

أقليم كوردستان - العراق

مجلس القضاء

رئاسة محكمة أستئناف

منطقة السليمانية

التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية

بحث تقدم به

محمد شفيق حمه

قاضي محكمة بداءة بنجوين

كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الرابع الى الصنف

الثالث من أصناف القضاة

بأشرف

القاضي / هاشم عبدالخامر عمه سعيد

قاضي أول محكمة برلاءة السليمانية

الأهداء

الى كل من عرف حقوقه

وحدودها وحفظ حقوق

الأخرين ووفى

بالتزاماته وعقوده

تجاههم

والى كل من يسعى الى

تحقيق العدالة ويضحي

من أجلها

تقييم المشرف

بعد أن تم تعييني مشرفا على البحث الذي كلف به القاضي (محمد شفيق حمه) بكتابته لغرض تقديمه الى مجلس القضاء الموقر كجزء من متطلبات الترقية الى الصنف الثالث.

فقد قام الباحث باطلاعي على الخطوات التي قام بها من أجل كتابة بحثه مستعينا بأرشاداتي وتوصياتي ومستعينا بالمصادر القانونية ليكون بحثا متكاملًا من كافة الوجوه فيما يتعلق بموضوع البحث وهو (التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية) مما جعل من بحثه مصدرا قيما وفيه معلومات جيدة للقارئ ليكون على معرفة بماهية الموضوع وجعل من بحثه مصدرا للقضاة وسلك القانون .

عليه أعتبر بحثه وبكل تواضع بحثا جديرا بالقبول لما بذله من جهد في تطوير موهبته القانونية في هذا المجال ولا يسعني إلا أن أشجعه على الاستمرار والمثابرة في هذا المجال والمجالات القانونية الأخرى ليكون منورا ومساعدة لزملائه الآخرين من العاملين في مجال القانون والقضاء مع التقدير له ..

المشرف

هاشم عبدالحماد حمه سعيد

قاضي أول محكمة بداءة السلیمانیة

خطة البحث

المقدمة

المبحث الاول

نطاق المسؤولية العقدية

المطلب الاول

قيام عقد الصحيح بين الدائن والمدين

المطلب الثاني

الاخلال بالالتزام الناشىء عن العقد

المبحث الثاني

نطاق المسؤولية التقصيرية

المطلب الاول

تحديد نطاق المسؤولية التقصيرية

المطلب الثاني

الخيرة بين المسؤولية العقدية و التقصيرية

المبحث الثالث

أوجه الشبه والاختلاف بين المسؤولية العقدية و التقصيرية

المطلب الاول

الاختلاف بين المسؤوليةين لا يقتصر على اختلاف نطاق كل منهما

المطلب الثاني

الخاتمة

قائمة المصادر والمراجع

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه
أجمعين...

أما بعد: ان موضوع المسؤولية له مكانة مرموقة بين موضوعات القانون المدني عموماً، وفي مصادر
الالتزامات خاصة، لم تدركها الإنسانية مرة واحدة بل تدرجت في ذلك حقبا زمنية طويلة فان لكل فرد
ان يستعمل حقوقه في دائرة ما تجيز له القوانين في نطاق ما تخوله الاتفاقات التي يبرمها مع الغير
وإذا تجاوز في استعمال هذه الحقوق حدود ما رسمت تلك القوانين او مامنت تلك الاتفاقات فانه يكون
مسؤولا عما يحدث للغير من ضرر. وإذا كان القانون قد رتب عقوبة على قيام الفرد بما نهى عنه او
على امتناعه عن القيام بما أوجبه فتلك هي المسؤولية الجنائية و فيما عدا ذلك فان ما يحدث للغير
من ضرر فانما نطاقه المسؤولية المدنية. بالنظر لوجود رابطة عقدية أو عدمها تنقسم المسؤولية
المدنية الى عقدية أو غير عقدية (تقصيرية)، فتترتب الاولى على عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن
العقد على الوجه المتفق عليه أما المسؤولية غير العقدية أو التقصيرية فهي تقوم على التزام قانوني
مصدره نص القانون يقع على عاتق المسؤول بتعويض المضرور دون علاقة عقدية بينهما بما في ذلك مثلا
مسؤولية قائد المركبة عن إصابة أحد المارة أو عن قتله ومسؤولية الجار عن تدمير المنزل المجاور أثناء
ترميم منزله.

فالمسؤولية المدنية هي التزام المدين بتعويض الضرر الذي ترتب على اخلاله بالتزام يقع عليه، وهي إما
أن تكون مسؤولية عقدية إذا كان مصدر الالتزام الذي حصل الإخلال به عقدا، وإما أن تكون مسؤولية
تقصيرية إذا كان هذا الالتزام مصدره العمل غير المشروع، وإن المسؤولية باختلاف أنواعها محددة في
طبيعتها وأهدافها، بنصوص قانونية دقيقة وهي بذلك تستلزم التمييز فيما بينها.

وهناك معايير تشترك الشريعة الاسلامية و القوانين الجنائية الوضعية في اعتبارها ضوابط لتمييز
المسؤولية الجنائية عن المسؤولية المدنية ولأهمية هذا التمييز من حيث الآثار والاحكام نستعرض في
هذه المقدمة بعضا منها وهي:

1- في المسؤولية الجنائية يجب ان تكون الافعال الاجرامية محددة مقدما بينما الافعال الضارة في
المسؤولية المدنية غير محصورة لان أي خطأ يحدث الضرر يشكل المسؤولية المدنية. بل وفي الشريعة
الاسلامية تقوم هذه المسؤولية على انماط الضرر ايا كان مصدره.

2- عنصر الضرر ركن اساسي لقيام المسؤولية المدنية بينما توافره ليس ضروريا في كل مسؤولية جنائية كالاتفاق الجنائي دون تنفيذ الجريمة و حيازة السلاح دون ترخيص حيث ان عنصر الضرر المباشر غير قائم فيهما.

3- للركن المعنوي اهمية كبيرة في قيام المسؤولية الجنائية بينما ليس له نفس الاهمية في المسؤولية المدنية.

4- في المسؤولية المدنية الدعوى خاصة يرفعها المتضرر او من ينوب عنه وبالتالي يستطيع ان يسحبها في جميع مراحل الاجراءات القضائية في حين انها تخص النيابة العامة في المسؤولية الجنائية وكما انه يحق لكل فرد متضرر ان يرفعها.

5- في المسؤولية المدنية الجزاء تعويض يعادل حجم الضرر- الكسب الفائت والخسارة اللاحقة- أما في المسؤولية الجنائية تتنوع أشكالها بتنوع طبيعة الجريمة من العقوبات الاصلية – الحبس، السجن، الغرامة – والعقوبات التبعية والتكميلية- حرمان من بعض الحقوق والمزايا، اعلان الحكم، غلق المحل، سحب الاجازة... الخ.

6- في المسؤولية المدنية الغرض من الجزاء جبر الضرر وهو مصلحة فردية غالبا أما الغاية من الجزاء الجنائي فهو تحقيق مصلحة اجتماعية من ردع أو زجر.

7- الدعوى في المسؤولية المدنية تتعلق بالذمة المالية لا بالذمة الشخصية لذا يجوز ان توجه الى محدث لضرر او غيره من الولي والوصي والورثة ولا تسقط بوفاته، في حين ان المسؤولية الجنائية شخصية فلا تحرك الا ضد الجاني. وتنقضي بوفاته.

كما تدل على ذلك نصوص كثيرة من القرآن الكريم منها قوله تعالى : (وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى) (□)

8- في المسؤولية الجنائية لا يعتد بالخطأ المفترض خلافا لما عليه المسؤولية المدنية عند من لا يبينها على اساس الضرر فقط، كمسؤولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه التابع، ومسؤولية المالك عن الضرر الذي يحدثه دابته.

9- من حيث التقادم : فأ دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع تسقط بانقضاء ثلاث سنوات من يوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبشخص المسؤول عنه، و تسقط في كل حال بانقضاء (15) سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع بخلاف الدعوى الجنائية، علما انه اذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة وكانت الدعوى الجنائية تسقط فان الدعوى التعويض لا تسقط بسقوط الدعوى الجنائية. (□)

وتبدو ثمرة الخلاف في انه على رأي الاختلاف لا تتقيد المحكمة المدنية بحكم المحكمة الجنائية فاذا قضت الثانية ببراءة المتهم لعدم وجود خطأ يعتد به لقيام الجريمة فان ذلك لا يمنع المحكمة المدنية من

(1) - سورة ال عمران / آية 164

(2) الدكتور مصطفى الزلي - المسؤولية الجنائية في الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة بالقانون. الطبعة الاولى - مطبعة أسعد - بغداد ج1 ص12

الحكم بالتعويض اذا كان هناك خطأ يكفي لقيام المسؤولية المدنية، وإذا قيل بوحدة الخطأ فلا تستطيع المحكمة المدنية ان تقضي بالتعويض إذا حكمت المحكمة الجنائية بالبراءة. (1)

كما وان موضوع المسؤولية له مكانة مرموقة بين موضوعات القانون المدني عموماً، وفي مصادر الالتزامات خاصة، لم تدركها الإنسانية مرة واحدة بل تدرجت في ذلك حقبا زمنية طويلة.

وللوقوف على أهمية موضوع المسؤولية وعلاقته بالقانون المدني سنخصص هذا البحث للحديث عن مفهوم المسؤولية وأقسامها عموماً، ثم المسؤولية العقدية وتمييزها عن المسؤولية التقصيرية.

فالمسؤولية هي تشخيص لحالة الفرد الذي اقترف أمراً من الأمور يستلزم التبعية والمواخاة.

وتختلف نوعيتها باختلاف الأسباب التي أدت إليها والنتائج المتولدة عنها، انطلاقاً من ذلك سنعمل على تحديد مفهوم المسؤولية ومشروعيتها ثم أقسامها.

وقد أطلق الضمان على الالتزام، باعتبار أن ذمة الضامن منشغلة بما ضمن فيلتزم بأدائه.

وعلى هذا فان المسؤولية المدنية تقوم حين يخل الفرد بما التزم به قبل الغير قانوناً او اتفاقاً والجزاء فيها تعويض الضرر الناشئ عن هذا الاخلال.

وقد جرت عادة الفقهاء على تقسيم المسؤولية المدنية الى المسؤولية العقدية وأخرى تقصيرية بل لقد ذهب بعضهم الى هذا التقسيم كأساس جوهري لما بين المسؤوليتين من فروق كبيرة بل وصل الغلو ببعضهم الى حد اقتصر تعبير المسؤولية على الفعل الضار او المسؤولية التقصيرية وحدها و اطلاق لفظ (الضمان) على المسؤولية العقدية.

ومن الحجج التي يستند اليها هذا الفريق من الفقهاء ان التقنيين المدني عبر عن المسؤولية العقدية بتعبير (ضمان العقد) وايا كان نصيب هذا الفريق من الفقهاء من الصواب أو الخطأ فانه يدل على اتجاه لا مجال للشك فيه وهو رغبتهم في اقامة فاصل دقيق بين المسؤولية العقدية من جهة والمسؤولية التقصيرية من جهة أخرى وهؤلاء هم انصار فكرة (إزدواج المسؤولية) وقد سادت هذه الفكرة في الفقه وفي القضاء حتى القرن التاسع عشر بل أنها لاتزال سائدة حتى يومنا هذا. فقد جرى فقهاء القانون المدني تحت تأثير هذه الفكرة على بحث المسؤولية العقدية عند البحث أطلقوا لفظ المسؤولية فانهم يريدون بذلك عادة (المسؤولية التقصيرية وحدها). وفي أواخر قرن التاسع عشر ظهر فريق من الفقهاء ينكر أية تفريق جوهري بين الصورتين من صور المسؤولية المدنية ويذهب الى وحدة المسؤولية. ولكل فريق من هؤلاء الفقهاء أدلة يستدل بها على صحة ما يذهب اليه.

وأن أهمية البحث تكمن في عدد من الجوانب نذكر عدداً منها ألا وهي :

(1) - د. مصطفى الزلمي-نظرية الالتزام برد غير المستحق-دراسة المقارنة الطعة الاولى-بغداد - ص 259

- 1- عدم وجود دراسات (وفي أحسن الأحوال ندرتها) التي تتناول هذا الموضوع .
 - 2- وجود التشابه بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية جعل من موضوع التمييز بينهما امراً ضرورياً .
 - 3- أن البحث يساعد المعنيين للتعرف على نطاق المسؤوليتين والتمييز بينهما .
 - 4- الباحث يبحث المشكلة بشكل بسيط وسلس كما يقدم حلولاً واقتراحات ممكنة .
 - 5- ان موضوع البحث تساعد القضاء في الجانب العملي التطبيقي حيث ان تحديد مفهوم ومدلول المسؤوليتين متقاربتان ومتباينتان وقد تختلط في القرارات القضائية .
- كل هذا يعطي البحث أهمية ويجعل الجهد أن لا يذهب سدى.

ولما كان امر التمييز بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية على درجة من الاهمية لذا فقد تناولت بحثه في ثلاثة مباحث. في المبحث الاول منه تناولت دراسة نطاق المسؤولية العقدية و في المبحث الثاني تناولت دراسة نطاق المسؤولية التقصيرية وفي المبحث الثالث تناولت دراسة أوجه الشبه و الاختلاف بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ثم اختتمت بحثي هذا بما توصلت إليه من نتائج وأرجو من الله العلي الحكيم ان يوفقني في البحث هذا.

الباحث

2014/1/4

المبحث الاول

نطاق المسؤولية العقدية

نطاق المسؤولية العقدية نعني به المجال الذي تقوم فيه المسؤولية العقدية، أو بطريقة أخرى نعني به شروط المسؤولية العقدية كما يسمها البعض، وهناك من الفقهاء من أدرج نطاق المسؤولية في شرطين أساسيين ألا وهما: وجود عقد صحيح، و الإخلال بالتزام عقدي.

المبحث الاول

نطاق المسؤولية العقدية

أستعرض في هذا المبحث تعريف بالمسؤولية العقدية ونطاقها والشروط الواجب توافرها لقيام المسؤولية العقدية ونبحث هذه الشروط في مطلبين

تقتضي القوة الملزمة للعقد وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين: قيام أطرافه بتنفيذ ما يقع على عاتقهم من إلتزامات فإن عدل أي من الطرفين على تنفيذ إلتزامته أو تأخر في تنفيذها كان بالإمكان إجباره على ذلك عن طريق تحريك المسؤولية العقدية،

وقبل أن نبحث في نطاق هذه المسؤولية وشروطها لابد أن نستعرض تعريفا بالمسؤولية العقدية : فالمسؤولية العقدية هي التي تترتب على عدم تنفيذ الإلتزام الناشئ عن العقد على وجه المتفق عليه. كمسؤولية المقاول عن التأخر في إقامة البناء الذي تعهد ببنائه عن الميعاد المتفق عليه، أو مسؤولية البائع عن عدم نقل ملكية المبيع إلى المشتري إذا كان يتصرف فيه بعد البيع.عموما يراد بالمسؤولية قانونا: الجزاء الذي يترتب على المرء عند إخلاله بقاعدة من قواعد السلوك و يختلف هذا الجزاء باختلاف نوع القاعدة المخل بها.أما المسؤولية العقدية : فهي جزاء الإخلال بالإلتزامات الناشئة عن العقد أو عدم تنفيذها أو تأخر فيها.

و هذه المسؤولية لا تقوم إلا عند إستحالة التنفيذ العيني، بحيث لا يمكن إجبار المدين على الوفاء بالإلتزاماته المتولدة عن العقد عينا فيكون المدين مسؤولاً عن الأضرار التي يسببها للدائن نتيجة عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عن العقد، كما يتعين بقاء المتعاقدين في دائرة القوة الملزمة للعقد ما بقي التنفيذ العيني بالإلتزام الناشئ عنه ممكنا، بحيث لا يكون لأيهما المطالبة بالجزاء الذي فرضه القانون لهذه القوة الملزمة بأعمال المسؤولية العقدية إلا إذا إستحال تنفيذ هذا الإلتزام نهائيا و بصفة مطلقة، كون أن العقد هو شريعة المتعاقدين ،فلا يجوز للدائن أن يعدل عن التنفيذ العيني متى كان ممكنا إلى إقتضاء التعويض، كما لا يجوز للمدين أن يمتنع عن التنفيذ العيني ليعرض

تعويض عنه، كون أن المسؤولية العقدية في حقيقتها هي جزاء إخلال أحد المتعاقدين بإلتزام الناشئ عن العقد الذي أبرمه ولاصلة لها بالتنفيذ العيني للإلتزام. فالمسؤولية العقدية هي التي تترتب على الإخلال بالإلتزام العقدي كمسؤولية البائع الذي يقصر في تسليم المبيع⁽¹⁾ ولكي يمكننا التعرف على الأحكام المتعلقة بالمسؤولية العقدية لابد لنا من التعرف على نطاق هذه المسؤولية. حيث ينبغي لقيام المسؤولية العقدية توافر شرطين وهما:-

- 1- وجود عقد صحيح بين الطرفين "الدائن والمدين".
- 2- ان يكون الضرر ناشئاً عن إخلال بالإلتزام ناشيء عن العقد. وسنتناول بحث كلا من الشرطين في مطلبين على الوجه الآتي:-

المطلب الاول

وجود عقد صحيح

ينبغي لقيام المسؤولية العقدية ان يكون هناك عقد صحيح بين الطرفين. حيث أنه إذا نشأ العقد صحيحاً يكون واجب التنفيذ على أطرافه سواء باختيارهم أو عن طريق إجبارهم عن طريق الوسائل القانونية، غير أنه في بعض الحالات يستحيل التنفيذ العيني أو الجبري للإلتزام، مما يستدعي قيام المسؤولية العقدية. فإذا لم يكن هناك عقد أصلاً، أو وجد شبه عقد فالمسؤولية لا تكون عقدية⁽²⁾ مثل ذلك أن يدعو الصديق صديقه للركوب معه في مركبته مجاملة أو يدعوه للغداء أو للسهرة أو يخطب رجل امرأة، فلا عقد في مثل هذه الاحوال، والمسؤولية لا تكون الا تقصيرية بأن يثبت المتضرر أن هناك خطأ ارتكبه المسؤول كأن يرتكب الصديق خطأ في قيادة المركبة، أو يعتمد الأخلال بالدعوة اضراً بصديقه، أو يعدل الخاطب عن الزواج اضراً بخطيبته.

فإذا قام عقد بين الدائن والمدين أمكن أن تتحقق المسؤولية العقدية، ولكن المدة السابقة على تكوين العقد لا تتحقق فيها الا المسؤولية التقصيرية، كما هو الحال في نظرية الخطأ عند تكوين العقد التي نادى بها الفقيه (أهرنج) وكما في قطع المفاوضات للتعاقد في وقت غير لائق وكما في رفض شخص للتعاقد بعد ان دعى هو اليه. وكذلك المدة التالية لانقضاء العقد لا تتحقق فيها الا

(1) - محمد كامل مرسي - شرح القانون المدني الجديد - الإلتزامات - الجزء الثاني - مصادر الإلتزام -

(2) السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الإلتزام دار النهضة العربية ط 2 . 1964 ص 854

المسؤولية التقصيرية، حيث ان القاعدة العامة في هذا الصدد انه بعد انتهاء العقد لاتنشأ مسؤولية عقدية. (□)

وهي قاعدة بديهية يملها المنطق قبل أن يرفضها القانون فهذان متبايعان نفذا ما بينهما من التزامات وبعد ذلك احدث احدهما ضررا بالآخر، فاي اثر لما كان بينهما من عقد على تحديد طبيعة هذه المسؤولية حتى على فرض ان الضرر انصب على العين المببعة بان قام البائع باتلافها او سرقتها او غصبها وهي تحت يد المشتري.

ولكن مع هذا فان المسألة لا تعرض بمثل هذه البساطة في جميع الحالات والصور فقد ينتهي العقد بتنفيذه- أي بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه على الوجه المطلوب وتقطع الصلة التعاقدية بين الطرفين ومع هذا يبقى احدهما ملزما قبل الاخر بسلوك معين ناشئ عن تلك الرابطة التعاقدية التي كانت قائمة بين الطرفين من قبل. فالمهندس الذي ينتهي عقده مع الشركة التي كان يعمل عندها ويلتحق بخدمة شركة أخرى منافسة فيطلعها على اسرار الشركة الاولى الصناعية او التجارية او المالية، يكون مسؤولا عن عمله هذا وتقضي عليه المحكمة بتعويض هذه الشركة عما اصابته من ضرر.

نتساءل الان عن طبيعة المسؤولية في هذه الحالة هل هي مسؤولية عقدية أم تقصيرية؟

تذهب المحاكم الفرنسية- ويؤيدها معظم الفقهاء الى ان المسؤولية في هذه الحالة مسؤولية تقصيرية مصدرها العمل الضار- والى هذا يذهب معظم الفقهاء في مصر كذلك. ولكن نحن لانقر الرأي المتقدم ونذهب الى ان مسؤولية العامل عن إفشاء اسرار رب العمل مسؤولية عقدية وليست تقصيرية. فلو اننا رجعنا الى قانون المدني العراقي لوجدنا أن المشرع حدد الالتزامات التي ينشئها عقد العمل في ذمة العامل.

وأن هذه الالتزامات تنطوي على التزامه بعدم إفشاء اسرار رب العمل فقد نصت الفقرة الخامسة من المادة (909) من قانون المدني العراقي على أنه (يجب على العامل أن يحتفظ باسرار رب العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء العقد (□)) وان الفقرة الثانية من المادة السالفة نصت على مسؤولية العامل عن مخالفة هذا الالتزام. نحن هنا في صدد التزام الناشئ عن العقد سواء أكان العامل يعرفه او لايعرفه إذ لم تعد كل الالتزامات التعاقدية في وقتنا هذا التزامات يعرفها المتعاقدان بل ويريدانها، فقد أصبح العقد أو بعض العقود على أقل تقدير عقدا منظما تنظيما تشريعيًا تكاد ارادة الطرفين فيه تنحصر في ربط ايجاب احدهما بقبول الاخر، ولا يكفي لقيام

(1) - د . حسن علي الذنون- المبسوط في المسؤولية المدنية -بغداد شركة تايمس للطباعة والنشر- بدون سنة ص 92.

(2) دراسة متعمقة في القانون التجارة، اعداد الدكتورة زينة ابستاني ،النظم القانونية لسرية المصرفية من المحاضرة الرابعة ص9.

المسؤولية العقدية مجرد وجود عقد بين الطرفين بل لابد من ان يكون هذا العقد (صحيحاً) فإن كان باطلاً أو قابلاً للإبطال فالمسؤولية العقدية لا تتحقق. (١)

وقد ورد تطبيق لهذا الحكم في المادة (119) من القانون المدني المصري على أنه " يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الأخلال بالتزامه بالتعويض إذا لجأ الى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته " ، ففي هذه الحالة، بعد أن يبطل ناقص الأهلية العقد فيكون مسؤولاً مسؤولية تقصيرية عن استعماله للطرق الاحتيالية التي قادت الى التعاقد. و المسؤولية العقدية لا تتحقق الا فيما بين الدائن و المدين الذين يربطهما العقد (٢) فإذا دفع أجنبي أحد المتعاقدين على أن يخل بتعاقداه ، كصاحب مصنع يحرض مستخدماً في مصنع آخر على ترك هذا المصنع قبل انتهاء العقد لأستخدامه في خدمة المصنع الاول ، فتتحقق المسؤولية العقدية فيما بين صاحب المصنع الثاني والمستخدم لارتباطهما بالعقد ولكن لا تتحقق إلا مسؤولية تقصيرية فيما بين صاحب مصنع الثاني وصاحب المصنع الاول لأن هذا لم يربط بعقد الاستخدام . و إذا أمن شخص على مسؤولية مع شركة التأمين فمسؤولية المؤمن له نحو المصاب تكون مسؤولية تقصيرية لأن عقد التأمين لم يكن المصاب طرفاً فيه ، أما مسؤولية شركة التأمين نحو المؤمن له تكون مسؤولية عقدية لارتباطهما بعقد التأمين. أما اشتراط المؤمن له في عقد التأمين لمصلحة المصاب فإن شركة التأمين تكون مسؤولة نحو المصاب مسؤولية عقدية دون أن يكون المصاب طرفاً في عقد التأمين ، ويعد هذا إستثناء من القاعدة التي تقضي بأن المسؤولية العقدية لا تتحقق إلا فيما بين طرفي العقد خلافاً لأحكام الأشتراط لمصلحة الغير .

ومن التطبيقات القضائية ما جاء في قرارات محكمة تمييز اقليم كوردستان :

1- رقم القرار 387/الهيئة المدنية /1997 تأريخ القرار : 1997/12/21

(.. ان الاتفاق المبرم بين المتداعيين (حول نقله من زاخوالى خارج العراق) باطل لمخالفته للقانون وان مقتضى البطلان اعادة الطرفين الى حال التي كانا عليها قبل العقد ويترتب عليه حق المدعي مقاضاة المدعى عليه والشخص الثالث ومطالبتهما بالمبلغ المدفوع من قبله (٣).

3 -رقم القرار 15/الهيئة المدنية /1998 تأريخ القرار : 1998/1/22

(1) د. السنهوري- المصدر المشار اليه سابقا- ص856 الدكتور مصطفى الزلي- نظرية التزام برد غير المستحق، الطبعة

الاولى - شركة الهناء - بغداد ص 126

(2) د عبد الودود يحيى- الموجز النظرية العامة للألتزامات/ القسم الأول مصادر إلتزام -القاهرة-دار النهضة العربية

1987 ص 223

(3) كيلاني سيد احمد، كامل المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز كوردستان - العراق -ص 316

(...الثابت من أوراق الدعوى ان معاملة استبدال السيارتين اداهما بالاخري قد جرت دون ان تسجل في دائرة المرور المختصة لذا تعتبر المعاملة باطلة مقتضى البطلان اعادة الطرفين الى حال التي كانا عليها قبل عقد الاستبدال ويترت عليه اعادة السيارتين كل الى حائزها او مالكها السابق (□) .

المطلب الثاني

الإخلال بالالتزام الناشيء عن العقد

لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية مجرد وجود عقد صحيح بين الطرفين بل لابد من توافر شرط آخر الى جانب الشرط الاول وهو أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن قد وقع بسبب عدم تنفيذ العقد، فإذا كان الضرر قد حدث من عمل لايعتبر عدم تنفيذ للعقد ، فإن المسؤولية العقدية لا تتحقق ، بل تتحقق المسؤولية التقصيرية (□) . مثل ذلك (الهبة بدون عوض) -فإن الواهب لا يضمن خلو الشئ الموهوب من العيب الا إذا تعمد إخفاء العيب أو ضمنه فإن كان الشئ الموهوب معيبا ولم يضمن الواهب العيب ولم يتعمد إخفاءه .وتسبب عن العيب ضرر للموهوب له فإن مسؤولية الواهب تكون مسؤولية تقصيرية ويكون على الموهوب له أن يثبت خطأ في جانب الواهب . أما إذا وقع الضرر بسبب عدم تنفيذ العقد فإن المسؤولية العقدية تتحقق، كما إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع الى المشتري بالرغم من إعداره وهلك المبيع في يد البائع ومن ثم وجب تحديد الإلتزامات التي تنشأ من العقد حتى يعد عدم تنفيذها لتحقيق المسؤولية العقدية وهناك عقود يصعب فيها تحديد هذه الإلتزامات وخاصة العقود التي تشتمل على التزام (بكفالة السلامة) (□) . فعقد نقل الاشياء يتضمن دون شك هذا الإلتزام، ويعتبر الناقل مسؤولا مسؤولية عقدية إذا تلفت الاشياء اثناء نقلها فمثلا : فإن شركة التأمين تلتزم بدفع مبلغ المؤمن به المتفق عليه من الاضرار الناتجة عن الاخطار المؤمن ضده الداخلة ضمن عقود التأمين و مصدر هذا الإلتزام هو المسؤولية العقدية وليس المسؤولية التقصيرية. اما الاضرار الناتجة عن الاهمال والرعونة من قبل شركة النقل لا يجوز المطالبة بها من شركة التأمين بناء على المسؤولية العقدية بل يمكن مطالبتها بناء على المسؤولية التقصيرية .

(1) كيلاني سيد احمد , المصدر السابق- ص 316

(2) - د . حسين عامر- المسؤولية التقصيرية والعقدية- الطبعة الاولى- مطبعة مصر . ص 26

(3) - د . حسن علي الذنون - النظرية العامة للإلتزامات - مصادر الإلتزام 1976 ص 222

والالتزام بالسلامة يختلف مداه من عقد الى آخر (□). ففي بعض العقود يكون الالتزام ببذل العناية كالتزام الطبيب في علاج المريض يكفي فيه أن يثبت الطبيب أنه أخذ الحيطة واليقظة بالقدر المطلوب في عمله حتى يكون قد وفى التزامه ولو لم يشف المريض فلا تتحقق المسؤولية العقدية. وفي عقود أخرى كعقد النقل يكون إلزامياً بتحقيق الغاية فيكفل المدين سلامة الدائن ولا يتخلص من مسؤوليته العقدية إلا إذا أثبت السبب الاجنبي، أما عقد نقل الاشخاص – فالامر فيه ليس واضحاً وضوح عقد نقل الاشياء، ذلك أن الشيء إذا تسلمه الناقل يخضع خضوعاً تاماً لسيطرته إذ ليس له حركة ذاتية أو له هذه الحركة كالحيوون ولكن يمكن ضبطها، أما الشخص الذي يتعهد الناقل بنقله فله حركة ذاتية، لا يخضع لسيطرته

ومن التطبيقات القضائية المتعلقة بهذا المعيار ما جاء بقرار محكمة تمييز أقليم كردستان _ الهيئة المدنية الاستئنافية :

(.. ان هناك عقد مبرم بين المميز منظمة الصحة العالمية لتعمير و توسيع مستشفى الولادة في اربيل وادعى ان المميز عليه اضافة لوظيفته منعه في الاستمرار بالعمل المعهود اليه وفق العقد المشار اليه اعلاه و عارضه في القيام به دون مبرر قانوني او شرعي وقد ادى عمل المميز عليه هذا الحاق اضرار به و قدرت بالمبلغ الوارد في عريضة الدعوى و طلب الزام المميز عليه اضافة لوظيفته بالتعويض عن الاضرار تلك وفق التفصيل الوارد في عريضة الدعوى ولدى ملاحظة العقد المشار اليه انفا تبين انه منظم بين منظمة الصحة العالمية الذي حول فيما بعد الى (CPA) قوات التحالف وان الجهة الاخيرة اصبحت هي صاحبة العلاقة بحكم الظروف التي مرت بالعراق و ان تلك القوة (قوة التحالف) هي التي انتهت العقد وعهدت العمل الى المميز عليه اضافة لوظيفته لاكمالها. و ان المميز عليه بدء بالعمل في توسيع و تعمير مستشفى الولادة في اربيل بعد ان انتهت قوات التحالف العقد المميز. لذا فان المميز عليه لا يكون طرفاً في العقد الذي ارتبط به المميز مع (...) و بعدها قوات التحالف (CPA) و بالتالي لا يمكن مطالبته بالتعويض حيث من يطالب بالتعويض في العقود الملزمة للجانبين هو الطرف الذي اخل بالتزامه بموجب العقد وحيث ان المميز عليه اضافة لوظيفته لم يكن طرفاً في العقد فلا يمكن ان ينسب اليه اهمال او تقصير او خطأ تسبب في الحاق الضرر بالمميز. و بالتالي يكون ادعاء المميز (المدعي) حرياً بالرد و حيث ان الحكم المميز التزم في قضائهموجهة النظر القانونية اعلاه لذا قرر تصديقه ورد الاعتراضات التمييزية و تحميل المميز رسم التمييز و صدر القرار بالاتفاق في (18|5|2008). (□)

وكذلك ما جاء في قرار محكمة تمييز أقليم كردستان _ الهيئة المدنية - منشور

(1) - نقلاً عن د. السنهوري المصدر المشار اليه سابقاً ص 856 الهامش.

(2) - ينظر القرار المرقم 41/الهيئة المدنية الاستئنافية -2008 - التاريخ - 18|5|2008 منشور في المختار من المبادئ القانونية للقرارات التمييزية في محاكم أقليم كردستان - أعداد القاضيان سهروهر علي جعفر وجمال صدراالدين علي - مطبعة كارو سنة 2010 ص44

(... ان المدعي يستحق التعويض بعد ان انذر المدعى عليه بضرورة تسليم المأجور اليه بواسطة كاتب عدل اربيل لانه تأخر عن تنفيذ التزامه بتسليم المأجور الى المدعي الذي نفذ التزامه بموجب العقد المبرم بين الطرفين المتداعيين عملاً باحكام المادتين 168 و 170 من القانون المدني لذا وبناءً على ما تقدم تقرر نقض الحكم المميز واعادة الدعوى الى محكمتها لسير فيها وفق النهج المتقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في 2008/4/30) (١)

واما في الشريعة الاسلامية فإن الفقهاء المسلمين اطلقت تسمية الضمان او التضمين على المسؤولية العقدية ففي معناها العام على الزام الانسان بتعويض مالي عما سببه لغيره من ضرر بسبب اخلاله بالتزام التزم به بارادته من خلال تعاقداته المدنية التي يبرمها ، واذا كانت المسؤولية المدنية عموماً تنهض في القوانين المدنية على اساس الخطأ و كقاعدة عامة الذي يصيب الحق او المصلحة المشروعة بضرر بفعل الانحراف عن السلوك المعتاد بينما يكون الاساس في وجوب الضمان في الفقه الاسلامي هو الضرر الواقع فعلاً بمال المضرور بالمباشرة او التسبب اذ لا ضمان الا حيث يكون الضرر مالياً متقوماً (٢) .

على ان الفقه الاسلامي لم يشترط وقوع الخطأ لضمان الضرر الواقع على المال في حين اوجب الفقه و التشريع الوضعي وجوب الخطأ عموماً الذي سبب الضرر عن تعدد غير مشروع الا ان الضرر الواجب التعويض عنه في الفقه الاسلامي هو الضرر المؤكد الواقع على المال بينما يمكن التعويض عن الضرر طبقاً للقانون الوضعي حتى في حالة الضرر محقق الوقوع ان لم يقع فعلاً . لهذا ففي الفقه الاسلامي لا ضمان على اتلاف المنافع عند من لا يعتبر المنفعة مالا كالحنفية (٣) .

(١) - ينظر القرار الرقم 183/الهيئة المدنية -2008 - التاريخ - 2008/4/30 منشور في الموقع الالكتروني "قاعدة التشريعات العراقية"

(٢) - الدكتور منذر الفضل - الوسيط في شرح القانون المدني - دراسة مقارنة- بين الفقه الاسلامي و القوانين المدنية العربية و الاجنبية معرزة بأراء الفقه و احكام القضاء- ص 285

(٣) - محمد رضا عبد الجبار العاني - نظرية ملك المنفعة و تطبيقاتها في عقد الاعارة - اطروحة دكتوراه- كلية الشريعة- بغداد - 1988- ص 27 و49

المبحث الثاني

نطاق المسؤولية التقصيرية

المسؤولية التقصيرية هي التي تنشأ عن الإخلال بالواجبات التي يفرضها القانون، كضرورة إحترام حقوق الجوار، وكمسؤولية سائق السيارة الذي يقودها دون حياطة فيصيب إنسانا او يتلف مالا، وكاشتراط القانون عدم الإضرار بالغير، وكل من تسبب في وقوع هذا الضرر إلا ويلزم بأداء التعويض للطرف المضرور.

المطلب الاول

تحديد نطاق المسؤولية التقصيرية

في البداية لا بد أن نتعرف على معنى المسؤولية فعند إطلاق هذا المصطلح يقصد به (تحمل الشخص لنتائج و عواقب التقصير الصادر عنه أو عن يتولى رقابته والإشراف عليه) ، أما في القانون المدني ، فتعني المواخلة عن الأخطاء التي تضر بالغير و ذلك بإلزام المخطئ بأداء التعويض للطرف المتضرر وفقاً للطريقة و الحجم الذين يحددهما القانون ، و قد استعمل هذا المصطلح لأول مرة في بداية القرن الثامن عشر ، أما قبل ذلك فكان هناك مصطلح العمل غير المشروع و الضمان .

أما ما يتعلق بنطاق هذه المسؤولية فلا يكفينا في هذا الصدد أن نقرر أنه في كل الحالات التي لا تتوافر فيها شروط المسؤولية العقدية لا يبقى أمام المتضرر إلا الرجوع عن طريق المسؤولية التقصيرية. () إن هذا المعيار صحيح في جميع الحالات التي لا تكون بين من أحدث الضرر وبين المتضرر رابطة عقدية لكن الأمر لا يعرض دائماً بمثل هذه البساطة في حالة ما إذا كان هناك بين الخصمين رابطة عقدية لاشائبة فيها ، إذ قد يتفق الطرفان على استبعاد تطبيق قواعد هذه المسؤولية . وهنا نجد انفسنا أمام مسألة أخطر و أدق من مواضيع المسؤولية المدنية كلها وهي مسألة (الخيرة بين المسؤوليتين) () التي سنبينها لاحقاً . لذا كان من الأفضل تحديد نطاق المسؤولية التقصيرية في جميع الحالات التي ينصب فيها الإخلال على التزام لم تكن الإرادة مصدراً له . إذ المعروف إنه وإن كان المشرع العراقي – وكثير من قوانين البلاد العربية الأخرى قد جعلت للالتزام خمسة مصادر: (العقد ، الإرادة ، المنفردة ، العمل غير المشروع الكسب دون سبب ، النص القانوني) إلا أننا نستطيع تصنيف هذه المصادر الخمسة في مجموعتين وهما :

1 - التصرف (العمل القانوني) ويشمل كلا من العقد والإرادة المنفردة.

(1) - د. حسين عامر - المصدر المشار إليه سابقاً . ص 26

(2) - د. حسن علي الذنون - المصدر المشار إليه سابقاً ص 130

2- الواقعة القانونية – وتشمل المصادر الثلاثة الأخرى العمل غير المشروع – والكسب دون سبب ، ونص القانون ويلاحظ أن الالتزام الناشئ عن التصرف القانوني التزام إرادي فهو التزام ناشئ عن إرادة واحدة كانت أم أكثر . وإن الالتزام الناشئ عن الواقعة القانونية التزام لم تخلقه الإرادة فهو التزام غير إرادي فليس للإرادة أثر كبير في إنشاء هذا الالتزام وقد بينا في المبحث الأول بأن المسؤولية العقدية تنحصر في نطاق الإخلال بالالتزامات الإرادية أي أننا قصرنا المسؤولية العقدية على الالتزامات الناشئة عن العقد وعن الإرادة المنفردة ومن هنا نستطيع القول بأن نطاق المسؤولية التقصيرية يشمل الالتزامات الناشئة عن المصادر الثلاثة الأخرى غير العقد والإرادة المنفردة . فكل إخلال بهذه الالتزامات يؤدي إلى قيام هذه المسؤولية .

أن نطاق المسؤولية التقصيرية يشمل (العمل غير المشروع) أمر بديهي لا جدال فيه ، فهذا هو التنظيم التشريعي الصريح للمسؤولية المدنية. وأما نطاق المسؤولية التقصيرية يشمل (الكسب دون سبب) والالتزام الناشئ عن (نص القانون مباشرة) فذلك أمر يقتضيه تحديد نطاق المسؤولية التقصيرية ذلك أن مفهوم المخالفة يسوقنا حتما إلى اعتبار الإخلال بالالتزام الناشئ عن الكسب دون سبب أو عن نص القانون سببا لقيام المسؤولية التقصيرية مادامت شروط المسؤولية العقدية غير متوافرة في هذا ولا في ذلك، بل إن الكسب دون سبب لا يعدو أن يكون في حقيقة الأمر والواقع إلا صورة من صور العمل غير المشروع () ومن هنا نجد أن بعض التشريعات الحديثة ، ومن بينها القانون المدني لجمهورية ألمانيا الديمقراطية الصادر في (19 حزيران 1975) عالجت الكسب دون سبب مع المسؤولية المدنية في باب واحد والمسألة بعد ما تقدم واضحة ، فما علينا إذا ما اردنا معرفة طبيعة المسؤولية فيما إذا كانت عقدية أم تقصيرية إلا أن نبحث عما إذا كان بين الخصمين (المدعي المتضرر ، والمدعى عليه) عقد صحيح ثم نبحث بعد هذا مضمون هذا العقد لنتأكد مما إذا كان الإخلال قد انصب على الالتزام ناشئ عنه أم إنه وقع على ذلك الالتزام القانوني العام وهو عدم الأضرار بالغير إضراراً غير مشروع وعلى هذه الإجابة يتوقف تحديد طبيعة المسؤولية. والشروط الأخرى الضرر فإن لم يتوافر هذان الشرطان كنا في صدد مسؤولية تقصيرية.

وعلى هذا فإننا نكون في صدد مسؤولية تقصيرية مادام العقد الذي يجري التفاوض عليه بين الطرفين لم يتم أبرامه بعد.. فمسؤولية المستأجر بعد إنتهاء عقد الإيجار وعدم قيامه بتخليئة المأجور وبقائها تحت حيازته يعد غصباً لعين المؤجرة فتحول يده من يد الامان إلى يد الضامن إذا لحق بالعين المؤجرة ضرر سواء بنفسه أو بسبب خارج عن إرادته و فعله وتقصيره فتكون مسؤولاً و ضامناً للضرر لأن اساس هذا الالتزام هو المسؤولية التقصيرية وليس المسؤولية العقدية مادام مدة عقد الإيجار قد إنتهت.

ومن التطبيقات القضائية المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية :

1 - ماجاء في قرار محكمة تميز اقليم كردستان :

(1) - مصطفى مرعي- المسؤولية التقصيرية في القانون المصري- طبعة الاولى- مطبعة نوري القاهرة 1936 ص 20

(..لان مسؤولية المميز (المدعي عليه) التقصيرية قد ثبت بحكم قضائي اكتسب درجة البتات.فيكون من حق المميز عليه -المدعي -المطالبة بالتعويض عن الاضرار التي اصابته نتيجة فعل المميز استنادا لحكم المادة (205) من القانون المدني وحيث ان محكمة الموضوع استعانت بخبير قضائي لتقدير التعويض المستحق وان تقريره جاء معللا ومفصلا مما يصح معه اتخاذه سببا للحكم عملا باحكام المادة (140) من قانون الاثبات لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الاعتراضات التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدور القرار بالاتفاق في (8|7|2007)) (□)

2- ماجاء في قرار محكمة تمييز اقليم كردستان _ الهيئة المدنية الاولى :

(..ان عدم توفر الركن الجزائي في الحادث الذي ادى الى وفاة مورث المميز عليهم لايعني سقوط الحق المدني بطلب التعويض وان التقرير المروي الذي اشارت اليه وكالة المميز في لائحته التمييزية بخصوص انفجار الاسطوانة الهوائية للسيارة (البريك) العائدة لموكلها فهذا التقرير على فرض صحته لا ينفي مسؤولية المميز الذي كان عليه تفحص السيارة المسببة للحادث لتأمين خروجها على الطرق الخارجية وان اوراق الدعوى لا تشير الى هذا الامر اذ ان السيارات التي هي من نوع السيارة المسببة للحادث يتعين خضوعها للفحص قبل خروجها للطرق الخارجية و التاكيد من مدى سلامة كافة الاجهزة الخاصة بها و تبديل ما هو معرض للتلف او العطل وغير ذلك من الامور وعليه فان التمسك بما اورده وكالة المميز بهذا الخصوص لايعفي المميز.كما وان المميز عليهم دفعوا الرسم على ضوء تقدير الخبير للتعويض الذي يستحقونه وتم تحميل المميز المصاريف واتعاب المحاماة على ضوء ذلك ولم يخسر المميز عليهم شيئا حتى يحكم عليهم بالمصاريف.وعليه وحيث ان محكمة البداية التزمت وجهة النظر القانونية الصحيحة في حكمها المميز قرر تصديقه ورد الاعتراضات التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدور القرار بالاتفاق في (30|7|2007). (□)

3- قرار محكمة تمييز اقليم كردستان العدد 18/مدنية ثانية /2012

تبين من وقائع الدعوى ثبوت مايلي :1-كسر انبوب مياه دار المدعى عليه 2-تضرر الشارع ،وترى هذه الهيئة ان جنوح المحكمة الى اعتبار المدعي عاجزا عن اثبات العلاقة السببية ين تضرر الشارع وكسر انبوب مياه دار المدعى عليه ومنحه حق تحليف المدعى عليه اتجاه غير صحيح لان مجرد ملكية

(¹) أنظرالقرارالمرقم 313/الهيئة المدنية الاولى|2007 -التاريخ - 2007/7/8 -منشور في المختار من المبادئ القانونية للمقرارات التمييزية في محاكم اقليم كردستان - أعداد القاضيان سهروهرعلي جعفر وجمال صدرالدين علي مطبعة كارو سنة 2010 ص12 .

(2) أنظرالقرارالمرقم 391/الهيئة المدنية الاولى|2007 -التاريخ - 2007/7/30 - منشور في المختار من المبادئ القانونية للمقرارات التمييزية في محاكم اقليم كردستان - أعداد القاضيان سهروهرعلي جعفر وجمال صدرالدين علي -مطبعة كارو سنة 201 ص22 .

الجمادات التي تنشأ عنها الضرر غير كاف وحده لترتيب المسؤولية إذ لا يمكن تحميل المالك نتيجة حلبة قد تكون عرضية جعت الشئ المملوك يحدث ضرا ، أنما يكون المالك مسؤولا عن الضرر الذي وقع نتيجة خطأ منه وعليه فإن الضرر الذي ينشأ من كسر انابيب المياه وتركها تتسرب للشارع والمنازل المجاورة مدة من الزمن يدعو لمسؤولية مالكيها لانه ملزم بمباشرتها وصيانتها ومنع حصول الضرر .والهمال في ملاحظتها يعد خطأ قانونيا يسأل عنه صاحبه وبناء على المفهوم المتقدم كان على المحكمة الاستعانة بخبير ملم او بخبراء ملمين ليبينوا عما اذا كان الضرر المدعى به نشأ من كسر أنبوب مياه دار المدعى عليه وتركها تتسرب الى الشارع اهمالا وخطأ من المالك أم كان لسبب آخر ثم إصدار القرار القانوني المناسب وفقا للنتيجة التي تظهر لها لذا قرر نقض الحكم المميز وإعادة الدعوى الى محكمتها للسير فيها وفق ماتقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاكثرية في 2012/1/5 (١).

4- قرار الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية المرقم 153 في 2007/3/26

(.. الا ان الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية ترى ان التنازل عن الشكوى يستتبع المشتكى عن حقه الجزائي ولا يستتبع تنازله عن الحق المدني مالم يصرح بذلك استنادا لاحكام المادة (9) من قانون اصقل المحاكمات الجزائية وحيق ان المدعي (المميز) لم يصرح بتنازله عن حقه المدني او عن حقه بالتعويض لاوراق التحقيقية المربوطة بالدعوى لذا فان من حقه المطالبة بالتعويض على من سبب له الضرر عليه قرر نقض الحكم المميز واعادة الدعوى بمحكمتها لاتباع ماتقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالتفاق في 2007/3/26 م (٢).

5- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 373 في 2008/4/21

لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر في الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون للاسباب والحيثيات التي استند عليها ولانه جاء اتباعا لقرار النقض الصادر عن هذه المحكمة بعدد 970/استئنافية منقول 2007/ وتاريخ 2007/11/21 ولان مسؤولية المدعى عليه التقصيرية ثابته بموجب اضبارة محكمة جنح الشطرة المرقمة 62/ج/2006 وفيما يتعلق بالتعويض اعتمدت المحكمة على تقرير الخبراء الذي جاء واضحا ويصلح ان يكون سببا للحكم وفق مقتضيات أحكام المادة 140 من قانون

(1) رسالة القضاء العدد (1) لسنة 2013 صحيفة 29

(2) المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية لسنة 2006/2007/2008 أعداد المحامي علاء صبري التميمي الطبعة الثانية 2009

الاثبات عليه لما تقدم يكون الحكم المميز قد جاء صحيحا قرر تصديقه ورد لائحة الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في 2008/4/21 م (1).

6- القرار المرقم 324 في 2008 /6/11 / محكمة التمييز الاتحادية- منشور

لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي واقع ضمن الدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى النظر في الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون للاسباب والحيثيات التي استند اليها حيث ثبت من وقائع الدعوى والتحقيقات التي اجرتها المحكمة مسؤولية المميز (المدعى عليه) تقصيرية لعدم اتخاذها الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر وفق ما نصت عليه المادة 231 من القانون المدني وذلك لعدم ركب السلك الكهربائي (خط الطوارئ) العابر فوق سكة الحديد الامر الذي ادى الى ارتطامه بالعربة السياحية وسقوطه مما ادى الى اصابة المدعي بالصعق الكهربائي وبتر ساعده الايسر وقد اسبغانت المحكمة بالخبراء لتقدير التعويض المناسب لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في 2008/6/11 م (2)

والمسؤولية التقصيرية شرعا هي تنشأ بسبب مخالفة التزام شرعي وهو مبدأ احترام حقوق الانسان وهناك تعريف عديدة لها عند الفقهاء حيث عرفها الشوكاني بأنها عبارة عن غرامة التالف (3) فقد قرر الفقه الإسلامي مبدأ الضمان وهو الالتزام بالتعويض المالي عن الضرر الذي أصاب الغير في نفسه أو في ماله، وبذلك نشأت فكرة التضمين، وهو ما يسمى اليوم بالمسؤولية المدنية في القوانين الوضعية المعاصرة على أساس العدالة، وانطلاقا من قوله عز وجل: " وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به" (4) وقوله عز وجل: " وجزاء سيئة مثلها، فمن عفا وأصلح فأجره على الله إنه لا يجب الظالمين" (5) وقوله عليه السلام: " لا ضرر ولا ضرار." (6) ومن هنا نظمت الشريعة الإسلامية الضمان لصيانة أموال الناس وحفظ حقوقهم كما أنها فرقته الجرائم التي تقع على النفس والجرائم التي تقع على المال.

و الفقه الاسلامي لا يرفع المسؤولية عن الفاعل للضرر حتى وان كان عديم التمييز او مجنون او من هو في حكمهم وعليه ضمان الضرر من ماله ان كان له مال حتى وان لم يكن معتديا وهو اتجاه جمهور

(1) المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية لسنة 2006/2007/2008 أعداد المحامي علاء صبري التميمي الطبعة الثانية 2009 ص 94

(2) المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية لسنة 2006/2007/2008 أعداد المحامي علاء صبري التميمي الطبعة الثانية 2009 ص 94

(3) نيل الاوطار شرح منقلى الاخبار من احاديث سيد الاخبار -للامام محمد بن علي بي محمد الشوكاني ، دار الفكر- بيروت 1973م-جزء الخامس-ص 299

(4) سورة النحل - لاية 126

(5) سورة الشورى - الاية 40

(6) سنن ابن ماجه- الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه - دار الجيل - بيروت 1999 - المجلد الرابع صحيفة 27 -رقم الحديث 2341

الفقهاء حتى جاء في قول بعض الفقهاء لظاهر هذا الحكم (ان الوليد لو انقلب حال ولادته على شيء فأنتلفه لزمه الضمان من ماله)

المطلب الثاني

الخيرة بين المسؤولية العقدية و التقصيرية

تعرض هذه الفكرة في حالة ما إذا وقع فعل واحد ضار هو إخلال بالالتزام تعاقدى وفي الوقت نفسه إخلال بالالتزام قانوني عام فتتحقق فيه شروط كل من المسؤوليةين⁽¹⁾. ولا تعني هذه الفكرة بإمكانية المطالبة بالتعويض على اساس المسؤولية العقدية ثم المطالبة به مرة أخرى على أساس المسؤولية التقصيرية فهذا ما لم يقل به أحد من الفقهاء. ولكن هل يتصور الجمع بين المسؤوليةين بمعنى أن نترك للمتضرر أن يختار الأصلح له من قواعد كل المسؤوليةين فينتفع مثلا بما تهيئه له المسؤولية العقدية من سهولة الإثبات ويلجأ في الوقت نفسه الى قواعد المسؤولية التقصيرية ليصل الى الحكم بالتضامن على مدينه والى الخلاص من شروط الإعدار والى نيل التعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع. يرفض الفقهاء هذا الأمر لما يجره من الفوضى في قواعد كل من المسؤوليةين ، وهي قواعد حددها المشرع بنصوص أفردتها لكل نوع منها. تبقى بعد هذا(الخيرة بين المسؤوليةين) أي يتمسك بالمسؤولية التي يراها أصلح له أو أن تفتح أمامه دعوى المسؤولية التقصيرية إذا سدت في وجهه دعوى المسؤولية العقدية لوجود اتفاق صحيح بالأعضاء من هذه المسؤولية. وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة الى فريقين. علما أن هناك خطأ بمعناه المدني (المسؤولية التقصيرية) و خطأ بمعناه الجزائي (مخالفة النص في قانون العقوبات أو أي قانون جزائي آخر) حيث في حالة الخطأ الأخير يجوز للمتضرر أن يراجع المحاكم المدنية بواسطة رفع دعوى مدنية للمطالبة بالتعويض عن الاضرار الناتجة

(1) - د سليمان مرقص- بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية - مطبعة مصر- القاهرة 1987 ص52.

عن الخطأ، وأمامه أيضا مراجعة المحاكم الجزائية بواسطة دعوى مدنية تابعة لدعوى الجزائية أي أن يطلب في الدعوى الجزائية التعويض عن الضرر الناتج من الجريمة بمفهومها الشامل و تكون الطريقة الثانية أسهل و أسرع له من الطريقة الاولى لأنها لا تنتقيد بسقوف الزمنية والتقدم والاعذار ولا تحتاج الى دفع الرسم القضائي عنها وهي طريقة سريعة جدا لنيل الحقوق المدنية.

ولكن في كلتا الحالتين يجب إثبات توافر الشروط الثلاثة الآتية :

1-وجود الخطأ. 2-إلحاق الضرر. 3-العلاقة السببية بين الخطأ والضرر(□)

وكما قلنا فقد اختلف الفقهاء في مسألة الخيرة بين المؤوليتين الى فريقين.

الفريق الاول:- يرى جواز الخيرة (□) بين المؤولية العقدية والمؤولية التقصيرية ويدلل على رأيه بالحجج التالية:

1- أن وجود الانسان في المجتمع يفرض عليه واجبات إن لم يقضها كان مخطئاً فإذا ارتبط الانسان بعقد فإن واجبه كعاقده يضاف الى واجبه كإنسان ويكون عليه نوعان من الواجبات فإذا اتفق طرفا العقد على دفع مؤولية احدهما إذا خالف العقد في ناحية من نواحيه فان هذا الاتفاق لايتناول الا واجبات التعاقدية اما الواجبات المفروضة على الانسان كفرد في المجتمع فلا يسلمها الاعفاء و من ثم يسأل عنها الانسان مؤولية تقصيرية.

2- أن قواعد المؤولية التقصيرية من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها او استبعادها.

7- أكثر ماتكون الشروط المانعة من المؤولية العقدية في عقود الأذعان وهي عقود يتغلب فيها متعاقد على اخر تغلبا جعل الفقه والفقهاء يغض من قيمة هذه العقود ومن شروطها وخاصة التعسفية منها .

الفريق الثاني : - ويمثله غالبية الفقه حيث يرفضون فكرة جواز الخيرة أو الجمع بين المؤوليتين ويردون على الرأي الاول بقولهم:

1- لا يعتبر الواجب القانوني العام بعد الاضرار بالغير التزاما بالمعنى القانوني اذ لا يوجد الالتزام الاعند الاضرار بالغير. فنستطيع القول انه قبل التعاقد لاتربط المتعاقدين الا قواعد المؤولية التقصيرية . فهذه المؤولية بالنسبة للمتعاقدين مؤولية احتياطية لاتوجد مالم يكن هناك تنظيم تعاقدى بينهما

(1) - د مصطفى مرعي - المصدر المشار اليه سابقا ص 22 وبعدها د . محمد كامل مرسي - المصدر المشار اليه سابقا ص 43 .

(2) - د . سامي النصراوي- دراسة في اصول المحاكم الجزائية- مطبعة دار السلام-بغداد- ج 1 ص 43

2- إذا سلمنا بان قواعد المسؤولية التقصيرية من النظام العام - وهي كذلك بالفعل - فان هذا يعني عدم جواز التلاعب في نطاقها ، وأن نطاق المسؤولية التقصيرية ينحصر في الاخلال بالالتزام سلبى وهو عدم الاضرار بالغير اضرار غير مشروع. والقول بان قواعد المسؤولية التقصيرية تشمل حالات المسؤولية التعاقدية يتنافى مع ماسبق لأنه يؤدي الى توسع دائرة المسؤولية التقصيرية لتشمل الالتزامات الايجابية كما تشمل الالتزامات السلبية. ()

3- أن القول بجواز الجمع أو الخيرة بين المسؤولية هدم للعقد ومبدأ سلطان الارادة، والا فماذا يبقى للعقد إذا أمكن الالتجاء للمسؤولية التقصيرية؟ وماهي قيمة النصوص القانونية التي تجيز اتفاقات الاعضاء من المسؤولية العقدية إذا فتحنا على المتعاقد باب الخيرة بين المسؤوليتين؟ لقد قال الفقيه الفرنسي (بران) بحق أن نظرية الخيرة بين المسؤوليتين عنصر من عناصر الفوضى يجب رفضه دون تردد. () .

المبحث الثالث

أوجه الشبه والاختلاف بين المسؤولية العقدية والتقصيرية

إن التقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية بالرغم مما وجه اليه من نقد من دعاة وحدة الخطأ ووحدة المسؤولية لا يزال هو التقسيم الاساسى الذي يقرره معظم الفقهاء وتسير عليه أحكام القضاء. وعلى الرغم من مناصرة فريق من الفقهاء لوحدة المسؤولية المدنية، إلا أن معظم التشريعات المعاصرة أخذت بازدواجية المسؤولية، فجعلت من

(1) - د عبد الودود يحيى - المصدر المشار اليه سابقا - ص 225

(2) - نقلا عن د. حسن علي ذنون - النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام - ص 225

المسؤولية التقصيرية مصدرا للالتزام، واعتبرت المسؤولية العقدية أثرا من آثار العقد الذي تم الإخلال به

المطلب الاول

اولا : اوجه الشبه بين المسؤوليةين

لكي تتجلى مفهوم كلتا المسؤوليةين من المستحسن ان نلقي الضوء على اوجه التشابه بينهما من عدة نواحي ولو بشكل عابر و موجز:

1- من حيث الاركان: تتوفر ركن الخطأ والضرر وكذلك ركن العلاقة السببية بين الاخلال بالالتزام (الخطأ) والضرر في كلتا المسؤوليةين .

2- من حيث التعويض : يترتب على الاخلال بالالتزام في كلتا المسؤوليةين التعويض عن الاضرار التي ألحقت بالضرور رغم اختلاف نوع الضرر (المباشر وغير المباشر) .

3- من حيث التقادم: ان دعوى التعويض في كلتا المسؤوليةين تتقادم بمرور مدة من الوقت رغم اختلاف مدة تقادم كل واحد منهما .

4- من حيث الاثبات : في كلتا المسؤوليتين لابد ان يثبت الضرور انه الحق به الضرر وكما ان عبء الاثبات يقع على عاتق المدين في الالتزام الايجابي (القيام بالعمل) ويقع عبء الاثبات على الدائن في الالتزام السلبي (الامتناع عن العمل) .

5- من حيث الاعذار: فالمسؤولية العقدية تشبه المسؤولية التقصيرية من حيث الاعذار في الحالات التي لا تحتاج الى الاعذار كما جاءت في المادة (258 و 259) من قانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) .

6- من حيث الاعفاء: يقع باطلا كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل الغير المشروع ونفس الحكم في الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية في حالة وجود الغش و سوء النية .

ثانيا : الاختلاف بين المسؤوليتين

فالاختلاف بين المسؤوليتين لا يقتصر على اختلاف نطاق كل منها ولكنه يتجاوز الى فروق جسيمة في القواعد وفي التنظيم نلخصها فيما يلي :-

1- من حيث التعويض () :- في المسؤولية العقدية إن المتعاقد المسؤول يسأل عن تعويض الضرر المباشر المتوقع الحصول وانه لايسال عن تعويض الضرر المباشر غير المتوقع الا اذا صدر عنه غش أو خطأ حسيماً () .

أما في المسؤولية التقصيرية – فان المدين يسأل عن تعويض الضرر المباشر متوقعا كان ام غير متوقع بصرف النظر عن درجة الخطأ الصادر منه او عن جسامته .

(1) - د . حسن علي ذنون - المصدر المشار اليه - ص 217

(2) - انظر المادة (169) الفقرة الثالثة من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951

2- من حيث الاعذار :- لا محل للاعذار في المسؤولية التقصيرية لانه طبيعة الامور تقتضي ذلك ، أما في المسؤولية التعاقدية فالاعذار كقاعدة عامة واجب لمسألة المدين عن التعويض (□) الا اذا اتفقا المتعاقدان على خلاف ذلك وهذا يجب توفر شرط عدم الاعذار في العقد في حالة اخلال احد المتعاقدين.

3- من حيث التضامن : اذا تعدد المسؤولون في المسؤولية التقصيرية التزموا بالتعويض على سبيل التضامن ، أما في المسؤولية التعاقدية فالقاعدة انه لاتضامن بين المدينين الا اذا نص القانون او جرى الاتفاق على ذلك لان التضامن لا يفترض. (□)

4- من حيث الأهلية : لاعتبار الشخص مسؤولاً في المسؤولية التعاقدية يجب أن يكون متمتعاً بالأهلية الكاملة، أي بلوغ سن الرشد. أما في المسؤولية التقصيرية، فإنه يكفي بلوغ سن التمييز الذي يدرك فيه الضار من النافع (□).

وذلك لان مبنى المسؤولية العقدية هو الاخلال بالالتزام الناشئ عن عقد توافر اركان صحته ومنها الاهلية. علما ان في الفقه الاسلامي و القوانين المتأثرة به لا تشترط الا اهلية الوجوب الكاملة فيسأل عديم التمييز عن طريق وليه عن الاضرار التي يلحقها بالغير.

5- من حيث الاعفاء من المسؤولية : فهي جائزة في المسؤولية العقدية الا اذا صدر عن المدين غش او خطأ جسيم ، أما في المسؤولية التقصيرية فتبطل هذه الاتفاقات (□).

6- من حيث التقادم : فدعوى التعويض عن المسؤولية التقصيرية تسقط بمضى ثلاثة سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بوقوع الضرر و بالشخص الذي احدثه وهي تسقط على كل حال بمضى (15 سنة) من يوم وقوع العمل الضار أما المسؤولية العقدية فهي تتقادم بمضى (15 سنة). (□)

7- من حيث الاثبات : يقال عادة أن عبء الاثبات في المسؤولية العقدية ايسر من عبء اثبات في المسؤولية التقصيرية، ففي الاولى لا يلتزم الدائن عادة الا باثبات العقد ، وعدم تنفيذ المدين فتفترض القانون بعد ذلك ان المدين مخطيء ومسؤل ، أما في المسؤولية التقصيرية فان على الدائن أن يثبت الى

(1) - عبد الحي حجازي موجز النظرية العامة للالتزامات-المصادر غير الارادية - طبعة 1963 ص5 بند 6و5

(2) - أحمد أبو شيت-نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد- الكتاب الاول-مصادر الالتزام ط2 مطبعة مصر 1954 ص10

(3) - محمود جمال الدين زكي-مشكلات المسؤولية المدنية-ج1 مطبعة جامعة القاهرة ص1978

(4) - محمد كامل مرسي-المصدر المشار اليه سابقا ص36.

(5) - د. حسين عامر - المصدر المشار اليه سابقا ص 849

جانب الضرر الذي لحقه ، الخطأ الذي ارتكبه المسؤول أي أن يثبت ان المدين قد خرق التزامه القانوني العام بعد الاضرار بالغير اضرار غير مشروع . () مع اثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

هذا ملخص بالفروق بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية وبالرغم من كل هذه الفروق هناك فريقا من الفقهاء يذهبون الى (وحدة المسؤولية) وهم يقولون بأنه لافرق في طبيعة المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، فكلاهما جزاء لالتزام سابق فالمسؤولية العقدية جزاء الالتزام عقدي لم يقم به الملتزم، والمسؤولية التقصيرية جزاء لالتزام قانوني اخل به المسؤول، والمدين في الحالتين تحققت مسؤوليته لسبب واحد هو اخلاله بهذا الالتزام العقدي والقانوني. فالمسؤوليتان اذن تتحدان في السبب وفي النتيجة فتكون طبيعتهما واحدة ولا محل للتفريق بينهما ().

اما ما استظهره انصار ازدواج المسؤولية من فروق بين المسؤوليتين، فهي فروق ظاهرية لا تثبت عند التعمق في النظر ويستعرضون هذه الفروق على النحو الاتي :

1 - من حيث الاهلية : ليس صحيحا ان يقال ان اهلية الرشد تشترط في المسؤولية العقدية وتكفي اهلية التمييز للمسؤولية التقصيرية.

والصحيح أن الاهلية في كلتا المسؤوليتين انما هي اهلية أبرام العقد. فلو أبرم العقد صحيحا وزالت اهلية المتعاقد بقي ملزما بالعقد وبقيت مسؤوليته قائمة، ولا يتخلصه من هذه المسؤولية الا القوة القاهرة او نحوها. أما في المسؤولية التقصيرية لا محل للكلام عن الاهلية وليس صحيحا ان يقال بان اهلية التمييز واجبة في هذه المسؤولية والصحيح ان المسؤولية يشترط لتحققها ان يرتكب المسؤول خطأ ونسبة الخطأ الى المسؤول تقتضي ان يكون مميزا فالتمييز اذن هو شرط لتحقيق المسؤولية ().

2 - من حيث الاثبات: فان الأثبات لا يختلف باختلاف نوع المسؤولية وانما يختلف باختلاف نوع الالتزام ففي الالتزام بعمل يقع عبء الاثبات على المدين الذي يلتزم بان يثبت بانه قام بهذا العمل حتى يتخلص من المسؤولية وفي الالتزام السلبي (الامتناع عن العمل) يقع عبء الاثبات على الدائن الذي يلتزم بان يثبت ان المدين قد اخل بالتزامه ، ولا فرق في هذا بين كون المسؤولية عقدية ام تقصيرية.

3 - من حيث الاعذار: ليس صحيحا ان الاعذار يشترط في المسؤولية العقدية دون المسؤولية التقصيرية فالاعذار لا يشترط في الالتزامات السلبية اذا اخل بها المدين سواء كانت عقدية ام تقصيرية. ولما كان الالتزام في المسؤولية التقصيرية هو دائما التزام سلبي لذلك لا يشترط الاعذار وهو ايضا

(1) - د. حسين عامر - المصدر المشار اليه سابقا ص 31، د. حسن الخطيب رسالة دكتوراه - نطاق المسؤولية المدنية والتقصيرية و

التعاقدية في الحق العام - ص 222

(2) - عبد الودود يحيى - المصدر المشار اليه سابقا ص 223.

(3) - د. السنهوري - المصدر المشار اليه سابقا - ص 150 د. حسن علي الذنون ص 218.

- لا يشترط في المسؤولية العقدية اذا كان الالتزام العقدي التزاما سلبيا كما هو معروف فالعبرة هنا بما اذا كان الالتزام ايجابيا ام سلبيا لا بما اذا كانت المسؤولية عقدية ام تقصيرية.
- 4- من حيث التعويض: والسبب في ان التعويض في المسؤولية العقدية لا يتناول الضرر غير المتوقع ولو كان مباشرا ان هذا الضرر يدخل في حساب المتعاقدين لانها لم يكونا يتوقعانه.
- 5- من حيث التضامن: أن التضامن يثبت بمقتضى القانون في المسؤولية التقصيرية وان الخطا هو السبب في الضرر فاذا ارتكب الخطأ اثنان فكان خطأ كل منهما هو السبب في الضرر فوجب عليه التعويض كاملا و من ثم قام التضامن.
- 6- من حيث الاعفاء من المسؤولية: والسبب في هذا أن الاعفاء لا يجوز في المسؤولية التقصيرية لان القانون هو الذي قرر احكام هذه المسؤولية فهي من النظام العام.
- 7- من حيث التقادم: واذا كانت المسؤولية التقصيرية تتقادم بـ (3) سنوات في بعض الاحوال فهذا امر لا يرجع الى طبيعة المسؤولية بل ان المشرع قرر ذلك لحكمة ارتناها هو، وقد لا يرتئها مشرع اخر.

المطلب الثاني

وجوب التمييز بين المسؤوليتين ()

ان المسؤوليتين تقومان على مبدأ واحد فكلتاهما جزاء للإخلال بالالتزام سابق ولا فرق بينهما حسب ما أرى لامن حيث الاهلية ولا من حيث الاثبات ولا من حيث الاعذار وقد استطاع انصار وحدة المسؤولية ان يثبتوا ذلك ، فالاهلية لا تكون الا في العقد ولا محل للكلام فيها لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية وعبء الاثبات وضرورة الاعذار العبرة فيها لا بأن المسؤولية عقدية او تقصيرية بل بان الالتزام السابق ايجابي او سلبى . ولكن الى هنا تتفق المسؤوليتان وهما تختلفان بعد ذلك ، تختلفان في ان الالتزام السابق الذي ترتب على الاخلال به تحقق المسؤولية هو التزام عقدي في

(1) -د. عبدالودود يحيى- المصدر المشار اليه ص226، د. مصطفى مرعي - المصدر المشار اليه سابقا ص25 حسن علي خطيب- المصدر المشار اليه سابقا ص225، محمود جمال الدين - المصدر المشار اليه سابقا ص12.

المسؤولية العقدية وهو التزام قانوني في المسؤولية التقصيرية وهذا الاختلاف تترتب عليه فروق جوهرية لافروق عرضية.

ففي المسؤولية العقدية الدائن والمدين هما اللذان انشأ هذا الالتزام السابق بإرادتيهما وحددا مداه ومن ثم رسما مدى التعويض عن الضرر فلم يدخل في حسابهما الضرر غير المتوقع ولم تنصرف ارادتهما الى التعويض عنه ومن ثم كانت ارادة المتعاقدين اذا تعدد المدين هي التي تحدد مدى اشتراك كل مدين في المسؤولية⁽¹⁾.

والاصل لا تضامن بين المدينين فإذا أريد التضامن من وجب أن تتجه ارادة المتعاقدين الى اشتراطه ثم جازللمتعاقدين وهما اللذان بإرادتهما حددا مدى الالتزام وأن يتراضيا على الاعفاء منه في حالات معينة ومن ثم لا يتقادم الالتزام وهما اللذان ارتضاه الالمدة طويلة وهي خمسة عشر سنة.

وكذلك في المسؤولية التقصيرية فان الالتزام الذي تترتب على الاخلال به هو التزام قانوني أي التزام القانون وهو الذي انشأ وحدد مداه ولم تتدخل ارادة الطرفين في شيء من ذلك ومن ثم وجب التعويض عن كل الضرر سواء توقعه الطرفان ام لم يتوقعاه مادام مباشرة لان هذا هو الاصل في التعويض ولم تتدخل ارادة الطرفين لتوقي التعويض عن الضرر غير المتوقع ومن ثم اذا اشترك اكثر من واحد في احداث الضرر كان كل منهما متسببا فيه ووجب عليه التعويض كاملا.

ومن هنا قام التضامن ، ومن ثم لا يجوز للطرفين ان يتراضيا على الاعفاء من المسؤولية التقصيرية فان التزام الذي اخل به الدائن هو التزام فرضه القانون ولادخل لارادة الطرفين فيه فالقانون هو الذي يعفي منه في الحالات التي ينص عليها. ومن ثم رأى المشرع في المسؤولية العقدية أنه لا التزام مفروض على المدين دون ان يرتضيه .

اذن تواجد فروق جوهرية بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ترجع الى طبيعة كل من المسؤوليتين ، فالمسؤولية العقدية جزاء لاخلال بالالتزام عقدي و الطبيعة العقدية لهذا الالتزام هي التي أملت الحلول العلمية التي تتفق معها. والمسؤولية التقصيرية جزاء للاخلال بالالتزام قانوني ، وطبيعة هذا الالتزام هي التي أملت الحلول العلمية التي تلتزمها والتي تخالف الحلول العلمية الاولى ، أذن فلا بد من التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية لان التمييز بينهما تتطلبه طبيعة كل منهما وتترتب عليه فروق جوهرية فيما بينهما و التي ذكرتها فيما تقدم. وهذه هي النتيجة المتوخاة التي باحثنا من أجلها من خلال الدراسة المبتغية في هذا البحث المتواضع.

(1) - انور سلطان - النظرية العامة للالتزامات - الجزء الاول - مصادر الالتزام دار المعارف - مصر 1964 بند 407 وما بعده.

الخاتمة

من خلال بحثي الذي تناولت فيه المسؤولية المدنية بنوعها العقدية والتقصيرية توصلت الى جملة نتائج :

1- لا يكفي ان يرتبط الطرفان بعقد من العقود لتكون المسؤولية التي يمكن ان تقع على أحدهما قبل الاخر مسؤولية عقدية دائما وانما يحصل غير ذلك بأن يكون الضرر المسبب للمسؤولية ناشئا عن اخلال بالالتزام من الالتزامات التي يفرضها على الطرف المسؤول.

2-المسؤولية التقصيرية خاضعة لاصلين أولهما ان الانسان لا يسأل إلا عن خطئه الشخصي والثاني ان مدعي الخطأ مكلف بأن يقيم الدليل عليه فان لم يقدّم بهذا التكليف فلا مسؤولية ولا تعويض. ولكن هذا الاصل يرد عليه إستثناء:

أ-الانسان ملزم بتعويض الضرر الناشئ عن اهمال من هم تحت رعايته او عدم الدقة والانتباه منهم او عن عدم ملاحظته إياهم.

ب- ان السيد ملزم بتعويض الضرر الناشئ للغير عن افعال خدمته متى كان واقعا منهم في حال تأدية وظائفهم.

ج- مالك الدابة او مستخدمه ملزم بالتعويض عن الضرر الناشئ عن دابته سواء كان في حيازته او تسرب منه (جناية العجماء جبار).

4- حسب رأي أن تعبير الضامن الذي اطلقه الفقهاء المسلمون على الاحوال من المسؤولية التي يسأل فيها الشخص بدون تعدد منه اقرب وادق ما يؤدي المعنى المراد من تعبير مسؤولية مدنية وتضمن الانسان عبارة عن الحكم عليه بتعويض الضرر الذي اصاب الغير من جهته.

5- على الرغم من انقسام الفقه والقضاء في مسألة الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية فاننا أرجح الرأي الذي يقول (لاخيرة للدائن وليس له الا دعوى المسؤولية العقدية) ذلك ان الالتزام العقدي الذي صار المدين مسؤولاً عن تنفيذه. فلم يكن قبل العقد التزاماً في ذمته فلو انه قبل ابرام العقد لم يقدّم به فلم يكن مسؤولاً عن ذلك لا مسؤولية عقدية لان العقد لم يبرم بعد، ولا مسؤولية تقصيرية اذ لا خطأ في عدم قيامه بامر لم يلتزم به. فاذا ابرم العقد قام الالتزام في الحدود التي رسمها هذا العقد وهي حدود لا ترتب عليها الا المسؤولية العقدية. وليس للدائن ان يلجأ الى المسؤولية التقصيرية اذ هي تفترض ان المدين قد اخل بالالتزام فرضه القانون والالتزام في حالتنا هذه لا مصدر له غير العقد.

6- المسؤولية العقدية والتقصيرية هما متباينتان بحسب ماهية بينما تجتمعان في واقعة واحدة بحسب التحقق كأن يطرد المؤجر مثلاً للمستأجر مع استعمال القوة قبل انتهاء مدة العقد فيرفع المستأجر الدعوى على المؤجر طالبا التعويض على اساس حرمانه من الانتفاع بالمأجور. فهذه الدعوى قائمة في وقت واحد وفي واقعة معينة واحدة على اساس المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية بسبب الاعتداء الصادر من المؤجر، فاجتمعت المسؤوليتان بحسب التحقيق رغم تباينهما في ذهن الانسان بحسب المفهوم. وبناء على ذلك فان تقسيم المسؤولية القانونية الى الجنائية والمدنية اعتباري وكذا بين المسؤولية العقدية والتقصيرية. (□)

(1) - نظرية الالتزام برد غير المستحق (دراسة مقارنة). الدكتور مصطفى الزلي - الطبعة الاولى ص 364-365

7- فانصار الازدواج اذا ارادوا تقسيم المسؤولية المدنية الى العقدية والتقصيرية تقسيما اعتباريا فهُم على الصواب و انصار الواحدة على الخطأ و أن ارادوا به التقسيم الحقيقي فهم على خطأ و المعارضون على الصواب.

قائمة المراجع والمصادر

* القرآن الكريم

- 1- إبراهيم مصطفى ، احمد حسن الزيات، حامد عبدالقادر، محمد علي نجار-المعجم الوسيط-ج2-دار الدعوة-مؤسسة ثقافية للتأليف والطباعة والنشر والتوزيع-اسطنبول تركيا.
- 2- احمد حشمت ابوستيت-نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد- الكتاب الاول- مصادر الالتزام ط 1954 2.
- 3- احمد شوقي محمد عبدالرحمن-الالتزام التضامني للمسؤولين تقصيريا في مواجهه المضرور- القاهرة- 1980ز
- 4- أدورد غالي الذهبي- مجموعة القانونية-القاهرة- ط1987.
- 5- انور سلطان- النظرية العامة للالتزامات- الجزء الاول- مصادر الالتزام 1964.
- 6- الدكتور اكرم ياملكي و الدكتور فائق شماع-القانون التجاري - جامعة بغداد 1980.
- 7- جبار صابر طه- اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر-دراسة مقارنة في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية 1984.
- 8- حسن الخطيب رسالة دكتوراه بعنوان نطاق المسؤولية المدنية والتعاقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي المقارن-العراق-البصرة- 1956.
- 9- حسين عامر- المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ط1- مصر 1956.
- 10- حسن علي الذنون المبسوط في المسؤولية المدنية-العراق-بغداد- شركة التايمس للطبع والنشر بدون سنة طبع.
- 11- حسن علي الذنون النظرية العامة للالتزامات -مصادر التزام 1976.
- 12- العلامة الراغب الاصفهاني-مفردات الفاظ القرآن- تحقيق صفوان عدنان داودي-دار القلم- دمشق- الدار الشامية بيروت الطبعة الاولى سنة 1426هـ.
- 13- الدكتورة زينة البستاني-دراسة متعمقة في القانون التجاري-النظام القانوني للسرية المصرفية- رقم المقرر/3193.
- 14- سليمان مرقص- بحوث وتعليقات على الاحكام في المسؤولية المدنية- مصر- 1987.
- 15- عبد الحي-حجازي-موجز النظرية العامة للالتزامات -المصادر غير الارادية 1963.
- 16- عبدالرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني -مصادر الالتزام 1964.

- 17- عبدالودود يحيى-الموجز في النظرية العامة للالتزامات-القسم الاول- مصادر الالتزام 1987.
- 18-عبدالباقي البكري و زهير بشير المدخل لدراسة القانون -وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - جامعة-بغداد -بيت الحكمة.
- 19-عبدالرحمن السنهوري-الوجيز في شرح القانون المدني-نظرية الالتزام بوجه العام-1966.
- 20-عبد الرشيد مامون-العلاقة سببية في المسؤولية المدنية-دار النهضة العربية.
- 21-الدكتور عبدالمجيد الحكيم -موجز في شرح القانون المدني العراقي ح1 طبعة الرابعة بغداد1974.
- 22- الدكتور عبدالكريم زيدان -المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية-الطبعة الرابعة -بغداد 1976.
- 23- محمود جمال الدين زكي - مشكلات المسؤولية المدنية -الجزء الاول-القاهرة 1978.
- 24-محمد كامل مرسي-شرح القانون المدني الجديد-الالتزامات -الجزء الثاني-مصادر الالتزام 1955.
- 25-مصطفى مرعي-المسؤولية المدنية في القانون المصري ط1- 1936.
- 26-القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 النافذ.
- 27-الدكتور مصطفى ابراهيم الزلي-نظريةالالتزام برد غير مستحق- ط1 شركة الخنساء للطباعة المحدودة- بغداد.
- 28-مصطفى الزلي-المسؤولية الجنائية في الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة بالقانون -ط1 مطبعة اسعد-بغداد.
- 29- الدكتور مصطفى الزلي-اصول الفقه في نسيجه الجديد-ط9-شركة الهناء-بغداد.
- 30-منذر الفضل-التصرف القانوني بالاعضاء البشرية -بغداد-1990-التعليقات.

الفهرس

الصفحة	الموضوع
1	الاهداء
2	تقييم المشرف
3	خطة البحث
7-4	المقدمة
9-8	المبحث الاول: نطاق المسؤولية العقدية
12-10	المطلب الاول : وجود عقد صحيح
15-13	المطلب الثاني : الاخلال بالالتزام الناشئ عن العقد
16	المبحث الثاني : نطاق المسؤولية التقصيرية
21-17	المطلب الاول : تحديد نطاق المسؤولية التقصيرية
23-22	المطلب الثاني : الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية
24	المبحث الثالث : أوجه الشبه والاختلاف بين المسؤوليتين
25	المطلب الاول : أوجه الشبه و الأختلاف بين المسؤوليتين
25	اولا : اوجه الشبه بين المسؤوليتين
28-26	ثانيا : الاختلاف بين المسؤوليتين
30-29	المطلب الثاني : وجوب التمييز بين المسؤوليتين
32-31	الخاتمة
34- 33	قائمة المراجع والمصادر
35	الفهرس