جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة كربلاء

كلية القانون

التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري

(دراسة مقارنة)

اطروحة مقدمة إلى مجلس كلية القانون ــ جامعة كربلاء وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه فلسفة في القانون الخاص

كُتبت بواسطة الطالب

علي جاسم محمد

إشراف

أستاذ القانون التجاري

الدكتور باسم علوان طعمة العقابي

2022 م 1443 هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

((قَالَ رَبِّ اشْرَحْ لِي صَدْرِي (25) وَيَسِّرْ لِي أَمْرِي (26) وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِنْ لِسَانِي (27) يَفْقَهُوا قَوْلِي (28) وَاجْعَلْ لِي وَزِيرًا مِنْ أَهْلِي (29) هَارُونَ أَخِي (30) اشْدُدْ بِهِ أَزْرِي (31) وَأَشْرِكْهُ فِي أَمْرِي (32)))

صدق الله العلي العظيم

سورة طه : الآيات (من 25 إلى 32)

إقـــرار المشرف

أشهد إن أطروحة الدكتوراه الموسومة بـ (**التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري – دراسة مقارنة**) المقدمة من قبل الطالب (**علي جاسم محمد**) إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه فلسفة في القانون الخاص قد جرت تحت إشرافي ورشحت للمناقشة ... مع التقدير ...

التوقيع :

الاسم : أ.د. باسم علوان طعمة العقابي

الدرجة العلمية : استاذ دكتور

الاختصاص : التجاري

إقرار المقوم اللغوي

أشـــهد أنـــي قـــرأت اطروحـــة الـــدكتوراه الموســـومة بـ ((**التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري – دراسة مقارنة**)) المقدمـــة مـــن قبـــل الطالـــب (**علـــي جاســـم محمـــد**) إلـــى مجلـــس كليـــة القـــانون – جامعـــة كـــربلاء، وقـــد وجـــدتها صـــالحة مـــن النـــاحيتين اللغويـــة والتعبيريـــة، بعـــد أن أخـــذ الطالـــب بالملاحظـــات المســـجلة على متن الاطروحة .

مع التقدير ...

التوقيع :

الأسم : أ. د. عباس جخيور سدخان

الاختصاص العام : اللغة العربية

الاختصاص الدقيق : الأدب والنقد القديم

إقرار لجنة مناقشة دكتوراه

نحن رئيس لجنة المناقشة وأعضائها نُقر أننا اطلعنا على هذه الاطروحة الموسومة بـ (التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري "دراسة مقارنة ")،و ناقشنا الطالب (علي جاسم محمد) في محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الدكتوراه في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة (جيد جداً) .

التوقيع :

الاسم: أ.د. علي فوزي إبراهيم

(رئيساً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.د. علاء عزيز حميد

(عضواً)

التاريخ: ٢٧ / ٦ / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.د حسن علي كاظم

(عضواً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.د. احمد سامي مرهون

(عضواً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع :

الاسم : أ.م.د. اشراق صباح صاحب

(عضواً)

التاريخ : / / 2022

التوقيع :

الاسم : أ.م د باسم علوان طعمه

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ : / / 2022

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:

أ.د. ضياء عبدالله عبود الجابر

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: ٢٨ / ٦ / 2022

الإهـداء

إلى المحبة ذاتها ..... أمي الغالية ..... إجلالاً وعرفاناً

إلى روح أبي وأخي جعفر (رحمهما الله) ..... حُبّاً ووفاءً

إلى سندي في هذا الحياة إخوتي وأخواتي الكرام .... حُبّاً وافتخاراً

إلى ملاكي وفؤادي..... زوجتي الحبيبة

إلى أملي وعنواني وصمودي..... أولادي حسين ومنار

اليهم جميعاً أهدي هذا الجهد المتواضع

علي

شكرٍ وعرفان

تصديقاً لقوله تعالى ((لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ)) ، فالشكر لله على ما هدى ، والحمد لله على ما فتح علينا وأعطى ، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين أبي القاسم محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين .

إنّ من دواعي سروري وأنا أتوّج جهدي هذا بتقديمه للمناقشة ، أن أتقدم بشكرٍ تعجز عن الإحاطة به الكلمات ، ويمتنع في وصفه مختلف اللغات .... إلى أستاذي الفاضل الدكتور (باسم علوان طعمه العقابي) المحترم الذي تفضل بقبول الإشراف على هذه الاطروحة ، وكان خير عون ليّ في اكمالها ولم يبخل عليَّ بما أفاض الله عليه من علمٍ وخُلقٍ وكرم نفس .. فجزاه الله عني كل خير وجعلها في ميزان حسناته .

كما يسعدني أن أتقدم بالشكر والعرفان إلى عمادة كلية القانون– جامعة كربلاء وجميع أساتذتها الكرام الذين يمثلون رمزاً للعلم والخلق والإنسانية، وأخص منهم أساتذتي الأفاضل الذين تتلمذت على أيديهم في السنة التحضيرية عرفاناً منّي بفضلهم عليَّ، وما قدموه لنا من جهود علمية مميزة لإغناء طلبتهم بما يتناسب مع المرحلة الدراسية ، فشكراً لهم جميعاً من صميّم القلب ، وأسال الله عز وجل أن يحفظهم ويمد في أعمارهم ويجعلهم نبراساً لنا نهتدي به ماحيينا.

ويسرني أن اتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى موظفي مكتبة كلية القانون في جامعة كربلاء لما قدموه لنا من جهود مميزة طوال مدة الدراسة ، وإلى جميع الموظفين في مكتبات كليات القانون في جامعة ذي قار والبصرة وبغداد

وبابـــل والمستنصـــرية ومكتبـــة كليـــة الحقـــوق فـــي جامعـــة النهـــرين وإلـــى مـــوظفي مكتبـــة المعهـــد القضـــائي ، داعيـــاً الله ســـبحانه وتعـــالى أن يـــوفقهم ويحفظهـــم مـــن كل مكروه.

والشـــكر موصـــول لأهلـــي وأصـــدقائي ولزملائـــي الّـــذين كـــان لتشـــجيعهم ومســـاندتهم الأثـــر البـــارز فـــي إتمـــام هـــذه الاطروحـــة واخـــص مـــنهم بالـــذكر الأخـــت العزيـــزة الـــدكتورة (زينـــب ياســـين عبـــد الخضـــر) والأخ العزيـــز الـــدكتور (أثيـــر عبـــد الجـــواد حســـين المحنـــا) لمـــواقفهم المشـــرفة معـــي طـــوال مـــدة الدراســـة متمنيـــاً للجميـــع دوام الصـــحة والســـلامة وأن يـــرزقهم الله مـــن فضـــله الواســـع وأن يجزهم عني خير جزاء المحسنين إنه على كل شيء قدير.

الباحث

المحتويات

الموضوع	الصفحة من - إلى
مقدمة	10 -1
الباب الأول : مفهوم التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري	137 -11
الفصل الأول :ماهية التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري	77 -12
المبحث الأول : التعريف بالتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري	54 -13
المطلب الأول : تعريف ونطاق التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري	37 -13
الفرع الأول : معنى التضامن المفترض	29 -13
أولاً: التضامن المفترض لغةً	17- 14
ثانياً: التضامن المفترض اصطلاحاً	29 -17
الفرع الثاني : نطاق التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري	37 -29
أولاً :النطاق الموضوعي للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري	34 -29
ثانياً : النطاق الشخصي للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام	37 -35

التجاري	
المطلب الثاني : شروط التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري	37- 54
الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالتضامن المفترض ذاته	38- 44
أولاً: الصفة التجارية للالتزام	38- 41
ثانياً: وحدة محل الالتزام	41- 44
الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بأطراف التضامن	44- 45
أولاً : تعدّد المدينين	44- 51
ثانياً: عدم استبعاد التضامن باتفاق أو بنص قانوني	51- 54
المبحث الثاني : الطبيعة القانونية للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري وتمييزه عمّا يشتبه به	55- 77
المطلب الأول: الطبيعة القانونية للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري	55- 65
الفرع الأول: الآراء الفقهية	56- 59
أولاً : التضامن وصفاً للالتزام	56- 57
ثانياً: التضامن توثيقاً للدين	58- 58
ثالثاً: التضامن التزام ذو طبيعة مستقلة	59- 59
الفرع الثاني: تقييم الآراء الفقهية	59- 65
المطلب الثاني : تمييز التضامن المفترض عمّا يشتبه به	65- 77
الفرع الأول: التضامن المفترض والكفالة	66- 72
أولاً: أوجه التشابه	66- 67

ثانياً : أوجه الاختلاف	72 -67
الفرع الثاني :التضامن المفترض و الالتزام غير القابل للانقسام	77 -73
أولاً : أوجه التشابه	76 -74
ثانياً : أوجه الاختلاف	77 -76
الفصل الثاني: الأساس القانوني للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري	137 -78
المبحث الأول: التأصيل الفلسفي للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري	105 -79
المطلب الأول: الأصل الفلسفي للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري	90 – 80
الفرع الأول: منكرو التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري	84 – 81
الفرع الثاني: مؤيدو التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري	90 – 84
المطلب الثاني: مبررات افتراض تضامن المدينين في الالتزام التجاري	105 – 90
الفرع الأول: مراعاة مصلحة الاطراف	98 – 91
أولاً: مراعاة مصلحة الدائن	94 – 91
ثانياً: مراعاة مصلحة المدين	98 – 95
الفرع الثاني : استقرار المعاملات	105 – 99
المبحث الثاني: التأصيل القانوني للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري	137 – 106
المطلب الأول: العرف التجاري المقرَّر للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري	127 – 106

الفرع الأول : العرف التجاري كأساس لافتراض تضامن المدينين في الالتزام التجاري	108 – 1119
الفرع الثاني: مدى الزام القاضي بتطبيق العرف التجاري المقرَّر للتضامن المفترض	119 – 127
المطلب الثاني: القواعد الموضوعية المقرَّرة للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري	127 – 137
الفرع الأول: القواعد الموضوعية في القوانين المقارنة	128 – 131
الفرع الثاني : القواعد الموضوعية في القانون العراقي	131 -137
الباب الثاني: أحكام وتطبيقات التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري	138 – 265
الفصل الأول : الآثار القانونية المترتَبة على التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري	140 – 203
المبحث الأول : الآثار المترتِّبة على علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين	141 – 179
المطلب الأول: الآثار الرئيسة المترتِّبة على افتراض تضامن المدينين	142 – 165
الفرع الأول: الآثار المترتِّبة على مبدأ وحدة الالتزام	142 – 151
اولاً: حق المطالبة بكلِّ الدين	143 – 145
ثانياً : وفاء الدين من أحد المدينين يبرأ ذمة المدينين المتضامنين	146 – 148
ثالثاً: الدفوع التي يتمسك بها المدين المتضامن	148- 151
الفرع الثاني : الآثار المترتِّبة على تعدّد الروابط	151- 165

أولاً : الآثار المترتِّبة على الروابط الموصوفة والمعيبة :	156 – 151
ثانياً: انقضاء التزام أحد المدينين المتضامنين	165 – 156
المطلب الثاني: الآثار الثانوية المترتِّبة على افتراض تضامن المدينين	170 – 166
الفرع الأول: الأساس القانوني للآثار الثانوية للتضامن المفترض للمدينين	170 – 167
الفرع الثاني : الآثار الثانوية المترتِّبة على المصلحة المشتركة للمدينيين المتضامنين	179 – 170
أولاً: خطأ أحد المدينين في تنفيذ الالتزام	171 – 170
ثانياً: الأعذار	172 – 171
ثالثاً : المطالبة القضائيَّة	173 – 172
رابعاً: انقطاع التقادم او وقفه بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين	174 – 173
خامساً: الصلح	176 – 174
سادساً : الإقرار	177 – 176
سابعاً : حلف اليمن أو النكول عنه	177 – 177
ثامنا: الحكم القضائي	179 – 177
المبحث الثاني : الآثار المترتِّبة على علاقة المدينين المتضامنين في الالتزام التجاري فيما بينهم	203 – 180
المطلب الأول: الآثار المترتِّبة على مبدأ انقسام الدين على المدينين المتضامنين	190 – 181
الفرع الأول : تحديد حصص المدينين المتضامنين من الدين	186 – 181

أولاً: الاتفاق على تحديد حصة كل مدين متضامن	184 – 183
ثانياً: تحديد حصة المدينين المتضامنين بموجب القانون	185 – 186
الفرع الثاني التزام أحد المدينين المتضامنين أو بعضهم بكلِّ الدين	186 – 190
أولاً : رجوع الدائن على المدين صاحب المصلحة	188 – 189
ثانياً : رجوع الدائن على أحد المدينين المتضامنين من غير أصحاب المصلحة في الدين	189 – 190
المطلب الثاني: حق المدين الموفي بالرجوع على باقي المدينين المتضامنين	191 – 203
الفرع الأول: شروط رجوع المدين الموفي على باقي المدينين المتضامنين	191 – 196
أولاً: قيام المدين بوفاء الدين	191 – 193
ثانياً: تحقق الفائدة من الوفاء	193 – 194
ثالثاً :ان لا تكون علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين موصوفة أو معيبة	195- 196
رابعاً : أن يكون المدين قد قام بالوفاء من أمواله الخاصة	196 – 196
الفرع الثاني: طرق رجوع المدين الموفي على باقي المدينين المتضامنين	196 – 203
أولاً: الدعوى الشخصية	196 – 200
ثانياً : دعوى الحلول	200 – 203
الفصل الثاني : التطبيقات القانونية للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري	204 – 265
المبحث الأول: تطبيقات التضامن المفترض للمدينين في قانون التجارة	205 – 216

المطلب الأول: القواعد العامة للتضامن المفترض للمدينين في قانون التجارة	216 – 206
الفرع الأول: القواعد العامة للتضامن المفترض في قوانين التجارة المقارنة	216 – 206
أولاً: القاعدة العامَّة في القانون الفرنسي	209 – 207
ثانياً: القاعدة العامَّة في القانون المصري	212 – 209
الفرع الثاني: القاعدة العامة للتضامن المفترض في قانون التجارة العراقي	216 – 212
أولاً: التضامن المفترض في قوانين التجارة الملغاة	215 – 212
ثانياً : في قانون التجارة العراقي النافذ	216 – 215
المطلب الثاني : القواعد الخاصة للتضامن المفترض للمدينين في قانون التجارة	236 – 216
الفرع الأول : التضامن المفترض للمدينين في الأوراق التجارية والإفلاس	230 – 217
أولاً: تضامن الموقعين على الورقة التجارية في الأوراق التجارية	225 – 217
ثانياً: تضامن أمناء التفليسة	230 – 226
الفرع الثاني: التضامن المفترض للمدينين في العمليات المصرفية	236 – 230
أولاً : التضامن في خصم الأوراق التجارية	234 – 231
ثانياً: التضامن في الحساب المصرفي المشترك	236 – 234
المبحث الثاني: تطبيقات التضامن المفترض للمدينين في القوانين المُكملة لقانون التجارة	265 – 237
المطلب الأول: تطبيقات التضامن المفترض في قانون الشركات	256 - 238

التجارية	
الفرع الأول: التضامن في الشركات المساهمة	256 – 239
أولاً : تضامن لجنة المؤسسين	246 – 239
ثانياً: تضامن المؤسسين	247 – 246
ثالثاً: تضامن مراقبي الحسابات	250 – 247
رابعاً: تضامن مصفيِّ الشركات	251 – 250
الفرع الثاني: التضامن في الشركات التضامنية	252 – 251
أولاً: المسؤولية الشخصية للشريك	254 – 252
ثانياً : المسؤولية التضامنية للشركاء:	256 – 254
المطلب الثاني : التضامن المفترض في قانون النقل	265 – 256
الفرع الأول : التضامن المفترض في النقل المتعاقب	262 – 257
الفرع الثاني : التضامن المفترض للمرسل والمرسل اليه في عقد نقل الأشياء	265 – 263
الخاتمة	275 – 266
قائمة المصادر والمراجع	259 – 276

الملخص

إنّ خصوصية قانون التجارة واستقلاله عن القانون المدني نتيجة لما له من الصفات مما يجعل له بيئة تختلف عن البيئة المدنية ، وتقوم البيئة التجارية على ركائز تتمثل في السرعة والثقة والائتمان ولا يتصور وجودها دون توافرها ، ويُعدّ الائتمان التجاري عصب الحياة التجارية، لذلك ابتدع التجار عدّة أنظمه لتوفيره ومنها التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري الذي يسهم بشكل فعال في توفير الثقة مما يجعل الدائن يمنح المدينين أجلاً للوفاء بالاستناد على افتراض تضامنهم تجاهه .

وبخلاف القواعد العامة التي تقرر عدم افتراض تضامن المدينين في الأصل ولا يكون إلا استثناءً عندما يتفق الاطراف عليه أو يوجد نص قانوني يقرره، فإنّه يكون مفترضاً في البيئة التجارية ، إذ على الرغم من عدم تضمن قانون التجارة العراقي النافذ لقاعدة عامة تقرر التضامن المفترض للمدينين بعكس القوانين السابقة له (الملغاة)، إلا أنّ هذا لا يمنع من القول بوجوده بالاستناد على عرف تجاري قديم يقضي بافتراض تضامن المدينين عند تعددهم في معاملة تجارية بموجب قرينة المصلحة المشتركة بينهم، وهذه المصلحة هي التي دفعتهم للالتزام ، فمن باب أولى أن تكون هي الأساس في افتراض تضامنهم تجاه الدائن ، فإذا ما تعدد المدينون فأنهم متضامنون بدفع كل الدين، وعليه فإن للدائن حق مطالبة أيًّ منهم بكل الدين ولا يستطيع المدين المتضامن عند الرجوع عليه بالتمسك بحق التجريد أو حق التقسيم، وهذا الأمر هو فحوى التضامن وغايته.

وهذا الافتراض تمليه بعض المسوغات التي تتعلق بضرورة توافر عنصر الائتمان التجاري في البيئة التجارية واستقرار التعاملات، لذلك فأن جميع المدينين بدين تجاري مسؤولين تجاه الدائن بالدين كله، وهذا الأمر له دور فعال في زيادة النشاط التجاري، وفي مصلحة المجتمع من خلال مساهمته في الازدهار الاقتصادي نتيجة لتلك الزيادة التي تحدث في النشاط التجاري .

مـــقدمـــة

أولاً: فكرة البحث:

إنّ لقـانون التجـارة مـن الصـفات مـا يمتـاز بـه عـن القـانون المـدني ممَّـا يجعـل لـه كيانـاً خاصـاً مسـتقلاً بذاتـه ، كمـا أنَّ هـذه الصـفات يترتـب عليهـا أن لكـلٍّ منهمـا بيئـة خاصـة ، إذ إنّ البيئـة التجاريـة التـي تحـيط بالأعمـال التجاريـة لهـا مـن المقوّمـات التـي تسـاعد علـى مرونـة العمـل التجـاري وديمومتـه، وتتمثـل مقوّمـات البيئـة التجاريـة فـي السـرعة والثقـة والائتمـان ، وأن هـذه الـدعائم لا يمكـن تصـوّر وجـود التجـارة دون توافرهـا ،إذ أن السـرعة تعطـي للتعـاملات التجاريـة السـهولة والبسـاطة بعيـداً عـن التعقيـد الـذي يرافـق معظـم التعـاملات المدنيـة ، كمـا أن الائتمـان يعُـد عنصـراً مهمـاً وضـرورياً فـي التعـاملات التجاريـة لمـا يـوفره مـن ثقـة يـتم علـى ضـوئها مـنح المـدين أجـلاً للوفـاء وبعكسـه تقـل تلـك التعاملات وهذا بخلاف البيئة المدنية التي لا تتطلّب ذلك.

إنّ أهميَّـة التعـاملات التجاريـة وكثرتهـا لا يمكـن معهـا الجـزم بأنهـا تخلـو مـن مظـاهر التلاعـب والخـداع بهـدف الحصـول علـى منـافع غيـر مشـروعة مـن قبـل أحـد الأطـراف علـى حسـاب الأخـر ممَّـا يجعـل مـن تحقّـق الائتمـان فـي البيئـة التجاريـة أمـراً غيـر مؤكـد دائمـاً ، وهـذا يـدعو إلـى الأخـذ بـبعض التـدابير التـي تُعـزِّز مـن وجـود الائتمـان وفـي مقـدمتها افتـراض تضـامن المـدينين فـي الالتـزام لتجـاري، إذ تعـد مسـألة افتـراض التضـامن فـي الالتـزام التجـاري مـن الضـمانات الشخصـية للوفـاء والهـدف منهـا تـوفير البيئـة التجاريـة المملـوءة بالثقة.

إنّ عنصر الائتمان يُعد الاساس الذي يدعو الى افتراض تضامن المدينين في الالتزام التجاري دون الحاجة الى الاتفاق أو النص القانوني ، فإذا تعدد المدينون بدين تجاري يفترض أنهم متضامنون تجاه الدائن وعليه يمكن للدائن مطالبة أيٍّ منهم بكل الدين أو مطالبتهم جميعاً به ، وهذا الافتراض لتضامن المدينين في البيئة التجارية يكون بخلاف ما يقرره القانون المدني من عدم افتراض تضامن المدينين ، لأن ذلك يعود إلى الأعراف التجارية التي تُعدَّ أساس القانون التجاري ، إذ اعتمد عليها بشكل كبير في نشأته وتقنينه .

ثانياً: أهمية البحث

تتمثل أهمية التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري باعتباره أحدى الضمانات الشخصية التي تضمن للدائن قيام أحد المدينين بالوفاء بالالتزام التجاري؛ لأنّ تعدد الذمم المالية يوفر الثقة والائتمان لدى الدائن في الحصول على ديونه في موعد استحقاقها ، إذ يكون له بموجب التضامن المفترض الخيار بالرجوع على من يشاء من المدينين المتضامنين بالالتزام التجاري مجتمعين كانوا أم منفردين هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن التضامن المفترض يمثل وصفاً من الاوصاف التي تحدد نطاق الالتزام ومداه، ومن ثم فإن الأهمية التي يمثلها التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري في المساهمة في حلّ كثير من النزاعات عن طريق توفير الفرص الكبيرة في الأداء، وعليه فإنه يسهم في استقرار المعاملات، كما أن عدم وجود النصوص القانونية التي تمثل النظرية العامة أو القاعدة العامة التي تُقرِّر التضامن المفترض للمدينين في البيئة التجارية تضفي الأهمية النسبيَّة على هذه الدراسة لعلها تُسهم في رسم صورة اكثر وضوحاً

ودقّة لهُ ، وهذا مع عدم أنكار وجود النصوص القانونية المتناثرة التي تقرره لحالات خاصة ، مما يتطلب تحليل ودراسةً لموقف التشريع واجتهاد القضاء وآراء الفقهاء ؛ لإستيضاح ماهيَّة التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري والأحكام القانونية المنظّمة له.

ثالثاً: اشكالية البحث:

إنّ التجارة تقوم على ركائز عدّة تتمثل في السرعة والثقة والائتمان، وهذه الركائز تمثل عصب الحياة التجارية ، إذ كلما إزداد توافرها فأنها تُسهم بشكل فعَّال في توسعة العلاقات التجارية والعكس بالعكس ، ويعتمد الائتمان الذي يشكل ركيزة أساسية فيها على توافر الثقة بين الأطراف ؛ لأنّ غياب الثقة في التعاملات التجارية يؤدي إلى قلّة النشاط التجاري ومن ثم نتجه إلى الركود الاقتصادي للتجارة ممّا ينعكس سلباً على الجميع .

إنّ من أهم المسائل التي تُسهم في توفر الثقة والائتمان في التعاملات التجارية التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري، إلا إنّ تطبيق افتراض التضامن للمدينين في نطاق البيئة التجارية يرافقه مشكلة عملية تتمثل في معرفة الأساس الذي يتقرر بموجبه افتراض تضامن المدينين؛ لذلك فإنّ اشكالية البحث تدور حول مدى أمكانية افتراض تضامن المدينين في الالتزام التجاري دون أتفاق الأطراف عليه و في ظل عدم وجود قاعدة عامة في قانون التجارة العراقي النافذ رقم (30) لسنة 1984 (المعدل) بخلاف كلاً من قانون التجارة العراقي الأسبق رقم (60) لسنة 1943 (الملغي) وقانون التجارة السابق رقم (149) لسنة 1970 (الملغي) اللذان تضمّنا قاعدة عامة تقرر ذلك ، وكما هو الحال في القوانين محل المقارنة المتمثلة في قانون

التجـــارة المصـــري الجديـــد رقـــم (17) لســـنة 1999 وكـــذلك قـــانون التجـــارة الفرنســـي الجديـــد رقـــم(912) لســـنة 2000 أم أنّـــه لا يكـــون مفترضـــاً كمـــا تقضـــي بـــه أحكـــام القـــانون المـــدني الـــذي يـــنص علـــى عـــدم افتـــراض تضـــامن المـــدينين فـــي الأصـــل ولا يكـــون ذلـــك إلا اســـتثناءً بالاتفـــاق أو بموجـــب الـــنص القـــانوني مـــن جهـــة ، ومـــن جهـــة أخـــرى هـــل يتعـــارض تطبيـــق افتـــراض تضـــامن المـــدينين فـــي نطـــاق البيئـــة التجاريـــة مـــع نصـــوص القـــانون المـــدني التـــي لهـــا وجودهـــا المـــادي وخاصة إذا كان التعارض مع النص القانوني الآمر.

رابعاً : أهم الاسئلة التي يثيرها البحث:

إنّ أهم الاسئلة التي يثيرها البحث تتمحور في ما يأتي :-

1- ما هو مفهوم التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري ؟
2- هـــل يمتـــاز التضـــامن المفتـــرض عـــن المفـــاهيم القانونيـــة الأخـــرى التـــي تتشـــابه وتتداخل معه ؟
3- هـــل يمكـــن التمســـك بالتضـــامن المفتـــرض للمـــدينين فـــي الالتـــزام التجـــاري فـــي ظـــل عـــدم الـــنص عليـــه صـــراحة فـــي قـــانون التجـــارة العراقـــي رقـــم (30) لســـنة 1984(المعدل).
4- ما هو الأساس القانوني للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري؟
5- مـــاهي المســـوغات التـــي تـــدفعنا الـــى تبنـــي التضـــامن المفتـــرض فـــي المســـائل التجارية
6- هـــل يختلـــف التضـــامن فـــي الالتـــزام المـــدني عـــن التضـــامن المفتـــرض للمـــدينين في الالتزام التجاري؟

7- هل الأحكام القانونية المتناثرة في المجموعة التجارية تمثل نظرية عامة للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري أم نحن بحاجة الى نظرية عامة ؟

8- ما موقف الفقه و القضاء التجاري بشأن التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري؟

9- ما أهم الآثار التي تترتب على الأخذ بالتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري ؟

كل هذه الاسئلة وغيرها هي ما سنحاول الإجابة عنها في هذه الدراسة.

خامساً : فرضية البحث:

تدور فرضية البحث حول إمكانية الاعتماد على الافتراض للقول بتضامن المدينين في الالتزام التجاري، فهل يمكن الزام المدينين بالتضامن دون أن تكون إرادتهم قد اتجهت إلى ذلك؟ أو حتى في حالة عدم وجود النص القانوني الذي يقرر تضامنهم في نطاق البيئة التجارية، وربما نُبحر أبعد من ذلك لنبحث عن مدى اتساع نطاق هذا الافتراض؛ لبيان شموله للالتزامات التجارية جميعاً أم أنه كان مقتصراً على بعضٍ منها .

سادساً : أهداف البحث:

إنّ أهداف البحث تتمثل في ما يأتي:-

1- تحديد مفهوم التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري ومدى أهميته في نطاق البيئة التجارية؛ لما له من دور كبير في زيادة النشاط التجاري.

2- إعطاء صورة واضحة عن التضامن المفترض تُميزهُ عن غيرهِ من المفاهيم القانونية المتقاربة معه.

3- بيان الأسس التي نشأ منها افتراض التضامن وتحديد الأساس القانوني الذي يمنحه حجية الالزام على المدينين في التعاملات التجارية.

4- تحديد الآثار القانونية المترتبة على افتراض تضامن المدينين في الالتزام التجاري سواء أكانت هذه الآثار في ما يخص علاقة المدينين تجاه الدائن أم في علاقة المدينين المتضامنين في ما بينهم.

5- استعراض أهم التطبيقات التي يوجد فيها تضامن مفترض بين المدينين في قانون التجارة والقوانين المكملة لهُ.

6- استكمال الجهود المُميَّزة التي بذلها الباحثون في الدراسات السابقة لهذه الدراسة؛ من أجل إغناء المكاتب القانونية بالمراجع المتخصصة.

سابعاً : أسباب إختيار البحث:

من أهم الأسباب التي دفعتنا إلى إختيار موضوع الدراسة ما يأتي:-

1- أهمية التضامن في نطاق البيئة التجارية، وما يترتب عليه من أثار خطيرة مما يستدعي بيان ذلك بشكل دقيق.

2- قلة الدراسات المتخصصة بشأن التضامن المفترض في الالتزام التجاري في نطاق القانون العراقي .

3- موقف قوانين التجارة العراقية المتعاقبة من التضامن المفترض الذي تباين بين موقفين هما : موقف القوانين السابقة التي وضعت قاعدة عامة تُقرِّر تضامن المدينين وموقف قانون التجارة النافذ الذي لم يتضمن بين دفتيه قاعدة عامة لتضامن المدينين.

4- اختلاف المواقف الفقهية بين افتراض التضامن من عدمه في نطاق البيئة التجارية.

ثامناً : الدراسات السابقة:

إنّ الدراسات المتخصصة بشأن التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري نادرة في نطاق القانون العراقي، إذ اختصت بعض الدراسات بالتضامن بشكل عام ، وبعضها الأخر اختصّ بالتضامن في نطاق قانون التجارة كما توجد بعض الدراسات مختصة بالتضامن بشكل عام ، وتوجد بعض الدراسات متعلقة بالتضامن في نطاق قانون التجارة في بعض الدول العربية إلا أنها لا تتعلق بالقانون العراقي، وهي كما يأتي :

1- الالتزام التضامني ((دراسة مقارنة)) ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون – جامعة الموصل للباحث (نواف حازم خالد) و بإشراف الأستاذ الدكتور (عباس العبودي) في سنة 1999م، وكان محور الدراسة يدور حول التضامن بشكل عام سواء ما تعلق منها بتضامن المدينين أم الدائنين، وقد تطرقت الدراسة الى التضامن في نطاق قانون التجارة بشكل جزئي مع ذكر بعض التطبيقات له .

2- التضامن السلبي ((دراسة مقارنة)) اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون – جامعة بغداد للباحثة (مها نصيف جاسم) بإشراف الأستاذ الدكتور (عباس العبودي) في سنة 2005م ، وهذه الدراسة قد تخصصت في تضامن المدينين دون التطرق إلى تضامن الدائنين فضلا عن ذلك فإنها ركزت على التضامن في نطاق القانون المدني ، كما أنها تشابهت مع الاطروحة السابقة في الإشارة الجزئية للتضامن في نطاق قانون التجارة وذكر بعض التطبيقات.

3- تضامن المدينين بدين تجاري((دراسة مقارنة بين القانونين اليمني والمصري والفقه الإسلامي)) رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد البحوث والدراسات العربية /قسم الدراسات القانونية – جامعة الدول العربية

للباحث(أكرم يحيى أحمد شجاع الدين) وبإشراف الاستاذ الدكتور (محمود مختار أحمد بريري) في سنة 2005 م ، وكانت هذه الدراسة متخصصة أكثر من الدراسات السابقة لها على التضامن في نطاق قانون التجارة إلا أنّ محل المقارنة فيها كان بين القانونيّ اليمني والمصري مع الفقه الإسلامي.

4- أحكام التضامن في مواد القانون التجاري ،رسالة ماجستير للباحثة (أيمان زكري) مقدمة إلى جامعة بو بكر بلقايد تلمسان- الجزائر بأشراف الدكتور (بوعزة ديدن) في سنة 2006-2007، وقد ركزت هذه الدراسة على المقارنة بين قانون التجارة الجزائري مع قانون التجارة الفرنسي و استعرضت أهم التطبيقات للتضامن فيهما.

جاءت الدراستان أعلاه (في نطاق قانون التجارة) وكشفتا عن وجود قاعدة موضوعية عامة قد تضمنتها قوانين التجارة محل المقارنة فيهما بخلاف ما تم تناوله في هذه الدراسة على اعتبار خلو قانون التجارة العراقي من نص مشابهٍ لهما ممّا قد يضفي على الدراسة نوعاً من التمييز .

تاسعاً :نطاق البحث

إنّ نطاق البحث سيكون في ميدان التعاملات التجارية، و ذلك من خلال تناول ماهية التضامن المفترض في ميدان القانون التجاري والأحكام القانونية التي تنظمه ،إذ سيتحدد التطرق إلى ذلك في نطاق القانون العراقي و في القوانين المقارنة المتمثلة بالقانون المصري والقانوني الفرنسي .

عاشراً : منهجية البحث

إنَّ أهمية البحث تقتضي الاعتماد على المنهج التحليلي المقارن لعدّة قوانين ، إذ تتجسد المقارنة بين القانون العراقي مع كلٌ من القانون المصري والقانون الفرنسي ؛ لبيان أهم المسائل المتعلقة بالتضامن المفترض في الالتزام التجاري وذلك بتحليل النصوص القانونية ومقارنتها مع بعضها لتحديد أوجه الشبه والاختلاف من جهة ، والقوة والضعف من جهة أخرى في القوانين محل المقارنة، وكذلك التطرق لأهم الآراء الفقهية بصدد التضامن المفترض وترجيح ما نراه منطقياً ومنسجماً معها .

حادي عشر : هيكلية البحث

اقتضت طبيعة الدراسة بأن يكون تقسم الأطروحة على بابين ، اختص الباب الأول ببيان مفهوم التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري والذي بدوره انقسم على فصلين، أهتم الفصل الأول بدراسة ماهية التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري وقد انقسم على مبحثين ، خصص أول المباحث إلى: التعريف بالتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري، ومبحثاً ثانٍ إلى : الطبيعة القانونية للتضامن المفترض بين المدينين في الالتزام التجاري وتمييزه عمّا يشتبه به ، أما الفصل الثاني فركز على دراسة الأساس القانوني للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري، وقد أنقسم بدوره على مبحثين ، أهتم المبحث الأول منها ببيان التأصيل الفلسفي للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري، بينما كان المبحث الثاني مخصصاً للتأصيل القانوني للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري

أما الباب الثاني فسوف نُعرج فيه إلى : الأحكام القانونية للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري ، والذي سنقسمه على فصلين، الأول منها سيكون: الأثار القانونية المترتبة على التضامن المفترض للمدينين في الالتزام

التجـــاري وقـــد ضـــم مبحثـــين، عنـــيَ المبحـــث الأول : بالآثـــار المترتبـــة علـــى علاقـــة الـــدائن بالمـــدينين المتضـــامنين فـــي الالتـــزام التجـــاري ، فـــي حـــين كـــان المبحـــث الثـــاني مهتمـــا : بالآثـــار المترتبـــة علـــى علاقـــة المـــدينين المتضـــامنين فـــي الالتـــزام التجـــاري فـــي مـــا بيـــنهم، فـــي حـــين تطـــرق الفصـــل الثـــاني إلـــى: التطبيقـــات القانونيـــة المتعلقـــة بالتضـــامن المفتـــرض للمـــدينين فـــي الالتـــزام التجـــاري، وذلـــك مـــن خـــلال تقســـيمه علـــى مبحثـــين، ركـــز المبحـــث الأول منهمـــا علـــى : تطبيقـــات التضـــامن المفتـــرض للمـــدينين فـــي قـــانون التجـــارة، أمـــا المبحـــث الثـــاني فقـــد اهـــتم بتطبيقـــات التضـــامن المفتـــرض للمـــدينين فـــي مجموعـــة القـــوانين المُكمّلـــة لقـــانون التجـــارة ، ومـــن ثـــم نـــردف ذلـــك بخاتمـــة تتضـــمن أهـــم نتـــائج الدراســـة والاقتراحـــات بصـــددها، ومن الله تعالى السداد والتوفيق .

الباب الأول

مفهوم التضامن المفترض للمدينين

في الالتزام التجاري

إنّ خطورة المسائل التجارية ومدى تأثيرها على المتعاملين بها وما يرافقها من بعض الطرق التي غالباً ما نجدها ترتبط بالتعاملات التجارية كالبيع بالآجل يستلزم في مقابل ذلك وجود ضمانات تسهم في ضمان حق الدائن وتحقق نوعاً من التوزان في التعاملات التجارية ، ومنها افتراض تضامن المدينين في الالتزام التجاري .

إذ عندما يقوم الدائن بمنح الثقة للمدينين لابد من توفير حماية كافية لهُ تُسهل من عملية استيفائه لدينه ، لذلك عمل التجار على ابتداع عرف تجاري يقضي بجعل المدينين عند تعددهم متضامنين تجاه الدائن مّما يمنحه حق الرجوع على أحدهم أو على جميعهم بكل الدين دون أن يملك أيٌّ منهم الدفع بحق التجريد أو التقسيم.

والتضامن المفترض للمدينين لم يكن من الأمور المُسلَّم بها من قبل الفقهاء في ما يتعلق بوجوده من عدمه ، كما أن الأساس الذي يستند إليه كان مختلفاً عليه أيضا ، لذلك عملت بعض التشريعات على تقنينه ضمن قانون التجارة لتضع حداً لذلك الاختلاف الفقهي.

ولأجل بيان مفهوم التضامن المفترض للمدين لابد من الإحاطة بكل الجزئيات المتعلقة به، لذا سنقسم هذا الباب على فصلين ، الفصل الأول : ماهية التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري ، والفصل الثاني : الأساس القانوني للتضامن المفترض المدينين في الالتزام التجاري.

الفصل الأول

ماهية التضامن المفترض للمدينين

في الالتزام التجاري

إنّ ما تمتاز به البيئة التجارية من مميزات عن البيئة المدنية وما يتطلبه النشاط التجاري من دعائم متمثلة بالسرعة والثقة والائتمان يؤكد إنّ هذه البيئة فيها من المرونة والمخاطرة ما يستوجب معه إيجاد وسائل تحمي المتعاملين فيها من خلال إقرار بعض الضمانات التي عمل التجار على إيجادها لتتلاءم مع العلاقات التجارية ودأبوا على إتباعها في ما بينهم من أجل توفير الضمانات الخاصة التي توفر لهم الحماية في البيئة التجارية .

ومن هذه الضمانات التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري والذي يمثل ضمانة خاصة للوفاء بالالتزام التجاري تضمن للدائن حصوله على حقه من أيّ أحد من المدينين عند تعددهم فضلاً عن الضمانات الأخرى التي وضعها قانون التجارة ، ولقد انقسم الفقهاء بشأن تحديد الطبيعة القانونية للتضامن المفترض ، كما أنه يقترب من بعض الأنظمة القانونية مع عدم إنكار وجود الاختلافات بينهما.

لذا سيُقسَمُ هذا الفصل على مبحثين ، الأول منهما للتعريف بالتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري، بينما يكون المبحث الثاني لتحديد الطبيعة القانونية للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري وتمييزه عما يشتبه به.

المبحث الأول

التعريف بالتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري

يُعد مفهوم التضامن المفترض أحد المفاهيم المهمة التي لابد من تقصي معناه ، إذ إن المنهج العلمي يُحتمِّ علينا تقصِّي معنى هذا المصطلح من أجل استيعاب كل مقاصده و إزالة اللبس والغموض عنه وإعطاء الوصف الي يُسهم في تحديد ماهيته وبيان ما يشترك به وينماز عنه من معانٍ أخرى، لذا ومن أجل ذلك لابد من بيان حقيقة ما وضع اللفظ بإزائه ومدى كون اللفظ واضح الدلالة على المعنى ليفسر بلفظ أوضح دالٍ على معناه هذا من جهة، ومن جهة أخرى لابد من تحديد المقوِّمات الأساسية لوجود التضامن المفترض من أجل بيان المرتكزات التي من خلالها يتحقق مبنى التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري .

وعليه سوف يقسم هذا المبحث على مطلبين ، المطلب الأول يكون لبيان تعريف التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري ، بينما سيكون المطلب الثاني لتحديد الشروط الواجب توافرها للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري.

المطلب الأول

تعريف التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري

إنّ تعريف التضامن المفترض يستلزم تحديد المعنى الذي يصف جوهره وذلك من خلال تضمينه كل البيانات التي تحدد ماهيته وتجعله مفارقاً لغيره من المصطلحات التي تجاوره في نفس المجال عن طريق إعطاء تعريف

مانع جامع له، لذا فإن تعريف التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري يستوجب بيان معناه في اللغة والاصطلاح معاً فضلاً عن تحديد نطاقه وذلك ما سيتم بيانه من خلال فرعين، إذ يخصص الفرع الأول لبيان معنى للتضامن المفترض في بداية الأمر بينما نُعرج في الفرع الثاني لتحديد نطاق للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري.

الفرع الاول

معنى التضامن المفترض

من اجل بلْورة حقيقة التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري ونفي الغموض عنه لابد من بيان معناه ، وتحديد ما هو المقصود منه بهدف إيضاح معالمه ومعرفة جوهرة، وذلك من خلال ما يأتي:-

أولا : التضامن المفترض لغةً

إنّ مصطلح التضامن المفترض من المصطلحات المُركبة التي لم نجد لها تعريفاً في معاجم اللغة، لذا كان لزاماً علينا تفكيك هذا المصطلح المركب إلى جزئيين من أجل معرفة ما المقصود به على مستوى التفصيل من أجل الوصول إلى معناه الإجمالي، وهذا المصطلح يتكون من كلمتين هما (التضامن) و(المفترض) ، والتضامن في اللغة هو مصدر الفعل : تضامَنَ ، تضامنَ، يتضامن ، تضامُنًا ، فهو مُتضامن، وضَمِنَ الشيء بالكسر (ضَمانًا) كفل به فهو (ضَامنٌ) و(ضَمينٌ) . و(ضَمَّنه) الشيء (تضمِينًا فَتَضمَّنهُ) عنه مثلُ غرَّمهُ [1].كذلك يقال فلان ضامنُ وضَمينٌ ،

([1])محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ، بيروت ، دون سنة نشر، باب الضاد ، فصل الضاد والميم والنون، ص161.

يقال : ضمنتُ الشيء أضمنه ضمانا فأنا ضامن وهو مضمون [1]، ويقال تضامَنوا بمعنى التزم كل منهم أن يؤدي عن الآخر ما يقصر عن أدائِهِ، ومنها الضمين: الكفيل، ضمن الشيء وبه ضَمُنا وضمانًا: كفل به، وضَمنه أياه ، كذلك فإن التضامُن : هو التزام القوي أو الضعيف معاونة الضعيف أو الفقير، بمعنى أن التضامن يراد به التكافل والاتحاد وهو مشتق من الفعل ضمن فيقال :ضمن ضمْنًا وضَماناً الشيء وبه: كفله، وضمّن الشيء: غرّمه إياه، وتضامن الغرماءُ: ضمن بعضهم بعضًا تجاه صاحب الحق، يقال (هم متكافلون متضامنون) أي أن لصاحب الحق أن يطلب حقّه ممن يشاء منهم ، ويقال : القوم على أمر: أتحدوا متفقين عليه [2].

أما عن معنى المفترض في اللغة فمن خلال البحث عن الأصل الاشتقاقي لها في المعاجم اللغوية نجدها تحت الجذر اللغوي (فرض)، والفرض في اللغة مفهوم لهُ مصاديق عدّة ، ووفقاً لسياق الكلمة فيقال : فرضت الشيء أفرِضه فُرّضًا وفرّضتهُ أوجبتهُ ، ويراد به الحزُّ في الشيء ، والفرضُ ما أوجبه الله عز وجل وسُمّي بذلك لأنّ لهُ معالِمُ وحُدوداً ، وفرّض الله علينا كذا وكذا.... وافترّض أي أوجب بمعنى ما يجب القيام به من المكلف شرعاً أو تركه ، والفرّضُ التوقيتُ وكلُ واجبٍ مؤقتٍ فهو مفرّوضُ[3]،وفي حقيقة الأمر أن المفترض في اللغة مشتق من الفعل

([1]) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم أبن منظور الافريقي الأنصاري ، لسان العرب ، المجلد الثالث عشر، الطبعة الثالثة، دار صادر ، بيروت ، 1999 ، باب الضاد المعجمة- فصل (ضمن) ، ص257.

([2]) إبراهيم أنيس وأخرون، المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة ، 2004 باب الضاد ،ص544 ، كذلك : لويس معلوف، المنجد في اللغة ، الطبعة19، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، دون سنة نشر ، ص455.

([3])أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم أبن منظور الافريقي الأنصاري ، المصدر السابق ، المجلد السابع، فصل الفاء- باب فرض، ص202 ، كذلك : محمد بن أبي=

الخُماسيَ(افترض) ، والافتراض في اللغة هو التصوّر العقليّ بقطع النظر عن الواقع ، ومصدر افترض الشيء: فرضه ، وافترض الباحث : اتخذ فرضاً ليصل إلى حلّ مسألة ما ، وافترض الأحكام سنّها وأوجبها [1]. ، إلّا أن المعاجم اللغوية لا تفرق بين (الفرض والافتراض) فيقع التباس بينهما وبين مشتقاتهما ، إذ لابد من وجود فارق دلالي بين الأثنين؛ لأن زيادة المبنى تتبعها زيادة في المعنى ، ولعل كون (افتراض) على صياغة (افتعال) تخرج إلى معان متعددة وتختلف عن معاني (فرض)[2].

أما أهل النحو فإنهم يرون بأن الافتراض يدل على تقدير أشياء لاوجود لها في الواقع، وتكون النتائج المتحصلة منها صادقة قياساً مع الفرض نفسه، في حين أنها تكون كاذبة قياساً مع الواقع المعقول[3] ، كما أنهم يرون بأن الافتراض أمراً ظنياً احتمالياً قائمًا على الصورة والخيال من

= بكر بن عبد القادر الرازي ، المصدر السابق، باب الفاء ، فصل الفاء والراء والضاد ، ص209 ، كذلك: منصور محمد أبن محمد الأزهري، تهذيب اللغة، تحقيق الاستاذ: أحمد عبد العليم البردوني، مراجعة: علي محمد البجاوي، الجزء الثاني عشر، الدار المصرية للتأليف والترجمة، القاهرة، دون سنة نشر، ص13-14.

([1]) جعفر السيد باقر الحسيني، معجم مصطلحات المنطق، دار الاعتصام، القاهرة، دون سنة نشر، ص42.

([2]) أحمد الحملاوي، شذا العرف في فن الصرف، الطبعة الخامسة، دار الكتب المصرية ،القاهرة، 1927 ص24.

([3]) أبو الفتح عثمان بن جِنّي ، الخصائص ، الجزء الثاني ، الطبعة الرابعة، تحقيق: محمد علي النجار، طبع دار الشؤون الثقافية، بغداد ،1990، ص90.

منطلق الاجتهاد في ابتكار المفردات والتراكيب اللغوية وإيجاد حلول التوجيه المناسبة لها [1].

ثانياً : التضامن المفترض اصطلاحاً :

يمثل التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري أحد أهم الأسباب التي تسهم في توفير عنصر الائتمان في مجال التجارة ، ولهذه الأهمية لابد من معرفة معنى التضامن المفترض اصطلاحاً، ومن خلال تقصي نصوص القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951(المعدل) فضلاً عن القوانين الأخرى محل المقارنة لم نجد أن المُشرّع فيها قد وضع تعريفاً مستقلاً للتضامن المفترض، وحسناً فعل عندما ترك الأمر لإجتهاد الفقهاء كما هو الحال في كثير من المفاهيم الأخرى ، كما أن هذا الأمر لا يقتصر على المصطلح المُركب (التضامن المفترض) فحسب بل أن القوانين قد اغفلت وضع تعريف لكل جزء من هذا المصطلح المُركب ، ومن ثم فإنه لابد من اللجوء إلى استعراض أهم التعاريف التي وضعها الفقهاء لكل من (التضامن) و(المفترض) من اجل استخلاص تعريف دقيق جامع مانع لمعنى التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري، وينقسم الفقهاء في تعريف التضامن على اتجاهيين:

الاتجاه الأول : يرى أنصار هذا الاتجاه أن التضامن هو التزام قائم بذاته ، إذ يذهب أحد الفقهاء[2] إلى أن المقصود بتضامن المدينين

([1]) د. محمد خير الحلواني ، المفضل في تأريخ النحو العربي ، الجزء الاول(قبل سيبويه)، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت ، 1979 ص297 .

(2) د. أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام(أحكام الالتزام) ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005 ص244.

أو(التضامن السلبي)[1]هو((أن يسأل كل مدين قبّل الدائن عن كل الدين)) بينما وضع فقيه آخر[2] تعريفاً للتضامن على انه ((أن يتعدد المدينون بدين منقسم بطبيعته ويكون كلاً منهم ملزماً بأداء الدين كله)) ، كما يعرّفه آخر على أنه ((حق الدائن في مطالبة ما يشاء من المدينين المتضامنين أو جميعهم بكل الدين حتى يكون كل منهم ملتزماً بكل الدين في مواجهته))[3] .

و قد ركزت التعاريف أعلاه على التزام كل مدين بجميع الدين، إذ إنها جعلت كل مدين مسؤولاً عن الدين كله ومن ثم إذا تعدد المدينون فلا يملك أي منهم الدفع بالوفاء بجزء من الدين كما يكون من حق الدائن مطالبة أي من المدينين بكل الدين ، كما أن تعدد المدينين لا يجعلهم غير ملتزمين بأداء كل الدين حتى وإن كان الدين منقسمًا بطبيعته، وعليه فإن أنصار هذا الاتجاه يعتقدون بأن التضامن التزام بذاته وليس وصفاً يلحق الالتزام.

الاتجاه الثاني : ويذهب أصحابه إلى أن التضامن لا يعدو أن يكون وصفاً يلحق الالتزام ، إذ يذهب أحدهم[4] إلى أن المقصود بالتضامن ((وصف يحول دون انقسام الالتزام عند تعدد المدينين والغرض منه في

---

(1) إذ ينقسم التضامن في القانون المدني إلى نوعين هما تضامن المدينين او ما يطلق عليه بـ(التضامن السلبي) وتضامن الدائنين أو ما يطلق عليه بـ(التضامن الايجابي) ، وأن محل الدراسة ينصب على تضامن المدينين(التضامن السلبي) دون التضامن الايجابي بسبب ما يكون لتضامن المدينين من أهمية كبيرة ولكثرة وقوعه قياسًا بتضامن الدائنين النادر الوقوع.

(2) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات(مصادر الالتزام- احكام الالتزام- اثبات الالتزام) ، المكتبة القانونية ، بغداد، دون سنة نشر، ص413.

(3) د. أسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام مطالبة المدينين المتضامنين بالدين في القانون المدني- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديد ، الاسكندرية،2006 ، ص17.

(4) د. منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني، القسم الثاني ، أحكام الالتزام (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية – معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء)، دار ئاراس للطباعة والنشر ، أربيل،2006 ، ص582.

نطاق التضامن السلبي هو ضمان حصول الدائن على حقه دون أنّ يتعرض لخطر اعسار أحد المدينين))، كما عرّفه آخر على أنه ((وصف يلحق بالالتزام المتعدد الأطراف فيمنع من انقسامه))[1] ، وفي السياق ذاته عرّفه أحد الفقهاء[2] على أنه ((وصف يحول دون انقسام الحق في حالة تعدد الدائنين أو الالتزام في حالة تعدد المدينين)) ويبدو من هذه التعاريف أنها قد ركزت على طبيعة التضامن وجعلت منه وصفًا يلحق الالتزام فينقله من البسيط إلى الموصوف ومن ثم انتقلت إلى إبراز عدم إمكانية انقسام الالتزام في حالة التعدد.

وبدورنا نتفق مع الرأي الراجح الذي يجعل من التضامن وصفاً يلحق الالتزام وليس التزاماً قائماً بذاته، إذ أن التضامن ليس نظاماً مستقلاً بذاته وإنما هو وصف يلحق رابطة الالتزام فينقله من طبيعته البسيطة إلى الطبيعة الموصوفة وهو ما يترتب عليه جعل كل مدين ملتزم بوفاء كل الدين، وهذا الالتزام مرتبط بوجود ذلك الوصف الذي يلحق رابطة الالتزام، وخير دليل على ذلك أن الالتزام قد يوجد مع تعدد المدينين دون وجود التضامن بينهما وهذا هو الأصل في القواعد العامة.

أما معنى الافتراض لدى فقهاء القانون فنجد أنهم وضعوا له تعاريف عدّة ومنها ما ذهب إليه الفقيه (Maine) والذي عرَّف الافتراض بأنه ((افتراض يخفي أو يسعى إلى إخفاء حقيقة إن قاعدة قانونية معينة قد

---

(1) د. محمد لبيب شنب ، دروس في نظرية الالتزام، أحكام الالتزام، دون دار نشر، 1974 ص336.

(2) د. أنور العمروسي، التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1999 ص187.

عـدلت وغيـر حكمهـا دون أن يمـس نصـها))[1]، كمـا يُعـرف علـى أنـه ((وسـيلة عقليـة لازمـة لتطـور القـانون يقـوم علـى أسـاس افتـراض أمـر مخـالف للواقـع يترتـب عليـه التغييـر فـي حكـم القـانون دون التغييـر فـي نصّـه))[2]، وفـي السـياق ذاتـه يعـرف الافتـراض علـى أنـه ((كـل مسـلك مخـالف للواقـع يترتـب عليـه التغييـر فـي حكـم القـانون ، أو التصـرف القـانوني أو العلاقـات التعاقديـة ، تغييراً من شأنه أن يحدث أثراً قانونيا في محل التغيير))[3].

ومـن التعريفـات أعـلاه نلاحـظ أنهـا قـد ركـزت علـى تغييـر الحكـم القـانوني فـي قاعـدة موضـوعية قائمـة دون أن يـتم تغييـر عبـارة الـنص، كمـا أنهـا قـد أشارت إلى الهدف من افتراض أمر معين والذي يتمثل بتطوير القانون .

ويـرى آخـر أن المقصـود بـه هـو ((إلبـاس الخيـال ثـوب الحقيقـة والواقـع لتحقيـق اثـر قـانوني معـين مـا كـان ليتحقـق لـولا هـذا الافتـراض الكـاذب))[4]، وفـي السـياق ذاتـه يـذهب الفقيـه الالمـاني (أهـرنج) فـي كتابـه روح القـانون الرومـاني إلـى أن المقصـود بـالافتراض هـو ((كـذب فنـي تقتضـيه

([1])أشار إليه د. حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، الطبعة الأولى، مطبعة العاني ، بغداد ، 1975، ص 75، السير (Henry James Sumner Maine) ، هو بريطاني يميني ، ولد في أغسطس 1822 – وتوفي في فبراير 1888، ، كان فقيهًا مقارنًا ومؤرخًا في ذات الوقت، ويمكن اعتباره كواحدٍ من أسلاف الأنثروبولوجيا القانونية الحديثة والتاريخ القانوني وعلم الاجتماع القانوني.

([2]) د. عبد الناصر توفيق العطار، الوجيز في تاريخ القانون ،الجزء الأول، مكتبة السعادة، القاهرة، 1970،ص178.

([3]) د. محمود عبد الرحيم الديب : الحيل في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2008 ، ص61.

([4]) د. منصور مصطفى منصور ، المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الرابعة، دون مكان نشر، 1970 ص22.

الضرورة))[1]، كما عرفه آخر على انه ((تصوير ذهني يقصد منه تيسير الوصول لغاية محددة))[2]، و يتضح من التعاريف اعلاه أنها قد وصفت الافتراض بأنه (كذب) من أجل تحقيق غاية معينة، كما يفهم منها أن هنالك ضرورة تستلزم هذا الكذب من أجل تحقيق تلك الغاية.

في حين نجد من يرى أن المقصود بالافتراض هو((وضع من صنع المُشرّع مخالف للحقيقة يضعه في اعتباره عند صياغة القاعدة القانونية ويهدف من خلاله إلى ترتيب آثار قانونية معينة يتعذر الوصول إليها إلّا من خلاله))[3].

ويبدو أن هذا التعريف الأخير هو من أكثر التعاريف التي تنطبق على معنى الافتراض ؛ لأنه قد ذكر مسألة تبنّي المُشرّع للافتراض ومن ثم فأنه يضفي عليه المشروعية من جهة ومن جهة أخرى فأن الافتراض يكون موجوداً في ذهن المُشرّع عند صياغة النص ليجعل منه وسيلة لترتيب آثار قانونية وإن لم ينص عليها صراحةً، مع الإشارة إلى انّه مخالف للحقيقة دون التركيز على الكذب وحده ؛ لأن الافتراض قد يقوم على المجاز في بعض الاحيان.

والافتراض يكون دوره في تطوير القانون عند إنشاء قاعدة قانونية جديدة ، فنجدها تتضمن في فحواها على افتراض مخالف للحقيقة تارةً، وتارةً أخرى يكون دوره في توسيع نطاق تطبيق القواعد القانونية القائمة دون

([1])أشار اليه د. ابو زيد عبد الباقي مصطفى ، الافتراض ودوره في تطوير القانون ، دار التأليف، الاسكندرية، 1980 ص7.

([2]) د. زهدي يكن ، محاضرات في تأريخ القانون ، مطبعة جامعة بيروت العربية، بيروت، 1964 ص63.

([3]) جوتيار عبدالله مصطفى، الافتراض القانوني في قانون المرافعات– دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2017، ص49–50.

إنشاء قاعدة قانونية جديدة ويقوم حينها على فكرة المجاز لإيجاد حلول قانونية جديدة، وأخيراً يكون دور الافتراض في تبرير قاعدة قانونية قائمة وفي هذه الحالة لا يدخل الافتراض في مضمون القاعدة القانونية ولا يُسهم في توسيع نطاقها بل أن دوره يقتصر على شرح القاعدة القانونية وتبريرها[1] .

وقبل إعطاء تعريف للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري من خلال المزج بين ما تم استعراضه من معانٍ مختلفة لكل من (التضامن) و(الافتراض) لابد من الإجابة عن سؤال مهم مفاده هل أن مفهوم الافتراض الذي سبق ذكره هو ذات الافتراض الذي نحن بصدده في التضامن في المسائل التجارية أم انه يختلف عنه؟

للوهلة الأولى يتبادر إلى الاذهان أن التضامن في الالتزام بشكل عام لا يمكن افتراضه ؛ لأن وجوده لابد أن يتقرر بالاتفاق أو بقاعدة موضوعية وهذا ما جسّده نص المادة (320) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها ((التضامن ما بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون)) [2] وهذا النص يهدف فيه المُشرِّع إلى تحقيق (العدالة) والتي

([1]) للمزيد ينظر: د. ياسر باسم ذنون، الافتراض ودوره في تطوير القانون، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية، العدد1، المجلد (12) ، لسنة 2005 ص132-133.

([2]) ويقابلها نص المادة (279) من القانون المدني المصري النافذ رقم(131) لسنة 1948 (المعدل) والتي تنص على أنه ((التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفترض وانما يكون بناء على أتفاق أو نص في القانون)) وكذلك نص المادة(1310) من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 (المعدل بموجب الأمر المرقم 2016-131والصادر في 10/شباط/ 2016) وقد حلت هذه المادة بدلاً عن المادة (1202) والتي تنص على أنه ((التضامن لا يُفترض ، يكون التضامن قانونياً أو أتفاقياً)) ، د. نافع بحر سلطان ، قانون العقود الفرنسي الجديد – ترجمة عربية للنص=

تُعد إحدى غاياته [1] ،إذ أن قساوة نظام التضامن وما يترتب عليه من أحكام قانونية مؤثرة على المدينين لابد معها من تبني قاعدة عدم افتراض التضامن عند تعدد المدينين في البيئة المدنية وجعلها الأصل في ذلك إما افتراض التضامن فيكون هو الاستثناء، وعليه يبقى كل مدين ملتزماً بحدود حصته من الدين ولا يملك الدائن حق مطالبة أي من المدينين بكل الدين وفي مقابل ذلك فإن المدين يملك الدفع بحقّي التجريد و التقسيم ضد الدائن عند مطالبته بالدين كله إلّا إذ وجد اتفاق أو نص قانوني يخالف ذلك[2].

= الرسمي– مطبعة المنتدى، الطبعة الأولى، بغداد ، 2017 ص78، والنص باللغة الفرنسية هو:

Art. 1310.–La solidarité est légale ou conventionnelle ; elle ne se présume pas

وكانت المادة (1202) الملغاة تنص على ((لا يفترض التضامن بين أطراف العقد أبداً، بل يجب أن يُشترط صراحة. ولا يستبعد سريان هذه القاعدة إلّا في الحالات التي يحصل فيها التضامن حكماً بموجب نص قانوني)) ، والنص باللغة الفرنسية هو كما يأتي:

Art. 1202.– La solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipule .Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, .en vertu d'une disposition de la loi

القانون المدني الفرنسي باللغة العربية ، جامعة القديس يوسف، بيروت ، 2012، ص1191.

([1]) إذ أن المُشرّع عند وضعه للقوانين يهدف إلى تحقيق غايتين مهمتين هما (العدالة و استقرار المعاملات) ومن ثم نلاحظ أنه يغلب أحد تلك الغايات على الأخرى كلما تطلب الأمر ذلك. للمزيد ينظر : الاستاذ عبد الباقي البكري ، مبادئ العدالة مفهومها ومنزلتها ووسائل ادراكها ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون والسياسة – جامعة بغداد ، عدد خاص باليوبيل الماسي للكلية ، الدار العربية ، بغداد، مايس – 1984 ،ص95.

([2]) د. منذر الفضل ، المصدر السابق ، ص581.

وبخلاف ذلك نجد أن البيئة التجارية لها من الخصوصية ما يُميزها عن البيئة المدنية والتي تستوجب توافر عناصر مهمة تُعد من مقومات التجارة وهذه المقومات تتمثل بـ (السرعة والثقة والائتمان) والتي تسهم في زيادة النشاط التجاري وتوفر الضمانات المهمة للتاجر في حصوله على حقه ممن يتعامل معهم، وافتراض التضامن بين المدينين في الالتزام التجاري يمثل أحد الدعامات الرئيسة التي توفر الائتمان في البيئة التجارية إلى جانب حرية الاثبات ونظام الافلاس[1]، إذ يتمكن التاجر(الدائن) من الحصول على دينه ممن يشاء من المدينين عند تعددهم وفقاً لهذا النظام دون أن يكون لأحدهم التمسك بدفع مقدار حصته من الدين فقط أو مطالبة الدائن بالرجوع على باقي المدينين أولاً قبل مطالبته، ولكن لم يكن تبني القول بالتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري بالسهولة التي يمكن أن نتوقعها؛ لأن البعض من الفقهاء قد ذهب إلى نفي افتراض التضامن في البيئة التجارية وعليه فقد أنقسم الفقهاء في ذلك بين مؤيد لوجود الافتراض ومنكرٍ لهُ [2].

ويبدو لنا أن المسألة تستوجب النظر إليها من زاوية أخرى، إذ يجب النظر إليها من زاوية الافتراض وليس التضامن بذاته وذلك من أجل الوقوف على مدى إمكانية تطابق معنى الافتراض مع ما نحاول إثباته من افتراض في نطاق التضامن في المسائل التجارية.

إن هذا الأمر لا يمكن إبداء الرأي فيه إلّا من خلال إعطاء معنى دقيق للافتراض بشكل عام، إذ كما رأينا فقد عبّر البعض عن الافتراض بأنه كذب

([1]) د. عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري(الاعمال التجارية – العقود التجارية– التجار– المتجر)، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار الثقافة، عمّان، 2017، ص26.

([2]) هذا ما سيتم مناقشته بالتفصيل في الصفحات (81 – 90) من الأطروحة .

فنـــي اقتضـــته الضـــرورة أو هـــو إلبـــاس الخيـــال ثـــوب الحقيقـــة والواقـــع لتحقيـــق أثـــر قـــانوني معـــين مـــا كـــان ليتحقـــق لـــولا هـــذا الافتـــراض الكـــاذب، ومـــن ثـــم فـــإن الافتـــراض مـــا هـــو إلّا حالـــة مجازيـــة مـــن نســـج خيـــال المُشـــرِّع ولـــيس لـــه وجـــود فـــي الواقـــع ويهـــدف مـــن خلالـــه إلـــى تطبيـــق أحكـــام قانونيـــة علـــى مســـالة معينـــة رغـــم عـــدم اشـــتمال القاعـــدة القانونيـــة عليهـــا ابتـــداءً عنـــد وضـــع النصـــوص القانونيـــة ، وهـــذا الأمـــر مخـــالف للواقـــع ولكـــن يضـــعه المُشـــرّع نصـــب عينيـــه عنـــد صـــياغة القاعدة القانونية [1].

إذ أن الافتراض يكون على نوعين هما:

أ- الافتـراض الـذي يسـتند إليـه المُشـرّع عنـد صـياغة القاعـدة القانونيـة بصـورة عامـة ويهـدف مـن خلالـه إلـى جعـل القاعـدة القانونيـة مرنـة بحيـث يمكـن أن تسـتوعب مـا يسـتجد مـن حـالات جديـدة ، و يسـتند المُشـرّع فـي ذلـك علـى صـفتي العمـوم و التجريـد اللتـين تلازمـان القاعـدة القانونيـة ولا تنفكـان عنهـا ابـداً، لـذا فـإن المُشـرّع يضـع القواعـد القانونيـة لتسـتوعب مـا كـان ومـا عسـى أن يكـون مـن خـلال افتراضـات يضـعها أمامـه وبمـا ينسـجم مـــع مـــا يتوقـــع حصـــوله مـــن وقـــائع تســـتجد ويمكـــن حصـــولها مســـتقبلاً[2]. وهـذا الافتـراض بحـد ذاتـه هـو مخـالف للحقيقـة القانونيـة عنـد إقـرار القاعـدة القانونيـة ، أي ان مخالفـة الواقـع تكـون فـي الحـال ويمكـن ان تتغيـر لتتحـول إلـى حقيقـة، إذ إن هـذه المخالفـة يمكـن ان تـزول بمجـرد حـدوث وقـائع جديـدة يمكـن تطبيـق القاعـدة القانونيـة

([1]) أســـتاذنا د. باســـم علـــوان طعمـــه العقـــابي، البيئـــة التجاريـــة، مجموعـــة محاضـــرات القيـــت علـــى طلبـــة الـــدكتوراه فـــي فـــرع القـــانون الخـــاص – كليـــة القـــانون– جامعـــة كـــربلاء، للعـــام الدراسي 2018–2019 ص5.

([2]) د. ســـمير عبـــد الســـيد تنـــاغو، النظريـــة العامـــة للقـــانون، منشـــأة المعـــارف، الاســـكندرية، 1974ص407.

عليها، وهذا ينطبق مع منهج المُشرّع عند إقراره للقاعدة القانونية التي تفيد الحال والاستقبال [1].

وهذا الأمر مهما كان يحمل من مخالفة للواقع إلّا انه ينسجم مع عمل المُشرّع الذي يسعى إلى مواكبة التطورات الواقعية وفي حدود يكون فيها الافتراض منسجماً مع الأسس الفلسفية والعقائدية التي يتبناها المُشرّع، ومثال ذلك افتراض التزام المدين بالوفاء والذي يرتبط بظهور العلاقة العقدية ومن ثم يترتب واجب الوفاء على أطرافها .

ب – أما النوع الثاني من الافتراض فهو الافتراض الذي يناقض الواقع ، وهذا النوع من الافتراضات هو الافتراض الذي لا يتوقع حصوله أو ظهوره إلّا إذا خرج من ذهنية وعقلية المُشرّع وانتقاله إلى حيز الوجود، إذ أن الضرورة تقتضي على المُشرّع أن يناقض بعض الحقائق من خلال إيجاد افتراضات تسهم في إيجاد حلول لمشاكل معينة لا يمكن حلها لولا هذا الافتراض، ومن أمثلتها افتراض الشخصية المعنوية للشركة وافتراض الشخصية القانونية والحياة للجنين في بطن أمه في حدود معينة وبما يضمن له الحصول على حقوقه، وهذا النوع من الافتراضات يسمى بالافتراض مستحيل الوقوع بخلاف النوع الأول الذي يمكن أن نسميه بالافتراض ممكن الوقوع، وهو أمر يقوم به المُشرّع لحالات لا يمكن أن توجد إلّا بوجود هذا الافتراض ، إذ أن الشركة لا يمكن أن نتصور أن تكون لها شخصية معنوية لو لم يفترض المُشرّع لها ذلك[2] وقس على ذلك غيرها من الافتراضات التي تدخل ضمن هذا النوع.

([1]) د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان،2009 ص265-266.

([2]) د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2005 ص234.

ويتضَّح أن النوع الأول من الافتراضات (ممكن الوقوع) يضعه المُشرّع عند صياغة القاعدة القانونية بما يلازمها من عمومية وتجريد دون النظر إلى الظروف التي تحيط بتطبيقها، في حين نلاحظ أن النوع الثاني من الافتراضات (مستحيلة الوقوع) تضم في طياتها مخالفة صريحة للواقع ولا يمكن أن تتحقق تلك المخالفة لأنها لا ترتبط بالوجود الواقعي ومن ثم لا يتصور وجودها دون وجود النص القانوني المقرر لها ، وهذا هو المقصود بالافتراض القانوني حسب المصطلح المتداول.

وكلا الافتراضين لا يخلو من مخالفة الواقع سواء أكانت مخالفته آنية للواقع من خلال منح القاعدة القانونية المرونة الكافية لاستيعاب ما يستجد من حالات أم مخالفة الواقع لحالات لا يمكن تصور وجودها دون خروجها من ذهنية المُشرّع ، وهذه المخالفة بنوعيها تتضمن مخالفة للحقيقة[1]،

([1]) إذ تقسم الحقيقة إلى حقيقة طبيعية أو واقعية وحقيقة قانونية، والحقيقة الطبيعية هي مجموعة من الحقائق المادية السابقة في الوجود للقاعدة القانونية وعليه تكون سابقة للحقيقة القانونية التي تشملها القاعدة القانونية ؛ لأن الوجود المادي أسبق من حيث النشأة من الوجود القانوني ، وتنقسم الحقيقة الطبيعية بدورها إلى ثلاث اقسام هي : الحقيقة التأريخية وهي التي تفترض مالم يحدث في الحقيقة والواقع كافتراض أن الأسير الروماني قد مات قبل وقوعه في الأسر ، والحقيقة العلمية التي تستند إلى معطيات محددة وثابتة علمياً كاكتساب الانسان الشخصية القانونية بمجرد ولادته وانتهاء تلك الشخصية بوفاته ، والحقيقة الفلسفية القائمة على مبدأ السببية ومن ثم فإن مخالفتها يتم عن طريق مخالفة مبدأ السببية أو مبدأ عدم التناقض ومثال ذلك الأثر الرجعي للشرط .

أما الحقيقة القانونية فالمقصود بها الإحكام القانونية الفنية التي صنعها المُشرّع بنفسه والتي يضعها لوقائع ماهي إلّا عبارة عن عوامل كثيرة ومتنوعة ومتغيرة ومتطورة نابعة من صميم الحياة الانسانية وما تستجد منها من حاجات كافتراض الشخصية المعنوية ، للمزيد ينظر: د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، المصدر السابق، ص8-13 ، كذلك، د. عبد الحميد فوده، الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2003 ، ص18-22.

وافتراض التضامن يتضمن مخالفة للحقيقة ولكنها ليست من النوع الذي لا يمكن تصوره إلّا إذ انبثق من مخيلة المُشرِّع ، لأنه لا يدخل ضمن نطاق الاستحالة العقلية أو المنطقية؛ لأن إمكانية وجوده أمر محتمل الوقوع، لذا يمكن القول إنّ افتراض التضامن يُعد صورة ذهنية في مخيلة المُشرّع تكون قريبة من الواقع من حيث الأصل، ولو قمنا بالربط بين الصورة الذهنية (افتراض التضامن) والبيئة التجارية سنلاحظ أن العرف التجاري يُسهم في إمكانية تحول الصورة الذهنية إلى واقع يجب التمسك به ، ومبنى العرف هنا هو المصلحة المشتركة للملتزمين بالدين التجاري ومن ثم يمكن القول بوجود التضامن المفترض على اعتبار أن التضامن المفترض موجود ولكن غير منجز ومن ثم يكون وجوده مقترناً بقيام علاقة تجارية يتعدد المدينون فيها.

ومن كل ما سبق يمكن لنا أن نمزج بين المعاني الدقيقة لكل منهما من أجل استخلاص تعريف للتضامن المفترض ، إذ لاحظنا أن المقصود من التضامن إمكانية مطالبة أي من المدينين عند تعددهم بكل الدين كما لاحظنا أن المقصود بالافتراض هو مخالفة الحقيقة من أجل ترتيب آثار قانونية ومن ثم يمكن أن نقترح تعريفاً للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري على أنه (التزام كل مدين في الدين التجاري عند تعددهم بكل الدين تجاه الدائن بموجب قرينة المصلحة المشتركة للمدينين التي يقررها العرف التجاري) وهذا التعريف يقرر عدّة مسائل :

1- إنّ خصوصية العمل التجاري وما يتميز به عن العمل المدني تجعل من الالتزام به أمراً يتطلب تضامن المدينين من أجل توفير الائتمان الذي يتلائم مع البيئة التجارية .
2- التضامن بين المدينين في الالتزام التجاري يكون مفترضاً دون الحاجة إلى اتفاق المدينين على ذلك أو اقراره في القواعد القانونية.

وهـذه المسـائل وغيرهـا سـيتم بيانهـا فـي أمـاكن لاحقـة مـن أجـل معرفـة مـدى فاعليتها.

الفرع الثاني

نطاق التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري

إنّ مفهـوم التضـامن المفتـرض للمـدينين فـي الالتـزام التجـاري مـن الأهميـة بمكـان مـا يسـتلزم إرسـاء الابعـاد الضـرورية التـي تحـدد مـداه ، لـذلك لا بـد مـن بيـان الأُطـر التـي يمكـن تطبيقهـا علـى البُعـدين الموضـوعي والشخصـي وذلـك من خلال ما يأتي:-

أولاً :النطاق الموضوعي للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري

مـن أجـل إيضـاح حقيقـة التضـامن المفتـرض للمـدينين فـي الالتـزام التجـاري ونفـي الغمـوض عنـه لابـد مـن بيـان المضـامين التـي تُبـين أُطـره وهـل هـي مـن السعة أم أنّها تكون محدودة في أُطر معينة؟

عنـد نشـأة التضـامن المفتـرض والتـي تعـود أُصـولها إلـى الأعـراف فـي فرنسـا إذ ابتـدع التجـار هـذا العـرف للـتخلص مـن بعـض المسـائل التـي تعيـق تجـارتهم وتحـد منهـا و لتنسـجم مـع متطلباتهـا ولتسـهم فـي تـوفير الثقـة المتبادلـة بـين اطـراف العلاقـة التجاريـة مـن خـلال حمايـة الـدائنين مـن مخـاطر إفـلاس أو إعسـار أحـد المـدينين، وكـان الافتـراض الخـاص بتضـامن المـدينين فـي المسـائل التجاريـة قـد ظهـر فـي فرنسـا قبـل تقنـين قـانون التجـارة فيهـا وكـان يسـتند إلـى العـرف التجـاري القـديم القـائم علـى قرينـة المصـلحة المشـتركة للمدينين المتضامنين [1].

([1]) Daniel Bert ,frédéric planckeel : L'essentiel du Droit commercial et des affaires, Gualien textenso, 1 re idition, 2017-2018 , p28

ولكن في بداية ظهور التضامن للمفترض بين المدينين في الالتزام التجاري كان دوره يقتصر على العقود التجارية فقط إلّا أن الفقه والقضاء قاما بدور مهم في توسيع نطاقهِ من خلال سريانه على جميع الالتزامات التجارية من دون استثناء وامتد ذلك ليشمل حتى العمل غير المشروع، واقر القضاء في فرنسا بافتراض تضامن المدينين في الالتزام التجاري في قرارات عدّة[1]، وقد وسَّع من نطاقه ليشمل جميع الالتزامات ومنها الكفالة التجارية والاستغلال المشترك للمحل التجاري، وهذا الأمر لم يكن مُسلّم به أولاً؛ لأن القضاء هنالك كان يقيم التضامن على أساس افتراض قيام شركة تجارية بين المدينين المتضامنين، ولكن عملت محكمة النقض الفرنسية على إزالة

([1]) ((التضامن السلبي في الدين العام ، عندما يكون عدّة بائعون أو العديد من المشترين هم أطراف في العقد ، يجب اعتبارهم كمُلزمين بالتضامن والتكافل ، منذ ذلك الحين ، بما يتعارض مع القواعد العامة (المادة 1310 من القانون المدني) ، إذ يفترض التضامن في الأمور التجارية)).

نص القرارات باللغة الفرنسية :

((Solidarité passive dans la dette commune. Lorsque plusieurs vendeurs ou plusieurs acquéreurs sont parties au contrat, il faut les considérer comme solidairement obligés, puisque, contrairement au droit commun C. civ., art. 1310), la solidarité est présumée en matière commerciale)

Cass. civ., 7 janv. 1946 : Gaz. Pal. 1946, 1, jur., p. 92

Cass. com., 8 juin 1993, nº 89-14658

نقلا عن :

Iony Randrianirina, COURS DE DroitCommercial, 1re édition Intègre les dispositions de la loi PACTE du 22 mai 2019, © 2019, Gualino, Lextenso,2019-2020, p235

هـذه القيـود ومـن ثـم تـم الاقـرار بوجـود التضـامن فـي جميـع الالتزامـات التجاريـة في مرحلة لاحقة[1].

إذ كـان القضـاء الفرنسـي يسـتند إلـى وجـود التضـامن المفتـرض فـي العمـل غيـر المشـروع علـى الخطـأ المشـترك بينمـا لـم يقـضِ بوجـود التضـامن فـي الكسـب دون سـبب، بـل أكثـر مـن ذلـك كـان لـم يقـرر افتـراض تضـامن الكفيـل والمدين الاصلي في الدين التجاري[2].

أمـا فـي مصـر فكـان الفقـه فيهـا قبـل صـدور قـانون التجـارة الجديـد مُنقسـماً بـين مـن يقـول بعـدم افتـراض التضـامن بـين المـدينين فـي الالتـزام التجـاري وبـين رأي أخر يذهب إلى عكس ذلك.

و الـرأي الفقهـي الـذي ينفـي وجـود التضـامن المفتـرض للمـدينين فـي الالتـزام التجـاري كـان يسـتند إلـى عـدم التمييـز فـي التضـامن بـين المسـائل التجاريـة والمدنيـة ، إلّا أن هـذا الـرأي لا ينفـي وجـود التضـامن تمامـاً بـل كـان ينكـر افتراضـه ويُجِـدّ مـن نطاقـة، إذ يقـر بوجـوده فـي حالـة الاتفـاق أو الـنص عليـه مـن قبـل المُشـرّع، ومـن ثـم فـإنهم كـانوا يُضـيِّقون مـن نطـاق التضـامن فـي

([1]) د. محمـد فريـد العرينـي و د جـلال وفـاء محمـدين : القـانون التجـاري –الاعمـال التجاريـة– التجـار المحـل التجـاري، الجـزء الأول، دار المطبوعـات الجامعيـة ، القـاهرة ، 1998 ص 87–88.

([2]) د. عبـد الـرزاق أحمـد السـنهوري، الوسـيط فـي شـرح القـانون المـدني الجديـد– الجـزء الثالـث– نظريـة الالتـزام بوجـه عام(الاوصـاف– الحوالـة– الانقضـاء)، دار أحيـاء التـراث العربي، بيروت ، 1958 ، ص267.

المسائل التجارية ويجعلونه مقتصراً على العقود التجارية وكذلك المسائل التي نص عليها القانون على سبيل الحصر[1].

أما غالبية فقهاء القانون التجاري فيذهبون إلى افتراض التضامن بين المدينين في المسائل التجارية دون الحاجة إلى اتفاق الأطراف على ذلك أو النص عليه من قبل المُشرّع ، وهذا الرأي لم يحدد النطاق الموضوعي للتضامن المفترض في التزام معين بل جعله شاملاً لجميع الالتزامات التجارية لأن أساسه يكون في الافتراض بعيداً عن الاتفاق أو النص القانوني ومن ثم فهو يستغ ليشمل جميع الالتزامات التجارية[2].

وبعد صدور قانون التجارة المصري الجديد رقم (17) لسنة 1999 وإقراره للتضامن المفترض في الالتزام التجاري بموجب نص المادة (47) منه والتي تنص على أنه ((1- يكون الملتزمون بدين تجاري متضامنين في هذا الدين مالم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك، 2- ويسري هذا الحكم في حالة تعدد الكفلاء في الدين التجاري)) ، فإن هذا النص أسهم في قطع النزاع الفقهي بشأن الافتراض من عدمه من جهة ومن جهة أُخرى فإنه قد وسّع من نطاق التضامن المفترض للمدينين في الالتزامات التجارية فجعله

([1]) د. سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني- في الالتزامات- المجلد الرابع أحكام الالتزام (ويشمل آثار الالتزام واوصافه وانتقاله وانقضاءه) ، الطبعة الثانية ، مكتبة صادر ، القاهرة ، 1992 ص577.

([2]) د. محسن شفيق: القانون التجاري المصري، الجزء الاول ، الطبعة الاولى، الاسكندرية، 1949 ص 23 ، د. علي حسن يونس ، القانون التجاري، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1959 ص51.

شـــاملا لجميـــع الالتزامـــات وذلـــك لأنّ القاعـــدة التـــي اقـــرت التضـــامن المفتـــرض جاءت مطلقة ولم تحدد مسألة بالذات من المسائل التجارية[1].

أمـا فـي العـراق فـإن الأمـر كـان بخـلاف القـوانين محـل المقارنـة، وبعـد أن تـم إصـدار قـانون التجـارة الأسـبق رقـم (60) لسـنة 1943 (الملغـي) كـأول قـانون تجـارة عراقـي كـان قـد أنهـى كـل نـزاع فقهـي حـول وجـود التضـامن المفتـرض للمـدينين مـن عدمـه وذلـك بتضـمينه للتضـامن المفتـرض فـي المـادة (103) والتـي تـنص علـى أنـه ((إذا ارتـبط شخصـان فـأكثر علـى وجـه الاشـتراك بتعهـد مـا تجـاه شـخص آخـر فـي معاملـة تُعـد تجاريـة بالنسـبة لهـم أو لأحـدهم فيكـون جميـع المـرتبطين بـذلك التعهـد مسـؤولين بالتضـامن والتكافـل مـالم يُشـترط خـلاف ذلـك)) ، و حتـى عنـد إلغـاء هـذا القـانون بموجـب قـانون التجـارة السـابق رقـم (149) لسـنة1970 (الملغـي) فـإن الأمـر لـم يخـرج عـن دائـرة وجـود التضـامن المفتـرض للمـدينين فـي الالتـزام التجـاري؛ إذ تضـمَّن هـذا القـانون فـي المـادة (1/81) التـي تـنص علـى انـه ((إذا ارتـبط شخصـان أو أكثـر بـدين تجـاري يكونـون متضـامنين فـي هـذا الـدين مـالم يـنص القـانون أو الاتفاق على غير ذلك)) .

والاخـتلاف كـان يتجسـد فـي عـدم إدراج نـص فـي قـانون التجـارة العراقـي النافـذ رقـم (30) لسـنة 1984 ممـا جعـل الأمـر يعـود بـالنزاع بـين الفقهـاء مـن جديد حول وجود التضامن المفترض من عدمه.

لـذلك انقسـم الفقهـاء بـين مـن يقـول بـأن التضـامن لا يفتـرض فـي المسـائل التجاريـة بـدليل عـدم وجـود الـنص عليـه و أنـه لا يختلـف عـن التضـامن فـي

([1]) د. سـميحة القليـوبي، الوسـيط فـي شـرح قـانون التجـارة المصـري- الجـزء الأول- نظريـة الأعمـال التجاريـة والتـاجر- بيـع ورهـن المحـل التجـاري وتـأجير اسـتغلاله وحمايتـه ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012 ص95 .

المسائل المدنية ومن ثم لا يمكن القول به إلّا بوجود الاتفاق أو نص القانون عليه وذلك لعدم وجود القاعدة الخاصة في قانون التجارة التي تقرر الافتراض لهذا التضامن بين المدينين وتُقيَّد النص العام في القانون المدني العراقي التي تقرر عدم افتراض التضامن من جهة، و لوجود بعض القواعد الخاصة في قانون التجارة التي تقرر التضامن المفترض في حالات معينة من جهة أخرى، وعليه فأن هذا الرأي كان يُضيق من نطاق التعاملات التي يشملها التضامن المفترض ويقتصرها على العقود التجارية الناتجة عن اتفاق اطراف العلاقة التجارية وكذلك التطبيقات التي نص عليها المُشرّع في النصوص الخاصة المتفرقة في قانون التجارة والقوانين المكملة له[1].

أما من تبنى الرأي القائل بأن التضامن في المسائل التجارية يكون مفترضاً دون الحاجة إلى اتفاق الأطراف عليه أو إلى وجود النص المقرر له فكان يجعل من النطاق الموضوعي للتضامن من السعة بحيث يشمل كل الالتزامات التجارية و لا يستثني منها إلّا ما اتفقت عليه الاطراف بإرادتها أو ما تم استبعاده بموجب نص في القانون[2].

([1]) د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، هامش ص413، د. يوسف عودة غانم المنصوري، التضامن الصرفي في الأوراق التجارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2012، ص13.

([2]) د. صلاح الدين الناهي ، الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي – أحكام الالتزامات والعقود التجارية : العقود التجارية المعينة ، الطبعة الرابعة المنقحة والمزيدة، مطبعة أسعد، بغداد ، 1962 ص6 ، د. فوزي محمد سامي: شرح القانون التجاري (مصادر القانون التجاري، الاعمال التجارية، التاجر، المتجر، العقود التجارية)،المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة والنشر ، عمّان، 1997 ص30 ، د. عزيز العكيلي، المصدر السابق، ص64 ، د. فاروق إبراهيم جاسم، القانون التجاري، الجزء الاول- مقدمة عامة- الإعمال التجارية – التاجر – المحل التجاري ،الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2018 ، ص31.

ثانياً : النطاق الشخصي للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري

إنّ تحديد نطاق التضامن لا يقتصر على معرفة المسائل التي تمثل نطاقهُ الموضوعي بل يجب بيان نطاقه الشخصي وذلك من خلال تحديد الأشخاص الذين يسرى عليهم التضامن المفترض.

إنّ التضامن عموما يقوم في الأساس على تعدد أطراف الالتزام سواء أكان ذلك التعدد من جانب الدائنين(التضامن الايجابي) أم من جانب المدينين(التضامن السلبي)، وإن أغلب القوانين المدنية لم تفرق بين كلا النوعين من حيث المصدر إذ أن أساسها يكمن في الاتفاق بين الاطراف أو النص القانوني لذلك فإن القوانين المدنية قد استبعدت في الأصل افتراض التضامن بين الدائنين أو بين المدينين[1].

أما في البيئة التجارية فإن تضامن المدينين يكون مفترضاً وأساسه العرف التجاري ومن ثم فهو لا يحتاج إلى الاتفاق أو نص قانوني لإقراره، في حين أن تضامن الدائنين لا يوجد دليل على كونه مفترضاً ومن ثم فهو يأخذ نفس حكم تضامن الدائنين في البيئة المدنية[2].

لذا فأن النطاق الشخصي للتضامن المفترض يقتصر على المدينين بدين تجاري دون الدائنين، و هذا الأمر مقرر على أساس وجود قرينة المصلحة التي تمخضت عن عرف تجاري قديم يتمثل في اشتراك المدينين بالتزام

([1])كما جاء في المادة (315) من القانون المدني العراقي التي تنص على ((لا يكون الدائنون متضامنين إلّا إذا كان هناك اتفاق على ذلك أو كان القانون ينص على تضامنهم)) والمادة (320) منه والتي تنص على ((التضامن ما بين المدينين لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون.)).

([2]) د. علي العريف ، شرح القانون التجاري المصري ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة ، 1947 ص 130.

معين يترتب عليه وجود مصلحة لهم في هذا الالتزام ومن باب أولى أنّ يكونوا ملتزمين على وجه التضامن تجاه الدائن بوفاء الدين لوجود تلك المصلحة من ذلك الالتزام المشترك [1].

وعليه فإن التضامن المفترض في المسائل التجارية يسري على المدينين تجاه الدائنين وبذلك يكون للدائن الحق في مطالبتهم جميعا أو مطالبة أحدهم بالوفاء بكل الدين، كما يترتب على التضامن المفترض التزام المدينين بعضهم تجاه بعض الآخر بسداد حصتهم من الدين الذي يقوم بوفائه أحد المدنيين وإن كان هذا الأمر لا يكون مطلقاً إذ إن فلسفة التضامن بين المدينين تكون بتضامنهم تجاه الدائن ، أما في ما بينهم فأن الدين ينقسم عليهم كل بقدر حصته عند الرجوع عليهم من قبل المدين الذي قام بوفاء الدين ولكن هم يبقون متضامنين في ما بينهم عند إعسار أو إفلاس أحد المدينين إذ يتحملون نسبة الدين جميعا تجاه المدين الذي قام بالوفاء بعد خصم حصته الملتزم بها بشأن المدين المفلس أو المعسر .

ويشمل النطاق الشخصي للتضامن المفترض الكفيل المتضامن في الكفالة التجارية ، إذ أقرَّت التشريعات هذا الأمر وجعلت من الكفيل التجاري متضامناً مع المدين في وفاء الدين [2] مما يعطي الحق للدائن بالرجوع على المدين أو الكفيل دون أن يملك الأخير التمسك بحق التجريد.

([1]) د. محمد حسني عباس ، الوجيز في النظرية العامة للقانون التجاري ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، الاسكندرية ، دون سنة نشر ، ص11.

([2]) كما جاء في المادة (1030/الفقرة 2) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه ((2- أما الكفالة القضائية والقانونية والتجارية، يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين)) و نص المادة (47) من قانون التجارة المصري الجديد التي تنص على أنه ((1- يكون الملتزمون بدين تجاري متضامنين في هذا الدين مالم ينص=

وأخيرا فأن النطاق الشخصي للمتضامنين بدين تجاري لا يقتصر على فئة التجار فقط ، إذ يشمل جميع المدينين مادام العمل تجارياً[1] .

المطلب الثاني

شروط التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري

إنَّ مقتضى تحقق الشيء يتوقف على توافر أركانه فضلاً عن شروطه وإنْ كانت هذه الشروط خارجةً عن حقيقته وماهيته ولا يعني وجودها وجود الشيء ولكن يلزم من عدمها العدم ، لذا لا يمكن افتراض التضامن بين المدينين في الالتزامات التجارية دون توافر عدّة شروط تُسهم في تحقق وجوده ؛ إذ يتوقف وجود افتراض التضامن في المسائل التجارية على عدّة مقومات تدعم القول بالافتراض والأخذ به كأحد الانظمة التي تسود البيئة التجارية وهذه الشروط تارةً تتعلق بذات التضامن المفترض وتارةً أخرى تتعلق بأطراف التضامن المفترض .

لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين ، يخصص الفرع الأول بالشروط المتعلقة بالتضامن المفترض ذاته في حين يكون الفرع الثاني للشروط المتعلقة بأطراف التضامن المفترض.

=القانون أو الاتفاق على غير ذلك، 2- ويسري هذا الحكم في حالة تعدد الكفلاء في الدين التجاري)) .

([1]) د. أكرم ياملكي : الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي، الجزء الأول –في الاعمال التجارية والتجار، الطبعة الثانية المعدلة في ضوء أحكام قانون التجارة الجديد، مطبعة العاني، بغداد، 1971 ، ص114 .

الفرع الأول

الشروط المتعلقة بالتضامن المفترض ذاته

يرتبط وجود التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري بتحقق بعض المقومات الاساسية التي تدعم وجوده ومنها ما يتعلق بالتضامن المفترض ذاته وهي كما يلي:-

أولاً: الصفة التجارية للالتزام:-

إنَّ من أهم الشروط الواجب توافرها في الالتزام لكي نفترض تضامن المدينين هي الصفة التجارية لهُ، إذ أن التضامن المفترض لا يمكن الأخذ به إلّا في البيئة التجارية[1]، والبيئة التجارية تمتاز عن البيئة المدنية بأن وجودها يتوقف على توافر ركائز اساسية لها والتي تمثل دعامات مهمة لقيام النشاط التجاري و ازدهاره وهذه الركائز أو الدعامات هي (السرعة والثقة والائتمان).

وتتجسَّد السرعة في مسألة مهمة جداً تُميّز الالتزام التجاري عن الالتزام المدني إلّا وهي حرية الاثبات في البيئة التجارية ، في حين يكون الاثبات في الالتزامات المدنية يتطلب قيوداً وأشكالاً لإبرام بعض العقود كاشتراط الكتابة فيها من أجل تنبيه المتعاقدين تارة ومن أجل الاثبات وحسم

([1]) إذ قضت محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم (220/هيئة عامة أولى / 1973) في 16/2/ 1973بأنه ((إذا كانت المعاملة تجارية وقد ارتبط المدعى عليهما على وجه الاشتراك تجاه المدعية ببيع التلفزيونات فيكونان مسؤولين بالتضامن والتكافل اتجاهها))، إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز –القسم التجاري ، مطبعة الجاحظ، دون مكان نشر ، دون سنة نشر ، ص16.

النزاعات تارةً أخرى[1]، وكذلك تحديد قيمة مالية مُعيَّنة يمكن إثباتها دون سند كتابي فضلاً عن عدم إمكانية دحض ما مثبت بسند كتابي إلّا بسند كتابي[2] فإن ذلك قد وُضِعَ بما ينسجم مع طبيعة البيئة المدنية التي تتميز بالبطء وندرة الوقوع أو يكون وقوعها في فترات متباعدة من جهة، ومن جهة أخرى فأنها تسمح للشخص عند الإقدام على التعاملات المالية اللجوء إلى الوسائل التي يمكن له التمسك بها أمام المحكمة عند حدوث النزاع كالشكليَّة للإثبات، وهذه الوسائل لا تنسجم مع البيئة التجارية التي من ركائزها الأساسية السُّرعة ومن ثم نجد أنَّ التجار يتعاملون على أساس الثقة التي رفدها لهم المُشرّع بمبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية التي من خلالها يمكن لأطراف التعاملات المالية في البيئة التجارية أن يقوموا بتلك التعاملات بالسرعة التي تتناسب مع النشاط التجاري، كما نجد أنَّ النشاط التجاري يتنافر مع الشكلية وما تتطلبه من تعبير عن الإرادة للانعقاد (ماعدا قانون الصرف) ؛ لأن الحاجة إلى السرعة والمرونة وسهولة النشاط التجاري أهم عند التاجر من انعقاد المعاملة بصيغة معينة وهذا كلّه يساهم في زيادة النشاط وازدهاره[3].

ولم يقتصر الأمر على ذلك بل أنَّ البيئة التجارية تتطلب كذلك أن تتوافر لها الركيزة أو الدعامة الأساسية الثانية المتمثلة بالائتمان ، وهذه

([1]) ينظر: المستشار صلاح الدين كامل سعد الله أحمد، طرق الإثبات و المستحدث منها في المواد التجارية، العلم والأيمان، مصر، 2010 ص54.

([2]) ينظر: د. هاني محمد دويدار، القانون التجاري اللبناني، الجزء الأول – نظرية الأعمال التجارية – نظرية التاجر– التزامات التجار القانونية – المؤسسة التجارية – الشركات التجارية، دار النهضة العربية، بيروت، 1995 ص133.

([3]) د. عزيز العكيلي ، المصدر السابق ، ص 27–28، كذلك د. فاروق إبراهيم جاسم، المصدر السابق، ص28–29.

الركيزة لها من المقوّمات أو العناصر التي تسهم في إيجادها ، شأنها في ذلك شأن ركيزة السرعة، وتتجسد عناصر الائتمان في نظام الإفلاس الذي يهدف إلى حماية الدائنين وتوفير الضمانة لهم باستيفاء الدين عند إفلاس المدين ، والعنصر الآخر هو افتراض التضامن بين المدينين في الالتزام التجاري، وافتراض التضامن يُعَدُّ من مبررات الائتمان التجاري؛ إذ يجد فيه الدائنون من التجار الضمانات الفعالة التي تجعلهم يُقْدِمُونَ على إبرام الصفقات التجارية والدخول فيها دون تردد في حالة تعدد المدينين فيها، إذ بموجب التضامن المفترض الذي يجد أساسه القانوني في العرف التجاري[1] لا يمكن لأي من المدينين أن يتمسك بعدم تضامنه مع باقي المدينين بتنفيذ التزامه التجاري، بل أكثر من ذلك؛ ففي حالة إفلاس أحد المدينين فإن باقي المدينين يتحملون نصيب شريكهم المفلس اتجاه الدائن ويقسم عليهم كلٌّ بقدر حصته من الدين، وكل هذا الأمر يكون بهدف توفير الثقة والائتمان للدائن والمدين لأنَّ فائدة التضامن المفترض لا تقتصر على الدائن فحسب بل يمتد أثره الى توفير الثقة بالمدين والذي يسعى دائماً إلى كسب ثقة الطرف الآخر خاصة أن العمليات التجارية بما تمتاز به من سرعة ولذا نجد فيها الكثير من التجار لا يملكون رؤوس الأموال الكافية للقيام بنشاطاتهم التجارية لذلك فهم يتمسكون بما لديهم من وسائل توفر لهم الثقة لدى الدائن وفي مقدمة تلك الوسائل هو التضامن المفترض بين المدينين[2].

([1]) د. صلاح الدين الناهي، المصدر السابق ، ص6 ، وكذلك د. مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري– مقدمة ، الأعمال التجارية والتجار و المؤسسة التجارية، الشركات التجارية – الملكية الصناعية، الدار الجامعية، دون مكان نشر ، دون سنة نشر، ص115.

([2]) د. هاني محمد دويدار، المصدر السابق، ص138.

إنَّ مسألة التفريق بين المسائل التجارية والمدنية وما يترتب عليها من آثار لم تكن محل اتفاق بين فقهاء القانون ، إذ تجاذبت هذه المسائل آراء الفقهاء فظهرت عدّة نظريات منها ما يدعو إلى توحيد القانونين المدني والتجاري وجعلهما في قانون واحد على اعتبار أنه لا يوجد إلّا قانون خاص دون وجود انقسام له بين القانون المدني والقانون التجاري، بينما يرى أصحاب الاتجاه الآخر أنَّ القانون التجاري قانون مستقل قائم بذاته ، ولكن هذا الاستقلال لا يقطع الروابط تماماً بينهما ، إذ يبقى القانون المدني مثل أهمية كبيرة للقانون التجاري باعتباره القواعد العامة التي تطبق عند غياب النص.[1]

ونحن بدورنا نتفق مع الرأي الأخير القائل بأن القانون التجاري هو قانون مستقل بذاته ، ولهُ من الخصائص والمميزات ما يؤكد استقلاله عن القانون المدني ، ومن ثم يترتب على ذلك التمييز آثار عدّة ومن ضمنها التضامن المفترض بين المدينين.

ثانيا: وحدة محل الالتزام :

يقصد بوحدة المحل أن يكون الالتزام واحداً و يلتزم به كل المدينين أي إنّ كلٌّ منهم (المدينين) يكون ملتزماً تجاه الدائن بالالتزام ذاته ، بمعنى أن الموضوع الذي ينصب عليه الالتزام لا يختلف من مدين إلى آخر، إذ إنّ موضوع الالتزام يكون متحداً بشأن جميع المدينين ومن ثم فإن حق الدائن تجاه المدينين يكون غير قابل للتجزئة وهذا هو جوهر فكرة

([1]) للمزيد ينظر: د.علي جمال الدين عوض، دروس في القانون التجاري – القاها على طلبة كلية التجارة بجامعة القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص11 وما بعدها ، و د. مصطفى كمال طه، المصدر السابق، ص13 – 18.

التضامن إذ يكون عدّة مدينين ملتزمين بذات الدين وعليه فإن وحدة المحل تمثل العنصر الجوهري الذي تتبلور حوله أحكام التضامن .

وبموجب هذا الشرط فإنه يجوز للدائن أن يطالب المدينين المتضامنين جميعا بوفاء كل الدين كما أنه يملك حق مطالبة أي من المدينين المتضامنين ، وعادّة ما يختار الدائن من بين المدينين المتضامنين من كان أكثرهم ملائمة وايسرهم وفاء ليطالبه بسداد كل الدين وليس بحصته فقط[1]، كما لا يملك أحد المدينين المتضامنين التمسك بحق التقسيم ؛ لأن ذمة المدينين المالية ضامنة لكل الدين وليس لحصته فقط وذلك وفقا لنظام التضامن [2].

والتضامن باعتباره وصفاً من أوصاف الالتزام فهو يحفظ للالتزام وحدته على الرغم من تعدد المدينين ، إذ يترتب على التضامن حق للدائن في مطالبة أي من المدينين المتضامنين بكل الدين ، فإذا ما قام هذا المدين بالوفاء برئت ذمة جميع المدينين المتضامنين عن ذلك الدين[3].

وتُعد فكرة وحدة المحل جوهر التضامن ، إذ ان عدم انقسام الالتزام هو الأساس الذي يقوم عليه التضامن بنوعيه السلبي والايجابي على الرغم من تعدد المدينين أو الدائنين [4].

([1]) د. محمد لبيب شنب : المصدر السابق ، ص343 ود. أنور سلطان ، المصدر السابق ، ص292.

([2]) د. مصطفى الجمال: مصادر و أحكام الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2008، ص530 .

([3]) د. سمير عبد السيد تناغو : أحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص310-311.

([4]) د. عبد الفتاح عبد الباقي : دروس في احكام الالتزام ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، دون سنة نشر ، ص277.

ولما كان الالتزام غير قابل للانقسام فإن محله يعد واحداً بالنسبة للجميع لذا فإن أي من المدينين المتضامنين يجوز له عند مطالبته من قبل الدائن أن يتمسك في مواجهته بأوجه الدفع المشتركة بينه وبين باقي المدينين المتضامنين كالبطلان لعدم مشروعية السبب أو المحل أو عدم استحقاق أداء الالتزام في حالة إضافته إلى أجل واقف أو كان معلقا على شرط واقف لمصلحة سائر المدينين المتضامنين ، كما يمكن له التمسك بانقضاء الالتزام بأحد اسباب الوفاء أو ما يعادلها فضلا عن استحالة التنفيذ وهذا كله طبقا للنيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين [1].

وبحسب القانون المدني العراقي وبالتحديد في المادة (321) منه والتي تنص على أنه ((1- إذا كان المدينون متضامنين فللدائن أن يطالب بالدين كله من شاء منهم وأن يطالبهم به مجتمعين ومطالبته لأحدهم لا تمنعه من مطالبة الآخرين.2 – ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء ان يحتج بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر إلّا بقدر نصيب هذا المدين إذا كان قد انقضى بوجه من الوجوه ولكن يجوز له ان يحتج بأوجه الدفع الخاصة به هو وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً)) .

نلاحظ أنّ النص يقضي بحق الدائن بالمطالبة بكل الدين وهو من القواعد العامة التي تشير إلى التضامن عموماً والتي يمكن تطبيقها على الديون المدنية والتجارية، وهذا النص يشير إلى وحدة محل الالتزام ومدى إمكانية مطالبة الدائن لأحد المدينين المتضامنين أو لجميعهم في حالة إثبات وجود التضامن بينهم ،ولما كان افتراض التضامن في المسائل التجارية أمراً مفروغاً منه ؛ لأنه يجد أساسه في العرف التجاري الذي يقرره في حالة التزام أكثر من مدين تجاه الدائن بالدين نفسه لذا فإن وحدة محل

([1]) د. أنور سلطان ، المصدر سابق ، ص247.

الالتـزام تُعـد مـن الشـروط الواجـب توافرهـا فـي الالتـزام التجـاري للقـول بوجـود التضامن المفترض فيها.

ولكـن وحـدة محـل الالتـزام مقيـد بتعـدد الـروابط القانونيـة التـي تـربط بـين الـدائن والمـدينين المتضـامنين ، إذ تسـتقل كـل رابطـة عـن الأخـرى فـي بعـض الالتزامـات إذا مـا كانـت موصـوفة بأحـد الأوصـاف المعدلـة للالتـزام كالشـرط والأجـل ومـن ثـم يمكـن للمـدين أن يتمسـك بهـذه الأوصـاف عنـد مطالبتـهِ بالوفـاء وهـذا مـا سـيتم بيانـه بشـيء مـن التفصـيل عنـد بيـان آثـار التضـامن المفترض بين المدينين في الالتزام التجاري.

الفرع الثاني

الشروط المتعلقة بأطراف التضامن

إنَّ تـوافر الشـروط المتعلقـة بـذات التضـامن المفتـرض لا تُعـد كافيـة لوحـدها لإقـرار التضـامن المفتـرض للمـدينين فـي الالتـزام التجـاري ، لـذا لابـد مـن وجـود مقوّمات أخرى تتعلق بأطراف التضامن ، وهي تتمثل في ما يأتي :-

أولاً : تعدد المدينين:-

لا يكفـي مجـرد كـون الالتـزام يقـع ضـمن نطـاق القـانون التجـاري فضـلا عـن وحـدة محـل الالتـزام للقـول بـأن التضـامن مفتـرض بـين المـدينين بـل يجـب أنّ يتعـدد المـدينون بـذلك الالتـزام، وبـالرجوع إلـى القواعـد العامـة نجـد أن تعـدد أطـراف الالتـزام يمثـل أحـد صـور الاوصـاف المعدلـة للالتـزام المتعلقـة بتعـدد طرفـي الالتـزام [1]، وينقسـم الالتـزام الموصـوف علـى هـذا النحـو علـى ثلاثـة

([1]) د. منذر الفضل، المصدر السابق، ص579.

اقسام الاول يتمثل بتعدد طرفي الالتزام أو أحدهما من دون تضامن ما بين الاطراف المتعددة ويسمى هذا النوع (الالتزام متعدد الاطراف)، والنوع الثاني هو أن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما مع وجود تضامن في ما بينهم وهو ما يسمى بـ (الالتزام التضامني)، والنوع الثالث والأخير يتعدد فيه طرفا الالتزام أو أحدهما في التزام لا يتجزأ تنفيذه و يطلق عليه (الالتزام غير القابل للانقسام)[1]، وما يعنينا هنا هو الالتزام التضامني وبالأخص التضامن السلبي الذي يتعدد فيه المدينون مع وجود تضامن بينهم بالوفاء بكل الدين دون أن يكون لأي أحد منهم التمسك بحق التجريد أو التقسيم، إذ يشترط في التضامن عموماً أن يكون هنالك تعدد لأطراف الالتزام فضلا عن باقي الشروط الأخرى، ويتمثل التعدد بأن يكون هنالك شراكة أو على الأقل الاشتراك في مصلحة ما[2]، وهذا التعدد أو الاشتراك بين المدينين هو من الركائز الأساسية للتضامن.

ولا يختلف الأمر كثيراً في المسائل التجارية ؛ لأنّ تعدد أطراف الالتزام فيها أمراً متوقعاً وربما يفوق ما هو موجود منها في المسائل المدنية بسبب ضخامة التعاملات التجارية، وهذا التعدد يجعل من التضامن المفترض أمراً محبذاً في البيئة التجارية ليتدخل في تنظيم العلاقات التجارية بين الدائن والمدينين ويسهم في توفير الضمانات الكافية للدائن والتي بدورها تكون أقرب للدائنين من المدينين لضمان حصول الدائن على حقوقه [3]، ومثال ذلك المادة (102/ أولاً) من قانون التجارة العراقي النافذ التي تعطي لحامل الحوالة التجارية الحق بالرجوع على جميع الملتزمين بها بقولها((لحامل الحوالة عند عدم وفائها في ميعاد الاستحقاق الرجوع على المظهرين

([1]) د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص407.

([2]) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط ، الجزء الثالث، مصدر سابق ، ص200.

([3]) د. مصطفى كمال طه: المصدر السابق، ص114.

والساحب وغيرهم من الملتزمين بها))، وقد أكدت المادة(106/اولا) من القانون أعلاه على تضامن الملتزمين بموجب الحوالة التجارية ، إذ تنص على أنه ((الأشخاص الملتزمون بموجب الحوالة مسؤولون بالتضامن تجاه حاملها)) ، وكذلك ما جاء في نص المادة (246) من القانون أعلاه والتي جاء فيها ((للمصرف ان يفتح حسابا مشتركاً بين شخصين او اكثر بالتساوي في ما بينهم ما لم يكن هناك اتفاق بخلاف ذلك مع مراعاة الاحكام الاتية :..... ثانيا : إذا وقع حجز على رصيد أحد اصحاب الحساب المشترك فإن الحجز يسري على حصة المحجوز عليه من رصيد الحساب يوم تبليغ المصرف وعلى المصرف أنْ يوقف السحب من الحساب المشترك بما يساوي الحصة المحجوزة ويخبر الشركاء أو من يمثلهم بذلك خلال خمسة ايام وللمصرف غلق الحساب بعد هذه المدة في حالة عدم اتفاق الشركاء على تصفية علاقاتهم الناجمة عن الحجز ويكون جميعهم متضامنين بالرصيد المدين تجاه المصرف))، فضلا عن ذلك فإن المادة (286/ أولاً) من قانون التجارة العراقي قد أشارت إلى التضامن الخاص بعملية الخصم المصرفي للأوراق التجارية ، إذ تنص على أنّه ((للمصرف تجاه المدين الاصلي في الورقة والمستفيد من الخصم وغيرهما من الملتزمين الأخرين جميع الحقوق الناشئة عن الورقة التي خصمها))[1].

كما تَضَمَّنَ قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997(المعدل) في بعض نصوصه الإشارة إلى تضامن المدينين ، ومنها ما جاء في نص المادة (6/ثالثاً) بقولها ((لا يقل عدد الأشخاص الطبيعيين الذين يكوّنُوِّن شركة تضامنية، عن شخصين ولا يزيد عددهم على خمسة وعشرين

([1]) يقابلها نص المادة (1/354) من قانون التجارة المصري الجديد والتي جاء فيها ((للبنك قبل المدين الأصلى فى الصك والمستفيد وغيرهما من الملتزمين الآخرين جميع الحقوق الناشئة عن الصك الذى خصمه)).

شخصـاً، يكـون لكـل مـنهم حصـة فـي رأس مـال الشـركة، ويتحملـون علـى وجـه التضـامن مسـؤولية شخصـية وغيـر محـدودة عـن جميـع التزامـات الشـركة))، كمـا أن المـادة(16/ثالثـاً/3) تشـير إلـى تضـامن أعضـاء لجنـة المؤسسـين اتجـاه المؤسسـين بقولهـا ((يكـون أعضـاء لجنـة المؤسسـين مسـؤولين علـى وجـه التضـامن تجـاه المؤسسـين))[1]، بينمـا جـاءت المـادة (35) لتحـدد المسـؤولية التضـامنية لأعضـاء الشـركة التضـامنية بقولهـا ((يسـأل كـل ذي حصـة فـي الشـركة التضـامنية والمشـروع الفـردي، مسـؤولية شخصـية وغيـر محـدودة عـن ديون الشركة، وتكون مسؤوليته تضامنية في الشركة التضامنية)).

وهـذا الأمـر أكّـده المُشـرِّع فـي نـص المـادة (37/ أولاً) مـن القـانون أعـلاه والتـي تـنص علـى أنـه ((لـدائني الشـركة التضـامنية مقاضـاتها أو مقاضـاة أي شـريك كـان عضـواً فيهـا وقـت نشـوء الالتـزام، ويكـون الشـركاء ملـزمين بالإيفـاء علـى وجـه التضـامن ولا يجـوز التنفيـذ علـى أمـوال الشـريك قبـل إنذار الشركة)) .

وكـذلك مـا نصـت عليـه المـادة (40) مـن قـانون الشـركات أعـلاه علـى انـه ((المؤسسـون مسـؤولون مسـؤولية تضـامنية عـن أي ضـرر يلحـق أي مكتتـب إذ نـتج عـن خطـأ أو نقـص فـي بيـان الاكتتـاب))[2] ، واعقبهـا المُشـرّع بعـد ذلـك

([1]) يقابلهـا نـص المـادة (10) مـن قـانون الشـركات المصـري رقـم(159) لسـنة 1981 (المعـدل) والتـي تـنص علـى ((يكـون المؤسسـين مسـئولين بالتضـامن عمـا التزمـوا بـه . ويعتبـر المؤسـس الـذى التـزم عـن غيـره ملزمـا شخصـيا إذا لـم يبـين اسـم موكلـه فى عقد انشاء الشركة أو إذا اتضح بطلان التوكيل الذى قدمه)) .

([2]) يقابلهـا نـص المـادة (14) مـن قـانون الشـركات المصـري والتـي تـنص علـى ((إذا لـم يـتم تأسـيس الشـركة بسـبب خطـأ مؤسسـيها فـى خـلال سـتة اشـهر مـن تـاريخ الإخطـار بأنشـائها جـاز لكـل مكتتـب أن يطلـب إلـى قاضـى الامـور المسـتعجلة تعيـين مـن يقـوم بـرد الاموال المدفوعة وتوزيعها على المكتتبين .

بنص المادة (43/ثالثا) والتي تنص على ((في حالة الرجوع عن تأسيس الشركة وفقاً لأحكام الفقرة (أولا) من هذه المادة يبلغ المؤسسون البنك بقرارهم ويتحملون بالتضامن النفقات التي صرفت على تأسيسها .....))

ولم ينتهِ الأمر بهذه النصوص القانونية فحسب بل نجد بعض النصوص المتعلقة بالعقود التجارية كعقد النقل الذي يكون فيه كل من المُرسل والمرسل إليه متضامنين في دفع أجرة نقل الاشياء تجاه الناقل وهذا كما جاء في المادة (60) من قانون النقل العراقي رقم (80) لسنة 1983 التي تنص على ((يلتزم المرسل بدفع أجرة النقل وغيرها من المصروفات المستحقة للناقل ما لم يجرِ الاتفاق على ان يتحملها المرسل اليه، وفي هذه الحالة يكون المرسل والمرسل اليه مسؤولين عن دفعها بالتضامن)) ، وكذلك في عقد النقل المتعاقب للبضائع الذي يتضامن فيه جميع الناقلين بالتعويض عن الاضرار التي تصيب تلك البضاعة وحسب نص الفقرة (أولاً) من المادة (8) من قانون النقل العراقي التي تنص على أنه ((يكون الناقل المتعاقد مسؤولا عن تنفيذ عقد النقل بكامله سواء تم من قبله أم أُسْنِدَ تنفيذه كلاً أو جزءً إلى ناقل آخر يقوم به فعلا، وتكون مسؤولية الناقل الفعلي محددة بالنقل الذي ينفذه ، وتضامنية مع الناقل المتعاقد)).

وقد عزز المُشرّع ذلك في حكم تفصيلي بموجب المادة (56) من قانون النقل أعلاه والتي تنص على أنه ((اذا تولى نقل الشيء عدة ناقلين على التعاقب تنفيذا لعقد نقل واحد يكون للمرسل الرجوع على الناقل الأول

ويكون للمكتتب ان يرجع على المؤسسين – على سبيل التضامن – بالتعويض عند الاقتضاء كما يجوز لكل من اكتتب ان يطلب استرداد قيمة ما اكتتب به في رأس مال الشركة تحت التأسيس إذا مضت مدة سنة على تاريخ الاكتتاب دون البدء في اتخاذ اجراءات تأسيس الشركة)).

وللمرسل اليه الرجوع على الناقل الاخير ولكليهما ان يرجعا ايضا على الناقل الذي حدث الهلاك أو التلف أو التأخير في مرحلة نقله، ويكون هؤلاء الناقلون مسؤولين بالتضامن تجاه المرسل والمرسل إليه. لمن دفع التعويض من الناقلين المتعاقبين أو طولب به رسميا ان يرجع على الناقلين الآخرين بنسبة ما يستحق كل منهم من اجرة النقل وتوزع حصة المعسر منهم على الآخرين بالنسبة ذاتها. يعفى من الاشتراك في المسؤولية فيما بين الناقلين الناقل الذي يثبت ان الضرر لم يقع في المرحلة الخاصة به من النقل)).

كما نجد إن الفصل الخامس من قانون التجارة العراقي السابق رقم (149) لسنة 1970 (الملغي) والخاص بالأحكام القانونية المنظمة للإفلاس التجاري والذي لايزال ساري المفعول بحسب نص المادة (331/أولا) من قانون التجارة العراقي النافذ قد تضمن الإشارة الى مسؤولية أمين التفليسة بالاشتراك مع من يفوضهم في إدارة التفليسة ، إذ تنص المادة(589) على أنه ((..... 2- يشترك أمين التفليسة بالمسؤولية القانونية مع نوابه فيما يخص اعمال نوابه. 3 – قد يحدث التفويض قبل موافقة قاضي التفليسة ، لحراسة على سبيل المثال موجودات المفلس وذلك عن طريق الاجراءات الضرورية المتخذة من قبل النواب ، أو لحماية مصالح الدائنين . في هذه الحالات يقدم مين التفليسة طلب موافقة بعد التفويض في اسرع وقت معقول ، يبين فيه اساس التفويض))[1] ، وإلى

([1]) تم تعديل هذه المادة بموجب قرار سلطة الائتلاف المؤقتة بشأن تطوير الاجراءات القضائية المتعلقة بمنازعات الدين رقم (78) لسنة 2004 والصدار في 2004/4/20 وحسب المادة (16) من القسم السادس منه ، وكانت المادة (589) في قانون التجارة العراقي السابق ادق في الصياغة وأبلغ في التعبير وأن كانت عبارة (المسؤولية القانونية) التي وردت في التعديل هي أوسع واشمل ولكن نرى بأن الصياغة كانت أكثر دقة في

غيرها من الحالات التي يشترك فيها المدينون في البيئة التجارية ومن ثم فأنهم متضامنون تجاه الدائن وفي ما بينهم.

وفي الواقع إنّ تعدد الملتزمين بالدين التجاري بصورة تضامنية يُسْهِمُ في تقوية فرصة الدائن في استيفاء حقه، إذ من خلال هذا التعدد يأمن من خَطَر إفلاس المدين ويتوجه بالمطالبة إلى مدين آخر بكل الدين، وبالتأكيد فإن امتلاك الدائن لهذه المكنّة من شأنه أن يشجعه على منح الائتمان ما دامت خطورة عدم الوفاء تقل عند تعدد المدينين؛ إذ تنهض ذمة مالية أخرى إلى جانب ذمة المدين للوفاء بالالتزام[1].

تحديد المسؤولية في حالة تعدد أمناء التفليسة ، إذ كانت المادة أعلاه تنص على أنه ((1- إذا تعدد أمناء التفليسة وجب أن يعملوا مجتمعين ويسألون بالتضامن عن إدارتهم.

2- ومع ذلك يجوز لحاكم التفليسة أن يقسم العمل بينهم أو أن يعهد إلى أحدهم بعمل معين. وفي هذه الحالة لا يكون أمين التفليسة مسؤولاً إلّا عن الأعمال التي كلف بها.

3- ويجوز لأمناء التفليسة أن ينيبوا بعضهم البعض في القيام بالأعمال المعهود بها اليهم ولا يجوز لهم إنابة الغير إلّا بإذن من حاكم التفليسة وفي هذه الحالة يكون أمين التفليسة ونائبه مسؤولين بالتضامن عن هذه الأعمال.))، ويقابلها نص المادة (574) من قانون التجارة المصري الجديد النافذ على انه ((إذا تعدد أمناء التفليسة وجب ان يعملوا مجتمعين ويسألون بالتضامن عن أدارتهم . ويجوز لقاضي التفليسة أن يقسم العمل بينهم أو أن يعهد إلى أحدهم بعمل معين ، وفي هذه الحالة لا يكون أمين التفليسة مسؤولا إلّا عن العمل الذي يكلف به . ويجوز لأمناء التفليسة أن ينيبوا بعضهم البعض في القيام بالأعمال المعهود بها اليهم ، ولا يجوز لهم أنابة الغير إلّا بأذن من قاضي التفليسة ، وفي هذا الحالة يكون أمين التفليسة ونائبه مسؤولين بالتضامن عن الأعمال المذكورة)).

([1]) أسيل ياسين فليح المعيني، الالتزام بعدم الاخلال بالائتمان التجاري في نطاق العلاقات التجارية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهرين ، بغداد 2005 ، ص43.

وعليه يتضح مما سبق أنَّ من الشروط المهمة في التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري أن يتعدد المدينون بذلك الالتزام وبخلاف ذلك فلا فائدة تُذكر من فلسفة افتراض التضامن؛ لأن المدين إذا كان واحداً فيكون وحده ملتزماً بالدين كله تجاه الدائن ومن ثم لا تتحقق الفلسفة الحقيقة التي يهدف إليها المُشرّع عن طريق افتراض التضامن بين المدينين والتي تتمثل بتوفير الائتمان الكافي للدائن في حالة تعدد المدينين.

ثانياً: عدم استبعاد التضامن باتفاق أو بنص قانوني:-

إنَّ المسائل التجارية يكون فيها التضامن مفترضاً بموجب العرف التجاري وعليه فأن استبعاد التضامن أما أنّ يكون بموجب النص القانوني أو بأتفاق الأطراف ، وهذا الأمر يعد خلافاً للقواعد العامة التي تقرر عدم افتراض التضامن كما لاحظنا ذلك سابقاً في نصوص المواد(320) من قانوننا المدني وكذلك نص المادة (279) من القانون المدني المصري وأيضا نص المادة (1310) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت صراحة على أن التضامن بين المدينين يكون أساسه في إرادة أطراف الالتزام عن طريق اتفاقهم على التضامن في حالة تعددهم أو من خلال وجود نص قانوني يقرر تضامنهم ، ومن ثم فإن التضامن لا يفترض بحسب منطوق النص في هذه المواد وأن الأصل عدم التضامن في حالة تعدد المدينين في الالتزامات المدنية.

أما في المسائل التجارية فمن خلال تتبع النصوص القانونية نجد أن قانون التجارة العراقي الأسبق رقم (60) لسنة 1943(الملغي) قد نص في المادة (103) منه على : ((إذا ارتبط شخصان فأكثر على وجه الاشتراك بتعهد ما تجاه شخص آخر في معاملة تُعَدُّ تجارية بالنسبة لهم أو لأحدهم فيكون جميع المرتبطين بذلك التعهد مسؤولين بالتضامن والتكافل مالم

يشترط خلاف ذلك)) وكذلك فإن قانون التجارة العراقي السابق قد تطرق إلى التضامن المفترض في المادة (81) والتي تنص في الفقرة الأولى منها على أنّه ((إذا ارتبط شخصان أو أكثر بدين تجاري يكونون متضامنين في هذا الدين مالم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك)) ، وكذلك نجد قانون التجارة المصري قد نص على التضامن المفترض في المادة (47) منه والتي تنص على أنه ((1- يكون الملتزمون بدين تجاري متضامنين في هذا الدين مالم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك، 2- ويسري هذا الحكم في حالة تعدد الكفلاء في الدين التجاري)) .

وهذه التشريعات وغيرها[1] قد نصت صراحة على أن الأصل في المسائل التجارية هو افتراض التضامن والاستثناء هو عدم تضامن المدينين ويكون ذلك عن طريق استبعاده باتفاق اطراف العلاقة التجارية على ذلك أو عن طريق النص القانوني.

ولكن بالنظر إلى نصوص قانون التجارة العراقي النافذ رقم (30) لسنة 1984 (المعدل) نلاحظ خلوها من نص قانوني عام يقرر التضامن

([1]) وقد نصت أغلب التشريعات على التضامن المفترض في المسائل التجارية ومن هذه التشريعات قانون التجارة اللبناني رقم (304) لسنة 1942 إذ تنص للمادة (256)منه على ((ان المديونين معا بمقتضى موجب تجاري يعدّون متضامنين في هذا الموجب وتطبق هذه القرينة على كفلاء الدين التجاري))، وقانون التجارة الاردني رقم (12) لسنة 1966حيث تنص المادة(53) منه ((أن المدينين معا في التزام تجاري يعدّون متضامنين فيه وتطبق هذه القرينة على كفلاء الدين التجاري))، و قانون التجارة العماني رقم (35) لسنة 1990 حيث تنص المادة (75) منه على أنّه ((الملتزمون بدين تجاري يسألون على وجه التضامن مالم ينص القانون على خلاف ذلك))، وقانون التجارة الكويتي رقم (68) لسنة 1980 الذي تنص المادة (97) منه على ((الملتزمون بدين تجاري يكونون متضامنين في هذا الدين مالم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك))، وكذلك قانون التجارة السوري رقم (33) لسنة 2007 إذ تنص المادة (1/110) منه على ((أن المدينين معاً في التزام تجاري يعدّون متضامنين في هذا الالتزام)).

المفترض على غرار نص المادة (1/81) الذي أورده قانون التجارة العراقي (السابق) رقم (149) لسنة 1970[1] ولكن عدم وجود مثل هذا النص لا يعني عدم الأخذ بالتضامن المفترض في المسائل التجارية ، إذ يذهب الكثير من الفقهاء[2] إلى أن الاساس القانوني للتضامن المفترض يكمن في العرف التجاري والذي يعد من المبادئ الاساسية التي ساهمت في نشأة القوانين التجارية بعد أن كانت مجرد اعراف دأب التجار على العمل بها واصبحت ملزمة لهم(وهذا ما سوف يتم بيانه لاحقا عند التطرق إلى الأساس القانوني للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري)، وعليه

([1]) كان سبب عدم تضمين قانون التجارة العراقي النافذ رقم (30) لسنة 1984 نصاً عاماً يقرر التضامن المفترض هو التوجه الذي اخذ به المُشرّع في تلك الفترة وعلى وجه الخصوص في ظل اصلاح النظام القانوني الذي تبناه المُشرّع في تلك الحقبة الزمنية وما كان يسودها من توجهات و افكار بشأن التوحيد بين القانون المدني والقانون التجاري ، ولكن على الرغم من خلو قانون التجارة العراقي من نص عام فأن هذا لا ينفي وجود قواعد قانونية خاصة تنص على التضامن المفترض كما في نص المادة (106/أولاً) منه والتي تنص على أنه ((الأشخاص الملتزمين بموجب الحوالة مسؤولون بالتضامن تجاه حاملها)) .

([2]) د. عبد الحي حجازي ، العقود التجارية ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، 1954 ، ص18 ، د. علي العريف ، المصدر السابق ، ص 19 ، د. سميحة القليوبي، المصدر السابق، ص95 ، د. مصطفى كمال طه ، المصدر السابق ، ص144-115 ، د. أنور سلطان، المصدر السابق، ص279 ، د. صلاح الدين الناهي : المصدر السابق ، ص6، د. أحمد إبراهيم البسام ، مبادى القانون التجاري، الجزء الأول (مقدمة – نظرية الأعمال التجارية–التاجر وواجباته– الشركات التجارية) مطبعة العاني، بغداد ، 1961 ، ص44، د . فوزي محمد سامي: المصدر السابق ، ص30 ، د. عزيز العكيلي ، المصدر السابق، ص64 ، د. فاروق إبراهيم جاسم، القانون التجاري، الجزء الاول– مقدمة عامة– الإعمال التجارية – التاجر – المحل التجاري ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2018 ص31.

فإن التضامن المفترض في الالتزام التجاري يشترط فيه عدم الاتفاق بين الاطراف على استبعاده من جهة أو عدم وجود نص قانوني يقرر عدم افتراض التضامن من جهة أخرى.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري وتمييزه عمّا يشتبه به

لابد من اسباغ الوصف القانوني على الأوضاع القانونية من أجل بيان طبيعتها ومن خلال ذلك يمكن تحديد القواعد القانونية التي يتم تطبيقها عليها والآثار التي تترتب على ذلك ، ومن تلك الاوضاع القانونية هو التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري والذي أخذ حيِّزاً كبيراً من الاختلاف بين الفقهاء بخصوص تحديد طبيعته القانونية وهل هي تتطابق مع طبيعة التضامن في القانون المدني أم لها من العناصر ما يُميزها هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن تحديد الطبيعة القانونية للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري لا يقتصر أثره على تحديد القواعد القانونية التي تحكمه وتبين آثاره فحسب بل يمكن من خلال ذلك تمييز التضامن المفترض عن غيره من الأوضاع القانونية التي نجدها تتقارب معه في بعض المسائل ولكنها تختلف عنه في مسائل أخرى .

وهذا ما سيتم بيانه في مطلبين، المطلب الأول منها يكون لبيان الطبيعة القانونية للتضامن المفترض بين المدينين في الالتزام التجاري ، بينما نخصص المطلب الثاني لتمييز التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري عمّا يشتبه به.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للتضامن المفترض بين المدينين في الالتزام التجاري

إنَّ مسألة تحديد طبيعة التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري من المسائل التي لم تكن محلا لاتفاق آراء الفقهاء؛ إذ تجاذبتها تلك الآراء بين من يرى

بأن التضامن المفترض وصفا للالتزام ومن يرى بأنّه توثيقاً للدين في حين يذهب اتجاه ثالث إلى إنّه التزام ذو طبيعة خاصة، ولكن هذه الآراء التي طُرحت شاملة للتضامن غير المفترض والتضامن المفترض، الأمر الذي لابد معه أنّ نبحث عن خصوصية طبيعة التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري لما له من أهمية في نطاق البيئة التجارية ، لذا يجب تحديد الطبيعة العامة للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام تجاري أولاً ومن ثم نُعرج إلى بيان الطبيعة الخاصة له .

لذا سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين ، نستعرض في الفرع الأول الآراء الفقهية بشأن طبيعة التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري، ونخصص الفرع الثاني لتقييم تلك الآراء وإبداء الرأي بصددها .

الفرع الأول
الآراء الفقهية

من خلال تقصي آراء الفقهاء بشأن طبيعة التضامن المفترض نلاحظ وجود آراء فقهية تخص التضامن عموماً والتي لا يوجد مانع من تطبيقها على التضامن المفترض ؛ لأنه لا يختلف معه من حيث الحكم والأثر بل أن الاختلاف الجوهري يكون في المصدر الذي ينشأ عنه ، وهذه الآراء كما يأتي :

أولاً - التضامن وصفاً للالتزام

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن التضامن المفترض ما هو إلّا وصف للالتزام أي بمعنى إنّ التضامن أمرٌ لاحق على الالتزام ، إذ إنّ الالتزام ينشأ مستوفياً جميع أركانه ويضاف إليه أمراً عارضاً هو التضامن، وعليه فإن تجريد الالتزام من التضامن سيكون عندها الالتزام بصورة بسيطة ويبقى قائما بذاته دون أنّ يتأثر بزوال ذلك التضامن[1].

([1]) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، دون دار نشر، دون مكان نشر، 1950،ص634 ، كذلك د. عبد الفتاح عبد الباقي :المصدر السابق ، ص276 ، د. بدر جاسم اليعقوبي ، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي ،

أما إذا تعرض الوصف لركن من أركان الالتزام فلا يكون أمراً عارضاً وانما يُعد أمراً جوهرياً ويزول بزواله الالتزام، ومما يدل على ذلك أنّ الإبراء يمكن أن يقع على التضامن فقط دون أن يمس أصل الالتزام لذا يبقى الالتزام قائما مع الإبراء من التضامن وبخلاف ذلك لو كان التضامن هو التزام اصلي لسقط هو والدين معاً ومن ثم فإن التضامن أمر عارض يقتصر أثره على تعديل الالتزام مما يجعل جميع المدينين مسؤولين عن كل الدين[1] .

وعند إسقاط هذه الافكار على التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري نلاحظ معه أنَّ العرف التجاري و النصوص القانونية التي أقرّت افتراض التضامن في المسائل التجارية جعلت من التضامن أمراً يمكن للمدين التجاري أن يُثْبِتَ عكسه وهذا نجده بحسب بعض صياغات القواعد القانونية الخاصة بالتضامن والتي تضمنت أغلبها على عبارة ((ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك))[2]، وهذا يدل على أنّ الالتزام التجاري يمكن أن يكون بسيطاً مجرداً من وصف التضامن وذلك من خلال نص قانوني يقرر ذلك أو باتفاق اطراف العلاقة التجارية على استبعاده .

الطبعة الأولى ، الكويت، 1981ص 388، كذلك: د. إسماعيل عبد النبي شاهين، مصدر سابق ، ص31، صائب صالح إبراهيم ال عبودة الربيعي : الالتزام التضامني والالتزام التضاممي ومدى أهمية التمييز بينهما ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2017 ص41 .

([1])عبد الفتاح عبد الباقي، المصدر السابق ، ص311.

([2])حسب نص المادة(47) من قانون التجارة المصري الجديد و المادة(1/81) من قانون التجارة العراقي السابق .

ثانياً: التضامن توثيقاً للدين:

يرى جانب آخرَ من الفقهاء[1] أنَّ الالتزام التضامني يمثل ضمانة إضافية لاستيفاء الدائن لحقه من أحد المدينين من دون أنّ يكون ذلك مضرا بباقي المدينين المتضامنين وذلك من خلال ما يمنحه التضامن من حق للمدين متمثلاً بحقه بالرجوع على باقي المدينين المتضامنين بعد قيامه بالوفاء، أي بمعنى إنّ التضامن نوع من انواع التأمينات الشخصية الذي يضمن للدائن مكنّة الرجوع على أي أحد من المدينين المتضامنين بالدين مما يجعله يختار المدين الأكثر ملاءة غالباً ومطالبته بكل الدين.

كما يصف الفقيه (السنهوري) التضامن بوصف يميزه عن باقي التأمينات الشخصية من خلال وصفه بأنه أعلى مراتب الكفالة الشخصية على اعتبار إنّ الكفيل غير المتضامن يكون في المرتبة الدنيا من الكفالة الشخصية بخلاف الكفيل المتضامن الذي يمثل أعلى ضروب الكفالات الشخصية ولا يستطيع معها الكفيل المطالبة بحق التجريد و الرجوع على المدين قبل الرجوع عليه بالدين[2].

و يبدو لنا أنَّ الرأي الذي يذهب إلى كون التضامن باعتباره كفالة شخصية من النوع الذي يكون فيه الكفيل متضامنا لا يمكن اسباغها على التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري وذلك ؛لأن الكفالة ما هي إلّا عقد من العقود ينشأ عن طريق اتجاه الإرادة لإلزام نفسها بضمان التزام معين ، كما أنّ اقتران الكفالة بالتضامن مع المدين لا يتم إلّا من خلال اتجاه الإرادة إلى ذلك ، وهذا الأمر يمكن قبوله في التضامن في الالتزام المدني الذي يكون أساسه الاتفاق ولا يمكن افتراضه كما أنَّ الكفالة بحد ذاتها لها ما يميزها عن التضامن المفترض .

([1]) د. سليمان مرقس، المصدر السابق ، ص575، و كذلك : د. محمد كامل مرسي باشا، الموجز في التأمينات الشخصية والعينية ،المطبعة العالمية، القاهرة ،1949،ص3

([2]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ،المصدر السابق، الجزء الثالث ، ص259-260 .

ثالثاً: التضامن التزام ذو طبيعة مستقلة:

يرى اتجاه فقهي ثالث[1] إنّ تضامن المدينين نظام قانوني مستقل بذاته وهو ما يسمى بالالتزام التضامني والذي يتحقق بتعدد المدينين وتضامنهم بالوفاء بكل الدين وذلك بالاستناد إلى النص القانوني المقرر له أو الاتفاق ، ويرى أنصار هذا الرأي عدم افتراض التضامن في المسائل المدنية بالتحديد واقتصار وجوده على النص القانوني أو الاتفاق هو أهم ما يميز هذا الالتزام عن غيره من أنواع الالتزامات الأُخرى، وكذلك فإن هذا الالتزام لا وجود له إلّا إذا كان هنالك دائناً واحداً أو أكثر في مواجهة عدّة مدينين تتوافر فيهم الأهلية الكاملة للالتزام بخلاف بعض الالتزامات الاخرى التي قد تنشأ دون أنّ يتم تعيين الدائن .

ويبدو لنا أنَّ هذا لا يتفق مع افتراض التضامن في الالتزام التجاري ؛ لأن مبنى هذا الرأي يستند إلى الالتزام ، والالتزام أمر لا يمكن تصوره دون وجود إرادة تتجه إلى الزام نفسها أو وجود النص القانوني المقرر لذلك الالتزام ، ومن ثم يجب توافر شروط التراضي من وجود وصحة أو النص على ذلك بموجب القانون كما في الالتزامات غير الإرادية، في حين أن التضامن المفترض يُعد من الأُمور المفترضة والمُسلّم بها عند تعدد المدينين في البيئة التجارية والتي لا تحتاج ألى اتفاق أو نص قانوني.

الفرع الثاني
تقييم الآراء الفقهية

من خلال استعراض الآراء التي قيلت في طبيعة التضامن بشكل عام لاحظنا انها أما أنّ تجعل منه وصفا للالتزام أو وتوثيقا للدين، بينما هنالك من يرى أنّه التزام ذو طبيعة خاصة.

---

(1) سعد المغازي المعطى محمود ، الالتزام التضامني ، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الأزهر ،كلية الشريعة والقانون ، 2010 ص42 ، كذلك : د. إسماعيل عبد النبي شاهين ، المصدر السابق ، ص30.

ونرى أنَّ اقرب الاوصاف القانونية التي يمكن أنْ تنطبق على التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري هو اعتباره وصفاً للالتزام لأنَّ التضامن لم يكن هو الأساس في نشوء الالتزام بل هو معدلاً لطبيعة الالتزام، و كذلك فهو يمكن استبعاده باتفاق الأطراف أو بنص في القانون ومن ثم نستبعد الآراء القائلة أنّه التزام ذو طبيعة خاصة وذلك لأنَّ الآراء[1] التي قيلت بأنه ذو طبيعة خاصة، هي التي تستبعد فكرة كونه وصفا للالتزام ولم تأتِ بالحجج الكافية لإثبات ذلك ، إذ أنّها تراهُ ذو طبيعة خاصة ومستقلة نظراً لانفراده بخصائص تمييزه عن غيره من الالتزامات و أهمها انَّه لا يتقرر إلاَّ بالاتفاق أو بالنص القانوني ، ونحن نقول إنَّ هذا الأَمر لا يختص به التضامن وحده إذ إنّ كثيراً من الالتزامات لا تتقرر إلّا بالاتفاق أو القانون على اعتبارها من مصادر الالتزام الخمسة .

وأما الحجة القانونية لهم فإنها تتمثل في أنّ التضامن يستلزم وجود دائن واحد أو أكثر في مواجهة مدينيين متعددين تتوافر فيهم أهلية الأداء بعكس الالتزامات الأخرى التي قد توجد حتى لو لم يتعين شخص الدائن وهذه الحجة غير كافية أيضاً؛ لأن تعدد المدينين لا يعني وجود التضامن في القواعد العامة ومن ثم فإن الأصل في القواعد العامة عدم افتراض التضامن مع تعدد المدينين والاستثناء هو التضامن في حالة الاتفاق أو وجود النص القانوني المقرر له ، إذا إن تعدد المدينين لا تعد خاصية يمتاز بها التضامن سواء أكان في نطاق المسائل المدينة أم المسائل التجارية بل هو أحد الشروط أو المبادئ التي يقوم عليها التضامن؛ حيث لدينا الكثير من التطبيقات التي نص عليها المُشرِّع دون أن يكون فيها تضامن كما في حالة الدين المشترك وتعدد الكفلاء غير المتضامنين وقس على ذلك غيرها من التطبيقات القانونية التي تجسد عدم افتراض التضامن في البيئة المدنية .

---

(1) سعد المغازي المعطي محمود ، المصدر السابق، ص42 ، كذلك : د. إسماعيل عبد النبي شاهين ، المصدر السابق ، ص30.

كما إنّ القول بأن التضامن بخلاف الالتزامات الأخرى التي قد توجد حتى في حالة عدم تعيين شخص (كدائن) فهذا الأمر لا يستقيم مع المنطق القانوني السليم الذي يشير إلى أنّ القاعدة هي وجود دائن ومدين في الالتزامات ، أما الاستثناء فيكون الدائن غير معين كما في حالة الوعد بجعالة، ومن ثم لا يمكن التوسع في الاستثناء وجعله مقارباً للأصل ؛لأن ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه [1]، هذا من جهة ، ومن جهة أُخرى فإن فلسفة التضامن تكمن في السعي لتوفير الثقة والائتمان للدائن لكي يقدم على التصرف القانوني دون أن يبحث عن ضمانات أخرى تضمن له وفاء الدين والتي ربما لا تنسجم في أغلب الاحيان مع السرعة التي تتطلبها المعاملات التجارية كالرهن التأميني مثلاً ، ومن ثم فإن من الطبيعي أن تكون الحالة التي فيها دائن أو أكثر مقابل مدينين هي الأرض الخصبة التي يظهر فيها التضامن بشكل جليّ و واضح ؛ لأن تعدد المدينين مع تضامنهم هو الذي يُمكن الدائن من مطالبة أي أحداً منهم.

وعليه نعتقد أنَّ التضامن ما هو إلاّ وصف يلحق الالتزام فيجعل كل مدين في حالة تعددهم ملتزماً بكل الدين تجاه الدائن دون أن يكون له التمسك بحق تجريد المدين الأصلي أو حق التقسيم مع باقي المدينين ، كما أنّه يوفر الضمان الكافي للدائن بما يوفره لهُ من ائتمان.

ولكن في المسائل التجارية نرى بأن التضامن الذي يفترضه المُشرِّع يكون وصفا ذا طبيعة خاصة ؛ لأنه في الاصل يكون مفترضا من جهة ومن جهة أخرى فإنه يكون هو الأصل ، أما استبعاد التضامن فيكون هو الاستثناء وهذا بخلاف التضامن في المسائل المدينة ، وهذه الطبيعة الخاصة تجد أساسها في القواعد التي تقرر التضامن المفترض ، إذ لاحظنا أنَّ الكثير من النصوص القانونية سواء في قانون التجارة العراقي النافذ والقانون السابق وكذلك القانون الأسبق قد أشارت إلى وجود التضامن المفترض مع وجود التفاوت في ما بينها وكذلك الأمر في ما يخص

([1]) وذلك حسب نص المادة (3) من القانون المدني العراقي.

النصوص التي تتضمنها القوانين المصرية والفرنسية التي نصت صراحة على التضامن المفترض .

كما اننا نلاحظ أنَّ التشريعات قد تباينت في الطبيعة الخاصة للتضامن المفترض في المسائل التجارية ، ففي حين نجدها قد جاءت بقاعدة موضوعية جعلت التضامن المفترض هو الأصل وأعطت مكنّة استبعاده عن طريق الاتفاق أو التمسك بالنصوص التي تقرر ذلك ، وذلك كما في نص المادة (103) من قانون التجارة العراقي الاسبق و نص المادة(1/81) من قانون التجارة العراقي السابق ، إذ أجازت كلتا المادتين الاتفاق على استبعاد التضامن ، وكذلك نص المادة(47) من قانون التجارة المصري النافذ [1].

كما أن بعض النصوص الخاصة بالتضامن المفترض في قانون التجارة جاءت مطلقة دون تقييد ؛ ولأن المطلق يجري على إطلاقه حسب القاعدة الأصولية فإنه يفهم منها التأكيد من قبل المُشرّع على إمكانية استبعاد التضامن بالاتفاق ، ومثال ذلك ما جاء في نص المادة (106/أولا) من قانون التجارة العراقي النافذ التي تنص على أنه ((الأشخاص الملتزمون بموجب الحوالة مسؤولون بالتضامن تجاه حاملها)) ، وكذلك نص المادة(442) من قانون التجارة المصري والتي تنص على أنه ((1- الأشخاص الملتزمون بموجب كمبيالة مسئولون بالتضامن قبل حاملها . 2- ولحامل الكمبيالة الرجوع على هؤلاء الملتزمين منفردين أو مجتمعين دون أن يلزم بمراعاة ترتيب التزاماتهم .....))، والحال ذاته في ما يخص قانون التجارة الفرنسي بحسب ما جاء في المادة (140) من قانون التجارة الفرنسي رقم (912) لسنة 2000 التي تنص على أنه ((يُسال كل من أمضى البوليصة أو قبلها أو ظهرها على الضمان على وجه التضامن قبل الحامل))مما يدل على انها قاعدة قانونية غير آمرة لإمكانية الاتفاق على ما

([1]) تم ذكر هذه النصوص في الصفحة (51) من الاطروحة.

يخالفهـــا، لأنّ الاصـــل فـــي القواعـــد القانونيـــة المتعلقـــة بالمســـائل الماليـــة أنهـــا ليســـت آمـــرة مادامـــت غيـــر متعلقـــة بالنظـــام العـــام أو الآداب العامـــة ، فهـــي قواعـــد مكملة ويكون لإرادة الأفراد مطلق الحرية في مخالفتها والخروج عليها[1] .

إلّا أننـــا نلاحـــظ أنَّ افتـــراض التضـــامن قـــد يـــأتي بقاعـــدة قانونيـــة آمـــره لا تقبـــل الاتفـــاق علـــى مـــا يخالفهـــا، فمـــثلا المـــادة (40) مـــن قـــانون الشـــركات العراقـــي النافـــذ تـــنص علـــى انـــه ((المؤسســـون مســـؤولون مســـؤولية تضـــامنية عـــن أي ضـــرر يلحـــق أي مكتتـــب إذ نـــتج عـــن خطـــأ أو نقـــص فـــي بيـــان الاكتتـــاب)) ولـــم يكتـــفِ المُشـــرّع التجـــاري بـــذلك بـــل ألحقـــه بعـــد ذلـــك بـــنص المـــادة (43/ثالثـــا) والتـــي تـــنص علـــى ((فـــي حالـــة الرجـــوع عـــن تأســـيس الشـــركة وفقـــاً لأحكـــام الفقـــرة (أولا) مـــن هـــذه المـــادة يبلـــغ المؤسســـون البنـــك بقـــرارهم ويتحملـــون بالتضـــامن النفقـــات التـــي صـــرفت علـــى تأسيســـها .....)) [2]، والمـــواد أعـــلاه متعلقـــة بالنظـــام العـــام وإن كـــان المُشـــرّع لـــم يـــنص علـــى ذلـــك صـــراحة ؛ لأن الأمـــر متعلـــق بالمســـؤولية التقصـــيرية وبالتحديـــد المســـؤولية القائمـــة علـــى الخطـــأ المفتـــرض ومـــن ثـــم تحكمهـــا المـــادة (217) مـــن القـــانون المـــدني العراقـــي[3]

([1]) د. حســـن كيـــرة ، المـــدخل إلـــى القـــانون –القـــانون بوجـــه عـــام– النظريـــة العامـــة للقاعـــدة القانونيـــة – النظريـــة العامـــة للحـــق ، القســـم الأول ، منشـــاة المعـــارف، الاســـكندرية، دون ســـنة نشر ، ص46.

([2]) المـــادة (34/اولا) تـــنص علـــى أنّـــه ((إذا انتهـــت مـــدة تمديـــد الاكتتـــاب بـــدون أن تصـــل قيمـــة الاكتتـــاب فـــي أســـهم الشـــركة (75) خمســـة وســـبعون بالمئـــة مـــن رأس المـــال الإســـمي ،يتوجـــب علـــى المؤسســـين تخفـــيض راس مـــال الشـــركة بحيـــث تعـــادل قيمـــة الاكتتـــاب فـــي أســـهمها (75%) خمـــس وســـبعون بالمئـــة مـــن قيمـــة رأس المـــال بعـــد تخفيضـــه ، مـــالم يقـــرر المؤسسون الرجوع عن تأسيس الشركة ، ويخطر المؤسسون المسجل بقرارهم)).

([3]) إذ تـــنص المـــادة (217) علـــى أنـــه((1 – إذا تعـــدد المســـؤولون عـــن عمـــل غيـــر مشـــروع كـــانوا متضـــامنين فـــي التـــزامهم بتعـــويض الضـــرر دون تمييـــز بـــين الفاعـــل الاصـــلي والشـــريك والمتســـبب.2 – ويرجـــع مـــن دفـــع التعـــويض بأكملـــه علـــى كـــل مـــن البـــاقين بنصـــيب تحـــدده

وعليه فهي من القواعد القانونية الآمرة التي لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية بصددها[1].

وفي السياق ذاته نلاحظ أن قانون الشركات المصري النافذ وبالتحديد في المادة (11) منهُ التي تنص على ((يجب على المؤسس أن يبذل في تعاملاته مع الشركة تحت التأسيس أو لحسابها عناية الرجل الحريص ، و يلتزم المؤسسون –على سبيل التضامن – بأية أضرار قد تصيب الشركة أو الغير نتيجة لمخالفة هذا النظام)) ، قد تضمنت الحكم نفسه بالنسبة للقاعدة الآمرة بالتضامن المفترض في نطاق البيئة التجارية.

هذا فضلاً عن نص المادة (14) من القانون أعلاه والتي جاء فيها ((اذا لم يتم تأسيس الشركة بسبب خطأ مؤسسيها فى خلال ستة أشهر من تاريخ الإخطار بأنشائها جاز لكل مكتتب أن يطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة تعيين من يقوم برد الاموال المدفوعة وتوزيعها على المكتتبين ويكون للمكتتب أنّ يرجع على المؤسسين – على سبيل التضامن – بالتعويض عند الاقتضاء كما يجوز لكل من اكتتب أنّ يطلب استرداد قيمة ما اكتتب به فى رأس مال الشركة تحت التأسيس إذا مضت مدة سنة على تأريخ الاكتتاب دون البدء فى اتخاذ اجراءات تأسيس الشركة)).

و النصوص أعلاه تدل على إنّ مسؤولية المؤسسين التضامنية مقررة بموجب النصوص القانونية و قائمة على الخطأ المفترض وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية ، ومن ثم فهي قائمة على وجود الضرر، وهذه قرينة غير قابلة لإثبات العكس وعليه لا يمكن الاعفاء منها إلاَّ بالسبب الأجنبي

المحكمة بحسب الاحوال وعلى قدر جسامة التعدي الذي وقع من كل منهم، فإن لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي)).

([1]) د. فاروق إبراهيم جاسم ، النظام القانوني لمؤسسي الشركة المساهمة (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2013ص586 ومابعدها.

فقط كالقوة القاهرة أو خطأ المتضرر أو الغير، ولا يمكن كذلك حتى الاتفاق على التخفيف منها لتعلقها بالنظام العام شأنها في ذلك شأن أغلب القواعد الخاصة بالمسؤولية التقصيرية ، لذلك فلا قيمة لكل الاتفاقات والشروط التي من شأنها إعفاء المسؤولين من المسؤولية التضامنية المقررة بموجب نص القانون وذلك لتعلقها بالنظام العام ومن ثم يبطل كل اتفاق بشأنها ولا تنتفي إلّا بالسبب الاجنبي حصراً [1].

من كل ما تقدم يمكن القول إن القواعد الموضوعية الخاصة بافتراض التضامن في البيئة التجارية تدل على إنَّ الطبيعة الخاصة للتضامن المفترض في الالتزام التجاري مستقلة عن التضامن الذي يرد في القانون المدني الذي يكون في حالة استثنائية لا تتم إلّا بالاتفاق أو النص عليه من قبل المُشرّع ،بينما في المسائل التجارية يكون افتراض التضامن هو الأصل واستبعاده هو الاستثناء وإنّ القواعد المقررة له تؤكد ذلك من خلال إعطائها حق استبعاد التضامن في المسائل التجارية مع كونها قد افترضته في الأصل.

المطلب الثاني

تمييز التضامن المفترض عمّا يشتبه به

عادةً ما يؤدي تقارب مفهوم معين من المفاهيم الأُخرى إلى الخلط بينهما، وهذا التقارب ربما يكون نتيجة للقواسم المشتركة التي تجمعهما ومن ثم يبرز التشابه والذي لا يمنع من وجود بعض الفوارق بينهما نتيجة لطبيعة كل مفهوم و إرجاعه إلى طائفة معينة من الأحكام والتي بدورها تسهم في بيان تلك الفوارق، ومن تلك المفاهيم التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري ، إذ إنه يقترب من الأوضاع القانونية الأُخرى في كثير من

([1]) د. أبو بكر عبد العزيز مصطفى : المسؤولية التضامنية في شركة المساهمة ، الطبعة الاولى، مركز الدراسات العربية ، مصر ، 2016 ص67.

المسائل ولكن على الرغم من ذلك نجده يختلف عنها في بعض المسائل ، ومن أهم المصطلحات التي تقترب من التضامن المفترض هي الكفالة والالتزام غير القابل للانقسام .

الفرع الأول

التضامن المفترض والكفالة

إنَّ من أهم المفاهيم التي تقترب من مفهوم التضامن المفترض هو الكفالة ، والكفالة هي((ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام))[1]، و الكفالة هي عقد رضائي شأنه شأن أغلب العقود ، ويكون ملزماً لجانب واحد ، ويتمثل الهدف منها في تقديم الضمان الكافي للدائن في استيفاء الدين، والكفالة التزام تبعي يدور مع الالتزام الاصلي المكفول وجوداً وعدماً ؛ فهي تبقى ببقاء ذلك الالتزام وتنتهي بانتهائه، كذلك فأنها تصح بصحته وتبطل لبطلانه.

كما يترتب على اعتبار الكفالة التزام تبعي بأنها تتحدد بمقدار الالتزام المكفول ولا يمكن أن تزيد عليه، لذلك لا يصح أن تكون الكفالة منجزة إذا كان الالتزام الاصلي معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل .

ولما كان كل من الكفالة والتضامن المفترض للمدينين يهدفان إلى توفير الثقة الكافية للدائن في استيفاء دينه لذا نجد أنَّ هنالك أوجه للشبه بينمها ، وهذا التشابه لا ينفي وجود بعض الاختلافات أيضا وكما يأتي :-

أولاً: أوجه التشابه:

1- تتشابه الكفالة مع التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري باعتبارهما صورة من صور التأمينات الشخصية ، إذ تُعَد الكفالة من

([1]) المادة (1008) من القانون المدني العراقي، بينما عرّفها المُشرّع المصري في المادة (772) من القانون المدني على أنها ((عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفِ به المدين بنفسه)).

أهم صور التأمينات الشخصية ، ويترتب على عقد الكفالة أن يكون هنالك مدين جديد إلى جانب المدين الأصلي وإن كان التزامه تبعي للمدين الأصلي إلّا أنّه يمثل ضمانه للوفاء بالدين المترتب في ذمة المدين الأصلي ومن ثم أصبح لدينا ضمانة خاصة للوفاء تضاف إلى الضمانات العامة التي يملكها الدائن [1]، لذلك فإن هذا التعدد في الذمم المالية وما تساهم فيه الكفالة من تأمين شخصي لضمان الوفاء بالالتزام فأنها تقترب من التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري الذي يمثل إحدى الضمانات الشخصية للوفاء ومن ثم فهو يُعدَّ من صور التأمينات الشخصية.

2- تتشابه الكفالة مع التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري في أن كليهما يوفران الضمان الشخصي الكافي للدائن في استيفاء الدين ؛ لأنَّ كليهما يتمثل في التزام المدين المتضامن والكفيل بضمان الوفاء بالالتزام مما يعزز قوة الضمانة وكفايتها للوفاء .

3- إن كلَّ من الكفالة والتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري يمنحان المدين الموفي حق الرجوع عند الوفاء ، إذ يمكن للكفيل أن يرجع على المكفول بالقدر الذي أوفى به الدائن ، وكذلك فأن المدين المتضامن له الحق أن يرجع على باقي المدينين المتضامنين كلاً بقدر حصته من الدين.

ثانياً: أوجه الاختلاف:

على الرغم من وجود التشابه بين الكفالة والتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري إلّا إنهما يختلفان في عدّة مواطن هي:-

1- إنَّ التزام الكفيل لا يُعد التزاماً اصلياً بل هو التزام تبعي ، إذ هو لا يلتزم بذات الدين المكفول بل يلتزم بدين آخر وَهو الوفاء بالدين المكفول إذا لم

([1]) د. سمير عبد السيد تناغو : التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة – الرهن الرسمي- حق الأختصاص – الرهن الحيازي- حقوق الأمتياز) ، منشأة المعارف ؛ الاسكندرية ، 1996 ، ص20.

يـفِ بـه المـدين بنفسـه ؛لأنـه ينشـأ عـن عقـد مسـتقل وتحكمـه البنـود الخاصـة بـه[1]، بينمـا التضـامن المفتـرض يكـون فيـه المـدين ملتزمـاً بصـفة أصـيلة فـي مواجهة الدائن، إذ يلتزم بنفس الدين الذي يلتزم به كل مدين متضامن معه.

2 – تنعقـد الكفالـة دائمـاً لمصـلحة المـدين والـدائن ولا ترجـع علـى الكفيـل بـأي فائـدة، بينمـا فـي التضـامن المفتـرض فتكـون هنالـك مصـلحة للـدائن والمـدينين المتضـامنين انفسـهم ، إذ تكمـن أهميـة افتـراض تضـامن المـدينين فـي الالتـزام التجـاري فـي حمايـه الـدائن أولاً ، ويتمثـل ذلـك مـن خـلال تـوفير الائتمـان الكـافي لـه الـذي يسـهم فـي ضـمان حقـه ؛ لأنـه يـوفر لـه ضـمانات تكفـل لـهُ استحصـال الـدين مـن دون تـأخير مـن جهـة[2] كمـا أن وجـود هـذه الضـمانات للـدائن فـي الحصـول علـى دينـه لا تتوقـف علـى الحالـة الطبيعيـة التـي تمكـن الـدائن مـن مطالبـة أي أحـد مـن المـدينين المتضـامنين بكـل الـدين بـل أنهـا تكـون موجـودة حتـى فـي حالـه إعسـار أو إفـلاس أحـد المـدينين ؛ لأنـه يسـتطيع الرجـوع علـى أي أحـد مـن المـدنيين بكـل الـدين ولـه أن يطـالبهم جميعـاً فـي وقـت واحـد كما أنَّ مطالبته لأحد المدينين لا تمنعه من مطالبة الاخرين[3] .

ومـن جهـة أُخـرى فـإن مصـلحة المـدين التـي يحققهـا التضـامن المفتـرض للمـدينين فـي الالتـزام التجـاري تتمثـل فـي الثقـة التـي تتولـد لـدى الـدائن تجـاه المـدين والأجـل الـذي يمنحـه الـدائن للمـدين بالاسـتناد إلـى تلـك الثقـة [4] ، لـذلك

([1]) د. نبيـل ابـراهيم سـعد ، التأمينـات العينيـة والشخصـية – الـرهن الرسـمي – حـق الاختصـاص – الـرهن الحيـازي – حقـوق الامتيـاز –الكفالـة ، دار الجامعـة الجديـدة ، الاسكندرية ، 2007 ص 301.

([2]) د نوري طلباني ،المصدر السابق ، ص47.

([3]) د. عزيز العكيلي ، المصدر السابق ص 65.

([4]) د. محمـد حسـين اسـماعيل: القـانون التجـاري الأردنـي، الطبعـة الأولـى ، دار عمّـان للنشر والتوزيع ،عمّان، 1985، ص 261.

فإن التضامن المفترض يصب في مصلحتهم وليس في مصلحة الغير كما في الكفالة[1].

3 – الكفالة باعتبارها عقد من العقود فإن مصدرها يكمن في الاتفاق غالباً [2] ، بينما التضامن بين المدينين في المسائل التجارية فأنه يكون مفترضاً و مصدره يكمن في العرف التجاري.

إنَّ كل ما تقدم يخصُّ الكفالة العادية ولكن ماذا عن باقي أنواع الكفالات كالكفالة التجارية و الكفالة التضامنية؟ في ما يخص الكفالة التجارية فإن المُشرّع العراقي حسم الأمر واعتبر الكفيل التجاري متضامناً مع المدينين ومتضامن أيضا مع باقي الكفلاء وذلك بموجب المادة (1030/الفقرة 2) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه ((2– أما الكفالة القضائية والقانونية والتجارية، يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين))[3]، وهذا الافتراض للتضامن بين الكفلاء نفسهم ومع المدين قد اقره القانون المدني وهو يُشابه التضامن في المسائل التجارية في كون الإرادة لا دخل لها في إنشائِهِ بل هو إحلال لإرادة المُشرّع بدل إرادة الكفيل التجاري ، ومن ثم فإن الكفالة التجارية تُعِد التزاماً أصيلاً ولا تختلف عن التضامن المفترض للمدينين إلّا في عدم وجود مصلحة للكفيل بخلاف المدين المتضامن.

([1]) د. محمد حسين منصور ، النظرية العامة للإئتمان– صور الائتمان وضماناته والوسائل التقليدية والحديثة لحمايته – الكفالة – الرهن الرسمي– حق الاختصاص – الرهن الحيازي – حقوق الامتياز – الرهن العقاري، منشأة المعارف ، الاسكندرية، دون سنة نشر ، ص80.

([2]) د . اسماعيل عبد النبي شاهين ، المصدر السابق ، ص42.

([3]) يقابلها نص المادة (795)من القانون المدني المصري التي جاء فيها((في الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائما متضامنين)).

أما الكفالة التضامنية فهي تمثل درجة عالية من درجات الكفالة ، إذ يكون فيها الكفيل مسؤولاً عن وفاء الدين كله إلى الدائن دون أن يكون له مكنّة التمسك بحق التجريد وحق التقسيم، ومن ثم فإنها تتشابه مع التضامن المفترض للمدينين في المسائل التجارية ولكنها تختلف عنه من حيث المصدر؛ لأنَّ الكفيل المتضامن بموجب إرادته يجعل من نفسه بمركز المتضامن بخلاف التضامن المفترض ، كما أنَّ الكفيل المتضامن يمكن له أنّ يتمسك بالدفوع التي يتمسك بها الكفيل العادي في ما يخص الدفوع المتعلقة بالدين وذلك حسب نص المادة (794)من القانون المدني المصري[1].

في حين أن قاعدة نسبية اثر الطعن من المبادئ المُسلَّم بها في فقه المرافعات ومقتضى هذه القاعدة أنَّ الطعن لا يستفيد منه إلّاَ من قام برفعه و لا يحتج به إلّا على من وقع عليه ، و هذه القاعدة هي تطبيق لمبدأ نسبية الأثر المترتب على اجراء المرافعات ، فلا يستفيد من هذا الإجراء إلّا من باشره ، ولا يُحْتَج به إلّا على من اتخذ في مواجهته، و يظهر أثر قاعدة نسبية الطعن عند تعدد المحكوم عليهم و قيام البعض منهم بالطعن في الحكم و لم يطعن فيه الباقون عند ذلك وعندما يتم تعديل الحكم المطعون فيه فلا يستفيد منه إلّا الذين طعنوا في هذا الحكم ، أما بقية المحكوم عليهم فلا يستفيدون من ذلك لأنَّ عدم طعنه في الحكم يُعَدُّ اسقاطا منهم لحقوقهم في الطعن، ومثال ذلك ؛ إذا صدر الحكم على محكوم عليهم متعددين فطعن فيه بعضهم دون بعض حتى فات ميعاد الطعن فإن الطعن لا يفيد من أثره إلّا من رفعه ، أمَّا من أسقط حقه في الطعن بتفويت ميعاده فلا يفيد

([1]) إذ تنص المادة (794) على أنه ((يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين)).

منه فإذا عُدِّلَ الحكم بعد الطعن أستفاد من التعديل الطاعن ،أما المحكوم عليه الذي لم يطعن فيه فيبقى الحكم الأول حجةً عليه.

كذلك إذا صدر الحكم لمحكوم لهم متعددين فَطَعَنَ المحكوم عليه في الحكم ضد بعض المحكوم لهم فقط فإن هذا الطعن لا ينتج أثره إلّا بالنسبة لمن رفع عليه ، فإذا ما عُدِّل الحكم لمصلحة الطاعن فإنَّ هذا التعديل لا يُحْتَج به إلّا على من رُفِعَ عليه الطعن أما المحكوم له الآخر فله أنّ يتمسك على المحكوم عليه بالحكم الأول.

هذا هو الأصل في هذه القاعدة وهو كما جاء في نص المادة (١٧٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنه 1969 (المُعَدَّل) إذ نصت الفقرة الأُولى منها على ما يلي : ((لا يستفيد من الطعن إلاَّ من رفعه ولا يُحْتَج به إلّا على من رفع عليه)) ، ولكن هنالك استثناءات على قاعدة نسبية أثر الطعن لأنها ليست مطلقة وهذه الاستثناءات اقتضتها الضرورات العملية والمنطقية وتتمثل في:-

أ : يستفيد مِنَ الحكم من تكون له مصلحة مستمدة من حقوق أو جرى التعديل لصالحه، أو من يحكم عليه بالتضامن مع من عُدِّلَ الحكم لصالحه ، فاذا رُفِعَتْ دعوى على الأصيل أو الكفيل وحكمت عليهم المحكمة بالتضامن وطعن الأصيل في الحكم وكان النقض لصالحه فإن الكفيل يستفيد منه ايضاً.

ب : يستفيد من الحكم من يكون مدعياً أو مُدَّعى عليه مع من عدل الحكم لصالحه إذا كانت الخصومة متعلقة بشيء غير قابل للتجزئة والمقصود بعدم التجزئة أن يكون الفصل في موضوع النزاع لا يحتمل غير حل واحد ومثال ذلك دعوى المطالبة بحق ارتفاق أو دعوى قسمة العقار فإن من لم يطعن بالحكم يستفيد من تعديل الحكم إذا كان قد طعن فيه أحدهم وحكم لصالحهِ لأنَّ الحق واحد لا يتجزأ والحكمة من هذا الاستثناء ترجع إلى رغبة المُشرّع

واحتياطه للحد من تضارب الأحكام في الدعاوى التي يتعدد أطرافها مع قابليتها للتجزئة.

كما يلاحظ ان الفقرة (٤) من المادة (176) من قانون المرافعات المدنية العراقي ورد فيها قيد استثنائي للخصومة المتعلقة بشيء غير قابل للتجزئة والتضامن ، حيث نصت على ما يلي : ((ومع ذلك ليس لمن ورد ذكرهم في الحالتين المنصوص عليهما في الفقرتين (٢و ٣) من هذه المادة أنّ يستفيد من تعديل الحكم إذا كان التعديل قد صدر لأسباب خاصه بمن طلبه)) أي بمعنى إنّ هذه الفقرة قيِّدت الاستثناءات التي أوردها المُشَرِّع في الفقرات (٢و ٣)من المادة أعلاه.

فلا يمكن أنّ يتمسكَ ببعض الدفوع اتجاه الدائن، إذ لا يستطيع أن يتمسكَ بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ويجوز له فقط التمسك بأوجه الدفع الخاصة به أو المشتركة بين المدينين ، ومن ثم فإن الكفيل المتضامن لا يرتقي إلى مرتبة المدين المتضامن لأنّه يبقى كفيلاً والتزامه تابع للالتزام الاصلي [1].

وأخيراً فإنّ المدين المتضامن يلتزم بالدين ذاته الذي نشأ الالتزام لأجله بينما الكفيل المتضامن فإنّه لا يلتزم بالدين الأصلي المكفول بل أنّه يلتزم بدين آخرَ يتمثل بالوفاء بالدين الاصلي المكفول إذا لم يقم المدين المكفول بالوفاء به[2] .

([1]) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني؛ الجزء العاشر – في التأمينات، مصدر سابق، ص151.

([2]) د. سمير عبد السيد تناغو : المصدر السابق ، ص25.

الفرع الثاني

التضامن المفترض و الالتزام غير القابل للانقسام

الالتـزام غيـر القابـل للانقسـام هـو الالتـزام الـذي لا يمكـن تنفيـذه تنفيـذاً جزئيـاً لانَّ محلـه لا يقبـل التجزئـة بالوفـاء ؛ وذلـك بسـبب طبيعـة المحـل أو الشـيء الـذي يـرد عليـه أو بـالنظر إلـى الشـروط التـي تـم وضـعها بخصـوص تنفيـذ الالتـزام[1]، فهـو الالتـزام الـذي لا يمكـن تجزئـة الوفـاء بـه تجـاه أطرافـه المتعـددين سـواء أكـان ذلـك مـن الناحيـة الإيجابيـة أي مـا يتعلـق بالـدائنين أم مـن الناحيـة السـلبية أي مـا يتعلـق بالمـدينين، إذ لا يقبـل التنفيـذ إلّا تامـاً ، وعـدم القابليـة تعـود إلـى طبيعـة المحـل الـذي يـرد عليـه الالتـزام تـارة أو إلـى اتفـاق الأطـراف تارةً اخرى [2].

وتُثـار مشـكلة عـدم قابليـة الالتـزام للانقسـام فـي حالـة تعـدد المـدينيين أو الـدائنين وقـد نَصَّـت علـى ذلـك صـراحة المـادة (336) مـن القـانون المـدني العراقي[3] التي تنص على أنّه :

((يكـون الالتـزام غيـر قابـل للانقسـام:1 – إذا ورد علـى محـل لا يقبـل بطبيعتـه إنْ ينقسـم.2 – إذا تبـيَّن مـن الغـرض الـذي رمـى إليـه المتعاقـدان أن الالتـزام لا يجوز تنفيذه منقسماً أو إذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك)).

ووفقـا لهـذا الالتـزام فـإنَّ كـلّ مـدين ملتـزمٌ بوفـاء الـدين كـاملاً ويكـون لـه حـق الرجـوع علـى شـركائه فـي الـدين غيـر القابـل للانقسـام كـل بقـدر حصـته ، كمـا

([1]) د. انور سلطان : أحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 264.

([2]) د. عبـد السـلام ذهنـي بـك، الالتزامـات– النظريـة العامـة ، مطبعـة مصـر ،القـاهرة، دون سنة نشر، ص 817.

([3]) يقابلـه نـص المـادة (301) مـن القـانون المـدني الصـري والتـي تـنص علـى أنـه ((1– إذا تعـدد المـدينون فـي التـزام غيـر قابـل للانقسـام كـان كـل مـنهم ملزمـا بوفـاء الـدين كلـه، 2– وللمـدين الـذي وفـى بالـدين حـق الرجـوع علـى البـاقيين كـل بقـدر حصـته إلّا إذا تبين من الظروف غير ذلك)).

يترتب على هذا الوفاء براءة ذمة باقي المدينيين كما تُبَرَّأ ذمتهم في حالة انقضاء الالتزام لأي سبب آخر كالتجديد أو المقاصة بين الالتزام و حق نشأ على الدائن لاحد المدينيين أو اتحاد الذمة بين أحد المدين والدائن أو بغيرها من حالات انقضاء الالتزام[1].

إنَّ عدم قابلية الالتزام للانقسام التي تعود إلى طبيعة المحل إما أنْ يكون بصورة مطلقة فيكون الالتزام غير قابل للانقسام من الأساس وليس لعارض معين ، وقد يكون الالتزام غير قابل للتجزئة بصورة نسبيَّة ، أي إنّ الالتزام لم يكن في الأساس غير قابل للتجزئة بل إنّ هنالك عارض ما قد سبب ذلك[2].

وأما الحالة الأُخرى فيكون الالتزام فيها غير قابل للقسمة نتيجة لاتفاق الطرفين على ذلك ، فيكون مصدر عدم التجزئة هنا بالنسبة للالتزام هو اتفاق الطرفين المتعاقدين سواء أكانت الإرادة قد اتجهت صراحة أم ضمنًا إلى تجزئةِ الالتزام عند الوفاء[3] .

ومما سبق يمكن لنا أن نُبيِّن أوجه الشبه والاختلاف بين التضامن المفترض والالتزام غير قابل للانقسام و كما يأتي:-

أولا : أوجه التشابه:-

توجد مسائل عدّة يتفق فيها التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري مع الالتزام غير القابل للانقسام وهي كما يأتي:-

---

([1]) ينظر : د. جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1981 ص217.

([2]) د. اسماعيل عبد النبي شاهين ، المصدر السابق ، ص50.

([3]) د. اسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، الجزء الثاني ، مكتبة عبد الله وهبة ، مصر ، 1967، ص35.

أ- من حيث الأثر: يترتب على كل من التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري والالتزام غير القابل للانقسام إجبار أي من المدينين بوفاء كل الدين في حالة تعددهم[1] ، ولا يملك أي مدين منهم التمسك بحق تجريد مدين آخر من أمواله ، أو المطالبة بتقسيم الدين حسب حصة كل مدين منهم وذلك نتيجة لوحدة محل الالتزام فيهما[2].

ب- من حيث علاقة المدينين ببعضهم : يتشابه التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري وكذلك في الالتزام غير القابل للانقسام في علاقة المدينين بعضهم بالبعض الآخر، إذ على الرغم من وحدة محل الالتزام فيهما إلّا أن هذا الأمر متعلق بعلاقة المدينين تجاه الدائن أما عن علاقة المدينين بعضهم بالبعض الأخر فإن انقسام الدين جائز وعليه يمكن للمدين الموفي الرجوع على باقي المدينين وكل بقدر حصته من الدين[3].

جـ – من حيث تعدد الروابط : يتشابه التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري مع الالتزام غير القابل للانقسام في تعدد الروابط ، إذ أن الروابط تكون متعددة في كليهما وبقدر تعدد المدينين، لذا يجب مراعاة الأوصاف المُعدلة لكل رابطة منها [4].

هـ – من حيث طريقة الرجوع: يوجد تشابه بين التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري والالتزام غير القابل للانقسام في الدعاوى

([1]) د . نوري طلباني ، القانون التجاري العراقي ، الجزء الأول– النظرية العامة ، الطبعة الأولى ، دار الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، 1972، ص 69.

([2]) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، الاوصاف– الحوالة – الانقضاء، الجزء الثالث ، مصدر سابق ،ص397، كذلك د. أنور سلطان: أحكام الالتزام ، مصدر السابق ، ص378.

([3]) د. سمير عبد السيد تناغو : أحكام الالتزام والاثبات ،الطبعة الأولى ، مطبعة الوفاء القانونية ، الاسكندرية، 2009، ص328.

([4]) د. أنور سلطان : المصدر السابق ، ص268.

التي يمكن للمدين الموفي أنّ يطالب بموجبها باقي المدينين بما قام بوفائه للدائن، ويكون ذلك عن طريق الدعوى الشخصية أو عن طريق دعوى الوفاء مع الحلول[1].

ثانيا : أوجه الاختلاف:

إنّ وجود التشابه بين التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري لا ينفي وجود بعض الفوارق بينهما ، وهي كما يأتي :-

أ- من حيث المصدر: فإن مصدر التضامن المفترض في المسائل التجارية يكون أساسه العرف التجاري المبني على قرينة المصلحة المشتركة بين الملتزمين، أما عدم قابلية الالتزام للانقسام فإن مصدره أما أن يكون بسبب أن طبيعة محل الالتزام الذي لا يقبل الانقسام [2] أو الاتفاق بين الأطراف على عدم تقسيمه .

ب- توجد نيابة متبادلة بين المدينين بالتضامن المفترض في ما ينفعهم بخلاف الالتزام غير القابل للانقسام فلا توجد فيه نيابة متبادلة سواء أكان ذلك بما ينفع المدينين أم بما يضرهم .

جـ - في حالة انتفاء الالتزام غير القابل للانقسام بأحد الأسباب الأُخرى غير الوفاء فيستفيد منه باقي المدينيين بمقدار الدين كله، وهذا بخلاف التضامن المفترض حيث لا يستفيد منه باقي المدينيين إلّا بقدر حصة كل واحد منهم .

د - الالتزام غير القابل للانقسام يقتصر على المحل ذاته الذي ينصب عليه التنفيذ العيني للالتزام ، وفي حالة استحالة تنفيذ الالتزام نتيجة لأمر

([1]) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، ، الوسيط ، الاوصاف- الحوالة - الانقضاء، الجزء الثالث ، المصدر السابق ،ص406.

([2]) د. أنور سلطان ، المصدر السابق ، ص302.

مـــا ، واللجـــوء إلـــى التنفيـــذ بمقابـــل يصـــبح الالتـــزام قابـــل للانقســـام علـــى عـــدد المـــدينين علـــى الـــرغم مـــن كونـــه غيـــر قابـــل للانقســـام عنـــد نشـــوئِهِ ، أمـــا التضـــامن المفتـــرض فيبقـــى علـــى حالـــة حتـــى عنـــد اللجـــوء إلـــى التعـــويض، لـــذلك يوصـــف التضامن بأنه أقوى من الالتزام غير القابل للانقسام [1].

هـــ – ويختلـــف التضـــامن المفتـــرض للمـــدينين عـــن الالتـــزام غيـــر القابـــل للانقســـام فـــي حالـــة انقضـــاء الالتـــزام بســـبب غيـــر الوفـــاء ، ففـــي هـــذِهِ الحالـــة ينتفـــع المـــدينون بقـــدر حصـــة المـــدين الـــذي تـــوفر فيـــه ســـبب الانقضـــاء فقـــط ولا ينتهـــي الالتـــزام بالنســـبة لهـــم ، وبخـــلاف ذلـــك فـــأن كـــل المـــدينين عنـــد تعـــددهم فـــي الالتـــزام غيـــر القابـــل للانقســـام سينقضـــي التـــزامهم ويســـتفيدون مـــن ذلـــك الانقضـــاء بمقـــدار كـــل الالتزام [2].

و– عنـــد وفـــاة المـــدين المتضـــامن فـــأن الـــدائن لا يســـتطيع الرجـــوع علـــى كـــل وارث بكـــل الـــدين ، أمـــا فـــي حالـــة الاتفـــاق علـــى أن يكـــون الالتـــزام غيـــر قابـــل للانقســـام فـــيمكن للـــدائن الرجـــوع علـــى أي وارث بكـــل الـــدين، لـــذلك يكـــون الالتـــزام غيـــر القابل للانقسام أقوى من التضامن المفترض من هذه الناحية [3].

([1]) د. اسماعيل غانم : المصدر السابق ، ص35.

([2]) د. عبـــد الـــرزاق أحمـــد الســـنهوري : الوســـيط، الاوصـــاف – الحوالـــة – الانقضـــاء ، الجـــزء الثالث ، مصدر سابق ، ص389.

([3]) نـــواف حـــازم خالـــد ، الالتـــزام التضـــامني ((دراســـة مقارنـــة)) ، اطروحـــة دكتـــوراه مقدمـــة إلـــى كلية القانون – جامعة الموصل ، الموصل ،1999 ، ص 21.

الفصل الثاني

الأساس القانوني للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري

لابد لكل التزام قانوني من توافر أساس لكي يتم من خلاله تحديد المركز القانوني لأطراف العلاقة القانونية ، ومن ثم تمكُن كل طرف من أطراف العلاقة من معرفة حقوقه التي من المفترض أن يحصل عليها وما عليه من التزامات يجب قيامه بالوفاء بها ، ومن بين تلك الالتزامات تضامن المدينين في نطاق العلاقات التجارية، والذي دار بشأنه خلاف كبير ، إذ اختلفت آراء الفقهاء في مدى كون التضامن في المسائل التجارية من المسائل المفترضة التي لا تحتاج إلى النص القانوني أو الاتفاق أم لا ؟ وما هو أساس هذا التضامن لكي يتم إلزام الأطراف به عن طريق الافتراض بغض النظر عن الاتفاق أو القانون.

كما أن القول بافتراض تضامن الملتزمين في نطاق البيئة التجارية لا يمكن إلَّا من خلال بيان المُسَوِّغات التي تجعل منه أمراً مقبولاً ومن ثم يمكن إلزام الأطراف به ، إذ لابد من بيان المبررات التي تدعم الأخذ بالتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري .

لـــذا سنقســـم هـــذا الفصـــل علـــى مبحثـــين، المبحـــث الأول نخصصـــه للتأصـــيل الفلســـفي للتضـــامن المفتـــرض للمـــدينين فـــي الالتـــزام التجـــاري، بينمـــا المبحـــث الثـــاني نُعـــرج فيـــه علـــى التأصـــيل القـــانوني للتضـــامن المفتـــرض للمدينين في الالتزام التجاري.

المبحث الأول

التأصيل الفلسفي للتضامن المفترض للمدينين

في الالتزام التجاري

لـــم تكـــن مســـألة الإقـــرار بوجـــود التضـــامن المفتـــرض فـــي نطـــاق البيئـــة التجاريـــة مـــن المســـائل التـــي اتســـمت باتفـــاق آراء الفقهـــاء بـــل كانـــت نقطـــة توقّـــف عنـــدها الكثيـــر مـــنهم، فـــاظهروا جـــلّ أفكـــارهم بعضـــهم ضـــد الـــبعض الآخـــر مـــن اجـــل إرســـاء الأُســـس الفلســـفية الصـــحيحة لكـــل رأي ســـواء أكـــانوا مـــن الـــذين أنكـــروا وجـــود التضـــامن المفتـــرض فـــي العلاقـــات التجاريـــة أم ممـــن أيَّـــدوا هـــذه المسألة من أجل ترجيح رأيهم على الرأي الاخر.

كمـــا إنَّ القـــول بوجـــود التضـــامن المفتـــرض للمـــدينين فـــي الالتـــزام التجـــاري لابـــد مـــن إنَّ تكـــون لـــهُ مســـوغاته ، الأمـــر الـــذي يســـتوجب معرفـــة تلـــك المســـوغات أو المبـــررات التـــي دعَـــتَ إلـــى الأَخـــذِ بالتضـــامن المفتـــرض للمـــدينين في البيئة التجارية.

لـــذا سنقســـم هـــذا المبحـــث علـــى مطلبـــين، المطلـــب الأول يكـــون لبيـــان الأصـــل الفلســـفي للتضـــامن المفتـــرض للمـــدينين فـــي الالتـــزام التجـــاري ، ومطلـــب ثـــانٍ يخصـــص لبيـــان مُبـــررات الأَخـــذ بالتضـــامن المفتـــرض للمـــدينين فـــي الالتـــزام التجاري.

المطلب الأول

الأصل الفلسفي للتضامن المفترض للمدينين

في الالتزام التجاري

إنَّ قســاوة التضــامن الســلبي ومــا يترتــب عليــه مــن آثــار تُفْــرض علــى المــدين المتضـامن جعلـت أغلـب فقهـاء القـانون يـذهبون إلـى عـدم افتـراض تضـامن المـدينين فـي نطـاق المسـائل المدنيـة، وَيَـرْونَ بأنهـا مـن المسـائل المفـروغ منهـا و مـن ثـم لا يمكـن افتراضــها دون أن يكــون هنالــك تــدخل لإرادة المــدين أو وجــود الــنص القــانوني المقــرر للتضـامن بـين المـدينين ، ولكـن مـن جهـة أُخـرى نجـد أن فقهـاء القـانون قـد انقسـموا بشـأن مـدى افتـراض التضـامن للمـدينين فـي نطـاق البيئـة التجاريـة، لـذا نجـدهم قـد تفرقـوا فـي مسـألة تأصـيل التضـامن المفتـرض للمـدينين فـي الالتـزام التجـاري إلـى اتجـاهين بـين منكر لهُ ومؤيدٍ.

لـذا سـيتم تقسـيم هـذا المطلـب علـى فـرعين ، الفـرع الأول يُخصـص لبيـان موقـف منكـري التضـامن المفتـرض للمـدينين فـي الالتـزام التجـاري، بينمـا يـتم فـي الفـرع الثـاني التطرق إلى موقف مؤيدو التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري.

الفرع الأول

منكرو التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري

يـرى أصـحاب هـذا الاتجـاه وفـي مقـدمتهم العلامـة (السـنهوري) عـدم إمكانيـة القـول بـافتراض التضـامن بـين المـدينين فـي الالتـزام التجـاري شـأنه فـي ذلـك شـأن الالتـزام المـدني ، ومـن ثـم لا يمكـن إقـراره إلَّا بوجـود اتفـاق بـين أطـراف العلاقـة القانونيـة أو وجـود الـنص القـانوني ، إذ يـذهب أصـحاب هـذا الـرأي إلـى أن الالتزامـات المدنيـة والتجاريـة لا يمكـن افتـراض التضـامن فيهـا ؛ لأنـه يخـالف مبـدأ عـدم إلـزام الإرادة فيمـا لـم تلتـزم بـه مـن جهـة ومـن جهـة أخـرى فـإن فيـه مـن القسـاوة علـى المـدين فـي البيئـة المدنيـة و التجاريـة ممـا يجـافي العدالـة[1] ، ومـن ثـم فـإنهم يقولـون بعـدم افتـراض التضـامن فـي المسائل المدنية والتجارية .

ويُبـرر أصـحاب هـذا الاتجـاه رأيهـم بـأن المُشَـرِّع قـد نـصَّ علـى عـدم افتـراض التضـامن فـي القواعـد العامـة والتـي يجـب تطبيقهـا عنـد غيـاب الـنص الخـاص[2] ، وهـذا مـا جسـدته المـادة (320) مـن القـانون المـدني العراقـي التـي

(1) د. عبـد الـرزاق أحمـد السـنهوري، الوسـيط فـي شـرح القـانون المـدني الجديـد– الجـزء الثالث– مصدر سابق ، ص205–206

(2) د. يوسف عودة غانم المنصوري، المصدر السابق، ص13

جاء فيها ((التضامن ما بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون)) [1].

كذلك فإنهم يعزّزون رأيهم بحجة أُخرى مفادها إنَّ قانون التجارة بما أورده من نصوص بشأن التضامن المفترض لحالات خاصة والتي يبدو من مفهوم المخالف لها أن المُشَرِّع قد أقتصر افتراض التضامن على هذه الحالات فقط وإلا ما الفائدة من استثناء هذه المسائل دون غيرها إذا كان افتراض التضامن يكون في جميع المسائل، و الاستثناء يأتي خلاف الأصل ولا يجوز التوسع فيه[2].

([1]) ويقابلها نص المادة (279) من القانون المدني المصري النافذ رقم (131) لسنة 1948 (المعدل) والتي تنص على أنه((التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفترض وانما يكون بناء على أتفاق أو نص في القانون)) وكذلك نص المادة(1310) من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 (المعدل بموجب التعديل لسنة 2016) والتي تنص على أنه ((التضامن قانوني أو أتفاقي و لا يفترض)) والنص باللغة الفرنسية كما يأتي:

Art. 1310

.–La solidarité est légale ou conventionnelle ; elle ne se présume pas

([2]) د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المصدر السابق ، ص284 ، د. أسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام مطالبة المدينين المتضامنين بالدين في القانون المدني– دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديد ، الاسكندرية،2006، ص75– 76

والأكثر من ذلك فإن أحد فقهاء القانون في العراق يصف افتراض التضامن في المسائل التجارية دون المسائل المدنية بقوله ((وهذه تفرقة لا محل لها وهي محاباة صارخة لطبقة التجار))[1] .

كما أن من الأسانيد التي قدّمها أنصار هذا الاتجاه هي أن القاعدة العرفية القديمة التي نشأت في ظل القانون الفرنسي القديم ولم يتم إلغائها في القانون المدني الجديد والتي تقضي بافتراض التضامن في المسائل التجارية والتي تَأثر بها بعض الفقهاء[2] فضلاً عن القضاء لا يمكن تطبيقها في مكان خارج فرنسا [3].

ولم يقف أمر إنكار افتراض تضامن المدينين في الالتزامات التجارية عند الفقهاء فحسب بل أن القضاء قد ذهب في الاتجاه نفسه ؛ إذ نجد أن محكمة النقض المصرية قد قضت في بعض قرارتها [4] على أنه

([1]) د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، هامش ص413

([2]) ومن أبرز الفقهاء الفرنسيين الذين قالو بعدم افتراض التضامن للمدينين في المسائل التجارية هو الفقيه (لوران)،أشار اليه د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، مصدر سابق ، ص266

([3]) د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المصدر نفسه ، ص 284 ، د . محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، الطبعة الثالثة ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ، 1978 ، ص880

([4]) قرارات الطعن رقم (641) و(668) لسنة 60 ق، جلسة 28، أبريل ، 1991 ، مجموعة أحكام النقض المصرية ،س43، الجزء الأول ، ص939 ، رقم (154)، كذلك قرار الطعن المرقم(520) لسنة 57 ق، مجلة فبراير، 1990، مجموعة أحكام النقض ، س41، الجزء الأول ، ص447، رقم (83).

((التضامن لا يفترض ولا يؤخذ بالظن ولكن ينبغي أن يرد إلى نص في القانون أو اتفاق صريح أو ضمني ، ويتعين على الحكم بالمسؤولية التضامنية أن يبين في غير غموض الأساس الذي أستند إليه في ذلك ، فالحكم الذي يلزم جميع المحكوم عليهم بالتضامن دون أن يبيّن سنده يكون خاطئاً لقصور أسبابه)).

الفرع الثاني

مؤيدو التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري

إنَّ الحجج التي قدّمها أنصار الرأي الأول ممن أنكروا افتراض التضامن للمدينين في الالتزام التجاري لم تسلم من الانتقاد مما جعل كثيراً من الفقهاء [1] يتبنون الرأي المخالف لذلك الرأي ويذهبون إلى القول بوجود الافتراض بشان تضامن المدينين في الالتزامات التجارية.

([1])د. علي العريف : المصدر السابق ، ص 130 ، د. سميحة القليوبي، المصدر السابق، ص95 ، د. أنور سلطان، المصدر السابق، ص279 ، د. عدنان الخير ، قانون التجارة اللبناني ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، 2008، ص117 ، د. حسن جاد : شرح القانون التجاري العراقي ، الجزء الأول، مطبعة النقيض الأهلية، بغداد، 1940-1941 ، ص47، د. صلاح الدين الناهي : المصدر السابق ، ص6، د. أحمد إبراهيم البسام ، المصدر السابق ، ص44 ، د. فوزي محمد سامي: المصدر السابق، ص30 ، د. عزيز العكيلي ، المصدر السابق، ص64 ، د. فأروق إبراهيم جاسم : الوجيز في القانون التجاري ، مقدمة عامة – الأعمال التجارية – التاجر – العقود التجارية– عمليات المصارف– دار السيسبان ، بغداد،2015 ، ص26 .

إذ يرى أصحاب هذا الاتجاه أنَّ التضامن بين المدينين في الالتزام التجاري يكون مفترضاً على خلاف التضامن في الالتزام المدني ، ويذهبون إلى أن التضامن المفترض بين المدينين في البيئة التجارية هو الأصل أما الاستثناء فهو عدم وجود التضامن وذلك عن طريق استبعاده بشرط خاص يضعه أطراف العلاقة التجارية.

ويبرر أنصار هذا الاتجاه رأيهم بافتراض التضامن في البيئة التجارية بعدّة حجج منها أنَّ ذلك يعود إلى الأعراف التجارية و بالاستناد إلى أن التقاليد ومنذ عهد القانون الفرنسي القديم قد استقرت على ذلك نزولاً على مقتضيات الائتمان التجاري وعليه فأن افتراض التضامن يتبعه توفير أسباب الثقة بالتجار .

إلَّا أن اصحاب هذا الرأي على الرغم من كونهم متفقين على وجود التضامن المفترض بين المدينين في البيئة التجارية إلَّا انهم قد انقسموا فيما بينهم بشأن مصدر التضامن المفترض.

فمنهم من قال بأن أساسه قاعدة عرفية تجارية قديمة مفادها أن هناك مصلحة مشتركة للملتزمين بدين تجاري، وهذه القرينة تكون في الوقت ذاته اساساً لافتراض التضامن بينهم بشرط عدم الاتفاق على استبعادها صراحة ، والاعتماد هنا على العرف التجاري يتجاوز الحالة النمطية في الاعتماد على القانون المكتوب، ويتم اللجوء إلى العرف الذي يستمد قوته من الإرادة المفترضة لأطراف العلاقة عند صمتهم عن استبعاده و تعتبر الأطراف قد قبلت به ومن ثم فهو ملزماً لهم و يجب على القاضي تطبيقه،

ومنهـا العُـرف الـذي يُفتـرض بموجبـه التضـامن السـلبي فـي الالتـزام التجـاري بشـرط أن يكـون ملـزم فقـط للأشـخاص الـذين مـن المفتـرض أن يعرفـوه ، ولكـن يجـب أن نكـون حـذرين فـي ذلـك، لأنـه لا يعنـي بالضـرورة وجـود الافتـراض دائمـاً ؛ لأنّ للأطـراف حـق التنصـل منـه سـواء أكـان ذلـك بالاتفـاق عـن طريـق شرط صريح أو ربما يكون استبعاده بموجب القانون[1].

فـي حـين قـال بعضـهم إنّ اساسـه يكمـن فـي تفسـير النيـة المشـتركة للملتـزمين؛ فـإذا تبـيَّن مـن الظـروف أن النيـة متجهـة إلـى اسـتبعاد افتـراض التضـامن لـم يكـن هنـاك محـلاً لقيـام التضـامن بـين المـدينين أو تفسـر نيتهمـا خلاف ذلك[2].

وقـد عـزَّز أصـحاب هـذا الـرأي قـولهم بـأن وجـود التضـامن المفتـرض بـين المـدينين فـي الالتـزام التجـاري يُسـهم بشـكل فعَّـال فـي دعـم الائتمـان الـذي يمثـل عصـب التعـاملات التجاريـة، وأن تـوفير الائتمـان فـي البيئـة التجاريـة يُعَـدُّ مـن الاعتبـارات العمليـة التـي تتطلبهـا ؛ لأنّ افتـراض تضـامن المـدينين فـي الالتزامـات التجاريـة يمثـل ضـمانة مـن الضـمانات الخاصـة للـدائنين والتـي تُسْـهم فـي تجنـبهم خطـر إفـلاس أحـد المـدينين أو اعسـاره علـى اعتبـار أن الـدائن يسـتطيع الحصـول علـى دينـه كلـه مـن أي مـدين آخـر غيـر المـدين الـذي

([1]) JEAN VAN RYN,PRINCIPES DE DROIT COMMERCIAL,TOME PREMIER , ÉTABLISSEMENTS ÉMILE BRUYLANT, BRUXELLES ,1954, p23

([2]) د. محمـد حسـني عبـاس ،المصـدر السـابق، ص11.د. أسـماعيل عبـد النبـي شـاهين، المصدر السابق، ص74

حدثت معه واقعة معينة، كما أن افتراض التضامن يُسْهِمُ في حصول المدين على الائتمان والثقة [1]، لذا فإنهم يرون بأن العرف التجاري قد استقر على افتراض التضامن بين المدينين في الالتزامات التجارية للحجة أعلاه ودون الحاجة إلى الاتفاق أو النص القانوني للمساهمة الفعالة في تعزيز النشاط التجاري وازدهاره[2].

كما يرد أصحاب هذا الاتجاه على المنكرين لوجود التضامن المفترض بين المدينين في الالتزام التجاري فيما يخص حجتهم بشأن بعض حالات التضامن المفترض التي نَصَّ عليها المُشَرِّع التجاري والتي وصفوها بالحالات الاستثنائية في حين أنها من الأهمية بمكان (حسب رأي أصحاب الرأي الثاني) مما جعل المُشَرِّع التجاري يتولاها بالاهتمام وإيراد النصوص الخاصة بها تأكيداً لأهمية التضامن في هذه الحالات ولا يمكن أن نستنتج منه عدم الأخذ بفكرة التضامن المفترض في الحالات الأخرى في نطاق البيئة التجارية [3] .

ويرى الباحث أنَّ التشريعات التي تَبَنَّت التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري كقاعدة عامة في قانون التجارة بعد أن كان متمثلاً

([1]) د. علي جمال الدين عوض ، دروس في القانون التجاري، المصدر السابق ، ص 10، د. علي حسن يونس ، القانون التجاري، دار الفكر العربي ، القاهرة، 1959 ، ص59

([2]) د. علي حسن يونس ، المصدر السابق ، ص59

([3]) د. نوري طلباني ، المصدر السابق ، ص 70 ، كذلك د. أسماعيل غانم ، المصدر السابق ، ص316

بقواعد متناثرة في تلك القوانين ومنها قانون التجارة الفرنسي وقانون التجارة المصري وكذلك قانونيّ التجارة الملغيين في العراق (السابق والأسبق) قد اكدت على أنّ إيراد تلك الحالات الخاصة بالتضامن المفترض كان لأهميتها ولغرض تنبيه الاطراف عليها وليس من باب التخصيص لهذه الحالات فقط والدليل على ذلك أن تلك القوانين لم تعمد إلى إلغاء القواعد الخاصة بعد أنّ تبنّت التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري كقاعدة عامة ، كما أن هذا الأمر لا يمكن التسليم به بالغفلة للمشرّع ؛ إذ من غير الممكن أن نتصور حدوث ذلك لدى أكثر من مشرّع للقوانين المقارنة.

ويذهب بعض الفقهاء [1] إلى أنَّ القول بأن قانون التجارة له صفة استثنائية أي بمعنى أنَّ قواعده وردت بصورة مخالفة للقانون المدني وأن الأخير واجب التطبيق على كل مسألة لم يرد بشأنها نص أو عرف تجاري لا يمكن التسليم بها مطلقاً؛ لأنّ القول بأن معظم الالتزامات الواردة في القانون المدني تطبق على المسائل التجارية ليس لكونها نصوصاً مدنيةً بل لأنها قواعد عامة تناسب المسائل التجارية والمدنية على حدٍّ سواء وعليه ينبغي استبعاد كل النصوص المدنية التي لا تنسجم مع البيئة التجارية وضروراتها والتي تقوم على السرعة والائتمان ، أي بمعنى أن قواعد القانون المدني التي تطبق على المسائل التجارية يكون الهدف منها إكمال النقص في نصوص قانون التجارة وبما يتفق مع مقتضياتها ، لذا يُشترط عدم إفسادها للخصائص الأصلية لقانون التجارة، ومن ثم فإن الاصل في القواعد

([1]) د. نوري طلباني : المصدر السابق ، ص 48، كذلك د. أكرم ياملكي : المصدر السابق ، ص42

المدنية أنها لا تعتبر قواعد عامة تطبق على جميع المعاملات المدنية والتجارية على حد سواء مالم يُشِر المُشَرِّع صراحة أوضمنًا إلى انصراف حكمها إلى تلك المسائل على حد سواء.

وأكثر من ذلك فإن المنكرين لوجود التضامن المفترض للمدين في الالتزام التجاري وفي مقدمتهم العلامة السنهوري يناقضون أنفسهم في المسألة ذاتها ؛ ففي الوقت الذي ينفون فيه أصل وقاعدة افتراض التضامن فإنه يخلص إلى سهولة إثبات التضامن المفترض بقرينة قيام الالتزام بين التجار في المسائل التجارية تحديداً، لذا فإن هذا الأمر وحده يمثل تراجعاً عن فكرة عدم افتراض التضامن بين المدينين في البيئة التجارية [1].

كما حاول أحد الفقهاء [2] أن يجد حلاً وسطاً لهذه المسالة من خلال تبني فكرة الاعتماد على العرف الذي يفترض التضامن بين المدينين في الالتزام التجاري عن طريق تحديد ما إذا كان العرف محلياً أم لا، فإذا كان العرف محلياً فهو يختلف من مكان إلى آخر ومن حالة إلى أخرى، ولما كان اساس قاعدة افتراض التضامن بين المدينين في الالتزام التجاري هو العرف فنكون أمام مسالة موضوعية تبحثها المحكمة حسب الأحوال و هي التي تقرر في ما إذا كان العرف في تلك المعاملات يقتضي التضامن بين المدينين من عدمه إلّا أن هذا الراي لم يجد مقبولية ؛ لأنّ العرف ليس مسألة موضوعية تبحثها المحكمة بل هو قانون يجب عليها تطبيقه و تكون خاضعة في ذلك التطبيق لرقابة محكمة التمييز هذا من جهة ،

([1]) أستاذنا د. باسم علوان طعمة العقابي ، المصدر سابق ، ص4

([2]) د. علي جمال الدين عوض ، المصدر السابق ، ص11

ومن جهة أُخرى فان من أهم شروط القاعدة العرفية هو ثباتها واضطرادها حتى تكون مصدراً للقاعدة القانونية فإذا لم يكن العُرف يحظى بذلك فلا يمكن عدّه قاعدة قانونية تستقى منها الاحكام [1].

المطلب الثاني

مبررات افتراض تضامن المدينين

في الالتزام التجاري

إنَّ ماهية العمل التجاري لها من الأهمية البالغة التي جعلتها تمتاز بأحكام خاصة وُضِعَت لها دون أن يتم مراعاة الشخص القائم بها وكانت غاية المُشَرِّع عند وضع تلك الاحكام لزيادة الائتمان وحماية الدائنين من أجل ضمان حصولهم على ديونهم عند حلول أجلها من جهة ، ولتلبية متطلبات السرعة التي تلائم تلك الأعمال وتُبَسِّط من إجراءاتها من جهة أُخرى ، ومن تلك المسائل التي تتعلق بالائتمان التجاري افتراض التضامن للمدينين في الالتزام التجاري، لذا فإن ذلك الافتراض كان لهُ مبررات عدّة تتمثل في مصلحة الأطراف تارة ، وتارةٍ أخرى في استقرار المعاملات.

([1]) أستاذنا د. باسم علوان طعمة العقابي ، المصدر نفسه ، ص4

لـذا سيُقَسَّـم هـذا المطلـب علـى فـرعين، الفـرع الأول يخصـص لبيـان مراعـاة مصلحة الأطراف بينما الفرع الثاني سيكون لبيان مبدأ استقرار المعاملات.

الفرع الأول

مراعاة مصلحة الاطراف

إنَّ أول المبـررات التـي دعـت إلـى الأخـذ بالتضـامن المفتـرض للمـدينين فـي الالتـزام التجـاري هـو مراعـاة مصـلحة أطـراف التعـاملات التجاريـة إذ إنّ حمايـة مصـلحتهم تُعـدّ مـن الأولويـات التـي سـعى لحمايتهـا التجـار انفُسـهم ابتـداءً عنـدما أقـروا هـذا العـرف التجـاري فيمـا بيـنهم ومـن ثـم فـإن المُشَـرِّعين لـم يتجـاهلوا هـذا المبـرر واعتمـدوه كأحـد المبـررات للقـول بالتضـامن المفتـرض فـي البيئـة التجاريـة ، و تتمثـل مراعـاة المصـلحة لكـل طـرف علـى حـدة وهـي كمـا يأتي :

أولاً : مراعاة مصلحة الدائن :-

تكمـن الأهميـة البالغـة فـي افتـراض تضـامن المـدينين فـي الالتـزام التجـاري فـي حمايـة الـدائن وذلـك مـن خـلال تـوفير الائتمـان الكـافي لـه والـذي يضـمن حقـه و يحيطـه بضـمانات تكفـل لـهُ استحصـال الـدين مـن دون إبطـاء مـن جهـة[1] ومـن جهـة أخـرى يضـمن لـه الحصـول علـى دينـه حتـى فـي حالـة إعسـار أو إفـلاس أحـد المـدينين ؛ لأنـه يسـتطيع الرجـوع علـى أيٍّ مـن المـدنيين

([1]) د نوري طلباني ،المصدر السابق ، ص69

بكل الدين وله أن يطالبهم جميعا في وقت واحد كما أن مطالبته لأحد المدينين لا تمنعه من مطالبة الآخرين[1] ، كما وأن المُشَرِّع وبهدف تقوية الائتمان وتدعيمه عن طريق زيادة ضمانات الدائن فرض جزاءات رادعة على المدين المقصر مما يظهر فيه تغليب لمصلحة الدائن على المدين[2].

وينصب الائتمان بشكل أساسي على فكرتين جوهريتين ، هما : الثقة والأجل ولا يتصور وجوده دونهما أو حتى دون أُحدهما[3].

وفي ما يخص مصلحة الدائن فإنها تكون في الثقة ، أي في مدى ثقته بالآخرين من المدينين ، من أجل الدخول في التعاملات التجارية معهم بما يعزز ضمانات الوفاء من الطرف الآخر خاصة انَّ التعاملات التجارية تتسم بالسرعة ، وفي أغلب الأحيان فإن أغلب التجار لا يقومون بسداد المبالغ بشكل فوري لعدم توفر السيولة النقدية لديهم أو لأي أمر آخر مما يستوجب توافر الضمان الكافي للدائن بما يضمن له سداد دينه ، وهنا يُسْهِم الافتراض في ذلك من خلال تقرير افتراض تضامن المدينين في الالتزام التجاري في الاصل والذي يمنحه الثقة أولاً، ومن ثم مكنة مطالبة أي من المدينين بكل الدين، وهذه الضمانات تضاف إلى الضمانات العامة التي تقررها القواعد العامة لكل دائن.

([1]) د. عزيز العكيلي ، المصدر السابق، ص 65

([2]) د. محمد كمال سالم ،أهمية الوقت والائتمان بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي ((دراسة نقدية من وجهة شرعية)) ،الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2017 ص31

([3]) أستاذنا د. باسم علوان طعمة العقابي ، المصدر السابق ، ص1

إنّ افتراض التضامن في المسائل التجارية بين المدينين يُجَنِّب الدائن خطر إعسار أو إفلاس المدين ، إذ يهيئ ائتماناً قوياً من خلال زيادة فرص الدائن في الحصول على الدين كله من أحدهم في حالة تعرض أحدهم للإعسار أو للإفلاس[1] .

ورغم قساوة هذا الأمر على المدين الذي يتم الرجوع عليه و يلتزم بسداد الدين إلَّا إنّ المُشَرِّع قد راعى مصلحة الطرفين هنا فقام بتوفير الضمان الخاصة للدائن أولاً ومن ثم قام بإعطاء الحق للمدين الموفي بالرجوع إلى باقي المدينين المتضامنين معه ليتشاركوا مع الموفي في تحمل حصة المدين المُعسر أو المُفلس[2].

والائتمان يقوم على عدّة عناصر تتمثل في علاقه المديونية والأجل والمخاطرة والثقة بين الطرفين ، و لو نظرنا إلى هذه العناصر من زاوية الدائن نجد أنّ قيام علاقة المديونية بين الطرفين والتزام الدائن بتنفيذ التزامه سواء أكان ذلك بأداء عمل أو تسليم مال معين إلى المدين ومنح الأخير أجلاً فإن ذلك يقترن بالمخاطرة التي لا يخلو اي ائتمان منها ؛ لأنّ من يمنح الائتمان يقوم بوضع نفسه في احتمال حصول الخطر بغض النظر عن الثقة التي يملكها المدين لدى الدائن ، أو ما يتمتع به المدين من ذمة مالية ، وهذه المخاطرة تتسع وتضيق بحسب الضمانات المقدمة من قبل المدين ، إلّا أنَّه في البيئة التجارية نجد أنَّ المُشَرِّع قد أحاط الدائن

([1]) د. محمد كمال سالم : المصدر السابق ، ص35

([2]) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط – الجزء الثالث، مصدر سابق، ص353

بالضمانات التي توفر نوعاً من الائتمان ومنها التضامن المفترض بين المدينين في المسائل التجارية[1]

إذ يُعد التضامن المفترض أحدَ الضمانات الخاصة إلى جانب ما يقدمه المدين من تأمينات عينية كانت أم شخصية ؛ لأنّ عنصر المخاطرة لا ينتفي بوجود الضمانات العامة مما يدفع المُشَرِّع التجاري إلى تبنى التضامن المفترض بين المدينين في الالتزامات التجارية كأحد أنواع الضمانات التي توفر الثقة لدى التجار، لذا فإن التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري يساهم بشكل فعّال في توفير الثقة لدى الدائن لكي توفر له نوعا من الضمان بموجبه يقوم بمنح المدين أجل معين على أساس مقدرته على مطالبة اي من المدينين بكل الدين.

كما إنّ الأجل الذي يُضْرب لمصلحة المدين يحقق بصورة مباشرة فائدة للدائن تتمثل في منح الدائن مكنة التسويق لخدماته و منتجاته بسهولة ومن ثم فان الائتمان يُساهم في تيسير التعاملات التجارية وفي زيادة الانتاج وتطوره وبخلافه يضعف النشاط التجاري للمشاريع والأفراد ويترتب على ذلك الاحتكار التجاري وانخفاض مستوى الانتاج و ارتفاع اسعار المنتجات وكل هذا يؤدي إلى تضرر الاقتصاد الوطني[2].

([1]) د. محمد حسين منصور : النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية، 2001 ، ص 11

([2]) د. عبد القادر حسين العطير: الوسيط في شرح القانون التجاري، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، 1999 ، ص98

ثانياً: مراعاة مصلحة المدين:-

أما عن مصلحة المدين التي يوفرها التضامن المفترض للمدينين في الالتزامات التجارية فهي تتمثل في الثقة والأجل الذي يمنحه الدائن للمدين، إذ إنَّ الثقة هي من أهم عناصر الائتمان التجاري ، ويُسهم التضامن المفترض في البيئة التجارية بتوفير الثقة لدى الدائن (مانح الائتمان) عن المدين (متلقي الائتمان) وهذه الثقة وإنْ كانت من العناصر النفسية و ذات الطابع الشخصي إلّا انّها بالرغم من ذلك تُعد من أهم العناصر اللازمة لوجود الائتمان بين أطراف العلاقة التجارية ، ولا يمكن أنّ نتصور أنّ تنشأ العلاقات التجارية وتتطَوَّر إلّا في ظل توافر هذه الثقة بين أطراف تلك العلاقة[1] .

وتعتمد الثقة التي يحصل عليها المدين في الأساس على عدّة معايير تتجسد في المعيار الشخصي أولاً والمتمثل في قدرته وحرصه على الوفاء بالتزاماته في الأجل المحدد فضلا عن سمعته ، كما يتم قياسها على أساس مقدرة المدين من خلال الملاءة المالية، فكلما كانت الذمة المالية للمدين في جانبها الايجابي أي المركز المالي للمدين يكون بالجانب الايجابي فإن هذا يُسهم في زرع الثقة والطمأنينة لدى الدائن بما توفره من عناصر لوفاء ديونه وقد يرتفع سقف المطالب لدى الدائن فيقيس الثقة على أساس ما يقدمه

([1]) محمد حسين اسماعيل: القانون التجاري الاردني، الطبعة الاولى ، دار عمّان للنشر والتوزيع ،عمّان، 1985 ، ص 261

المدين من ضمانات شخصية أو عينية لضمان وفاء دينه في الأجل المتفق عليه ومن ثم تقاس الثقة على أساس مقدار تلك الضمانات[1].

ولكن كل هذه المسائل المتعلقة بالمقدرة والسمعة والذمة المالية لا يمكن لها أنّ توفر الضمان الخاص للوفاء كما يوفرها التضامن المفترض ؛ لأنّ افتراضه على كل مدين ممن يدخل في علاقة تجارية يلزمه بالوفاء ولا يمكن معه التنصل عن ذلك الالتزام من خلال التمسك بحق التجريد أو حق التقسيم ، كما أنَّه يوفر الضمان حتى في حالة عدم معرفة الدائن للمدين ومثال ذلك التضامن الصرفي في الأوراق التجارية ، و في الغالب لا يعلم الحامل للورق التجارية من هم الملتزمون بوفاء قيمة الورقة التجارية و لا يعرف مدى قدرتهم على الوفاء أو سمعتهم التجارية فضلاً عن ذممهم المالية ولكن تضامنهم الصرفي يعطيه الحق باختيار من هو أكثر ملائة والرجوع عليه بوفاء قيمة الورقة التجارية[2].

وهذه الثقة هي التي تُسهم في إرساء مصلحة أُخرى للمدين هي الأهم من كل ذلك في مسألة الائتمان التجاري ألّا وهي(الأجل) و هو ما يسعى إليه المدين في المسائل التجارية ؛ لأنه غالباً ما تتم الصفقات دون أن يملك التاجر السيولة النقدية ومن ثم فهو بأمس الحاجة إلى أجل معين للوفاء، وعليه فإن الضمانات التي يحصل عليها الدائن لكي يمنح الأجل للمدين

([1]) د. نبيل ابراهيم سعد: نحو قانون خاص للائتمان ، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1990 ص 30

([2])د. محمد علي محمد بني مقداد ، الأوراق التجارية وتضامن الموقعون عليها، دار النهضة العربية ، القاهرة ،2008 ، ص 252

تنقسم إلى ضمانات قانونية وضمانات اتفاقية فضلاً عن ضمانات أُخرى ابتدعتها النظم القانونية الأُخرى ، ومن الضمانات القانونية التي أقرتها الكثير من التشريعات تضامن المدينين في البيئة التجارية ؛ لأنّ تعدد المدينين يُسهم في تقوية فرصة الدائن في استيفاء حقّه ، إذ أنّ التعدد يقيه خطر إفلاس أحد المدينين أو إعساره ، و له أنْ يتوجَّه إلى مدين أَخر ومطالبته بالدين وهذه المكنة التي يمنحها القانون للدائن من شأنها أنْ تشجّعه على منح الائتمان ما دامت خطورة عدم الوفاء تقل عند تعدد المدينين المتضامنين[1] .

والأجل كما هو معلوم في المسائل التجارية يُضرب لمصلحة الدائن والمدين، والأجل هو من الأوصاف التي تلحق الالتزام ولا تدخل في ماهية الالتزام، وهو أحد عناصر الائتمان كما ذكرنا سابقا ولا قيام للائتمان دون وجود الأجل ، لذا يجب على المدين متلقي الائتمان أن يبذل قصارى جهده لتنفيذ التزامه في الأجل المضروب لمصلحته وطبقاً لمبدأ حسن النية وما تقتضيه طبيعة الالتزام والعرف وأحكام القانون[2]، وذلك من خلال امتناعه عن كل ما يخل بالثقة الممنوحة له من قبل الدائن.

---

(1) محمد كمال سالم : المصدر السابق، ص35

(2) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير : الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الأول، مصادر الالتزام، طبعة جديدة منقحة، العاتك ، بيروت، 2017-2018 ، ص6

و مفهوم الأجل ينصرف إلى المدة الزمنية التي تكون بين قيام علاقة المديونية وبين الوفاء بالدين[1] ، وعادة ما يتم الاتفاق بين الأطراف على الأجل الذي يكون بدوره قصيراً في معظم الأحيان لأنّ السرعة وتداول الثروات يتطلب ذلك ، ولا يوجد مانع قانوني من أن يمنح الأجل لمدة طويلة.

ومن هديّ ما سبق يتضح لنا أنّ التضامن المفترض يُسهم بشكل فعّال في تعزيز أُطر الائتمان التجاري من خلال الضمان الخاص للوفاء بالالتزام عن طريق توفير الثقة لدى الدائن ، ومنحه الضمان المتجسد بحصوله على ديونه وحسب المدين الذي يختاره ويطالبه بالوفاء من بين المدينين في حالة تعددهم ، ولا يؤثر إفلاس أو إعسار البعض على هذا الضمان ، كما أنّ المدين يحصل على الثقة التي يمنح على أثرها الأجل من الدائن من خلال وجود افتراض تضامن المدينين في الالتزام التجاري تجاه الدائن ، لذا فإن التضامن يصب في مصلحة الطرفين الدائن والمدين.

([1]) د. انطوان الناشف و خليل الهندي ،العمليات المصرفية والسوق المالية ،الجزء الثاني ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس، 2000 ، ص 13

الفرع الثاني

استقرار المعاملات

لا يقتصر دور التضامن المفترض على تحقيق مصلحة أطراف العلاقة التجارية بل يتعداه إلى تحقيق غايات أُخرى يسعى لتحقيقها المُشَرِّع ومن تلك الغايات مساهمة التضامن المفترض في استقرار المعاملات، و من ثم فإنه يُمثل المُبرر الثاني من مبررات افتراض التضامن للمدينين في الالتزام التجاري إلى جانب مصلحة أطراف العلاقات التجارية.

ويُعَد استقرار المعاملات أحد أهم الغايات التي يسعى المُشَرِّع إلى تحقيقها عند وضعه للقواعد القانونية ؛ لأنّ هذا الامر يُسْهِم في إشاعة روح الطمأنينة لدى افراد المجتمع بسبب معرفتهم لحقوقهم واجباتهم وهذا الأمر له دور مهم في تحقيق المصلحة العامة من خلال تقليل النزاعات بين الأفراد ، وهذه الغاية يسعى المُشَرِّع إلى تحقيقها من خلال المحافظة على الأمن الفردي والأمن الاجتماعي[1].

([1]) د. آوات عمر قادر حاجي : مبدأ استقرار المعاملات (دراسة تحليلية في القانون المدني) ، تقديم د. محمد سليمان الأحمد ، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2017 ، ص 29 ، د. حمدي عبد الرحمن و رضا عبد الحليم عبد المجيد : مبادئ القانون ، مطابع جامعة المنوفية ، مصر ، دون سنة نشر، ص4-5

ويقصد عموما باستقرار المعاملات((هو ثبات آثار الوقائع الإنسانية في الأموال بنفاذها أو انحلالها))[1] .

أي بمعنى ثبات آثار الأعمال من خلال تحديد الحقوق والالتزامات التي تترتب على الأطراف سواء أكان ذلك بالطريق الطبيعي لنفاذها والمتمثل بالوفاء بها أم بعد انحلال الالتزام أي دون تنفيذها وما يترتب عليه من أثر قانوني ، ومن ثم فإن استقرار المعاملات يمثل القدر المتيقن من تحديد الالتزامات بغض النظر عن مصير العلاقة القانونية.

ويرى أنصار المذهب الشكلي[2] أنَّ القيمة الاساسية التي يسعى القانون إلى تحقيقها غاية الأمن والاستقرار القانوني ، وفي الواقع أنَّ تحقيق

([1]) علي حميد كاظم الشكري : استقرار المعاملات المالية ((دراسة مقارنة)) ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون – جامعة كربلاء ،2014، ص23.

([2]) يُعد المذهب الشكلي من أقدم المذاهب الفلسفية التي ظهرت في العصور الأولى البشرية عندما انفصل القانون عن الدين، وهذا المذهب يُعلي قيمة الأمن و الاستقرار على غيرها من القيم ، إذ يقوم المذهب الشكلي على فكرة تتمثل في ((ضرورة أن تكون القواعد القانونية مؤكدة ومحددة للمراكز القانونية وأن تضمن النتائج بحيث أن كل فرد يستطيع أن يتوقع هذا النتائج ويعتمد عليها، بحيث يستطيع كل فرد أن يتوقع مقدماً نتائج تصرفاته من حيث ماله وما عليه..... والمصدر المفضل للقانون بالنسبة للمذاهب الشكلية هو التشريع، لأنه هو الذي يحقق الاستقرار والأمن القانوني في أعلى صوره، فالتشريع يلزم جميع الافراد المخاطبين لأنه مقترن بالإجبار. وهو الذي يعطي للأفراد الوسائل القانونية للحصول على حقوقهم . مع الحرص على أن تكون السلطة التقديرية للقاضي في اضيق الحدود وتحاط ممارساتها بالعديد من الضمانات القانونية))، وكان هذا المذهب هو السائد في فرنسا خلال القرن التاسع عشر وقد عرف بمذهب=

هـذه الغايـة تُعَـدُّ إحـدى الـدعائم الأساسـية الواجبـة لاسـتقرار المجتمـع، وهـذا الأمـر لا يـتم إلَّا مـن خـلال متطلبـات يجـب توافرهـا فـي البنيـان التشـريعي للدولـة وذلـك مـن خـلال سَـن قواعـد قانونيـة تضـبط العلاقـات بـين الأفـراد مـن أجـل بـثّ الطمأنينـة واسـتقرار الأوضـاع فـي المجتمـع[1]، والأمـر لا يقتصـر علـى سَـنِ القـوانين فقـط بـل يجـب أنْ تكـون القاعـدة القانونيـة التـي تصـدرها السـلطة التشـريعية لهـا مـن الكفايـة القانونيـة مـا يضـمن للأفـراد حقـوقهم ويحمـي مصـالحهم ، لـذا فمـن أجـل تحقيـق هـذه الغايـة فـإنَّ المُشَـرِّع يسـتعين بعـدّة وسـائل و هـي إمـا أن تتعلـق بسَـنِ القاعـدة القانونيـة أو الأخـذ بـبعض النظريـات القانونية التي لا تستقيم مع منطق الأُمور، وكما يلي :

الوسـيلة الأولـى : تتمثـل بسَـنِّ القاعـدة القانونيـة : إذ تتجسـد هـذه الوسـيلة فـي مراعـاة عـدّة أُمـور منهـا سَـن القاعـدة بطريقـة واضـحة الدلالـة واتبـاع مـنهج الصـياغة المحكمـة فـي ذلـك وتغليـب القواعـد الآمـرة علـى المكملـة أو المفسـرة و عـدم الاعتـذار بالجهـل بالقـانون ، والسـريان الفـوري للقـانون و عـدم تغييـر القـانون بطريقـة مفاجئـة وعـدم المبالغـة فـي التـدخلات التشـريعية بإصـدار أو

=(الشـرح علـى المتـون) ومـن أبـرز مـن تبنـاه مـن الفلاسـفة (أوسـتن ، هيجـل ، كلسـن).للمزيد: ينظـر : د. أحمـد إبـراهيم حسـن، غايـة القـانون– دراسـة فـي فلسـفة القانون، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، دون سنة نشر، ص180ومابعدها

([1]) محمـد جمـال عطيـة عيسـى ، اهـداف القـانون بـين النظريـة والتطبيـق ، دار النهضـة العربيـة ، القـاهرة 1998 ص 59 ، فـايز محمـد حسـين : فلسـفة القـانون بـين العلمانيـة والشكلية والغائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ص97.

تعديل القوانين ، وأخيراً مراعاة التطور الذي يسود المجتمع بين فترة وأُخرى[1].

وبالرجوع إلى القوانين محل المقارنة نجد أنَّ كل من القانون الفرنسي والقانون المصري قد وضَعَا قاعدة قانونية عامة للتضامن المفترض في المسائل التجارية شأنهم في ذلك شأن الكثير من التشريعات التي قنّنت هذا العرف التجاري وجعلته قاعدة موضوعية وكان الهدف كما يظهر لنا هو تحقيق الغاية من سَنِ القانون والمتمثلة بتحديد المراكز القانونية لأطراف العلاقة التجارية والذي بدوره يُساهم في استقرار المعاملات.

أمَّا قانون التجارة العراقي النافذ فإنه لم ينص على قاعدة عامة للتضامن المفترض بين المدينين في المسائل التجارية في ثناياه ولكن وكما تم بيانه سابقاً لاحظنا إنّ الرجوع إلى القواعد العامة يحيلنا إلى العرف في أكثر من موضوع وخاصة ما يتعلق منها بالمسائل التجارية لذا فمن باب أولى تطبيق العرف الخاص بالتضامن المفترض في نطاق العلاقات التجارية؛ لأنّ العرف يُعد مصدراً رسمياً احتياطياً في القانون المدني العراقي ، ويتم اللجوء إليه عند عدم وجود النص التشريعي وهو يعد قانون خاص بالنسبة للقانون المدني ومن ثم فهو يُسهم في تحقيق غاية المُشَرِّع في استقرار المعاملات باعتباره قاعدة قانونية محددة للمراكز القانونية لأطراف العلاقة.

([1]) د. محمد حسين منصور ، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2009 ص33 وما بعدها.

الوسيلة الثانية: وتتمثل بلجوء المُشَرِّع إلى الأخذ ببعض النظريات القانونية التي تخالف منطق الأمور وكلَّ هذا من أجل تحقيق الاستقرار ومنها التقادم بنوعيه المكسب والمسقط والشكلية وحماية الوضع الظاهر والتقليل من حالات البطلان ، واحترام القرارات القضائية حتى إنّ كانت غير صائبة وعدم الاستعجال في نفاذ القوانين الصادرة وأخيراً الأخذ بالافتراض القانوني لتطبيق حكم قانوني على حالة معينة وإنّ كان فيها مخالفة للواقع كما في افتراض الشخصية المعنوية وافتراض المنقول عقاراً بالتخصيص و العقار منقولاً بحسب المال، وهذا الافتراض يكون عن طريق التوسع في نطاق القاعدة القانونية لتشمل بعض المسائل لم يذكرها في القاعدة من الأساس أو يكون الافتراض بقصد توسيع الطوائف القانونية التي تشملها القاعدة القانونية كما في حالة الحلول العيني والشخصية المعنوية[1] .

ولكن الافتراض الخاص بالتضامن في المسائل التجارية وكما مَرَّ بنا سابقا لا يتعلق بالافتراض القانوني الذي يهدف له المُشَرِّع عند وضع القاعدة القانونية ووضعها في صياغة محددة لبعض المسائل المخالفة للواقع كما في الشخصية المعنوية أو جعل القاعدة القانونية قابلة للتطور من خلال التوسع في نطاقها لتشمل بعض المسائل التي لم ترد في صياغتها ومن ثم يتم تغيير حكم القاعدة القانونية دون التدخل في منطوقها، في حين إنّ الافتراض هنا ليس من باب القرينة القانونية التي يستخلص منها القاضي

([1]) د. سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون، مصدر سابق، ص 597 ، د. عبد الحميد فودة، المصدر السابق ، ص44 ،، د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى ، المصدر سابق ، ص41

حكما وإنّ لم تكن قد اشتملت عليه القاعدة بل نحن بصدد قاعدة قانونية غير مكتوبة (كما في قانون التجارة العراقي) أو مكتوبة (كما في القوانين محل المقارنة وغيرها من القوانين الأخرى) ، وهذه القاعدة أساسها العُرْف التجاري ، والعُرف يُعد أحد مصادر القانون حسب نص المادة (1/ 2) من القانون المدني العراقي، ومن ثم فإن الوسيلة الأُولى هي الأرجح في توفير استقرار المعاملات في ما يخص التضامن المفترض ؛ وذلك لأنّ العُرْفَ يمثل مصدراً رسمياً احتياطياً من مصادر القانون ، وعلى القاضي الرجوع إليه وتطبيقه على الالتزامات إنْ وُجِدَ[1].

إذ إنّ العرف يكمل النواقص التي فات المُشَرِّع ذكرها في القواعد القانونية لأنه من غير الممكن أنْ يُحيط المُشَرِّع بجميع المسائل القانونية سواء أكان ذلك راجعاً لدقة واختلاف المسائل من مكان إلى آخرَ في الدولة ، أو ربما تستعصي بعض المسائل من ايجاد قاعدة قانونية لها، لذا يبرز هنا دور العرف ، وكما هو معلوم فأن القانون التجاري هو نتاج الاعراف والاكثر تطبيقا لها سواء ما قنن منها أم بقي من دون تقنين كما هو الحال بالنسبة للتضامن المفترض في المسائل التجارية في القانون العراقي.

وهذا الإقرار بوجود هذا التضامن المفترض للمدينين في البيئة التجارية يُسْهِم في استقرار المعاملات المالية من دون أدنى شك لأنّ التزام المدينين عند تعددهم بالتضامن في نطاق العلاقة التجارية سيسهم في تحديد مراكزهم القانونية ويلعب دوراً مهما في استقرار المعاملات وذلك من خلال

([1]) د. نوري طلباني ، المصدر سابق، ص50

زيادة فرص الوفاء بالالتزام التجاري نتيجة لتضامن للمدينين مما يقلل من النزاعات ويؤدي إلى الحالة الطبيعية لإنقضاء الالتزام المتمثلة بالوفاء ، وهذه تُمثل إحدى الغايات التي يسعى المُشَرِّع لتحقيقها ألاَ وهي استقرار المعاملات وقِلَّة حالات البطلان ، وانخفاض مستوى النزاعات في المجتمع.

المبحث الثاني

التأصيل القانوني للتضامن المفترض للمدينين

في الالتزام التجاري

إنَّ التضامن المفترض في البيئة التجارية يختلف عن التضامن في البيئة المدنية من خلال مصدره القانوني الذي ينشأ عنهُ ، ففي الوقت الذي يكون فيه أساس التضامن في المعاملات المدنية هو الاتفاق أو النص القانوني ولا يفترض فيها التضامن مطلقاً، فإن التضامن في المعاملات التجارية يكون مفترضاً حتى وإنْ لم ينص عليه القانون أو يتفق عليه الاطراف، ولكن ولأنّ المسألة أخذت حيزاً كبيراً من الاختلافات بين الفقهاء نجد أنَّ بعض المُشَرِّعين قد ضَمَّنوا قوانين التجارة نصوص قانونية عامة تقضي بوجود التضامن بين المدينين في الالتزامات التجارية ، لذا فإن مصدر التضامن المفترض في المسائل التجارية يكمن في العرف التجاري والقواعد الموضوعية.

لذا سنُقسم هذا المبحث على مطلبين ، المطلب الأول يكون مُخَصَّصَاً للعرف التجاري المقرر للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري ، بينما يكون المطلب الثاني لبيان القواعد الموضوعية المقرر للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري.

المطلب الأول

العرف التجاري المقرر للتضامن المفترض للمدينين

في الالتزام التجاري

شَـهِدَت القـرون الوسـطى ازدهـار التجـارة وتطورهـا بشـكل كبيـر ، ورافـق ذلـك الانتشـار والتوسـع فـي ميـدان التجـارة ظهـور النزاعـات الكثيـرة التـي دعـت إلـى إيجـاد قواعـد تحكـم العلاقـات التجاريـة ، ولمـا كانـت القواعـد التـي وضـعها القـانون الرومـاني تتسـم بالشـكلية ولا تنسـجم مـع التعـاملات التجاريـة لأنهـا كانـت تعرقـل التجـارة وتعتـرض سـبيلها لـذلك حـاول التجـار الخـروج عنهـا شـيء فشـيء مـن خـلال إيجـاد عـادات وأعـراف تجاريـة تحكـم علاقـاتهم ، وأخـذت هـذه الاعـراف تتأصـل فـي نفـوس التجـار حتـى اصـبحت المـؤثر الأول فـي تنظـيم علاقاتهم التجارية قبل أن يتم تقنينها فيما بعد .

ومـن أهـم الأعـراف التجاريـة التـي تـدعم التجـارة وتُسْـهِمُ فـي ازدهارهـا التضـامن المفتـرض للمـدينين فـي الالتـزام التجـاري ، لـذا لابـد مـن بيـان هـذا العُرف التجاري ومدى الزام القاضي للأخذ به.

وعليـه سيقسـم هـذا المطلـب علـى فـرعين، الفـرع الأول يخصـص للعـرف التجـاري الـذي يُعـد أساسـاً لافتـراض التضـامن بـين المـدينين فـي الالتـزام التجـاري ، بينمـا يكـون الفـرع الثـاني لبيـان مـدى إلـزام القاضـي فـي تطبيـق العرف التجاري المقرر للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري.

الفرع الأول

العرف التجاري كأساس لافتراض تضامن المدينين

في الالتزام التجاري

إنّ القواعد العرفية لها مكانة خاصة في نطاق القانون التجاري ، إذ لا يختلف إثنان على أنّ نشأة القانون التجاري تعود في مجملها إلى الأعراف التي ابتدعها التجار فيما بينهم ، و إنّ كثيراً من قواعد هذا القانون ما هي إلَّا عبارة عن أعراف دَرَجَ التجار على اتباعها في معاملاتهم التجارية ونتيجة لإستمرار العمل بها تولد الشعور لديهم بأنها ملزمة لهم ، وبعد ظهور حركة التقنين في العصور الحديثة تبنى المُشَرِّع تقنين هذه القواعد العرفية ، ولكن على الرغم من عدم تقنين بعض من تلك الاعراف في التشريعات إلَّا أنها لا تزال تملك مكانة واسعة ضمن احكام قانون التجارة ؛ وذلك لقلة النصوص التشريعية ضمن نطاق هذا القانون فضلاً عن عجزها عن ملاحقة حاجيات التجارة المتجددة لذا يُعَدُّ العرف مصدراً تكميلياً للقانون التجاري[1] .

([1]) د. نوري طلباني : المصدر السابق ، ص43، د. فاروق ابراهيم جاسم ، القانون التجاري ،مصدر سابق، ص83 ، د. مصطفى كمال طه :أساسيات القانون التجاري،(دراسة مقارنة) – الاعمال التجارية– التجار – المؤسسة التجارية – الشركات التجارية– الملكية الصناعية ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2006 ، ص29

إنَّ القواعد العرفية غالباً ما تنشأ على شكل بنوداً صريحة تتضمنها العقود ، وقد تكون هذه الشروط متعلقة بأمر مادي كطريقة حزم البضاعة وتغليفها أو كيفية الوزن أو القياس، أو أنها تتعلق بأمر قانوني كتحديد المسؤولية عن هلاك البضاعة أو افتراض التضامن بين المدينين في الالتزام التجاري وأدى تكرار العمل بهذه الشروط إلى جعلها من الأُمور المألوفة مما أسهم في إتمام وجودها المادي، وبعد ذلك تقل الحاجة إلى الاتفاق عليها ومن ثم يفترض رضا المتعاقدين على تلك الأعراف مما يجعل وجودها هو الأصل ، أما الاستثناء فهو استبعادها بالاتفاق، وهذا الأمر يوفر لها استقراراً في نفوس أفراد المجتمع، وعندها يتحقق لها العنصر النفسي إلى جانب العنصر المادي مما يجعلها قاعدة قانونية سائدة في دائرة من الناس تضيق وتتسع حسب الأحوال[1].

ويُعد العرف من أهم مصادر قانون التجارة ، وتتجسد هذه الأهمية باعتبار العُرف يمثل المصدر التأريخي لهُ من جهة ومن جهة أخرى فإن له دور في نماء التجارة وتطورها [2]، إذ استمر تطبيق العرف التجاري لمدة طويلة قبل أنّ يتم تقنينه في النظم القانونية الخاصة بالقوانين التجارية[3]، ويُقصد بالعُرف التجاري ((هو مجموعة من القواعد التي درج التجار على

([1]) د. أحمد إبراهيم البسام : مبادئ القانون التجاري ، مقدمة –نظرية الاعمال التجارية – التاجر وواجباته – الشركات التجارية ، مطبعة العاني، بغداد، 1961ص26-27

([2]) د. أحمد إبراهيم البسام: المصدر نفسه ، ص25

([3]) د. علي العريف : شرح القانون التجاري المصري ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1947 ص11

اتباعها مدة طويلة من الزمن في تنظيم معاملاتهم التجارية حتى أصبحت هذه القواعد ملزمة لهم كالنص التشريعي تماما))[1].

ويرى أحد الفقهاء[2] أنّه لا يوجد اختلاف بين العادة[3] والعرف ، إذ يطلقون اللفظ نفسه في التعبير على أي منهما، ولكن وإن سَلَّمْنا بأن العرف ما هو إلَّا عادة في بداية نشوئه وكثيراً ما تتحول العادة إلى عرف ملزم عندما يَطَّرَد اتباعها ويستقر بحيث تصل إلى درجة السكينة والثبات والانتشار مما يجعل منها قاعدة عامة في محيط معين ، ويعتقد الأفراد انها ملزمة لهم ولا يمكن الخروج عنها ؛ لأنّ ذلك لا يتعلق بالاستنكار فقط بل يصل إلى حد إيقاع الجزاء، فإذا بلغت العادة هذه المرحلة ستنفصل عن إرادة الأطراف وتتحول إلى قاعدة قانونية كالقاعدة القانونية المكتوبة، لذا فإنَّ العادة هي أصل العرف ولكنها ليست من مقتضياته دائما، إذ من غير المتصوّر نشوء عرف من غير عادة تسبقه [4]، هذا من جهة ومن جهة

([1]) د عزيز العكيلي : الوسيط في شرح القانون التجاري- الاعمال التجارية- العقود التجارية –التاجر- المتجر، الجزء الاول، الطبعة الثالثة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ،2017 ص 51 .

([2]) د. أحمد إبراهيم البسام : المصدر السابق ، ص11

([3]) العادة هي ((قاعدة تعارف قوم واصطلحوا عليها في معاملاتهم واعتادوا ان يعتبروها شرطا بينهم في اتفاقاتهم ولو بدون ذكر صريح)) د. حسن جاد : المصدر السابق ، ص42

([4]) د. حسن جاد : المصدر نفسه ، ص43

أُخرى فأن القانون المدني العراقي قد تَضَمَّن بعض النصوص التي تتضمن كلتا اللفظتين مما يدل على استقلالهما واختلافهما[1].

هذا فضلا عن التمييز المهم بين العُرف والعادة التجارية الاتفاقية التي يُدْرِجُها المتعاقدان في عقودهم ، وتكسب صفة الإلزام من إرادة الأطراف باعتبارها جزء من العقد ومن ثَمَّ فإن نطاق الالتزام بها يقتصر على أطراف العقد فقط ، لذا فهي لا ترتقي إلى مستوى العُرف التجاري الملزم للتجار إذا ما ثَبُتَ للقاضي وجوده نتيجة لذلك العقد ، كما يكون للقاضي سلطة مطلقة في اثبات وجود العادة الاتفاقية ولا يخضع لرقابة محكمة التمييز بشأنها ؛ لأنها مسألة وقائع ولا ترتقي إلى مرتبة القانون المُلزم كما هو شأن العُرف التجاري[2].

وبالرغم من الاتساع في نطاق الأحكام القانونية التي تضمَّنتْها قوانين التجارة في الوقت الحاضر إلَّا أنّ المُشَرِّع في بعض الدول لا يضع نصاً قانونياً لبعض المسائل ويحيلها إلى العُرف التجاري ليحكمها ؛ لما له من مرونة وتلائمه مع التجارة ، ومن تلك الأعراف التجارية العُرف الذي يقرر التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري [3].

([1]) كما جاء في المادة(1/131) من القانون المدني العراقي التي تنص على ((يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أويلائمه أويكون جارياً به العرف والعادة)).

([2]) د. علي العريف : المصدر السابق ، ص27-28 ، د. حسن جاد : المصدر نفسه ، ص42-43

([3]) د. علي العريف ، المصدر نفسه ، ص30

إذ إنّ المصدر الأساس في افتراض تضامن المدينين في الالتزام التجاري هو العُرف التجاري ، إذ من المستقر عند أغلب الفقهاء [1]، وكذلك بعض أحكام القضاء[2] أنّ أساس افتراض التضامن في المسائل التجارية هو قاعدة عرفية قديمة ، ومقتضى هذا العرف التجاري أنَّ هناك قرينة على وجود مصلحة مشتركة بين المدينين هي التي دفعت بهم إلى الالتزام معاً بدين تجاري ، وهذه القرينة ذاتها تجعلهم متضامنين كلما تعدد المدينين في نطاق المعاملات التجارية ، ويُفهم من ذلك إنّ لهم مصلحة وفائدة من الدخول في هذه التعاملات ومن ثم فمن باب أولى أنّهم يكونون ملزمين بالوفاء بهذا الالتزام للدائن على سبيل التضامن مقابل تلك المصلحة التي حصلوا عليها والغاية من ذلك تكمن في حماية التجارة و توفير سبل ازدهارها[3].

إنَّ الاقرار بافتراض التضامن بين المدينين بموجب هذه القاعدة العرفية يستند إلى تفسير نية أطراف العلاقة التجارية بين المدينين عند تعددهم بدين

([1]) للمزيد ينظر د. عباس حلمي : القانون التجاري- الاعمال التجارية- التجار، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 1993 ، ص 27

([2]) إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية الاتحادية ذي الرقم (1469/مدنية رابعة/ 1972) في 1973/4/26 على أنه ((إذا ارتبط شخصان بمعاملة تجارية واحدة كانا متضامنين))، إبراهيم المشاهدي ، المصدر السابق ، ص16.

([3]) د. زهير عباس كريم: مبادئ القانون التجاري -الاعمال التجارية - التاجر - المحل التجاري - العقود التجارية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمّان، 1997 ، ص 43

واحد، إذ إنّ لهم مصلحة واحدة في هذه العلاقة ولكن هذا لا ينفي إمكانية اتفاقهم على استبعاد التضامن بينهم ، أو ربما قد يوجد نص قانوني يقرر عدم تضامنهم [1].

إنَّ أول ظهور لإفتراض تضامن المدينين في المسائل التجارية كان في فرنسا ، إذ نجد أن الفقه [2] والقضاء فيها قد أقرُّوا بوجود التضامن المفترض للمدينين في البيئة التجارية ، وكذلك فإن الأصل عندهم إنّ المدينين متضامنين إذا كان الدين تجارياً بشرط أنّ لا يستبعدوا هذا التضامن باتفاقهم ، وهذا لا ينفي وجود بعض الفقهاء ممن قد أنكر وجود التضامن المفترض في البيئة التجارية [3]، إلّا أن الأغلبية من الفقهاء هنالك يذهبون إلى الرأي المؤيد لوجوده ، وقد ساندهم في ذلك القضاء ، وهذا الأمر هو مخالف للقواعد المدنية التي تجعل الأصل عند تعدد المدينين هو عدم التضامن والاستثناء وجود التضامن بين المدينين ، وحجتهم في افتراض التضامن بين المدينين في المسائل التجارية تتمثل بوجود عرف تجاري منذ عهد القانون الفرنسي القديم واستقر التعامل به في البيئة التجارية[4] ،

([1]) د. عباس حلمي ، المصدر السابق ، ص27

([2]) JEAN VAN RYN,PRINCIPES DE DROIT COMMERCIAL,TOME PREMIER , ÉTABLISSEMENTS ÉMILE BRUYLANT, BRUXELLES ,1954, p23

([3]) ومن أبرز الفقهاء الفرنسيين الذين قالو بعدم افتراض التضامن للمدينين في المسائل التجارية هو الفقيه (لوران)،أشار اليه د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- الجزء الثالث- مصدر سابق ، ص266

([4]) جورج ريبير و رينيه روبلو، المطول في القانون التجاري- التجار – محاكم التجارة – الملكية الصناعية – المنافسة – قانون المجموعة الاوربية والقانون الفرنسي ،=

وهذا العرف التجاري يقرر افتراض التضامن بين المدينين في الالتزام التجاري وكان الهدف من ذلك هو توفير الائتمان التجاري الذي يلعب دوراً كبيراً في توفير الثقة في التعاملات التجارية ، ومن ثم يحصلون على الضمان الكافي للوفاء بالالتزام[1].

وكان القضاء الفرنسي يقيم التضامن المفترض بين المدينين في الالتزام التجاري على أساس افتراض قيام شركة تجارية بين المدينين المتضامنين، إذ كان يقضي بقيام التضامن بين التجار إذا اشتروا شيئا مشتركا ، و كذلك بين الموكل والوكيل في الأعمال التجارية التي يقوم بها الوكيل مع الغير وأيضا بين الشركاء في شركه المحاصة[2] إذا ما تعاملوا مع الغير وغيرها من الحالات، وفي السياق ذاته كان القضاء الفرنسي يقيم التضامن

=الجزء الأول ، المجلد الأول، ترجمة منصور القاضي ، الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2011 ، ص49

([1]) للمزيد ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري: المصدر السابق ، ص266، د. محسن شفيق، المصدر السابق ، ص 426 و د. سليمان مرقس ، المصدر السابق ، ص379

([2]) ويقصد بشركة المحاصة ((شركة مستترة تنعقد بين شخص يتعامل بأسمه مع الغير وشخص أخر أو أكثر ، ويقدم كل منهم حصة من مال أومن عمل ، للقيام بعمل واحد أو عدد من الأعمال بقصد اقتسام الأرباح والخسائر بين الشركاء)) ولا يكون لها شخصية معنوية وعليه فلا عنوان لهذه الشركة فضلاً عن عدم وجود ذمة مالية لها ، وغالباً ما تقوم هذه الشركة لمدة قصيرة، للمزيد ينظر : د. محمود سمير الشرقاوي، الشركات التجارية في القانون المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2001، ص105 وما بعدها.

المفترض في الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع على أساس الخطأ المشترك، بينما في الالتزامات الناشئة عن الكسب دون سبب فإنّه لم يقضِ بوجود التزام فيها بل أكثر من ذلك لم يعتبر الكفيل التجاري متضامناً مع المدين وعليه يكون من حق الكفيل في المسائل التجارية التمسك بحق التجريد، ولكن وبعد تردد كبير من القضاء أقرَّت محكمة النقض بوجود التضامن المفترض للمدينين في جميع الالتزامات التجارية[1].

وقد انقسم الفقهاء الذين اقروا بوجود التضامن المفترض على اتجاهين الأول منها أقرُّ بوجود افترض التضامن للمدينين في الالتزام التجاري بمجرد أن يكون مصدر الدين عقداً تجارياً ، أما الاتجاه الثاني فكان يقيم التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري على أساس تفسير نية المتعاقدين مما يجعل قيام التضامن المفترض للمدينين في الالتزام بحسب هذا الرأي مسألة احتمالية تدور بين الوجود والعدم ويعتمد ذلك على تفسير نية أطراف العلاقة[2].

أما في مصر فكان معظم فقهاء القانون التجاري[3] يذهبون إلى افتراض التضامن في المسائل التجارية ويؤيدهم في ذلك بعض فقهاء القانون

([1])د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط- الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص267 و مابعدها

([2]) د. علي جمال الدين عوض : المصدر السابق، ص25

([3]) د. محسن شفيق ، المصدر السابق ، ص127 ، د. سميحة القليوبي ، القانون التجاري ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ، 1980 ص 45، د. ثروت عبد الرحيم،=

المدني [1] والقضاء[2]، وهذا بخلاف التضامن بين المدينين بالالتزام المدني، فإذا ما تعدد المدينون بدين تجاري فهم متضامنون دون الحاجة إلى اتفاق ،

=القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1981 ، ص29، د. علي جمال الدين عوض ، المصدر السابق ، ص25

([1]) د. اسماعيل غانم ، المصدر السابق ، ص320، د. أنور سلطان ، المصدر السابق ، ص237، د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الثاني ، احكام الالتزام، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1981،ص205

([2]) إذ جاء في قرار محكمة الاسكندرية التجارية الجزئية الاهلية بتاريخ 16 فبراير 1941 في القضية المرقمة 56 على 1941 بما يأتي ((وحيث انه ولو ان القانون المدني نص على ان التضامن يجب أن يكون مشروطا فلا يفترض، الا أنّه من المسلم به في المعاملات التجارية تطبق أولاً نصوص القانون التجاري فإن لم يوجد نص تطبق قواعد العرف و لا تطبق قواعد القانون المدني الا أخيراً، ولما كانت عادة افتراض التضامن في المعاملات التجارية هي قاعدة قديمة مفسرة لنية العاقدين فيتعين الاخذ بها، إذ أن نص المادة (108) من القانون المدني القديم القاضية بأن التضامن لا يكون الا بنص هو نص غير أمر أو مانع بل هو مفسر لنية المتعاقدين، وحيث أنه ممّا يدعو إلى الأخذ بقاعدة افتراض التضامن في المسائل التجارية إنّ القانون يقضي بالتضامن في الاحوال المفسر لنية المتعاقدين كالحال في شركة التضامن والتوصية وفي حالة من أمضى أو قبل أو ظهر سند اذنياً تجاريا أو كمبيالة إذ يسأل بالتضامن، وكل هذه احوال مفسر للنية . لأنّ القضاء بالتضامن يصب في مصلحة التجارة، إذ فيه ضمان للدائنين في الحصول على حقوقهم كما أن فيه يسر للمدينين اذ يسهل سبيل الحصول على ما يطلبون . وحيث أنّ قضاء محكمة النقض الفرنسية على هذا الرأي لذلك يتعين الزام المدعى عليهم متضامنين بالدين ما دام العرف المتبع بين التجار يقضي بأن التضامن ضمني ولا لزوم للنص عليه صراحة في الاتفاق))،مجلة المحاماة،=

مع أن ذلك لا يمنع الأطراف من الاتفاق على استبعاد التضامن لأنَّه أمرٌ جائز بالنسبة لهم ، و في مرحلة لاحقة أقدم المُشَرِّع المصري على تقنين هذا المبدأ في قانون التجارة الجديد رقم (17) لسنه 1999 ليرفع النزاع القائم بين الفقهاء و الذي نشا نتيجة لعدم تبني قانون التجارة المصري القديم الصادر في (13) نوفمبر 1883م مبدا افتراض التضامن ما جعل الأمر مسألة خلافية بين الفقهاء الأمر الذي جعل واضعوا القانون الجديد يحسمون الامر بموجب نص المادة(47) منه والتي تنص على انه ((1- يكون الملتزمون معاً بدين تجاري متضامنين في هذا الدين ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك ، 2- ويسري هذا الحكم في حالة تعدد الكفلاء في الدين التجاري)) ويتضح لنا من النص أعلاه أن فيه ترجيح لكفة الرأي الذي يذهب إلى قيام افتراض التضامن بين المدينين في المسائل التجارية، وكذلك فإن النص فيه من السعة ليشمل حاله تعدد الكفلاء بدين تجاري.

أما بخصوص قانون التجارة العراقي النافذ فإنه لم يرد فيه نص ضمن الأحكام العامة يشير إلى التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري ، ونرى بأن ذلك لم يكن من باب إلغاء هذا العُرف أو نفي وجوده بعد أن كان مقرراً في قوانين التجارة الملغية ولكن كل ما في الأمر كان الهدف منه السعي للتقريب بين قواعد القانون المدني والتجاري أو المحاولة لتوحيد أحكامها وهذا ما جاء في فترة إصلاح النظام القانوني التي شهدها العراق في الثلث الأخير من القرن العشرين.

=مجلة قضائية شهرية تصدرها نقابة المحامين الاهلية ،العدد السابع، السنة 21 ، ص 789 رقم 341 ، نقلا عن د. محسن شفيق: المصدر السابق، ص 127 .

و يرى الباحث إنَّ مسألة أثبات وجود العرف الذي بموجبه يتقرر تضامن المدينين بالالتزام التجاري يمكن استنتاجه عن طريق ما ورد في قوانين التجارة العراقية ؛ إذ إنّ من المُسلَّم به أن قانون التجارة هو وليد الاعراف التجارية ، ومن ثم فإن إيراد نص قانوني ضمن أحكام قانون التجارة ليحكم مسألة كان قد أيد وجودها الكثير من الفقهاء على أنها من الأعراف التجارية يدل دلالة صريحة وواضحة على وجود هذا العرف ، وأقصد هنا قانونيّ التجارة العراقِيين السابق والأسبق اللذين تبنيا هذا العُرف الذي يقضي بالتضامن المفترض للمدينين في الالتزامات التجارية ، وكان ذلك ضمن أحكامهما العامة مما يدل على وجود هذا العرف واستقرار العمل به مما دفع المُشَرِّع إلى تقنينه ، والتضامن في البيئة التجارية يكون مفترض الوجود اصلا قبل تقنينه من قبل المُشَرِّع.

كما يرى الباحث أنَّ عدم ذكر قاعدة قانونية خاصة بافتراض التضامن في البيئة التجارية ضمن قانون التجارة العراقي النافذ (لأنّ المُشَرِّع كان هدفه المباشر هو توحيد الأحكام والرجوع إلى القواعد العامة) قد أسهم بشكل غير مباشر في نهوض فكرة التضامن المفترض بين المدينين في الالتزام التجاري لأنّ ذِكْر القاعدة الموضوعية يُغنينا عن البحث من أجل إثبات وجود التضامن المفترض من عدمه، لذا فإن المُشَرِّع بطريقة غير مباشرة قد أكَّدَ على افتراض التضامن بين المدينين في المسائل التجارية، أما المواد القليلة التي أشار فيها المُشَرِّع إلى التضامن المفترض فكان يهدف فيها إلى التأكيد على هذا الأمر في هذا المسائل لأهميتها وتنبيه أطراف العلاقة التجارية عليها ، ومن ثم فهي ليست حالات استثنائية كما قال بعض الفقهاء ؛ لأنّ

الأصل في المسائل التجارية هو وجود التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري والاستثناء هو استبعاد التضامن بين المدينين في المسائل التجارية بموجب أتفاق الأطراف أو بموجب النص القانوني.

الفرع الثاني

مدى الزام القاضي بتطبيق العرف التجاري المقرر للتضامن المفترض

بعد بيان أساس افتراض التضامن بين المدينين في الالتزام التجاري المتمثل في العُرْف التجاري فإن ثَمَّة سؤال يُثار هنا عن مدى إمكانية إلزام القاضي بتطبيق العرف التجاري في المسائل التجارية مع خلو قانون التجارة العراقي النافذ من النص العام المقرر للتضامن المفترض بخلاف القوانين المقارنة؟

بالرجوع إلى نص المادة(4) من قانون التجارة العراقي النافذ نجدها تنص على انه ((أولاً: يسري هذا القانون على النشاط الاقتصادي للقطاع العام والمختلط والخاص. ثانياً: يسرى القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أوفي أي قانون خاص أخر))

ومن خلال النص أعلاه يتضح إنّ قانون التجارة العراقي النافذ لم يحدد المصادر التي يجب على القاضي الرجوع إليها بعكس قانون التجارة العراقي السابق رقم (149) لسنه 1970 (الملغي) إذ يُلاحظ أنَّه كان محدداً لتلك المصادر من خلال المادة (2) منه التي تنص على أنّه ((1- تسري على المسائل التجارية أحكام الاتفاق الخاص بين المتعاقدين

فإذا لم يوجد اتفاق خاص سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية ثم قواعد العرف التجاري ويرجح العرف الخاص أو المحلي على العرف العام.

2- إذا لم يوجد عرف تجاري وجب تطبيق أحكام القانون المدني.

3- لا يجوز تطبيق الاتفاقات الخاصة أو قواعد العرف التجاري إذا تعارضت مع نصوص تشريعية آمرة)).

و لكن نص الفقرة (الثانية) من المادة (4) من قانون التجارة العراقي النافذ قد أقَرَّت بسريان القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها نص خاص، وعند الرجوع إلى نص المادة (1/الفقرة 2) من القانون المدني العراقي نجدها تنص على أنّه ((فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف.....)) لذا فإن المُشَرِّع المدني بذاته قد أحالنا إلى تطبيق العرف باعتباره المصدر الثاني من مصادر القانون بعد المصدر الأساسي الأول المتمثل بالتشريع.

كما أكَّد المُشَرِّع في بعض النصوص التي تتعلق بتفسير العقد عندما قنّن بعض القواعد الفقهية على الأخذ بالعُرفْ ، ومنها ما جاء في المادة (163) من القانون المدني العراقي التي تنص على ((1- المعروف عرفا كالمشروط شرطاً والتعيين بالعُرفْ كالتعيين بالنص . 2- والمعروف بين التجار كالمشروط ي بينهم)) ، وكذلك المادة (164) من القانون أعلاه التي تنص على أنّه ((1- العادة مُحكمة عامة كانت أو خاصة. 2- استعمال الناس حجة يجب العمل بها)) وهذه النصوص كلها دلالات

واضحة لإعتبار العرف من القواعد القانونية الواجبة التطبيق من قبل القاضي حتى وأن لم يتم تقنينها.

وعند تتبع قوانين التجارة في العراق نجد أنَّ موقفها من تطبيق العرف مختلفاً ؛ فأننا نجد أنَّ قانون التجارة العراقي الأسبق قد أشار صراحة إلى تطبيق العُرف في المادة (3) والتي تنص على انه ((يفصل في القضايا التجارية بموجب المقاولات المعتبرة قانوناً وعند عدم وجود مقاولة بمقتضى صراحة قانون التجارة أو دلالته ، وفي حالة عدم امكان فصلها وفقاً لما تقدم فتراعى في ذلك العادة التجارية على أن ترجح العادة المحلية أو الخاصة على العامة)).

و النص أعلاه فيه تغليب واضح لإرادة الاطراف في حسم النزاعات التي تنشا عن المعاملات التجارية، بمعنى تطبيق ما أدرجه الاطراف من بنود في عقودهم التجارية وقد سار المُشَرِّع في قانون التجارة العراقي السابق على نفس النهج الذي تبناه المُشَرِّع في ظل قانون التجارة الأسبق [1] .

ويتضح ذلك من خلال نص المادة(2) أعلاه من قانون التجارة السابق والتي أشارت إلى سريان الاتفاقات الخاصة بين المتعاقدين ومن ثم تطبيق نصوص القانون ذاته وبعدها يتم اللجوء للعُرف ، أما الفقرة (3) من المادة نفسها فقد وضعت حكماً تبنى فيه المُشَرِّع تغليب المذهب المادي تأثراً منه

([1]) د . لطيف جبر كوماني : موجز القانون التجاري– المبادئ و الاعمال التجارية ، كلية صدر العراق –الجامعة الأهلية – دون مكان نشر، 2013 ، ص 52.

بالمذهب الاجتماعي ، إذ أنها لم تسمح بتطبيق الاتفاقيات الخاصة أو قواعد العُرف التجاري إذا تعارضت مع نصوص تشريعية آمرة.

و يرى الباحث أنَّ نص الفقرة (2) من المادة (3) من قانون التجارة السابق والتي تنص على أنه ((اذا لم يوجد عرف تجاري وجب تطبيق أحكام القانون المدني)) يُعد قيد وارد على الفقرة (1) من المادة نفسها ، إذ من مفهوم المخالفة يتضح لنا أن العرف التجاري يقدم على القواعد القانونية غير الآمرة في القانون المدني .

ومن النصوص أعلاه في قانونيِّ التجارة الأسبق والسابق يتضح لنا أن المُشَرِّع قد تَبَنَّى ترتيب مصادر القانون التجاري ، إذ بدأت بنصرة المذهب الفردي وتقديم مبدأ سلطان الإرادة على العلائق القانونية ، وجعلت منه المصدر الأول الذي يجب على القاضي تطبيقه ، أما المصدر الثاني فكان متمثلاً بالنصوص القانونية التي أوردها القانون ذاته أو القوانين الخاصة بالمسائل التجارية ، ثم أدرج العرف كمصدر ثالث واجب التطبيق من قبل القاضي ، ومن ثم فأنه بموجب هذه القوانين يمكن اللجوء للعُرف التجاري وتطبيقه لحل النزاع من قبل القاضي عند عدم وجود الاتفاقيات الخاصة وانتفاء النص الذي ينظم المسالة التجارية وبعد كل هذه يأتي دور القواعد العامة التي نص عليها القانون المدني .

كما يبدو لنا أيضاً أن قيام المُشَرِّع التجاري بذكر الاتفاقات الخاصة كان نوعاً من التضخيم للقاعدة القانونية وكان الاجدر به عدم الإشارة إليها ؛ لأنّ القاضي يجب عليه تقديم العقد على القانون بشرط أن يكون العقد

صحيحا وغير مخالف للقاعدة القانونية الآمرة أو للنظام العام والآداب وذلك بالاستناد إلى القاعدة العامة التي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين ومن ثم فهو قانونهما الواجب التطبيق [1].

كما أن قيام القاضي بتطبيق العقد يكون على الواقعة المعروضة أمامه فقط ، إذ لا يستطيع أن يستنبط منه حكماً عاماً يطبقه على منازعات مماثلة، ولكن قبل اللجوء إلى الاتفاقات الخاصة يجب تقديم القواعد القانونية الآمرة [2].

أما ما يخص العُرف التجاري فحسناً فعل المُشَرِّع عندما ذكره كمصدر من مصادر القانون التجاري التي يجب تطبيقها من قبل القاضي لحل النزاع المعروض أمامه ؛ وذلك لأنّ العُرف لم يكن من المسائل المُسلّم بها من قبل الفقهاء ، إذ نجد أنَّ البعض منهم لا يعد العرف من قبيل القانون ويُشْكِل على من قال بأن الاعراف تكون ملائمة أكثر لاستيعاب الحالات المستحدثة في نطاق التجارة وغيرها لما لا يمكن معه للتشريع أنّ يستوعبها؛ بحجه إنّ الاعراف تحتاج إلى وقت طويل حتى تثبت وتصبح مُلْزِمَة كما يجب أن يتوافر لها عنصراها المادي والنفسي [3] وعلى العكس من ذلك

---

(1) د. نوري طالباني : القانون التجاري العراقي –الجزء الأول – النظرية العامة، دار الطبع والنشر الاهلية ، بغداد، 1972 ص40

(2) د. أكرم ياملكي : المصدر السابق ، ص44

(3) د. سامي عبد الباقي أبو صالح : قانون الاعمال ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2004–2003 ص44 .

فإن بعض الفقهاء قد اعتبر العرف مصدراً متمماً للتشريع وإنّ القاضي ملزم بتطبيقه شريطة أنّ يتحقق من وجوده[1] .

أما قانون التجارة النافذ فإنه أتى بصياغة قانونية جديدة مختلفة عن القوانين السابقة، إذ نلاحظ طغيان فلسفة المذهب الاجتماعي عليها وكان فيه تغليب للعلائق القانونية على الاتفاقات الخاصة[2].

مما يستنتج معه إنّ النصوص القانونية التجارية وغير التجارية تكون واجبة التطبيق وعلى القاضي البحث أولاً في قوانين التجارة و في القوانين الأخرى التي تعالج موضوعات التجارة وفي مقدمتها القانون المدني بإيجاد حل للنزاع[3].

كما يرى الباحث أنَّ الإحالة إلى القانون المدني عند خلو القانون الخاص (التجارة) من أحكام قانونية يعطينا فسحة كافية للرجوع إلى قواعد القانون المدني التي بدورها تجيز الرجوع إلى العرف سواء أكان ذلك في المادة الأولى منه أم في المواد التي تتعلق بتفسير العقود هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه لو تأملنا في المادة(320) من القانون المدني العراقي التي تنص على ((التضامن ما بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون)) نجدها من القواعد القانونية غير

([1]) د. نوري طالباني ، المصدر سابق ، ص50 ، د. فاروق إبراهيم جاسم : القانون التجاري ، المصدر سابق، ص38

([2]) تنص المادة (1/الفقرة ثالثا) من قانون التجارة العراقي النافذ على أنه ((الحد من مبدأ سلطان الإرادة وتغليب العلاقة القانونية على العلاقة العقدية))

([3]) د. نوري طالباني ، المصدر السابق ، ص50

الآمرة لأنها سمحت لأطراف الالتزام بمخالفتها ومن ثم يكون المجال للعرف اوسع من القواعد غير الآمرة.

كما أنَّ من مصادر القانون أحكام الاتفاقيات الدولية والأعراف الشائعة في التجارة الدولية بشرط أنْ يُصادِق العراق عليها و إذا لم تتم المصادقة على تلك الاتفاقيات فهي تُعد بمثابه الأعراف الدولية، وأن قانون التجارة النافذ وأنّ لم يشر إلى أن من مصادره الاتفاقيات الدولية والأعراف الشائعة ولكنه قد افرد باب خاص للبيوع الدولية وهو الباب الخامس من قانون التجارة العراقي النافذ وهذه البيوع تُعد مجالاً خصباً لتطبيق الأعراف[1] .

ومما يعزز رأينا أنَّ أحد الفقهاء [2] يرى بأنَّهَ يجب أنْ نفرق بين ما إذا كان التعارض بين العرف والقاعدة القانونية الأمرة هو تعارض مع عرف ملزم أو الزامي فيجب عندها الأخذ بحكم النص إذ لا سبيل لمخالفة النص الأمر ؛ لأنّ القانون قد فرضَه ولا يَسمح بالتغاضي عنه ، أما إذا كان التعارض مع قاعدة مفسرة فيذهب إلى وجوب تطبيق العُرْفِ المُلزم ، وكذلك إذا كان التعارض بين نص مفسر وعرف غير ملزم فيجب ترجيح العُرف أيضاً ؛ لأنّ القواعد المفسرة تستمد قُوتّهَا مِن افتراض انصراف نية المتعاقدين إلى الأخذ بأحكامهما ، ولما كان العُرف الاتفاقي بدوره قائم على

(1) د. لطيف جبر كوماني ، المصدر السابق ،ص 59

(2) د. محسن شفيق: القانون التجاري المصري، الجزء الأول ، الطبعة الاولى، الاسكندرية، 1949 ص 66-67

فكرة الاتفاق الضمني فإنَّ التعارض قائم بين قاعدتين تستندان إلى أساس واحد ، إلَّا إنّ العرف هو أكثر صراحة وأقرب إلى التعبير الصحيح عن إرادتهما، فضلاً عن أنّه أكثر انسجاماً مع العمل التجاري لذلك يكون هو الأرجح في التطبيق.

كما إنّ التعارض بين تطبيق العُرف القائل بافتراض تضامن المدينين في الالتزام التجاري مع المادة(320) من قانوني المدني هو تعارض بين عرف ملزم وقاعدة قانونية غير آمرة لذا ينبغي تقديم العرف على القاعدة القانونية غير الآمرة لأنه يسهم في توفير الثقة واتساع نشاط التجارة ، ومن ثم فالعرف هنا يكون أكثر ملائمة وانسجاما مع قانون التجارة من القاعدة العامة لذلك يجب تقديمه على القاعدة القانونية غير الآمرة .

ويذهب بعض الفقهاء إلى تطبيق العرف التجاري قبل الرجوع إلى التشريع المدني؛ لأنّ قواعد التشريع المدني هي قواعد مُكَمِّلَة لقواعد القانون التجاري في ما يتعلق بتنظيم العلاقات التجارية ، فإذا وجد حكم في القانون التجاري كان على القاضي تطبيقه أولاً ولا حاجة للرجوع إلى قواعد القانون المدني ، وهذا الأمر يجب الأخذ به مهما كان نوع تلك القاعدة القانونية في نطاق القانون التجاري سواء أكانت قاعدة تشريعية أم عرفية حتى وإن كانت مخالفة لقواعد القانون المدني ، إذ من المفروض في الأصل أنّ تكون قواعد القانون التجاري هي مخالفة أو على الأقل أن تكون مختلفة عن قواعد القانون المدني وإلَّا لم تكن هنالك حاجة إلى استقلال القانون التجاري عن القانون المدني، كما أنه في نطاق النظرية العامة للقانون لا يمكن القول بأن العرف بصفة عامة هو مصدر مُكمل للتشريع ؛ لأنّ من الواضح أنّ

في كثير من المسائل يكون التشريع هو الذي يقوم بدور المصدر المُكمل للعرف، والأصح يجب أن نقول إنه لا يوجد مصدر من مصادر القانون مكمل للأخر بصفة مطلقة لأنّ قواعد القانون أيّاً كان مصدرها تعتبر قواعد أصلية في نطاق تطبيقها ويمكن اعتبارها قواعد احتياطية و تكميلية خارج هذا النطاق ومن ثم فإن الحكم الخاص يقيد الحكم العام سواء كان الحكم الخاص تشريعياً أو عرفياً أم كان الحكم العام تشريعياً أو عرفياً[1].

المطلب الثاني

القواعد الموضوعية المقررة للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري

إنَّ أهمية العُرف التجاري الذي يقضي بالتضامن المفترض في البيئة التجارية وما يحققه من غايات يسعى إليها المُشَرِّع جعلت أغلب المُشَرِّعين يسارعون في تقنين هذا العُرف التجاري من خلال قاعدة عامة وإنّ كانت هذه القاعدة ليست من القواعد الآمرة إلَّا أنها تأتي من ضمن الاحكام العامة المنظمة لقانون التجارة هذا فضلا عن الأحكام المتفرقة في القانون التجاري التي اشارت إلى افتراض التضامن بين الملتزمين تجارياً .

([1]) د. سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون ، مصدر سابق، ص476 ، كذلك د. علي البارودي و د محمد السيد الفقي: القانون التجاري (الاعمال التجارية – التجار – الأموال التجارية – الشركات التجارية – عمليات البنوك والاوراق التجارية) ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية، 1999 ص34-35

لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين، الفرع الأول القواعد الموضوعية في القوانين المقارنة، بينما يخصص الفرع الثاني لاستعراض القواعد الموضوعية في القانون العراقي.

الفرع الأول
القواعد الموضوعية في القوانين المقارنة

يمثل قانون التجارة الفرنسي لسنة 1807 أحد أهم القوانين الخاصة بتنظيم المسائل التجارية والذي يُعدُّ مصدراً تأريخياً لكثير من قوانين التجارة ومنها القانون العراقي والقانون المصري ، وقد استمر نفاذ القانون أعلاه حتى صدور قانون التجارة الفرنسي الجديد رقم (912) والصادر في (18) ايلول لسنة 2000 ، وقد جاء في المادة (الثانية /أ) منه على أنه ((التضامن مفترض فإذا كان هنالك شخصان مدينان تجاه دائن واحد تكون المسؤولية مشتركة بين المدينين ويمكن للدائنين أن يطالب أي واحد منهم بجميع الدين- في البيئة التجارية التضامن مفترض ولا داعي لذكره ....))[1]

([1]) نص المادة في اللغة الفرنسية :

((la présomption de solidarité

la présomption de solidarité : pas de solidarité passive

Supposons que 2 personnes on ensemble une dette vis à vis d'un créancier. (1 créancier, 2

.(Débiteurs=

أمـا قـانون التجـارة المصـري الجديـد فقـد قطـع شـوطاً كبيـراً لإنهـاء الخـلاف الفقهـي بشـأن التضـامن المفتـرض للمـدينين فـي الالتـزام التجـاري وذلـك عنـدما اقـر فـي المـادة (47) منـه علـى التضـامن المفتـرض فـي المسـائل التجاريـة حيـث نصـت هـذه المـادة علـى أنـه((1- يكـون الملتزمـون معـاً بـدين تجـاري متضـامنين فـي هـذا الـدين مـا لـم يـنص القـانون أو الاتفـاق علـى غيـر ذلـك ، 2- ويَسـري هـذا الحكـم فـي حالـة تعـدد الكفـلاء فـي الـدين التجـاري)) وهـذا الـنص يُعَـدُّ مـن الأحكـام العامـة فـي قـانون التجـارة المصـري وهـذا بخـلاف قـانون التجـارة المصـري القـديم الـذي لـم يـأتِ بقاعـدة عامـة عـن التضـامن المفتـرض، بـل أكثـر مـن ذلـك فـإن هـذه المـادة قـد جعلـت الكفـلاء المتعـددين فـي الـدين التجـاري متضـامنين مـع المـدين تجـاه الـدائن مـن خـلال الـنص صـراحة علـى ذلـك فـي الفقـرة (2) مـن المـادة أعـلاه لكـي يحـدد النطـاق الشخصـي للمتضامنين في الالتزام التجاري.

كمـا أشـارت المـادة (37)مـن قـانون التجـارة المصـري الجديـد إلـى تضـامن الملتـزمين بوفـاء قيمـة الحوالـة التجاريـة بقولهـا ((سـاحب الكمبيالـة وقابلهـا ومحيلهـا ملزمـون لحاملهـا بالوفـاء علـى وجـه التضـامن)) [1] ، وكـذلك المـادة (574) مـن قـانون أعـلاه التـي تـنص علـى أنـه ((إذا تعـدد أمنـاء

=S'il y a solidarité entre les débiteurs : le créancier peut réclamer à un des 2 la totalité de la somme. Sinon il ne peut réclamer à chacun que sa part

dans le domaine commercial-

. : la solidarité est présumée, il n'y pas besoin de la prévoir dans l'acte….))

([1]) قانون التجارة المصري يطلق على الحوالة التجارية لفظ (كمبيالة).

التفليسة وجب أنّ يعملوا مجتمعين ويسألون بالتضامن عن إدارتهم ويجوز لقاضي التفليسة أن يقسم العمل بينهم أو أن يعهد إلى أحدهم بعمل معين ، وفي هذه الحالة لا يكون أمين التفليسة مسؤولاً إلّا عن العمل الذي يكلف به .ويجوز لأُمناء التفليسة أن ينيبوا بعضهم البعض في القيام بالأعمال المعهود بها اليهم ، ولا يجوز لهم إنابة الغير إلَّا بإذن من قاضي التفليسة ، وفي هذا الحالة يكون أمين التفليسة ونائبه مسؤولين بالتضامن عن الأعمال المذكورة)) .

أما قانون الشركات المصري فقد تضمن بعض النصوص الخاصة بالتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري ومنها المادة (14) التي تنص على ((إذا لم يتم تأسيس الشركة بسبب خطأ مؤسسيها في خلال ستة اشهر من تاريخ الإخطار بإنشائها جاز لكل مكتتب أنّ يطلب إلى قاضي الأُمور المستعجلة تعيين من يقوم برد الأَموال المدفوعة وتوزيعها على المكتتبين .ويكون للمكتتب أن يرجع على المؤسسين – على سبيل التضامن– بالتعويض عند الاقتضاء كما يجوز لكل من اكتتب أنّ يطلب استرداد قيمة ما اكتتب به في رأس مال الشركة تحت التأسيس إذا مضت مدة سنة على تاريخ الاكتتاب دون البدء في اتخاذ إجراءات تأسيس الشركة)).

ويتضح لنا أنَّ المُشَرِّع لكل من القانون الفرنسي والقانون المصري قد التفت إلى أهمية العرف التجاري القاضي بالتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري من جهة كما أنهم أرادوا إنهاء كل أوجه الاختلاف الفقهي بشأن وجود افتراضي التضامن من عدمه في المسائل التجارية لذلك اشتملت

هـذه القـوانين علـى قاعـدة عامـة تقـرر افتـراض التضـامن للمـدينين فـي المسـائل التجارية.

الفرع الثاني
القواعد الموضوعية في القانون العراقي

كـان موقـف المُشَـرِّع العراقـي فـي هـذا الأمـر مختلفـاً، إذ نجـد أنّـهَ قـد سـار بعكـس الاتجاهـات التـي سـلكتها القـوانين المقارنـة ، فبعـد أن كـان يـنص صـراحة علـى التضـامن المفتـرض فـي قـانون التجـارة الأسـبق فـي المـادة (103) منـه علـى ((إذا ارتـبط شخصـان فـأكثر علـى وجـه الاشـتراك بتعهـد مـا تجـاه شـخص آخـر فـي معاملـة تعـد تجاريـة بالنسـبة لهـم أو لأحـدهم فيكـون جميـع المـرتبطين بـذلك التعهـد مسـؤولين بالتضـامن والتكافـل مـالم يشـترط خـلاف ذلـك)) ، وكـذلك كـان قـانون التجـارة السـابق يأخـذ بالتضـامن المفتـرض بـالنص الصـريح فـي الفقـرة(1) مـن المـادة (81) منـه والتـي تـنص علـى((إذا ارتـبط شخصـان أو أكثـر بـدين تجـاري يكونـون متضـامنين فـي هـذا الدين مالم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك)).

وبخـلاف ذلـك خـلا قـانون التجـارة العراقـي النافـذ مـن الـنص العـام علـى التضـامن فـي المسـائل التجاريـة الـذي يجـب تطبيقـه عليهـا واكتفـي بـبعض النصـوص التـي وردت فـي ثنايـاه أو تلـك الاحكـام التـي ذكـرت فـي بعـض مـواد القـوانين التجاريـة و التـي أقَـرَّت تضـامن المـدينين ، إذ جـاء فـي المـادة (106/أولاً) مـن قـانون التجـارة العراقـي النافـذ الـنص علـى التضـامن مـن

خلال إعطاء حامل الحوالة التجارية الحق بالرجوع على جميع الملتزمين بها ، إذ تنص على أنه ((الأشخاص الملتزمون بموجب الحوالة مسؤولون بالتضامن تجاه حاملها)) .

كما تضمن قانون التجارة العراقي نص خاص آخر يقضي بوجود التضامن المفترض وهو نص المادة (246) التي جاء فيها ((للمصرف أن يفتح حساباً مشتركاً بين شخصين أو أكثر بالتساوي فيما بينهم ما لم يكن هناك اتفاق بخلاف ذلك مع مراعاة الاحكام الآتية : ..... ثانيا : إذا وقع حجز على رصيد أحد أصحاب الحساب المشترك فان الحجز يسري على حصة المحجوز عليه من رصيد الحساب يوم تبليغ المصرف وعلى المصرف أن يوقف السحب من الحساب المشترك بما يساوي الحصة المحجوزة ويخبر الشركاء أومن يمثلهم بذلك خلال خمسة أيام وللمصرف غلق الحساب بعد هذه المدة في حالة عدم اتفاق الشركاء على تصفية علاقاتهم الناجمة عن الحجز ويكون جميعهم متضامنين بالرصيد المدين تجاه المصرف)).

فضلاً عن ذلك فإن المادة (285/ أولاً) من قانون التجارة العراقي قد أشارت إلى التضامن المفترض بشأن عملية الخصم المصرفي للأوراق التجارية ، إذ تنص على أنَّه ((للمصرف تجاه المدين الاصلي في الورقة والمستفيد من الخصم وغيرهما من الملتزمين الاخرين جميع الحقوق الناشئة عن الورقة التي خصمها)).

وكذلك نجد أنَّ الفصل الخامس من قانون التجارة العراقي السابق رقم (149) لسنة 1970 (الملغي) والخاص بالأحكام القانونية المنظمة للإفلاس التجاري والذي لايزال ساري المفعول بحسب نص المادة (331/أولا) من قانون التجارة العراقي النافذ قد تضمن الإشارة إلى مسؤولية أمين التفليسة بالاشتراك مع من يفوضهم في إدراة التفليسة ، إذ تنص على المادة(589) على أنه ((2- يشترك أمين التفليسة بالمسؤولية القانونية مع نوابه فيما يخص اعمال نوابه. 3 – قد يحدث التفويض قبل موافقة قاضي التفليسة ، لحراسه على سبيل المثال موجودات المفلس وذلك عن طريق الإجراءات الضرورية المتخذة من قبل النواب ، أو لحماية مصالح الدائنين . في هذه الحالات يقدم أمين التفليسة طلب موافقة بعد التفويض في اسرع وقت معقول ، يبين فيه اساس التفويض)).

كما تضمن قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997(المعدل) في بعض نصوصه الإشارة إلى تضامن المدينين ، ومنها ما جاء في نص المادة (6/ثالثاً) بقولها: ((لا يقل عدد الأشخاص الطبيعيين الذين يُكوِّنون شركة تضامنية، عن شخصين ولا يزيد عددهم على خمسة وعشرين شخصاً، يكون لكل منهم حصة في رأس مال الشركة، ويتحملون على وجه التضامن مسؤولية شخصية وغير محدودة عن جميع التزامات الشركة))، بينما جاء في المادة(16/ثالثاً/3) من قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997(المعدل) النص على تضامن أعضاء لجنة المؤسسين تجاه المؤسسين بقولها ((يكون أعضاء لجنة المؤسسين مسؤولين على وجه التضامن تجاه المؤسسين)).

أما المادة (35) من قانون الشركات أعلاه فقد جاءت لتحدد المسؤولية التضامنية لأعضاء الشركة التضامنية بقولها ((يسأل كل ذي حصة في الشركة التضامنية والمشروع الفردي، مسؤولية شخصية وغير محدودة عن ديون الشركة ، وتكون مسؤوليته تضامنية في الشركة التضامنية))، وهذا الأمر أكّده المُشَرِّع في المادة (37/ أولاً) من القانون أعلاه والتي تنص على أنه ((لدائني الشركة التضامنية مقاضاتها أو مقاضاة أي شريك كان عضواً فيها وقت نشوء الالتزام، ويكون الشركاء ملزمين بالإيفاء على وجه التضامن ولا يجوز التنفيذ على أموال الشريك قبل إنذار الشركة)) .

ولم يقف الأمر عند هذا فحسب بل نجد التضامن المفترض قد أشارت إليه المادة (40) من قانون الشركات أعلاه التي تنص على أنّه ((المؤسسون مسؤولون مسؤولية تضامنية عن أي ضرر يلحق أي مكتتب إذ نتج عن خطأ أو نقص في بيان الاكتتاب)) ، واعقبها المُشَرِّع بعد ذلك بنص المادة (43/ثالثا) والتي تنص على ((في حالة الرجوع عن تأسيس الشركة وفقاً لأحكام الفقرة (أولا) من هذه المادة يبلغ المؤسسون البنك بقرارهم ويتحملون بالتضامن النفقات التي صرفت على تأسيسها .....)) .

فضلا عن ذلك نجد بعض النصوص القانونية المتعلقة بالعقود التجارية كعقد النقل الذي يكون فيه كل من المُرسل والمرسل إليه متضامنين في دفع أُجرة نقل الأَشياء تجاه الناقل وهذا كما جاء في المادة (60) من قانون النقل العراقي رقم (80) لسنة 1983 التي تنص على ((يلتزم المرسل بدفع أُجرة النقل وغيرها من المصروفات المستحقة للناقل ما لم يجرِ الاتفاق على

أنّ يتحملها المرسل إليه، وفي هذه الحالة يكون المرسل والمرسل إليه مسؤولين عن دفعها بالتضامن)) .

وكذلك في عقد النقل المتعاقب للبضائع الذي يتضامن فيه جميع الناقلين بالتعويض عن الاضرار التي تصيب تلك البضاعة وحسب نص الفقرة (أولاً) من المادة (8) من قانون النقل العراقي التي تنص على أنه ((يكون الناقل المتعاقد مسؤولا عن تنفيذ عقد النقل بكامله سواء تم من قبله أم أسند تنفيذه كلاً أو جزءاً إلى ناقل آخر يقوم به فعلا، وتكون مسؤولية الناقل الفعلي محددة بالنقل الذي ينفذه ، وتضامنية مع الناقل المتعاقد)) .

في حين قررت المادة (56) مسؤولية الناقلين المتعاقبين التضامنية تجاه المرسل والمرسل إليه عن الهلاك والتلف وكذلك التأخير، كما أعطت الحق للناقل الذي يقوم بدفع التعويض بالرجوع على باقي الناقلين كل بقدر حصته، إذ جاء فيها ((إذا تولى نقل الشيء عدّة ناقلين على التعاقب تنفيذاً لعقد نقل واحد يكون للمرسل الرجوع على الناقل الأول وللمرسل اليه الرجوع على الناقل الأخير ولكليهما أن يرجعا ايضاً على الناقل الذي حدث الهلاك أو التلف أو التأخير في مرحلة نقله، ويكون هؤلاء الناقلون مسؤولين بالتضامن تجاه المرسل والمرسل إليه. لمن دفع التعويض من الناقلين المتعاقبين أو طولب به رسمياً أن يرجع على الناقلين الآخرين بنسبة ما يستحق كل منهم من أجرة النقل وتوزع حصة المعسر منهم على الأخرين بالنسبة ذاتها. يعفى من الاشتراك في المسؤولية فيما بين الناقلين الناقل الذي يثبت أن الضرر لم يقع في المرحلة الخاصة به من النقل))، وإلى غيرها من القواعد الموضوعية التي أقرت بوجد التضامن في الحالات

التي يشترك فيها المدينون في البيئة التجارية ومن ثم فأنهم متضامنين في ما بينهم .

إنَّ خلو التشريع التجاري من النص المقرر للتضامن المفترض وإنّ كان قد دعا بعض الفقهاء إلى عدم الأخذ بوجود التضامن المفترض في المسائل التجارية و بمالهم من اسانيد وحجج ولكن وكما تم إيضاحه من قبل فإن تقنين العرف التجاري من قبل المُشَرِّع من عدمه لا يؤثر على وجود وأهمية و احترام ذلك العرف ؛ لأنه موجود أصلاً قبل إقرار التشريع بل بالعكس كان الأمر يصب في مصلحة اثبات وجود ذلك العرف في البيئة التجارية على اعتبار وجوده في القوانين السابقة من جهة وعدم ضرورة ايجاد النص المقرر له من جهة أخرى.

كما إنّ ما جاء من قواعد قانونية تخص التضامن المفترض و التي جاءت متفرقة في قانون التجارة والقوانين الأخرى فأنها وضعت للأهمية التي يراها المُشَرِّع ، فأراد أن يضع نص خاص ليحكم تلك المسائل[1].

ونحن بدورنا نتفق مع أحد الآراء المعتبرة الذي يذهب إلى أنَّ الأمر يجب النظر إليه من زاوية أُخرى مختلفة تماماً عما ذكرناه سابقاً ، لأنّ القول بافتراض التضامن في الالتزام التجاري مبني على عدم وجود النص القانوني المقرر له ، أما إذا وجدت القاعدة العامة التي تقضي بتضامن المدينين عند تعددهم في المسائل التجارية فلا مبرر للكلام عن الافتراض من عدمه ؛ لأنّ وجود القاعدة العامة لا يدع لنا أي مجال للرأي أو الاجتهاد من أجل القول بوجود التضامن بين المدينين من عدمه ؛ لأنّ ذلك

([1]) د. نوري طلباني ، المصدر السابق ، ص70

يعد من قبيل الاجتهاد مقابل النص وهو أمر اقر المُشَرِّع ببطلانه [1]، إذ لامعنى للكلام عن التضامن في الالتزام التجاري و التساؤل هل هو موجود أم لا ؛ لأنّ مؤدى القاعدة العامة يقتضي بسطها على جميع المسائل الحالية منها والمستقبلية متى ما توافرت فيها شروط القاعدة القانونية ، فمتى ما وجد التزام تجاري وتعدد المدينون فيه فإنهم متضامنون وفقا للقاعدة العامة كما هو موجود في قوانين التجارة الملغية إلّا اللهم إذا كان المقصود منه النوع الأول من أنواع الافتراض وهو الافتراض غير المستحيل [2] ، ومن ثم لا يمكن تسميته بالتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري بل من الافضل أن نطلق عليه قاعدة التضامن بين المدينين في الالتزام التجاري وذلك دفعاً للإشكال والاشتباه مع الافتراض من جهة وحتى لا يتم فهمه بصورة مختلفة عن الصورة التي هو عليها[3].

([1]) بحسب المادة (2) من قانوننا المدني التي تنص على أنه ((لا مساغ للاجتهاد في مورد النص))

([2]) ينظر الصفحة (25) من الأطروحة.

([3]) أستاذنا د. باسم علوان طعمة العقابي ، المصدر السابق ، ص6-7

الباب الثاني

أحكام وتطبيقات التضامن المفترض للمدينين

في الالتزام التجاري

إنّ أغلب النظم القانونية لا تتجاهل تنظيم العلاقات المترتبة على تضامن المدينين ، و بالأخص القوانين المدنية منها، إذ نجدها قد وضعت الأحكام القانونية التفصيلية ؛ لأنَّ بحث الالتزام لا يقتصر على نشأته ، إذ لابُدّ من معرفة ما يترتَّب على استمرار وجود الالتزام ، وما ينتجه من آثار خلال ذلك الوجود ، ولا يكون الوجود دائما بالشكل البسيط ، إذ قد يرافقه أحد الأوصاف التي ربَّما تُسهم في تعديل الالتزام نتيجة لذلك الوصف.

ومن الأوصاف التي تعدل طبيعة الالتزام أو تغيرها التضامن، ومهما كانت البيئة التي يكون فيها التضامن و بغض النظر عن المصدر الذي ينشأ عنه سواء أكان بالاتفاق أَم بنص القانون كما هو الحال في البيئة المدنية، أو كان مفترضاً كما هو شأنه في البيئة التجارية ، فإنَّه ينشأ عنه آثار معيَّنة تجعل له وضعاً قانونياً يُميِّزه عن الالتزام غير الموصوف .

ولمَّا كان قانون التجارة ، و القوانين المكمِّلة لهُ التي أُقرَّت في بعض أحكامها التضامن بين المدينين في المسائل التجارية أو كما رأينا بأنَّه مفترضاً في جميع المسائل التجارية التي يتعدَّد فيها المدينون لم تضع الأحكام التفصيليّة الخاصَّة بتضامن المدينين في تلك البيئة، لذلك لا مناص من الرجوع إلى القواعد العامَّة التي جاءت بأحكام تفصيلية ؛ لتحديد الآثار التي تترتَّب على تضامن المدينين .

كما أنّ معرفة أحكام التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري تستلزم استعراض أهم التطبيقات التي أوردها المُشرِّع ؛ لبيان حالات

التضامن بين المدينين في البيئة التجارية، التي لم يقتصر وجودها في قانون التجارة فقط ، بل هي موجودة في القوانين المكمِّلة لهُ ؛ وذلك لإعطاء صورة واضحة عن هذا التضامن .

عليه سينقسم هذا الباب على فصلين، الفصل الأول لبيان الآثار القانونية المترتبة على التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري ، في حين يستعرض الفصل الثاني أهم تطبيقات التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري.

الفصل الأول

الآثار القانونية المترتبة على التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري

مهما كان مصدر الالتزام فإنَّه يُرتّب آثاراً قانونيةً معينة، ويختلف الالتزام حسب الزاوية التي ينظر منها إليه ، فتارةً يُنظر إليه من جانب المدين ، ومن ثم فإنه يكون ملزماً بتنفيذه ، وبخلافه يتحمَّل المسؤولية المدنية ، وتارةً أخرى يُنظر إليه من جانب الدائن ، ويتم تكييفه باعتباره حقّا لهُ ، وعليه يمكنه المطالبة به وديّاً أو قضائياً، وبخصوص الآثار القانونية المترتبة على التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري ، فقد رأينا أنَّ طبيعة التضامن تجعل كلّ المدينين المتضامنين ملتزمين تجاه الدائن بوفاء الدين كلّه ؛ لذلك تنشأ لدينا آثاراً قانونية تترتَّب على علاقة المدينين المتضامنين بالدائن بموجبها يملك الدائن مطالبة أيٍّ منهم بالدين كله ، كما تنشأ بموجب التضامن علاقة قانونية بين المدينين المتضامنين والمدين الموفي للدين ، ويلتزم بموجبها المدينون المتضامنون بدفع حصَّتهم من الدين إلى المدين الموفي ، ممَّا يعتبر أحد الضمانات للمدين الموفي التي يوفرها التضامن.

عليه سينقسم هذا الفصل على مبحثين، يختص المبحث الأول ببيان الآثار المترتبة على علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين في الالتزام التجاري، بينما يكون المبحث الثاني لتحديد الآثار المترتبة على علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم.

المبحث الأَول

الآثار المترتبة على علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين

إنّ الآثار المترتبة على التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري في علاقة الدائن بالمدين تنقسم على نوعين هما : الآثار الرئيسة التي تتمثَّل بالآثار المترتبة على مبدأ وحدة محل الالتزام في جزئها الأول والتي يكون بموجبها كل المدينين الملتزمين بالتزام وأحد تجاه الدائن ، وهو الوفاء بالدين من دون أن ينقسم عليهم ، وهذا هو جوهر التضامن ، أما الجزء الثاني منها ، فيتجسد بالآثار المترتبة على مبدأ تعدِّد الروابط ، الذي يرتبط بتعدِّد المدينين في التضامن وما يترتَّب عليه من أحكام قانونية نتيجة لذلك التعدد وما يتعلق بها من آثار.

إلى جانب الآثار الرئيسة المترتبة على التضامن المفترض توجد آثار ثانوية تتمثَّل في المصلحة المشتركة بين المدينين المتضامنين فيما ينفعهم فقط [1].

لذلك سيقسم هذا المبحث على مطلبين هما : المطلب الأول الآثار الرئيسة المترتبة على افتراض تضامن المدينين ، ويختص المطلب الثاني بالآثار الثانوية المترتبة على افتراض تضامن المدينين .

([1]) يكمن المعيار الرئيس في التمييز بين الآثار الرئيسة والثانوية التي تترتب على التضامن في كون الآثار الرئيسة لا يمكن أن يوجد التضامن من دون وجودها ، ومن ثَمَّ فلا يمكن لأطراف العلاقة القانونية الاتفاق على استبعادها ، بينما الآثار الثانوية لا تؤثر على وجود التضامن وعليه يمكن للأطراف الاتفاق على استبعادها.

المطلب الأول

الآثار الرئيسة المترتبة على افتراض تضامن المدينين

يترتب على التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري مبدآن هما : وحدة محل الالتزام ، وتعدد الروابط ، وهذه المبادئ تُعدُّ الأساس الذي يحكم علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين؛ لذلك لا يمكن المساس بجوهرها كما يرتبط وجود التضامن بوجودها (كما مر بنا سابقا)[1] .

ويترتب على هذه المبادئ آثار قانونية عدَّة تحكم علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين في الالتزام التجاري؛ لذا سوف نقسم هذا المطلب على فرعين : يكون الفرع الأول منهما لبيان الآثار المترتبة على وحدة محل الالتزام ، في حين يكون الفرع الثاني لتحديد الآثار المترتبة على تعدد الروابط.

الفرع الأول

الآثار المترتبة على مبدأ وحدة محل الالتزام

إنَّ التضامن المفترض للمدين في الالتزام التجاري بعدّه وصفاً يلحق الالتزام يحفظ للالتزام وحدته على الرغم من تعدد المدينين ، و وحدة محل الالتزام تعطي الحق للدائن في مطالبة أي مدين متضامن بالدين كله وعليه تُبرأ ذمة باقي المدينين المتضامنين تجاه الدائن عند قيام أحدهم بالوفاء بما التزموا به [2]، وذلك مع مراعاة الدفوع المشتركة بين المدينين ، لذا يترتب على مبدأ وحدة محل الالتزام آثار قانونية عدّه وهي كما يأتي :-

---

([1]) ينظر الصفحة (37 ومابعدها) من الاطروحة.

([2]) د. سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص310- 311.

أولاً : حقُّ المطالبة بكلِّ الدين :

عندما يتعدد المدينون المتضامنون ، فيجب النظر إلى التزامهم كوحدة واحدة في علاقتهم بالدائن ، لذا يملك الدائن حق مطالبة أيٍّ منهم بالدين كله ، ولا ينحصر ذلك بأحد المدينين فقط ، ويجب على المدين عند مطالبته بالدين أن يوفي الدين من دون أن يكون له حقّ التمسك بتقسيم ذلك الدين على المدينين المتضامنين جميعاً بحسب حصة كلّ وأحد منهم [1].

ولمَّا كان المقصود بوحدة محل الالتزام هو أَنَّ وجود التزام وأحد لكل المدينين المتضامنين ولا يقبل التجزئة لذلك كان للدائن مكنّة مطالبة ايٍّ منهم بالدين كله ، وله أيضاً أن يطالبهم مجتمعين أو منفردين به[2].

ويجد هذا الحكم أساسه في المادة (1/285) من القانون المدني المصري التي تنص على أَنَّه((يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين ....)) ، إذ بموجب هذا النص منح الدائن الحق في حالة تضامن المدينين بالدين أن يختار أحد المدينين ويطالبه بالوفاء، أو يطالبهم مجتمعين ، كما لا تمنع مطالبة أحدهم بالدين من مطالبة مدين آخر أو اكثر من المدينين المتضامنين .

بينما تنص المادة (1/321) من القانون المدني العراقي على أَنَّه ((إذا كان المدينون متضامنين ، فللدائن أن يطالب بالدين كله من شاء منهم أو أن يطالبهم به مجتمعين ، و مطالبته لأحدهم لا تمنعه من مطالبة الآخرين)) وبموجب هذه النصوص القانونية فإنَّ مطالبة الدائن للمدينين المتضامنين أمَّا أَن تكون لأحد المدينين المتضامنين بكل الدين، و عادة ما

([1]) د. مصطفى الجمال ،أحكام الالتزام(دراسة مقارنة)،الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2013 ، ص586

([2]) د. منذرالفضل، المصدر السابق ، ص586

يختار الدائن أكثر المدينين ملاءة مالية ، أو أيسرهم تنفيذاً ليطالبه بالوفاء بالدين[1] ، أو تكون المطالبة لكل المدينين .

وهذا الحق يجعل من المدين ملتزما بالوفاء بالدين عند مطالبته، وفي مقابل ذلك فإنَّ أيَّ من المدينين المتضامنين يستطيع أن يوفي الدين ولا يكون للدائن حق رفض ذلك الوفاء ، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنَّ الدائن لا يمكنه أن يفرض على المدين وفاء حصَّته فقط في حالة اصرار المدين على وفاء الدين كله مع مراعاة وجود اتفاق بينهم على وفاء حصَّته فقط ، وفي مقابل ذلك فإنَّ المدين ليس له أن يجبر الدائن على قبول الوفاء بحصته فقط ، في حاله مطالبة الدائن بوفاء الدين كله[2] .

وعند قيام أحد المدينين المتضامنين بوفاء الدين ، برئت ذمته وتبرأ معها ذمم باقي المدينين المتضامنين تجاه الدائن ، مع ثبوت حقَّه بالرجوع إلى باقي المدينين كلاً بقدر حصته[3].

فضلا عن ذلك فإنَّ إقامة الدعوى من قبل الدائن لمطالبة أحد المدينين المتضامنين بالوفاء ، لا يمنعه من حقَّه في إدخال باقي المدينين المتضامنين في الدعوى حتى يكون الحكم الصادر من المحكمة شاملاً لهم ، ويحقُّ كذلك للمدينين المتضامنين إدخال أنفسهم في الدعوى عن طريق

([1]) د . محمد شكري سرور ، موجز الأحكام العامة للإلتزام (في القانون المدني المصري) ، الطبعة الثانية (مزيدة و منقحة) ، النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 ، ص 312.

([2]) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص298.

([3]) القاضي موفق البياتي ، شرح المتون – المبسّط في شرح القانون المدني – القسم الثاني (آثار الإلتزام)– المواد(246–443) ، الطبعة الأولى ، منشورات زين الحقوقية، بيروت ،، 2017 ص171.

طلب ذلك من المحكمة ، بهدف الحفاظ على حقوقهم ومنع اي تواطؤ بين الدائن والمدين [1] .

ولا يملك المدين المتضامن الذي تمَّت مطالبته من قبل الدائن أمام القضاء حقّ المطالبة باختصام باقي المدينين المتضامنين، إذ يكون له الحقُّ في تأجيل الدعوى فقط من أجل ادخال باقي المدينين[2] .

وقد تكون مطالبة الدائن للمدينين المتضامنين مجتمعين بالدين كله ، إذ يكون له الحق أيضاً في مطالبتهم جميعا بالدين كله ، لأن حق الدائن في المطالبة لا يقتصر على مطالبة أحد المدينين المتضامنين بالوفاء ، بل يحق له مطالبة المدينين جميعاً منفردين كانوا أم مجتمعين بالوفاء بالالتزام[3]، وهذا بحسب ما جاء في نص المادة (1/285) من القانون المدني المصري والمادة(1/322) من القانون المدني العراقي.

ولمَّا كان المقصود من التضامن في الأصل مصلحة الدائن من خلال توافر الضمانات التي تجعل حقَّه لا يتأثر بإعسار أو إفلاس أحد المدينين المتضامنين ؛ وذلك عن طريق حقَّه في اختيار الرجوع على أيٍ من المدينين المتضامنين، لذا فإن اختياره لأحد المدينين لا يمنعه من أدخال مدين آخر في الدعوى ، أو حتى أدخال المدينين المتضامنين جميعاً في تلك الدعوى، بل لهُ كذلك أن يرفع الدعوى عليهم جميعا في بادئ الأمر كما له أن يترك المدين الذي تمَّت مطالبته ويبادر إلى مطالبة مدين آخر ، وهذا هو الأثر الرئيس للتضامن ، بل هو معقل القوة فيه[4].

([1]) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الثاني ، أحكام الالتزام ، الطبعة السادسة، العاتك، القاهرة ، 2009، ص247.

([2])د. انور سلطان ،المصدر السابق ، ص246.

([3]) د . مصطفى الجمال ، المصدر السابق ، ص48.

([4]) د. انور سلطان، المصدر السابق، ص 312 ، د. عبد الفتاح عبد الباقي، المصدر السابق ، ص287.

ثانياً: وفاء الدين من أحد المدينين يبرئ ذمة المدينين المتضامنين

بموجب أحكام التضامن تبرأ ذمم المدينين المتضامنين في حالة قيام أيّاً منهم بوفاء الالتزام، إذ ينقضي التزام جميع المدينين المتضامنين و تبرأ ذممهم عندما يقوم أحد المدينين المتضامنين بوفاء الدين كله ، ومن ثمَّ لا يستطيع الدائن أن يطالب باقي المدينين بالوفاء مرة أخرى ؛ لأنَّ وفاء أحدهم يبرأ ذمته وباقي الذمم المدينة[1] ، وهذا الأثر المترتِّب على التضامن يأتي في مواجهة حقّ الدائن في استيفاء الدين ممَّن يشاء من المدينين المتضامنين ، وعليه يجب قبول الوفاء من أيٍّ أحد منهم و تبرأ ذمة المدينين المتضامنين جميعاً نتيجة لذلك الوفاء وتكون براءة الذمة للموفي وباقي المدينين بقدر ما استوفى الدائن منه، أي إنَّ الدائن في حالة قبوله استيفاء جزء من الدين فإنَّ ذمة المدين الموفي ، و ذمم باقي المدينين المتضامنين تبرأ بالقدر الذي تم الوفاء به ، وعليه يمكن للدائن مطالبة المدين الموفي أو باقي المدينين المتضامنين بما تبقى له من الدين[2] .

إذ أن تعدد المدينين المتضامنين تجاه الدائن لا تمنح الأخير إلَّا حقاً وأحداً ، ومن ثمَّ فإنَّ وفاء أيّ مدين منهم ينقضي معه ذلك الحق و تبرأ ذمم المدينين جميعهم في علاقتهم تجاه الدائن، وهذا هو الأثر الايجابي للتضامن فيما يخص المدينين المتضامنين[3]، وهذا ما قضت به أحكام القانون المدني المصري أيضاً ، و ذلك بموجب نص المادة (284) التي جاء فيها ((إذا كان التضامن بين المدينين فإنَّ وفاء أحدهم بالدين مبرأ لذمة الباقين)).

([1]) د . سعيد سعد عبد السلام ، الموجز في احكام الالتزام المدني ،القاهرة ، دون سنة نشر ، ص229.

([2]) د. انور سلطان ، المصدر السابق ، ص 246 .

([3]) د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المصدر السابق ، ص 288.

أمَّا في القانون المدني العراقي ، فقد كان ذلك بموجب المادة (322) التي تنص على أنَّه ((إذا قضى أحد المدينين المتضامنين الدين عينا أو بمقابل أو بطريق الحوالة برئت ذمته ويبرأ معه المدينون)) ، ونجد في هذا النص إشارة إلى إنَّ الالتزام ينقضي و تبرأ ذمة المدينين سواء كان الوفاء بعين الالتزام أو بما يعادل الوفاء به عن طريق الوفاء بمقابل ، أو عن طريق الحوالة ، والوفاء هو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام وزواله عن طريق قيام المدين بتنفيذ الالتزام عيناً ، وهنالك حالات ينقضي بها الالتزام عند قيام المدين بالوفاء بشيء آخر يساوي الالتزام أو يعادله[1]، أو ربَّما ينقضي الالتزام دون الوفاء به[2].

ولمَّا كان الدائن لا يستطيع أن يرفض الوفاء الكلِّي للدين متى ما تقدَّم به أحد المدينين المتضامنين ، ولا يستطيع أيضاً أن يطلب من المدين الوفاء بحصته فقط جاز للمدين أن ينذر الدائن بوجوب استيفاء الدين في مدة مناسبة وبحسب ما يتم تحديده في الانذار، ويكون ذلك بعد ايداع الدين لدى المحكمة[3] وهذا بحسب ما جاء في المادة(385) من القانون المدني العراقي التي تنص على ((1 – إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً أو إذا رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها أو إذا اعلن أنَّه لن يقبل الوفاء فيجوز للمدين أن ينذر الدائن بوجوب استيفاء حقه في مدة مناسبة يحددها في الانذار.2 – ولا يتم اعذار الدائن إلَّا إذا اودع المدين الشيء على ذمة الدائن بعد انقضاء هذه المدة وانذره بهذا الايداع)) ، ولمَّا كان الايداع يقوم مقام الوفاء بحسب نص المادة (386) من القانون المدني العراقي التي تنص على((1 – يقوم الايداع مقام

([1]) د. منذر الفضل ، المصدر السابق ، ص657.

([2])هذا ما سوف يتم بيانه عند الكلام عن آثار تعدد الروابط في الصفحة(151) من الاطروحة.

([3]) د. عبد المجيد الحكيم ، احكام الالتزام، مصدر سابق، ص402-403 .

الوفاء إذا قبله الدائن أو صدر حكم بصحته.2 –وفي هذه الحالة تكون نفقات الايداع على الدائن وهو الذي يتحمل تبعة هلاك الشيء من وقت الايداع ومن هذا الوقت أيضاً يقف سريان الفوائد))، فإنَّ قيام المدين بالإيداع وتقديم الإنذار للدائن يُعدُّ وفاءً للدين إذا قبله الدائن أو صدر حكم بصحته ، وعليه تبرأ به ذمة المدين الموفي و ذمم باقي المدينين المتضامنين.

أمَّا مسألة الوفاء الجزئي فإن أمكن تطبيقها في البيئة المدنية ، فلا يمكن تطبيقها في بعض المواطن في البيئة التجارية ، ومنها : حالة إفلاس الشركاء في الالتزام التي يدخل منها الدائن في كل تفليسه بقدر كل الدين من دون خصم المبلغ الذي بإمكانه أن يحصل عليه من أحد الشركاء أو من أكثر، ويكون ذلك من أجل زيادة فرصة الدائن في استيفاء الدين كلَّه ، عندما لا ينال في كل تفليسة إلَّا جزء من الدين[1] .

ثالثاً: الدفوع التي يتمسك بها المدين المتضامن

يترتب على وحدة محل الالتزام أنَّ يكون كلّ مدين متضامناً ملتزماً بالوفاء بالدين كله عندما يطالبه الدائن ، وفي الوقت ذاته فهي تمنح الحق للمدين الذي يتم مطالبته من الدائن بالتمسك بالدفوع تجاه الدائن، وهذه الدفوع أمَّا أن تكون دفوع مشتركة بينه وبين المدينين المتضامنين ، وتكون مرتبطة بذات الدين ، أو تكون دفوع خاصَّة بالمدين الذي تمت مطالبته بالوفاء[2] ،إذ تكون الدفوع التي يتمسّك المدين المتضامن بها على نوعين هما :

([1]) ينظر : نواف حازم خالد ، المصدر السابق ، ص73 ومها نصيف جاسم ، المصدر السابق، ص 61.

([2]) د.اسماعيل عبد النبي شاهين، مصدر سابق ، ص116.

أ- الدفوع المشتركة (الموضوعية):

ويقصد بها الدفوع التي تتعلَّق بأصل الدين ، ولا علاقة لها بأطراف الرابطة القانونية، فهي ذات نزعة موضوعية ، ومن ثمَّ يستطيع كلّ مدين متضامن أن يتمسَّك بها تجاه الدائن [1] ، وتجد هذه الدفوع أساسها في وحدة محل الالتزام[2] .

وقد جاء في الشق الأخير من المادة (2/285) من القانون المدني المصري التأكيد على حقِّ المدين بالتمسك بالدفوع المشتركة بقولها : ((ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعا)) ، وفي السياق ذاته جاء نص المادة (321 /2) من القانون المدني العراقي التي تقضي بأنَّه : ((ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر بقدر نصيب هذا المدين إذا كان قد انقضى بوجه من الوجوه ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً)) .

وهذا ما يترتَّب على وحدة الدين في التضامن الذي بموجبه يكون كلّ دفع متعلِّق بذات الالتزام يخص كلّ مدين ، وعليه فأنَّه يسوغ له التمسك به[3] .

وتتجسَّد الدفوع المشتركة التي يمكن للمدين المتضامن من التمسَّك بها في صور عدّة منها : بطلان العقد ، لإنعدام الرضا أو لعدم توافر أحد

([1]) د. عبد المجيد الحكيم ، أحكام الالتزام ،المصدر السابق ،ص252.

([2]) د. اسماعيل غانم ،النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ،الجزء الثاني ، مكتبة عبد الله وهبة ، مصر، 1967 ، ص320.

([3]) د . عبد الفتاح عبد الباقي ،المصدر السابق ،ص293.

الأركان الأخرى ، أو ربَّما يكون العقد موقوفاً لعيب من عيوب الإرادة ، كأن يكون المدينين المتضامنين جميعاً قد وقعوا في أكراه أو غبن مع التغرير[1] .

ومن الدفوع المشتركة ايضاً هو الوصف الذي يلحق العلاقة القانونية كما لو كان الالتزام معلَّقاً على شرط واقف أو مضافاً إلى أجل ، وعندها يكون من حقِّ المدين عندما تتم مطالبته بالوفاء قبل تحقق الشرط الواقف أو حلول الأجل أن يتمسك تجاه الدائن بهذا الدفع[2] .

ب – الدفوع الخاصة :

أمَّا النوع الآخر فيتمثل في الدفوع الخاصَّة التي تتعلَّق بأحد المدينين المتضامنين دون غيره من باقي المدينين ، ومن ثَمَّ لا يستفاد منها كلّ المدينين بل بعضهم فقط كما ، لو تمسك أحد المدينين بنقص أهليته عند التعاقد[3]، وتسمى هذه الدفوع بـ (الدفوع الشخصية البحتة) [4] .

كما يوجد إلى جانب الدفوع الشخصية البحتة دفوع أُخرى يطلق عليها (الدفوع المختلطة) ، وهي تتحقَّق بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين ، ولكن يستطيع باقي المدينين التمسك بها بقدر حصة المدين الذي تحقَّقت له ، كما هو الشأن في حالة إبراء أحد المدينين من الدين أو الحالات الأخرى التي ينقضي بها التزام أحد المدينين من غير وفاء ما عدا (التجديد) الذي لا ينطبق عليه هذا الوصف ، إلَّا إذا احتفظ الدائن بحقِّه اتجاه باقي المدينين ، وتسمى أيضاً (بالدفوع البسيطة)[5] ، وجاءت تسميتها بالدفوع المختلطة؛

([1]) د . عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص307.

([2]) د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الثاني ، احكام الالتزام، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1968 ، ص275 .

([3]) القاضي موفق البياتي ، المصدر السابق ، ص172.

([4]) د. عبد المجيد الحكيم ، احكام الالتزام، المصدر السابق ، ص253.

([5]) د. أنور سلطان ، احكام الالتزام، المصدر السابق ، ص 247 ، د. اسماعيل عبد النبي شاهين ، المصدر السابق ، ص118 .

لكونها تشابه الدفوع المشتركة من خلال تمكن المدينين جميعاً من التمسك بها ، وفي الوقت ذاته فهي تشابه الدفوع الشخصية ؛ لأَنَّ المدينين المتضامنين لا يتمسكون بها إلَّا بقدر حصة المدين الذي تثبت لهُ[1] .

الفرع الثاني
الآثار المترتبة على تعدد الروابط

إنّ مبدأ وحدة محل الالتزام في التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري لا تمنع من بقاء المدينين المتضامنين مستقلين في روابطهم التي تربطهم بالدائن ، إذ تختلف الروابط ، وتتعدَّد تبعاً لتعدِّد المدينين المتضامنين من دون أَن يخل ذلك بتضامنهم تجاه الدائن، ويؤدِّي استقلال الروابط وتعدِّدها إلى اختلاف مراكز المدينين المتضامنين بحسب نوع الرابطة[2] ، لذلك يترتب على تعدد الروابط اثار قانونية عدّة تتمثل فيما يأتي :-

أولاً : الآثار المترتبة على الروابط الموصوفة والمعيبة :

تختلف الآثار المترتِّبة على تضامن المدين في الالتزام التجاري بحسب ما إذا كانت الرابطة موصوفة بأحد الأوصاف التي تؤدي إلى تعديل أثر الالتزام أم كانت بسيطة ، وكذلك فإنَّ بعض الروابط المعيبة لها من الأثر ما يُميِّزها عن الرابطة الصحيحة ، وهي كما يأتي :

أ – الروابط الموصوفة :

الأصل في الروابط التي تحكم علاقة الدائن بالمدينين إنّها تكون بسيطة ، أمَّا الأستثناء فإنَّها تكون موصفة بأحد الأوصاف التي أَدرجها

([1]) د. عبد المجيد الحكيم ، احكام الالتزام ، المصدر السابق، ص253.

([2]) د. عبد المجيد الحكيم، احكام الالتزام، المصدر السابق، ص252 ، د. سعيد سعد عبد السلام ، المصدر السابق، ص230.

المُشـرِّع فـي القـانون المـدني العراقـي التـي تتمثـل فـي (الشـرط، الأجـل ، تعـدِّد محـل الالتـزام ، تعـدِّد أطـراف الالتـزام) وهـذا الأمـر فـي البيئـة المدنيـة ، أمَّـا فـي البيئـة التجاريـة ، فقـد مـر بنـا سـابقاً أنَّ الالتزامـات التجاريـة تكـون موصـوفة بأحـد تلـك الأوصـاف عنـد تعـدُّد أطـراف الالتـزام وهـو افتـراض تضـامن المـدينين مـن دون الحاجـة إلـى اتفـاق أو نـص فـي القـانون ، ومـا يترتَّـب عليـه مـن أثـر ،وهـذا الأمـر لا يمنـع مـن اجتمـاع وصـف آخـر فـي الرابطـة التجاريـة مثـل الأجـل والشـرط ، ومـن ثَـمَّ يجـب بيـان هـذه الأوصـاف وآثارهـا، وهـي كما يلي :

1- الشـرط : وهـو ((أمـر مسـتقبلي غيـر محقَّـق الوقـوع ، يتوقـف علـى وقوعـه وجـود الالتـزام إذا كـان الشـرط واقفـاً أو زوالـه ، إذا كـان الشـرط فاسـخًا))[1] ، فـإذا كـان التـزام أحـد المـدينين أو بعضـهم معلَّقـاً علـى شـرط واقـف ، فيجـب عنـدها مراعـاة هـذا الوصـف الـذي لحـق الالتـزام ، وعلـى كـلِّ مـدين أَن يتمسَّـك بالوصـف اللَّاحـق لرابطتـهِ عنـد مطالبتـه بالوفـاء، وعليـه يحـق للمـدين المتضـامن أن يتمسـك فـي مواجهـة الـدائن بالـدفوع المتعلِّقـة بهـذا الوصـف، ومثـال ذلـك عـدم تحقـق الشـرط الـذي علـق عليـه الالتـزام ولـو كـان الـدين منجـزاً بالنسـبة لبـاقي المـدينين المتضـامنين ، وعليـه فـإنَّ الـدائن يتقيـد فـي مطالبتـه بمـا يلحق رابطة المدين الذي يطالبه بالوفاء من أوصاف[2] .

وقـد نصـت علـى ذلـك المـادة (1/285) مـن القـانون المـدني المصـري بقولهـا :((..... ويراعـى فـي ذلـك مـا يلحـق رابطـة كـلّ مـدين مـن وصـف يعـدل مـن أثـر الـدين)) ولا يوجـد فـي القـانون المـدني العراقـي إشـارة إلـى الأوصـاف

([1]) د. رأفـت محمـد احمـد حمـاد ،الـوجيز فـي الالتزامـات ، الجـزء الثـاني – أحكـام الالتـزام والاثبات ،دار النهضة العربية، القاهرة،1995 ، ص199.

([2]) د. محمـد حسـين منصـور، النظريـة العامَّـة للالتـزام ، أحكـام الالتـزام، دار الجامعـة الجديدة الاسكندرية، 2006 ، ص 343.

التي يجب مراعاتها من قبل الدائن في الأحكام القانونية المنظمة لتضامن المدينين إلَّا إنَّ هذا الامر لا يمنع من الأخذ به ، لأن ؛ الأحكام المتعلِّقة بالشرط قد بيَّنت ذلك.

وعليه فإنَّ الشروط التي تلحق التزام أحد المدينين المتضامنين أو بعضهم ليس لها تأثير على التزامات باقي المدينين المتضامنين ، ولكنَّها تمنع من مطالبة المدين الذي تكون رابطته موصوفة ، حتى يتحقَّق الشرط من دون أن تحد من امكانية مطالبة باقي المدينين الذين تكون رابطتهم بسيطة.

2- الأجل : وهو أحد الأوصاف التي تلحق الالتزام ويقصد به ((أمر مستقبلي مُحقَّق الوقوع يترتَّب على وقوعه نفاذ العقد أو انقضائه)) [1]، إذ قد يكون الالتزام مقترناً بأجل معيَّن ، يحدِّد بموجبه تأريخ الاستحقاق ، أو الانقضاء ، وهو مؤكَّد الوقوع دائماً ، وهو أمَّا أن يكون واقفاً يترتَّب على اقتران الالتزام به وقف تنفيذه ، حتى يحل ذلك الأجل أو يكون فاسخاً يترتَّب على اقتران الالتزام به انقضاءه أو سقوطه عند حلوله [2] .

إنّ الروابط بين الدائن والمدينين المتضامنين ربَّما يكون إحداها مقيداً بوصف آخر غير الشرط ، وهذا الوصف هو الأجل ، إذ إنَّ الروابط المتعددة ليست كلَّها منجزة ، وكذلك اختلاف الأوصاف فيها أمر وارد لذا نجد بعضها يُقَيَّد بأجل معيَّن ممَّا يجعل الدائن ملزماً بمراعاة الأجل المضاف إلى الالتزام ؛لأنَّ قيام الدائن بمنح أحد المدينين المتضامنين أجل معيَّن لم يكن إلَّا تقديراً لاعتبار مُعيَّن في ذلك المدين بخلاف باقي المدينين المتضامنين ، ومن ثَمَّ فإنَّ الدائن يجب عليه مراعاة ذلك الأجل من دون أن يمنع ذلك من حقُّ الدائن في مطالبة باقي المدينين المتضامنين من جهة ،

([1]) د. عبد المجيد الحكيم، أحكام الالتزام، المصدر السابق، ص173.

([2]) د. مصطفى الجمال، المصدر السابق، ص36.

ومن جهة أخرى لا يحق لباقي المدينين المتضامنين التمسك بذلك الأجل تجاه الدائن[1] .

والالتزام سواء أكان غير مقترناً بأجل عند نشوئه في الأَصل ثمَّ اقترن بأجل بعد ذلك أم كان مقترناً بأجل ثم انقضى ذلك الأجل نتيجة لإسقاطه من قبل الدائن أم لإعسار المدين أو إفلاسه فإنَّ ذلك يجب مراعاته من قبل الدائن في حال كان الأجل مضروباً لمصلحة باقي المدينين و عند الرجوع على المدين الذي انقضى الأجل بالنسبة لهُ لا يمكن للدائن الرجوع على باقي المدينين المتضامنين[2] .

وعليه نلاحظ أنَّ الأوصاف التي ترد على الالتزام كالشرط ، أو الأجل لها من الأثر ما يحدُّ من مكنّة مطالبة المدين الذي اقترن التزامه بأحد تلك الأَوصاف ، ومن ثم يجب على الدائن مراعاتها ، وهذا الأمر يمنح المدين حقُّ التمسِّك بهذا الدفع الخاص به عند الرجوع عليه ، ومطالبته بالوفاء من قبل الدائن.

ب- الروابط المعيبة :

إنّ تعدِّد الروابط التي تجمع الدائن بالمدينين المتضامنين يحتمل معه أن تكون إحدى تلك الروابط مشوبة بأحد العيوب التي تجعل الالتزام موقوفاً كالغلط ، أو الاكراه ، أو الغبن مع التغرير ، وهذا العيب يرتبط بالمدين الذي شاب رابطته فقط دون غيره من المدينين المتضامنين ، وهذه العيوب تعطي الحق لمن وقع فيها في إجازة التصرف القانوني أو نقضه، ومن ثَمَّ فإنَّ الالتزام يرتَّب أثره في حالة الإجازة ويبطل في حالة النقض، وعليه يمكن لمن وقع فيه من المدين التمسّك بهذا الدفع الخاص تجاه الدائن من دون أن يملك

([1]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ،ص301، د. اسماعيل عبد النبي شاهين ، المصدر السابق، ص123.

([2]) د. عبد الفتاح عبد الباقي، المصدر السابق، ص295

باقي المدينين المتضامنين حقِّ التمسك بهذا الدفع ، وليس لهم كذلك ان يطالبوا بإنقاص حق المدين الذي تم إبطال التزامه ؛ لكونهم متضامنين تجاه الدائن[1] ، وهذا هو الأمر الذي تكمن فيه قوة التضامن وغايته.

ويلحق بذلك مسألة نقص الأهلية التي تجعل التصرف القانوني موقوفاً على إجازة من يملك الإجازة، وهذا الدفع لا يستطيع التمسك به إلَّا المدين الذي كان ناقص الأهلية ، أو من يمثله من دون سائر المدينين المتضامنين على اعتبار أنَّه من الدفوع الشخصية ، ومن ثمَّ لا يستطيع باقي المدينين المتضامنين التمسك به تجاه الدائن[2]؛ لأنَّ إبطال الالتزام في هذه الحالة للعيب المذكور لا يبطل جميع الالتزام ، بل يبطل التزام ناقص الأهلية فقط، ويبقى التزام باقي المدينين المتضامنين قائماً بالدين كله [3].

كما يضيف المُشرِّع الفرنسي حالة أُخرى تترتب على تعدِّد الروابط ،وهي حالة انقسام الدين على ورثة المدين المتضامن بعد وفاته، إذ جاء في نص المادة (1309) من القانون المدني الفرنسي على أنّه : ((الالتزام الذي يربط عدّة دائنين أو مدينين ينقسم بينهم بحكم القانون . تقع القسمة أيضا بين ورثتهم ويكون الالتزام تضامنيا....))[4]، أي إنَّه في حالة وفاة أحد

([1]) د. محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، المصدر السابق ، ص 357، صائب صالح إبراهيم آل عبودة الربيعي، المصدر السابق ،ص53.

([2]) د. سعيد سعد عبد السلام، المصدر السابق، ص231.

([3]) د. منذر الفضل، المصدر السابق، ص587 .

([4]) نص المادة باللغة الفرنسية :

Art. 1309.-

((L'obligation qui lie plusieurs créanciers ou débiteurs se divise de plein droit entre eux. La division a lieu également entre leurs successeurs, l'obligation fût-elle solidaire. Si elle n'est pas réglée autrement par la loi ou par le contrat, la division a lieu par parts égales.« Chacun des créanciers n'a droit qu'à sa part de la

المدينين المتضامنين ، فإنَّ الدائن لا يملك مطالبة أحد الورثة بكلِّ الدين ، بل له أن يطالبه بمقدار ما يقابل الدين في حصة الميراث ، بمعنى أنَّ التضامن يبقى ، ولكن بشكل أقل أثراً ممَّا كان عليه عند حياة المورث ؛ لأنَّ الوارث تتم مطالبته بحسب نصيبه من التركة ولا يملك الدائن مطالبة أحد الورثة بالدين كله [1] .

ولكن هذا الأمر لا يمكن الأخذ به في القانون العراقي ، وكذلك القانون المصري ؛ لأنَّه يتعارض مع أحكام الشريعة الاسلامية بخصوص الميراث، التي لا تسمح بتوزيع التركة إلَّا بعد سداد الدين الذي يكون في ذمة المورث؛ وذلك بحسب القاعدة الفقهية (لا تركة إلَّا بعد سداد الديون) التي تجد جذورها في قوله عز وجل : ((مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أو دَيْنٍ))[2].

وعليه يتَّضح أنَّ الدفوع التي تتعلَّق بالأوصاف التي تلحق الالتزام ،وكذلك المتعلِّقة بالعيوب التي تقترن بالالتزام تكون مستقلة فيما يخص المدينين ،لذا فإنَّها تُعدُّ من الدفوع الخاصة التي لا يمكن لجميع المدينين المتضامنين التمسك بها ،ويقتصر الأمر على المدين الذي اقترن التزامه بأحد الأوصاف أو شاب رضاه أحد العيوب.

ثانياً: إنقضاء التزام أحد المدينين المتضامنين

إنّ الأثر المترتِّب على تعدِّد الروابط كأحد المبادئ التي تقوم عليها علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين لا يقتصر على الأوصاف أو العيوب

---

créance commune ; chacun des débiteurs n'est tenu que de sa part de la dette commune.« Il n'en va autrement, dans les rapports entre les créanciers et les débiteurs, que si l'obligation est solidaire ou si la prestation due est indivisible.))

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط، الجزء الثالث، مصدر سابق ، ص305-306.

(2) سورة النساء جزء من الآية (12) .

التي تقترن بالالتزام وتؤثر فيه، بل يترتب على هذا المبدأ أن انقضاء الالتزام لأحد المدينين دون غيره يمنح المدين الذي انقضى التزامه التمسك بهذا الدفع تجاه الدائن دون غيره من باقي المدينين المتضامنين ، ولكن هذا لا يمنع من تمسّك المدينين المتضامنين بانقضاء التزام أحد المدينين تجاه الدائن بقدر حصَّة ذلك المدين[1] .

وقد مرَّ بنا سابقاً أنَّ انقضاء الالتزام يكون بشكله الطبيعي عند قيام المدين بالوفاء به ،ولكن قد ينقضي الالتزام بما يعادل الوفاء أو حتى دون الوفاء ممَّا يترتَّب عليه انقضاء الالتزام ، لذا يجب بيان تلك الحالات، وهي كما يأتي:-

أ – انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

توجد حالات عدَّة أَشار إليها المُشرِّع ينقضي الالتزام بها بما يعادل الوفاء ، وهي كما يأتي[2] :

1- التجديد : ويقصد به ((استبدال التزام جديد بالتزام قديم يختلف عنه في أحد عناصره))[3].

([1]) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الثالث، مصدر سابق ،ص309 ، د. مصطفى الجمال، المصدر السابق ، ص50 -51 .

([2]) في مجال التضامن لم يتم التطرق إلى بعض الأسباب التي تؤدِّي إلى انقضاء الالتزام وهي:

1- الوفاء بمقابل :ولا يتم التطرق له ؛ لأَنَّ قيام أحد المدينين بالوفاء بمقابل ينقضي معه الدين اصلاً كما ينقضي بالوفاء ، ومن ثَمَّ تبرأ ذمم جميع المدينين المتضامنين ؛ لأَنَّهم ملتزمون تجاه دائن واحد .

2- استحالة التنفيذ لسبب أجنبي لا يد لأحد المدينين المتضامنين فيه تؤدي إلى انقضاء الالتزام التضامني نفسه وعليه تبرأ ذمم المدينين المتضامنين.

للمزيد ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الثالث، مصدر سابق ، ص309هامش رقم (2).

([3]) د. عبد المجيد الحكيم، أحكام الالتزام، مصدر سابق، ص247.

وتجديد الالتزام يكون من خلال تغير أحد أَطراف الالتزام (الدائن أو المدين) ، أو بتغيير محل الالتزام ، ويترتب على ذلك انقضاء الالتزام القديم ، ونشأة التزام جديد يحلُّ محلَّه ، ويكون مختلفًا عنه في أحد اطرافه أو في محله[1].

وقد أَورد المُشرِّع المصري في المادة (286) من القانون المدني هذا الحكم بقوله : ((يترتب على تجديد الدين بين الدائن و أحد المدينين المتضامنين أَن تبرأ ذمة باقي المدينين إلَّا إذا احتفظ الدائن بحقِّه قبلهم))، وفي السياق ذاته جاءت المادة (323) من القانون المدني العراقي ، التي تنصُّ على أَنَّه((يترتَّب على تجديد الدين بين الدائن و أحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقي المدينين إلَّا إذا احتفظ الدائن بحقِّه قبلهم))، ويُفهم من النصين أَعلاه أَن التجديد ينقسم أثره على حالتين:

الحالة الأُولى : و تتجسد في اتفاق الدائن مع أَحد المدينين المتضامنين على تجديد الالتزام من دون قيد أو شرط ، ويفهم من ذلك أَنَّ الدائن قد قصد انقضاء الالتزام القديم واكتفى بالالتزام الجديد، لذا فهو قابلاً بهذا الالتزام مع أحدهم ومن ثَمَّ يترتَّب عليه براءة ذمم باقي المدينين المتضامنين ممَّا يمكنهم من التمسك بهذا الدفع تجاه الدائن مع بقاء المدين الذي تمَّ التجديد معه ملتزماً تجاه الدائن ، وهذا يكون مشروطاً بعدم احتفاظ الدائن بحقِّه تجاه المدينين المتضامنين[2].

الحالة الثانية: وهي الحالة التي يتمُّ فيها تجديد الالتزام من قبل الدائن مع أحد المدينين المتضامنين ، مع احتفاظه بحقِّه تجاه المدينين المتضامنين ، ويتمُّ ذلك من خلال إعلان الدائن عن رغبته في الابقاء على التأمينات التي

([1]) د. سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام ، مصدر سابق، ص314.

([2]) د. انور سلطان ، احكام الالتزام، مصدر سابق ، ص247، د. اسماعيل عبد النبي شاهين، المصدر السابق، ص127.

كانت موجودة قبل التجديد ، ومن أبرز تلك التأمينات هو التضامن بين المدينين ،عند ذلك يكون الأَمرُ مرتبطاً بقبول باقي المدينين المتضامنين على تلك الرغبة، فإذا ما قبلوا بذلك فيتم التجديد مع المدين ويبقى المدينون المتضامنون مسؤولين عن الدين كله ، وبخلافه ينتهي التضامن لإنقضاء الالتزام الاصلي [1].

2- المقاصة : ويقصد بها((اسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه))[2] .

وهي أحد الأسباب التي تؤدِّي إلى انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ، فإذا وقعت المقاصة بين الدائن و أحد المدينين المتضامنين ينقضي الالتزام بالنسبة لهذا المدين ، وكذلك بالنسبة لباقي المدينين المتضامنين في حدود حصة المدين الذي أجريت بشأن دينه المقاصة، لذلك لا يستطيع الدائن الرجوع على المدين ومطالبته بالوفاء ؛ لإنقضاء التزامه ، أمَّا إذا رجع الدائن على مدين متضامن آخر أو على المدينين المتضامنين جميعاً فليس لهم التمسك بالمقاصة إلَّا في حدود حصَّة المدين الذي وقعت المقاصة معه[3] .

وهذا ما نصَّت عليه المادة (287) من القانون المدني المصري بقولها : ((ولا يجوز للمدين المتضامن أَن يتمسَّك بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن إلَّا بقدر حصَّة هذا المدين)) ، كما نصَّ عليها القانون المدني العراقي في المادة (324) التي جاء فيها ((لا يجوز للمدين

([1]) د. عبد المجيد الحكيم، احكام الالتزام، مصدر سابق ، ص24 ، د. محمد عبد الظاهر حسين ،الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني(دراسة فقهية وقضائية)، دون اسم ناشر، دون مكان نشر،2016 ، ص191.

([2]) المادة (408) من القانون المدني العراقي.

([3]) د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام ،دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، 2006 ص360 -361، د. انور سلطان ،احكام الالتزام ، مصدر سابق، ص249 .

المتضامن أن يحتج بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر إلَّا بقدر حصة هذا المدين الآخر))، وعليه فإنَّ المدينين المتضامنين لا يحقُّ لهم التمسّك بالمقاصة التي تقع مع أحدهم إلَّا بقدر حصَّة المدين الذي انتفى التزامه بموجبها .

3 – اتحاد الذمة : ويقصد به ((أَن تجتمع صفتا الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة لمدين واحد))[1]، وهو أحد اسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء ، وذلك عندما يصبح الدائن نفسه المدين ، فمن المنطقي أَن ينتهي الالتزام ؛ لاتحاد الصفة بين الدائن والمدين .

إذ قد يحدث في الحياة العملية أَن تتحد ذمة أحد المدينين المتضامنين مع الدائن فتبرأ ذمة المدين تجاه الدائن بحدود حصَّته من الدين مع بقاء التضامن قائماً بالنسبة لباقي المدينين ، وقد نصَّت على ذلك المادة (288) من القانون المدني المصري التي جاء فيها ((إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين ، فإنَّ الدين لا ينقضي بالنسبة إلى باقي المدينين إلَّا بقدر حصَّة المدين الذي اتحدت ذمته مع الدائن)) وهي تطابق المادة (325) من القانون المدني العراقي التي تنص على أَنَّه ((إذا اتحدت ذمة الدائن وأحد مدينيه المتضامنين فإنَّ الدين لا ينقضي بالنسبة لباقي المدينين إلَّا بقدر حصَّة المدين الذي اتحدت ذمَّته مع الدائن)).

ويتحقَّق اتحاد الذمة غالباً في حالة الميراث، كما لو آلت ذمة المدين إلى الدائن بأَن ورث الدائن مدينه ، أَو آلت ذمة الدائن إلى المدين عندما يرث المدين دائنه ، ففي كلتا الحالتين فإنَّ الالتزام ينقضي أو يقوم مانع موانع المطالب به[2].

([1]) د. عبد الفتاح عبد الباقي، المصدر السابق ، ص307.

([2]) د. سمير عبد السيد تناغو ، احكام الالتزام ،مصدر سابق ،ص315.

ولا توجد صعوبة في حالة ما إذا كان أَطراف الالتزام غير متعددين، إذا ينقضي الالتزام بالنسبة لهما ، ولكن الأَمر يدق عند تعدِّد المدينين، فإذا اتحدت ذمَّة أحد المدينين المتضامنين مع الدائن ، فإنَّ التضامن لا ينقضي إلَّا بقدر حصَّة المدين الذي اتحدت ذمته ، ومن ثم فلا يمكن لباقي المدينين المتضامنين التمسك بهذا الدفع إلَّا في حدود حصة ذلك المدين [1].

وتجدر الإشارة إلى أَنَّ المدين إذا ما اتحدت ذمته مع الدائن بعد وفاة الدائن ، فيصبح هو الدائن الجديد تجاه المدينين المتضامنين ، ويكون هو صاحب الحقّ في مطالبة المدينين المتضامنين بالدين بعد استنزال حصته من ذلك الدين .

ب-إنقضاء الالتزام دون الوفاء:

توجد بعض الحالات التي ينقضي فيها الالتزام دون قيام المدين بالوفاء ومنها :

1- الإبراء : ويقصد به ((نزول الدائن عن حقِّه المترتِّب في ذمَّة المدين دون مقابل)) [2] ، ويمثل الابراء السبب الثاني لانقضاء الالتزام دون الوفاء إلى جانب اتّحاد الذمّة .

فإذا أبرء الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين برئت ذمة هذا المدين دون باقي المدينين الآخرين ، إلَّا إذا صرَّح الدائن بذلك ، وبخلافه فإن باقي المدينين المتضامنين لا ينقضي عنهم الالتزام التضامني إلَّا في

([1]) د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المصدر السابق ، ص307 .

([2]) د. عبد المنعم البدراوي، المصدر السابق ، ص451.

حدود حصَّة المدين الذي تم ابرأه من الدين، لذا ينحصر نطاق التمسك بهذا الدفع المشترك في حدود تلك الحصة[1] .

وقد تضمَّنت المادة (289) من القانون المدني المصري هذا الحكم ، إذ تنص على أَنَّه ((1- إذا أَبرء الدائن أحد المدينين المتضامنين ، فلا تبرأ ذمَّة الباقين إلَّا إذا صرَّح الدائن بذلك ، 2- فإذا لم يصدر منه هذا التصريح لم يكن له ان يطالب باقي المدينين المتضامنين إلَّا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذي ابرأه إلَّا أن يكون قد احتفظ بحقِّه في الرجوع عليهم بكل الدين، وفي هذه الحالة يكون لهم حقَّ الرجوع على المدين الذي صدر الابراء لصالحه بحصته في الدين)) ، كما نص القانون المدني العراقي على الحكم نفسه في المادة (326) منه التي جاء فيها ((1- إذا أَبرء الدائن أحد المدينين المتضامنين سقط عنه الدين ولا تبرأ ذمة الباقين إلَّا إذا صرح الدائن بذلك . 2- فاذا لم يصدر منه هذا التصريح فليس له أَن يطالب باقي المدينين المتضامنين إلَّا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذي ابرأه)) .

ومن النصوص أعلاه يلاحظ أنَّ الإبراء يكون على صورتين هما :-

الصورة الأولى : وهي التي يتم فيها إبراء المدين من الدين ، وفي هذه الحالة يسقط حقّ الدائن في الرجوع على هذا المدين بالدين ، و في التضامن أَيضاً مع باقي المدينين المتضامنين ، واذا كان الإبراء من الدين لصالح المدينين جميعاً فعندها ينقضي الالتزام في جملته ، وينقضي التضامن للمدينين جميعاً تبعاً لذلك[2].

([1]) د. محمد صبري السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، احكام الالتزام (دراسة مقارنة في القوانين العربية) ، دار الهدى، الجزائر، دون سنة نشر ، ص240.

([2]) د. انور سلطان ،احكام الالتزام، مصدر سابق، ص251.

الصورة الثانية: وهي الصورة التي يبرأ فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن دون الدين ، وهذا الأمر لا يوجد مانع من أن يكون شاملاً للمدينين المتضامنين جميعاً مع بقاء الدين ، الأمر الذي يترتَّب عليه تحول الالتزام إلى التزام بسيط خالياً من وصف التضامن ، الذي اقترن به ومن ثَمَّ يسقط حق الدائن في مطالبة أيٍّ منهم بالدين كله ، وله حق مطالبة كل واحد بقدر نصيبه من الدين فقط [1] .

ويترتَّب على ذلك أنَّ إبراء أحد المدينين المتضامنين من التضامن لا يمنع من الرجوع عليه بحصّته من الدين، وكذلك فإنَّ باقي المدينين المتضامنين لا يسقط التزامهم التضامني نتيجة لذلك الابراء إلَّا في حدود حصَّة ذلك المدين .

وقد أَشارت القوانين إلى حكم آخر يتعلق بالإبراء ، وهو حقَّ رجوع المدينين المتضامنون على المدين الذي تم ابراءه من الدين ، أو من التضامن في حالة اعسار أحد المدينين المتضامنين ، إذ يمكن لهم مطالبته بنصيبه من حصَّة المدين المُعسر ، وذلك بحسب نص المادة(1/328) من القانون المدني العراقي التي تنص على أَنَّه ((في جميع الأحوال التي يبرئ فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين سواء أكان الإبراء من الدين أَم من التضامن يكون لباقي المدينين ان يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بنصيبه من حصة المعسر وفقاً للمادة (334)))[2].

([1]) د. احمد سعيد الزقرد، احكام الالتزام ، دون اسم ناشر، المنصورة ، 2005 ، ص168، د. سعيد سعد عبد السلام ، المصدر السابق، ص236

([2]) يقابلها نص المادة (291 /1) من القانون المدني المصري وكذلك الحكم نفسه في المادة (1317) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أنه ((.....إذا كان أحد المدينين معسراً ، توزع حصته قسمة غرماء بين المدينين الموسرين ، بما فيهم من قام بالوفاء ومن استفاد من الإبراء من التضامن)) ونص المادة باللغة الفرنسية:

« Art. 1317.=

ولكن إذا تبين أَنَّ الدائن عندما أَبرء المدين من التضامن أَراد بذلك أن يعفيه من كل مسؤولية عن الدين ، فيما عدا حصته منه عند ذلك فإنَّ الدائن يتحمَّل بنفسه نصيب هذا المدين في حصة المدين المُعسر [1]، وهذا بحسب المادة (2/328) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنَّه ((إذا ثبت أنَّ الدائن أَراد أَن يخلي المدين الذي ابرأه من أية مسؤولية عن الدين فإنَّ الدائن هو الذي يتحمَّل نصيب هذا المدين في حصَّة المُعسر))[2].

ويشابه الإبراء التجديد من حيث اتساعه بحسب النوايا التي تتجه لها إرادة الدائن ، فيكون فيه افتراض لحالات متعدَّدة تترتَّب على الابراء وهي قرائن قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس ، وهذا بخلاف أسباب الإنقضاء الأخرى التي تعدُّ وقائع ماديَّة لا تتسع إلَّا لحكم واحد فيها غير قابل للتغيير كما في المقاصة واتحاد الذمة[3] .

2- التقادم المسقط: وهو أحد الأسباب التي تؤدِّي إلى انقضاء الالتزام من دون الوفاء ، ويكون ذلك عن طريق عدم سماع دعوى المطالبة بالحق بعد مرور المدة المانعة من ذلك والتي تختلف بأختلاف الحقوق[4].

=Entre eux, les codébiteurs solidaires ne contribuent à la dette que chacun pour sa part. Celui qui a payé au-delà de sa part dispose d'un recours contre les autres à proportion de leur propre part.« Si l'un d'eux est insolvable, sa part se répartit, par contribution, entre les codébiteurs solvables, y compris celui qui a fait le paiement et celui qui a bénéficié d'une remise de solidarité.

([1]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط ،الجزء الثالث، مصدر سابق ، ص324.

([2]) يقابلها نص المادة (2/291) من القانون المدني المصري .

([3]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط ،الجزء الثالث، المصدر نفسه ، ص324.

([4]) د. منذر الفضل، المصدر السابق ،ص68 .

ونظـراً لتعـدِّد الـروابط فـي التضـامن فـإنَّ تقـادم أحـد تلـك الـروابط التـي تـربط الـدائن بأحـد المـدينين المتضـامنين لا يمكـن التمسـك بـه إلّا مـن قبـل المـدين الـذي تقـادم دينـه دون أن يكـون الحـق لبـاقي المـدينين المتضـامنين مـن التمسـك بهـذا الـدفع لإسـقاط التـزامهم ، ولكـن لهـم الحـق بالتمسـك بهـذا الـدفع المشـترك فقط و في حدود حصة ذلك المدين الذي سقط التزامه بالتقادم [1] .

وقـد قضـت المـادة (329 /1) مـن القـانون المـدني العراقـي بـذلك حيـث نصَّـت علـى أنَّـه ((إذا كانـت دعـوى الـدين بالنسـبة لأحـد المـدينين المتضـامنين لا يجـوز سـماعها بسـبب التقـادم اسـتفاد مـن ذلـك بـاقي المـدينين بقـدر حصَّـة المدين الذي لا يجوز سماع الدعوى ضده))[2].

وخلاصـة القـول : أنَّ الأسـباب التـي تـؤدي إلـى انقضـاء الالتـزام سـواء أكـان ذلـك بمـا يعـادل الوفـاء أم دون الوفـاء تعـدُّ مـن الـدفوع الشخصـية المشـتركة ، ومـن ثـمَّ يمكـن التمسـك بهـا ابتـداءً مـن قبـل المـدين الـذي تتعلَّـق بـه للـتخلص مـن الـدين أو مـن التضـامن بحسـب الأحـوال ، كمـا يمكـن التمسـك بهـا مـن قبـل بـاقي المـدينين ، ولكـن ذلـك مقيَّـداً بمقـدار حصَّـة المـدين الـذي تعلقـت بالتزامه .

([1]) د. محمـد حسـين منصـور ،المصـدر السـابق ،ص356 ، د. أحمـد سـعيد الزقـرد، المصدر السابق،ص168 .

([2]) يقابلها نص المادة (1/292) من القانون المدني المصري

المطلب الثاني

الآثار الثانوية المترتبة على افتراض تضامن المدينين

درج بعض الفقهاء[1] على تقسيم الآثار المترتِّبة على تضامن المدينين تجاه الدائن إلى آثار رئيسة ، وآثار ثانوية ، وكان أساس التقسيم في ذلك معتمدًا على إرجاع الآثار الرئيسة إلى مبدأ وحدة الالتزام ، وتعدِّد الروابط في حين كان أساس الآثار الثانوية هو النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين في ما ينفعهم دون ما يضرَّهم .

إنَّ تقسيم الآثار بهذا الشكل يُعدُّ من الأمور الأكثر منطقيَّة والمميَّزة على أساس أنَّ الفقهاء اعتمدوا على معيار تأثير تلك التطبيقات على تضامن المدينين ، ومدى تمسِّكهم بها تجاه الدائن ، ولكن قد لا يكون إرجاع الآثار الثانوية إلى مبدأ النيابة التبادلية أمرًا محبذا وخصوصاً في البيئة التجارية، لذا كان لزاما البحث عن الأساس القانوني الذي يُعدُّ مصدراً لهذه الآثار ، كما يجب بيان التطبيقات التي تُعدُّ محلًّا لتلك الآثار.

وعليه سينقسم هذا المطلب على فرعين ، يختصُّ الفرع الأول منها بتحديد الأساس القانوني للآثار الثانوية للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري ، بينما يكون الفرع الثاني لبيان تطبيقات الآثار المترتِّبة على المصلحة المشتركة للمدينين المتضامنين .

([1]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء الثالث ، مصدر سابق، ص294-295 ، د . اسماعيل عبد النبي شاهين ، المصدر السابق ، ص103 - 104 ، د. نبيل ابراهيم سعد ، المصدر السابق ، ص83.

الفرع الأوَّل

الأساس القانوني للآثار الثانوية للتضامن المفترض للمدينين

يذهب كثيرٌ من الفقهاء إلى أنَّ أساس الآثار الثانوية التي تحكم علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين هي النيابة التباديليَّة فيما بينهم ، ويقصد بالنيابة المتبادلة أن كل مدين يُعدُّ ممثلا للآخرين عن الأعمال النافعة التي يقوم بها من دون الأعمال الضارَّة[1] .

ويقوم مبدأ النيابة المتبادلة بين المدينين المتضامنين على أساس وجود مصلحة مشتركة للمدينين ، وإن كانت أصول هذا المبدأ التي تعود في نشأتها إلى القانون الفرنسي في بدايتها تصبُّ في مصلحة الدائن ، إذ كانت توفر له كثيرًا من الاجراءات التي بدلا من القيام بها تجاه المدينين كلّهم يكفي توجيهها إلى مدين واحد؛ لأنها تسري تجاه المدينين جميعاً على أساس أنَّ المدين الذي وجَّهت له تلك الاجراءات يُعدُّ أصيلا عن نفسه ونائبا عن باقي المدينين المتضامنين ، ولكن اتَّسع نطاق هذا الأمر فيما بعد ليشمل إلى جانب ما فيه نفع للدائن توفير النفع إلى المدينين عن طريق سريان أمر بعض التصرفات التي يقوم بها المدين على باقي المدينين ، ومن ثمَّ فإنَّ لهم حقّ التمسك بها ، لذا أصبحت النيابة المتبادلة شاملة لما ينفع المدينين وما يضرَّهُم [2].

إلَّا أنَّ هذا الأمر لم يكن محلًا للتسليم عند الفقهاء الفرنسيين الذين تضاربت آرائهم في تفسير بعض نصوص القانون المدني بشأن المصلحة التي أشارت إليها ، إذ يرى بعضهم أنَّها تصبُّ في مصلحة الدائن من خلال ما توفره من تقوية للتضامن[3].

([1]) د . عبد المجيد الحكيم ، أحكام الالتزام ، المصدر السابق ، ص253 .

([2]) د . عبد الفتاح عبد الباقي ،المصدر السابق ،ص297.

([3]) للمزيد ينظر في شرح تلك الآراء : د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء الثالث ،مصدر سابق ، ص238 – 239 هامش رقم (1).

إلَّا أنَّ كلاً من القانون المدني العراقي والمصري قد خالف القانون المدني الفرنسي في ذلك ، و جعل من النيابة التبادلية تصب في مصلحة المدين فقط ، وذلك على ضوء التطبيقات التي شملتها تلك التشريعات بالرغم من عدم إيراد نصٌّ عام فيها يقضي بوجود النيابة المتبادلة بين المدينين المتضامنين ، ويتم استبعاد فكرة التضامن فيما كان يزيد من أعباء المدينين المتضامنين ، إذ يتم الأخذ بها فيما يحقِّق نفعاً لهم[1]، و يرى أصحاب هذا الاتجاه أنَّ المصلحة المشتركة للمدينيين المتضامنين هي التي تُقرِّر النيابة التبادلية بينهم ؛ لأنَّها هي من برَّرت تضامنهم ؛ لأنَّ – المدينين المتضامنين – وببساطة لم يقبلوا التضامن إلّا لمصلحة مشتركة في ما بينهم ، لذلك كان من حقِّهم أن يستفيدوا من هذا الاشتراك بأن تكون هنالك نيابة تبادلية في ما بينهم[2] .

ولكن يذهب بعض الفقهاء[3] إلى عكس هذا الإتجاه ، إذ على الرغم من عدم إنكارهم لإمكانية تمسك المدينون المتضامنون في بعض التصرفات التي يجريها الدائن تجاه أحد المدينين المتضامنين أو بالعكس ولكنَّهم ينكرون وجود نيابة بين المدينين المتضامنين في علاقتهم مع الدائن ، إذ يمثِّل ذلك خروجاً عن الصفات التي تتميَّز بها النيابة عن غيرها من المفاهيم القانونية ، إذ إنَّ النيابة وخاصَّة الوكالة منها نجد فيها أنَّ الوكيل يعمل لحساب و مصلحة الموكِّل ، ومن ثمَّ تنصرِف كلُّ الآثار النافعة منها والضارة إلى الموكِّل، ولا يتحمَّل منها الوكيل إلَّا في حدود التزامه بتنفيذ

([1]) د . حسن علي الذنون ، المصدر السابق ،ص194، د . عبد الفتاح عبد الباقي ، المصدر السابق ، ص298 ، د . منذر الفضل ، المصدر السابق ، ص591 ، د . انور سلطان ، أحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 254 .

([2]) Colin et h. Capiton, trait de droit civil , T2, Paris,1959,p968.

([3]) د . جمال مرسي بدر ، النيابة في التصرفات القانونية ،الطبعة الثالثة ، الهيئة العامة للكتب،1980 ، ص343.

الوكالة ، في حين لا يعمل المدين المتضامن في النيابة المتبادلة لحساب باقي المدينين أو لمصلحتهم ، بل يقوم بالتصرف القانوني لمصلحته ، و لحسابه الخاص وما الآثار المترتِّبة على ذلك إلّا مسائل تبعية لذلك التصرف ، ولهذا السبب يطلقون على هذه الآثار بـ (الآثار المنعكسة للتصرف القانوني) التي تتصرف إلى الغير دون أن تتوقف على إدارة المتصرف ، و قد طرح أصحاب هذا الاتجاه أسانيد عدَّة منها :

1 – إنَّ الاستناد إلى وجود وكالة ضمنيَّة ، أو اتفاق ضمني مرافق للاتفاق الأصلي لا يقتضي وجود النيابة التبادلية بين المدينين ، ولا يمكن الركون إليه ؛ لأنَّ الالتزامات لا تنشأ جميعها على أساس الإتفاق، إذ قد يكون القانون هو أساس ذلك التضامن أو في نطاق البيئة التجارية ، فإنَّ الأمر يجد أساسه في العرف وهو مفترض و لا يتوقف على اتفاق الأطراف أو القانون ومن ثمَّ فإنّ جميع المدينين متضامنون دون الحاجة إلى ذلك .

2 – يرى بعض الفقهاء[1] إنَّ افتراض وجود وكالة ضمنية أمرٌ مخالفٌ للحقيقة ، وما هو إلَّا من نسج الخيال ؛ لأنَّ بعض الحالات نجد فيها تضامن بين المدينين من دون أن يعرف بعضهم بعضاً ، كما هو الحال في التضامن المفروض على الموقعين على الحوالة التجارية.

3 – يرى الباحث أنَّ التَّعبير الدقيق والأصلح للآثار التي تترتَب على مصلحتهم المشتركة هو ((الآثار المنعكسة للتصرف القانوني الصادر من المدين المتضامن على باقي المدينين المتضامنين)) بدلاً عن النيابة المتبادلة ؛ لأنَّ بعض الفقهاء قد استعملوا تعبير النيابة الناقصة للتعبير عن

([1]) Planiol et Ripert , Esmein , Traite Pratique de droit civil Francais , T. 7 , obligations , 5ed , Paris , 1993 , P. 392 .

النيابة المتبادلة ، و هو تعبير غير دقيق ؛ لأنَّ النيابة أمَّا أن تكون كاملة أو لا تكون .

4- كما يرى الباحث أنَّ المشرِّع العراقي ، وكذلك المصري لم يذكر صراحة تعبير النيابة المتبادلة في طياته ، كما نلاحظ أنَّ الصفة الغالبة على القواعد القانونية التي تحكم هذه الآثار هي مصلحة المدينين المتضامنين في ما ينفعهم دون ما يضرَّهم ، لذا نجد أنَّ أساسها يكمن في (المصلحة المشتركة) ، وهذا الأمر ينطبق على ما نحن بصدده في الدراسة؛ حيث مرَّ بنا سابقاً أنَّ التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري يجد أساسه في عرف تجاري قديم أساسه قرينة المصلحة المشتركة بين المدينين بدلا من افتراض النيابة التبادلية التي تخالف المعنى الدقيق للنيابة.

الفرع الثاني

الآثار المترتبة على المصلحة المشتركة

للمدينيين المتضامنين

يترتَّب على المصلحة المشتركة التي تجمع المدينين المتضامنين في التزامهم التجاري آثاراً عدَّة يكون بموجبها كلُّ مدين ممثِّلًا عن الآخر في مجال ذلك التضامن وهذه الآثار هي كما يأتي : -

أولا : خطأ أحد المدينين في تنفيذ الالتزام

يُعدُّ كلُّ مدين متضامن مسؤولا عن تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيًّا ، و إذا ما أخطأ أحدهم في تنفيذ الالتزام ، ولحق الدائن ضرراً ما نتيجة لذلك ، فيكون وحده مسؤولًا عن ذلك الخطأ دون سائر المدينين المتضامنين ؛ لأنَّهم لا يكونون ملتزمين إلَّا بتنفيذ الالتزام عيناً ، وهذا الأمر تتجلى فيه الصورة الواضحة للمصلحة المشتركة للمدينين المتضامنين فيما ينفعهم فقط [1].

([1]) د. عبدالمجيد الحكيم ، أحكام الالتزام ، المصدر السابق، ص255.

وقد نصَّت المادة(1/293) من القانون المدني المصري على ذلك بقولها : ((لا يكون المدين المتضامن مسؤولا عن تنفيذ التزامه إلَّا عن فعله)) ، ويذهب المشرِّع الفرنسي إلى الحكم ذاته ، وهذا بحسب المادة (1319) من القانون المدني التي تنصُّ على أنَّه ((يكون المدينون المتضامنون مسؤولين بالتضامن عن عدم تنفيذ الالتزام ، ويقع عبء المسؤولية بصفة نهائية على عاتق أولئك الذين ينسب عدم التنفيذ إليهم))[1]، كما تضمَّن القانون المدني العراقي الحكم نفسه في المادة (330) منه التي نصَّت على أنّه ((لا يكون المدين المتضامن مسؤولا فيما يتعلَّق بتنفيذ الالتزام إلَّا عن فعله)) ،وعليه يتّضح أنّ التشريعات قد أقرَّت حماية المدينين المتضامنين من خطأ أحدهم، وذلك بتحميله وحده المسؤولية .

ثانيا : الإعذار :

إذا ما قام الدائن بإعذار أحد المدينين المتضامنين ، فإنَّ أثر هذا الإعذار لا يمتد ليشمل باقي المدينين المتضامنين ، بمعنى أنَّ المدين الذي وجه له الانذار يسأل وحده عن التعويض في حالة التأخر في تنفيذ الالتزام ، ولا يسأل باقي المدينين المتضامنين ، كما أنَّه يتحمَّل تبعة هلاك الشيء بعد توجيه الاعذار له دون غيره من المدينين ، ولا يوجد مانع من توجيه الاعذار لهم جميعا ومن ثمَّ يكون الجميع مسؤولًا عن التأخر في التنفيذ ، وعن الهلاك [2] .

([1]) نص المادة باللغة الفرنسية:

« Art. 1319.-

Les codébiteurs solidaires répondent solidairement de l’inexécution de l’obligation. La charge en incombe à titre définitif à ceux auxquels l’inexécution est imputable.

([2]) د .محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص369 ، القاضي موفق البياتي، المصدر السابق ، ص182 .

وقد نصَّت المادة (2/293) من القانون المصري على ذلك، بقولها : ((إذا اعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه ، فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقي المدينين .، أمَّا إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن فإنَّ باقي المدينين يستفيدون من هذا الاعذار)) ، كما نجد أنَّ النصَّ قد أشار إلى الحالة العكسية المتمثِّلة بقيام أحد المدينين بإعذار الدائن مطالباً إيَّاه بتنفيذ التزامه ، فإن هذا الاعذار يستفيد من نتائجهِ المدينين المتضامنين جميعاً ؛ لأنَّه يمثِّل النفع لهم دون الضرر[1] .

كما تضمَّن القانون المدني العراقي على نصٍّ مماثل للنص أعلاه في المادة(330) منه التي جاء فيها ((..... و إذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة لباقي المدينين ، أمَّا إذا اعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن فإنَّ باقي المدينين يستفيدون من هذا الاعذار)) ، ولكن يرى بعض الفقهاء أنَّ اثر الإعذار يسرى على كلِّ المدينين المتضامنين ، ومن ثمَّ فإنَّهم يتحملون ما يترتَّب على ذلك من نفع أو ضرر[2] ، والرأي الأخير يخالف ما ذهب إليه القانون المدني العراقي والمصري.

ثالثاً : المطالبة القضائية :

يترتَّب على مقاضاة الدائن لأحد المدينين المتضامنين بعض الآثار ومنها: أن ينقطع التقادم بالنسبة للمدين الذي تمَّت مطالبته ، ولا يسرى ذلك على باقي المدينين المتضامنين ؛ لأنَّ قطع التقادم فيه ضرر لهم ، و من مصلحتهم استمرار سريان التقادم، وعليه لا يسري هذا الأمر تجاههم ؛ لأنَّ المدين المتضامن لا يمثِّلهم إلّا في ما ينفعهم وفقا للمصلحة المشتركة في ما

([1]) د.عبد المجيد الحكيم ، أحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص256.

([2]) د . جلال علي العدوي ، المصدر السابق ، ص279 .

بينهم [1]، وبخلاف ذلك فإنَّ الدائن يستطيع أن يجعل آثار هذه المطالبة شاملة لجميع المدينين المتضامنين وذلك بمطالبتهم جميعا أمام القضاء .

و المُلاحظ أنَّ القانون المدني الفرنسي يقرّر في المادة(1314) منه على أنَّه ((المطالبة بالفوائد الموجَّهة إلى أحد المدينين المتضامنين تجعل الفوائد تسري بالنسبة للجميع))[2] ، وهذا دليل على أنَّ سريان المقاضاة لأحد المدينين تسري تجاه كل المدينين المتضامنين وذلك بالإشارة إلى الفوائد التي تعدُّ من أهم الآثار المترتِّبة على المقاضاة ، إلّا أنَّ موقف كل من القانون المدني العراقي والمصري كان مخالفاً لما جاء في القانون المدني الفرنسي ، إذ إنَّ حكم المادة (330) من القانون المدني العراقي قد جاء فيها ((إذا اعذر أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة لباقي المدينين)) ، وهذا الحكم مطابق لما جاء به القانون المدني المصري[3] ، إذ يلاحظ نسبية الأثر المترتِّب على الإعذار ، واقتصار أثره على المدين الذي تمَّ إعذاره وفقا لحكمهما.

رابعاً ـ انقطاع التقادم أو وقفه بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين :

إذا ما انقطع التقادم اتجاه أحد المدينين المتضامنين ، فإنَّ هذا الأمر لا يسري إلَّا على هذا المدين فقط ، ومن ثمَّ لا يمكن للدائن الاحتجاج به تجاه باقي المدينين المتضامنين [4].

([1]) د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ،الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص333.

([2]) نص المادة باللغة الفرنسية :

« Art. 1314.-La demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous.

([3]) المادة (2/293) من القانون المدني المصري .

([4]) د . عبد الفتاح عبد الباقي ، المصدر السابق ، ص306 .

وينقطع التقادم بإقرار المدين ، أو بالمطالبة القضائية ، أو بغيرها من الإجراءات [1] ، أمَّا وقف التقادم فإنَّه يتمُّ عادةً كلما وجد مانع يتعذَّر معه على الدائن من مطالبة المدين بحقِّه وبحسب الأسباب التي نصَّ عليها القانون المدني [2] .

وعليه فإنَّ انقطاع التقادم ، ووقفه لا يسري إلّا على المدين الذي وقع ذلك تجاهه ، وهذا بحسب نصّ المادة (2/329) من القانون المدني العراقي التي تنصُّ على أنَّه ((وإذا انقطعت مدَّة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسَّك بذلك قبل باقي المدينين)) [3].

خامساً : الصلح :

وهو كما عرَّفَته المادة (698) من القانون المدني العراقي ((عقد يرفع النزاع و يقطع الخصومة بالتراضي)) ، والصلح عادةً ما يكون لإنهاء نزاع قائم ، أو لتجنب نزاع محتمل ، وذلك عن طريق تنازل كل منهما عن جزءٍ من حقِّه [4].

لذا فإنَّ الصلح الذي يجريه المدين أمراً قائماً بين النفع والضرر، فإذا كان فيه نفعاً سرى على المدينين المتضامنين جميعًا ، و بخلاف ذلك فلا يمكن أن ينفذ تجاه باقي المدينين المتضامنين[5] .

([1]) وذلك حسب نصوص المواد(437 –438) من القانون المدني العراقي التي أشارت الى حالات انقطاع التقادم.

([2]) ينظر نص المادتين (435 و 436) من القانون المدني العراقي .

([3]) يقابلها نص المادة (2/292) من القانون المدني المصري .

([4]) د . انور سلطان ، أحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص258.

([5]) القاضي موفق البياتي ، المصدر السابق ،ص184.

وقد أشار إلى ذلك القانون المدني المصري في المادة (294) التي جاء فيها: ((إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمَّن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمَّة منه بأيِّ وسيلة أخرى، استفاد منه الباقون، أمَّا إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتّب في ذمَّتهم التزاما أو يزيد فيما هم ملزمون به ، فإنَّه لا ينفذ في حقِّهم إلَّا إذا قبلوه)) ، كما جاء في القانون المدني العراقي النص على ذلك في المادة(331) التي تنصُّ على أنَّه ((إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمَّن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمَّة منه بأيِّ وسيلة أخرى استفاد منه الباقون ، أمَّا إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتّب في ذمَّتهم التزام أو يزيد فيما[1] هم ملتزمون به فإنَّه لا ينفذ في حقِّهم إلّا إذا قبلوه)) .

ونجد في هذه النصوص التطبيق الفعلي لمبدأ المصلحة المشتركة ، الذي يرتّب بعض الآثار التي تسري على المدينين في ما ينفعهم دون التي تضرَّهم ، مع إمكانيه سريان ذلك الصلح استثناء عند قبولهم به ، وإنَّ هذا الأمر ينطبق على البيئة المدنية عموماً ، بينما نجد أنَّ البيئة التجارية فيها نصٌّ يتعارض مع هذا الحكم الخاص بتضامن المدينين ، إذ نجد أنَّ المادة (349) من قانون التجارة المصري الجديد تنصُّ على أنَّ ((للدائن مطالبة الشركاء في الدين بتمام دينه و لو حصل الصلح مع المفلس)) لذلك فإنَّ هذا القانون قيَّد المدين المتضامن في البيئة التجارية من الانتفاع بالمزايا التي تترتَّب لهم من الصلح ، واعطاء الحق للدائن بالرجوع على أيِّ واحدٍ منهم بالدين كلّه [2] ، وقد نصَّ على هذا الحكم قانون التجارة العراقي السابق بحسب نص المادة (1/625) منه بقولها : ((وإذا تمَّ الصلح مع الملتزم

([1]) الأصح لغوياً أن تكتب (في ما) أي بمعنى (الذي) ولا تكتب (فيما) التي يراد منها الاستفهام، ويبدوا أن هذا الأمر كان نتيجة للأقتباس الحرفي للمادة (294) من القانون المدني المصري .

([2]) د . انور سلطان ، أحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص258.

الـذي أفلـس فـلا تسـري شـروطه علـى الملتـزمين الأخـرين)) ، ومـن ثـمَّ نجـد أنَّ كـلاً مـن القـانونينِ العراقـي والمصـري قـد أقـرَّا بالمسـؤوليَّة الكاملـة للمـدينين المتضـامنين فـي البيئـة التجاريـة ، وهـذه المسـؤولية لا تتـأثر بالصـلح الـذي يجريـه بعـض المـدينين، لـذا فـإنَّهم يبقـون ملتزمـون علـى وجـه التضـامن تجـاه الـدائن بالـدين كلّـه ، و لا يـؤثر الصـلح الـذي يجريـه أحـدهم علـى تلـك المسؤولية أيضاً.

سادساً : الإقرار :

وهـو كمـا عرَّفَتـه المـادة (1/59) مـن قـانون الاثبـات العراقـي رقـم (107) لسـنة 1979 بأنَّـه ((أخبـار الخصـم أمـام المحكمـة بحـقٍّ عليـه لآخـر)) وهـو حجَّـة قاصـرة علـى الشـخص المقـر ، ولا يتعـداه إلـى آخـر ، ويتمثَّـل بـاعتراف شخص بحقٍّ عليه لآخر سواء أكان يقصد الالتزام به أم لا[1].

ويلجـأ الـدائن إلـى هـذه الحالـة عنـد عـدم تـوفر دليـل إثبـات لديـه تجـاه المـدينين ، فـإذا إقـرَّ أحـدهم بالـدين فإنَّـه يصـبح ثابتـاً فـي مواجهتـه ، ولكـن هـذا لا يمـنح الـدائن حـقِّ التمسـك بهـذا الإقـرار تجـاه بـاقي المـدينين المتضـامنين[2]، ولكـن إذا حصـل الإقـرار مـن الـدائن بحـقٍّ للمـدين عليـه فـي أحـدى المسـائل، فيكـون لجميـع المـدينين المتضـامنين التمسـك بهـذا الإقـرار ؛ لأنَّـه يقـع ضـمن نطـاق الاعمال التي تنفعهم[3] .

وقـد أشـار القـانون المـدني المصـري إلـى ذلـك فـي المـادة (1/295) التـي تـنصُّ علـى أنَّـه ((إذا إقـرَّ أحـد المـدينين المتضـامنين بالـدين ، فـلا يسـري هـذا الإقـرار فـي حـقِّ البـاقين)) وفـي السـياق ذاتـه جـاء نـصُّ المـادة (332 /1) مـن القـانون المـدني العراقـي التـي جـاء فيهـا ((إذا أقـرَّ أحـد المـدينين المتضـامنين

([1]) د. سمير عبد السيد تناغو ، أحكام الالتزام والاثبات ، مصدر السابق ، ص123.

([2]) د . سـمير عبـد السـيد تنـاغو ، أحكـام الالتـزام والاثبـات ، المصـدر نفسـه ، ص312 ، القاضي موفق البياتي ، المصدر السابق ، ص185.

([3]) د . محمد حسين منصور ، المصدر السابق ص271.

بالدين فلا يسري هذا الأمر في حق الباقين)) ، وعليه فإنَّ الإقرار يكون أثره قاصرًا على المدين المقرَّ به من دون سائر المدينين المتضامنين ، ولا يحقُّ للدائن التمسك به، في حين يترتَّب على إقرار الدائن لأحد المدينين المتضامنين حقَّهم بالتمسك به اتجاه الدائن .

سابعاً: حلف اليمين أو النكول عنه :

يتمسَّك الدائن بكثير من الإجراءات ؛ لإثبات حقَّه ومنها : توجيه اليمين إلى المدين ، فإذا كان المدين هو أحد المدينين المتضامنين ، فإنَّ الأمر يحتمل وجهتين : فإمَّا أن يقوم المدين بأداء اليمين ، وهذا الأمر يستطيع باقي المدينين المتضامنين التمسك به ؛ لأنَّ فيه فائدة لهم[1]، وأمَّا إذا نكل المدين الذي وجه اليمين ولم يقم بأداء اليمين ، فلا يؤثر ذلك على باقي المدينين المتضامنين[2] .

وقد تضمَّن القانون المدني العراقي النص على ذلك في المادة (332) منه التي جاء فيها ((1 – إذا إقرَّ أحد المدينين المتضامنين بالدين فلا يسري هذا الإقرار في حقِّ الباقين.2 – وإذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجَّه إلى الدائن يميناً حلفها ، فلا يضار بذلك باقي المدينين.3 – أمَّا إذا حلف أحد المدينين المتضامنين فإنَّ المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك إذا انصبت اليمين على المديونية لا على التضامن))[3].

ثامناً : الحكم القضائي :

وهو القرار النهائي الذي تنتهي به بالدعوى ، ويُعدُّ حجَّة في ما يفصل ، بوصفه حقيقة قضائية[4].

([1]) د . عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط ، الجزء الثالث، مصدر سابق ، ص346.

([2]) د . رأفت محمد أحمد حماد ،المصدر السابق ، ص248.

([3]) يقابلها نص المادة (295/ الفقرات 2و3) من القانون المدني المصري.

([4]) د . عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الاثبات العراقي ، الطبعة الثانية، جامعة الموصل ،1997 ، ص348.

وفي نطاق التضامن فإنَّ الحكم القضائي إذا ما صدر على أحد المدينين المتضامنين دون أن يكون باقي المتضامنين داخلين في الدعوى، فإنَّ هذا الحكم لا يسري عليهم ، ولا يمكن للدائن الاحتجاج به ، لأنَّ هذا الأمر يُعدُّ من المسائل الضارة التي لا يمكن أن تُطبَّق عليهم وفقا لمبدأ المصلحة المشتركة بين المدينين المتضامنين [1] ، وإذا أراد الدائن أن يسري هذا الحكم على المدينين جميعاً فعليه أن يدخلهم في الدعوى ، أو أن يقيم دعوى خاصة لكل واحد منهم [2].

أمَّا إذا كان الحكم القضائي قد صدر لمصلحة أحد المدينين المتضامنين، فإنَّ باقي المدينين المتضامنين لهم حق التمسك به تجاه الدائن إلّا إذا كان سبب صدور الحكم أمراً يتعلَّق بحقٍّ خاص لمن صدر لمصلحته كأن يتقرَّر إبطال الالتزام بسبب نقص أهليَّة أحد المدينين عندها لا يحق لباقي المدينين المتضامنين التمسك بهذا الحكم القضائي[3].

وقد جاء في المادة (333) من القانون المدني العراقي ما يُشير إلى ذلك، حيث تنص على أنَّه ((1 – اذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين. 2 – أمَّا إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيستفيد منه الباقون إلّا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه))[4].

ولكنَّ القانون المدني الفرنسي لم ينص على هذا الحكم ممَّا دعى القضاء إلى استنتاج قاعدة مفادها ((الحكم الصادر في دعوى يكون الدائن طرفا فيها وأحد المدينين المتضامنين الطرف الثاني يكون له قوة الشيء المقضي به بالنسبة للمدينيين الآخرين)) ، وبمقتضى هذه القاعدة فإنَّ

([1]) د. رأفت محمد احمد حماد ، المصدر السابق، ص248.

([2]) د .عبد المجيد الحكيم ،احكام الالتزام ، المصدر السابق ، ص258 .

([3]) د . سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام ، المصدر السابق ، ص322.

([4]) يطابقها نص المادة (296)من القانون المدني المصري

الحكم القضائي ينتج أثرًا جماعيا للمدينين المتضامنين سواء كان سلبيا أم ايجابيا في ما يخصُّ مصلحة المدين ، ولكن هذا الأمر لم يكن محلًا للتسليم ؛ لما لهذه القاعدة من مخاطر شديدة على المدينين المتضامنين، لذلك فإنَّ القضاء الفرنسي لا يطبق هذه القاعدة كلَّما كان الحكم القضائي يؤدِّي إلى زيادة في سوء مركز المدينين المتضامنين أو أنَّه يكون سبباً في فرض التزام جديد عليهم [1].

وممَّا سبق يتَّضح أنَّ مبدأ المصلحة المشتركة قد تعلَّق بمصلحة المدين من دون أن يتسبَّب في حدوث خلل في مصلحة الدائن ؛ وذلك من أجل الموازنة بين المصالح المتعارضة لكلا الطرفين ، وهذا الأمر كان طاغيا على الأحكام في كلٍّ من القانون المدني العراقي ، والقانون المدني المصري ولعلَّ السبب يعود الى النزعة الاجتماعية لهذه القوانين ، و غلبة فكرة حماية الطرف الضعيف فيها والمتمثِّل في (المدين) ، وهذا بخلاف القانون المدني الفرنسي الذي توسَّع في نطاق المصلحة المشتركة ، و جعل التطبيقات السابقة سارية على الدائن والمدينين المتضامنين جميعاً ، ولعلَّ سبب ذلك يكمن في تبني هذا القانون للأفكار الفردية.

([1]) نواف حازم خالد ، المصدر السابق ، ص114 – 115 .

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم في الالتزام التجاري

تختلف المبادئ التي تحكم علاقة المدينين المتضامنين مع بعضهم عن المبادئ التي تحكم علاقتهم بالدائن، ففي حين تحكم علاقتهم بالدائن المبادئ الثلاثة المتمثلة بوحدة محل الالتزام ، وتعدد الروابط ، والمصلحة المشتركة، فإنَّ المبادئ التي تحكم علاقة المدينين المتضامنين في ما بينهم هي مبدأ انقسام الدين ، ومبدأ حق رجوع المدين الموفي على باقي المدينين المتضامنين معه تجاه الدائن كلاً بقدر حصته في الدين .

إذ تقوم علاقة المدينين في ما بينهم على مبدأ انقسام الدين بينهم كلّا بقدر حصته على الرغم من تضامنهم تجاه الدائن، ووحدة محل الالتزام التي تربطهم به .

ولا يقتصر دور التشريعات على حماية الدائن بتوفير الائتمان له فحسب، بل إنَّه يحمي المدين المتضامن الذي يقوم بوفاء الدين بمنحه الحق في الرجوع على باقي المدينين المتضامنين كل بقدر نصيبه من الدين.

لذا سيتم تقسيم المبحث على مطلبين يُخصَّص المطلب الأوَّل إلى الآثار المترتِّبة على مبدأ انقسام الدين ، في حين يكون المطلب الثاني لحق المدين الموفي بالرجوع على باقي المدينين المتضامنين.

المطلب الأوَّل

الآثار المترتبة على مبدأ انقسام الدين على المدينين المتضامنين

إنَّ العلاقة التي تربط المدينين المتضامنين بالدائن وإن كانت تقوم على وحدة محل الالتزام ، إلّا إنَّ ذلك لا يؤثر على علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض ، إذ إنَّ محل الالتزام ينقسم على المدينين المتضامنين كل بقدر حصَّته من ذلك الالتزام ، لذا فإنَّ المدين الموفي له حق الرجوع على باقي المدينين المتضامنين ، ومطالبتهم بالوفاء له كلا بقدر نصيبه من الدين ؛ لأنَّ التضامن يكون حصريا متعلِّق بحقِّ الدائن أمَّا المساهمة في الدين فيتحملها المدينون جميعا [1]، ولكن ما هو الأساس في تحديد حصَّة كل مدين من المدينين المتضامنين ؟ هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنَّ انقسام الدين عن المدينين المتضامنين وإن كان هو الأصل ، ولكن يوجد استثناء يرد عليه يتمثَّل في حالة كون أحد المدينين صاحب المصلحة في وفاء الدين .

عليه سينقسم هذا المطلب على فرعين ، يختصُّ الفرع الأول ببيان الكيفية التي يتم فيها تحديد حصص المدينين المتضامنين من الدين ، أمَّا الفرع الثاني فيخصَّص لإلتزام أحد المدينين المتضامنين أو بعضهم بالدين كلّه .

الفرع الأوَّل

تحديد حصص المدينين المتضامنين من الدين

إنّ جميع المدينين المتضامنين يكونون ملتزمين تجاه الدائن بالدين كلّه ، لذا فإنَّ الدائن له حقّ مطالبة أيّ واحد منهم به ، وإذا ما تمَّت المطالبة ،

([1])

Philippe Malaurie, LAURENT AYNES , droit des obligations, 8e édition, L G D J Lextennso,pares,2016, p720

وقام ذلك المدين بالوفاء ترتَّب له حق الرجوع عليهم بما قام بالوفاء به للدائن بعد خصم حصَّته منه ، والرجوع يكون على أساس حصَّة كلّ مدين من المدينين المتضامنين ، وتحديد حصة كل مدين من الدين وأن كانت من المسائل الموضوعية وغير خاضعة تماما لمعيار معيَّن أو ضابط من الضوابط كما يرى احد الفقهاء[1] ، الأمر الذي جعل بعض الفقهاء [2] يذهب إلى افتراض كون حصص المدينين المتضامنين متساوية في حالة عدم وجود اتفاق أو نص قانون يحدّدها ، وهذا الافتراض يكون غير قاطع ، ومن ثمَّ فهو قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس [3] .

ويلاحظ أنَّ أيّ مدين له مصلحة في أن يثبت أنَّ حصته أقل من الباقين، وهذا الافتراض كان قريبا من توجه القانون المدني المصري ، الذي نجده قد حدَّد ذلك في المادة (297) التي جاء فيها ((1- إذا أوفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين فلا يجوز له أن يرجع على أي من الباقين إلا بقدر حصته في الدين ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن . 2 – وينقسم الدين الذي وفاه أحد المدينين حصصاً متساوية بين الجميع ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك)) ، أمَّا المشرِّع العراقي فإنَّه لم يذكر الطريقة التي يتم تحديد حصة كل مدين من المدينين المتضامنين ؛ لأنَّ النص على ذلك جاء مطلقا وهذا حسب نص المادة(334 /1) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها((لمن قضى الدين من المدينين الرجوع على الباقين بما دفع زائدا على ما هو واجب عليه

([1]) د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص198.

([2]) د .عبد المجيد الحكيم ، أحكام الالتزام ، المصدر السابق ، ص 258 – 259.

([3]) د . أنور سلطان ، أحكام الالتزام، ص262 ، د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المصدر السابق ، ص315.

كل بقدر حصته)) ، لذلك يمكن القول : إنَّ أهم المعايير في تحديد حصة كل مدين هي كما يأتي :

أوَّلاً ـ الإتفاق على تحديد حصة كل مدين متضامن :

العقد شريعة المتعاقدين ، لذا فإنَّ الإتفاق بين أطراف أي علاقة يجب أعماله قبل اللجوء إلى غيره من المعايير الأخرى ، شريطة أن لا يكون الاتفاق مخالفاً لقاعدة قانونية آمرة ، أو النظام العام والآداب العامة ، وقد كانت المادة (297 /2) من القانون المدني المصري قد قيّدت حالة احتساب حصَّة المدين المتضامن بأن يقدم فيها الاتفاق على غيره من المعايير الأخرى بقولها : ((ما لم يوجد اتفاق)) ، لذلك فإنَّ تقسيم الحصص على المدين يكون من أولى أولوياته مراعاة اتفاق المدينين في ما بينهم ، أو مع الدائن على تحمل كل منهم بقدر معيَّن من الدين[1].

ولا نعتقد أنَّ هذا الأمر يتنافى مع وجود التضامن بين المدينين ؛ لأنَّه لا يخل بمبدأ إمكانية مطالبة أيّ منهم بالدين كلِّه ، ويقتصر أمر التقسيم على رجوع المدين الموفي على غيره من المدينين كلّ بقدر ما تمَّ الاتفاق على تحمله من نسبة الدين ، إذ إنَّ التضامن يكون في علاقة الدائن بالمدينين فقط، أمَّا علاقة المدينين المتضامنين في ما بينهم ، فلا وجود للتضامن لذا فإنَّ الدين ينقسم عليهم بحسب نصيب كلّ منهم[2] .

لذا فإنَّ المدين الموفي لا يستطيع أن يرجع على أحد من المدينين المتضامنين بالدين كلِّه ، بل له حق الرجوع بقدر نصيب كل واحد من الدين فقط بعد خصم حصَّته منه .

([1]) د . سمير عبد السيد تناغو ، أحكام الالتزام الإثبات ، مصدر السابق ، ص323.

([2]) د . عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء الثالث ، مصدر سابق، ص 354 ، د . رأفت محمد أحمد حماد ، المصدر السابق ، ص245، د . محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ،ص246.

وانقسام الدين قد يكون صريحا باتفاق المدينين المتضامنين مع الدائن وربَّما يكون ضمنيّا يستخلص من ظروف الحال[1]، فمثلا لو تمَّ إبرام عقد بين الدائن مع ثلاثة أشخاص على شراء البضاعة ، وكان قد تبيَّن لاحقا أنَّ لأحدهم نصف البضاعة ، أمَّا الباقين فلكلٍّ واحدٍ منهم الربع ، فيحدّد التزامهم تجاه المدين الموفي على أساس هذا التقسيم .

وقد نص القانون المدني الفرنسي على ذلك في المادة (1317) التي جاء فيها ((لا يساهم المدينون المتضامنون ، في ما بينهم في الدين إلَّا بقدر حصَّة كلّ واحد منهم . ويملك المدين الذي دفع ما يزيد عن حصته الرجوع على الآخرين بما يتناسب مع حصصهم....))[2] .

ولا يشترط في الاتفاق على توزيع الحصص بين المدينين المتضامنين أن يكون الدائن طرفا فيه ؛ لأنَّ هذا الاتفاق لا يمس إلَّا المدينين المتضامنين ، وغالباً ما يحصل هذا الاتفاق على توزيع غُرم الدين عند نشأته ، ولا يوجد مانع من أن يكون هذا الاتفاق في تاريخ لاحق على نشأة الدين[3] .

([1]) د . محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص376.

([2]) نص المادة في اللغة الفرنسية :

« Art. 1317.-

Entre eux, les codébiteurs solidaires ne contribuent à la dette que chacun pour sa part. Celui qui a payé au-delà de sa part dispose d'un recours contre les autres à proportion de leur propre part.« Si l'un d'eux est insolvable, sa part se répartit, par contribution, entre les codébiteurs solvables, y compris celui qui a fait le paiement et celui qui a bénéficié d'une remise de solidarité.

([3]) د . عبد الفتاح عبد الباقي ، المصدر السابق ، ص315.

ثانياً :تحديد حصة المدينين المتضامنين بموجب القانون

إنّ عدم وجود الاتفاق الصريح أو الضمني بين المدينين المتضامنين على توزيع حصص الدين بينهم يلزم معه البحث عن معايير أُخرى لتحديد حصَّة كلّ مدين متضامن بالنسبة إلى الدين كله لمعرفة ما يحقُّ للمدين الموفي بالرجوع على كل واحد منهم ، و رأينا فيما سبق أنَّ القيد المتعلِّق بتغليب الاتفاق عند وجوده على النص القانوني يفهم من مخالفته أنَّ النص القانوني يجب إعماله عند عدم إثبات وجود اتفاق بين المدينين المتضامنين.

إذ يلاحظ من نص المادة(297 /2) من القانون المدني المصري أنَّه قد جاء فيها ((وينقسم الدين الذي وفاه أحد المدينين حصصًا متساوية بين الجميع ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك)) أي إنَّها قد بيَّنت بشكل دقيق الترتيب الذي يجب إثباته لاختيار المعيار في تحديد الحصص بالنسبة للالتزام المدينين المتضامنين بالدين ، فعند عدم وجود الاتفاق يتمّ اعمال المعيار الاصيل في تحديد الحصَّة ، وهو النص العام الذي يحدد ذلك على مستوى حصَّة كلّ واحد منهم، والأساس في ذلك يكون بالتساوي مالم يوجد نص خاص يقضي بغير ذلك ، مثال ذلك لو كان أحد المدينين المتضامنين صاحب مصلحة في الدين فيتحمل لوحده الدين كله[1] .

وكذلك ما جاء في نص المادة(1318) من القانون المدني الفرنسي في قولها: ((إذا نشأ الدين عن أمر لا يتعلَّق سوى بأحد المدينين المتضامنين ، فيعد هذا الأخير ملزما وحده بالدين تجاه الآخرين ....))[2] وفي السياق ذاته

([1]) د . محمد شكري سرور ، المصدر السابق ، ص 323.

([2]) نص المادة باللغة الفرنسية :

« Art. 1318.-

Si la dette procède d'une affaire qui ne concerne que l'un des codébiteurs solidaires, celui-ci est seul tenu de la dette à l'égard des autres. S'il l'a payée, il

أشار إلى هذا الحكم القانون المدني العراقي في المادة(2/335) إذ تنصُّ على أنَّه ((إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين فهو الذي يتحمله كله قبل الباقين)) .

ونلاحظ أنَّ النصوص أعلاه تشير إلى عدم تساوي حصص المدينين المتضامنين دائما ، فربَّما يغيّرها الاتفاق أو ربَّما يحدِّدها النص القانوني الخاص فيعفي بعضهم ، و يلزم بعضهم الاخر بأكثر من غيره .

ومن كلِّ ما سبق يتَّضح أنَّ الإرادة والقانون لهما دور مهم في تحديد نصيب كل مدين من المدينين المتضامنين في الدين .

الفرع الثاني

التزام أحد المدينين المتضامنين أو بعضهم بكل الدين

إنّ قيام أحد المدينين المتضامنين بوفاء الدين كلّه إلى الدائن يؤدِّي إلى انتهاء حالة التضامن التي تكون ملزمة للمدينين المتضامنين جميعاً تجاه الدائن ، إلَّا إنَّ هذا التصرف وإن كان يؤدِّي إلى حالة إنقضاء الالتزام ، ومن ثَمَّ براءة ذمم المدينين تجاه الدائن إلَّا إنَّه لا يبرء ذممهم تجاه المدين الذي قام بالوفاء ، وعليه يمكن للمدين الموفي الرجوع على باقي المدينين المتضامنين ومطالبتهم كل بقدر حصَّته ؛ لأنَّ الدين ينقسم على المدينين المتضامنين .

ويُعدُّ هذا الأمر نوعاً من الحماية التي يوفرها القانون للمدين الموفي ، حتَّى لا يتم إثراء باقي المدينين المتضامنين على حساب المدين الموفي، و لكن لدينا حالة خاصة أشارت إليها التشريعات ، وهي حالة وجود مصلحة لأحد المدينين المتضامنين أو بعضهم من الدين دون سائر المدينين المتضامنين ، وفي هذه الحالة يكون المدين المتضامن هو المدين الأصيل

---

ne dispose d'aucun recours contre ses codébiteurs. Si ceux-ci l'ont payée, ils disposent d'un recours contre lui

بالدين في حين باقي المدينين لا يكونوا سوى كفلاء بالدين اتجاه المدين صاحب المصلحة[1] .

أي إنَّ علاقة الدائن بالمدين المتضامنين تحكمها قواعد التضامن بغض النظر عن وجود مصلحة لأحدهم من دون سائر المدينين المتضامنين ، أمَّا علاقة المدين بباقي المدينين المتضامنين ، فتحكمها قواعد الكفالة ؛ لأنَّهم ملتزمون معه على سبيل الضمان ، إذ أشارت التشريعات إلى أحكام هذه الحالة صراحة ، وهذا بحسب نص المادة(299) من القانون المدني المصري التي جاء فيها ((إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، فهو الذي يتحمل به كله نحو الباقين)) أمَّا الحكم في القانون المدني الفرنسي، فقد جاء في المادة(1318) التي تنصُّ ((إذا نشأ الدين عن أمر لا يتعلَّق سوى بأحد المدينين المتضامنين ، فيعد هذا الأخير ملزما وحده تجاه الأخرين ، فاذا قام بوفاء الدين فلا يملك الرجوع على المدينين أمَّا إذا قام هؤلاء بوفاء الدين فلهم الرجوع عليه))، و في هذه الحالة فإنّ علاقة المدينين المتضامنين بعضهم مع بعض تحكمها قواعد الكفالة [2].

وفي السياق ذاته نجد أنَّ المشرِّع العراقي قد وضع حكما لهذه الحالة في المادة (2/335) التي جاء فيها ((إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، فهو الذي يتحمله كله قبل الباقين))، ويتضح من النصوص أعلاه أنَّ هذه الحالة الخاصة التي تكون لواحد أو لأكثر من المدينين المتضامنين مصلحة في الدين عند نشأته يكون وحده ملزما بالوفاء بها ، ولكن يختلف الحكم بحسب حالة الرجوع التي يتبعها الدائن وكما يأتي :-

---

([1]) د . اسماعيل عبد النبي شاهين ، المصدر السابق ، ص173.

([2]) د .محمد حسين منصور ، أحكام الالتزام ،مصدر سابق ، ص377.

أوَّلاً : رجوع الدائن على المدين صاحب المصلحة:-

يحقُّ للدائن بموجب التضامن اختيار أي من المدينين المتضامنين لمطالبته بالدين كلّه ، و لا يحقُّ لمن تمَّت مطالبته بالدين أن يتمسَّك بالتجريد، أو التقسيم ، وقد يحدث أحيانا أن يكون أكثر من مدين هو صاحب المصلحة في الدين لذا فإنَّ الأمر يكون على فرضين : –

الفرض الأوَّل: يتجسَّد في كون صاحب المصلحة في الدين هو مدين واحد من بين المدينين المتضامنين ، فإذا ما قام الدائن بالرجوع عليه ، ومطالبته بالدين كلّه ، فإنَّ قيام المدين بالوفاء يترتَّب عليه انقضاء الالتزام وبراءة ذمته وذمم باقي المدينين المتضامنين من جهة ، ومن جهة أخرى لا يحق لهذا المدين الذي قام بالوفاء أن يرجع على المدينين المتضامنين معه ؛ لأنَّه هو صاحب المصلحة ، وإنَّ الدين لا ينقسم بينهم ، وأمَّا المدينون المتضامنون ، فما هم إلَّا كفلاء على سبيل الضمان ، ومن ثمَّ فإنَّ التزامهم يكون تابعاً للالتزام الأصيل وينتهي بانتهائه[1].

أمَّا إذا قام الدائن بمطالبة مدين آخر من المدينين المتضامنين ، فيترتَّب عليه أنَّ هذا المدين لا يستطيع الدفع بحقِّ التجريد أو حقِّ التقسيم ؛ لأنَّه متضامن مع المدين صاحب المصلحة بالدين ، فإذا قام بالوفاء فإنَّ له الحق بالرجوع على المدين المتضامن (صاحب المصلحة) ومطالبته بالدين كلّه ، من دون أن يكون للأخير الحق بالدفع بالتجريد أو التقسيم ، أمَّا إذا اختار المدين الموفي أحد المدينين المتضامنين ممَّن ليس له مصلحة أو جميعهم في الدين فإنَّ أيّ واحد منهم يملك حق التمسك بالتجريد أو التقسيم ؛ لأنَّ علاقتهم بالمدين المتضامن صاحب المصلحة قائمة على أساس الكفالة[2].

([1]) د . عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء الثالث ، مصدر السابق، ص370 ، د . محمد عبد الظاهر حسين ، المصدر السابق ، ص167.

([2]) د .عبد الفتاح عبد الباقي ، المصدر السابق ، ص323.

الفرض الثاني : ويتمثَّل في كون أصحابُ المصلحة في الدين متعددين ، فإذا قام الدائن بمطالبته أصحاب المصلحة جميعهم بالدين كلّه ، فإنَّ وفائهم به ينقضي به الالتزام وتبرأ به ذمم المدينين المتضامنين جميعاً ، أمَّا إذا طالب أحد المدينين من أصحاب المصلحة فإنَّ للمدين الموفي الرجوع على باقي المدينين المتضامنين من أصحاب المصلحة في الدين كلا بقدر حصَّته في الدين بعد خصم حصَّته منها بعدِّهم متضامنين تجاه الدائن ، وفي الوقت ذاته ، إذا أختار المدين الموفي الرجوع على باقي المدينين (ممَّن ليس له مصلحة) فإنَّ لهم حق الدفع والتمسك بالتجريد ، ومطالبته بالرجوع على أصحاب المصلحة [1].

ثانيا : رجوع الدائن على أحد المدينين المتضامنين من غير أصحاب المصلحة في الدين

عادةً ما يختار الدائن أحد المدينين الموسرين لمطالبته بالوفاء ؛ من أجل ضمان الوفاء و اختصارا لكلِّ الإجراءات التي قد ترافق ذلك عند مطالبته لمدين أخر ربَّما يكون معسراً ، أو ربَّما يجهل الدائن من هو المدين صاحب المصلحة في الدين فلا يطالبه مباشرة ، أو كان يعلم أنَّه معسراً ، فيقوم بمطالبة أحد المدينين المتضامنين من غير أصحاب المصلحة بالوفاء، وفي هذه الحالة فإنَّ المدين المتضامن عند قيامه بوفاء الدين إلى الدائن يكون له حق الرجوع على المدين المتضامن الذي يكون صاحب المصلحة في الدين ومطالبته بالدين كلّه ، وليس للأخير حق التمسك بالتجريد أو التقسيم [2] .

([1]) د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص371، د . محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص277.

([2]) د. سمير عبد السيد تناغو ، أحكام الالتزام والاثبات ، مصدر سابق ، ص323.

أمَّا إذا تعدَّد المدينون المتضامنون من أصحاب المصلحة ، فإنَّ المدين الموفي إذا لم يكن صاحب مصلحة فله حقّ اختيار أيّ منهم لمطالبته بالدين كلّه ، وله كذلك مطالبتهم جميعا به[1] .

وقد أكَّد القانون المدني المصري على ذلك في المادة (801) منه التي جاء فيها ((إذا تعدد المدينون بدين واحد وكانوا متضامنين ،فللكفيل الذي ضمنهم جميعا أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين))، وكذلك ما جاء في نص المادة (1035) من القانون المدني العراقي التي تقضي بأنَّه ((إذا تعدَّد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين فالكفيل الذي كفلهم جميعنا أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من دين)).

ويفهم من النصوص أعلاه أنَّ الكفيل ليس له مصلحة في الدين ، لذلك له حق الرجوع عليهم بما وفاه ،كما أنَّ حقَّه بالمطالبة لأحدهم لا يمنع من مطالبتهم جميعا بالدين كلّه ؛ لأنَّ الكفيل يحل محل الدائن ، ويصبح المدينون المتضامنون تجاهه[2] .

أمَّا إذا قام المدين الموفي (من غير أصحاب المصلحة) بالرجوع على أحد المدينين أو باقي المدين (من غير أصحاب المصلحة) ومطالبتهم بما وفاه للدائن ، فعند ذلك يكون من حقِّهم التمسك بحق التجريد ، وذلك من خلال مطالبة المدين صاحب المصلحة في الدين ؛ لأنَّهم بمركز الكفيل وليس المدين المتضامن .

([1]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط ،الجزء الثالث ، المصدر نفسه ، ص371.

([2]) د. توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والفنية دراسة لعقد الكفالة و الرهن والاختصاص و الامتياز، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية، دون سنة نشر ، ص14 .

المطلب الثاني

حق المدين الموفي بالرجوع على باقي المدينين المتضامنين

إذا كان وحدة محل الالتزام هو المبدأ الرئيس الذي يحكم علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين ، فإنَّ حق المدين المتضامن بالرجوع على باقي المدينين المتضامنين كلٌّ بقدر حصَّته في الدين يُعدُّ من المبادئ المهمَّة التي تحكم علاقه المدينين بعضهم ببعض وتوفر للمدين الموفي نوع من الضمان الذي يسهم في تحقيق العدالة.

إنّ حق الرجوع للمدين الموفي علي باقي المدينين المتضامنين لا يمكن أن يثبت له من دون أن تتوافر بعض الشروط التي تسهم في منحه هذا الحق، و إلى جانب ذلك لا بد من تحديد الأساس الذي يعتمد عليه المدين الموفي للرجوع علي باقي المدينين المتضامنين.

لذا سينقسم هذا المطلب على فرعين، الفرع الأول لبيان الشروط الواجب توافرها لرجوع المدين الموفي على باقي المدينين المتضامنين، في حين نُعرج في الفرع الثاني إلى طرق رجوع المدين الموفي على المدينين المتضامنين.

الفرع الأوَّل

شروط رجوع المدين الموفي على المدينين المتضامنين

حتَّى يتمكَّن المدين الموفِّي من الرجوع على باقي المدينين المتضامنين لابدَّ من توافر بعض المقوّمات التي تثبت له هذا الحق، وهذه المقوّمات أو الشروط تتمثَّل بما يأتي:-

أوّلاً: قيام المدين بوفاء الدين:

إنَّ أوَّل الشروط الواجب توافّرها لرجوع المدين الموفي على باقي المدينين المتضامنين يتمثل بقيام المدين بوفاء الدين الذي نشأ التضامن لأجله ، إذ

إنَّ تمكّن المدين الموفي من الرجوع على باقي المدينين المتضامنين مرتبط بالوفاء الفعلي للدين من قبل المدين عند مطالبته به من قبل الدائن، وسواء أكان الوفاء بالشكل الطبيعي أم كان بما يعادل الوفاء شريطة أن يترتَّب عليه انقضاء الالتزام كما في حالة المقاصة[1] أو اتحاد الذمة أو الوفاء بمقابل، أمَّا إذا كان انقضاء الالتزام دون ما يعادل الوفاء كالإبراء الحاصل للمدينين جميعًا، فلا يجوز عندها للمدين مطالبة الباقين[2] .

إذ لا تكفي مجرَّد مطالبة الدائن للمدين المتضامن بالوفاء ، أو حتَّى اصدار حكم قضائي بذلك لرجوع المدين على باقي المدينين من دون تنفيذه، بل يجب أن يتم الوفاء الفعلي بالدين [3] ،

وقد أورد المشرِّع المصري في المادة (297 /1) من القانون المدني المصري هذا الشرط ، إذ تنصُّ على أنَّه ((إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين فلا يجوز له أن يرجع على أيٍّ من الباقين إلّا بقدر حصَّته في الدين ولو كان بما له من حقٍّ الحلول قد رجع بدعوى الدائن))، وفي السياق ذاته جاء نص المادة(1317) من القانون المدني الفرنسي بقولها : ((... يملك المدين الذي دفع ما يزيد عن حصَّته الرجوع على الآخرين بما يتناسب مع حصصهم....)) ، في حين نصَّ القانون المدني العراقي على ذلك في المادة (334 /1) التي جاء فيها ((لمن قضى الدين من المدينين المتضامنين الرجوع على الباقين بما دفعه زائداً على ما هو واجب عليه بقدر حصته)) .

([1]) يشترط في حاله انقضاء الالتزام بالمقاصة ان يكون الدائن الطالب قد طالب المدين المتضامن بالوفاء د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط ،الجزء الثالث ، مصدر سابق، ص 354.

([2]) د. عبد الفتاح عبد الباقي، المصدر السابق، ص 318

([3]) د. نبيل ابراهيم سعد ، التضامم وعدم افتراض التضامن، مصدر سابق ، ص 108 ، صائب صالح ابراهيم آل عودة الربيعي، المصدر السابق ،ص 69.

ونلاحظ أنَّ النصوص أعلاه أشار بعضها إلى أنَّ الوفاء الذي يمنح المدين المتضامن حق الرجوع يجب أن يكون بالدين كلّه ، كما هو الحال في القانون المصري والعراقي أمَّا القانون المدني الفرنسي فلم يقيِّد النص بهذا الأمر ، ولكن يذهب أغلب الفقهاء إلى عدم ضرورة أن يكون الوفاء كليّا ، ومن ثمَّ يكفي أن يكون الوفاء جزئيا للرجوع على باقي المدينين المتضامنين شريطة أن يقبل به الدائن[1] .

ولكن يشترط أن يكون الوفاء الذي قام به المدين المتضامن أكثر من حصَّته حتَّى يتمكَّن من الرجوع على باقي المدينين المتضامنين معه، فيرجع عليهم بما دفع ، ممَّا زاد عن حصته في الدين بعد استنزال حصته منها[2] وقد جاء في قرار محكمة أستناف فرساي على أنَّه ((لا يحق للمدين المتضامن الذي دفع أكثر من نصيبه الرجوع على المدينين الآخرين إلا بالمبالغ التي تزيد على نصيبه))[3] ، وهذا الحكم يشابه ما جاء به نص المادة(334 /1) من القانون المدني العراقي.

ثانياً: تحقق الفائدة من الوفاء

إنّ قيام المدين المتضامن بوفاء الالتزام للدائن لا يكفي كشرط لرجوعه على باقي المدينين المتضامنين ، بل يجب كذلك أن يعود الوفاء بالفائدة

([1]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، الجزء الثالث ، المصدر نفسه ، ص 357، د. سمير عبد السيد تناغو ، احكام الالتزام والاثبات، مصدر سابق ، ص 324 ، د. عبد الفتاح عبد الباقي، المصدر السابق ،ص 319.

([2]) د. عبد المنعم البدراوي، المصدر السابق، ص 281 282 ،القاضي موفق البياتي، المصدر السابق ،ص 189.

([3]) الغرفة المدنية الأولى ، 10 أكتوبر 2019 ، الاستئناف رقم 18-20429 ، BICC رقم 917 بتاريخ 1 مارس 2020 منشور على الموقع الالكتروني :

https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/solidarite.php

على بقية المدينين المتضامنين، وتتمثَّل الفائدة في عدم اقتصار الوفاء على براءة ذمة الموفي ، بل يجب أن يكون في الوفاء ابراء لذمم باقي المدينين المتضامنين، وبخلافه لا يمكن للمدين الرجوع عليهم[1] .

ويجب على المدين الموفي إخطار باقي المدينين المتضامنين بقيامه بالوفاء حتى لا يتحمل المسؤولية عن ذلك، فإذا لم يقم بالإخطار وتم الوفاء مرة ثانية من قبل مدين متضامن آخر يكون لهذا الأخير حق الرجوع على باقي المدينين المتضامنين ، ولا يثبت الحقَّ للموفي الأوَّل، وكذلك فإنَّ عدم استفادة المدينين المتضامنين ممَّا يستطيعون التّمسك به من دفوع يترتَّب عليها اسقاط الدين نتيجة لعدم اخطارهم من قبل المدين الموفي تمنع من رجوع المدين الموفي عليهم بما وفاه للدائن[2] .

كما أنَّ وجود مصلحة خاصة للمدين الموفي ينتفي معها وجود الفائدة لباقي المدينين المتضامنين؛ لأنَّ وجود المصلحة من الدين تصب في مصلحة المدين الموفي ، و لا توجد أيّ فائدة مباشرة تتحقَّق من الوفاء الذي يقوم به المدين ؛ لأنَّ علاقتهم بهذا المدين تكون على سبيل الضمان ، ومن ثمَّ فإنَّ قيامه بالوفاء يترتَّب عليه براءة ذمته بعدّه المدين الأصيل ، وبذلك تبرأ ذمم الباقين بعدّهم كفلاء له، وعليه فإنَّ الفائدة الحقيقية والمباشرة تكون لمصلحة المدين الموفي (صاحب المصلحة في الدين) ، ولا فائدة لباقي المدينين، لذلك لا يحقّ للمدين الموفي عندها الرجوع عليهم [3].

([1]) د.نبيل ابراهيم سعد، التضامم وعدم افتراض التضامن، مصدر سابق، ص 108.

([2]) د. اسماعيل عبد النبي شاهين، المصدر السابق، ص 153 ، صاحب صالح ابراهيم آل عبودة الربيعي، المصدر السابق، ص 70.

([3]) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط، الجزء الثالث، مصدر سابق ، ص 371، د. محمد حسين منصور، احكام الالتزام، المصدر السابق ، ص377.

ثالثاً :ان لا تكون علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين موصوفة أو معيبة

إنّ الأثر المترتِّب على أوصاف الالتزام يختلف من علاقة قانونية إلى أُخرى ، ويكون ذلك بحسب العلاقة إذا كانت موصفة أو بسيطة، ومن الأوصاف التي تلحق ذات العلاقة القانونية ، وتؤثّر في وجودها أو نفاذها الشرط والأجل، فإذا لحق تلك العلاقة في وجودها ممَّا يجعلها غير محقَّقة الوجود ، وهذا ما يسمَّى بالشرط ، بينما إذا لحقها في نفاذها جعلها غير واجبة النفاذ في الحال ، وهذا ما يسمَّى بالأجل[1]، وعند قيام أحد المدينين المتضامنين بالوفاء فإنَّ رجوعه على باقي المدينين المتضامنين يشترط فيه أن لا تكون الرابطة التي تربط باقي المدينين المتضامنين بالدائن موصوفة بأحد الأوصاف المؤثِّرة في وجودها أو في نفاذها، فإذا كان التزام أحدهم معلَّقاً على شرط واقف ، فإنَّ وجوده لم يتحقَّق بعد ، ومن ثَمَّ لا يمكن الرجوع إليه بقدر حصَّته من الدين ، وكذلك الأمر لو كان التزام أحد المدينين المتضامنين مقترنا بأجل معيَّن ، فعندها لا يملك المدين الموفي حق الرجوع على المدين المتضامن الذي اقترن التزامه بأجل ، وهذا يقع ضمن الدفوع الشخصيَّة التي لا يملكها إلَّا من ارتبطت به من المدينين المتضامنين؛ لأنَّها ترتبط بعلاقته مع الدائن ، ولا يملك باقي المدينين المتضامنين التمسك بها[2] .

وقد تكون علاقة أحد المدينين المتضامنين بالدائن معيبة ، كما لو كان قد شابها أحد عيوب الإرادة ، أو كان أحد المدينين ناقص الأهليَّة ، ومن ثَمَّ يكون الالتزام موقوفا ، وعليه لا يستطيع المدين الموفي الرجوع على المدين المتضامن الذي يكون التزامه معيبا بقدر حصَّته ، ممَّا أوفى به إلى الدائن؛

([1]) عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، صفحه 137

([2]) د .عبد الفتاح عبد الباقي ، المصدر السابق ،ص296.

لأنَّ المدين الذي يكون التزامه موقوفاً يملك التمسك بهذا الدفع تجاه الدائن، ومن ثمَّ له حقّ نقض التزامه[1].

رابعاً : أن يكون المدين قد قام بالوفاء من أمواله الخاصة

يشترط أخيراً أن يكون المدين الموفي قد قام بالوفاء الفعلي من أمواله الخاصة ، حتَّى يتمكَّن من الرجوع على باقي المدينين المتضامنين بما وفاه للدائن بعد خصم حصَّته منها ، وبخلاف ذلك فإنَّ قيام المدين الموفي بالوفاء من أموال تكون ملكيتها مشتركة مع باقي المدينين المتضامنين ، فلا يجوز له في هذه الحالة الرجوع على باقي المدينين المتضامنين[2].

الفرع الثاني

طرق رجوع المدين الموفي على باقي المدينين المتضامنين

يترتَّب على قيام المدين بالوفاء أن ينقضي الالتزام وتبرأ ذمم المدينين المتضامنين جميعاً من جهة ، ومن جهة أخرى يثبت الحقُّ للمدين الموفي بالرجوع على باقي المدينين المتضامنين بما وفاه للدائن كل بقدر حصَّته من الدين بعد خصم حصَّته منها ، ويملك المدين المتضامن الذي قام بالوفاء الخيار عند الرجوع على باقي المدينين المتضامنين باختيار أحدى السبل التي وضعها له القانون، وهي كما يأتي:-

أوَّلاً : الدعوى الشخصية:

يتمثَّل الطريق الأوَّل الذي يسلكه المدين المتضامن الذي قام بالوفاء للرجوع على باقي المدينين المتضامنين بالدعوى الشخصية، وهي أمَّا أن

([1]) د . محمد حسين منصور ،أحكام الإلتزام ، مصدر سابق ، ص258.

([2]) د . رمضان أبو السعود ، أحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص356 ، د. توفيق حسن فرج ، المصدر السابق ، ص139، د . مصطفى الجمال ، المصدر السابق ،ص56.

تكون دعوى وكالة أو دعوى فضالة ، إذ إنَّ الرجوع بالدعوى الشخصية يكون بموجب هذين الأساسين (الوكالة أو الفضول)، إذ يُعدُّ المدين الموفي في هذه الحالة أصيلا عن نفسه ، أمَّا بالنسبة لباقي المدينين المتضامنين فإنَّه إمَّا أن يكون وكيلا أو فضوليا[1].

إذ تقتضي المصلحة المشتركة بين المدينين المتضامنين أن يكون المدين المتضامن وكيلا عنهم ، فيرجع على باقي المدينين المتضامنين بدعوى الوكالة ، أو يعدُّ فضوليا يعمل لصالحهم ، ومن ثمَّ فإنَّه يرجع عليهم بدعوى الفضالة، وكلا الدعويين هما من الدعاوى الشخصيَّة التي تمنح الحق للمدين الموفي بالرجوع على باقي المدينين المتضامنين[2] .

ويكون أساس الحق الذي يثبت للمدين الموفي بالرجوع على باقي المدينين المتضامنين بمقتضى ما قام به من وفاء للدائن ، ويحسب ذلك من تاريخ حصول الوفاء ، ولذلك تسمى الدعوى التي تمنح الدائن هذا الحق بـ (الدعوى الشخصية)[3] ، ويختلف الأساس في هذه الدعوى بين الوكالة والفضالة بحسب المصدر، فإذا كان أساس التضامن بينهم هو الاتفاق ، فيكون كلُّ مدين وكيلاً عن الآخر في وفاء الدين، أمَّا إذا كان الدين مصدره القانون فإنَّ الفضالة هي التي تحكم هذه المسألة ، فيكون المدين الموفي فضولياً في وفائه بحصص باقي المدينين [4].

إذ يتمُّ التمييز بينهما على أساس الرضا من عدمه ، إذ أن الوكالة التي عقدت برضا المدين الصريح أو الضمني تُعدُّ هي الأساس في وجود الدعوى

([1]) د . عبد المجيد الحكيم ، أحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص262.

([2]) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص359.

([3]) د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المصدر السابق ، ص320.

([4]) صائب صالح إبراهيم ال عودة الربيعي ، المصدر السابق ، ص62.

الشخصية ، أمَّا إذا قام المدين المتضامن بالوفاء دون علم باقي المدينين ، فذلك يستند إلى دعوى الفضالة .

ولكن يرى بعض الفقهاء أنَ الأساس فيها نظرية الإثراء بلا سبب للرجوع بموجب الدعوى الشخصية على باقي المدينين المتضامنين [1] .

فإذا اختار المدين الموفي الرجوع على المدينين المتضامنين بموجب دعوى الوكالة الضمنية كإحدى صور الدعوى الشخصية ، فأنَّها تحقّق له فائدة بما تخوله للمدين الموفي في اقتضاء الفوائد القانونية عمّا كان قد دفعه من مبالغ عن المدينين المتضامنين معه ، ويتم احتساب ذلك من تاريخ الدفع [2] .

وقد أكَّدت المادة (941 /1) من القانون المدني العراقي ذلك التي جاء فيها ((على الموكّل أن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة المعتاد من وقت الاتفاق.....))[3] ، أمَّا الفائدة الثانية التي تحققها الدعوى الشخصية ، فتتمثَّل في سريان التقادم ، إذ أنّ سريان التقادم لا يكون إلَّا من وقت وفاء المدين للدائن ، وليس من وقت حلول الأجل[4] .

ويمكن أن يكون رجوع المدين الموفي عن طريق الدعوى الشخصية بالاستناد إلى دعوى الفضول التي تحقِّق الفائدة نفسها التي تحقِّقها دعوى الوكالة [5]، وذلك بحسب نصّ المادة (195) من القانون المدني المصري

([1]) د . محمد كامل مرسي ، الموجز في التأمينات الشخصية والعينية ، المطبعة العالمية ، القاهرة ،1949 ، ص14.

([2]) د . عبد الفتاح عبد الباقي ، المصدر السابق ، ص320.

([3]) يطابقها نص المادة (710) من القانون المدني المصري.

([4]) د . عبد المجيد الحكيم ، أحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص262 ، د . أحمد سعيد الزقرد ، المصدر السابق ، ص171 د . سعيد سعد عبد السلام ، المصدر السابق ، ص242.

([5]) د. أنور سلطان ،المصدر السابق،ص263.

التي تنصُّ على أنَّه ((يعتبر الفضولي نائباً عن ربِّ العمل ،متى كان قد بذل في ادارته عناية الشخص العادي ولو لم تتحقّق النتيجة المرجوة . وفي هذه الحالة يكون ربُّ العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه ، وان يعوضه عن التعهدات التي التزم بها ، وان يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها الفوائد من يوم دفعها ....)) وهذا النصُّ يعطي الحقَّ للمدين المتضامن بالرجوع على المدينين المتضامنين بعدِّه قد قام بالوفاء على سبيل الفضول.

أما في القانون المدني العراقي ففي الأصل لا يمكن لمن قام بوفاء الدين عن الغير بلا أمر أن يرجع على المدين بدعوى الفضالة لأنه يُعد متبرعاً [1]، ومن ثمَّ لا يمكن التَّمسك بها لرجوع المدين الموفي على باقي المدينين المتضامنين ؛ لإنَّ المشرِّع يفترض أنَّ من قام بوفاء الدين عن غيره متبرعاً وليس له حق الرجوع على الغير بشيء[2] ، ولكن أستثناءً يمكنه الرجوع على المدين إذا اثبت أن له مصلحة في ذلك أو أنه لم يكن لديه نية التبرع، وهذا بحسب نص المادة (239) التي جاء فيها ((اذا قضى أحد دين غيره بلا أمره سقط الدين عن المدين سواء قبل أو لم يقبل ويعتبر الدافع متبرعاً لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا أمره إلا إذا تبين من الظروف أن للدافع مصلحة في دفع الدين أو أنّه لم يكن عنده نية التبرع)).

([1]) د. عبد المجيد الحكيم، احكام الالتزام، المصدر السابق ، ص262.

([2]) ينظر نص المادة (239) من القانون المدني العراقي ، وهذا الرأي منتقد من قبل أحد الفقهاء الذي يرى أنَّ المادة (1 /2) من القانون المدني العراقي تحيلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون دون التقيّد بمذهب معيَّن ،ولعلَّ المبادئ التي تضمَّنتها الشريعة الإسلامية التي تعطي الفضولي حقّ الرجوع على المدين هي أكثر ملائمة لنصوص القانون المدني ، ومن ثمَّ يجب الإقرار بها . د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص116.

ونرى بأن المدين المتضامن له مصلحة في وفاء الدين من جهة ، ومن جهة أخرى فأنه لم يكن متبرعاً ؛ لأنه متضامن بالوفاء مع باقي المدينين ، وعليه يكون له حق الرجوع على باقي المدينين المتضامنين عند قيامه بوفاء الدين كله.

ويوجد رأي فقهي آخر[1] يرى أَّن من الممكن أن يرجع المدين الموفي على باقي المدينين المتضامنين بموجب دعوى الفضالة ، وذلك بالاستناد إلى نصِّ المادة (243) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها ((كل شخص ولو غير مميز يحصل على كسب دون سبب مشروع على حساب شخص أخر يلتزم في حدود ما كسبه بتعويض من لحقه ضرراً بسبب هذا الكسب ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال كسبه فيها)).

ثانياً: دعوى الحلول:

إنّ الطريق الثاني الذي يمكن أن يسلكه المدين الموفي في سبيل الرجوع على باقي المدينين المتضامنين ، يتمثَّل في دعوى الحلول، ونقصد بالحلول هنا الحلول الشخصي وليس الحلول العيني ؛ لأنَّنا بصدد الكلام عن أحد التأمينات الشخصيَّة المتمثِّلة بالتضامن ، فإذا قام المدين بوفاء الدين للدائن فإنَّه يحلُّ محل الدائن في الدين ، ومن ثَمَّ يكون له حقّ الرجوع على باقي المدينين المتضامنين، كما لو كان الدائن بنفسه هو الذي يرجع عليهم[2].

([1]) د. حسن علي الذنون ، محاضرات أُلقيت على طلبة الماجستير ، في كلية الحقوق –جامعة النهرين – 1995–1996، نقلا عن : مها نصيف جاسم ، التضامن السلبي ((دراسة مقارنة)) ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون – جامعة بغداد، بغداد ، 2005، ص106.

([2]) د. عبد المجيد الحكيم ، أحكام الالتزام ، المصدر السابق، ص262 ، د. انور سلطان ،احكام الالتزام ، المصدر السابق ، ص324.

وقد نصَّت على ذلك المادة (297 /1) من القانون المدني المصري التي جاء فيها ((اذا أوفى أحد المدينين المتضامنين كلّ الدين ،فلا يجوز له أن يرجع على أيٍّ من الباقين إلّا بقدر حصَّته في الدين ، ولو كان بما له من حقٍّ الحلول قد يرجع بدعوى الدائن))، وفي السياق ذاته أكَّد المشرِّع العراقي على ذلك في المادة (379) التي جاء فيها ((إذا دفع الدين شخص غير المدين حلَّ محل الدائن بحكم القانون في الأحوال الآتية : -أ- إذا كان ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه ....))

وكما هو شأن الدعوى الشخصية فإنَّ دعوى الحلول لها بعض المميَّزات، ومن تلك المميَّزات انَّ المدين المتضامن إذا رجع بموجب دعوى الحلول على باقي المدينين المتضامنين ، فتثبت له التأمينات ذاتها التي كانت للدائن ، فبمجرَّد أن يحلُّ المدين الموفي محلّ الدائن فإنَّ ذلك يكون حقاً له ، فيكون رجوعه محمياً بالضمانات التي تعزِّز الالتزام [1].

وقد أكَّد المشرِّع المصري ذلك في القانون المدني بموجب نص المادة(326) التي جاء فيها ((إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حلَّ محلّ الدائن الذي استوفى حقَّه في الأحوال الآتية : 1- إذا كان الموفي ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه)) ويلاحظ أنَّ المشرِّع المصري قد أشار إلى حالة التضامن في عبارة ((إذا كان الموفي ملزماً بالدين مع المدين)) و هذه إشارة إلى حالة الوفاء من قبل أحد المدينين المتضامنين، وما يترتَّب عليها من مكنّة الرجوع على المدينين المتضامنين من قبل المدين الموفي بموجب دعوى الحلول[2] ، والأمر ذاته تبناه المشرّع العراقي في المادة (381) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها ((من حلَّ قانوناً

([1]) د. عبد الفتاح عبد الباقي، المصدر السابق، ص321.

([2]) د. اسماعيل عبد النبي شاهين ، المصدر السابق، ص160.

أو اتفاقاً محلّ الدائن كان له حقّه بما لهذا الحقّ من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفوع ....)) .

وتوجد ميزةٌ أُخرى لدعوى الحلول تتمثَّل في حالة ما إذا كان الدين التضامني يغل فائدة اتفاقية يزيد سعرها على الفائدة القانونية ، إذ يحقُّ للموفي هنا أن يطالب كلاً من المدينين أن يدفع له فائدة ، إذ تكون هذه الفائدة محسوبة على أساس سعر الفائدة التي تم اشتراطها على المدين التضامني عن حصَّته التي قام بوفائها عنه، ويكون ذلك من تاريخ الوفاء [1].

ومع ما لهذه الدعوى من مزايا إلَّا إنَّها فيها من العيوب ما يجعل الرجوع إلى الدعوى الشخصيَّة أفضليَّة عليها، ومن عيوبها أنَّ مدَّة التقادم فيها تسري من وقت حلول الدين الذي وفاه المدين المتضامن ، وفي العادة يكون متقدماً على وقت الوفاء وهذا بعكس الدعوى الشخصية ،التي ربَّما تكون باقية ، ولا تتقادم في الوقت الذي تتقادم فيه دعوى الحلول[2] .

ومن عيوب دعوى الحلول أيضاً أنَّ المدين الموفي لا يستطيع أن يرجع على المدينين المتضامنين بفوائد عن المبالغ التي دفعها للدائن إذا كان من شأن هذا الدين أن ينتج فوائداً ، فضلاً عن حصَّته في الدين على خلاف الدعوى الشخصية التي تسمح بذلك[3].

([1]) د. عبدالفتاح عبد الباقي، المصدر نفسه ، ص322.

([2]) د. عصمت عبد المجيد بكر ، النظرية العامة للالتزامات –أحكام الالتزام (شرح أحكام القانون المدني العراقي مقارناً بالفقه الإسلامي والقوانين المدنية ومشروع القانون المدني العربي الموحد في ضوء أحكام القضاء)، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، جامعة جيهان الخاصة ، أربيل، 2021 ، ص 351.

([3]) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص360.

وأخيراً فإنَّ رجوع المدين الموفي على المدينين المتضامنين سواء أكان بالدعوى الشخصية أم بدعوى الحلول ، فإنَّه لا يسمح بالرجوع أكثر من حصَّة المدين المتضامن في الدين ،وهذا القيد وضعه المشرِّع ؛ ليحد من الامتيازات التي تكون للموفي في دعوى الحلول ،حيث جاء في الشق الأخير من نصِّ المادة (297) من القانون المدني المصري على أنَّه ((....ولو كان بما له من حق الحلول)) ، لذا فإنَّه لا يمتلك الرجوع على المدينين المتضامنين إلَّا بعد خصم حصَّته من الدين .

الفصل الثاني

التطبيقات القانونية للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري

إنَّ خصوصيَّة القانون التجاري وما يمتاز به من مميَّزات عن القانون المدني جعلت المشرِّع يسنُّ بعض النصوص القانونية التي تنظم المسائل التجارية بشكل مستقل عن القواعد العامَّة ، هذا من جهة ومن جهة أُخرى كانت بعض المسائل التجارية محلاً لخلاف فقهي ممَّا دعى المشرِّع إلى وضع النصوص القانونية المنظّمة لها؛ ليضع حداً للنزاع الفقهي بشأنها.

إنَّ من أهم المسائل التي تولى المشرّع في كثير من الدول وضع قاعدة موضوعية لها في قانون التجارة هي التضامن المفترض ؛ لأهميتها النسبية في التعاملات التجارية.

إذ نجد أَنَّ قانون التجارة فضلاً عن القوانين المُكمّلة له كان لها دور كبير في ارساء هذه القاعدة؛ لأنَّها تسهم في تحديد المراكز القانونية لأطراف العلاقات التي تجمع المتعاملين في ظل البيئة التجارية ؛ ولأجل بيان الصورة الواضحة للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري لابدَّ من استعراض أهم التطبيقات التي أوردها القانون العراقي والقوانين محل المقارنة بخصوص التضامن المفترض.

وعليه سنقسم هذا الفصل على مبحثين ، يكون المبحث الاول منها لتطبيقات التضامن المفترض للمدينين في قانون التجارة ، بينما يختص المبحث الثاني ببيان تطبيقات التضامن المفترض للمدينين في القوانين المُكمّلة لقانون التجارة .

المبحث الأَوَّل

تطبيقات التضامن المفترض للمدينين

في قانون التجارة

اختلف موقف القوانين محل المقارنة في تنظيمها للقواعد القانونية التي تحكم التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري ، إذ إنَّ بعضها قد تبنى هذا الحكم القانوني متقدماً على بعضها الاَخر ، كما نجد أن بعضها قد أدرج النصوص القانونية بعد جدل فقهي كبير دار بين الفقهاء بشأنها، في حين نجد أنَّ المشرّع العراقي كان موقفه مغايراً عنها ؛ فبعد أن قطع نزاع الفقهاء في مسألة افتراض التضامن بين المدينين عندما أدرج قاعدة عامة تقرّر تضامن المدينين في كلٍّ من قانونيّ التجارة الملغيين خلا قانون التجارة العراقي النافذ من قاعدة عامَّة تقرّر ذلك واقتصر الأمر على القواعد الخاصة فقط .

عليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، يخصص المطلب الأول للقواعد العامة للتضامن المفترض للمدينين في قانون التجارة، بينما يكون

المطلب الثاني لبيان القواعد الخاصَّة للتضامن المفترض في قانون التجارة .

المطلب الأَوَّل

القواعد العامَّة للتضامن المفترض للمدينين في قانون التجارة

إنّ تنظيم التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري الذي سارت عليه التشريعات يستلزم التوقف عنده ؛لبيان أَهم التطبيقات التي تضمّنه ، وهذا لا ينفي كون أَغلبها قد أقرَّت بوجود التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري، ولكن لابدَّ من معرفة القواعد العامَّة التي تضمنتها هذه القوانين والتي تُعدُّ الأساس فيها.

لذلك سنُقسم هذا المطلب على فرعين ، يختص الفرع الاول ببيان القاعدة العامَّة للتضامن المفترض في القوانين المقارنة، أَمَّا الفرع الثاني فنُعرج فيه إلى القاعدة العامة للتضامن المفترض في القانون العراقي.

الفرع الأَوَّل

القاعدة العامَّة للتضامن المفترض في

قوانين التجارة المقارنة

عند تتبّع النصوص القانونية المتعلّقة بافتراض تضامن المدينين في نطاق القوانين محل المقارنة، نلاحظ فيها بعض التباين تارةً، وبعض التشابه تارةً أخرى ، وهي كما يأتي :

أَوَّلاً : القاعدة العامَّة في القانون الفرنسي :

يُعـدُّ قـانون التجـارة الفرنسـي واحـداً مـن أهـم المصـادر التأريخيـة المباشـرة وغيـر المباشـرة لكثيـر مـن التشـريعات، ومنهـا قـانون لتجـارة فـي مصـر والعـراق وبـالأخص منهـا قـانون التجـارة الفرنسـي لسـنة 1807 الـذي صـدر بعـد قـوانين عـدّة كانـت تُطبّـق فـي فرنسـا ، وهـي قـوانين التجـارة المتعاقبـة السـابقة لهـذا القـانون [1] ،وهـذا القـانون علـى الـرغم مـن كونـه امتـداداً للقـوانين السـابقة التـي وضـعت علـى أسـاس جمـع العـادات والأعـراف التجاريـة فـي فرنسـا، إلَّا أنَّـه لـم يضـع قاعـدة عامَّـة يـتم العمـل بموجبهـا لإفتـراض التضـامن بـين المـدينين فـي الألتـزام التجـاري ، إذ خـلا هـذا القـانون مـن القاعـدة العامـة ، واقتصـر ذلـك علـى بعـض النصـوص القانونيـة الخاصـة التـي جعلـت التضـامن مفترضـاً للمدينين بالالتزام التجاري عند تعددهم .

وقـد اسـتمر العمـل بقـانون التجـارة الفرنسـي لسـنة 1807 لمـدة طويلـة ، رغـم التعـديلات الكثيـرة عليـه ، حتـى صـدر قـانون التجـارة الفرنسـي الجديـد

([1]) إنَ حركـة التقنينـات التجاريـة أنطلقـت مـن فرنسـا فـي العصـور الوسـطى بعـد أن أمـر الملـك لـويس الرابـع عشـر وزيـره (كـولبير) بـأن يجمـع شـتات الأعـراف والعـادات التجاريـة فـي قـانون واحـد ،فقـام الـوزير بتكليـف أحـد كبـار التجـار المـدعو (جـاك سـافاري) الـذي أنشـأ لجنـة لتجميـع العـادات والأعـراف التجاريـة ، وقـد قامـت اللجنـة بأعـداد وإصـدار أوَّل تقنـين تجـاري بـري فـي سـنة 1673 وفـي آب 1681 صـدر قـانون التجـارة البحريـة والـذي يعـرف بقـانون (سـافاري) . ولكـن بعـد قيـام الثـورة الفرنسـية لسـنة 1789 ومبادئهـا التـي تـدعو الـى الفرديـة وإلغـاء الطوائـف والاقطـاع صـدر قـانون (تشابوليه)سـنة 1791 الـذي قـرر حريـة التجـارة والصـناعة والغـاء الطوائـف ثـم تبـع ذلـك أن صـدر قـانون التجـارة الفرنسـي لسـنة 1807ليجسـد الأفكـار التـي نـادت بهـا الثـورة الفرنسـية وقـد دخـل حيـز التنفيـذ فـي ينـاير 1808 ، للمزيـد ينظـر: د.محسـن شـفيق ، الوسـيط فـي القـانون التجـاري المصـري ، مقـدمات – نظريـة الاعمـال التجاريـة – صـفة التـاجر – الـدفاتر التجاريـة –السـجل التجـاري– الملكيـة الصـناعية – المحـل التجـاري – الشـركات التجاريـة – الجـزء الأول – الطبعة الأولى – مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ، 1957 ، ص17 .

رقم(912) والصادر في 18/ أيلول /2000 الذي جمع بين دفتيه معظم القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية [1] .

إذ تضمَّن قانون التجارة الفرنسي الجديد قاعدة للتضامن المفترض في المسائل التجارية وهذا حسب الفقرة(أ) من المادة (الثانية) منه التي تنصُّ على أنَّه ((التضامن مفترض فإذا كان هنالك شخصان مدينان تجاه دائن واحد تكون المسؤولية مشتركة بين المدينين ويمكن للدائن أن يطالب أي واحد منهم بجميع الدين في البيئة التجارية التضامن مفترض ولا داعي لذكره.....)) [2]، إذ بعد الجدال الفقهي في مسألة افتراض التضامن في البيئة التجارية من عدمه ، وضع قانون التجارة الفرنسي الجديد حداً لهذا النزاع ، وتجدر الإشارة إلى أنَّ الغالبية العظمى من الفقهاء هنالك كانوا يقولون بالتضامن المفترض، فضلاً عن كثير من القرارات القضائية التي أقرته بالاستناد إلى العرف التجاري القديم الذي يفترض تضامن المدينين بناءً على قرينة المصلحة المشتركة بينهما .

كما نلاحظ أن النص ابتدأ بافتراض التضامن تأكيداً منه على هذا الأمر؛ وذلك من أجل تمييزه عن التضامن في البيئة المدينة ، إلا أنَّ

([1]) صدر هذا القانون في 18/ سبتمبر / 2000 وكان يتضمن تسع كتب تفصيلية عن التجارة د. سميحة القليوبي ، الوسيط ، مصدر السابق ، ص28 .

([2]) نص المادة باللغة الفرنسية :

((la présomption de solidarité

la présomption de solidarité : pas de solidarité passive Supposons que 2 personnes on ensemble une dette vis à vis d'un créancier. (1 créancier, 2 Débiteurs S'il y a solidarité entre les débiteurs : le créancier peut réclamer à un –des 2 la totalité de la somme. Sinon il ne peut réclamer à chacun que sa part dans le domaine commercial : la solidarité est présumée, il n'y pas besoin de la .prévoir dans l'acte....))

المشـرّع الفرنسـي بـالرغم مـن ذلـك لـم يقـم بإلغـاء القواعـد الخاصـة التـي تـنص على التضامن المفترض في المسائل التجارية .

ثانياً : القاعدة العامة في القانون المصري

بعـد نشـأة المحـاكم المختلطـة فـي مصـر عـام1876 ولحقهـا بعـد ذلـك ظهـور المحـاكم الوطنيـة أو الأهليـة عـام 1883 كـان مـن الضـروري إيجـاد قـوانين حديثـة تُطبَّـق فيهـا ، لـذلك اسـتعانت مصـر بالتشـريع الفرنسـي لسـد حاجتهـا مـن التشـريعات الخاصـة بالتجـارة ، فوضـعت المجموعـة المختلطـة عـام1875 ، و المجموعـة التجاريـة الأهليـة عـام 1883 علـى الـنمط الـذي وضعت به المجموعة التجارية الفرنسية [1] .

ولـم تتضـمَّن هـذه المجموعـات التـي أسـتمر العمـل بهـا طـويلا حتـى صـدور قـانون التجـارة المصـري الجديـد عـام 1999 أي نـصّ عـام يقضـي بـافتراض تضـامن المـدينين فـي الالتـزام التجـاري ، ويبـدو أنَّ المجموعـة التجاريـة التـي وضـعت فـي مصـر فـي تلـك الحقبـة الزمنيـة كانـت متـأثرة كثيـراً بالتشـريعات الفرنسـية ، إذ تكـاد أن تكـون ترجمـة حرفيـة عـن المجموعـة التجاريـة الفرنسـية [2] الأمـر الـذي نلاحـظ معـه عـدم وضـع قاعـدة عامـة تقضـي بـافتراض تضامن المدينين في البيئة التجارية .

وهـذا الأمـر أدَّى إلـى ظهـور خـلاف فقهـي حـاد بـين الفقهـاء بشـأن افتـراض تضـامن المـدينين مـن عدمـه فـي المسـائل التجاريـة (وكمـا مـر بنـا سـابقا) [3] وإن كـان الأغلبيـة مـنهم يـذهبون إلـى وجـود هـذا الافتـراض ، وقـد حسـم قـانون التجـارة المصـري الجديـد رقـم (17) لسـنة 1999 هـذا الخـلاف عنـدما وضـع قاعـدة عامـة للتضـامن المفتـرض تقضـي بوجـوده عنـد تعـدّد

([1]) د . سميحة القليوبي ، الوسيط ، مصدر السابق ، ص29.

([2]) د . علي العريف ، المصدر السابق ، ص7.

([3]) ينظر الصفحات (80-90) من الأطروحة.

المدينين في الالتزام التجاري، وبهذا فقد انتصرالرأي الذي قرر التضامن المفترض [1] .

فجاءت المادة (1/47) من القانون أعلاه لتضع الحكم العام للتضامن بين المدينين في البيئة التجارية التي تنص على ((يكون الملتزمون معاً بدين تجاري متضامنين في هذا الدين ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك))، وكانت هذه المادة في صدارة الباب الثاني من أبواب قانون التجارة المصري والخاص بالالتزامات والعقود التجارية؛ لتكون من القواعد العامَّة التي يجب تطبيقها على الالتزامات جميعاً.

وقد جاءت هذه القاعدة العامَّة في المادة أعلاه بعكس القاعدة التي تقضي بعدم افتراض التضامن في المسائل المدنية بحسب نص المادة (279) من القانون المدني المصري ، فقد افترضت المادة (1/47) من قانون التجارة المصري وجود التضامن بين المدينين ومن يدعي خلاف ذلك عليه اثبات ما يدعيه ، وكانت هذه القاعدة معمولاً بها في ظل قانون التجارة الملغي من دون نص أَمَّا بعد صدور هذا القانون فقد وُجِدَ النص الذي يفرضها [2].

ونلاحظ أَنَّ المشرّع المصري قد ضمّن المادة (47) حكماً آخراً يتعلَّق بالتضامن، وذلك في الفقرة (2) منها، اذا اتسَّع نطاق المادة ليشمل التضامن حالة تعدد الكفلاء في الدين التجاري لها، وقد جاء النص مطلقاً معتمداً على معياريّ التعدّد في أَطراف العلاقة ،والصفة التجارية لها من دون أَن يقيَّد ذلك بالصفة التجارية لأطراف العلاقة[3] .

([1]) د . سميحة القليوبي ، الوسيط ، مصدر سابق ،ص95.

[2]. د. محي الدين إسماعيل علم الدين ،شرح قانون التجارة الجديد رقم(17) لسنة 1999 (المعدل) (تعليق على القانون مادة مادة) مع الاعمال التحضيرية واعمال لجنة الشريعة ، الجزء الثالث ، الالتزامات التجارية، دون دار نشر ، دون سنة نشر، ص2 .

[3] المستشار عبد الحميد المنشاوي ، المصدر السابق، ص47.

كما عمل المشرّع المصري على تأكيد التضامن في حالة تعدّد الكفلاء في المادة (2/48) من قانون التجارة المصري التي تنصُّ على أَنَّه ((لا يجوز في الكفالة التجارية أَن يطلب الكفيل- ولو غير متضامن- تجريد المدين مالم يتفق على غير ذلك))،بل أكثر من ذلك يمكن أن نفهم أنَّه كان فيه دلالة واضحة على افتراض التضامن بين الكفلاء المتعددين في الكفالة التجارية ، اذ إنَّه لم يجوز للكفلاء عند تعدّدهم تمسّكهم بحقّ التجريد ضد المدين قبل الرجوع عليهم وافترض التضامن بإيراد عبارة ((ولو غير متضامنين)) ، وهذه الفقرة تدل على افتراض التضامن للكفلاء في الكفالة التجارية .

وهذا الافتراض يُعدُّ هو الأصل أمَّا الاستثناء ، فيكون باستبعاد ذلك التضامن عن طريق الاتفاق ؛لأنَّ سلب الكفلاء حقهّم في التمسّك بالتجريد يعني إمكانية الرجوع على أي منهم بالدين ،وهذا هو المعنى الحقيقي للتضامن كما إنَّ الإشارة إلى القيد الذي يقول: بانَّه مالم يتفق على خلافه ليفهم وجوده في الاصل افتراضا من قبل المشرّع ، وهذا ما أشار اليه الشق الأخير من المادة أعلاه والتي جاء فيها ((ما لم يتفق على غير ذلك)).

ويُعدُّ هذا الحكم من الأحكام الجديدة في قانون التجارة المصري[1]؛لأنَّ قانون التجارة المصري السابق لم يتضمَّن مثل هذا النص في طياته ولكن هذا النص يتفق مع قواعد القانون المدني المصري التي تتطرق الى الكفيل المتضامن مع المدين وذلك بحسب نص المادة (793) منه [2] ، مع الإشارة إلى وجود الفارق بينهما المتعلّق بالتشدّد الواضح من قبل المشرع التجاري الذي افترض التضامن، ومن ثمَّ فلا يمكن للكفلاء التمسك بحق

---

[1] د. سميحة القليوبي، المصدر السابق ، ص95 .

[2] اذ تنص المادة(793) على انه((لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين ان يطلب التجريد)) .

التجريد بحسب النص التجاري بخلاف القانون المدني الذي منح الكفلاء ذلك[1].

وممّا سبق يتضح أنَّ القوانين المقارنة(الفرنسي والمصري) قد اشتملت على القاعدة العامَّة التي تقضي بتضامن المدينين عند تعدّدهم في المسائل التجارية على سبيل الافتراض خلافاً لأحكام القانون المدني .

الفرع الثاني
القاعدة العامة للتضامن المفترض في
قانون التجارة العراقي

تباين موقف قوانين التجارة المتعاقبة في العراق بشأن التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري، فبعضها قرَّر ذلك بقاعدة عامَّة ،أمَّا بعضها الآخر فلم يشتمل بين دفتيه على تلك القاعدة، وهي كما يأتي:-

أوَّلاً: التضامن المفترض في قوانين التجارة الملغاة

إنّ أوَّل قانون للتجارة في العراق تمثَّل بقانون التجارة الأسبق رقم (60) لسنة 1943(الملغي) بعد أن كانت القوانين العثمانية الخاصة بالتجارة سارية فيه [2].

---

[1] د. محيي الدين إسماعيل علم الدين، المصدر السابق، ص3.

[2] إنَّ أوَّل قانون وضعي عرفه العراق في العصر الحديث هو قانون التجارة البرية العثماني الصادر سنة 1850 والذي تضمَّن أحكام تخص الشركات التجارية والأوراق التجارية والعقود والإفلاس، وقد عدل هذا القانون مرات عدّة وتم الغاء الجزء الأكبر منه بقوانين مختلفة حتى تم إلغاءه بصدور اوَّل قانون تجارة في العراق رقم(60) لسنة 1943.

د. أحمد إبراهيم البسام ،المصدر السابق ، ص19 ، د . باسم محمد صالح، القانون التجاري- القسم الأول، مطبعة جامعة بغداد ، بغداد ،1987،ص12 .

وقد تضمَّن القانون أعلاه الحكم على تضامن المدينين بدين تجاري في نص المادة (103) منه التي جاء فيها ((إذا ارتبط شخصان فأكثر على وجه الاشتراك بتعهد ما تجاه شخص آخر في معاملة تُعد تجارية بالنسبة لهم أَو لأحدهم فيكون جميع المرتبطين بذلك التعهد مسؤولين بالتضامن والتكافل ما لم يُشترط خلاف ذلك)).

ويلاحظ من نص المادة أعلاه أنَّها وضعت حكماً عاماً يقضي بتضامن المدينين في البيئة التجارية ،وكان أساس ذلك لتثبيت العرف التجاري القديم الذي كان سائداً في قانون التجارة العثمانية ،وكذلك في فرنسا ومصر[1] ، كما أنَّ هذا النص قد جعل التضامن هو الأصل ، أمَّا الاستثناء فيتمثَّل في استبعاده بموجب اتفاق أَطراف العلاقة التجارية على ذلك .

ويرى الباحث أَن النص أعلاه لم يتطرَّق إلى القيد القانوني الذي يمكن أَن يحدُّ من افتراض التضامن ، إذ اقتصر على الإشارة إلى القيد المتعلَّق بوجود الشرط الذي يستبعد التضامن بالاتفاق دون ذكره للنص القانوني الذي يُقيّده ، وهذا بحسب رأينا ترجيح قوي لافتراض التضامن ،ودلالة واضحة على وجود العرف التجاري القاضي بافتراض تضامن المدينين في البيئة التجارية ، فضلاً عن شيوع التعامل به ، مما دفع المشرّع ليجعله قاعدة عامَّة تحكم كل الالتزامات التجارية.

وأخيرًا فإنَّ النص أعلاه اشترط أن يكون أَحد اشخاص المعاملة التجارية تاجرا على الأقل حتى يتم القول بافتراض التضامن ،ممَّا يؤكّد ضرورة كون الدين يقع ضمن نطاق أَحكام قانون التجارة بغض النظر عن صفة القائم بالعمل.

---

[1] د . أكرم ياملكي، الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي ، مصدر سابق ، ص114.

أمَّا قانون التجارة السابق رقم (149) لسنة 1970 (الملغي) ، فقد تضمَّن بين أَحكامه نصٌّ يقضي بالتضامن المفترض للمدينين ، وذلك في المادة (81) منه التي جاء فيها((1- إذا ارتبط شخصان أو اكثر بدين تجاري يكونون متضامنين في هذا الدين ما لم ينصُّ القانون أَو الاتفاق على غير ذلك .2 – ويسري هذا الحكم عند تعدّد الكفلاء في دين تجاري)).

والنص أعلاه جاء على شاكلة النص الذي ورد في قانون التجارة الأسبق؛ ليثبت حكم العرف في قاعدة عامَّة تحكم الالتزامات التجارية تقتضي بتضامن المدينين في المسائل التجارية[1].

وقد جعل المشرّع العراقي افتراض التضامن هو الأصل والاستثناء استبعاد ذلك ،ولكن خالف المادة(103) من القانون الأَسبق؛ لأنَّه جعل استبعاد التضامن المفترض أمَّا أن يكون بالاتفاق أَو بالنص القانوني ، في حين كان القانون السابق يقصر ذلك على الاتفاق فقط.

كما نلاحظ أَنَّ النص جاء مطلقاً في مسألة كون المعاملة تجارية لأحد الملتزمين أَو لجميعهم، إذ إشترطت الفقرة (1) من المادة أعلاه أن يكون الدين تجاري مع تعدّد أطراف الالتزام ينهض معه التضامن بينهما تجاه الدائن.

أمَّا المسألة الأُخرى التي نلاحظها ، وهي التوسع في نطاق التضامن التجاري من خلال عدم اقتصار التضامن الذي أَقرَّته الفقرة (2) من المادة أعلاه على المدينين ، بل شمل الحكم الكفلاء الذين يضمنون المدين بدين تجاري، فيكونوا بحسب هذه الفقرة متضامنين تجاه الدائن ،ومن ثَمَّ يحقُّ له الرجوع على أيّ منهم ولا يحق لهم التمسك بالتجريد ما دامت الرابطة تقع ضمن البيئة التجارية ، وجاء هذا الحكم مخالفاً للمادة (103) من قانون

---

[1] د. نوري طالباني، المصدر السابق ، ص69 .

التجارة الأسبق[1] ،كما أنَّ المُشرّع العراقي قد سبق المُشرّع المصري في ذلك ؛ لأنَّ الأخير قد أشار إلى الحكم نفسه في وقت لاحق في المادة (2/47) من قانون التجارة المصري الجديد رقم (17) لسنة 1999.

وممّا تقدم يتَّضح أنَّ قانونيَّ التجارة الملغيان في العراق اثبتا وجود العرف القائل بافتراض تضامن المدينين في الالتزامات التجارية من خلال قاعدة عامَّة تُطبَّق على جميع المسائل الداخلة ضمن نطاق البيئة التجارية مع الإشارة إلى كون هذه القاعدة ليست من القواعد الآمرة ، ومن ثمَّ يمكن للأطراف استبعادها عن طريق الاتفاق.

ثانياً : في قانون التجارة العراقي النافذ:

جاء موقف قانون التجارة العراقي النافذ رقم (30) لسنة 1984 (المعدل) مخالفاً لما سبقه من تشريعات تجارية في القانون الأسبق والسابق ، إذ لم يتضمَّن بين طياته قاعدة عامَّة لإفتراض التضامن بين المدينين ، واقتصر الأمر على بعض القواعد الخاصَّة التي تحكم بعض المسائل التي نصَّ عليها المُشرّع كما في الأوراق التجارية والإفلاس، وكان سبب عدم وجود النص المقرّر للتضامن ضمن أحكام قانون التجارة النافذ هو التوجه الذي تبناه المشرّع في تلك المدة التي شهدت حملة لإصلاح النظام القانوني من خلال تغيير وتعديل كثيراً من القوانين ، وقد طغى على تلك المرحلة الزمنية الايدلوجية الاشتراكية وتجسَّد ذلك في السعي لتوحيد أحكام المسائل المدنية والتجارية والتي نتج عنها بعض التعديلات ،ومنها الغاء النص المقرَّر لتضامن المدينين[2].

---

[1] د. صلاح الدين الناهي، الوسيط ،المصدر السابق، ص6 .

[2] د. باسم محمد صالح ،المصدر السابق ، ص43 .

وهـذا الأمـر كـان قـد شَـمِل القاعـدة العامـة دون المسـاس بالقواعـد الخاصَّـة التـي تقـرّر التضـامن بـين المـدينين فـي المسـائل التجاريـة ،وهـذا الأمـر أدلـى بظلالـه علـى آراء الفقهـاء ممّـا ظهـر معـه خـلاف فقهـي فـي وجـود التضـامن المفتـرض مـن عدمـه فـي ظـلّ أحكـام قـانون التجـارة النافـذ ،مـع رجاحـة كفَّـة القائلين بوجوده [1].

إنَّ إلغـاء الـنص لـم يـؤثر علـى وجـود هـذا الافتـراض فـي تضـامن المـدينين ؛ لأنَّ أساسـه يكمـن فـي العـرف التجـاري الـذي أثبتـت وجـوده القـوانين الملغاة وكما مر بنا سابقاً [2] .

ومـن هنـا يتّضـح أنَّ قـانون التجـارة العراقـي النافـذ قـد خـالف قـانونيَّ التجـارة السـابقين لـه، وكـذلك القـوانين المقارنـة فـي عـدم إيـراد قاعـدة عامَّـة تقضي بالتضامن المفترض بين المدينين .

المطلب الثاني
القواعد الخاصة للتضامن المفترض للمدينين
في قانون التجارة

إنّ القـوانين المقارنـة ،وكـذلك قـوانين التجـارة الملغيـة فـي العـراق علـى الـرغم مـن ادراجهـا قاعـدة عامَّـة للتضـامن المفتـرض فـي البيئـة التجاريـة إلَّا أنهَّـا لـم تقـم بإلغـاء القواعـد القانونيَّـة الخاصَّـة بالتضـامن المفتـرض التـي تـنظم بعـض المسـائل المهمَّـة فـي التجـارة ،وكـأن الأجـدر بالمشـرّعين الاسـتغناء عـن النصـوص الخاصَّـة؛ لأنَّ هـذه المسـائل إذا كانـت داخلـة ضـمن نطـاق قـانون التجـارة ، فإنَّهـا تكـون خاضـعة للقاعـدة العامَّـة المقـرّرة للتضـامن ، أمَّـا قـانون

(1) ينظر: الصفحات (52-54) من الأطروحة.

(2) ينظر الصفحة (119) من الأطروحة.

التجارة العراقي النافذ فقد أبقى على القواعد الخاصة بعد الغاءه للقاعدة العامَّة ،وتتجسَّد هذه القواعد في بعض الأحكام الخاصَّة بالأوراق التجارية والافلاس، فضلاً عن تعلّق بعضها بالعمليات المصرفية.

لذا سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين، الفرع الأول لبيان التضامن المفترض للمدينين في الأوراق التجارية والإفلاس، في حين يُحدّد الفرع الثاني التضامن المفترض للمدينين في العمليات المصرفية .

الفرع الأوَّل

التضامن المفترض للمدينين في الأوراق التجارية والإفلاس

إنّ الأهمية الكبيرة التي تمثّلها الأوراق التجارية بالنسبة للبيئة التجارية وما توفره من سرعة وائتمان في التعاملات (ما عدا الصك)،وكذلك ما يسهم فيه نظام الإفلاس من توفير ائتمان تجاري جعلت اغلب التشريعات تضع لها احكاماً خاصة للتضامن ،وهي كما يأتي:-

أوَّلاً: تضامن الموقعين على الورقة التجارية:

إنّ من اشهر التطبيقات التي أشارت إليها التشريعات التجارية بخصوص التضامن ما يتعلق بالأوراق التجارية، إذ أضفى لها المشرّع في القوانين المقارنة والقانون العراقي أَحكام خاصَّة بها بما يتلائم مع أهميتها ، لذلك نجدها قد تضمَّنت الأحكام المتعلّقة بتضامن الملتزمين بالورقة التجارية [1].

---

[1] د. صلاح الدين الناهي ، مبادئ القانون التجاري وقانون المكاسب، مقدمة في القانون واقسامه–الأوراق التجارية والافلاس وتصفية الشركات مع ملحق بقانون التجارة رقم(60)لسنة 1943 وتعديلاته ، مطبعة اسعد، بغداد ،1962، ص141.

ويسمى تضامن الموقعين على الورقة التجارية بـ (التضامن الصرفي)، ويُعدُّ من الضمانات الجوهريَّة لحامل الورقة التجارية [1]

وتكمن غاية التضامن الصرفي في توفير الثقة التي تُعزّز من ضمانات الورقة التجارية ،وتُسهم في تمكينها من أداء وظائفها ،ومنها الائتمان إلى جانب الوفاء ؛ لأنَّها تقوم مقام النقود[2].

وهذا الأمر يوفر الطمأنينة للتاجر ،ويسهم في زيادة فرصة الحصول على دينه بالكامل بجعل كل شخص موقعاً على الحوالة التجارية ، ضامنًا للوفاء بقيمتها.

وقد احتوى قانون التجارة الفرنسي القديم لسنة 1807 في طياته النص المقرَّر لتضامن الموقعين على الحوالة التجارية في المادة (104) منه التي تنصُّ على أنَّه ((يسأل كلّ من أمضى البوليصة أو قبلها أو ظهرها عن الضمان على وجه التضامن قبل الحامل))[3]، وقد مثَّلت هذه المادة الأساس

---

[1] د. هاني محمد دويدار، القانون التجاري اللبناني-دراسة في قانون المشروع الرأسمالي، الجزء الثاني-العقود التجارية- العمليات المصرفية- الأوراق التجارية والافلاس، دار النهضة العربية ، بيروت،1995،ص388، د. إبراهيم اسماعيل إبراهيم ، الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية – دراسة قانونية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمّان ، 1999 ، ص 63، د. وائل بندق و د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية، وسائل الدفع الالكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي ،مصر،2005،ص239.

[2] د. محمد السيد الفقي، القانون التجاري (أدوات الوفاء-الائتمان -الإفلاس والصلح الواقي منه)، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية،2011،ص161.

[3] نص المادة باللغة الفرنسية:

Article 104

« Quiconque signe, accepte ou endosse la police est solidairement responsable devant le porteur.

الـذي اعتمـدت عليـه كثيـر مـن قـوانين التجـارة فـي إقـرار التضـامن بـالأوراق التجارية [1].

كمـا أنَّ قـانون التجـارة الفرنسـي النافـذ لسـنة 2000 قـد نـصَّ علـى تضـامن الموقعين على الحوالة التجارية في المادة (140) منه.

أمَّـا المشـرّع المصـري فكـان قـد ضـمّن قانونـه الملغـي الحكـم ذاتـه الخـاص بتضـامن المـوقعين علـى الورقـة التجاريـة ، وذلـك فـي المـادة (137) منـه التـي تـنصُّ علـى أنّـه ((سـاحب الكمبيالـة وقابلهـا ومحيلهـا ملزمـون لحاملهـا بالوفـاء علـى وجـه التضـامن))وقد أكَّـد المشـرّع علـى ذلـك الحكـم فـي قـانون التجـارة المصـري النافـذ فـي المـادة (442) فيهـا ((الأشـخاص الملتزمـون بموجـب كمبيالة مسؤولون بالتضامن قبل حاملها)).

ويتَّضـح مـن النصـوص أعـلاه التأكيـد علـى تضـامن المـوقعين علـى الحوالـة التجاريـة التـي تُمثّـل الأحكـام فيهـا نظريَّـة عامَّـة يمكـن تطبيقهـا علـى الأوراق التجارية جميعاً إلَّا ما يتعارض مع طبيعتها[2] .

وفـي السـياق ذاتـه نصَّـت قـوانين التجـارة العراقيـة المتعاقبـة علـى التضـامن الصـرفي، إذ نجـد أَنَّ قـانون التجـارة الأسـبق قـد نـصَّ فـي المـادة (433) علـى أنَّـه((يكون السـاحب وجميـع الـذين قبلـوا البوليصـة، والمظهـرين الضـامنين(بالأفال) مسـؤولين مجتمعـاً ومنفـرداً تجـاه الحامـل، ولكـل موقـع أدى مبلـغ البوليصـة مثـل هـذا الحـق.....))، أمَّـا قـانون التجـارة السـابق، فقـد نـصَّ علـى ذلـك فـي المـادة (481)منـه التـي جـاء فيهـا ((1-الأشـخاص الملتزمـون

---

[1] ولـم يغفـل المشـرّع الفرنسـي عـن هـذا الحكـم عنـد تعـديل قـانون التجـارة فـي عـام 1935، إذ أورد نفـس الحكـم فـي المـادة (151)،وكـذلك المـادة (44)مـن القـانون الفرنسـي الصـادر فـي 10/تشـرين الأول /1935والمتعلـق بتوحيـد الاحكـام الخاصـة بالصـك، اسـتاذنا: د. يوسف عودة غانم المنصوري، المصدر السابق ،ص10.

[2] د. فـوزي محمـد سـامي، د. فـائق محمـود الشـماع، القـانون التجـاري-الأوراق التجاريـة ، طبعة جديدة منقحة، العاتك، القاهرة، 2008، ص23.

بموجب السفتجة مسؤولون بالتضامن من قبل الحامل.....٣-ويثبت هذا الحق لكل موقع على السفتجة إذا أدى قيمتها.....)).

وسار قانون التجارة العراقي النافذ على المسار ذاته، فنصَّ على تضامن الموقعين على الحوالة التجارية في المادة (106) التي تنصُّ على أنَّه ((أوّلاً-الأشخاص الملتزمون بموجب الحوالة مسؤولون بالتضامن تجاه حاملها . ثانياً: للحامل الرجوع على هؤلاء الملتزمين منفردين او مجتمعين دون أن يلزم بمراعاة ترتيب التزاماتهم ،ويثبت هذا الحق لكل موقع على الحوالة إذا أدى قيمتها)).

ومن خلال النصوص القانونية التي تضمنتها القوانين المقارنة ، فضلاً عن قوانين التجارة في العراق نلاحظ تبني المشرّع للتضامن الصرفي أو التأكيد عليه بأحكام تفصيلية تجعل من كلّ موقع على الحوالة التجارية مسؤولاً بالتضامن تجاه الحامل ممَّا يمنح الحامل مكنة الرجوع على أيّ شخص منهم، وكان ذلك من أجل احاطة الأوراق التجارية بالائتمان الكافي الذي يتطلَّبه التعامل بهذه الأوراق ، ويُسهم في تمكينها من أداء وظائفها بعدَّها من أهم الضمانات للحامل في استيفاء قيمة الورقة التجارية[1] .

إنّ أهميَّة التضامن في الأوراق التجارية جعلت الأحكام التي وضعها المشرّع فيها من الخصوصية والاختلاف عن التضامن المدني و التجاري ممَّا يستلزم بيانه ، وكما يأتي:-

أ-التضامن في الأوراق التجارية يلزم الحامل عند مطالبة المسحوب عليه أوّلاً، ولا يمكن له الرجوع على باقي الملتزمين إلَّا إذا اثبت الحامل امتناع المسحوب عليه عن الوفاء، وذلك عن طريق احتجاج عدم الوفاء ، بينما في

---

[1] د. علي جمال الدين عوض، الأوراق التجارية-السند الأذني-الكمبيالة-الشيك(دراسة للقضاء)، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1995، ص90، د. عزيز العكيلي ، الوسيط في شرح القانون التجاري-الأوراق التجارية وعمليات البنوك، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، دار الثقافة والنشر، عمّان، 2018، ص123.

تضامن المدينين في الالتزام المدني يكون الدائن حراً في اختيار من يشاء من المدينين المتضامنين ومطالبته بالدين كله[1] ، وعلى كلّ حال فإنَّ الحامل إذا رجع على باقي الملتزمين فلا يراعي في ذلك أي ترتيب معيَّن ، ويحقُّ له مطالبة أيّاً كان منهم[2].إذ لا يفرض عليه القانون الالتزام بتسلسل التواقيع الموجودة على الورقة التجارية ، وله حقّ اختيار أيّ ملتزم منهم على أساس أنَّهم متضامنون تجاه الحامل في حالة عدم الوفاء من قبل المدين ومنطقياً أنَّ الحامل سيختار من كان موسراً منهم ؛ لكي يضمن حصوله على قيمتها ، وهذا يمثل الأثر الرئيس للتضامن [3].

ويكون أساس الحكم هنا على افتراض أنَّ الموقعين الآخرين في مركز الضامنين؛ لأنَّهم في الحقيقة ليسوا مدينين بهذا ؛ لأنَّ انتقال الحق الثابت في الورقة التجارية كان نتيجة قيامهم بدفع ثمن مقابل لذلك الحق، ثم بعد ذلك تنازلوا عن الحق الثابت فيها لمن لحقهم بمقابل أيضاً وهكذا[4].

---

[1] د. محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري ، الجزء الثاني–العقود التجارية–الأوراق التجارية ، الطبعة الثالثة مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، دون سنة نشر،ص362.

[2] د. صلاح الدين الناهي ، المبسوط في الأوراق التجارية (دراسة موازنة)، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1965 ص416 ، د .عزيز العكيلي ، الوسيط في شرح القانون التجاري ، الجزء الثاني ، مصدر سابق، ص124، د. اكرم ياملكي ، القانون التجاري–الأوراق التجارية ، دراسة مقارنة، مطبعة العاني، بغداد،1977، ص121، د. محمد السيد الفقي، القانون التجاري– أدوات الوفاء، مصدر سابق، ص164.

[3] د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري–الأوراق التجارية (سند السحب)–السفتجة–السند الأمر ((الكمبيالة))–الشيك) ، المجلد الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان،1997، ص202.

[4] د. علي جمال الدين عوض، الأوراق التجارية، مصدر سابق، ص91، د. هاني محمد دويدار، القانون التجاري اللبناني–الجزء الثاني–العقود التجارية، مصدر=

ب- يذهب بعض الفقهاء إلى أنَّ التضامن الصرفي يترتَّب على مخاصمة أحد الموقعين على الورقة التجارية من قبل الحامل على افتراض تنازله عن مخاصمة اللاحقين له، وذلك بحسب القرينة التي أقامتها المادة (2/164) من قانون التجارة المصري الملغي لسنة 1883 ، وذلك خلافاً للقواعد العامَّة التي لا تجعل من مطالبة أحد المدينين المتضامنين يترتَّب عليها سقوط حقَّه في مطالبة الآخرين، ولكن هذا الرأي لم يعد له أهميَّة بعد أنَّ قرَّر القانون المصري الجديد حكماً خلافاً له.

إذ سمح للحامل مطالبة أي من الموقعين على الحوالة التجارية ، ولا تمنع مطالبته لأحدهم من مطالبة شخص آخر حتى وإن كان الأخيرُ لاحقاً لمن طالبه أوّلاً، وهذا بحسب نصُّ المادة(4/442) من قانون التجارة المصري الجديد التي جاء فيها ((الدعوى المقامة على أحد الملتزمين لا تحول دون الرجوع على الباقين ولو كانوا لاحقين للملتزم الذي وجهت اليه الدعوى ابتداءً))، و الحكم نفسه ذهب إليه المشرّع العراقي في الفقرة (ثالثاً) من المادة (106) من قانون التجارة العراقي النافذ التي تنصُّ على أنَّه ((الدعوى المقامة على أحد الموقعين لا تحول دون الرجوع على الباقين ولو كانوا لاحقين للملتزم الذي أقيمت عليه الدعوى ابتداءً))[1].

وهذه الأحكام تطابق القواعد العامة التي لا تحرم الدائن من الرجوع على أيّ مدين آخر من المدينين المتضامنين بعد إقامة الدعوى على مدين آخر ما دام لم يحصل على دينه بعد.

جـ - يترتَّب على وفاء الدين من قبل أحد المدينين المتضامنين براءة ذمم المدينين المتضامنين جميعاً تجاه الدائن ،وحق المدين الموفي بالرجوع على

=سابق، ص390، د. محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري ،الجزء الثاني، مصدر سابق، ص362.

[1] وكان المشرع العراقي قد قرر الحكم نفسه في قوانين التجارة الملغية في المادة (443) من قانون التجارة العراقي الأسبق المادة (4/482) من قانون التجارة العراقي السابق.

باقي المدينين المتضامنين كلٌ بقدر حصته من الدين ،وهذا الحكم يكون في المسائل المدنية و التجارية ، ولكن في التضامن الصرفي يكون من حقّ الموفي الرجوع على أيّ من الموقعين على الحوالة التجارية بالدين كله وليس بقدر حصَّته، وهذا هو الفارق المهم بين التضامن الصرفي ،والتضامن في البيئة المدنية التجارية [1].

وهذا الأمر لا يخلُ بواقع التضامن، إذ يرى الفقهاء [2] أنَّ التضامن في الحوالة التجارية يكون ذو نطاق أوسع من التضامن المدني، وكذلك عموم التضامن التجاري ،إذ إنّ وجود تضامن للموقعين على الحوالة التجارية تجاه حاملها يجعل كلّ منهم ملتزماً بأداء مبلغ تلك الحوالة عند الرجوع عليه بشرط أنْ يكون قد أثبت عدم قيام المسحوب عليه القابل بالوفاء هذا من جهة ، ومن جهة أخرى يوجد تضامن بين الملتزمين بموجب الحوالة التجارية تجاه من يقوم منهم بوفاء قيمتها الى الحامل ،وبموجب هذا التضامن يمكن للموفي مطالبة ايٍّ منهم بالدين كله دون ان يكون لهم التمسك بحق التقسيم.

---

[1] د. محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري ، الجزء الثاني ، ص362، د. عزيز العكيلي ، الوسيط في شرح القانون التجاري ، الجزء الثاني ، ص124، المستشار عبد الحميد المنشاوي، المصدر السابق ، ص368، د.صلاح الدين الناهي، مبادئ القانون التجاري وقانون المكاسب، مصدر سابق، ص142-143.

[2] د. هاني محمد دويدار، القانون التجاري اللبناني ، الجزء الثاني ، المصدر السابق ، ص389.

ويسمى التضامن بين الموقعين تجاه الدائن (التضامن الخارجي)، بينما يطلق على تضامن الموقعين على الحوالة التجارية تجاه الملتزم الذي قام بالوفاء بـ (التضامن الداخلي)[1].

وحق رجوع المدين الموفي على باقي الموقعين بكل الدين قد نصَّت عليه الفقرة(3) من المادة (442) من قانون التجارة المصري الجديد التي جاء فيها ((وثبت هذا الحق لكل موقع على الكمبيالة إذا دفع قيمتها))، كما جاء الحكم نفسه في الفقرة (ثانياً)من نص المادة (106) من قانون التجارة العراقي النافذ التي تقضي ((للحامل الرجوع على هؤلاء الملتزمين منفردين او مجتمعين دون أن يلزم بمراعاة ترتيب التزاماتهم. ويثبت هذا الحق لكلّ موقع على الحوالة إذا أدى قيمتها)).

د- مر بنا سابقاً في التضامن المدني وكذلك في التضامن التجاري عموماً أنَّ المدين المتضامن يستطيع التمسك بالدفوع الشخصية الخاصَّة به وبالدفوع المشتركة بينه وبين باقي المدينين المتضامنين، ولكن في التضامن الصرفي ووفقاً لقاعدة (التطهير من الدفوع)، فلا يمكن للملتزم التمسك تجاه الحامل إلَّا بالدفوع الموضوعيَّة الخاصة به فقط، أمّا الدفوع الشخصية فليس لهُ أن يتمسك بها تجاه الحامل حسن النية(باستثناء الدفوع الناشئة من علاقة الملتزم بالحامل)،كما أنه لا يستطيع التمسك بالدفوع المشتركة سواء أكانت موضوعية أم شخصية وذلك بحسب قاعدة استقلال التواقيع[2].

---

[1]د. مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري-الأوراق التجارية والإفلاس ،الدار الجامعية ،الإسكندرية ،دون سنة نشر،ص120، د. يوسف عودة غانم المنصوري، المصدر السابق ، ص135-136.

[2] د .محمد السيد الفقي، القانون التجاري-أدوات الوفاء، مصدر سابق،ص162، د. يوسف عودة غانم المنصوري، المصدر السابق،ص32-33.

ويرى بعض الفقهاء[1] أنَّ الضامن الاحتياطي يُعدُّ متضامناً صرفياً بقيمة الحوالة التجارية ،وذلك بحسب ما جاء في المادة (82/اولاً) من قانون التجارة العراقي النافذ التي تنصُّ على أنّه ((يلتزم الضامن بالكيفية التي التزم بها المضمون ويكون إلتزام الضامن صحيحاً ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلاً لأيّ سبب آخر غير عيب الشكل))[2]، وهذا الحكم لا يسمح للضامن الدفع تجاه الحامل بالتجريد ،كذلك فإنَّ من حقّ الضامن عند قيامه بوفاء قيمة الحوالة أن يرجع على الملتزم المضمون [3]والملتزمين السابقين له بالدين كله، وليس له حق الرجوع على اللاحقين للملتزم المضمون، إذ إنَّ هذا الأمر لا ينسجم مع المنطق القانوني السليم؛ لأنَّ الشخص المضمون هو في الأساس كان ملتزماً تجاه اللاحقين [4].

---

[1] د. صلاح الدين الناهي، مبادئ القانون التجاري وقانون المكاسب، مصدر سابق، ص140، د. محسن شفيق ، الوسيط في القانون التجاري المصري ، الجزء الثاني ، ص367.

[2]تقابلها في المعنى ذاته نص المادة(418) من قانون التجارة الأسبق ، والمادة(1/457)من قانون التجارة العراقي السابق.

[3] إذ يعد هذا من المبادئ التي قضت بها محكمة التمييز الاتحادية في قرارها المرقم(579/مدنية ثالثة/ 1975) في 1976/1/29 والذي ينص على أنه ((يكون المدين وكفيله متضامنين مادام سند الكمبيالة مستوفيا لشروطه القانونية ويدفع الكفيل الدين بالكيفية التي التزم بها مكفولة وله حق الرجوع عليه بما دفعه))، إبراهيم المشاهدي، المصدر السابق ، ص16.

[4] د. فوري محمد سامي، الأوراق التجارية، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص200، د. محمود الكيلاني ،الموسوعة المعرفية والأوراق التجارية(دراسة مقارنة)، المجلد الثالث ، الطبعة الثالثة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمّان، 2012 ، ص236-237.

ثانياً : تضامن أمناء التفليسة

يُعدُّ الإفلاس أحد الأنظمة الخاصَّة بقانون التجارة ، وهو ((نظام خاص بالتجار يهدف إلى التنفيذ الجماعي على أموال المدين التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية في موعدها)) [1].

وهذا النظام فيه حماية للدائنين عند تعدّدهم من تصرفات المدين الضارة، فضلا عن هدفه المتمثل بتحقيق المساواة بين الدائنين من خلال استيفاء ديونهم دون أن تكون هنالك أسبقية لأحد الدائنين على الآخر [2] .

ويكون أمين التفليسة أهم الأشخاص الذين يقومون على إدارة التفليسة؛ لأنَّه يقوم باستلام أموال المفلس بعد أن تُغل يده ، ليحافظ عليها ويتولى إدارتها ، وإذا أتخذ الدائنون قرارهم بشأن تصفية أموال المدين، فيتولى أمين التفليسة بيع الأموال وتوزيعها [3].

والأصل أنَّ المحكمة تُعيّن أمينا واحدا لإدارة التفليسة ، ولكن يجوز لها استثناء أن تُعيين أمناء عدّة لإدارتها كلَّما اقتضت الضرورة ذلك [4]، و هذا ما تقرّره المادة (2/571) من قانون التجارة المصري الجديد التي تنصُّ على أنَّه ((ويجوز في كلّ وقت لقاضي التفليسة من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المفلس أو المراقب بإضافة أمين أو أكثر بشرط أن لا يزيد عددهم على ثلاثة)) ، وفي السياق ذاته جاءت الفقرة (2) من المادة

([1]) د . كمال مصطفى طه ، د . علي البارودي القانون التجاري ، الطبعة الأولى ، بيروت ، 2001 ، ص263.

([2]) د . عزيز العكيلي ، الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد – أحكام الإفلاس ، الطبعة الأولى ، مطبعة دار السلام ، بغداد ،1973 ، ص10.

([3]) د . محسن شفيق ، الوسيط في القانون التجاري المصري عمليات البنوك والإفلاس ،الجزء الثالث ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1962- 1963 ، ص275.

([4]) د . فاروق إبراهيم جاسم ، القانون التجاري أحكام الإفلاس، الجزء الثالث ، الطبعة الأولى ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،2020، ص245.

(586) من الفصل الخامس من قانون التجارة السابق والتي جاء فيها ((ويجوز في كلّ وقت لقاضي التفليسة من تلقاء ذاته أو بناء على طلب المفلس أو المراقب الأمر بإضافة أمين أو أكثر بشرط أن لا يزيد عددهم على ثلاثة)) ويكون ذلك عادةً عند عدم قدرة أمين التفليسة على إدارة التفليسة بمفرده .

إنَّ هذه النصوص يتبيّن من خلالها حالة تعدّد الأمناء الذين يكونون ملزمين بإدارة التفليسة بوضعهم ممثّلين عن جماعة الدائنين والمفلس في الوقت نفسه، ففي علاقتهم بالدائنين ، فإنَّهم ملزمون بإتخاذ الإجراءات اللازمة لإدارة التفليسة ، والمحافظة على أموال المدين حتى إنتهاء التفليسة [1] .

إذ يوجد تضامن في مجال الإفلاس بين أمين التفليسة ونوابه تجاه الدائنين إذ نصَّت المادة (2/589) من الفصل الخامس من قانون التجارة العراقي رقم(149) لسنة 1970 على أنَّه ((يشترك أمين التفليسة بالمسؤولية القانونية مع نوابه في ما يخصُّ أعمال نوابه))[2]، إذ إنَّ أهميَّة نظام الإفلاس وخطورته وما يتطلَّبه من مسائل عدّة جعلت المشرّع يحدّد الأشخاص العاملين لتطبيق هذا النظام وإدارته ، ولمَّا كان الحكم بإشهار إفلاس التاجر يترتَّب عليه غل يد المدين عن إدارة أمواله ، والتصرف فيها لذلك نجد أن المحكمة التي تصدر هذا القرار تقوم بتعيين وكيل عن المدين يسمى (بأمين التفليسة) [3] تعهد إليه بإدارة أموال المدين والمحافظة عليها لغاية اختيار جماعة الدائنين الحل المناسب الذي تنتهي اليه التفليسة [1].

([1]) د ، عزيز العكيلي ، الوجيز في شرح قانون التجارة ،مصدر سابق ، ص247.

([2]) ينظر: الهامش رقم (1) في الصفحة (49) من الأطروحة .

([3]) وقد اختلفت التسميات بين التشريعات ، فكان قانون التجارة العثماني يطلق علية (السنديك) ونفس التسمية استخدمها قانون التجارة العراقي الأسبق أو(وكيل الماسة)،

ويستحق أمين التفليسة أجراً على ما يقوم به ، لذلك تُعدُّ وكالته بأجر، ومن ثمَّ يجب عليه بذل عناية الرجل المعتاد في تنفيذ ما أسند إليه ،وذلك بحسب نصُّ المادة (934) من القانون المدني العراقي ، وعليه فإنَّه يكون مسؤولاً تجاه المفلس والدائنين عن أيّ خطأ يرتكبه وينجم عنه ضرر يصيبهم [2]، وهذه المسؤولية لا تقتصر على أحد الأمناء عند تعدّدهم، إذ نجد أنَّ التشريعات قد نصَّت على مسؤوليتهم جميعا ، فنلاحظ أنَّ نصُّ المادة (586) من قانون التجارة العراقي السابق قد تضمَّنت عبارة ((يشتريك أمين التفليسة بالمسؤولية القانونية مع نوابه))، ممَّا يدلُّ على مسؤوليتهم جميعاً عن أي ضرر يصيب المفلس أو الدائنين .

كما نجد أنَّ المادة (574) من قانون التجارة المصري الجديد قد قرَّرت تضامن أمناء التفليسة عند تعدّد ، إذ تنص على أنَّه ((1- إذا تعدَّد أمناء التفليسة وجب أن يعملوا مجتمعين و يسألون بالتضامن عن إدارتهم . 2- ويجوز لقاضي التفليسة أن يُقسّم العمل بينهم أو أن يعهد إلى أحدهم بعمل معين ، وفي هذه الحالة لا يكون أمين التفليسة مسؤولاً إلَّا عن العمل الذي يكلف به . 3 - ويجوز لأمناء التفليسة أن ينيبوا بعضهم البعض في القيام بالأعمال المعهود بها إليهم ، ولا يجوز لهم انابة الغير إلَّا بإذن من قاضي التفليسة ، وفي هذه الحالة يكون أمين التفليسة ونائبه مسؤولين بالتضامن عن الأعمال المذكورة))، وفي هذا النص تتَّضحُ المسؤولية التضامنية لأمناء التفليسة عن تعدّدهم ، إذ يجب عليهم العمل مجتمعين

إما قانون التجارة السابق وكذلك قانون التجارة النافذ فقد أستخدم المشرّع فيها لفظ (أمين التفليسة)، كما تبنى المشرع المصري نفس التسمية في قانون التجارة الجديد .

([1]) د . عزيز العكيلي ، الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد – أحكام الإفلاس ، مصدر سابق ، ص245.

([2]) د . فاروق إبراهيم جاسم ، القانون التجاري ،أحكام الإفلاس ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص254.

ويكونون مسؤولين بالتضامن عن الأخطاء التي تقع في إدارة التفليسة ، وفي حالة قيام قاضي التفليسة بإعطاء إذن خاص لأحدهم أو عدد منهم للقيام بعمل إداري على انفراد تنحصر المسؤولية بهؤلاء فقط [1].

كما أنَّ موقف المشرّع العراقي يشابه موقف المشرّع المصري ، إذ نلاحظ أنَّ المادة ((589)) من قانون التجارة العراقي السابق تنص على أنَّه ((1- إذا تعدَّد أمناء التفليسة وجب أن يعملوا مجتمعين و يسألون بالتضامن عن إدارتهم . 2 – ومع ذلك يجوز لحاكم التفليسة أن يُقسّم العمل بينهم أو أن يعهد الى أحدهم بعمل معيَّن، وفي هذه الحالة لا يكون أمين التفليسة مسؤولاً إلَّا عن الأعمال التي كُلّف بها . 3 – ويجوز لأمناء التفليسة أن يُنيب بعضهم البعض في القيام بالأعمال المعهود بها إليهم ،ولا يجوز لهم أنابة الغير إلَّا بإذن من حاكم التفليسة ،وفي هذه الحالة يكون أمين التفليسة ونائبه مسؤولين بالتضامن عن هذه الأعمال)).

وبحسب النصوص أعلاه فإنَّ عدد الأمناء يجب أن لا يتجاوز ثلاث أمناء للتفليسة ، ومسألة تعيينهم تعدُّ مسألة جوازية يختص بها قاضي التفليسة بها سواء أكان بتقديره أم بطلب من المفلس ، كما أنَّ التشريعات قد اشترطت موافقة قاضي التفليسة على إختيار نائب عن أمين التفليسة من غير الأمناء الثلاث الذين تمَّ تعيينهم بموجب الحكم القضائي، ومع ذلك فإنَّ القانون أكَّد على مسؤوليَّة أمين التفليسة مع نائبه بأنَّها مسؤوليَّة تضامنيَّة

([1]) د . محمد السيد الفقي ، أدوات الوفاء والائتمان ، مصدر سابق ، ص398 ، د . محسن شفيق ، الوسيط في القانون التجاري ، عمليات البنوك والإفلاس ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص278 –279 .

تجاه المدين المفلس وجماعة الدائنين ، لما لهذه المسألة من خطورة ، وعليه يكونون مسؤولين بالتضامن عن أيّ خطأ يصدر منهم [1].

وممَّا سبق يتَّضحُ أن أمناء التفليسة عند التعدّد يكونون متضامنين بحكم القانون، ومن ثمَّ فإنَّ لكلّ من المدين المفلس، أو جماعة الدائنين الرجوع على أيّ منهم أو الرجوع عليهم جميعا للمطالبة بما يصبهم من ضرر نتيجة لإدارتهم الخاطئة في التفليسة، ومثال ذلك أغفاله القيام بإجراء معيَّن يتسبب بضرر للدائن أو اهماله للمطالبة بحق المفلس نحو ذلك .

الفرع الثاني

التضامن المفترض للمدينين في العمليات المصرفية

يحرص المشرّع على تنظيم المسائل كافة التي تخص التجارة ،ومنها العمليات المصرفية التي ينحصر الاختصاص فيها للمصارف فقط ، وهذه العمليات لها دور كبير ومميَّز في توفير السيولة النقدية ،ودعم الائتمان التجاري من جهة ، ومن جهة لها دور في إنعاش الاقتصاد على المستوى المحلي والعالمي ، ولمَّا كانت هذه العمليات تُسهم في تعزيز الائتمان وتقويته، فإنَّ لها من الأهمية ما جعل المشرّع يتولَّاها بالتنظيم المستقل لكلّ

([1]) د . محمد السيد الفقي ، أدوات الوفاء والائتمان ، مصدر سابق ، ص398 ، د . هاني محمد دويدار ، القانون التجاري اللبناني ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص646 .

د. عزيز العكيلي ، الوجيز في شرح قانون التجارة ، أحكام الإفلاس ، المصدر السابق ، ص252

عمليـــة ، ونلاحـــظ أن بعـــض العمليـــات المصـــرفية قـــد احتـــوت علـــى التضـــامن ممَّا يُعدُّ تطبيقا من تطبيقات التضامن المفترض ، وهي كما يأتي:

أوَّلاً : التضامن في خصم الأوراق التجارية

تُعـــدُّ الأوراق التجاريـــة مـــن الأدوات التـــي تســـهم فـــي تـــوفير الائتمـــان متـــى مـــا كانـــت مضـــافة إلـــى أجـــل معـــيَّن باســـتثناء الصـــك ؛لأنَّـــه مســـتحق الأداء لـــدى الإطـــلاع دائمـــاً ، ولمَّـــا كـــان الائتمـــان هـــو عصـــبَ التجـــارة ،وروحهـــا ؛لـــذلك نجـــد فـــي الغالـــب أنَّ الـــدائن يمـــنح ائتمانـــا للمـــدين عـــن طريـــق قبـــول الســـفتجة أو الســـند لأمر، وينتظر حتى حلول أجل الوفاء فيها .

إلا أنَّ الأعـــراف التجاريـــة أبـــت أن يتوقـــف دور الأوراق التجاريـــة عنـــد هـــذا الحـــد ، لـــذلك ســـمحت بتـــداولها قبـــل حلـــول أجلهـــا ، ومـــن ثـــمَّ يمكـــن أســـتخدمها فـــي تســـويه أكثـــر مـــن ديـــن[1]، ولكـــن هـــذا الأمـــر لا يُمكـــن الحامـــل مـــن الحصـــول علـــى الســـيولة النقديـــة عنـــد الحاجـــة إليهـــا ممَّـــا يســـمح للمصـــارف بالتـــدخل عـــن طريقـــة عملية خصم الأوراق التجارية قبل موعد استحقاقها مقابل عمولة [2] .

والخصـــم بحســـب نـــص المـــادة(283/ أولاً) مـــن قـــانون التجـــارة العراقـــي النافـــذ يقصـــد بـــه ((اتفـــاق يتعهَّـــد المصـــرف بمقتضـــاه بـــأن يـــدفع مقـــدما قيمـــة ورقيـــة تجاريـــة أو أي مســـتند آخـــر قابـــل للتـــداول إلـــى المســـتفيد مقابـــل نقـــل ملكيتـــه إلـــى المصـــرف مـــع التـــزام المســـتفيد بـــرد القيمـــة إلـــى المصـــرف اذا لـــم يـــدفعها المـــدين الأصـــلي))، وهـــذا الاتفـــاق يلتـــزم بموجبـــه المصـــرف أن يـــدفع قيمـــة الورقـــة التجاريـــة أو أي ســـند قابـــل للتـــداول إلـــى الحامـــل، وذلـــك قبـــل حلـــول أجـــل

([1]) د . هـــاني محمـــد دويـــدار ، القـــانون التجـــاري اللبنـــاني ، الجـــزء الثـــاني ، مصـــدر ســـابق، ص 254.

([2]) د . عزيـــز العكيلـــي ، الوســـيط فـــي شـــرح القـــانون التجـــاري ، الجـــزء الثـــاني ، مصـــدر سابق ، ص 494 .

الاستحقاق بعد استقطاع جزء من قيمتها كفائدة وعمولة للمصرف، فضلا عن النفقات التي يستحقها[1] .

وفي المقابل يلتزم المستفيد من هذه العملية بنقل ملكية الورقة أو السند للمصرف عن طريق التظهير التمليكي أو بأيّ طريقة تنسجم مع طبيعة الورقة ، مع بقاءه ملتزما بدفع القيمة للمصرف في حالة عدم الوفاء من قبل المسحوب عليه [2] ، وتحقَّق عملية الخصم للمصرف ضمانات من النادر أن تتوافر في عملية أخرى ، وتتمثَّل هذه الضمانات بالثقة في صحة الالتزام الثابت في الورقة التجارية من دون الرجوع الى العملية التي نشأ بموجبها .

كما يكون للمصرف حقّ التمسّك بقاعدة التطهير من الدفوع ، وأخيراً فإنَّ لهُ حق المطالبة لأيّ ملتزم بموجب الورقة التجارية في حالة عدم وفاءها من قبل المسحوب عليه بالاستناد إلى تضامن الموقعين عليها. [3]

وقد أشار قانون التجارة المصري في المادة ((1/354)) إلى التزام الموقعين على وجه التضامن حيث جاء فيها ((للبنك قبل المدين الاصلي في الصك والمستفيد وغيرهما من الملتزمين الأخرين جميع الحقوق الناشئة عن الصك الذي خصمه))، إذ يكون للمصرف الرجوع على العمل هنا وفقا لعقد الخصم في حالة عدم حصوله على حقّه من الورقة التجارية ،ويسلك في ذلك طريق الرجوع المصرفي، كما يمكن للمصرف الرجوع على العميل

([1]) د. محسن شفيق ، الوسيط في القانون التجاري المصري ، عمليات البنوك ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص126.

([2]) د . فاروق إبراهيم جاسم ، القانون التجاري العقود التجارية وعمليات المصارف ، الجزء الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 2018 ، ص331.

([3]) د . علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الواجهة القانونية ، دراسة للقضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد العربية ، طبعه مكبره ، المكتبة القانونية ، القاهرة، 1993 ، ص746.

باعتباره مظهر للورقة التجارية ،وعلى جميع الموقعين السابقين بدعوى الضمان وهي دعوى صرفيه [1] .

وفي السياق ذاته جاء نص المادة (286/ أولاً) من قانون التجارة العراقي النافذ على أنَّه ((للمصرف تجاه المدين الأصلي في الورقة المستفيد من الخصم وغيرهما من الملتزمين الأخرين جميع الحقوق الناشئة عن الورقة التي خصمها)) ، ويفهم من هذا النص أنَّه في حالة خصم الورقة التجارية يثبت للمصرف تجاه المدين الأصلي بالورقة والمستفيد من خصمها (الحامل) ،وكذلك الملتزمين الموقعين عليها الحق الثابت في تلك الورقة ،والمتمثّل بالمبلغ النقدي الذي تضمَّنه ، إذ إنَّ المصرف يصبح حاملاً قانونياً للورقة التجارية بموجب انتقالها له عن طريق التظهير التمليكي ، ومن ثمَّ فإنَّ جميع الموقعين على الحوالة التجارية متضامنون تجاه المصرف .

وقد أقرَّت النصوص اعلاه بأنْ للمصرف جميع الحقوق الناشئة عن الورقة التجارية التي تمَّ خصمها ، وعليه يكون له حق مطالبة المسحوب عليه القابل بوفاء قيمتها، ولهُ كذلك تنظيم احتجاج عدم الوفاء في حالة رفض المسحوب عليه، وبعد ذلك له حق الرجوع على الموقعين الملتزمين بالورقة التجارية ، ويمكن له مطالبتهم مجتمعين أو منفردين كما أنه لا يلتزم بأتباع ترتيب معيَّن عند الرجوع على أحدهم [2] .

([1]) د . عبد الحميد المنشاوي ، المصدر السابق ، ص266.

([2]) د . مصطفى كمال طه ، العقود التجارية وعمليات البنوك ، (البيع التجاري – الرهن التجاري – الوكالة بالعمولة – السمسرة – النقل الحسابات المصرفية – الودائع المصرفية – الاعتمادات المصرفية العمليات على الصكوك المتداولة) ، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2006 ، ص 184 .

ويكون جميع الموقعين على الورقة التجارية متضامنين تجاه المصرف [1] .

ثانياً : التضامن في الحساب المصرفي المشترك

إنَّ من التطبيقات الأخرى للتضامن التي أشار إليها المشرّع هي حالة الاشتراك في حساب مصرفي واحد ، وقد أشار المشرّع العراقي الى ذلك بموجب نصّ المادة(246) من قانون التجارة العراقي النافذ التي جاء فيها ((للمصرف أن يفتح حسابا مشتركا بين شخصين أو أكثر بالتساوي فيما بينهم ما لم يكن هنالك اتفاق بخلاف ذلك مع مراعاة الأحكام الأتية..... ثانيا : إذا وقع حجز على رصيد أحد أصحاب الحساب المشترك فإنَّ الحجز يسري على حصَّة المحجوز عليه من رصيد حساب يوم تبليغ المصرف، وعلى المصرف أن يوقف السحب من الحساب المشترك بما يساوي الحصَّة المحجوزة ويخبر الشركاء أو من يمثلهم بذلك خلال خمسة أيام وللمصرف غلق الحساب بعد هذه المدة في حالة عدم اتفاق الشركاء على تصفية علاقاتهم الناجمة عن الحجز ويكون جميعهم متضامنين بالرصيد المدين تجاه المصرف.....)).

إذ قد تفرض بعض الظروف أو الأوضاع أو نتيجة لضرورات التعامل أن يقوم شخصان أو أكثر بفتح حساب مصرفي مشترك بينهما ، ويستخدم أصحاب هذا الحساب لإيداع وسحب مبالغ معينة منه ، ومثال ذلك أن يقوم المصرف بفتح حساب لعدة ورثة من أجل انتظار قسمة الشركة [2] .

([1]) د . محسن شفيق ، الوسيط في القانون التجاري ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص127

([2]) د . فاروق إبراهيم جاسم ، العقود التجارية وعمليات المصارف ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص240 -241.

إنّ الحساب المشترك ربَّما يكون بدون تضامن بين أصحابه ،وقد يكون تضامنياً ، والتضامن أيضاً في هذا الحساب قد يكون سلبياً وربَّما يكون إيجابياً ، وما يهمنا في هذا الخصوص هو التضامن السلبي لأصحاب الحساب المشترك ، ففي المثال أعلاه يُفتح حساب مشترك لورثة عدّة بانتظار قسمة الشركة فيما بينهم ، ولا يوجد تضامن في هذه الحالة ويكون حسابهم خاضعاً لأحكام الشيوع ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك ، وعند انتهاء الحساب برصيد دائن يكون لمن يملك سلطة تشغيل الحساب أن يسحب بنفسه الرصيد كلَّه ، إلَّا أنَّه في حالة كون الرصيد في الجانب المدين لمصلحة المصرف، فيمكن للمصرف مطالبة كلّ مشترك بحصته فقط في رصيد المدين؛ وذلك لإنتفاء وصف التضامن فيما بينهم، لذا فإنَّ المصارف تسعى دائما إلى عدم فتح حساب مشترك دون تضامن ؛ لما في التضامن من مصلحة للمصرف بالرجوع على أيٍّ منهم بالدين كله[1].

وقد أورد قانون التجارة المصري الجديد الحكم نفسه في المادة (308) منه التي جاء فيها ((1- يجوز أن يفتح البنك حسابا مشتركا بين شخصين أو أكثر بالتساوي في ما بينهم ما لم يتفق على غير ذلك.....4 – إذا وقع حجز على رصيد أحد أصحاب الحساب المشترك سرى الحجز على حصة المحجوز عليه من رصيد الحساب يوم إبلاغ البنك بالحجز . وعلى البنك وقف السحب من الحساب المشترك بما يساوي الحصة المحجوز عليها واختار أصحابه أو من يمثلهم بالحجز خلال مدة لا تتجاوز خمسة أيام.....)).

([1]) د. عزيز العكيلي ، الوسيط في شرح القانون التجاري ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص336.

ومن النصوص أعلاه يتَّضح لنا ما يلي : -

أ - إنَّ فتح الحساب المشترك مسألة جوازية للمصرف، إذ أعطى المشرع صلاحيَّة الموافقة على فتح الحساب من عدمه الى المصرف ومن المؤكَّد أنَّ هناك معايير يعتمد عليها للموافقة.

ب - يكون الأصل في احتساب حصص أصحاب الحساب المشترك هو التساوي في ما بينهم، أمَّا الاستثناء فيكون ما يتَّفق عليه الأطراف في تحديد تلك الحصص.

جـ- أشار المشرّع العراقي إلى حالة التضامن بين أصحاب الحساب المشترك تجاه المصرف في حالة الحجز وعدم اتفاق أصحاب الحساب على التصفية ، ولم يشر المشرّع المصري في هذا الحكم على وجود التضامن بين أصحاب الحساب المشترك تجاه الدائن .

ويرى الباحث أنَّ الحساب المشترك تتوافر فيه الشروط التي يوجد معها التضامن المفترض للمدينين ، إذ فيه تعدّد للمدينين من جهة ، و وحدة محل الالتزام بينهم من جهة أخرى، كما أن العمليات التي تقوم بها المصارف تجارية بحكم الفقرة (الثالثة عشر) من المادة (5) من قانون التجارة النافذ وأخيرا فإنَّ نصُ المادة المتعلّقة بفتح الحساب لم تستبعد التضامن بشكل صريح، ولا يُفْهَم من دلالتها ذلك ، لذا فإنَّ تضامنهم مفترض وفقا لقرينة المصلحة المشتركة بينهم ، أمَّا في قانون التجارة المصري فإنَّ أصحابَ الحساب المصرفي المشترك يكونون متضامنين بحكم القاعدة العامَّة التي تقرّر التضامن في المسائل التجارية ، وذلك بموجب المادة (47) منه .

وعليه يحقُّ للمصرف الرجوع على أصحاب الحساب المشترك مجتمعين أو منفردين للمطالبة بالوفاء في التزامهم في حالة ظهور أصحاب الحساب المشترك في الجانب المدين .

المبحث الثاني
تطبيقات التضامن المفترض للمدينين في القوانين المُكمّلة لقانون التجارة

نظم قانون التجارة كثيراً من المسائل الخاصة بالأعمال التجارية والتاجر والعقود التجارية فضلاً عن الأوراق التجارية ، وكذلك الأعمال المصرفية ، إلا أنَّ كثرة التعاملات التجارية ،وتشعبها ظهر معه العجز في الإحاطة بها من قبل قانون التجارة ، لذا ظهرت الحاجة إلى سَنّ قوانين أخرى تنظّم بعض المسائل التجارية ؛ وذلك لأهميتها من جهة ، ولسدّ النقص التشريعي من جهة أخرى ، ومجموع هذه القوانين مع قانون التجارة يطلق عليها (القانون التجاري أو المجموعة التجارية) .

وبما إنَّنا قد استعرضنا أهم التطبيقات للتضامن المفترض في قانون التجارة فسيكون هذا المبحث مخصصاً لأهم التطبيقات في القوانين الأخرى التي من أهمَّها قانون الشركات وقانون النقل .

عليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، المطلب الأول لتطبيقات التضامن المفترض في قانون الشركات ، بينما يخصص المطلب الثاني لبيان التطبيقات في عقد النقل .

المطلب الأوَّل

تطبيقات التضامن المفترض في قانون الشركات

الشركات التجارية لها من الأهمية الكبيرة ما يجعلها من أهمّ مواضيع القانون ؛ وذلك لأرتباطها بواقع الحياة الاقتصادية ، والتجارية ، وهيمنتها على المشاريع التجارية ، حتى بات بعضها يفوق قدرة الدولة ؛ بسبب ما تتضمَّنه الشركة من معنى التضامن ، والتكاتف ، ولمَّا كانت بعض المشاريع تحتاج إلى أمكانيات يعجز الشخص بمفرده من تحقيقها ؛ بسبب عدم الكفاية المادية ، أو بسبب قلة الخبرات الفنيَّة، والقابليات الذهنيَّة الضروريَّة لها ، ممَّا دعى إلى تعاون الأفراد في ما بينهم بالمال ، والخبرة ، وضم جهوده وأمواله إلى جهود وأموال أخرى، من أجل أنشاء الشركة بينهما [1] .

وتنقسم الشركات التجارية إلى شركات أشخاص ، وشركات أموال ، وقد أقرَّ المشرّع في كلا النوعين التضامن في بعض المسائل التي تُسهم في تعزيز الائتمان الخاص بتلك الشركات ، وتأسيساً على ذلك سنبحث التضامن في تطبيق واحدٍ لكلّ من شركات الأموال وشركات الأشخاص .

([1]) د . محسن شفيق ، الوسيط في القانون التجاري المصري ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص190 ، د . فوزي محمد سامي ، شرح القانون التجاري- في الشركات التجارية – الأحكام العامة للشركات ، دار الثقافة ، عمّان، 1997، ، ص5 .

وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين ، الفرع الأول منها لبيان تطبيقات التضامن في الشركة المساهمة ، في حين يخصص الفرع الثاني لتحديد تطبيقات التضامن في الشركة التضامنية .

الفرع الأوَّل

التضامن في الشركة المساهمة

تمثّل الشركة المساهمة النموذج الأبرز لشركات الأموال ،لأنَّها تقوم على حجم رأس المال ، والسمعة المالية ، فضلا عن قيمة أسهمها التي يتمّ تداولها في الأسواق المالية ، في حين يتراجع الإعتبار الشخصي فيها إلى حدٍّ ما ، ويقتصر على مرحلة التأسيس فقط ؛ لأنَّ أسهمها تطرح للأكتتاب العام عادةً ، ومن ثمَّ فإنَّ أيَّ شخص يستطيع اقتنائها ، وإن وفاة أحد المساهمين ،أو إفلاسه لا يؤدّي إلى حلّ الشركة ،أو إفلاس باقي المساهمين[1] .

ونتيجة لذلك نجد أنَّ المشرّع قد تدخل في تنظيم المسائل الخاصة بهذه الشركة ، ومن ضمنها حالات التضامن الخاص ببعض جوانبها وهي كما يأتي : –

أوَّلاً : تضامن لجنة المؤسسين

الشركة المساهمة وإن كانت من شركات الأموال إلا أنَّ الإعتبار الشخصي لا ينعدم فيها تماماً، لذا نجد النصوص القانونية التي تقرّر المسؤولية التضامنية في بعض المسائل الخاصة بهذه الشركة ، إذ إنَّ

([1]) د . محسن شفيق ، الوسيط في القانون التجاري المصري ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص352 ، د . لطيف جبر كوماني ، الشركات التجارية (دراسة قانونية مقارنة) ، الطبعة الاولى ، مكتبة السنهوري ، بغداد، 2015 ، ص136.

تحديد مسؤولية المساهم في شركة المساهمة لا تمنحه حصانة يفعل بموجبها ما يشاء بعيداً عن المسؤولية ، بل أنَّ هناك إستثناء من ذلك في حالات تنهض فيها المسؤولية على المساهم في هذه الشركة [1] .

ومن تلك الحالات الاستثنائية مسؤولية لجنة المؤسسين ، إذ إنَّ المؤسس يعدُّ في الأصل أحد المساهمين ،ومن المفترض أن تكون مسؤوليته لا تخرج عن نطاق الحصَّة التي أسهم فيها من رأس مال الشركة ،أي بقدر ما يملكه من أسهم ، إلا أنَّ المشرّع وسَّع من نطاق مسؤوليَّة المساهم إذا كان من اعضاء لجنة المؤسسين تجاه باقي المساهمين وجعل مسؤوليتهم تضامنية في حالة تعددهم [2] .

هذا ما أشارت إليه المادة (10) من قانون الشركات المصري رقم (159) لسنة1981 والتي تنصُّ على أنَّه ((يكون المؤسسون مسؤولين بالتضامن عمّا التزموا به ، و يعتبر المؤسس الذي التزم عن غيره ملزماً شخصياً إذا لم يبين اسم موكله في عقد إنشاء الشركة أو إذا أتضح بطلان التوكيل الذي قدمه)) .

يتضح من النص أعلاه أنَّ المشرّع المصري قد افترض المسؤولية التضامنية للمؤسسين عن أيّ خطأ ، أو نقص في عملية الاكتتاب ، و من ثمَّ فإنَّ من أصابه ضرراً من المساهمين نتيجة لذلك، فله الحقّ بالرجوع على أيٍّ منهم مجتمعين ، أو منفردين ،وهذا خلافاً لفكرة تحديد مسؤولية

([1]) ابو بكر عبد العزيز مصطفى عبد المنعم ، المصدر السابق ، ص65.

([2]) د . رضا عبيد ، القانون التجاري المصري ، دون أسم ناشر، دون مكان نشر 2008 ، ص 432.

المساهم بقدر حصته في الشركة [1] ،وعليه فإنَّ المؤسسين لا يملكون التمسك بحق التقسيم، ويكون كل منهم ملتزما بهذا الدين .

كما أشارت المادة (11 /1) من قانون الشركات المصري إلى العناية اللازمة التي يجب أن يبذلها المؤسس في إجراءات التأسيس بقولها ((يجب على المؤسس أن يبذل في تعاملاته مع الشركة تحت التأسيس أو لحسابها عناية الرجل الحريص ويلتزم المؤسسون – على سبيل التضامن بأيّ أضرار قد تصيب الشركة أو الغير نتيجة مخالفة هذا النظام)) ويلاحظ من النص أنَّ المُشرّع المصري قد أكَّد على ضرورة بذل عناية الرجل الحريص من قبل المؤسسين عند قيامهم بإجراءات التأسيس ، وعبارة ((الرجل الحريص)) تُعدُّ من التعابير القديمة التي هجرها الفقه الحديث ، وكان مرتبطاً بنظرية (تدرج الخطأ) التي يُقَسَّم فيها الخطأ إلى خطأ جسيم لا يرتكبه أشد الناس إهمالاً ، وخطأ يسير وهو الذي لا يقع من الشخص المعتاد ، وخطأ تافه وهو الذي لا يرتكبه شخص حريص ، أمَّا في الفقه الحديث فإنَّ المعيار هو (الرجل المعتاد) ، ولعلَّ

([1]) وذلك حسب نص المادة (2/2) من قانون الشركات المصري التي تنص على أنه ((الشركة المساهمة هي شركة ينقسم رأس مالها الى أسهم متساوية القيمة يمكن تداولها على الوجه المبين في القانون وتقتصر مسؤولية المساهم على أداء قيمة الأسهم التي اكتتب فيها ولا يسأل عن ديون الشركة إلا في حدود ما أكتتب فيه من أسهم)) وفي السياق ذاته يقرر القانون العراقي مسؤولية الشريك المساهم في حدود قيمة الأسهم الإسمية التي يملكها وذلك بموجب نص المادة (33) من قانون الشركات العراقي التي جاء فيها ((لا يسأل المساهم عن ديون الشركة إلا بمقدار القيمة الإسمية للاسهم التي يملكها)).

المشـرّع قـد أراد أن يحـثّ المؤسـس علـى أن لا يقـع فـي أي خطـأ مهمـا قلـت أهميته [1] .

وهـذه المسـؤولية (التضـامنية) الملقـاة علـى عـاتق المؤسسـين و المتعلقـة بالتأسـيس فرضـها المشـرّع بقواعـد آمـرة لا تقبـل الاتفـاق علـى اسـتبعادها ، أو مخالفتها [2] .

وعلـى غـرار ذلـك جـاء الـنصُّ علـى مسـؤولية المؤسسـين للشـركة المسـاهمة فـي قـانون الشـركات العراقـي رقـم (21) لسـنة 1997 (المعـدل) ،إذ ورد هـذا الحكـم فـي المـادة (16 /ثالثـا / 3) بقولهـا : ((يكـون أعضـاء لجنـة المؤسسـين مسـؤولين علـى وجـه التضـامن تجـاه المؤسسـين)) ونلاحـظ أنَّ المشـرّع العراقـي قـد ميَّـز بـين المؤسسـين والمسـاهمين ، كمـا أنَّـه قـد ميَّـز أعضـاء لجنـة المؤسسـين عـن سـائر المؤسسـين أيضـاً، وذلـك بعبـاره (لجنـة المؤسسـين) ؛ لإعطـاء صـفة خاصَّـة لهـم ، ولتحديـد هويـة المؤسسـين بشـكل دقيق ؛ لأنَّهم في الأصل من المساهمين .

وإنَّ عمـل التأسـيس لا يمكـن أن يتـولَّاه كـلُّ المسـاهمين ؛ لكثـرة عـددهم ، فيتـولى إجـراءات التأسـيس قلـيلاً مـنهم ،ولا يتطلَّـب تـدخل جميـع المؤسسـين فـي ذلـك ، لـذا فـإنَّ أيّ إجـراء خـاطئ يتحمّلـه أعضـاء لجنـة المؤسسـون مـن دون أن يشـمل هـذا الحكـم بـاقي المسـاهمين ، ويكـون أعضـاء لجنـة المؤسسـون متضـامنين فـي تحمـل المسـؤولية تجـاه بـاقي المؤسسـين، وكـذلك تجـاه الغيـر عـن كـلّ التصـرفات والتعهـدات المبرمـة لمصـلحة الشـركة

([1]) د . محمـود سـمير الشـرقاوي ، الشـركات التجاريـة فـي القـانون المصـري ، دار النهضـة العربية ، القاهرة ،2001 ، ص160 -161.

([2]) أبو بكر عبد العزيز مصطفى عبد المنعم ، المصدر السابق ، ص76

قيد التأسيس ، أمَّا باقي المؤسسين من خارج لجنة التأسيس ، فلا تكون عليهم مسؤولية ؛ لأنهم ليسوا أعضاء فيها [1] .

كما أشارت المادة أعلاه إلى التشدد في مسؤولية المؤسس الذي يلتزم عن غيره ، فجعلته ملتزماً شخصياً إذا لم يفصح عن اسم موكّله ، أو إذا كان التوكيل باطلا .

كما أنَّ المُشرّع العراقي أورد نصاً آخر جعل مسؤولية المؤسسين تضامنية ، وذلك بحسب الفقرة (ثالثاً) من المادة (43) من قانون الشركات العراقي بقولها: ((في حالة الرجوع عن تأسيس الشركة وفقاً لأحكام الفقرة أولاً من هذه المادة ، يبلغ المؤسسون البنك بقرارهم ويتحملون بالتضامن النفقات التي صرفت على تأسيسها . ويرد المصرف الذي تولى إدارة عملية الاكتتاب إلى جميع المكتتبين المبالغ التي تسلمها منهم بالكامل بعد إشعاره بقرار المؤسسين خلال فترة زمنية لا تتجاوز ثلاثين يوم)) [2] .

وهذه النصوص تشير إلى حالة أخرى يكون فيها المؤسسون مسؤولين بالتضامن عن إرجاع مبالغ الاكتتاب إلى المكتتبين في حالة عدم نجاح تأسيس الشركة المساهمة ، إذ في حالة الفشل للوصول الى النسبة المحدَّدة

([1]) د . فاروق إبراهيم جاسم ، النظام القانوني لمؤسسي الشركة المساهمة (دراسة مقارنة) ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2013 ، ص263 .

([2]) وفي المعنى ذاته جاء نص المادة (14) من قانون الشركات المصري بقولها: ((1 – إذا لم يتم تأسيس الشركة بسبب خطأ مؤسسيها في خلال ستة أشهر من تاريخ الأخطار بأنشائها جاهز لكل مكتتب أن يطلب الى قاضي الأمور المستعجلة تعيين من يقوم برد الأموال المدفوعة وتوزيعها على المكتتبين 2 – أو يكون للمكتتب أن يرجع على المؤسسين – على سبيل التضامن – بالتعويض عن الاقتضاء كما يجوز لكل من أكتتب أن يطلب استرداد قيمة ما أكتتب به في رأس مال الشركة تحت التأسيس إذا مضت مدة سنة على تاريخ الأكتتاب دون في اتخاذ إجراءات تأسيس الشركة)).

من الاكتتاب[1] جاز تمديده لمدة معينَّة ، فإذا لم يتم الوصول إلى الحدّ الأدنى المتمثّل بـ (75%) من الأسهم المطروحة ،وجب على المؤسسين التراجع عن تأسيس الشركة ، وإعادة المبالغ المدفوعة من قبل المكتتبين إلى أصحابها كاملة ، وتكون مسؤولية المؤسسين تضامنية في ذلك، أمَّا النفقات والأجور ، وكذلك الرسوم التي تمَّ بذلها من قبل المؤسسين في سبيل تأسيس الشركة ، فيتحملها المؤسسون فقط ويكونوا متضامنين في ذلك [2].

كما أنَّ هنالك تطبيق آخر لتضامن المؤسسين في الشركة المساهمة في حالة الحاق الضرر بالغير نتيجة لشطب قيد الشركة من السجل التجاري ، فعندها تكون مسؤولية المؤسسين تضامنية تجاه الغير، ويتحملون ذلك من أموالهم الخاصَّة[3]، وهذا ما نصَّت عليه المادة(4/19) من قانون الشركات المصري التي جاء فيها ((ويكون المؤسسون مسؤولين بالتضامن في أموالهم الخاصة عن الآثار أو الاضرار التي تترتَّب أو تلحق بالغير نتيجة لشطب قيد الشركة من السجل التجاري ،وذلك دون الاخلال بالعقوبات الجزائية)) ، ولا يوجد نظير لهذا النص في قانون الشركات العراقي، ولا نرى أيُّ مانعٍ من تطبيق هذا الحكم في العراق ؛ لأن تأسيس الشركات يُعدُّ عملاً تجارياً بحكم الفقرة (الخامسة عشر)من المادة (5) من

([1]) إذ حددت المادة (42) نسبة الاكتتاب المطلوبة لتأسيس بـ (75%) من رأس المال الأسمي ، إذ تنص على أنه ((لا تقل مدة الاكتتاب عن ثلاثين يوما ولا تزيد على ستين يوما، واذا انتهت المدة ولم يبلغ الاكتتاب، مع ما اكتتب به المؤسسون 75% خمس وسبعين من المئة من رأس المال الاسمي، وجب تمديدها مدة اخرى لا تزيد على ستين يوما، على ان يعيد المسجل نشر بيان الاكتتاب مع اعلان التمديد)).

[2] د. أحمد إبراهيم البسام، المصدر السابق، ص303، د. محمود سمير الشرقاوي، الشركات التجارية ، مصدر سابق، ص164.

[3] أبو بكر عبد العزيز مصطفى عبد المنعم، المصدر السابق، ص68.

قانون التجارة العراقي النافذ[1]؛ وإنَّ الشركة المساهمة قائمة على التعامل بالأسهم والسندات ، وكذلك فإنَّ تأسيسها لا يكتمل إلَّا عندما يتم الاكتتاب بالأسهم في حدود النسبة التي حددها القانون.

كما نجد في المادة (30) من قانون الشركات المصري تطبيق آخر لمسؤولية المؤسسين التضامنية في الشركة المساهمة، إذ جاء فيها ((يكون مؤسسوا الشركة – وكذلك المديرون في حالة زيادة رأس المال – مسؤولين بالتضامن قبل كل ذي شأن ولو اتفق على غير ذلك عمّا يأتي:- أ- جزء رأس المال الذي اكتتب فيه على وجه غير صحيح، ويعتبرون بحكم القانون مكتتبين به، ويتعيَّن عليهم أداؤه بمجرد اكتشاف سبب البطلان. ب- وكل زيادة في قيمة الحصص العينية قرَّرت خلاف الواقع عند تأسيس الشركة أو العقد الخاص بزيادة رأس المال، ويعتبرون بحكم القانون مكتتبين بهذه الزيادة، ويتعين عليهم أداؤها متى ثبت ذلك)).

وبموجب هذا النص فإنَّ الاكتتاب متى ما وقع من شخص لا ينوي الالتزام فعلاً بدفع قيمة الأسهم، أي كان الغرض من ذلك مجرد الإيهام بوقوع الاكتتاب في كل رأس المال ، لذلك فإنَّ الاكتتاب بجزء من رأس المال يكون باطلاً ، ويُعدُّ ذلك ضرراً قد أصاب الشركة وائتمانها ، ومن ثمَّ فإنَّ المؤسسين يكونون مسؤولين شخصياً عن الاضرار التي تصيب الغير نتيجة لذلك ، أي بمعنى أنَّهم متضامنون وإنَّ مسؤوليتهم لا تحدَّد بما يملكونه من أسهم في الشركة المساهمة ، بل يمتد نطاق مسؤوليتهم إلى أموالهم الخاصة[2].

---

[1] تنص المادة (5) من قانون التجارة العراقي النافذ على انه((تعتبر الاعمال التالية اعمالاً تجارية إذا كانت بقصد الربح، ويفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس..... خامس عشر–التعامل في اسهم الشركات وسنداتها)).

[2] أبو بكر عبد العزيز مصطفى عبد المنعم ، المصدر السابق ، ص69.

فضلاً عن ذلك فإنَّ المشرّع العراقي قد نصَّ على مسؤولية المؤسسين التضامنية في المادة (40) من قانون الشركات العراقي التي تنص على أنَّه ((المؤسسون مسؤولون مسؤولية تضامنية عن أي ضرر يلحق أي مكتتب إذا نتج عن خطأ أو نقص في بيانات الاكتتاب))، ولا يفرق في ذلك كون الخطأ متعلّق بالبيانات الواردة في الاكتتاب ، أو تضمين الاكتتاب المعلومات التي من شأنها أن تؤدّي إلى الجهالة بموعد الاكتتاب ،وشريطة ذلك أن يؤدّي الخطأ إلى الحاق الضرر بالمكتتب، كما ان المسؤولية التضامنية تتحقَّق لهم عندما تكون بيانات الاكتتاب مضللة وكانوا يقصدون بها إخفاء الحقائق عن طبيعة الشخص المعنوي المراد انشائه[1]

ثانياً: تضامن المؤسسين :

الأصل إنّ المساهمين في الشركة المساهمة تكون مسؤوليتهم بقدر ما يملكونه من أسهم في رأس مال الشركة، ولا يمكن مطالبتهم بديون الشركة ، ولكن استثناءً من القاعدة العامة نجد أنَّ المشرّع المصري قد أورد حكماً يقضي بمسؤولية المساهمين إذا كان قد انيطت لهم مهمة التأسيس، وعليه يمكن مطالبتهم بالفرق في القيمة التقديرية للحصَّة العينية من رأس المال المقدمة من جميع المكتتبين أو الشركاء إذا كانت تزيد على قيمتها الحقيقية، وتكون مسؤوليتهم تضامنية تجاه الغير عن الفرق بين القيمتين[2]، وهذا بحسب ما جاء في نص المادة (25) من قانون الشركات المصري التي تقضي بأنَّه ((إذا كانت الحصة العينية المقدمة من جميع المكتتبين أو الشركاء كان تقديرهم نهائياً، على أنَّه إذا تبين أنَّ القيمة المقدرة تزيد على القيمة الحقيقية للحصة العينية كان هؤلاء مسؤولين بالتضامن في مواجهة الغير عن الفرق بين القيمتين)) ، في حين نصَّت المادة (4/29) من قانون

---

[1] د. فاروق إبراهيم جاسم، النظام القانوني لمؤسسي الشركة المساهمة ، مصدر سابق، ص392-393.

[2] د. محمود سمير الشرقاوي ،الشركات التجارية ، مصدر سابق ، ص151.

الشركات العراقي على هذا الحكم ،إذ جاء فيها ((في الشركة الساهمة يعرض تقرير اللجنة في الاجتماع التأسيسي للهيئة العامَّة على أن يودع المؤسسون التقرير المذكور لدى الجهة التي يجري الاكتتاب فيها لتمكين المكتتبين من الاطلاع عليه وفي حالة وجود زيادة في التقييم وجب أن يؤدّي مقدّم الحصة العينية الفرق نقداً ويسأل بقية المؤسسين بالتضامن عن أداء هذا الفرق)).

وهذه الحالة تسمى (الاكتتاب الصوري)، ويكون المؤسس مسؤولا عن دفع الفرق بين القيمة المقدرة للحصة العينية والقيمة الحقيقية لها ، ويلزم بدفعها نقداً ؛ وذلك لمنع الإثراء على حساب باقي المؤسسين ، ولكن يكون المؤسسون مسؤولين بالتضامن عن الفرق في حالة عدم قيام المؤسس الذي قدم الحصة العينية بدفعه ؛ وذلك نتيجة لخطأهم في قبول القيمة المقدرة للحصة ، ويكون ذلك بهدف حماية مصلحة الشركة وباقي مساهميها [1]، وتُعدُّ مسألة اثبات جديَّة الاكتتاب ،أو صوريته من الوقائع التي يستقل القاضي بتقديرها ولا تخضع لرقابة محكمة التمييز [2].

ثالثاً: تضامن مراقبي الحسابات

إنَّ من حقّ كل مساهم في الشركة المساهمة رقابة المديرين ، والاطلاع على دفاتر الشركة وحساباتها ، كما أنَّ لهم حقّ المطالبة بالبيانات اللازمة متى شاءوا للاطمئنان على قيام الإدارة بعملها ، والتحقّق من حصَّة الميزانية لذا فإنَّ مديري الشركة يكونون خاضعينً لرقابة الشركاء

---

[1] د. حسين توفيق فيض الله و د. دانا حمه باقي عبد القادر و د. زاله سعيد يحيى الخطاط ، شرح قانون الشركات العراقي وتعديلاته، الطبعة الأولى ، مطبعة يادكار، السليمانية ، 2021 ص230.

[2] د. فاروق إبراهيم جاسم، النظام القانوني لمؤسسي الشركة المساهمة، مصدر سابق،ص378-379.

متحدين أو منفردين، وبالنظر لكثرة أعداد المساهمين في هذه الشركة فإنَّ هذا العمل يؤدّي الى الفوضى ،وكشف أسرار الشركة ،ممَّا دعى إلى تعيين مراقب حسابات ينوب عن المساهمين[1].

ويتمُّ تعيين مراقب الحسابات من قبل الجمعية العامة ،وذلك بحسب نصُّ المادة (103) من قانون الشركات المصري التي جاء فيها((يكون لشركة المساهمة مراقب حسابات أو أكثر ممَّن تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها في قانون مزاولة مهنة المحاسبة والمراجعة تعينه الجمعية العامَّة وتقدَّر اتعابه، وفي حالة تعدّد المراقبين يكونون مسؤولين بالتضامن ....)).

ويتَّضح أنَّ مراقب الحسابات يشترط فيه أن يكون ممّن يختص بأعمال المحاسبة والمراجعة ؛ نظراً لأهمية عمله، كما يلاحظ أنه بالإمكان أن يتعدَّد مراقبو الحسابات في الشركة المساهمة ، ممَّا دعى المشرّع إلى تقرير تضامنهم في المسؤولية عمَّا يرافق عملهم من أخطاء.

إذ إنَّ مراقب الحسابات يُعدُّ وكيلاً عن الجمعية العامَّة ، وليس موظفاً في الشركة ، لذا فإنَّه يسأل مدنياً فضلاً عن مساءلته جزائياً، وقد أكَّدت المادة(109) من القانون أعلاه على ذلك بقولها : ((يكون مراقب الحسابات مسؤولاً قبل الشركة عن تعويض الضرر الذي يلحقها بسبب الأخطاء التي تقع منه في تنفيذ عمله ، وإذا كان للشركة أكثر من مراقب واشتركوا في الخطأ كانوا مسؤولين قبل الشركة بالتضامن ...))، ويفهم من النص أعلاه أنَّ مراقبي الحسابات يكونون متضامنين تجاه الشركة عن خطأ أحدهم في حالة تعدّدهم ،كما أنَّهم متضامنون في التعويض عند الضرر الذي يلحق

---

[1] د. علي العريف، المصدر السابق ، ص442.

المساهم أو الغير إذا كان حسن النية ، إذا كان الضرر ناتجاً عن خطأ أحدهم[1] .

أمَّا في العراق فيتم تعيين مراقب الحسابات من قبل الهيئة العامة، وذلك بحسب نصُّ الفقرة (سادساً)من المادة (102) من قانون الشركات التي تنصُّ على أنَّه ((سادساً: تعيين مراقب الحسابات وتحديد أُجوره في الشركات الخاصة)) ،ويلاحظ أنَّ قانون الشركات قد أورد نصاً يقرّر مسؤولية مراقب الحسابات عمّا يدلي به من بيانات ،وذلك في المادة (137) منه التي تنصُّ على أنَّه((يسأل مراقب الحسابات عن صحة البيانات الواردة في تقريره بوصفه وكيلاً عن الشركة في مراقبة وتدقيق حساباتها))[2] ، ولكن دون أن يحدّد طبيعة تلك المسؤولية ،ومدى تضامن المراقبين في تعدّدهم ،وذلك بخلاف قانون الشركات العراقي الأسبق رقم (31) لسنة 1957 (الملغي)، الذي كان يقرّر المسؤولية التضامنية للمراقبين عند تعدّدهم ،وذلك بموجب الفقرة (ب) من المادة (208)التي جاء فيها ((يكون المراقبون في حالة تعدّدهم مسؤولين عن اعمال الرقابة بالتضامن)).

إنَّ عدم تحديد طبيعة مسؤولية مراقب الحسابات تضامنية أم لا يمكن القول معه :إنَّ نصُّ المادة(137)من قانون الشركات النافذ قد أشار إلى أنَّ مراقب الحسابات يُعدُّ وكيلاً عن الشركة في مراقبة وتدقيق الحسابات ،كما أنَّ نصُّ المادة (102/سادساً) قد اشارت إلى أنَّ الهيئة العامَّة هي من تعيّن مراقب الحسابات ، وتحدّد أُجوره ، ممَّا يفهم معه أنَّ مراقب الحسابات لا يعمل تبرعاً ، ومن ثمَّ فإنَّ عمله يفترض معه الربح غالباً، وإذا كان أحدَ

---

[1] د. محمود سمير الشرقاوي ،المصدر السابق ،ص231.

[2] يطابقها نص المادة (129) من قانون الشركات التجارية العراقي رقم (31) لسنة 1957(الملغى)

أَطراف الوكالة تاجرٌ (الشركة المساهمة) تدخل هذه الوكالة ضمن الوكالات التجارية ، وعليه عند تعددهم يكونوا متضامنين بالافتراض تجاه الشركة.

رابعاً: تضامن مصفيِّ الشركات

عند تحقّق بعض الأسباب[1] يتمُّ اللجوء إلى تصفية الشركة ، ويتمُّ تعيين مصفي الشركة من قبل المحكمة إذا كانت التصفية قضائية ، ومن الهيئة العامّة إذا كانت التصفية اختيارية، و يتمُّ اللجوء إلى تعيين المصفي، لعدم قدرة المحكمة أو الجمعية على القيام بالمهام المكلّف بها المصفي؛ لأنَّ المحكمة والجمعية العامَّة ليس لهما اضطلاع بالإشراف المباشر على أموال الشركة وديونها [2].

ومصفي بعض الشركات قد يكون شخصاً طبيعياً واحداً أو اشخاص عدّة وبحسب حجم العمل المكلفين به، وقد أشار نصُّ المادة (1/144) من قانون الشركات المصري إلى تضامن مصفي الشركات ، اذ جاء فيها ((لا يجوز للمصفي أن يبدأ أعمالا جديدة إلَّا إذا كانت لازمة لإتمام أعمال سابقة، وإذا قام المصفي بأعمال جديدة لا تقتضيها التصفية كان مسؤولاً في جميع أمواله عن هذه الأعمال ، وإذا تعدَّد المصفون كانوا مسؤولين بالتضامن)).

كما أنَّ المادة(1/139)من قانون الشركات المصري، قد نصَّت على تعيين المصفي بقولها:((تعيين الجمعية العامَّة مصف أو اكثر وتحدّد أتعابهم ، ويكون تعيين المصفين من بين المساهمين أو الشركاء أو غيرهم)).

---

[1] ينظر نص الفقرات(اولاً، ثانياً ،ثالثاً)من المادة (147)من قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997 (المعدل).

[2] د. احمد إبراهيم البسام، المصدر السابق ،ص506وكذلك ص521.

كما أشار قانون الشركات العراقي الى تعيين المصفي في المادة (160)منه التي تنصُّ على أنَّه ((إذا تحقَّق المسجل من أنَّ أسباب تصفية الشركة لم تنطوِ على الغش أو على عمل غير قانوني ، يصدر قرار الشركة بالتصفية ويعين المصفي خلال (10) أيام من ثبوت أسباب التصفية ويبلغ المسجل الشركة تلك المعلومات وتتولى الشركة عندئذ نشر هذه المعلومات في النشرة وفي صحيفة يومية واحدة)).

ويلاحظ من النصوص أعلاه أنَّ مصفي الشركات قد يكون شخصاً واحداً أو اشخاص عدّة، وقد أشار القانون المصري إلى مسؤولية المصفي التضامنية بعكس المشرّع العراقي الذي لم يشر إلى ذلك ، ولكن لا مانع من عدَّ المصفين متضامنين؛ لكونهم متعددين وعملهم يقع ضمن المسائل التجارية، وعليه فإنهم متضامنون عن أيّ خطأ أو نقص في عملهم.

الفرع الثاني
التضامن في الشركة التضامنية

إنّ أهم أنواع شركات الأشخاص الشركة التضامنية ،وهي الشركة التي يكون الشركاء فيها متضامنين ومسؤوليتهم غير محدَّدة عن ديون الشركة ، كما أنَّها تُعدُّ من أكثر الشركات انتشاراً ؛ لملائمتها مع المشاريع الصغيرة ، وعادةً ما تكون بين اشخاص تربطهم علاقة معرفة وثقة متبادلة وأكثر حالاتها تكون بين اشخاص تربطهم علاقة قرابة أو نسب[1].

ويحقّق هذا النوع من الشركات ائتماناً كبيراً للتجار؛ بسبب أنَّ كل شريك مسؤول عن الشركة بصفة تضامنية غير محدودة، إذ لا تحدَّد بحصة

---

[1] د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري- في الشركات التجارية- الأحكام العامة للشركات ،الجزء الثالث ،دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان ،1997،ص99.

الشريك، ممَّا يُسهم في حصول الشركة على الثقة لدى من تتعامل معه؛ وذلك لإمكانية حصوله على ديونه بسهولة ويسر[1].

وشركة التضامن بعدّها من شركات الأشخاص فإنَّها تقوم على الاعتبار الشخصي للشركاء ،لذا فهي تتألف من مجموعةٍ من الشركاء ذوي المركز القانوني القائم على المسؤولية الشخصية ،وهذا لا يعني عدم توافر الاعتبار المالي فيها ،بل هو ركن من أركانها ، ولكن يكون الاعتبار الجوهري فيها هو الاعتبار الشخصي[2]، وعلى الرغم من التركيز على هذا الاعتبار والتسمية التي توحي بالتضامن نجد أنَّ المشرّع يؤكّد على تضامن الشركاء في هذه الشركة في بعض الحالات وهي كما يأتي:-

أوَّلاً: المسؤولية الشخصية للشريك

وضع المشرّع قاعدةً كأساس لتضامن الشركاء في الشركة التضامنية في أغلب التشريعات ،إذ تنصُّ المادة (22) من قانون التجارة المصري القديم على أنَّ((الشركاء في شركة التضامن متضامنون لجميع تعهداتها ولو لم يحصل وضع الإمضاء عليها إلا من أحدهم إنَّما يشترط أن يكون هذا الإمضاء بعنوان الشركة))[3]، وهذا النص يحدّد أهم المسائل المتعلقة بالشركة التضامنية ، إذ حدَّد عدد الأشخاص المسموح لهم بالدخول فيها، كما اشترط أن يكونوا من الأشخاص الطبيعيين ، لذا لا يمكن أن يكون

---

[1] د. محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري ،الجزء الأول، مصدر سابق، ص361.

[2] د. هاني محمد دويدار، نظرية الاعمال التجارية ...، الجزء الأول ، مصدر سابق، ص417.

[3] لا يزال الفصل الأول من الباب الثاني من قانون التجارة المصري الصادر في سنة 1883نافذاً ولم يتم الغاءه بموجب قانون التجارة المصري الجديد رقم (17) لسنة 1999.

أحدهم شخصاً معنوياً ، وكذلك أشار إلى أنَّ لكلّ واحد منهم حصَّة معيَّنة في رأس مال الشركة، والأهم من هذا كلَّه هو النص الصريح على تضامن الشركاء ،إذ تكون مسؤوليتهم شخصية عند ديون الشركة ،وليس لهم حقُّ التمسك بالتجريد أو التقسيم عند الرجوع على أحدهم [1].

وتنصُّ المادة(20) من قانون التجارة المصري القديم على أنَّه((شركة التضامن هي الشركة التي يعقدها اثنان أو أكثر بقصد الاتجار على وجه الشركة بينهما بعنوان مخصوص يكون اسماً لها)).

إذ يدلُّ النص على مسؤولية الشريك الشخصية عن ديون الشركة، إذ لا يمكن للشريك أن يدفع بأن مديونيته تعادل حصَّته فقط ، وفقاً لحق التقسيم، أي بمعنى أنَّه لا يكون ملتزماً بجزء من الدين ، وعليه فإنَّ باستطاعة الدائن مطالبة أيّ من الشركاء المتضامنين بالدين كله ، وتكون مسؤوليته شخصيَّة وغير محدودة ،ويجب أن يتعامل مع ديون الشركة كما لو كانت خاصة به[2].

كما جاء في قانون الشركات العراقي وبالتحديد في الفقرة (ثالثاً) من المادة (6)التي تنصُّ على أنَّه ((لا يقل عدد الأشخاص الطبيعيين الذين يكونون شركة تضامنية عن شخصين ولا يزيد عددهم عن خمسة وعشرون شخص، يكون لكلّ منهم حصَّة في رأس مال الشركة ،ويتحملون على وجه التضامن مسؤوليَّة شخصيّة وغير محدودة عند جميع التزامات الشركة)).

وبموجب هذا النص يسأل كلُّ شريك عن ديون الشركة من أمواله كما لو كانت ديونه الخاصة ، فتكون مسؤوليته شخصية وغير محدَّدة بمقدار حصته من الشركة، بل تتجاوزها إلى جميع أمواله الأخرى ؛ لأنَّ من يضع

---

[1] د. محمود سمير الشرقاوي ،الشركات التجارية ،مصدر سابق،ص426.

[2] د. محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري ، الجزء الأول ، مصدر سابق ، ص278.

امضاءه على العقود والتعهدات من الشركاء يتم بعنوان الشركة الذي يشتمل على أسماء الشركاء[1] ، إذ يذهب رأي فقهي[2] إلى أنَّ الشركاء في الشركة التضامنية ((يسئلون مسؤوليَّة شخصيَّة غير محدودة، أي تضامنية عن جميع الديون المترتِّبة في ذمة الشركة))، ويبرَّر ذلك بأنَّ مسؤولية الشركاء في شركة التضامن مسؤوليَّة شخصيَّة تضامنية، وأنَّ هذه الخصيصة مرتبطة باعتبار الخصيصة الثانية لشركات التضامن المتمثِّلة باعتبار الشركاء فيها جميعهم تجاراً في مشروع تضامني ، وكلَّما قامت شركة التضامن بالتعامل بعنوانها وأصبحت مدينة يكون الشركاء كفلاء لذلك الدين على وجه التضامن مع الشركة ، وعليه فإنَّهم يخضعون لقواعد التضامن السلبي بين المدينين[3]، وهذا الأمر يُعزّز ما ذهبنا إليه من أنَّ تضامن المدينين في نطاق البيئة التجارية يكون مفترضاً عند توافر شروط عدّة متمثِّلة بالصفة التجارية ،ووحدة محل الالتزام ، فضلاً عن تعدّد المدينين ، وعدم استبعاد التضامن بالاتفاق أو بموجب النص القانوني، وبتوافرها يكون جميع المدينين متضامنين تجاه الدائن.

ثانياً: المسؤولية التضامنية للشركاء:

لا تتوقف مسؤولية الشريك في الشركة التضامنية عند حدود مسؤوليته الشخصية عن كل الدين ، والتزامه بالعقود، والتعهدات التي يجريها أحد الشركاء، بل إنَّ الشركاء يكونوا متضامنين تجاه الدائن من جهة ، ويكونوا

---

[1] د. محمود سمير الشرقاوي ،الشركات التجارية ،مصدر سابق ،ص426.

[2] د. صلاح الدين الناهي ، الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي – الشركات التجارية (دراسة موازنة) ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، 1963 ، ص68.

[3] د. صلاح الدين الناهي ، الوسيط – الشركات التجارية، مصدر سابق ، ص70 .

متضامنين في ما بينهم من جهة أُخرى ،اذ يوجد تضامن بين الشركاء أنفسهم كما يوجد تضامن بين الشركاء والشركة [1].

ومع وجود بعض الاختلافات بشأن المسؤولية التضامنية للشريك هل هي مطلقة أم لا أي بمعنى أنَّ التضامن موجود فقط بين الشريك والشركة أم أنَّ هنالك تضامن آخر بين الشركاء انفسهم؟

نلاحظ أنَّ المشرّع العراقي قد حسم هذا الأمر من خلال نص المادة (37/أوّلاً) التي جاء فيها ((لدائني الشركة التضامنية مقاضاتها أو مقاضاة أيّ شريك كان عضو فيها وقت نشوء الالتزام، ويكون الشركاء ملزمين بالإيفاء على وجه التضامن، ولا يجوز التنفيذ على أموال الشريك قبل انذار الشركة))، وهذا النص وإن كان قد أسهم في رسم صورة واضحة لمسؤولية الشريك في الشركة التضامنية من خلال تحديد مسؤوليته عن دين الشركة بالتضامن مع الشركاء الآخرين، ومن ثَمَّ فعند رجوع الدائن على أيّ شخص متضامن منهم يكون ملزماً بالوفاء ، ولا يحقُّ له التمسك بحقّ التجريد، إلَّا أنَّ الشق الأخير من المادة أعلاه قد فتح باباً آخراً للخلاف من خلال ايراد عبارة ((ولا يجوز التنفيذ على أموال الشريك قبل إنذار الشركة))، فهل يُعدُّ الشريك بمركز الكفيل العادي أم كفيلاً متضامناً؟ وهنالك من يرى أنَّ هذا الإجراء لا يؤثر في مركز الشريك ، بل إنَّه يُسهِم في تقوية ائتمان الشركة[2].

بينما يذهب رأي فقهي أخر ونحن نؤيده في ذلك إلى أنَّ تضامن الشركاء في الشركة التضامنية يفوق التضامن المفترض في المسائل التجارية؛ لأنَّه من النظام العام ولا يمكن للشركاء استبعاده بشرط يدرج في عقد الشركة ، إذ إنَّ القاعدة المقرَّرة له تتصل بالنظام العام ،ولكن يمكن أن

---

[1] د. علي العريف، المصدر السابق ، ص227.

[2] د. لطيف جبر كوماني، المصدر السابق ، ص93-94.

يتنازل الدائنون في تعاملهم مع الشركة عن الاستفادة من تضامن الشركاء ،وهذا الأمر جائزٌ ولا يتعارض مع طبيعة القاعدة الآمرة؛ لأنَّه لا يتوقف على إرادة الشركاء، بل يكون بمشيئة الدائن [1].

ونتيجة لهذه المسؤولية المفروضة على الشريك المتضامن في الشركة التضامنية، فإنَّ دائني الشركة يمكنهم الرجوع على الشركاء المتضامنين أو على بعضهم بالدين كله، بما يعني أنَّ من حقّ دائن شركة التضامنية أن يرجع على الشركاء كافة ويطالبهم بالدين في دعوى واحدة ،أو أن يختار بعضهم أو أحدهم ، وعادة ما يختار أكثرهم ملاءة مالية، وتكون أمواله الخاصة ضامنة للوفاء جنباً إلى جنب مع أموال الشركة لسداد دينها [2].

المطلب الثاني

التضامن المفترض في قانون النقل

يُعدُّ النقل من أهم وسائل التعاون بين الناس ، ووسيلة يمكن عن طريقها تبادل المنفعة بالمواد، والمنتجات المختلفة من مكان إلى آخر فضلاً عن كونه وسيلة لا يمكن الاستغناء عنها فيما يخص نقل الاشخاص ، لذلك برزت أهمية النقل كثيراً خاصَّة مع التطور الذي شهده العالم في القرن التاسع عشر وما رافقها من ظهور وسائل نقل متطوَّرة سهلت من العملية وجعلتها تشهد زيادة ملحوظة في حركة النقل سواء أكان ذلك على مستوى نقل الأشخاص ، أم على مستوى نقل الأشياء، وهذه الزيادة في

---

[1] د. أحمد إبراهيم البسام ، المصدر السابق ، ص229-230.

[2] د. محمود الكيلاني ،الموسوعة التجارية والمصرفية ،الشركات التجارية ((دراسة مقارنة))، المجلد الخامس، الطبعة الثالثة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمّان، 2012 ، ص217.

حركة النقل لابدَّ أن تظهر معها بعض المشاكل التي تحتاج إلى تنظيم قانوني، لذلك سعت كثير من الدول إلى تشريع قانوناً خاصاً بالنقل ، ومنها قانون النقل العراقي رقم(80) لسنة 1983 الذي أخذ على عاتقه وضع أحكام تفصيلية لتنظيم المسائل المتعلّقة بالنقل دون الاعتداد بنوع واسطة النقل.

ومن المسائل المُهمَّة التي تولى القانون تنظيمها هي مسألة التضامن بين الناقلين المتعدّدين في النقل المتعاقب ، والتضامن في تحمل أجرة نقل الأشياء بين المُرسِل والمرسَل إليه تجاه الناقل .

وعليه سينقسيم هذا المطلب على فرعين ، الفرع الأول لبيان حالة التضامن بين الناقلين المتعددين، بينما يخصَّص الفرع الثاني لتحديد حالة التضامن بين المرسل والمرسل اليه تجاه الناقل.

الفرع الأوَّل

التضامن المفترض في النقل المتعاقب

إنَّ من بين الحالات التي نصَّ فيها المشرّع على حالة التضامن لمفترض هي حالة النقل المتعاقب أو مايسمى بـ (النقل المتتابع) أو (النقل المتعدد)، وهذه المُسمَّيات لها المعنى نفسه ، وتتخذ عملية النقل المتعاقب صور عدّة من وجهة النظر القانونية ، ولكن من المفضل أن تتم عن طريق عقد نقل واحد من أجل الانسجام مع متطلبات التجارة وبالخصوص الدولية منها، ولكي يغطي عملية النقل شخص واحد يكون مسؤولاً عنها يسمى بـ (متعهد النقل المتعاقب) [1] ، ويقصد بالنقل المتعاقب ((هو النقل الذي يقوم بتنفيذه عدّة ناقلين على التعاقب بمقتضى

([1]) د. سوزان علي حسن ، التنظيم القانوني لمسؤولية متعهد النقل متعدد الوسائط ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2009 ، ص 7.

عقد نقل واحد عندما يقتضي الأمر أن تتم الرحلة على أكثر من واسطة نقل أو يقتضي كذلك أن تقطع البضاعة مسافة بحرية وبرية وجوية ، وفيه يتعهَّد الناقل الأوَّل بنقل البضاعة في جزء من الرحلة بوسائطه الخاصة ويرتب في الأجزاء الأخرى من الرحلة مع ناقلين اخرين)) [1] .

إنَّ عملية النقل المتعاقب كثيرة الحدوث في الحياة العملية ، إذ في حالات عدّة يستلزم نقل الأشياء أن يتم بوسائط متعددة ؛ من أجل أن تصل البضاعة الى جهة الوصول وتسلَّم إلى المُرسَل إليه ، لذا فإنَّ الأهمية الكبيرة لهذا النوع من النقل مرتبطة بالحاجة إليها ، كما توجد ميزة لهذا النقل ، تتمثَّل في أنّه يُمكّن المرسل من الحصول على سند نقل واحد يكون بين يديه منذ البداية، ممَّا يسمح له بالحصول على الائتمان بيسر وسهولة، فضلا عن عدم تحمله عبء التعاقد مع الناقلين المتتابعين[2].

إذ إنّ الناقل في حالة نقل الأشياء يتعاقد مع ناقل ثانٍ ،و قد يتعاقد هذا بدوره مع ناقل ثالث، ويستمر ذلك إلى أن تصل البضاعة الى المكان المتفق عليه ، أمَّا إذا لم تصل البضاعة في الموعد المُحدَّد لوصولها، أو أنَّها وصلت ناقصة أو كان قد تلف بعضها ، فيتم البحث عندها عن الآلية التي يتم تحديد مسؤولية كل ناقل من هؤلاء الناقلين المتعددين.

وقد تضمَّن قانون التجارة المصري الجديد الحكم بتضامن الأشخاص الذين ينفذون عملية النقل بالتعاقب بموجب نص المادة(252 /1) منه التي جاء فيها ((إذا قام عدة ناقلين على التعاقب بتنفيذ عقد نقل واحد كان كل منهم مسئولاً بالتضامن مع الآخرين قبل المُرسِل أو المُرسَل إليه كما لو قد قام بتنفيذه وحده. ويقع باطلاً كل شرط على خلاف ذلك))، وهذا النصُّ

---

[1] د. مجيد حميد العنبكي ، قانون النقل العراقي – المبادئ والأحكام ،مركز البحوث القانونية ، بغداد ،1984، ص27.

[2] د. مجيد حميد العنبكي ، المصدر نفسه ، ص 28 .

يُحدّد مسؤولية الأشخاص الذين يقومون بتنفيذ عقد النقل على أنَّها تضامنية تجاه المرسل والمرسل اليه ومن ثم فلا يحق لهم التمسك بحقي التجرد والتقسيم ؛لأنَّهم متضامنون.

وقد أورد المشرّع العراقي حكماً في المعنى ذاته في الفقرة(الأولى) من المادة الثامنة من قانون النقل رقم (80) لسنة 1983 (المعدل) التي تنصُّ على أنَّه ((يكون الناقل المتعاقد مسؤولا عن تنفيذ عقد النقل بكامله ،سواء تم من قبله أم اسند تنفيذه كلاً او جزءاً إلى ناقل آخر يقوم به فعلا وتكون مسؤولية الناقل الفعلي محدَّدة بالنقل الذي ينفذه وتضامنية مع الناقل المتعاقد)) ، وهذا النص جاء ليقرّر مسؤولية الناقل عن تنفيذ العقد بأكمله حتى وإن ساعده في ذلك ناقلاً آخر، ولكن في الشق الأخير عاد المشرّع ليقرّر أنَّ مسؤوليَّة من يقوم بالتنفيذ الفعلي الى جانب الناقل يكون مسؤولا عن الجزء الذي نفذه من العقد ومتضامنا في الوقت ذاته مع الناقل .

كما قرَّر المشرّع العراقي ذلك في المادة (56) من قانون النقل، إذ تنص على أنَّه ((إذا تولَّى نقل الشيء عدّة ناقلين على التعاقب تنفيذا لعقد نقل واحد يكون للمرسل الرجوع على الناقل الأوَّل وللمُرسَل إليه الرجوع على الناقل الأخير ولكليهما أن يرجعا أيضاً على الناقل الذي حدث الهلاك أو التلف أو التأخير في مرحلة نقله، ويكون هؤلاء الناقلون مسؤولين بالتضامن تجاه المُرسِل والمُرسَل إليه. لمن دفع التعويض من الناقلين المتعاقبين أو طولب به رسمياً أن يرجع على الناقلين الآخرين بنسبة ما يستحق كل منهم من أجرة النقل وتوزَّع حصَّة المعسّر منهم على الآخرين بالنسبة ذاتها يعفى من الاشتراك في المسؤولية فيما بين الناقلين الناقل الذي يثبت ان الضرر لم يقع في المرحلة الخاصة به من النقل)) ، والناقل هو من يقوم بتوقيع

عقد النقل ، امَّا الناقل الفعلي فيقصد به الشخص الذي يعهد إليه بتنفيذ كل عقد النقل أو جزء منه[1].

وهذا النصُّ قد أعطى الحق للمُرسِل الرجوع على الناقل الأول على بعدّه هو من تعاقد معه، واعطى الحق للمُرسَل إليه بالرجوع على الناقل الأخير في حالة حدوث ضرر بالبضاعة، ولكلٍّ من الناقل الأوَّل والأخير الرجوع على الناقل الذي تمَّ التلف أو الهلاك ضمن المرحلة التي كلف بها؛ وذلك لأنَّ النص يحدّد مسؤولية الناقلين المتعاقبين بانَهما تضامنية ؛ لذلك أعطاهم هذا حق الرجوع على من تضامن معهم.

كما أنَّ الناقلين عند تعددهم فإنَّ لهم حق طلب فحص الشيء وتثبيت حالته عند تسليمه إليهم من الناقلين الذين سبقوهم مباشرة، فإذا تسلموه دون تحفظ فيفترض أنَّهم تسلموه بحالة جيدة ومطابقة للبيانات المذكورة في وثيقة النقل حتى يقيموا الدليل على خلاف ذلك[2].

وقد جاء في المادة (2/252) قانون التجارة المصري الجديد بالحكم نفسه ، إذ تنصُّ على أنَّه ((إذا دفع أحد الناقلين المتعاقدين التعويض أو طولب به رسمياً يكون له الرجوع على الناقلين الآخرين بنسبة ما يستحقه كل منهم من أجرة النقل ، وتوزَّع حصَّة المعسر منهم على الآخرين بالنسبة ذاتها . ويعفى من الاشتراك في تحمل المسئولية الناقل الذى يثبت أنَّ الضرر لم يقع في الجزء الخاص به من النقل)) .

([1]) د. مجيد العنبكي ، المصدر السابق ، ص29.

([2]) المادة(57) من قانون النقل العراقي التي تنص على أنَّه ((لكل من الناقلين المتعاقبين ان يطلب فحص الشيء وتثبيت حالته عند تسليمه اليه من الناقل الذي سبقه وتثبيت حالته عند تسليمه اليه من الناقل الذي سبقه مباشرة. فاذا تسلمه دون تحفظ فيفترض انه تسلمه بحالة جيدة ومطابقة للبيانات المذكورة في وثيقة النقل حتى يقيم الدليل على خلاف ذلك)).

وهذا النص جاء بالحكم نفسه الذي قرّره القانون العراقي ، إذ يسمح للمدين المتضامن بالرجوع على الآخرين عند قيامه بالتعويض عن الضرر، كما أكَّد على أنَّهم جميعا يتحملون حصَّة المُعَسّر منهم ،وهذا طبقاً للأحكام القانونية التي تسمح لهم بالرجوع عن طريق الدعوى الشخصية أو دعوى الحلول[1] .

وتجدر الإشارة إلى أنَّه لا يُعدُّ من قبيل النقل المتعاقب وجود عمليات عدّة مستقلة بعضها عن بعض وإنَّ كانت في مجملها تؤدّي في النهاية إلى وصول البضاعة الى المُرسَل إليه ؛ لأنَّها عقود نقل مستقلة عن بعضها و كل ناقلاً يكون مسؤولاً بموجب العقد الذي أبرمه.

إن النص صريحٌ في تحديد المسؤولية في حالة إذا ما قام بعملية النقل عدد من الناقلين ،ولم يقم أحد هؤلاء الناقلين الوسطاء بتنفيذ التزاماته فإنَّه يكون مسؤولا بمقدار ما تعاقد عليه مع الناقل الأوَّل ، او مع الناقل السابق عليه، و في الوقت نفسه يكون مسؤولا مع الناقل الاوَّل على سبيل التضامن[2].

ولم يُنَظَم المشرّع الفرنسي موضوع النقل المتعاقب في أيّ نصّ من نصوصه لا في القانون المدني، ولا في قانون التجارة ، إلا انَّ الفقه والقضاء هناك عملا على سدّ هذا النقص التشريعي ، فقد جرى كلٌّ منهما على انَّ الناقل الاوَّل الذي عهد إليه صاحب البضاعة بنقلها الى محل الوصول يكون مسؤولا عن الخطأ الصادر منه أو من اتباعه فضلاً عن أخطاء الناقلين المتوسطين ، لذا فإنَّه يكون ضامناً لعملية النقل كلَّها من بداية الرحلة حتى اخرها؛ لأنَّه يُعدُّ ناقلاً بالنسبة للمرحلة الأولى ، ووكيلا

([1]) المستشار عبد الحميد المنشاوي، المصدر السابق ، ص200.

[2]د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الضرر)، أشرف عل تنقيحه وطبعه د. محمد سعيد الرحو ، الطبعة الأولى ، دار وائل ، عمّان، 2006 ، ص 333.

بالعمولة بالنسبة للمرحلة أو المراحل التالية ؛ ولأنَّه ضامن للناقلين الذين أنابهم عن وكلائه في التنفيذ الى نهاية عملية الرحلة أو النقل ، بمعنى إنَّ مسؤوليَّة الناقل الاوَّل مسؤولية شاملة ، لذا يمكن أن يطالبه المُرسِل او المُرسَل إليه بالتعويض إذا هلكت البضاعة ، أو تعيَّبت ،أو تأخَّر وصولها في أيِّ مرحلة من مراحلها، ولا يعفيه منها إلَّا إذا اثبت أنَّ الهلاك ،او التلف، او التأخير كان بقوةٍ قاهرة أو نتيجة خطأ المُرسِل ، أو نتيجة عيب في البضاعة ذاتها ، و هنا يمكن أن نفترض وجود تضامن بين كلّ هؤلاء الناقلين المتعاقبين ، أو على الأقل بين الناقل الأوَّل وبين من أحدث الضرر من الناقلين التاليين له[1] .

إلَّا انَّ محكمة النقض الفرنسية قد ذهبت إلى انَّه ليس هناك أيّ ضمان ، فإنّ الناقل الأوَّل أو الوكيل بالعمولة في نظرها اقرب إلى أنّ يكون كفيلاً عادياً من أن يكون مديناً متضامناً[2] .

أمَّا بالنسبة للناقلين المتوسطين فإنَّ مسؤوليَّة كلٌّ منهم قبل الناقل الأول تحدَّد في نطاق عقده أو التزامه، وكذلك الحال بالنسبة للناقل الاخير في علاقته مع الناقل الأول.

---

[1] جورج ريبير و رينيه روبلو، المطول في القانون التجاري- الأسناد التجارية – المصارف والبورصات – العقود التجارية – الاصول الجماعية ، الجزء الثاني ، ترجمة د. علي مقلّد ، الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2011 ص1058 ، د. حسن علي الذنون، المبسوط –الضرر ، ص323.

[2] نقض فرنسي ،1951/12/5، مشار اليه في د. حسن علي الذنون، المبسوط – الضرر ، ص332

الفرع الثاني
التضامن المفترض للمرسل والمرسل اليه
في عقد نقل الأشياء

لم يكتفِ المشرّع بتقرير التضامن المفترض في حالة تعدّد الناقلين ، بل قرَّر حالة أخرى للتضامن، والمتمثّلة بتضامن المُرسِل والمُرسَل إليه بدفع الأجرة إلى الناقل، والقاعدة أنّ المُرسِل هو المسؤول عن دفع الأجرة في موعد استحقاقها الذي يكون في العادة في يوم وصول الشيء إلى المُرسَل إليه مالم يوجد اتفاق على موعد استحقاق معيَّن، ولكن يجوز استثناء أن يكون المُرسَل إليه مسؤولاً عن دفعها ، كما لو اتَّفق الأطراف على ذلك بموجب عقد النقل، ولكن يبقى المرسل مسؤولاً عن دفع الأجرة ؛ لأنَّ المُرسِل والمُرسَل إليه تكون مسؤوليتهم تضامنية تجاه الناقل عن دفع الأجرة [1] .

وزيادة على ذلك فإنَّ من حقّ الناقل المطالبة بالمصاريف التي انفقها على صيانة البضاعة المنقولة خلال الفترة بين الاستلام والتسليم، فضلا عن حقّه بالمطالبة بأقساط التأمين على البضاعة في حالة الاتفاق على ذلك او وجود العرف المقرَّر لها[2].

وقد جاء في نص المادة (235) من قانون التجارة المصري الجديد على أنَّه ((1- يلتزم المُرسِل بدفع أجرة النقل وغيرها من المصاريف المستحقة للناقل مالم يتَّفق على أنّ يتحمّلها المُرسَل إليه . 2- وإذا اتَّفق على أن يتحمل المُرسَل إليه أجرة النقل وغيرها من المصاريف كان كل من المرسل

([1]) د. علي العريف ، المصدر السابق ، ص604، د. أكرم ياملكي ، القانون التجاري – دراسة مقارنة في الأعمال التجارية والتاجر والمتجر والعقود التجارية ، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان ، 2010 ، ص257.

([2]) د. مجيد العنبكي ، المصدر السابق ، ص220

والمرسل اليه مسؤولين عن دفعها بالتضامن قبل الناقل))، ممَّا يؤكّد مسؤوليَّة المُرسِل بدفع أجرة النقل، وكذلك المصاريف المستحقة للناقل، ولا يتخلَّص من هذا الالتزام إلَّا في حالة وجود اتّفاق يقضي بتحمل المُرسَل اليه للأجرة، ففي هذه الحالة يكون كلٌّ من المُرسِل والمُرسَل إليه متضامناً في دفع الاجرة تجاه الدائن(الناقل)[1] .

كما يقرّر المشرّع العراقي ذلك في نصّ المادة (60) من قانون النقل التي تنصُّ على أنَّه ((يلتزم المُرسِل بدفع أجرة النقل وغيرها من المصروفات المستحقّة للناقل ما لم يجر الاتفاق على أن يتحمّلها المُرسَل إليه. وفي هذه الحالة يكون المُرسِل والمُرسَل إليه مسؤولين عن دفعها بالتضامن)).

وتتمثّل الأجرة بالمقابل النقدي في الغالب وهي ما يستحقه الناقل لقاء تنفيذ العقد ، وفي الأصل يتحمَّلها المُرسِل ؛لأنَّه هو من يتعاقد كما يلتزم بالمصاريف الأخرى اللازمة لإتمام عملية النقل، ولكنَّ النص أعلاه أجاز الاتفاق على أن يكون المُرسَل إليه هو من يدفع الأجرة عند وصول البضاعة إليه [2].

وفي حالة الاتفاق على أن يتحمل المُرسَل إليه أجرة النقل فإنَّ مسؤولية المُرسِل لا تنتهي حتَّى قيام المُرسَل إليه بالوفاء، بل أكثر من ذلك فإنَّ المُرسِل والمُرسَل إليه يكونوا متضامنين تجاه الناقل ،ومن ثَمَّ يكون من حقّه الرجوع على أيٍّ منهم ومطالبته بالأجرة [3].

وبموجب التضامن بين المُرسِل والمُرسَل إليه بدفع الاجرة فإنّ الناقل يكون من حقّه الرجوع على ايً منهما ومطالبته بالتنفيذ، كما أنَّ له حق الرجوع عليهم مجتمعين في دعوى واحدة، وفي حالة الرجوع على أحدهم

([1]) المستشار عبد الحميد المنشاوي، المصدر السابق ، ص190.

([2]) د. فاروق إبراهيم جاسم ، القانون التجاري، العقود التجارية، الجزء الثاني ، مصدر السابق، ص36.

([3]) د. علي العريف ، المصدر السابق ، ص605.

فإنــه لا يســتطيع أن يتمسّــك بحــقّ التجريــد أو حــق التقســيم ،ومــن ثــمَّ فإنــه ملــزم بالوفــاء مــع حقــه بــالرجوع علــى الآخــر، وهــذه هــي الغايــة المتوخــاة مــن التضــامن في توفير الائتمان القوي للدائن ممَّا يعزّز من فرصة استيفاءه لحقّه.

الخاتمة

بعد الانتهاء من الدراسة الخاصّة بالتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري، وبيان أهم الجزئيات المتعلّقة به ، لابدّ من بيان أهم الاستنتاجات التي تم التوصل إليها ومن ثم تقديم أهم المقترحات التي نأمل الأخذ بها، وكما يأتي:

أولاً : الاستنتاجات:-

توصلنا من خلال الدراسة إلى استنتاجات عدّة ، أهمها ما يأتي :

1- يُعدُّ التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري من أهم الضمانات الشخصية التي تسهم في توفير الائتمان التجاري الذي يمثل عصب الحياة التجارية ، ومن ثم فإنّه يُعزِّز من الثقة بين التجار في تعاملاتهم ، ممَّا ينعكس أثره على زيادة النشاط التجاري.

2- من أجل رسم صورة واضحة عن مفهوم التضامن المفترض، وفي ظل عدم وجود تعريف له على مستوى التشريعات، وكذلك الفقه والقضاء اقترحنا تعريفاً لهُ ، إذ نعتقد أنّ المقصود من التضامن المفترض هو (التزام كل مدين في الدين التجاري عند تعددهم بالدين كله تجاه الدائن بموجب قرينة المصلحة المشتركة للمدينين التي يقرّرها العرف التجاري).

3- يتمثّل النطاق الموضوعي للتضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري في جميع الالتزامات التجارية بغض النظر عن مصدر تلك الالتزامات، بينما يكون نطاقه الشخصي منحصراً في المدينين فقط، إذ يفترض تضامنهم في البيئة التجارية دون أن يمتد ذلك ليشمل الدائنين .

4- اختلفت الآراء الفقهية بشأن طبيعة التضامن المفترض للمدينين، إذ يرى بعضهم أنه وصفاً يلحق الالتزام، في حين يرى بعضهم الأخر أنه توثيقاً للدين ، وهنالك من يذهب إلى أنّه التزام ذو طبيعة خاصة ، وقد رجّحنا الرأي القائل : أن التضامن المفترض هو وصفٍ يلحق الالتزام ، ولكنه في المسائل التجارية يكون وصفا ذو طبيعة خاصة ؛ لأنّه في الاصل يكون مفترضا ، أما استبعاد التضامن، فيكون هو الاستثناء وهذا بخلاف التضامن في المسائل المدنية .

5- لابد من توافر شروط عدّة لإفتراض تضامن المدينين في الالتزام التجاري ، وهذه الشروط أما أن تتعلق بذات التضامن المفترض و تتمثل بالصفة التجارية للالتزام ووحدة محل الالتزام، أو أنها تتعلق بأطراف التضامن والتي تتجسد في تعدد المدينين من جهة ، وفي عدم استبعاد التضامن بالاتفاق أو النص القانوني من جهة أخرى.

6- بالرغم من خصوصية مفهوم التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري إلا أنه يتشابه مع بعض الأوضاع القانونية في كثير من المسائل ويختلف عنها في مسائل أخرى ، ومن أهم المفاهيم التي

تتقارب من مفهوم التضامن المفترض هي الكفالة والالتزام غير القابل للانقسام .

7- بخلاف التضامن السلبي في نطاق البيئة المدنية الذي يرى أغلب فقهاء القانون عدم افتراض تضامن المدينين فيه ، باعتباره من المسائل المفروغ منها، والذي لا يمكن افتراضه دون أن يكون هنالك تدخلاً لإرادة المدين أو وجود النص القانوني المقرر لهُ ، فإن التضامن بين المدينين يكون مفترضا في نطاق البيئة التجارية ، وأن كان فقهاء القانون قد انقسموا بشأن مدى افتراض التضامن للمدينين ، لذا نجدهم قد تفرقوا في مسألة تأصيل التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري إلى اتجاهين بين منكر لهُ ومؤيد.

8- يختلف التضامن في البيئة التجارية من حيث المصدر عن التضامن في البيئة المدنية ، إذ إنّ مصدره في البيئة المدنية هو الاتفاق، أو النص القانوني ولا يفترض فيها مطلقاً، أما في البيئة التجارية فإنه مفترضاً حتى وأنّ لم ينص عليه القانون أو يتفق عليه الاطراف، وإنّ إساس افتراضه هو قاعدة عرفية قديمة مقتضاها إنّ هناك قرينة على وجود مصلحة مشتركة بين المدينين هي التي دفعت بهم إلى الالتزام معاً بدين تجاري وهذه القرينة ذاتها تجعلهم متضامنين كلّما تعدّد المدينين في نطاق المعاملات التجارية.

9- أنّ بعض حالات التضامن المفترض التي نص عليها المشرّع التجاري لها من الأهمية بمكان ما جعل المشرّع يتولاها بالاهتمام وإيراد

النصـــوص الخاصـــة بهـــا تأكيـــدا لأهميـــة التضـــامن فيهـــا ولا يمكـــن أن نستنتج منه عدم الأخذ بفكرة التضامن المفترض في الحالات الأخرى .

10- إنّ افتـــراض التضـــامن بـــين المـــدينين فـــي الالتـــزام التجـــاري لـــه مبـــررات عـــدّة تتمثـــل فـــي مصـــلحة الأطراف(الـــدائن والمـــدين) تـــارةٍ ، وفـــي اســـتقرار المعاملات تارةٍ أخرى .

11- بخـــلاف القـــوانين المقارنـــة وكـــذلك قـــانونيّ التجـــارة الملغيـــين فـــي العـــراق فـــإن قـــانون التجـــارة العراقـــي النافـــذ لـــم يتضـــمّن قاعـــدة عامـــة تقـــرر التضـــامن المفتـــرض للمـــدينين فـــي الالتـــزام التجـــاري ، ونـــرى أنّ ذلـــك لـــم يكـــن مـــن بـــاب الغـــاء هـــذا العـــرف التجـــاري أو نفيـــه، ولكـــن كـــل مـــا فـــي الأمـــر كـــان الهـــدف منـــه الســـعي للتقريـــب بـــين قواعـــد القـــانون المـــدني والتجاري أو المحاولة لتوحيد أحكامهما .

12- إنّ مســـألة أثبـــات وجـــود العـــرف الـــذي يتقـــرّر بموجبـــه تضـــامن المـــدينين بـــالالتزام التجـــاري يمكـــن اســـتنتاجها عـــن طريـــق مـــا ورد فـــي قـــوانين التجـــارة العراقيـــة ؛ لأن قـــانون التجـــارة هـــو وليـــد الأعـــراف التجاريـــة، ومـــن ثـــم فـــإن ايـــراد نـــص قـــانوني ضـــمن أحكـــام قـــانونيّ التجـــارة العـــراقيين الســـابق والاســـبق لـــيحكم مســـألة كـــان قـــد أيَّـــد وجودهـــا كثيـــراً مـــن الفقهـــاء علـــى أنّهـــا مـــن الأعـــراف التجاريـــة يـــدل دلالـــة صـــريحة وواضـــحة علـــى وجـــود هـــذا العـــرف ، كمـــا يـــدل علـــى وجـــوده واســـتقرار العمـــل بـــه ، وهـــذا مـــا دفـــع المشـــرّع إلـــى تقنينـــه ؛ لأنـــه مفتـــرض الوجـــود أصـــلا قبـــل تقنينـــه مـــن قبـــل المشرّع.

13- إنّ التعارض بين تطبيق العرف القائل بافتراض تضامن المدينين في الالتزام التجاري مع المادة(320) من القانون المدني العراقي تعارض بين عرف ملزم وقاعدة قانونية غير آمرة ، لذا ينبغي تقديم العرف على القاعدة القانونية غير الأمرة لأنّه يُسهم في توفير الثقة واتساع نشاط التجارة، ومن ثم فالعرف هنا يكون أكثر ملائمة وانسجاماً مع قانون التجارة من القاعدة العامة لذلك يجب تقديمة على القاعدة القانونية غير الآمرة .

14- أنّ أهمية العرف التجاري الذي يقضي بالتضامن المفترض في البيئة التجارية وما يحققه من غايات يسعى اليها المشرّع جعلت أغلب المشرّعين يسارعون في تقنين هذا العرف التجاري عن طريق قاعدة عامة وإن كانت ليست من القواعد الآمرة إلّا انها تأتي من ضمن الأحكام العامة المنظمة لقانون التجارة.

15- إنّ القول بافتراض التضامن في الالتزام التجاري مبني على عدم وجود النص القانوني المقرّر لهُ ، أمّا إذا وجدت القاعدة العامة التي تقضي بتضامن المدينين عند تعددهم في المسائل التجارية فلا مبرر للكلام عن الافتراض من عدمه ؛ لأن وجود القاعدة العامة لا يدع لنا مجالاً للرأي أو الاجتهاد من أجل القول بوجود التضامن بين المدينين من عدمه ؛ إذ لا مساغ للاجتهاد في مورد النص.

16- يترتّب على علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين في الالتزام التجاري آثار عدّة ، وتختلف هذه الآثار بحسب فعاليتها لوجود التضامن، إذ تكون هذه الآثار رئيسة إذا ما توقف وجود التضامن عليها وهذه الآثار

يحكمها مبدأين هما وحدة محل الالتزام وتعدّد الروابط، وإلى جانب ذلك توجد آثار ثانوية يكون أساسها المصلحة المشتركة فيما بين المدينين المتضامنين .

17- تقوم العلاقة التي تربط المدينين المتضامنين فيما بينهم على مبدئين هما : انقسام الدين ، وحق المدين الموفي بالرجوع على باقي المدينين المتضامنين كلُ بقدر حصّته من الدين بعد استنزال حصّة الموفي من الدين، هذا مع تحملهم جميعاً لحصة المدين المتضامن الذي يحكم عليه بالإعسار أو الإفلاس.

18- إن من أهم التطبيقات للتضامن المفترض في قانون التجارة هو تضامن الموقعين على الورقة التجارية ، وتضامن أمناء التفليسة، وكذلك تضامن الملتزمين بالورقة التجارية التي يتم خصمها لدى المصرف ، فضلاً عن تضامن اصحاب الحساب المصرفي المشترك تجاه المصرف.

19- تضمّنت القوانين المكمّلة لقانون التجارة بعض تطبيقات للتضامن المفترض منها ما جاء في قانون الشركات التي تتمثل بتضامن لجنة المؤسسين في الشركة المساهمة فضلا عن تضامن مؤسسيها، وبالإضافة إلى ذلك يوجد تضامن لمصفي الشركة و مراقبي الحسابات، و تضامن الشركاء في الشركة التضامنية ، وإلى جانب ذلك لاحظنا وجود تضامن في قانون النقل الذي يتجسد في عملية النقل المتعاقب للأشياء ، كما أن المُرسل والمُرسل إليه متضامنين في دفع الأجرة للناقل.

ثانياً : الاقتراحات

لدينا بعض الاقتراحات بصدد موضوع الدراسة، وهي كما يأتي:-

1- نقترح تعديل الفقرة (ثانياً) من المادة(4) من قانون التجارة العراقي النافذ التي تنص على أنّه ((يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أو أي قانون خاص آخر)) لتكون كما يأتي ((تسرى أحكام القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أو في اي قانون خاص اخر إذا كانت ملائمة للتجارة)).

2- نقترح تعديل نص المادة (589) من الفصل الخامس في قانون التجارة العراقي رقم (149) في 1971 الخاص بموضوع الافلاس والصلح الواقي منه، والتي تنص على أنّه ((1- إذا تعدد أمناء التفليسة وجب أن يعملوا مجتمعين ويسألون بالتضامن عن أدارتهم 2 – يشترك أمين التفليسة بالمسؤولية القانونية مع نوابه فيما يخص اعمال نوابه. 3 – قد يحدث التفويض قبل موافقة قاضي التفليسة ، لحراسة على سبيل المثال موجودات المفلس وذلك عن طريق الاجراءات الضرورية المتخذة من قبل النواب ، أو لحماية مصالح الدائنين . في هذه الحالات يقدم أمين التفليسة طلب موافقة بعد التفويض في اسرع وقت معقول ، يبين فيه اساس التفويض)) لتكون بالنص الآتي : (1- إذا تعدد أمناء التفليسة وجب أن يعملوا مجتمعين ويسألون بالتضامن عن إدارتهم. 2 – ومع ذلك يجوز لحاكم التفليسة أن يقسم العمل بينهم أو أن يعهد الى أحدهم

بعمل معين. وفي هذه الحالة لا يكون أمين التفليسة مسؤولاً إلّا عن الأعمال التي كلف بها . 3- ويجوز لأمناء التفليسة أن ينيبوا بعضهم البعض في القيام بالأعمال المعهود بها اليهم ولا يجوز لهم إنابة الغير إلّا بإذن من حاكم التفليسة وفي هذه الحالة يكون أمين التفليسة ونائبه مسؤولين بالتضامن عن هذه الأعمال)) حتى تكون أكثر دقة في الصياغة وأبلغ في التعبير.

3- نقترح تعديل نص المادة(٣٣٤) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها((1- لمن قضى الدين من المدينين الرجوع على الباقين بما دفع زائدا على ما هو واجب عليه كل بقدر حصته. 2 – فإن كان احد منهم معسراً تحمل تبعة هذا الاعسار المدين الذي وفى بالدين وسائر المدينين كل بقدر حصته)) لتكون كما يأتي: ((١- إذا أوفى أحد المدينين المتضامنين الدين كله يجوز له أن يرجع على باقي المدينين المتضامنين كلٌ بقدر حصته في الدين، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن. ٢ – وينقسم الدين الذي وفاه أحد المدينين متساوية بين الجميع ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . 3 – فإن كان احد منهم معسراً تحمل تبعة هذا الاعسار المدين الذي وفى بالدين وسائر المدينين كل بقدر حصته)) .

لتكون أكثر وضوحاً ودقة في صياغتها واختيار الالفاظ التي تتناسب مع فحواها من جهة ، ومن جهة أخرى ليكون لها دور فعال في تحديد حصص المدينين المتضامنين من خلال افتراض أن

حصصهم متساوية في حالة عدم أتفاق الاطراف أو وجود نص قانوني يقضي بخلاف ذلك.

4- نأمل من المشرع أضافة نص قانوني إلى قانون الشركات لعراقي النفاذ مفاده((ويكون المؤسسون مسؤولين بالتضامن في أموالهم الخاصة عن الآثار أو الاضرار التي تترتَّب أو تلحق بالغير نتيجة لشطب قيد الشركة من السجل التجاري ،وذلك دون الاخلال بالعقوبات الجزائية)) بهدف تحديد نطاق مسؤولية المؤسسين في الشركة المساهمة.

5- نتمنى من المشرّع العراقي أن يحذو حذو المشرّع المصري ويتبنى نصاً قانونياً صريحاً يقرر تضامن مصفي الشركات عند تعددهم ، ونقترح أن يكون النصّ كما يأتي:
(لا يجوز للمصفي أن يبدأ أعمالا جديدة إلَّا إذا كانت لازمة لإتمام أعمال سابقة، وإذا قام المصفي بأعمال جديدة لا تقتضيها التصفية كان مسؤولاً في جميع أمواله عن هذه الأعمال ، وإذا تعدَّد المصفون كانوا مسؤولين بالتضامن).

6- نهيب بالقضاء العراقي عند النظر بالنزاعات التجارية التي يتعدد فيها المدينون أن يأخذ بعين الاعتبار أنهم متضامنون في حال أستطاع الدائن أثبات وجود العرف التجاري الذي يقرّر تضامنهم، ومن ثم فمن الواجب عليه تطبيق العرف التجاري؛ لأنه يعد قانوناً وأن لم يتم تقنينه.

7- نأمل من الغرف التجارية والخبراء ابداء الرأي المعزّز لوجود العرف التجاري الذي يقرر التضامن المفترض للمدينين في الالتزام التجاري عند طلب ذلك منهم من قبل المحكمة المختصة ؛ لما لهذا العرف التجاري من مسوغات تقضي بضرورة الأخذ به.

تمت بحمد الله

قائمة المصادر

بعد القرآن الكريم

أولاً : المصادر العربية

أ – كتب ومعاجم اللغة العربية :

1- إبراهيم أنيس وأخرون ، المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية ، الطبعة الرابعة ، مكتبة الشروق الدولية ، القاهرة ، 2004 .

2- أبو الفتح عثمان بن جِنّي ، الخصائص ، الجزء الثاني ، الطبعة الرابعة ، تحقيق: محمد علي النجار، طبع دار الشؤون الثقافية ، بغداد ، 1990.

3- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم أبن منظور الافريقي الأنصاري ، لسان العرب ، المجلد الثالث عشر، الطبعة الثالثة، دار صادر ، بيروت ، 1999 .

4- أحمد الحملاوي ، شذا العرف في فن الصرف ، الطبعة الخامسة ، دار الكتب المصرية ، القاهرة، 1927.

5- جعفر السيد باقر الحسيني ، معجم مصطلحات المنطق، دار الاعتصام، القاهرة ، دون سنة نشر.

6- د. محمد خير الحلواني ، المفضل في تأريخ النحو العربي ، الجزء الاول(قبل سيبويه) ، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت ، 1979.

7- لويس معلوف، المنجد في اللغة ، الطبعة19، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، دون سنة نشر .

8- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ، بيروت ، دون سنة نشر.

9- منصور محمد أبن محمد الأزهري، تهذيب اللغة، تحقيق الاستاذ: أحمد عبد العليم البردوني، مراجعة: علي محمد البجاوي، الجزء الثاني عشر، الدار المصرية للتأليف والترجمة، القاهرة، دون سنة نشر.

ب ـ الكتب القانونية

1- د. إبراهيم اسماعيل إبراهيم ، الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية – دراسة قانونية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمّان ، 1999 .

2- إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز –القسم التجاري ، مطبعة الجاحظ، دون مكان نشر ، دون سنة نشر.

3- د. أبو بكر عبد العزيز المصطفى : المسؤولية التضامنية في شركة المساهمة ، الطبعة الاولى، مركز الدراسات العربية ، مصر ، 2016.

4- د. ابو زيد عبد الباقي مصطفى ، الافتراض ودوره في تطوير القانون ، دار التأليف ، الاسكندرية، 1980.

5- د. أحمد إبراهيم البسام ، مبادئ القانون التجاري ، الجزء الأول (مقدمة – نظرية الأعمال التجارية – التاجر وواجباته – الشركات التجارية) مطبعة العاني ، بغداد ، 1961.

6- د. أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون– دراسة في فلسفة القانون ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، دون سنة نشر.

7- د. احمد سعيد الزقرد ، أحكام الالتزام ، دون دار نشر، المنصورة ، 2005 .

8- د. أسماعيل عبد النبي شاهين ، أحكام مطالبة المدينين المتضامنين بالدين في القانون المدني – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديد ، الاسكندرية ، 2006.

9- د. اسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، احكام الالتزام ، الجزء الثاني ، مكتبة عبد الله وهبة ، مصر ، 1967.

10- د . أكـــرم يـــاملكي ، القـــانون التجـــاري- الأوراق التجاريـــة ، دراســـة مقارنة ، مطبعة العاني ، بغداد ،1977.

11- ـــــــــ ، القـــانون التجـــاري – دراســـة مقارنـــة فـــي الأعمـــال التجاريـــة والتـــاجر والمتجـــر والعقـــود التجاريـــة ، الطبعـــة الأولـــى ، دار الثقافـــة للنشر والتوزيع ، عمّان ، 2010.

12- ـــــــــ ، الـــوجيز فـــي شـــرح القـــانون التجـــاري العراقـــي، الجـــزء الأول – فـــي الاعمـــال التجاريـــة والتجـــار، الطبعـــة الثانيـــة المعدلـــة فـــي ضـــوء أحكام قانون التجارة الجديد ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1971.

13- د. انطـــوان الناشـــف و خليـــل الهنـــدي ، العمليـــات المصـــرفية والســـوق الماليـــة ، الجـــزء الثـــاني ، المؤسســـة الحديثـــة للكتـــاب ، طـــرابلس ، 2000.

14- د. أنـــور العمروســـي ، التضـــامن والتضـــامم والكفالـــة فـــي القـــانون المـــدني، الطبعـــة الأول ، دار الفكـــر الجـــامعي ، الاســـكندرية ، 1999.

15- د. أنـــور ســـلطان ، النظريـــة العامـــة للالتـــزام (أحكـــام الالتـــزام) ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ، 2005.

16- د. آوات عمـــر قـــادر حـــاجي : مبـــدأ اســـتقرار المعـــاملات (دراســـة تحليليـــة فـــي القـــانون المـــدني) ، تقـــديم د. محمـــد ســـليمان الأحمـــد ، الطبعـــة الأولـــى، المؤسســـة الحديثـــة للكتـــاب ، لبنـــان ، 2017.

17- د . باســـم محمـــد صـــالح ، القـــانون التجـــاري-القســـم الأول، مطبعـــة جامعة بغداد ، بغداد ،1987 .

18- د. بـــدر جاســـم اليعقـــوبي ، أصـــول الالتـــزام فـــي القـــانون المـــدني الكويتي ، الطبعة الأولى ، الكويت ، 1981.

19- د. توفيق حسن فرج ، التأمينات الشخصية والفنية دراسة لعقد الكفالة و الرهن والاختصاص و الامتياز، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، دون سنة نشر.

20- د. ثروت عبد الرحيم ،القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1981 .

21- د. جمال مرسي بدر ، النيابة في التصرفات القانونية ، الطبعة الثالثة ، الهيئة العامة للكتب ، مصر، 1980.

22- د. جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1981 .

23- د . جوتيار عبدالله مصطفى ، الافتراض القانوني في قانون المرافعات- دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2017 .

24- جورج ريبير و رينيه روبلو، المطول في القانون التجاري- التجار – محاكم التجارة – الملكية الصناعية – المنافسة – قانون المجموعة الاوربية والقانون الفرنسي ، الجزء الأول ، المجلد الأول، ترجمة منصور القاضي ، الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2011 .

25- ــــــــــ، المطول في القانون التجاري- الاسانيد التجارية – المصارف والبورصات –العقود التجارية – الاصول الجماعية ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، ترجمة د. علي مقلّد ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2011.

26- د. حسن جاد ، شرح القانون التجاري العراقي ، الجزء الأول ، مطبعة النقيض الأهلية ، بغداد ، 1940-1941.

27- د. حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني (الضرر) ، أشرف على تنقيحه وطبعه د .محمد سعيد الرحو ، الطبعة الأولى ، دار وائل ، عمّان ،2006.

28- ـــــــــــــــــــ ، النظريـــــة العامـــــة للالتزامـــــات(مصـــــادر الالتـــزام- احكـــام الالتـــزام- اثبـــات الالتـــزام) ، المكتبـــة القانونيـــة ، بغـــداد ، دون سنة نشر .

29- ـــــــــــــــــــ ، فلســـفة القـــانون ، الطبعـــة الأولـــى ، مطبعـــة العاني ، بغداد ، 1975.

30- د. حســـن كيـــرة ، المـــدخل الـــى القـــانون – القـــانون بوجـــه عـــام- النظريـــة العامـــة للقاعـــدة القانونيـــة – النظريـــة العامـــة للحـــق ، القســـم الأول ، منشاة المعارف، الاسكندرية ، بدون سنة نشر.

31- د .حســـين توفيـــق فـــيض الله و د . دانـــا حمـــه بـــاقي عبـــد القـــادر و د . زالـــة ســـعيد يحيـــى الخطـــاط ،شـــرح قـــانون الشـــركات العراقـــي وتعديلاتـــه ، الطبعـــة الاولـــى ، مطبعـــة يادكـــار ، الســـليمانية ، 2021 .

32- د. حمـــدي عبـــد الـــرحمن و رضـــا عبـــد الحلـــيم عبـــد المجيـــد ، مبـــادئ القانون ، مطابع جامعة المنوفية ، مصر ، بدون سنة نشر.

33- دآ لـــوز، القـــانون المـــدني الفرنســـي باللغـــة العربيـــة ، جامعـــة القـــديس يوسف، بيروت ، 2012.

34- د. رأفـــت محمـــد احمـــد حمـــاد ، الـــوجيز فـــي الالتزامـــات ، الجـــزء الثـــاني – احكـــام الالتـــزام والاثبـــات ، دار النهضـــة العربيـــة ، القـــاهرة ،1995.

35- د . رضا عبيد ، القانون التجاري المصري ، بدون ناشر 2008.

36- د. رمضـــان ابـــو الســـعود ، أحكـــام الالتـــزام ، دار الجامعـــة الجديـــدة ، الاسكندرية ، 2004 .

37- ـــــــــــ ، النظريـــــة العامـــــة للحـــــق ، دار الجامعـــــة الجديـــــدة، الاسكندرية ، 2005.

38- د. زهـــدي يكـــن ، محاضـــرات فـــي تـــأريخ القـــانون ، مطبعـــة جامعـــة بيروت العربية، بيروت ، 1964.

39- د. زهير عباس كريم ، مبادئ القانون التجاري – الاعمال التجارية – التاجر – المحل التجاري – العقود التجارية ، الطبعة الثانية ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمّان ، 1995 .

40- د. سامي عبد الباقي أبو صالح ، قانون الاعمال ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 – 2004.

41- د . سعيد سعد عبد السلام ، الموجز في احكام الالتزام المدني ، القاهرة ، دون سنة نشر.

42- د. سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني- في الالتزامات- المجلد الرابع – أحكام الالتزام (ويشمل آثار الالتزام واوصافه وانتقاله وانقضاءه) ، الطبعة الثانية ، مكتبة صادر ، القاهرة ، 1992.

43- د. سميحة القليوبي ، القانون التجاري ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ، 1980.

44- ــــــــــــــ ، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري- الجزء الأول – نظرية الأعمال التجارية والتاجر- بيع ورهن المحل التجاري وتأجير استغلاله وحمايته ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2012.

45- د. سمير عبد السيد تناغو ، أحكام الالتزام والاثبات ، الطبعة الأولى ، مطبعة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، 2009.

46- ــــــــــــــ ، التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة – الرهن الرسمي- حق الأختصاص – الرهن الحيازي- حقوق الأمتياز) ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1996.

47- ــــــــــــــ ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1974.

48- د. سوزان علي حسن ، التنظيم القانوني لمسؤولية متعهد النقل متعدد الوسائط ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2009.

49- صائب صالح إبراهيم آل عبودة الربيعي ، الالتزام التضامني والالتزام التضاممي ومدى أهمية التمييز بينهما ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2017.

50- د. صلاح الدين الناهي ، المبسوط في الأوراق التجارية (دراسة موازنة)، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1965 .

51- ـــــــــــــــــ ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، دون دار نشر، دون مكان نشر، دون سنة نشر.

52- ـــــــــــــــــ ، الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي – احكام الالتزامات والعقود التجارية ، العقود التجارية المعينة ، الطبعة الرابعة المنقحة والمزيدة ، مطبعة أسعد ، بغداد ، 1962.

53- ـــــــــــــــــ ، الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي – الشركات التجارية (دراسة موازنة) ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ،1963.

54- ـــــــــــــــــ ، مبادئ القانون التجاري وقانون المكاسب ، مقدمة في القانون واقسامه–الأوراق التجارية والافلاس وتصفية الشركات مع ملحق بقانون التجارة رقم(60) لسنة 1943 وتعديلاته ، مطبعة اسعد، بغداد ،1962.

55- المستشار صلاح الدين كامل سعد الله أحمد ، طرق الإثبات و المستحدث منها في المواد التجارية ، العلم والأيمان ، مصر، 2010.

56- د . عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الاثبات العراقي ، الطبعة الثانية، جامعة الموصل ،1997.

57- د. عباس حلمي : القانون التجاري – الاعمال التجارية – التجار، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1993.

58- د. عبد الحميد فوده، الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2003 .

59- د. عبد الحي حجازي ، العقود التجارية ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، 1954 .

60- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- الجزء الثالث- نظرية الالتزام بوجه عام (الاوصاف – الحوالة – الانقضاء) ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت ، 1958.

61- ــــــــــــــــــــــــــ ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر والأخير – في التأمينات الشخصية العينية ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت ، 1970 .

62- د. عبد السلام ذهني بك ، الالتزامات- النظرية العامة ، مطبعة مصر ، القاهرة ، دون سنة نشر.

63- د . عبد الفتاح عبد الباقي ، دروس في احكام الالتزام ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، دون سنة نشر.

64- د. عبد القادر حسين العطير، الوسيط في شرح القانون التجاري ، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان ، 1999 .

65- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، أحكام الالتزام ، الطبعة السادسة ، العاتك ، القاهرة ، 2009.

66- د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام، طبعة جديدة منقحة، العاتك ، بيروت، 2017-2018.

67- د. عبد المنعم البدراوي ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، الجزء الثاني – أحكام الالتزام ، مكتبة سيد عبد الله وهبة ، القاهرة ، 1968.

68- د. عبد الناصر توفيق العطار، الوجيز في تاريخ القانون ، الجزء الأول ، مكتبة السعادة ، القاهرة ، 1970.

69- ـــــــــــــــــــــــ ، الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد – أحكام الإفلاس ، الطبعة الأولى ، مطبعة دار السلام ، بغداد ، 1973.

70- د. عدنان الخير ، قانون التجارة اللبناني ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، 2008.

71- د. عزيز العكيلي ، الوسيط في شرح القانون التجاري (الاعمال التجارية – العقود التجارية – التجار– المتجر) ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة، دار الثقافة ، عمّان ، 2017.

72- ـــــــــــــــــــــــ ، الوسيط في شرح القانون التجاري – الأوراق التجارية وعمليات البنوك ، الجزء الثاني، الطبعة السابعة ، دار الثقافة والنشر ، عمّان ، 2018 .

73- د. علي البارودي و د محمد السيد الفقي ، القانون التجاري (الاعمال التجارية – التجار– الأموال التجارية – الشركات التجارية – عمليات البنوك والاوراق التجارية) ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1999.

74- د. علي العريف ، الأوراق التجارية – السند الأذني– الكمبيالة– الشيك (دراسة للقضاء) ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، القاهرة ،1995.

75- ـــــــــــــــــــــــ ، شرح القانون التجاري المصري ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة ، 1947.

76- د. علي جمال الدين عوض ، دروس في القانون التجاري – إلقاها على طلبة كلية التجارة بجامعة القاهرة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون سنة نشر.

77- ـــــــــــــــــــــ ، عمليات البنوك من الواجهة القانونية ، دراسة للقضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد العربية ، طبعه مكبره ، المكتبة القانونية ، القاهرة ، 1993.

78- د. علي حسن يونس ، القانون التجاري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1959.

79- د . فاروق إبراهيم جاسم ، القانون التجاري- أحكام الإفلاس، الجزء الثالث ، الطبعة الأولى ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2020.

80- ـــــــــــــــــــــ ، القانون التجاري ، الجزء الاول- مقدمة عامة- الإعمال التجارية – التاجر – المحل التجاري ،الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2018.

81- ـــــــــــــــــــــ ، القانون التجاري العقود التجارية وعمليات المصارف ، الجزء الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2018 .

82- ـــــــــــــــــــــ ، النظام القانوني لمؤسسي الشركة المساهمة (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2013 .

83- ـــــــــــــــــــــ ، الوجيز في القانون التجاري ، مقدمة عامة – الأعمال التجارية –التاجر – العقود التجارية – عمليات المصارف – دار السيسبان ، بغداد ،2015 .

84- فايز محمد حسين : فلسفة القانون بين العلمانية والشكلية والغائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997.

85- – د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري- في الشركات التجارية-الاحكام العامة للشركات ،الجزء الثالث ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمّان،1997.

86- ـــــــــــــــــــ ، شرح القانون التجاري (مصادر القانون التجاري، الاعمال التجارية ، التاجر، المتجر، العقود التجارية) ، المجلد الأول، الطبعة الأولى ، دار الثقافة والنشر ، عمّان، 1997.

87- ـــــــــــــــــــ ، شرح القانون التجاري- الأوراق التجارية (سند السحب)- السفتجة-السند الأمر ((الكمبيالة))-الشيك) ،المجلد الثاني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،1997.

88- د . فوزي محمد سامي و د. فائق محمود الشماع ، القانون التجاري- الأوراق التجارية ، طبعة جديدة منقحة ، العاتك ، القاهرة ، 2008.

89- د . لطيف جبر كوماني ، الشركات التجارية (دراسة قانونية مقارنة) ، الطبعة الاولى ، مكتبة السنهوري ، بغداد، 2015.

90- ـــــــــــــــــــ ، موجز القانون التجاري- المبادئ و الاعمال التجارية ، كلية صدر العراق – الجامعة الأهلية – دون مكان نشر، 2013.

91- د. مجيد حميد العنبكي ، قانون النقل العراقي – المبادئ والأحكام ، مركز البحوث القانونية ، بغداد ،1984.

92- د. محسن شفيق ، القانون التجاري المصري ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، الاسكندرية ، 1949.

93- ـــــــــــــــــــ ، الوسيط في القانون التجاري المصري ،الجزء الثاني- العقود التجارية – الأوراق التجارية ، الطبعة الثالثة مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، دون سنة نشر.

94- ـــــــــــــــــ ، الوسيط في القانون التجاري المصري عمليات البنوك والإفلاس ،الجزء الثالث ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1962- 1963 .

95- ـــــــــــــــــ ، الوسيط في القانون التجاري المصري ، مقدمات – نظرية الاعمال التجارية – صفة التاجر – الدفاتر التجاري – السجل التجاري– الملكية الصناعية – المحل التجاري – الشركات التجارية – الجزء الأول – الطبعة الأولى – مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ، 1957.

96- د. محمد السيد الفقي ، القانون التجاري (أدوات الوفاء– الائتمان– الإفلاس والصلح الواقي منه) ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ،2011.

97- محمد جمال عطية عيسى ، إهداف القانون بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998.

98- د. محمد حسني عباس ، الوجيز في النظرية العامة للقانون التجاري ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، الاسكندرية ، دون سنة نشر.

99- د. محمد حسين اسماعيل ، القانون التجاري الاردني، الطبعة الاولى ، دار عمان للنشر والتوزيع ،عمّان، 1985.

100- د. محمد حسين منصور ، النظرية العامة للائتمان – صور الائتمان وضماناته والوسائل التقليدية والحديثة لحمايته – الكفالة – الرهن الرسمي– حق الاختصاص – الرهن الحيازي – حقوق الامتياز – الرهن العقاري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، دون سنة نشر.

101- ـــــــــــــــــ ، النظرية العامة للالتزام ، احكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية ، 2006 .

102- ـــــــــــــــــــــ ، النظريـــــة العامـــــة للالتـــــزام ، دار الجامعـــــة الجديدة ، الاسكندرية، 2001.

103- ـــــــــــــــــــــ ، نظريـــــة القـــــانون ، دار الجامعـــــة الجديـــــدة ، الاسكندرية ، 2009 .

104- د . محمـــــد شـــــكري ســـــرور ، مـــــوجز الأحكـــــام العامـــــة للالتـــــزام (فـــي القـــانون المـــدني المصـــري) ، الطبعـــة الثانيـــة (مزيـــدة و منقحـــة) ، النهضة العربية ، القاهرة ، 2008.

105- د. محمـــد صـــبري الســـعدي ، الواضـــح فـــي شـــرح القـــانون المـــدني، النظريـــة العامـــة للالتزامـــات، احكـــام الالتـــزام (دراســـة مقارنـــة فـــي القوانين العربية) ، دار الهدى ،الجزائر، دون سنة نشر.

106- د. محمـــد عبـــد الظـــاهر حســـين ، الاحكـــام العامـــة للالتـــزام فـــي القـــانون المـــدني (دراســـة فقهيـــة وقضـــائية) ، دون دار نشـــر، دون مكان نشر ،2016 .

107- د. محمـــد علـــي محمـــد بنـــي مقـــداد ، الأوراق التجاريـــة وتضـــامن الموقعون عليها، دار النهضة العربية ، القاهرة ،2008 .

108- د. محمـــد فريـــد العرينـــي و د . جـــلال وفـــاء محمـــدين : القـــانون التجـــاري – الاعمـــال التجاريـــة– التجـــار المحـــل التجـــاري، الجـــزء الأول، دار المطبوعات الجامعية ، القاهرة ، 1998.

109- د. محمـــد كامـــل مرســـي باشـــا ، المـــوجز فـــي التأمينـــات الشخصـــية والعينية ، المطبعة العالمية ، القاهرة ،1949.

110- د. محمـــد كمـــال ســـالم ، أهميـــة الوقـــت والائتمـــان بـــين القـــانون الوضـــعي والفقـــه الإســـلامي ((دراســـة نقديـــة مـــن وجهـــة شـــرعية)) ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2017.

111- د. محمـــد لبيـــب شـــنب ، دروس فـــي نظريـــة الالتـــزام ، أحكـــام الالتـــزام ، بدون دار نشر، 1974.

112- د .محمـــود الكيلانـــي ،الموســـوعة المعرفيـــة والأوراق التجارية(دراســـة مقارنة)،المجلـد الثالـث ، الطبعـة الثالثـة ،دار الثقافـة للنشـر والتوزيـع ،عمّان،2012.

113- د . محمـــود الكيلانـــي ، الموســـوعة التجاريـــة والمصـــرفية ، الشـــركات التجاريـــة ((دراســـة مقارنـــة)) ، المجلـد الخـامس ، الطبعـة الثالثـة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمّان ،2012.

114- د . محمـــود جمـــال الـــدين زكـــي، الـــوجيز فـــي النظريـــة العامـــة للالتزامـــات فـــي القـــانون المـــدني المصـــري ، الطبعـــة الثالثـــة ، مطبعـــة جامعة القاهرة ، القاهرة ، 1978.

115- د. محمـــود ســـمير الشـــرقاوي، الشـــركات التجاريـــة فـــي القـــانون المصـــري ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2001.

116- د. محمـــود عبـــد الـــرحيم الـــديب ، الحيـــل فـــي القـــانون المـــدني (دراســـة مقارنـــة بالفقـــه الإســـلامي) ، دار الجامعـــة الجديـــدة ، الاســـكندرية ، 2008.

117- د. محـــي الـــدين إســـماعيل علـــم الـــدين ، شـــرح قـــانون التجـــارة الجديـــد رقـــم(17) لســـنة 1999 (المعـــدل) (تعليـــق علـــى القـــانون مـــادة مـــادة) مـــع الاعمـــال التحضـــيرية واعمـــال لجنـــة الشـــريعة ،الجـــزء الثالـــث، الالتزامـــات التجاريـــة ، دون دار نشـــر ، دون مكـــان نشـــر ، دون ســـنة نشر.

118- د. مصـــطفى الجمـــال ، أحكـــام الالتزام(دراســـة مقارنـــة) ، الطبعـــة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2013.

119- ـــــــ ، مصـــادر و أحكـــام الالتـــزام ، منشـــورات الحلبـــي الحقوقيـــة ، بيروت ، 2008.

120- د. مصـــطفى كمـــال طـــه ، أساســـيات القـــانون التجاري،(دراســـة مقارنـــة) – الاعمـــال التجاريـــة– التجـــار – المؤسســـة التجاريـــة – الشـــركات

التجاريـــة– الملكيـــة الصـــناعية ، الطبعـــة الأولـــى، منشـــورات الحلبـــي الحقوقية، بيروت ، 2006 .

121– ـــــــــــ ، أصـــول القـــانون التجـــاري– مقدمـــة ، الأعمـــال التجاريـــة والتجـــار و المؤسســـة التجاريـــة، الشـــركات التجاريـــة – الملكيـــة الصناعية ، الدار الجامعية، دون مكان نشر ، دون سنة نشر.

122– ـــــــــــ ، أصـــول القـــانون التجـــاري– الأوراق التجاريـــة والإفـــلاس ،الدار الجامعية ،الإسكندرية ، دون سنة نشر.

123– ـــــــــــ ، العقـــود التجاريـــة وعمليـــات البنـــوك ، (البيـــع التجـــاري – الـــرهن التجـــاري – الوكالـــة بالعمولـــة – السمســـرة – النقـــل الحســـابات المصـــرفية – الودائـــع المصـــرفية – الاعتمـــادات المصـــرفية العمليـــات علـــى الصـــكوك المتداولـــة) ، دراســـة مقارنـــة ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2006 .

124– د. مصـــطفى كمـــال طـــه ، د . علـــي البـــارودي ، القـــانون التجـــاري ، الطبعة الأولى ، بيروت 2001 .

125– د. منـــذر الشـــاوي ، فلســـفة القـــانون ، الطبعـــة الاولـــى ، دار الثقافـــة للنشر والتوزيع ، عمّان ،2009 .

126– د. منـــذر الفضـــل ، الوســـيط فـــي شـــرح القـــانون المـــدني، القســـم الثـــاني – أحكـــام الالتـــزام (دراســـة مقارنـــة بـــين الفقـــه الإســـلامي والقـــوانين المدنيـــة العربيـــة والأجنبيـــة – معـــززة بـــآراء الفقـــه وأحكـــام القضـــاء)، دار ئاراس للطباعة والنشر ، أربيل ،2006 .

127– د. منصـــور مصـــطفى منصـــور ، المـــدخل للعلـــوم القانونيـــة ، الطبعـــة الرابعة ،دون دار نشر ، دون مكان نشر، 1970.

128– القاضـــي موفـــق البيـــاتي ، شـــرح المتـــون – المبسّـــط فـــي شـــرح القـــانون المـــدني – القســـم الثـــاني (آثـــار الالتـــزام)– المـــواد (243–246) ، الطبعة الأولى ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ،2017 .

129- د. نـــافع بحـــر ســـلطان ، قـــانون العقـــود الفرنســـي الجديـــد – ترجمـــة عربيـــة للـــنص الرســـمي، الطبعـــة الأولـــى، مطبعـــة المنتـــدى ، بغـــداد ، 2017.

130- د. نبيـــل ابـــراهيم ســـعد ، التأمينـــات العينيـــة والشخصـــية – الـــرهن الرســـمي – حـــق الاختصـــاص – الـــرهن الحيـــازي – حقـــوق الامتيـــاز –الكفالة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2007.

131- ـــــــــــــــــــ ، نحـــو قـــانون خـــاص للائتمـــان ، منشـــأة المعارف، الاسكندرية ، 1990.

132- د. نـــوري طالبـــاني : القـــانون التجـــاري العراقـــي –الجـــزء الأول – النظرية العامة ، دار الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، 1972.

133- د. هـــاني محمـــد دويـــدار، القـــانون التجـــاري اللبنـــاني ، الجـــزء الأول – نظريـــة الأعمـــال التجاريـــة – نظريـــة التـــاجر– التزامـــات التجـــار القانونيـــة – المؤسســـة التجاريـــة – الشـــركات التجاريـــة ، دار النهضـــة العربية، بيروت، 1995.

134- ـــــــــــــــــــ ، القـــانون التجـــاري اللبنـــاني– دراســـة فـــي قـــانون المشـــروع الرأســـمالي ، الجـــزء الثـــاني– العقـــود التجاريـــة –العمليـــات المصـــرفية–الأوراق التجاريـــة والافـــلاس ، دار النهضـــة العربيـــة ، بيروت،1995.

135- د. وائـــل بنـــدق و د. مصـــطفى كمـــال طـــه ، الأوراق التجاريـــة ، وســـائل الـــدفع الالكترونيـــة الحديثـــة ، دار الفكـــر الجـــامعي ، مصر،2005.

136-د. يوســـف عـــودة غـــانم المنصـــوري ، التضـــامن الصـــرفي فـــي الأوراق التجاريـــة (دراســـة مقارنـــة) ، الطبعـــة الأولـــى ، منشـــورات الحلبـــي الحقوقية ، بيروت،2012.

جـ - الأطاريح

1- أسيل ياسين فليح المعيني ، الالتزام بعدم الاخلال بالائتمان التجاري في نطاق العلاقات التجارية ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة النهرين ، بغداد، 2005.

2- سعد المغازي المعطى محمود ، الالتزام التضامني ، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الأزهر ، كلية الشريعة والقانون ،القاهرة ، 2010.

3- علي حميد كاظم الشكري ، استقرار المعاملات المالية ((دراسة مقارنة)) ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون – جامعة كربلاء ، كربلاء ،2014.

4- مها نصيف جاسم، التضامن السلبي ((دراسة مقارنة))، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون – جامعة بغداد ، بغداد ، 2005.

5- نواف حازم خالد ، الالتزام التضامني ((دراسة مقارنة)) ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون – جامعة الموصل ، الموصل ، 1999 .

د . البحوث والمحاضرات

1- أ. عبد الباقي البكري ، مبادئ العدالة مفهومها ومنزلتها ووسائل ادراكها ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون والسياسة – جامعة بغداد ، عدد خاص باليوبيل الماسي للكلية ، الدار العربية ، بغداد، مايس – 1984.

2- د. باسم علوان طعمه العقابي ، البيئة التجارية ، مجموعة محاضرات القيت على طلبة الدكتوراه في فرع القانون الخاص – كلية القانون– جامعة كربلاء ، للعام الدراسي 2018–2019.

3- د. ياسر باسم ذنون ، الافتراض ودوره في تطوير القانون ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية ، العدد1، المجلد (12) ، لسنة 2005 .

4- د. حسن علي الذنون ، محاضرات القيت على طلبة الماجستير ، في كلية الحقوق – جامعة النهرين – 1995-1996.

هـ – القوانين

1- قانون التجارة البرية الفرنسي لسنة 1673

2- قانون التجارة البحرية الفرنسي لسنة1681.

3- القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 (المعدل)

4- قانون التجارة الفرنسي لسنة 1807(الملغي)

5- قانون التجارة البرية العثماني لسنة 1850

6- قانون التجارة المصري لسنة 1883 (الملغي) .

7- قانون التجارة اللبنانية رقم (304) لسنة 1942

8- قانون التجارة العراقي رقم (60) لسنة 1943(الملغي)

9- القانون المدني المصري رقم(131) لسنة 1948 (المعدل)

10- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951(المعدل)

11- قانون الشركات التجارية العراقي رقم (31) لسنة 1957(الملغى)

12- قانون التجارة الاردني رقم (12) لسنة 1966

13- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنه 1969 (المعدل)

14- قانون التجارة العراقي رقم (149) لسنة 1970 (الملغي)

15- قانون الاثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979

16- قانون التجارة الكويتي رقم (68) لسنة 1980

17- قانون الشركات المصري رقم(159) لسنة 1981

18- قانون النقل العراقي رقم (80) لسنة 1983

19- قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984

20- قانون التجارة العماني رقم (35) لسنة 1990

21- قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997 (المعدل)

22- قانون التجارة المصري الجديد رقم (17) لسنة 1999.

23- قانون التجارة الفرنسي الجديد رقم (912) لسنة 2000

24- قانون التجارة السوري رقم (33) لسنة 2007

و – القرارات القضائية :

1- قرار محكمة الاسكندرية التجارية الجزئية الاهلية بتاريخ 16 فبراير 1941 .

2- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (220/هيئة عامة أولى / 1973) في 1973 /2/16

3- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (1469/مدنية رابعة/ 1972) في 1973/4/26

4- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم(579/مدنية ثالثة/ 1975) في 1976/1/29.

5- قـــرار الطعـــن المـــرقم(520) لســـنة 57 ق، مجلـــة فبرايـــر، 1990، مجموعـــة أحكام النقض ، س41، الجزء الأول.

6- قـــرار الطعـــن رقـــم (641) لســـنة 60 ق، جلســـة 28، أبريـــل ، 1991 ، مجموعة أحكام النقض المصرية ،س43، الجزء الاول .

7- قـــرار الطعـــن رقـــم (668) لســـنة 60 ق، جلســـة 28، أبريـــل ، 1991 ، مجموعة أحكام النقض المصرية ،س43، الجزء الاول .

8- Cass. civ., 7 janv. 1946 : Gaz. Pal. 1946, 1, jur.,
9- Cass. com., 8 juin 1993, nº 89-14658.

ثانيا – المصادر الاجنبية

1-Colin et h. Capiton, trait de droit civil , T2, Paris,1959

2- Daniel Bert ,frédéric planckeel : L'essentiel du Droit commercial et des affaires, Gualien textenso, 1 re idition , 2017-2018

3- Jean –Bernard Blaise, Richard Desgorces, DROIT DES AFFAIRES - Commerçants- Concurrence – Distribution , ,L G D J lextenso editions, Paris, 8e edition.

4- JEAN VAN RYN,PRINCIPES DE DROIT COMMERCIAL,TOME PREMIER , ÉTABLISSEMENTS ÉMILE BRUYLANT, BRUXELLES ,1954

5- Philippe Malaurie, LAURENT AYNES , droit des obligations, 8e édition, L G D J Lextennso,pares,2016

6- Planiol et Ripert , Esmein , Traite Pratique de droit civil Francais , T. 7 , obligations , 5ed , Paris.

7-Iony Randrianirina, COURS DE Droit Commercial, 1re édition Intègre les dispositions de la loi PACTE du 22 mai 2019, © 2019, Gualino, Lextenso,2019-2020.

Abstract

The specificity of the trade law and its independence from the civil law is a result of its characteristics, which makes it have different environment from the civil environment. The commercial environment is based on two pillars, namely speed and credit. Its existence is not imagined without their availability. The commercial credit is the backbone of commercial life so that the merchants invented several systems to provide it, so one of it , is The supposed solidarity of the debtors in the commercial obligation that effectively contributes to providing confidence, which makes the creditor grant the debtors a deadline for payment based on the assumption of their solidarity towards him.

In contrast to the general rules that decide not to assume the solidarity of debtors, and it is only an exception when the parties agree on it or there is a legal text that decides it, so it is assumed in the commercial environment. Despite the Iraqi Trade Law (current) does not include a general rule that establishes the supposed solidarity of debtors, unlike the previous laws (abolished) .But inspite of that ، there is supposed solidarity based on an old commercial custom that prescribes the solidarity of debtors when there is a number of them in a commercial transaction according to the presumption of common interest between them. This interest is what prompted them to obligaton .

Solidarity towards the creditor, if there are multiple debtors, they are jointly liable to pay all the debt. so that, the creditor has the right to demand all of the debt from any of them. The solidarity debtor cannot, upon recourse against him, adhere to the right of abstraction or of division. So this matter is the content and purpose of solidarity.

This assumption is dictated by some justifications related to the necessity of the availability of the commercial credit component in the commercial environment and the stability of transactions. Therefore, all debtors are responsible towards the creditor of the whole debt, and this matter has an effective role in increasing commercial activity and in the community interest through its contribution to economic prosperity as a result of the increase that occurs in commercial activity.

Republic of Iraq

Ministry of higher education

and scientific research

University of Karbala

College of law

Presumed solidarity of debtors in the commercial obligation

(A comparative study)

A thesis submitted to the Council of the College of Law - University of Karbala, which is part of the requirements for obtaining a doctorate in philosophy in private law

written by

Ali Jasim Mohammed

Supervisor

Prof. Dr. Basim Alwan Al-Uqaabi

2022 A.D. 1443 A.H.