضمان الاستقلالي لكل العين ، أي أن كلٌ من هؤلاء الضامنين مسؤول عن المضمون ( عيناً أو ديناً ) كله .

3 - أن حق الرجوع مكفول في التضامن السلبي لكل مدين موفٍ للدين ، في أن له الرجوع على الآخرين ، وكذلك الحال في الضمان الطولي ، فإن من يؤدي للمالك أو الدائن حقه فإن له الرجوع على الغير بشرط صدور الغرر من الغير أو تلف العين عنده .

## الفرع الثاني: أوجه الاختلاف.

يمكن تلخيص أوجه الاختلاف بما يأتي :-

1 - يمتاز التضامن السلبي بوجود التضامن بين المدينين بينما يخلو الضمان الطولي من ذلك ، ويلزم من ذلك وجود المصلحة المشتركة بين المدينين المتضامنين

فيما ينفع لا فيما يضر ، بينما لا تقوم هذه النيابة التبادلية في الضمان الطولي لا فيما ينفع ولا فيما يضر(141) .

2 – إن مصدر التضامن السلبي إما أن يكون الاتفاق وهو الشائع أو النص القانوني الذي تختلف فيه القوانين المدنية سعةً وضيقاً ، بينما نرى أن مصدر الضمان الطولي في نطاق المسؤولية التقصيرية هو ضمان اليد اللاحقة المترتب على ضمان اليد السابقة بسبب العمل غير المشروع لليد السابقة عند تسلطها على عين المالك دون إذنه(142) .

3 – إن الرجوع في التضامن السلبي يمثل مبدأً عاماً يمكن فيه للمدين الرجوع إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول (143) ، بينما في الضمان الطولي لا يمثل إلا استثناءاً ، إذ يتوقف الرجوع على طبيعة كل حالة ، فهو ليس نتيجة حتمية كما لا يعتبر مبدأً عاماً (144) .

## المطلب الثالث : التمييز عن الضمان العُرضي.

المقصود بالضمان العُرضي هو اجتماع ضمان اثنين أو أكثر عن شيءٍ واحد على نحو الاستقلال ، بحيث يكون كل واحد ضامناً لهذا المال الواحد في عرض ضمان الآخر (145) ، أي بحيث يكون نشوء ضمان أولئك الأشخاص لذلك المال الواحد مستقلاً في زمان واحد من دون توقف ضمان أحدهما على الآخر أو مترتباً عليه ، وبهذا فهو يقابل الضمان الطولي ، وهو أيضاً غير معروف في القانون الوضعي ، وإذا كان قد ذكرته بعض الكتابات القانونية فمن باب الاقتباس المجرد من الفقه الإسلامي .

لقد صوّر بعض الفقه الإسلامي ضمان عدة أشخاص للمال الواحد على نحو الضمان العُرضي بما يصور به الواجب الكفائي (146) ، فكما يكون المطلوب في الواجب الكفائي واحداً والمطلوب منه متعدداً ، كذلك فيما نحن فيه من " الضمان العُرضي " حيث يكون المال واحداً والضمان متعدداً ، وهذا يعني أن ذمة كل واحدٍ من الضامنين تكون مشغولة بالمال على نحو البدل ، فإذا أدّاه أحدهم سقط عن بقية الذمم وبرئت منه ، لأن المال الواحد ليس له بدل إلا بدل واحد ، وإن لم يؤدِّه أحدٌ منهم كانت جميع الذمم مشغولةً .

ومن أولئك الفقهاء الذين أخذوا بفكرة الضمان العُرضي الشيخ الأنصاري في ضمان عهدة العوضين لكل من البائع والمشتري بناءاً على ما نُقل عن الشيخ العلامة الحلي والذي كان مفاده : (( أنه نفى المنع عن ضمان الاثنين على وجه الاستقلال ، قال ونظيره في العبادات الواجب الكفائي )) (147) ، وكذلك ابن حجر في ضمان الديون (148) .

وأما من حيث أوجه التشابه والافتراق بين الضمان الطولي والضمان العُرضي فيمكن إيجازها بما يأتي :-

**الفرع الأول: أوجه التشابه.**

يمكن تلخيص أوجه التشابه بما يأتي :-

1 – يتفق كل منهما بأنه عبارة عن ضمان عدد من الأشخاص ، وليس مجرد تعدد للضمان ، إذ قد ينسب تعدد الضمان إلى شخصٍ واحد ، بينما يشترط هنا في كل من الضمان الطولي والعُرضي تعدد الأشخاص الضامنين سواء كانا اثنين أم أكثر ، وقد عبّرَ الفقه الإسلامي عن هذا التعدد للضامنين بتعدد الذمم المشتغلة (149) ، كما في وجوب النفقة على الوالدين (150) ، وأما في فقه القانون الوضعي فإن ظاهرة تعدد الضامنين تبرز في أمثلة عديدة منها حالة تعدد المسؤولين عن العمل الضار ، كما إذا تعاقد عامل فني مع صاحب مصنع أن يعمل في مصنعه مدة معينة ، وأخلَّ بتعهده فخرج قبل انقضاء المدة ليعمل في مصنع آخر منافس بتحريض من صاحبه ، كان العامل الفني وصاحب المصنع المنافس مسؤولين معاً نحو صاحب المصنع الأول ، كلٌّ منهما عن تعويض كامل (151) .

2 – يشتركان بحكم الضمان الاستقلالي لكل العين ، أي بضمان كل شخص عن كل العين أو كل الدين ، فيلزم من ذلك أن للمضمون له الحق في مطالبة من شاء من الضامنين (152) ، والسبب في هذا الحكم هو استقلال كل يد ضامنة بالعين كلها ، أو اشتغال ذمة كل ضامن بالمال الواحد ، وذلك لتعدد مصدر التزامات الضامنين في كل من الضمان الطولي والعُرضي .

3 – عدم وجود تضامن بين الضامنين ، إذ كل ضامن هو أجنبي ومستقل عن الضامن الآخر ولا تجمعهم علاقة مباشرة ، وهذا الأمر كما في الضمان العُرضي كذلك في الضمان الطولي في نطاق المسؤولية التقصيرية .

وحيث أن مصدر الالتزام يختلف من مدين لآخر ، فإن هؤلاء الضامنين لا تجمعهم وحدة المصلحة المشتركة كما تجمع المدينين المتضامنين في التضامن السلبي ، فالتضامن يقتضي وحدة المصدر ، الذي يلزم منه وحدة المصلحة المشتركة بين المدينين المتضامنين (153) ، بينما في حالة الضمان الطولي في نطاق المسؤولية التقصيرية وحالة الضمان العُرضي فالمصدر متعدد ، وحينئذٍ لا محل لافتراض وجود المصلحة المشتركة بين الضامنين . **الفرع الثاني: أوجه الاختلاف .**

يمكن تلخيص أوجه الاختلاف بما يأتي :-

ظهر مما سبق أن الضمان الطولي في نطاق المسؤولية المدنية يشابه الضمان العرضي في تعدد الضامنين الذين يواجهون المالك أو الدائن الواحد ، مع التزام كل منهم بكل العين أو الدين من دون أن يكون بينهم تضامن ، وأما نقاط الاختلاف الأساسية فهي كما يأتي :-

1 – يمتاز الضمان الطولي عن الضمان العُرضي بوجود صفة التعاقب أو التوالي أو الترتب بين ضمانات الضامنين ، بينما تنتفي هذه الصفة عن الضمان العُرضي لأن نشوءه يكون بحصول ضمانات الأشخاص من دون ترتب بعضها على

البعض الآخر ، سواء نشأت الضمانات في وقت واجد كما هو الغالب أو نشأت في أوقات مختلفة من دون ترتب فيما بينها ، أي أنه مجرد تزامن بين التزامات متميزة (154) ، والذي من أمثلته الضمان العُرضي للأولاد لاشتغال ذمتهم بنفقة أبيهم وقت حصول عوز الأب واحتياجه للنفقة ما دام أولئك الأولاد يتمتعون بالقدرة المالية الكافية ، وكذلك الحال في مسؤولية الحراس المتعددين للشيء الواحد ، فإن ضمانهم ينشأ بسبب تقصيرهم الحاصل في وقت واحد أو أوقات متفرقة وبصورة مستقلة ، وهكذا بقية أمثلة المسؤولية المجتمعة (155) .

2 – إن الضمان الطولي قد يشتمل على عقد من عقود الضمان فيكون في نطاق المسؤولية التعاقدية ، بينما الضمان العُرضي يخلو من أي عقد من عقود الضمان ، والسبب أن عقد الضمان ( الكفالة وغيرها ) يعني ضم ذمة لأخرى فيلزم منه حصول الترتب في الضمان وهذه هي خاصية الضمان الطولي ، وعليه لا يمكن تصور اجتماع الضمان العُرضي وعقد الضمان ، وإلا كان موجباً لعدم ضمان الجميع (156) .

## نتائج البحث :

وهي عدّة أمور يمكن من خلالها تلخيص فكرة هذا البحث ، وتقسيم أبحاثه ، وما تم التوصل إليه بما يأتي :-

1 – يرجع مصطلح الضمان الطولي إلى ابتكار بعض علماء الإمامية من الفقه الإسلامي ، إلا أن المصطلح بقي حبيس بحثه وشروح تلامذته ، الذي لم يكن يتعدّى كونه وجهاً لحلِ الإشكالية المعروفة " تعدد الضامنين والمضمون واحد " ، بينما حاول البحث هنا تهذيب المصطلح وتطويره بما يخدم الواقع التشريعي والقضائي ، حيث يقصد بمصطلح الضمان الطولي هو ضمان الشخص اللاحق للعين أو الدين امتداداً (على طول) لضمان الشخص السابق .

2 – يقوم عنوان البحث (الضمان الطولي) على فكرة تعدد الضامنين التي يعد من مصاديقها موضوع الأيدي المتعاقبة على العين ، والبحث هنا مقيد في نطاق المسؤولية المدنية الذي يتحدد وفقاً لطبيعة اليد الأولى على العين ، والتي لها العديد من التطبيقات القانونية كما في غاصب الغاصب ، وخائن الأمانة والوديعة ، وتصرف الفضولي ، وعقد الكفالة والتأمين .

3 – تم تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث ، حيث كان المبحث الأول بعنوان فكرة الضمان الطولي ، والذي كان عبارة عن دراسة تاريخية لمصطلح الضمان الطولي ومحاولة تأصيله قانونياً للوصول في نهاية الفصل إلى التعريف الاصطلاحي ، وأما المبحث الثاني فكان بعنوان قيود الضمان الطولي لتحديد المراد منه ، وأما المبحث الثالث فكان بعنوان تمييز الضمان الطولي عما يشتبه به ، إذ

**كانت الغاية منه بيان الفرق بين الضمان الطولي والمصطلحات القريبة منه كالالتزام غير القابل للانقسام والتضامن السلبي والضمان العُرضي .**

**4 – لقد انتهى البحث إلى تعريف الضمان الطولي بأنه عبارة عن : الإقدام على ضمان الشيء المضمون ، وهذا الإقدام من قبل الضامن الطولي إما أن يكون مع علمه بأن الشيء مضمون كما هو الحال في غاصب الغاصب الذي ذكره القانون المدني العراقي تبعاً للفقه الإسلامي في المادة (198 ، 199) ، أو يكون دون علمه كما في تغرير الغير له سواء كان الغير هو الضامن السابق أو شخص أجنبي ، كالذي يبيع ملك الغير على أنه ملكه ، فيتعدد الضامنون ، وخير مثال على ذلك نزاعات الملكية التي تعاني منها الكثير من الدول ، وبالخصوص تلك التي تحكمها أنظمة دكتاتورية طبيعتها الاستيلاء على أملاك الغير .**

**5 – يمكن من خلال اعتماد الضمان الطولي إعادة النظر في تنظيم مفردات عنوان " تعدد طرفي الالتزام " ضمن الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام في التشريع المدني ، إذ يتوجب عدم حصر موضوع (تعدد الضامنين ) بالمدينين فقط ، بل لا بد أن يشمل مطلق الضامنين سواء في المسؤولية العقدية أم التقصيرية ، وكذلك ضرورة عدم حصره بحالة التضامن ، إذ تعدد الضامنين قد يكون مع وجود حالة التضامن فيما بينهم أو عدمه .**

## الهوامش

(1) - وهو من أعلام مدرسة الفقه الإمامي وزعيم الحوزة العلمية لمذهب الإمامية في وقته ( ت 1355 هـ ) وهو أستاذ السيد أبو القاسم الخوئي .

(2) - وهو الشيخ مرتضى الأنصاري صاحب كتاب المكاسب ، المشهور في باب المعاملات ، وزعيم الحوزة العلمية لمذهب الإمامية في وقته (ت 1281هـ ) .

(3) - الشيخ محمد تقي الآملي ، من تقريرات بحث الشيخ محمد حسين الغروي النائيني ، ط مطبعة الحيدري - طهران 1373هـ ، المجلد 2 من التعليقة على مكاسب الشيخ الأنصاري ص296 .

(4) - السيد أبو القاسم الخوئي زعيم الحوزة العلمية لمذهب الإمامية عامة في مركزها في النجف الأشرف وأستاذ المجتهدين المعاصرين ( ت 1413هـ - 1992م ) وهو أحد أبرز تلامذة الشيخ النائيني صاحب فكرة الضمان الطولي .

(5) - السيد أبو القاسم الخوئي ، مصباح الفقاهة في المعاملات ، تقريرات أبحاثه بقلم الميرزا محمد علي التوحيدي ، طبعة دار الهادي ، بلا سنة طبع ، بيروت – لبنان ج4 ص291 .

(6) - الميرزا محمد علي التوحيدي ، مصدر سابق ، ج4 ص295 .

(7) - د. محسن البيه ، بحث بعنوان التضامن والتضامم في قضاء محكمة الاستئناف العليا الكويتية مقارناً بالقضاءين الفرنسي والمصري ، ، مجلة الحقوق السنة الثالثة عشرة العدد الثالث صفر 1409هـ سبتمبر 1989م الجزء الأول ص15 .

(8) - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ط3 منشورات الحلبي بيروت – لبنان سنة 2000م ج3 ص286 .
(9) - د. محسن البيه ، المصدر السابق ، السنة الثالثة عشرة العدد الثالث صفر 1409هـ سبتمبر 1989م الجزء الأول ص16 .
(10) - وهو الواجب الذي يتعلق بجميع المكلفين إلا أنه يسقط عنهم جميعاً بامتثال البعض مثل دفن الميت وإنقاذ الغريق ، في مقابل الواجب العيني الذي يجب على كل مكلف ولا يسقط بامتثال البعض مثل صلاة الفرائض اليومية .
(11) - الميرزا محمد علي التوحيدي ، مصدر سابق ج4 ص291 .
(12) - الميرزا محمد علي التوحيدي ، مصدر السابق ج4 ص292 .
(13) - الحكم التكليفي أو ما يسمى بالتكليف المحض هو التكليف المطلق الذي تمثله الأحكام الخمسة : الوجوب والحرمة والندب والكراهة والإباحة ، بينما الحكم أو التكليف الوضعي هو التكليف الذي يكون سبباً أو شرطاً أو مانعاً للتكليف المحض .
(14) - وهو الشيخ محمد حسن النجفي صاحب كتاب جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام وهو زعيم الحوزة العلمية لمذهب الإمامية في النجف الأشرف ( ت 1266 هـ ) .
(15) - الميرزا محمد علي التوحيدي ، مصدر سابق ، ج4 ص299 .
(16) - الميرزا محمد علي التوحيدي ، مصدر سابق ، ج4 ص300 بتصرف .
(17) - الشيخ محمد تقي الآملي ، من تقريرات بحث الشيخ محمد حسين الغروي النائيني ، مجلد 2 ص286 .
(18) - الشيخ محمد تقي الآملي ، المصدر السابق ص ( 286 – 287 ) .
(19) - علي السيد عبد الحكيم الصافي ، مصدر سابق ص354 .
(20) - الشيخ محمد تقي الآملي ، المصدر السابق ص 287 بتصرف .
(21) - د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج1 ص14 .
(22) - د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني بغداد المكتبة القانونية سنة الطبع 2000م ج1 ( مصادر الالتزام ) ص459 .
(23) - د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ص15 – 16 .
(24) - المادة 320 مدني عراقي ، وتقابلها المادة 279 مدني مصري ،
(25) - المادة 871 / 2 ، وتقابلها المادة 651 مدني مصري .
(26) - د. إسماعيل عبد النبي شاهين ، أحكام مطالبة المدينين المتضامنين بالدين ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2006م ص43 .
(27) - د. إسماعيل عبد النبي شاهين ، أحكام مطالبة المدينين المتضامنين بالدين ص48 .
(28) - د. محسن البيه ، بحث بعنوان التضامن والتضامم في قضاء محكمة الاستئناف العليا الكويتية مقارناً بالقضاءين الفرنسي والمصري ، ، مجلة الحقوق السنة 13 العدد الرابع جمادى الأولى 1410 هـ ديسمبر 1989م الجزء الثاني ص116 .
(29) - د. إسماعيل عبد النبي شاهين ، أحكام مطالبة المدينين المتضامنين بالدين ص46 .

(30) - د. نبيل إبراهيم سعد ، التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامن / فكرة الالتزام التضامي – نطاق تطبيق الالتزام التضامي ، دار الجامعة الجديدة إسكندرية سنة 2007م ص37 .
(31) - د. محسن البيه ، المصدر السابق الجزء الثاني السنة 13 العدد الرابع ص117 .
(32) - بما أن مصطلح الضمان الطولي يعد جديداً على القانون المدني فقد تعمدنا ذكر تطبيقات الضمان الطولي قبل الدخول في فصول البحث الرئيسة ، لأنه لا جدوى من الحديث عن ماهية وأحكام الضمان الطولي قبل إثبات وجود أصل الموضوع .
(33) - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ط3 منشورات الحلبي بيروت – لبنان سنة 2000م ج3 ص287 . د. نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق ص55 .
(34) - م / 1024 مدني عراقي وما يقابلها في القوانين المدنية الأخرى .
(35) - م / 792 مدني مصري .
(36) - د. نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق ص55 . المحامي موريس نخلة ، الكامل في شرح القانون المدني - دراسة مقارنة - منشورات الحلبي - بيروت ج9 ص345 .
(37) - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج3 ص286 . د. نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق ص55 .
(38) - محمد محمود معطي ، الكفالة في ضوء الفقه والاجتهاد ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان 2009 م ، ص 7 .
(39) - السيد محمد آل بحر العلوم ، بلغة الفقيه ، شرح وتعليق السيد محمد تقي آل بحر العلوم ، الطبعة الثالثة مطبعة الآداب في النجف الأشرف 1389 هـ / 1969 م ، الجزء الثاني ص 359 .
(40) - د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثالث ، أحكام الالتزام ، مطبعة نهضة مصر 1954 م ، ص 88 .
(41) - المادة 405 مدني عراقي ، وتقابلها المادة 2/359 مدني مصري .
(42) - المادة 2/406 مدني عراقي (( والأصل أن الإنابة لا يفترض فيها التجديد فإذا لم يكن هناك اتفاق عليه ، قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول )) ، وتقابلها المادة 2/360 مدني مصري .
(43) – د. عبد الحي حجازي ، أحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 92 .
(44) - المادة 983 / 1 مدني عراقي .
(45) - د. نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق ص58 .
(46) - المادة 337 مدني عراقي
(47) - المادة 346 مدني عراقي
(48) - المادة 358 مدني عراقي ، المادة 958 مدني أردني ، المادة 1065 مدني أماراتي .
(49) - د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي ، طبعة جامعة الكويت ،1402 هـ - 1982م ، الجزء الأول ، المجلد الثاني ص 942 .
(50) - ليث عبد الرزاق الأنباري ، رسالة ماجستير بعنوان الالتزام التضامي تحت إشراف الأستاذ المساعد ضمير حسين المعموري ، العراق - جامعة بابل سنة 2012م ، ص71 .
(51) - م / 134 / 1 مدني عراقي وما يقابلها في القوانين المدنية الأخرى .

(52) - م / 135 / 4 مدني عراقي وما يقابلها في القوانين المدنية الأخرى .
(53) - م / 198 مدني عراقي وما يقابلها في القوانين المدنية الأخرى .
(54) - م / 2/855 مدني عراقي وما يقابلها في القوانين المدنية الأخرى .
(55) - م / 2/956 مدني عراقي وما يقابلها في القوانين المدنية الأخرى .
(56) - السيد محمد آل بحر العلوم ، مصدر سابق ج 2 ص 359 .
(57) - المادة 61 أحوال شخصية عراقي : (( يجب على الولد الموسر كبيراً كان أو صغيراً نفقة والديه الفقيرين ولو كانا قادرين على الكسب ما لم يُظهر الأب إصراره على اختيار البطالة )) وما يقابلها في القوانين الأخرى .
(58) - - المادة 62 أحوال شخصية عراقي : (( تجب نفقة كل فقير عاجز عن الكسب على من يرثه من أقاربه الموسرين بقدر إرثه منه )) وما يقابلها في القوانين الأخرى .
(59) - د. نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص58 .
(60) - د. محسن البيه ، مصدر سابق السنة 13 العدد الثالث ، الجزء الأول ص( 23 – 24) .
(61) - د. أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام) ، طبعة دار الجامعة الجديدة ، إسكندرية – 2005 م ، ص237 .
(62) - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج3 ص290 .
(63) - د. محسن البيه ، مصدر سابق السنة 13 العدد الثالث ، الجزء الأول ص26 ، وكما عليه المادة 169 مدني مصري التي صرحت بحكم التضامن .
(64) - المادة 1/217 مدني عراقي .
(65) - د. محسن البيه ، مصدر سابق السنة 13 العدد الثالث ، الجزء الأول ص28 .
(66) - د. نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق ص63 .
(67) - المادة 2/776 مدني عراقي و يقابلها المادة 1/596 مدني مصري .
(68) - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج3 ص293 هامش 2 .
(69) - الشيخ محمد رضا المظفر ، كتاب المنطق ، الطبعة 3 مطبعة النعمان - النجف 1388هـ ، ج 1 ص72 .
(70) العلامة جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الأفريقي المصري ت 711 هـ ، لسان العرب ، تحقيق عامر أحمد حيدر ، راجعه عبد المنعم خليل إبراهيم ، ط1 ، دار الكتب العلمية – محمد علي بيضون ، بيروت 1426 هـ – لبنان ، المجلد السابع ، مادة ضمن ، ص 843 وما بعدها .
(71) لويس معلوف ، المنجد في اللغة ، موقع الإسلام ، نقلاً عن المكتبة الشاملة ، مادة ضمن ، ص86 .
(72) احمد بن محمد بن علي المقري الفيومي ( 770 هـ ) ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي موقع الإسلام ، نقلاً عن المكتبة الشاملة ، مادة ضمن ، ج5 ص358 .
73 الشيخ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ( 817 هـ ) ، القاموس المحيط ، طبعة دار الفكر ، بيروت – لبنان سنة 1983م المجلد الرابع مادة ضمن ، ص243 .

[74] أبو الحسن علي بن محمد بن علي الجرجاني المعروف بالسيد الشريف ، التعريفات – طبعة دار الشؤون الثقافية – بغداد العراق 1986 م ، حرف العين ، ص51 .

[75] محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس ، موقع الإسلام ، نقلاً عن المكتبة الشاملة ، حرف العين ، ج1 ص2154 .

(76) - العلامة جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الأفريقي المصري ، مصدر سابق ، حرف الطاء مادة طول ، المجلد السادس ص 495 وما بعدها .

(77) - الزبيدي ، تاج العروس

(78) - موقع ومنتديات اجتماعي ejtemay@hotmail.com زيارة بتاريخ 2 / 6 / 2014م .

(79) - أ. مصطفى حسنين عبد الهادي ، التعريف الاصطلاحي ومصادره ، موقع شبكة الألوكة ، تصفح بتاريخ 28 / 5 / 2014م .

(80) - الشيخ محمد حسين النائيني ، تقريرات بحثه بقلم الشيخ محمد تقي الآملي ، مصدر سابق ، مجلد 2 ص286 . السيد أبو القاسم الخوئي ، مصباح الفقاهة ، مصدر سابق ، ج 3 ص 200 .

(81) - الشيخ محمد حسين بن الشيخ عبد الرحيم النائيني ( ت 1936 م ) .

(82) - الشيخ محمد تقي الآملي ، مصدر سابق ، ص 289 – 298 ) .

(83) - السيد أبو القاسم الخوئي ، مصباح الفقاهة ، مصدر سابق ، ج 3 ص 200 .

(84) – السيد محمد آل بحر العلوم ، مصدر سابق ، ص 356 .

(85) - علي السيد عبد الحكيم الصافي ، مصدر سابق ، ص 354 بتصرف .

(86) - لرواية أبي سعيد الخدري قال : كنا مع رسول الله صلى الله عليه وآله في جنازة ، فلما وضعت قال عليه السلام : هل على صاحبكم من دين ؟ قالوا : نعم درهمان فقال : صلوا على صاحبكم ، فقال علي عليه السلام : هما علي يا رسول الله وأنا لهما ضامن ، فقام رسول الله صلى الله عليه وآله فصلى عليه ، ثم أقبل على علي عليه السلام فقال : جزاك الله عن الإسلام خيرا ، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك) ، نقلا عن سنن الدار قطني : ج 3 كتاب البيوع ص 47 الحديث 194 وص 78 الحديث 291 و 292 ورواية الشيخ الطوسي في كتاب الخلاف : كتاب الضمان ، مسألة 3 . وصحيحة ابن سنان عن الإمام جعفر الصادق عليه السلام " في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء فقال: إذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميت ، نقلا عن كتاب من لا يحضره الفقيه للشيخ الصدوق ، كتاب الوصايا، ب 108 ح 1 وكتاب الكافي للشيخ أبو جعفر محمد بن يعقوب الكليني ، ط3 مطبعة حيدري 1388هـ ، ج 7 ص 25.

(87) - المطلق: مالا يقيد بقيد، أو شرط ( د. سعدي أبو حبيب ، القاموس الفقهي، ط2 دار الفكر – دمشق 1988 ، ص 232) ويذكر ( السيد أبو القاسم الخوئي ، منهاج الصالحين ، مصدر سابق ، ج2 ص 76 ) الفرق بين القيد والشرط بقوله (( أن متعلق الإجارة في موارد التقييد حصة خاصة مغايرة لسائر الحصص وأما في موارد الاشتراط فمتعلق الإجارة هو طبيعي العمل )) ويعني بذلك أن وجود المشروط متوقف على وجود الشرط ، وأما المقيد فيكون مطلوبا عند وجود القيد وإلا

كان هو وغيره مطلوبا من دون أن يتوقف وجوده على القيد ، ومن هنا تعمد البحث استخدام القيد دون الشرط ، لأن انتقاء هذه القيود لا يلزم منه انتقاء أصل الضمان .

(88) - د. ليلى عبد الله الحاج سعيد ، النظرية العامة لضمان اليد ، الطبعة الأولى ، مكتبة الجيل العربي ، العراق – الموصل 1421 هـ - 2001 م ، ص 165 – 174 .

(89) - العلامة ابن منظور الأنصاري ، لسان العرب ، مصدر سابق ، المجلد الأول ، مادة عقب ، ص 616.

(90) - الشيخ فخر الدين الطريحي ، مجمع البحرين ، تحقيق السيد أحمد الحسيني ، الطبعة الثانية 1408 هـ ، مكتبة نشر الثقافة الإسلامية ، ج 3 ص ( 213 – 216 ) .

(91) - الشيخ حسين الحلي ، أصول الفقه ج11 ص189 .

(92) - والمقصود به انتقال الشيء إلى المقابل بسبب عقد لم تتحقق أركانه كأن يكون الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلاً للتعاقد أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع ، أو فاقد لصفة من صفاته الجوهرية بحيث يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون مادة 137 / 2 مدني عراقي ، فإذا ما تصرف القابض بالمعقود عليه مع علمه ببطلان العقد صار ضامناً وكذلك من انتقل إليه الشيء كما هو عند السيد أبو القاسم الخوئي ، منهاج الصالحين ج2 مسألة 57 ص18 . الشيخ عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب ، قواعد ابن رجب ، القاعدة 47 . د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ج4 ص115 .

(93) - السيد أبو القاسم الخوئي ، منهاج الصالحين ج2 مسألة 76 ص22 .

(94) - الشيخ المحقق أحمد المقدس الأردبيلي ، مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان ، الطبعة الأولى ، مؤسسة النشر الإسلامي – قم ، 1412 هـ ، ج 10 ص 538 . الشيخ محمد بن حسين بن علي الطوري القادري الحنفي ، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ضبط الشيخ زكريا عميرات ، منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية بيروت - لبنان 1418 هـ - 1997 م ، الجزء السابع ص 474 .

(95) - الشيخ علي الخفيف ، مصدر سابق ، ص 120 .

(96) - الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ، تحقيق وتعليق الشيخ علي الآخوندي ، طبعة مطبعة حيدري – قم 1368 هـ ، ج 22 ص 469 .

97 زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن السلامي البغدادي الدمشقي الحنبلي ، قواعد ابن رجب ، موقع المكتبة الشاملة ، القاعدة الثالثة والتسعون ، ج 2 ص 45 .

98 - إدريس صالح الشيخ فقيه ، القواعد والضوابط الفقهية في نظرية الضمان ، رسالة ماجستير في الجامعة الأردنية 2006م ، ص 197 .

99 - الموسوعة الفقهية ، مصدر سابق ، ج 28 ص 230 .

100 - الشيخ علي الخفيف ، مصدر سابق ، ص ( 120 – 125 ) .

(101) - المادة 134 / 1 مدني عراقي : (( إذا انعقد العقد موقوفاً لحجر أو إكراه أو غلط أو تغرير جاز للعاقد أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الإكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغرير كما

أنه له أن يجيزه ، فإذا نقضه كان له أن يقبض تصرفات من انتقلت إليه العين وأن يستردها حيث وجدها وإن تداولتها الأيدي فإن هلكت العين في يد من انتقلت إليه ضمن قيمتها . )) .

(102) - المادة 135 / 4 مدني عراقي .

(103) - المادة 198 / 1 مدني عراقي

(104) - المادة 200 مدني عراقي .

(105) - يقصد بالإطلاق ما هو داخل ضمن المسؤوليتين العقدية والتقصيرية .

(106) - د. مصطفى الجمال ، أحكام الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى 2008 م ، بيروت – لبنان ، ص 528.

(107) - الشيخ محمد تقي الآملي ، مصدر سابق ، المجلد الثاني ص 90 وما بعدها .

(108) - علي السيد عبد الحكيم الصافي ، مصدر سابق ، ص350 .

(109) - الشيخ علي الخفيف ، مصدر سابق ، ص ( 112 – 120 ) ، الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ، مصدر سابق ، ج 27 ص 126 .

(110) - المادة 169 مدني مصري .

(111) - د. مصطفى الجمال ، مصدر سابق ، ص 527 .

(112) - د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص5 .

(113) - د. نبيل إبراهيم سعد ، التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامن ص63 .

(114) - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج 3 ف176 ص288 .

(115) - المادة 956 / 2 مدني عراقي : (( وليس للوديع أن يتصرف في الوديعة بإجارة أو إعارة أو رهن بلا إذن صاحبها فإن فعل ذلك وهلكت في يد المستأجر أو المرتهن ، فلمالكها تضمين الوديع وله تضمين المستأجر أو المستعير أو المرتهن ، إذا كان عالماً بأن المال وديعة لم يأذن صاحبها بالتصرف فيها . )) .

(116) - المادة 320 مدني عراقي ، وتقابلها المادة 279 مدني مصري . وكذلك المادة 1202 مدني فرنسي بحسب الترجمة الإنكليزية

**Art. 1202**
**Joint and several liability may not be presumed: it must be expressly stipulated.**
**This rule only ceases in the cases where joint and several liability exists as a matter of right, under a statutory provision.**

(117) - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج3 فقرة 121 ص196 .

(118) - د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ المساعد محمد طه البشير ، القانون المدني وأحكام الالتزام ج2 فقرة 108 ص195 .

(119) - د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص5 .

(120) - د. إسماعيل عبد النبي شاهين ، أحكام مطالبة المدينين المتضامنين بالدين ص49 ، نقلاً عن د. طلبة وهبة خطاب ، أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون - دراسة مقارنة ، فقرة 231 ص218 .

(121) - د. أنور سلطان ، المبادئ القانونية العامة ، طبعة دار الجامعة الجديدة للنشر ، إسكندرية – 2005 م ، ص 386 .

(122) - السيد أبو القاسم الخوئي ، منهاج الصالحين ج2 . د. إسماعيل عبد النبي شاهين ، أحكام مطالبة المدينين المتضامنين بالدين ص52 ، نقلاً عن د. طلبة خطاب ص220 .

(123) - المادة 336 / مدني عراقي ، ومثلها المادة 300 / مدني مصري .

(124) - د. إسماعيل عبد النبي شاهين ، أحكام مطالبة المدينين المتضامنين بالدين ص51 ، نقلاً عن د. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ط3 سنة 1983 م ، ص904 .

(125) - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج3 ص379 ، نقلاً عن بلانيول وريبير وجابولد 7 فقرة 119 ص474 .

(126) - المادة 337 / 1 مدني عراقي ، ويقابلها المادة 301 / 1 مدني مصري .

(127) - المادة 337 / 2 مدني عراقي ، ويقابلها المادة 301 / 2 مدني مصري .

(128)- السيد أبو القاسم الخوئي، مصباح الفقاهة في المعاملات، مصدر سابق ج4 ص301 .

(129) - وأما الفرع الثاني من الالتزام التضامني فهو التضامن ما بين الدائنين وهو خارج عن موضوع بحثنا هنا ويسمى بالتضامن الإيجابي ، ويعني أن يكون لكل دائن الحق في أن يطالب بكل الدين وتبرأ ذمة المدين إذا وفى بالدين كله لأي من الدائنين ( ينظر د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ المساعد محمد طه البشير ، القانون المدني وأحكام الالتزام ج2 فقرة132 ص203 ) .

(130) - ينظر المادة 320 مدني عراقي ، والمادة 279 مدني مصري .

(131) - د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ المساعد محمد طه البشير ، القانون المدني وأحكام الالتزام ج2 فقرة 150 ص208 .

(132) - د.مصطفى الجمال ، مصدر سابق ، ص ( 528 – 535 ) .

(133) - ينظر المادة 320 مدني عراقي ، وتقابلها تقريبا المادة 279 مدني مصري .

(134) - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج3 فقرة166 ص265 نقلاً عن بلانيول وريبير وجابولد 7 فقرة 1065 – نقض فرنسي أول ديسمبر سنة 1908م واللوز 1909 .

(135) - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج3 فقرة168 ص267 نقلاً عن بودري وبارد 2 فقرة 1175 ص292 .

(136) - المادة 427 مدني ألماني ، نقلاً عن د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصدر سابق ، ج3 ص267 هامش 1 .

(137) - د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، مصدر سابق، ص 245.

(138) - المادة 331 مدني عراقي ، وتقابلها المادة 294 مدني مصري .
(139) - المواد ( 329 – 333 ) مدني عراقي ، والمواد ( 292 – 296 ) مدني مصري .
(140) - د. إسماعيل عبد النبي شاهين ، مصدر سابق ، فقرة 17 ص41 .
(141) - د. مصطفى الجمال ، مصدر سابق ، ص 542 .
(142) - علي السيد عبد الحكيم الصافي ، مصدر سابق ، ص357 .
(143) - د. إسماعيل عبد النبي شاهين ، أحكام مطالبة المدينين المتضامنين بالدين فقرة 19 ص47 ، نقلاً د. لبيب شنب ، دروس في نظرية الالتزام والإثبات – أحكام الالتزام طبعة 1974 – 1975 م ، ص346 .
(144) - د. نبيل إبراهيم سعد ، التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامن ص100 .
(145) - الشيخ محمد تقي الآملي ، مصدر سابق ، ص 85 .
(146) – السيد محمد صادق الروحاني ، منهاج الفقاهة ، تعليق على مكاسب الشيخ الأعظم ، الطبعة الرابعة ، المطبعة العلمية – قم 1418 هـ ، الجزء الأول ص 228 .
(147) - الشيخ مرتضى بن محمد أمين الأنصاري ، كتاب المكاسب ، إعداد لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم – قم : مجمع الفكر الإسلامي ط1 مؤسسة الهادي 1418 هـ ج 3 ص 508 وما بعدها .
(148) - الشيخ أحمد بن محمد بن علي ابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج ، نشر المكتبة التجارية الكبرى – مصر 1983 ، بلا سنة طبع ، ج 5 ص271 .
(149) - الشيخ محمد تقي الآملي ، مصدر سابق ، المجلد 2 ص 283 ، علي السيد عبد الحكيم الصافي ، مصدر سابق ، ص350 .
(150) - السيد أبو القاسم الخوئي ، منهاج الصالحين ج2 مسألة 1401 .
(151) - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج3 فقرة 177 ص 291 .
(152) - علي السيد عبد الحكيم الصافي ، مصدر سابق ، ص (350 – 351 ) .
(153) - د. محسن البيه ، مجلة الحقوق السنة 13 العدد الثالث ، الجزء الأول ص 22 .
(154) - **" Simple coincidence enter obligation par ailleurs distincte " , G Holleaux, note sous :Civ .. 4 de`. 1939, P. 124, surtout, P. 125.**
نقلاً عن د. محسن البيه ، مصدر سابق ، الجزء الأول ص 17 .
(155) - أنور العمروسي التضامن والتضامم الكفالة في القانون المدني الطبعة الأولى ، بلا سنة طبع ، دار الفكر الجامعي – إسكندرية ، ص 221 .
(156) - الشيخ محمد تقي الآملي ، مصدر سابق ، ص 289 .

**مراجع البحث**

1 – القرآن الكريم
2 - أبو الفضل محمد بن مكرم ابن منظور ت 711 هـ ، لسان العرب ، تحقيق عامر أحمد حيدر، راجعه عبد المنعم خليل إبراهيم ، ط1 ، دار الكتب العلمية – محمد علي بيضون ، بيروت 1426 هـ – لبنان .

3- أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ، سنن البيهقي تحقيق عبد القادر عطا مجلد 6 دار الكتب العلمية بيروت لبنان 1420 هـ، .
4 – محمد بن عيسى الترمذي ، سنن الترمذي، تحقيق الألباني ط1 مكتبة المعارف ، الرياض 1417هـ .
5 – شهاب الدين أبو العباس القرافي ، الفروق ، مطبعة دار احياء الكتب العربية 1347 هـ .
6 – عبد الرحمن أبو فرج ابن رجب ، القواعد في الفقه الإسلامي ، مطبعة الصدق الإسلامي قاهرة 1933 م .
7 – عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة . ومذهب أهل البيت ، محمد الغروي – ياسر مازح ، دار الثقلين بيروت لبنان 1419 هـ .
8 – علي عبد الحكيم الصافي ، الضمان في الفقه الإسلامي ، مطبعة الآداب النجف الأشرف ، بلا سنة طبع .
9 – علي حيدر ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، الكتاب الرابع ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، ط1 دار الكتب العلمية بيروت 1411 هـ .
10 – موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة ، شرح المغني ، ج5 دار الكتب العربي بلا سنة طبع .
11 – مرتضى الأنصاري ، المكاسب ، تحقيق السيد محمد كلانتر ج2 ط1 منشورات مؤسسة النور بيروت لبنان 1410 هـ .
12 – أبو القاسم الخوئي ، مصباح الفقاهة ، تقريرات بقلم الشيخ التوحيدي ، دار النور ط1 بيروت لبنان 1422 هـ .
13 – عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دار الفكر ، ج1 1967 م .
14 – عبد الرزاق السنهوري ، نظرية الالتزام بوجه عام ج3 ، ج6 ، ج10 ، ط3 منشورات الحلبي بيروت 2000 م .
15 – عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المجلد الأول، ج7، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، .1964
16 – زين الدين الجبعي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، انتشارات داوري – قم 1410 هـ
17 – حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، ج1 الضرر شركة التايمس بغداد بلا طبعة 1991 م .
18 – محمد حسين الغروي النائيني ، التعليقة على المكاسب ، تقريرات بقلم الشيخ محمد تقي الآملي ، مطبعة الحيدري طهران 1373 هـ .
19 – عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ المساعد محمد طه البشير ، القانون المدني وأحكام الالتزام ، منشورات مكتبة السنهوري ، بغداد 2012م .
20 – ضمير حسين المعموري ، الالتزام الانضمامي ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية ، مجلد 15 عدد 1 2008 م .

21 – محسن البيه ، التضامن والتضامم في قضاء محكمة الاستئناف العليا الكويتية ، بحث منشور في مجلة الحقوق لجامعة الكويت السنة الثالثة عشرة ، العدد 3 صفر 1409 هـ .
22 – محمد جاد محمد جاد ، أحكام الإلتزام التضامي في القانونين المدني الفرنسي والمصري ، منشأة المعارف الإسكندرية 2003 م .
23 – محمد سليمان الأحمد ، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية ، ط1 الدار العلمية الدولية ، عمان 2001 م .
24 – ليث عبد الرزاق علي الأنباري ، الالتزام التضامي ، رسالة ماجستير من جامعة بابل 2012 م .
25 – علي شاكر عبد القادر البدري ، التغير الجبري لمالك العين ، اطروحة دكتوراه من جامعة كربلاء ، 2013 م .
26 - عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي ، طبعة جامعة الكويت ،1402 هـ - 1982م .
27 - إسماعيل عبد النبي شاهين ، أحكام مطالبة المدينين المتضامنين بالدين ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2006م .
28 – نبيل إبراهيم سعد ، التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامن / فكرة الالتزام التضامي – نطاق تطبيق الالتزام التضامي ، دار الجامعة الجديدة إسكندرية سنة 2007م
29 - وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان ، دار الفكر دمشق 1969 م .
30 – مصطفى الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ، ط22 مطبعة شهاب أربيل العراق 2010 م .
31 - د. عصمت عبد المجيد ، نظرية العقد في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة ط1 لبنان 2006م
32 – القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .
33 - القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 .