مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية

اسم المقال: الامتناع الخاطئ في المسؤولية المدنية
اسم الكاتب: م.د. معاذ محمد يعقوب
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/library/823
تاريخ الاسترداد: 2025/05/10 01:40 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

الامتناع الخاطئ في المسؤولية المدنية

Wrongful abstinence in civil liability

م.د. معاذ محمد يعقوب

Dr. moath Mohamed Yaqoob

جامعة الفلوجة/ كلية القانون

Al-Fallujah University / College of Law

الملخص

يُعد الخطأ السلبي أحد أنواع الخطأ الذي نص عليه القانون المدني، ولم ينل نصيبه من قبل الأخير والفقه القانوني، ولم تُنظم أحكامه بنصوص خاصة مفصله لأحكامه، بل اعتمد على النصوص العامة لنظرية الخطأ، وله نوعان، الأول الخطأ السلبي المسبوق بالتزام، والنوع الثاني الخطأ السلبي الناجم عن الامتناع عن تقديم المساعدة(الخطأ المجرد)، ثار جدل بين فقهاء القانون حول النوع الثاني(الخطأ المجرد)، فذهب البعض إلى عدم الاعتداد به وترتيب المسؤولية لانتفاء العلاقة السببية، وعدم وجود نص أو اتفاق، وذهب البعض الآخر إلى الاعتداد به وترتيب المسؤولية عليه لاعتبارات عدة منها ضرورة تكافل افراد المجتمع والاعتراف بالواجب تجاه الآخرين بشرط الا يكون في ذلك خطراً تجاهه والا يرتب ضرراً تجاه مصالحه، واختلفت التشريعات المدنية حول طبيعة الخطأ السلبي المجرد.

الكلمات المفتاحية: الامتناع، الخاطئ، مسؤولية، مدنية.

P- ISSN: 2075-2024 E-ISSN: 2706-5804

Summary

The negative error is a specified error specified by the civil law, and has not been his share in this law and in the legal writers methods. The provisions of the legal text should not be organized. "It was adopted on the general texts of the theory of the error. It was two kinds, first one is negative error preceded by commitment and the second one is negative error of refraining from providing assistance (abstract error), the second kind was been doctrinal differences between legal scholars, some of them do not extend the relationship of causing the causal relationship and the lack of a text or agreement. The other writers was going to credibility and establishment of responsibility for many reasons as to extent of the community and the recognition of members of the community and the recognition of the duty to others, including the need to avoid such a danger to the same," the civilian legislations on the nature of the negative error(abstract error)was been different between Them**.**

Key words: negative**,** error**,** civil law**.**

المقدمة

يفرض القانون ثلاث أنواع من الالتزامات، الالتزام بقيام بعمل أو الالتزام بالامتناع عن عمل، أو الالتزام بإعطاء شيء، ومعنى الالتزام بالامتناع عن عمل اي ان على المدين الامتناع عن عمل كان من حقه القيام به لولا التزامه بالامتناع عنه، فعندما يكون التزام المدين القيام بعمل فان التزامه حينها يكون بالامتناع عن القيام باي عمل ما، وبذلك يعد منفذاً لالتزامه ما دام لم يقم بالعمل الذي تعهد بعدم القيام به، وهذا هو التنفيذ العيني الاختياري، واذا ما قام بالفعل بعد ما التزم بعدم القيام به عُد حينها خطأه (خطأ سلبي)، وهذا الالتزام يعد قيداً على مبدأ الحرية الذي يتمتع به الانسان، ولا يمكن اعتبار الواجب العام الملقى على عاتق كل شخص بالامتناع عن الاضرار بالغير الذي فرضه القانون، هو واجب بالامتناع عن عمل بالمعنى القانوني الدقيق لهذا النوع من الالتزام(الامتناع عن القيام بعمل)، وعليه فقد حدد بأنواع معينة.

ان الخطأ باعتباره أحد اركان قيام المسؤولية المدنية وان الاخيرة تعد بمثابة العمود الفقري للنظرية العامة للالتزام، بالأخص نسبة للتطور الذي حدث في المجتمع على جميع الأصعدة، مما أدى إلى زيادة في التعاملات المالية بين الأشخاص ونتيجة لهذا التعامل يترتب عليه الوقوع في اخطاء، بالأخص الخطأ السلبي الذي لم ينظمه المشرع العراقي بنصوص خاصة به وانما يرجع إلى الأحكام العامة للخطأ، وامكان قيام المسؤولية المدنية دون نص بخلاف المسؤولية القانونية الجنائية التي تخص لقيامها لمبدأ "لا جريمة ولا عقوبة الا بنص"، وتكمن مشكلة البحث في قلة المراجع المفصلة والمتخصصة بموضوعنا وعدم تطرق المشرع لهذا النوع من انواع الخطأ بشيء من التفصيل بالأخص فيما يخص النوع الثاني من انواع الخطأ السلبي(الامتناع المجرد) في القانون العراقي، خلافاً لما ذهب إليه الفقه الاسلامي وبعض القوانين الاخرى، وعليه اثرنا اختيار الخطأ السلبي باعتباره أحد أنواع الخطأ، ولغرض تسليط الضوء عليه بشكل أكبر والتطرق لتطبيقاته ومعرفة موقف المشرع العراقي منه، والجدة في هذا البحث أو اي بحث آخر قد تكون بأسلوب الباحث وطرحه وما يقدمه من أفكار ومقترحات وأحكام تُضمن في البحث جميعها تقدم النفع وتثري

P- ISSN: 2075-2024 E-ISSN: 2706-5804

الموضوع، وعن اهمية البحث تكمن في حث المشرع بتنظيم نصوص هذا النوع من الخطأ بنصوص مفصلة بالأخص في حالة الامتناع الغير مسبوق بالتزام او اتفاق.

الدراسات السابقة:

١-دراسة (د.الصغير محمد مهدي)، سنة(٢٠١٤)، خطأ الامتناع في المسؤولية العقدية، دراسة تحليلية ومقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني المصري والقانون المقارن.

الهدف من الدراسة: أولاً/ما اقره المشرع من تنظيم للمسؤولية المدنية عن الامتناع يكاد يكون معدوماً، في حين نجد الفقه الاسلامي قد اهتم بإقرار مسؤولية الممتنع خاصة الامتناع عن إغاثة الملهوف في إطار فكرة الضمان وموقف المشرع بذلك يمثل قصور في التنظيم القانوني يمكن أن يسده القاضي بالمُتبع في الفقه الاسلامي حيث يكون مبادئ الشريعة مصدر من مصادر التشريع

نتائج الدراسة: ضرورة اجراء تعديل تشريعي من جانبين، الأول في القانون المدني والمتضمن قيام مسؤولية الممتنع في حالة عدم تقديم المساعدة للمضرور، عن طريق الاقتداء بالفقه الاسلامي ومشروع القانون المدني الذي قدمة الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، والثاني في القانون الجنائي الأمر الأول المتعلق بالمتهم بالنكول الا يتشرط ان يكون سبب الخطر صادر عنه فقط، والأمر الثاني ان يرفع المشرع من مقدار العقوبة عامة ويشددها متى كان المتهم بالنكول هو من كان السبب في قيام الخطر الذي أضر بالمجني عليه.

ثانيا/ التأكيد على ضرورة إيراد المشرع لنص في القانون المدني يتضمن قيام المسؤولية المدنية للمؤرخ عند عدم التزامه الحياد والموضوعية في عرض التاريخ.

٢- اياد محمد جاد الحق، سنة٢٠١٢م، مدى لزوم(الخطأ) كركن من أركان المسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، دراسة تحليلية.

P- ISSN: 2075-2024 E-ISSN: 2706-5804

هدف البحث: توضيح الاركان التي يجب توافرها لمسألة مُحدث الضرر تقصيرياً، وإلزامه بتعويض المضرور من خلال دراسة وتحليل النصوص القانونية الواردة في المشروع بهذا الخصوص.

نتائج الدراسة: وتتلخص في النقاط الآتية

أ- وفقاً للنظرية الشخصية في المسؤولية التقصيرية يؤدي وجود السبب الأجنبي إلى نفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، ومن ثم عدم قيام مسؤولية محدث الضرر وعدم الزامة بتعويض المضرور، بينما وفقاً للنظرية الموضوعية في تنظيم المسؤولية التقصيرية يُفترض عدم تنظيمها للسبب الأجنبي كمانع لقيام المسؤولية التقصيرية.

ب- أخذ مشروع القانون المدني الفلسطيني بالنظرية الشخصية في المسؤولية التقصيرية وليس بالنظرية الموضوعية.

ت- لم يتضمن مشروع القانون المدني الفلسطيني تنظيماً للفعل السلبي(الخطأ السلبي).

والاختلاف بين موضوع دراستنا والدراسات السابقة من حيث تخصص دراستنا بموقف التشريع العراقي في النصوص العامة والخاصة الواردة في القانون المدني المتعلقة بالامتناع الخاطئ، وموقف فقهاء القانون منه، بالإضافة لأسلوب طرح الموضوع.

منهاج البحث

اتبع الباحث من خلال الدراسة المنهاج التحليلي المقارنبين نصوص القانون المدني العراقي ونصوص القوانين الاخرى. وعليه سنتناول موضوعنا على مبحثين نخصص الأول لبيان ماهية الخطأ السلبي، والثاني سنخصصه لبيان نطاق وآثار الخطأ السلبي.

المبحث الأول

ماهية الخطأ السلبي

بداية يتوجب علينا بيان ماهية الخطأ السلبي من خلال بيان معنى الخطأ بمعناه العام ومن ثم بيان معنى الخطأ السلبي والايجابي، ومن ثم التمييز بينهما(الخطأ الايجابي والسلبي)، للوقوف على معناهما والإلمام بشكل أكثر على معنى الخطأ السلبي، وعليه سنخصص

P- ISSN: 2075-2024 E-ISSN: 2706-5804

المطلب الأول للتعريف بالخطأ السلبي، والمطلب الثاني لتمييز الخطأ السلبي عن الخطأ الايجابي، والثالث لبيان اساس الخطأ السلبي.

المطلب الأول

التعريف بالخطأ السلبي

في الواقع يصعب تحديد مفهوم الخطأ وبيان المراد منه، لذلك لم ينعقد اجماع الفقه القانوني على تعريف للخطأ والسبب في ذلك يعود إلى ان فكرة الخطأ نسبية، تتأثر بظروف الحال والبيئة، كما انها غير محدودة لاتصالها الوثيق بالأخلاق، ولما كانت الافكار الأخلاقية تعوزها التحديد والضبط وجب ان تكون فكرة الخطأ غير محدودة ولا منضبطة[١].

الخطأ بمعناه العام هو: الاخلال بواجب قانوني على المدين وذلك من خلال عدم قيامه بالتزامه مع ادراكه له وامكانه تنفيذه[٢]، أو العمل الضار الغير مشروع[٣].

وان قوام الخطأ هو الانحراف في السلوك، ويكون ايجابياً أو سلبياً، ايجابياً عندما يتمثل بالقيام بعمل أو سلبياً متمثلاً في الامتناع عن القيام بعمل، ومعيار الانحراف هو مجافاة مسلك المدين لمسلك الشخص العادي[٤]، وفكرة الشخص العادي فكرة مجردة يرجع في تحديدها إلى الرجل العادي في طائفة الناس التي ينتمي إليها المدين فاذا كان المدين طبيب مثلاً فيقارن مسلكه لمعرفة ما إذا قد ارتكب خطأ، بمسلك الطبيب العادي اذا وجد في مثل هذه الظروف[٥].

---

(١) ينظر جبار صابر طه، اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، ص(٤٩ وما بعدها).
(٢) ينظر د.فريد عبد المعز فرج، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات(أحكام الالتزام)، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، ص(٥١).
(٣) ينظر د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، بند (٥٢٦)، ص(٧٧٧).
(٤) ينظر د.عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد(النظرية العامة للالتزام)، دار الفكر، ص(٩٥٤).
(٥) ينظر د.أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، دار الثقافة، الطبعة الثالثة، سنة٢٠٠٧م، ص(٢٣٢).

P- ISSN: 2075-2024 E-ISSN: 2706-5804

والخطأ التقصيري قد يكون خطأ عمد أو خطأ اهمال، وخطأ الاهمال قد يكون خطأ جسيم وقد يكون خطأ يسير، وقد يكون خطأ مدني أو جنائي و قد يكون ايجابي أو سلبي.

وللخطأ السلبي ألفاظ عدة اما الامتناع أو السلوك السلبي أو الترك وجميعاً تعطي معنى واحد، وبعيداً عن اللفظ ان الخلاف ثار بين فقهاء القانون المدني وتعددت التعريفات حول تحديد معناه.

ويقصد بالخطأ السلبي مخالفة الفاعل للواجب القانوني الذي يلزمه بإتيان عمل معين فيمنع عن العمل به متخذ موقفاً سلبي[٦].

والترك أو الامتناع الذي يعنيه القانون المدني هو الناجم عن اهمال أو عدم احتياط والعبرة في معرفة هذه الدلالة للظروف والعادات المحيطة بالإنسان وقت صدور الامتناع[٧]، ومثال ذلك حالة ترك شخص لآخر في حالة حرجة توجب الإضرار به بدون التدخل لإنقاذه حينها يعتبر ممتنعاً ويترتب عليه مخطئاً، فالضرر ينجم عن فعل ايجابي وفعل سلبي وان كان الفعل السالب خاطئاً قلنا ان هناك خطأ سلبياً ، وهو يكون بإغفال اتخاذ احتياط معين كان يجب اتخاذه عن ممارسة عمل ما[٨].

المطلب الثاني

تمييز الخطأ السلبي عن الخطأ الايجابي

نتيجة اهمال المدين قد يخطأ في تنفيذ التزامه تجاه الدائن، وهذا الخطأ قد يكون ايجابياً، وقد يكون سلبياً، فالخطأ الايجابي يكون بفعل ايجابي محسوس من قبل المدين، والخطأ السلبي

---

(٦) ينظر د.عبد الحكم فودة، موسوعة التعويضات المدنية، الجزء الأول المكتب الدولي للاستشارات القانونية، سنة٢٠٠٥م، ص(٤٢).

(٧) وهذا ما نصت عليه المادة(١٩١) مدني عراقي حيث جاء فيها على: "اذا اتلف صبي مميز او غير مميز او من في حكمها مال غيره لزمه الضمان في ماله "، وجاء المادة(٢٣٢) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على أن: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"، وجاء في المادة(١٢٤)من القانون المدني الجزائري أنه: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه وبسبب ضررا للغير يلزم من كلن سببا في حدوثه بالتعويض"، باستطلاع النصوص سالفة الذكر يتضح لنا توافق القوانين من حيث مضمون الخطأ.

(٨) ينظر د. عز الدين الديناصوري، ود.عبد الحميد الشواربي، المسئولية المدنية في ضوء القضاء والفقه، الجزء الأول، شركة ناس للطباعة، سنة٢٠١٣م، ص(٧٦).

P- ISSN: 2075-2024 E-ISSN: 2706-5804

اتيان المدين لفعل كان بموجب التزامه الا يفعله ونتيجة فعله ترتب ضرراً بالدائن، وذلك كون انه لا فارق فيما يتعلق بالتعدي اي الاضرار أو الترك يعتبر عملاً غير مشروع اذا كان هناك واجب قانوني ينهي عنه[٩]، وللوقوف بشكل أكبر على كلا المعنين يتطلب منا التمييز بينهما، وان الاختلاف بينهما من حيث وسائل الحماية التي كفلها القانون، ومن حيث الآثار المترتبة على كل منها.

أولا/ من حيث وسائل الحماية: في الالتزام بالامتناع عن عمل القانون لا يعطي الدائن وسائل قهر أو قسر مباشرة، فالمدين الذي يخل بالالتزام سلبي يتعرض في الغالب لجزاء غير مباشر والمتمثل في دفع الاخير تعويض[١٠]، عيني أو نقدي جراء الاخلال بالتزامه، الا انه في بعض الأحوال يترتب عليه ازالة ما وقع من مخالفة لالتزامه، على سبيل المثال في حالة اقامته لأبنية أو ما شاكلها ففي هذه الحالة يكون التنفيذ العيني بإزالة تلك الأبنية من قبل الدائن بعد اخذ الاذن من القضاء، اما في حالة الالتزام الايجابي(الالتزام بالقيام بعمل) فالقانون يعطي الدائن وسائل أكثر فاعلية مما أعطاه في الالتزام السلبي، فللدائن الحصول على الشيء نفسه محل الالتزام، أو على خدمة أو عمل من نفس العمل وهذا كله محكوم بطبيعة الاداء في الالتزام بالقيام بعمل، بعكس الالتزام السلبي حيث لا يملك الدائن سوى القهر المادي لإلزام المدين بالأداء الذي في ذمته، ما عدا الحالات التي لا ينسجم معها استعمال القوة لقهر المدين عندما تتعارض هذه الوسائل مع قواعد الحرية والكرامة الانسانية للمدين[١١].

ثانياً/ من حيث الآثار: هناك عدة آثار تترتب على تأخر المدين عن تنفيذ التزامه والتي تؤدي إلى نتائج عدة يتحملها الاخير، مثل سريان الفوائد وتحمل التبعة واستحقاق التعويض ..الخ، ويستحق الدائن التعويض في حالة تأخر المدين عن تنفيذ التزامه، ويعتبر متأخر من

---

(٩) ينظر د.أنور سلطان، المرجع السابق، ص(٢٣٢).
(١٠) ينظر د. حسين عامر، عبد الرحيم عامر، المسئولية المدنية والتقصيرية، الطبعة الثانية، دار المعارف، سنة١٩٧٩م، ص(١٥٤).
(١١) ينظر د.ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني(المجلد الأول)، دار الثقافة للنشر، ص(٤١٨ وما بعدها).

P- ISSN: 2075-2024 E-ISSN: 2706-5804

تاريخ استحقاق الالتزام وهنا يجب التفرقة بين ما اذا كان لهذا الالتزام اجل محدد ام لا، ففي حالة ما اذا لم يكن للالتزام أجل محدد يتوجب حينها إعذار المدين بضرورة الوفاء، أما في حالة تحديد الاجل للوفاء ففي هذه الحالة هناك طريقان لاعتبار المدين متأخراً في التنفيذ الطريق الأول: **الطريق الايجابي:** يعد المدين متأخراً في تنفيذ التزامه بعد اعذاره، اي لا يعد المدين متأخراً قبل اعذاره من قبل الدائن، اما **الطريق السلبي**: يعد المدين متأخراً بمجرد حلول الأجل، دون الحاجة لإعذاره من قبل الدائن، أي ان حلول أجل الالتزام دون تنفيذ المدين لالتزامه يعتبر حينها متأخراً وبالتالي يترتب عليه التعويض، وعليه يتطلب التفرقة بين الالتزام السلبي والالتزام الايجابي من حيث ضرورة الاعذار وعدم الاعذار، فالالتزام السلبي لا يتطلب اعذار الدائن للمدين، في حين ان الالتزام الايجابي لابد لإعذار الدائن لمدينه لاعتباره متأخراً، اي دون الاعذار لا يسأل المدين عن التأخير في تنفيذ التزامه، بعكس الالتزام السلبي الذي لا يتطلب الاعذار، اذ ان مجرد مخالفة التزامه يعد بذاته عدم تنفيذ، ومن الصعوبة تصور التأخير في تنفيذ الالتزام السلبي، وذلك كون ان اثر التأخير في الالتزام السلبي يختلف عن اثر التأخير في الالتزام الايجابي، كون ان التأخير في الالتزام الايجابي لا يقاس بالزمن والاثر الوحيد هو مجرد تأخير تنفيذ الالتزام مع بقائه في ذمة المدين كونه ممكناً، بعكس اثره في الالتزام السلبي كون ان التأخير معناه عدم التنفيذ، فلا يصح القول في هذه الحالة بتأخير تنفيذ المدين، وذلك كون ان التأخير معناه خرقه لالتزامه، باعتبار ان قيامه بالممنوع يترتب عليه خرقه للالتزام وهنا يصعب ويستحيل الاهتداء إلى ما يسمى بالتأخير في تنفيذ الالتزام[١٢].

ومن امثلة الامتناع بمناسبة عمل امتناع الطبيب عن معالجة مريضه بعد اجراء عملية وامتناع رجل الاطفاء عن اطفاء حريق وامتناع رجال الشرطة عن مساعدة من يستنجد بهم، وهذه الصورة من الامتناع تعبر صورة خاصة من صور الخطأ التي يطلق عليه

(١٢) ينظر د. ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص(٤١٨ وما بعدها).

P- ISSN: 2075-2024 E-ISSN: 2706-5804

الاهمال أو التقصير ويسال الممتنع في هذه الحالة وفقاً لأحكام المسؤولية المدنية عقدية كانت أم تقصيرية[١٣].

المطلب الثالث

اساس الخطأ السلبي

جاء في التشريع المدني العراقي بأنه إذا اتلف صبي غير مميز أو مميز أو من في حكمهم مال غيره، وجب عليه الضمان من ماله [١٤].

واستناداً إلى هذه الفقرة التي وضعت حكمًا عامًا عن كل خطأ، يرتب ضرر، تجاه الآخرين، وذهب المشرع العراقي بأنه إذا اتلف أو انقص أحد مال غيره أو تسبب بذلك، وجب عليه الضمان من ماله، واحدث ضررًا بتعمده أو تعديه[١٥]، يلاحظ في هذه المادة ان المشرع العراقي اشترط التعمد أو التعدي وبذلك خالف نص المادة (١٩١) في عدم تطلبها هذا الشرط، وبالتالي هنا نكون اما حكم يحمل المسؤولية على كل يرتب ضرر تجاه غيره دون اشتراطه الخطأ فيها باعتبار ان الصغير او المميز لا يتصور منها الادراك[١٦]، وبالتالي لا يصدر الخطأ، كون ان الخطأ يتطلب الأدراك [١٧]، في حين تطلب في الفقرة الأولى من المادة (١٨٦) تعمد أو قصد، وبهذا يُلاحظ على موقف القانون المدني تمييزه بين كامل الأهلية وعديم التمييز، حيث خفف على كامل الأهلية وشدد على عديمي التمييز والمميز ومن في حكمهم، من خلال اشتراطه أحد اركان الخطأ لقيام المسؤولية تجاه كامل الاهلية

---

(١٣) ينظر سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، ص(٩٩ وما بعدها).

(١٤) نصت الفقرة الأولى من المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي على: "اذا اتلف صبي مميز او غير مميز او من في حكمها مال غيره لزمه الضمان في ماله" وتقابلها المادة(١٦٤) حيث جاء في الفقرة الثانية منها على" إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذّر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يُلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل".

(١٥) إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي على: اذا اتلف احد مال غيره او انقص قيمته مباشرة او تسبباً يكون ضامناً، اذا كان في احداثه هذا الضرر قد تعمد او تعدى تقابلها المادة(١٦٣) من القانون المدني المصري والذي جاء نصها على النحو الآتي:" كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

(١٦) ينظر تترخان عبد الرحمن حسن، أساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديمي التمييز في القانون المدني العراقي، بحث مقدم إلى مجلس القضاء لاقليم كوردستان، سنة٢٠١٢م، ص(٢٠).

(١٧) ينظر د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي(مصادر الالتزام)، الجزء الأول، سنة١٩٨٠م، ص(٢١٧).

P- ISSN: 2075-2024 E-ISSN: 2706-5804

في حين تطلب وقوع الضرر فقط لقيام المسؤولية تجاه عديمي التمييز، في حين ان الفقه الاسلامي كان له موقفاً مغايراً لما ذهب إليه المشرع العراقي فلا يتطلب التعمد أو التعدي ركناً لقيام المسؤولية بل يقيم المسؤولية على الضرر وحده[١٨]، وهذا الموقف أقرب إلى الصواب ويحقق العدالة وذلك كون ان الضرر صادر من شخص ترتب عليه ضرر بمصلحة شخص آخر، أي اننا امام ذمتين والعدالة والمنطق يقضيان بتفضيل مصلحة المتضرر على مصلحة القائم بالضرر استناداً الى القاعدة الفقهية" لا ضرر ولا ضرار"، وان اهمال مصلحة المتضرر يترتب عليه عدم اهتمام القائم بالضرر تجاه مصالح الآخرين، بالإضافة تحمل المتضرر عبئ خطأ شخص مُهمل مُسبب الضرر دون أي ذنب من قبل المتضرر.

ويلاحظ ان الفقه الاسلامي وضع معياراً عاماً لتحمل التبعة وبناء المسؤولية على الضرر نفسه، في حين ان المشرع العراقي تناقضت نصوصه في نص المادة (١٩١) [١٩]، فحدد مسؤولية الصبي غير المميز او المميز او من في حكمهما، وفي المادة (١٨٦) جاء نصها عام، ولكن تطلب **شرط القصد او التعمد** وكان احرى بالمشرع العراقي ان يضع قاعدة عامة شاملة والابتعاد عن التناقض الذي حصل في المادة (١٩١) الذي جاء حكمها عام وتطلب القصد او التعمد والمادة (١٨٦) التي حددت الصبي غير المميز او عديم التمييز او من في حكمهم، وكان احرى بالمشرع العراقي التوسع في نطاق عديمي التمييز، لحسم الجدل حول تحمل المسؤولية ووضع قاعدة عامة بدل التناقض الحاصل بين المادتين(١٩١) و(١٨٦) سالفتي الذكر، ونرى ان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في الشريعة الاسلامية في تحمل التبعة وبناء المسؤولية على الضرر نفسه، وهو اقرب للصواب.

---

(١٨) د. الصغير محمد مهدي، خطأ الامتناع في المسئولية المدنية، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، العدد الأول، سنة٢٠١٤م، ص(٤٩٠).

(١٩) وردت عبارة "اذا اتلف صبي مميز او غير مميز او من في حكمها"، في المادة ١٩١ من القانون المدني العراقي.

P- ISSN: 2075-2024 E-ISSN: 2706-5804

ويجب التفرقة بين الامتناع بمناسبة عمل والامتناع عن تقديم مساعدة(الامتناع المجرد أو البحث) نوعا الخطأ السلبي التي سنبينها بالتفصيل في المبحث الثاني، حيث ان الأول يقع بمناسبة ممارسة نشاط معين مقرر نتيجة نص القانون أو الاتفاق الخاص، اما الحالة الثانية الامتناع المجرد فهو الامتناع عن عمل ايجابي تجاه الآخر دون الزامه بنص قانوني او اتفاق خاص، فالنوع الأول لا خلاف حول اقرار المسؤولية على الممتنع(المدين)، إلا ان الخلاف ثار بين الفقه القانوني حول مسؤولية الممتنع عن تقديم مساعدة في النوع الثاني(الامتناع المجرد)[٢٠]، فذهب البعض إلى عدم ترتيب المسؤولية على الممتنع باعتبار الفرد لا تحمل اي التزام وانتفاء المسؤولية لانتفاء الرابطة السببية ولكن يمكن القول بانه لا شبهه في توافر الخطأ التقصيري في صورة الامتناع البحت إذا وقع بقصد الإضرار لان القاعدة ان القصد يكفي لإقامة المسؤولية عن التعويض[٢١]، والبعض الآخر ذهب إلى ترتيب المسؤولية باعتبار الانسان في المجتمع يفرض عليه واجبات، وما تتطلبه قيم ومبادئ المجتمع وقواعد الدين والاخلاق، وبخلافها يعتبر الفعل اساءة ويتوجب عليها المسألة[٢٢]، ويرى الباحث ضرورة اعتبار الامتناع عن القيام بعمل أو الترك يحقق مسؤولية مُحدث الضرر لما في ذلك من اسهام في التكافل الاجتماعي بين الافراد، وهذا ما تمليه الطبيعة البشرية من الانسانية، وان الممتنع عن مساعدة الغير يترتب عليها مساءلته استناداً على ما تتطلبه العدالة الاجتماعية.

---

(٢٠) ينظر د. انور سلطان، المرجع السابق، ص(٣٠١)، د. صبري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام)، الطبعة الأولى، سنة٢٠٠٩م، ص(٣١٥)، شريف الطباخ، التعويض عن المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية في ضوء القضاء والفقه، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، سنة٢٠٠٦م، ص(١٧).

(٢١) ينظر شريف طباخ، المرجع السابق، ص(١٧).

(٢٢) ينظر د. انور سلطان، المرجع السابق، ص(٣٠١)، د. حسين عامر، عبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص(١٥٥).

P- ISSN: 2075-2024 E-ISSN: 2706-5804

المبحث الثاني

نطاق وآثار الخطأ السلبي

تبقى لنا فهم نطاق هذا النوع من الخطأ من خلال استعراض انواعه والتعرف على طبيعته والآثار المترتبة عليه ومن ثم التعرف على طبيعة هذا النوع من الخطأ والآثار المترتبة على وقوعه، وكل ذلك سيكون من خلال ثلاث مطالب.

المطلب الأول

صور الخطأ السلبي

الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية قد يكون خطأ عمد أو خطأ اهمال، وخطأ الاهمال قد يكون خطأ جسيم وقد يكون خطأ يسير والخطأ الجسيم له أحكام وكذلك اليسير، وكما يكون الخطأ عمدي أو بالإهمال قد يكون ايجابي أو سلبي كما قد يكون خطأ مدني أو جنائي[٢٣].يتبين لنا ان للخطأ بمعناه العام انواع عدة، إلا اننا سنتكلم عن انواع الخطأ السلبي فقط موضوع بحثنا.

وفرق الفقهاء بين نوعين من الخطأ السلبي، الأول الامتناع بمناسبة عمل ايجابي في ذمته دون اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع إضرار بالغير[٢٤]، والثاني الامتناع المجرد دون وجود فعل ايجابي يسبقه[٢٥].

والخطأ السلبي هو السلوك المتمثل بالامتناع عن الفعل، وهذا السلوك على نوعين نوع متفق على انه خطأ وذلك عندما يوجد التزام قانوني مسبق يفرض على الشخص القيام بفعل إلا أنه يمتنع عن القيام به، اذ يكون هذا الامتناع خطأ دون شك اذا كان الشخص المعتاد سيقوم به لو كان في مكان ذلك الشخص، ونوع آخر الذي يظهر في الامتناع السلبي

---

(٢٣) ينظر د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص(٣٥).

(٢٤) وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية حيث جاء في حكم لها على ان: "المسئولية التقصيرية تقع المتسبب بذات الفعل أو الترك الضار سواء كان متعمداً أم مقصراً سواء كان حسن القصد أو سيئة"، ينظر(١٩٣٧/١٢/١٦طعن١٥سنة٧ق م-٤-٩٦٦)، نقلا عن شريف طباخ المرجع السابق، ص(١٨).

(٢٥) ينظر د. انور سلطان، المرجع السابق، ص(٣٠٣).

P- ISSN: 2075-2024 E-ISSN: 2706-5804

المحض أي ذلك الامتناع الذي لا يسبقه التزام بالقيام بالفعل [٢٦]، وسنخصص لكل نوع فرع.

الفرع الأول/ الامتناع بمناسبة عمل (المسبوق بالتزام):

هذا النوع من الخطأ اما ان ينشأ عن اخلال لواجب قانوني أو واجب فرضته الإرادة (الاتفاق)، وهذا الالتزام سابق على وقوع الامتناع (الخطأ السلبي)، واجمع الفقه حول مسؤولية الممتنع بالتزام قانوني أو اتفاقي.

ويتحقق هذا النوع من الخطأ كلما وقع الترك أو الامتناع خلافاً لما امرت به القوانين واللوائح فمن يغفل عملاً يفرضه قانون أو لائحة يعد مخطئاً ومسؤولاً عن الضرر الذي يترتب عليه خطئه، لان الاعمال التي يفرضها القانون أداءها ملحوظاً فيها ان تكون لازمة لصيانة اموال الناس وأرواحهم، فمن يغفل أداء عمل من هذه الاعمال يرتكب خطأ يستلزم مسئوليته عن تعويض ما أحدثه خطؤه من ضرر [٢٧].

فعلى سبيل المثال، ثمة التزام على الطبيب ان يعالج المريض فان امتنع تعرض للمسؤولية، والتزام المقاول إذ حفر حفرة في طريق المارة أن يحذرهم من الوقوع فيها فإن لم يفعل يرتكب خطأ[٢٨].

الفرع الثاني/ الامتناع عن تقديم مساعدة(الخطأ المجرد أو البحت)

وهو الامتناع عن القيام بفعل أو عمل ايجابي لا يتطلبه القانون ولا تفرضه الإرادة ولم يقع اثناء القيام بفعل، فلا يتحقق الا حيث يدل الامتناع أو الترك على عدم تحرز واحتياط، والعبرة بالظروف والتقاليد وأحكام القانون المسيطرة[٢٩]، وعلى سبيل المثال شخص يقف على حافة النهر، وهو ينظر إلى شخص آخر يتعرض للغرق، وفي يده عارضة خشبية لو

([٢٦]) ينظر د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص(٣١٤).
([٢٧]) ينظر د. عز الدين الديناصوري، د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص(٧٦).
([٢٨]) ينظر صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص(٣١٤).
([٢٩]) ينظر جبار صابر طه، المرجع السابق، ص(٥٦).

P- ISSN: 2075-2024 E-ISSN: 2706-5804

مدها له لأنقذه من الموت ومع ذلك يمتنع عن مد يد العون له بنفسه أو عن طريق طلب نجدة من الغير[٣٠]، لو رأي شخص طفلاً مقبلاً على حفرة عميقة ولم يسارع إلى تحويله عنها فيقع الطفل في الحفرة ويصيبه ضرر نتيجة لوقوعه، ومن يمتنع عن انقاذ غريق كان باستطاعته انقاذه دون ان يرتب ذلك خطر عليه حينها يعتبر مسؤولا عن امتناعه.

وهذا النوع من الخطأ السلبي لا يكون فيها الممتنع ملزماً مسبقاً بالقيام بالفعل[٣١]، وقد ثار خلاف فقهي حول مسؤولية الممتنع عن القيام بفعل[٣٢]، ولم تفرض الارادة او القانون عليه اي واجب، وفي هذا الصدد ظهرت عدت آراء فقهية منها ما ينفي المسؤولية عن الممتنع وحجتهم في ذلك ان الشخص لا يلزم الا بما يمليه ويوجبه عليه القانون وان امتناعه لا يرتب عليه أي خطأ يحاسب عليه قانوناً[٣٣]، وذهب رأي فقهي آخر أيضاً إلى عدم ترتيب أي اثر قانوني على الامتناع وحجتهم في ذلك كون ان الضرر الحاصل لا دخل للممتنع فيه[٣٤]، وبالتالي لا يرتب القانون عليه أي مسؤولية، وذهب رأي ثالث نادى بمسؤولية الممتنع واعتبرها سبباً لقيام المسؤولية، بشرط ان تكون نية الممتنع ايقاع الضرر بالضحية، وبالتالي لا يرتب القانون المسؤولية على الممتنع بحسن نية[٣٥].

ومن الامثلة على هذا النوع امتناع مؤلف كتاب تاريخي من ذكر أسم شخص له علاقة بموضوع الكتاب وامتناع شخص من إخبار الآخرين عن وجود خندق امامهم ليحذرهم من الوقوع به، وامتناع شخص عن وضع السلاح الناري بعيداً عن الاطفال[٣٦].

([٣٠]) ينظر الصغير محمد مهدي، المرجع السابق، ص(٤٨٤).

([٣١]) الا ان قانون المعاملات السوداني انفرد بين القوانين المدنية العربية ونص في المادة(١٤٠) على هذا النوع من الخطأ السلبي والزامه للممتنع وجاء نصها على النحو الآتي: "يعتبر فعلاً ضاراً يستوجب المسؤولية امتناع الشخص عن تقديم يد المعونة لحماية الغير من خطر يداهمه: في النفس أو العرض أو المال، إذا كان في مقدوره أن يبذل تلك المعونة دون أن يتعرض لخطر، احسن المشرع السوداني بإدراجه لهل النص وحسم الجدل حول شرعية الخطأ السلبي المجرد.

([٣٢]) ينظر شريف الطباخ، المرجع السابق، ص(١٧).

([٣٣]) ينظر د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ص(٢٧٢ وما بعدها).

([٣٤]) ينظر شريف الطباخ، المرجع السابق، ص(١٧).

([٣٥]) ينظر د.ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص(٥١٤).

([٣٦]) ينظر د.صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص(٣١٤).

P- ISSN: 2075-2024 E-ISSN: 2706-5804

المطلب الثاني

طبيعة الامتناع عن العمل

حدد القانون صور ثلاث للالتزام اما يكون القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو اعطاء شيء، وان القيام والامتناع عن عمل من الالتزامات التي تتطلب القانون فيها نوعان من الواجبات النوع الأول: تحقيق نتيجة والنوع الثاني: بذل عناية، ويقصد بالالتزام بتحقيق نتيجة التزام يتعهد فيه الملتزم بتحقيق غاية أو نتيجة معينة هي محل الالتزام، اي ان المدين ملزم بتحقيق نتيجة ما اتفق عليه مع الدائن وبخلاف ذلك يكون المدين مقصراً في التزامه ويرجع عليه الدائن بالتعويض، ومن الامثلة الالتزام بنقل حق عيني أو تسليم عين أو التزام المقاول بتشييد بناء أو وضع تصميم للبناء من قبل المهندس المعماري أو قيام المحامي باستئناف الحكم قبل انقضاء الأجل المحدد قانوناً ويتوجب على هؤلاء جميعاً ان يقوموا بعين ما التزموا به ولا يلزم الدائن بإثبات خطأ المدين وانما يتعين عليه فقط تقديم الحجة على وقوع الاخلال بالالتزام العقدي، والنوع الثاني التزام بذل عناية فهو لا يرمي إلى تحقيق غاية معينة، بل هو التزام ببذل الجهد للوصول إلى غرض معين، تحقق الغرض أو لم يتحقق[٣٧]، اي ان المدين في هذه الحالة يتوجب عليه ان يبذل عناية الشخص الاعتيادي[٣٨]، ولا يلزم بتحقيق نتيجة معينة، سواء تحققت أم لم تتحقق هذه النتيجة، ومن الأمثلة التزام المحامي بالترافع عن موكله، فهو ليس مطلوب منه كسب القضية حتماً بل المطلوب ان يبذل كل ما بوسعه لغرض كسبها، والطبيب كذلك غير ملزم بتحقيق نتيجة، فالطبيب يلزم فقط ببذل الوسائل الطبية اللازمة والكافية وفقاً لقواعد وأصول الفن الطبي

([٣٧]) ينظر د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني(مصادر الالتزام)، المكتبة القانونية، بغداد، سنة٢٠٠٧م، ص(٤٠٣).

([٣٨]) ولكن معيار الرجل المعتاد هذا ليس معياراً مطلقاً ينطبق في جميع حالات الالتزام ببذل عناية، فقد ينص القانون او يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك، حينها لا يطلب من المدين اكثر من العناية التي يبذلها في شؤونه الخاصة، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة(٢٥١) مدني عراقي حيث جاء نصها على النحو الآتي "ومع ذلك يكون المدين قد وفى بالالتزام اذا بذل =في تنفيذه من العناية ما اعتاده في شؤونه الخاصة متى تبين من الظروف ان المتعاقدين قصدا ذلك"، ينظر د. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص(٤٠٥).

P- ISSN: 2075-2024 E-ISSN: 2706-5804

المتعارف عليه لكي يشفي المريض، ولا يسأل الطبيب عن تحقق نتيجة أو عدم تحققها لان التزامه بوسيلة أو ببذل عناية فقط[٣٩].

ان الالتزام بالامتناع عن عمل يعد التزاماً بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية، وذلك كون ان بمجرد ما ان قام المدين بالعمل الذي يجب عليه عدم القيام به ترتب عليه خرقه لالتزامه تجاه الدائن(الامتناع عن عمل)، ولا يكفي بذله جهد وعناية الرجل المعتاد[٤٠]، وبمجرد اخلاله بالتزامه بالامتناع عن القيام بعمل يترتب عليه عدم امكانية تنفيذ التزامه عينياً ويصبح مستحيلاً بالأخص بالنسبة للماضي في بعض الالتزامات، وبالنسبة للمستقبل في بعض الالتزامات الاخرى[٤١].

ويجب على المدين تنفيذ التزامه بحسن نية، وان نفذ التزامه بسوء نية عد وفائه هذا غير صحيحاً، فيعد وكأنه قد خالف الالتزام بالامتناع عن القيام بالعمل المطلوب، ومثال ذلك، اذا تعهد شخص لجاره بعدم تشغيل آلة للري ليلاً ومن ثم شب حريق عند الجار، وكان اطفاء ذلك الحريق يحتاج إلى الماء الذي تخرجه تلك الآلـة، حينها لا يعد واجب الامتناع عن القيام بفعل قائمة، اي لا يعد امتناع المتعهد عن تشغيل تلك الماكنة في تلك الليلة تنفيذاً صحيحاً لالتزامه بالامتناع، وذلك لمخالفته مع مقتضيات حسن النية الذي يجب ان يسود تنفيذ الالتزامات[٤٢].

المطلب الثالث

آثار الاخلال بالامتناع عن عمل

ان خرق المدين لتنفيذ التزامه بالامتناع عن القيام بعمل يترتب عليه عدم امكانية التنفيذ العيني لالتزامه، على الأقل بالنسبة للمدة التي يبقى فيها العمل الممنوع قائماً إلى ان يتم ازالته، ومن الممكن اعتبار هذه الإزالة تعويضاً عينياً عن الضرر الصادر من المدين نتيجة

(٣٩) ينظر عبد المنعم حسني، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مجلة المحاماة، ملحق العدد(٤٣)، السنة(٢١)، سنة١٩٩١م، ص(٧٦ وما بعدها).
(٤٠) ينظر د. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص(٤٠٤).
(٤١) ينظر د. ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص(٤١٢ وما بعدها).
(٤٢) ينظر د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص(٤١٣).

P- ISSN: 2075-2024 E-ISSN: 2706-5804

اخلاله بالتزامه بالامتناع عن القيام بعمل[٤٣]، وأحياناً لا يكفي التعويض العيني فقط، أي ازالة المخالفة، وهذا ما يستدعي اضافة

تعويض نقدي إلى جانب التعويض العيني.

وبعد إزالة المخالفة من قبل المدين يعود مرة ثانية التزامه بالامتناع بالنسبة للمستقبل على الأقل، ويعد المدين منفذاً لالتزامه في حالة عدم قيامه بالعمل الممنوع منه.

ان التزام المدين بالامتناع عن القيام بعمل ليس ذو طبيعة واحدة وانما له أشكال متعددة، وعليه يختلف الحكم حسب طبيعة الالتزام وشكله وعليه لابد من التفرقة بين بين فرضين: **الفرض الأول**/ مخالفة الالتزام بالامتناع عن عمل **مما تقبل الازالة**، و**الفرض الثاني**/ مخالفة الالتزام بالامتناع عن عمل **مما لا تقبل الازالة**، ففي الفرض الأول عندما تكون المخالفة قابلة للإزالة ففي هذه الحالة للدائن الحق باتباع طريقين الأول التنفيذ الاختياري، أي يطلب من المدين ان ينفذ التزامه بالامتناع اختيارياً وينصاع المدين لهذا الطلب وينفذه التزامه ويزيل مخالفته وينفذ التزامه طوعاً، هذه هي حالة التنفيذ الاختياري، يضاف لها طريق آخر للدائن اتباعها وهو التنفيذ الاجباري وهذه الطريقة يتبعها الدائن بعد مطالبته للمدين بالتنفيذ الاختيار وامتناع الاخير عن القبول بالتنفيذ الاختياري، حينها يحق للدائن الحق في اللجوء للقضاء لاستصدار حكم بإزالة ما وقع مخالفاً للالتزام، والحصول أيضاً على تعويض إذا كان له مقتضى، وللقاضي[٤٤]، سلطة تقديرية في إزالة المخالفة[٤٥]، وعند لجوء الدائن للمحكمة لا يكون للتنفيذ الاختياري مجالاً والتنفيذ حينها اجبارياً، كون تم التدخل من قبل السلطة العامة المتمثلة بالقضاء.

---

(٤٣) ينظر د. حسين عامر، عبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص(١٥٤).

(٤٤) وهذا ما أكدت محكمة النقض المصرية حيث جاء بحكم لها على ان: " وصف الفعل أو(الترك ..) بانه خطأ أو غير خطأ هو من المسائل القانونية التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض، اما قيام الرابطة السببية بين الخطأ والضرر فهو من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع ..الخ"، ينظر(الطعن رقم٤٤٦لسنة٣٠ق- جلسة٢٠/٥/١٩٦٥س١٦ص٦١٥)، نقلا عن عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص(٤٠٢).

(٤٥) ينظر صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص(٤١٤).

P- ISSN: 2075-2024 E-ISSN: 2706-5804

اما الفرض الثاني وهو حالة ما اذا كانت المخالفة عن عمل مما لا يقبل الازالة، ففي هذه الحالة يجب ان نميز بين حالتين الحالة الأولى ما إذا كان الاخلال بالالتزام بالامتناع عن عمل مما يقبل التكرار أو مما لا يقبل التكرار، **ففي حالة مما يقبل التكرار** حينها ان التنفيذ العيني سواء الاختياري أو الاجباري يصبح مستحيلاً فيما يخص الماضي، أما فيما يخص المستقبل ففي هذه الحالة بإمكان التنفيذ العيني الجبري فقط، وذلك كون ان الالتزام بالامتناع يعود عن جبر المدين على الامتناع عن عمل عن القيام بعمل[٤٦]، ومثال ذلك ان يقوم تاجر بشراء محل من تاجر آخر ويتفق الأول مع الثاني بعدم منافسته في نوع معين من البضاعة وبعد حين قام التاجر الثاني بمناسبة التاجر الأول بالبضاعة المتفق على عدم منافسته بها(واجب الامتناع عن عمل)، حينها يحق للتاجر الأول اللجوء للقضاء والطلب بالحكم بإزالة المخالفة، وهذه الحالة من الحالات التي بالإمكان ايقاع التنفيذ العيني فيها بالمستقبل ، ومتى كان التنفيذ العيني ممكناً وطلبه الدائن فعلى المحكمة ان تجيبه في طلبه ولا يجوز ان تستبدل ذلك بالحكم بالتعويض مدام التنفيذ العيني ممكناً، إلا ان للمحكمة في حالة ما اذا كان التنفيذ العيني مرهقاً على المدين جاز لها ان تحكم بالتعويض النقدي بشرط الا يكون ذلك فيه ضرراً جسيماً للدائن، ويحق ايضاً للدائن طلب التعويض النقدي[٤٧]، بجانب التنفيذ العيني حالة ما اذا لحقه ضرراً جراء مخالة المدين لالتزامه، وكل ذلك يتم من خلال الطلب من القضاء ولا يحق للدائن ان ينتصر لنفسه بنفسه من المدين [٤٨].

اما في حالة ما اذا كانت **الالتزام مما لا تتكرر مخالفته**، ليس للدائن ان يطلب التنفيذ العيني الاختياري ولا الجبري، ولا يحق له سوى طلب التعويض النقدي فقط، كون ان التنفيذ العيني الاختياري ام الجبري يصبح مستحيلاً، ومثال ذلك المحامي والطبيب يلتزمان بعدم افشاء السر حسب طبيعة التزامهما، وفي حالة افشاء السر اي الاخلال بالتزامهما بعدها يعتبر التزاماها مستحيلاً، وفي هذه الحالة لا خيار للدائن سوى طلب التعويض النقدي نتيجة اخلال المدين بالتزامه، أو فسخ العقد مع التعويض اذا كان الالتزام ناشئاً عن عقد ملزم للجانبين [٤٩].

---

(٤٦) ينظر د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص(٤١٤).
(٤٧) ينظر د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص(٤١٤).
(٤٨) ينظر د. ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص(٤١٥ وما بعدها).
(٤٩) ينظر د. ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص(٤١٧).

P- ISSN: 2075-2024 E-ISSN: 2706-5804

الخاتمـة

بعد الاستعراض لمفردات الخطأ السلبي من حيث التعريف به وتمييزه عن الخطأ الايجابي، وبيان انواعه وطبيعته والآثار المترتبة على إخلال المدين بالامتناع عن عمل نخلص لعدة نتائج سنذكرها على شكل نقاط، ومن ثم التوصيات التي يراها الباحث.

النتائج:-

١. لم ينعقد اجماع الفقه على تعريف جامع للخطأ ويعود ذلك إلى ان فكرة الخطأ نسبية، تتأثر بظروف الحال والبيئة، كما انها غير محدودة لاتصالها الوثيق بالأخلاق، ولما كانت الافكار الأخلاقية تعوزها التحديد والضبط وجب ان تكون فكرة الخطأ غير محدودة وغير منضبطة، ورغم كثرة التعريفات التي وردت من الفقه القانوني (للخطأ بمعناه العام او الخطأ السلبي) الا ان في المجمل تعطي معنى واحد إلى حد ما رغم اختلاف الصياغة.

٢. يلاحظ ان الفقه الاسلامي وضع معياراً عاماً لتحمل التبعة وبناء المسؤولية على الضرر نفسه، في حين ان المشرع العراقي تناقضت نصوصه في المادة(١٩١) التي حددت بالمميز وعديمي التمييز أو من في حكمهما، والمادة(١٨٦) التي تطلبت التعمد أو التعدي، وكان احرى بالمشرع العراقي ان يضع قاعدة عامة شاملة والابتعاد عن التناقض الذي حصل في المادتين(١٩١) و(١٨٦) والتوسع في نطاق عديمي التمييز، لحسم الجدل حول تحمل المسؤولية.

٣. يتبين لنا ان انواع الخطأ السلبي يأخذ صورة الترك أو الاهمال أو عدم الاحتياط، وكل ذلك يكون بمناسبة عمل أو مجرداً عن أي عمل(أي موقفاً سلبياً بحتاً).

٤. ان فقهاء القانون وضعوا معيارين للتمييز بين الخطأ الايجابي عن السلبي، المعيار الأول ينظرون إلى واجب المدين ان كان الالتزام ايجابي وكان الخطأ سلبي أي عكس ما فرض على المدين عد الخطأ حينها سلبياً، وان كان الالتزام سلبياً والخطأ الصادر من المدين ايجابياً عد حينها خطأ سلبي، والمعيار الثاني هو ان يكون الخطأ السلبي غير عمدي.

P- ISSN: 2075-2024 E-ISSN: 2706-5804

٥. اختلف فقهاء القانون حول اعتبار الامتناع المجرد للمدين خطأ يعتد به ويرتب عليه التزام الاخير ام لا، واستندوا في ذلك لعدة حجج منهم من كان معارضاً لاعتباره خطأ واستند إلى حرية الشخص، وإلى عدم امكان قيام المسؤولية على شخص دون نص قانوني يلزمه بالقيام به، كما هو الحال في النوع الثاني من الخطأ السلبي المجرد، في حين ذهب البعض الآخر من الفقهاء على ترتيب المسؤولية على اعتبارات عدة منها ضرورة التكافل الاجتماعي في المجتمع ومد يد العون بشرط عدم الا يكون في ذلك خطر على المدين، ونحن مع الزام المدين في حالة الامتناع المجرد(أي الزام المدين غير مسبوق بالتزام) لاعتبارات عده نراها من ضمنها إشاعة روح التضامن بين افراد المجتمع بالإضافة إلى حفظ مصالح الغير وهذا ما أكدته شريعتنا الاسلامية، مقيدة بشرط عدم الحاق ضرر بالمدين وهذا ما يتطلبه المنطق.

٦. لم يُنظم الخطأ السلبي في القانون المدني العراقي بنصوص خاصة، واعتمد على احكام الخطأ العامة، دون تفصيل لأنواع هذا الخطأ.

٧. اعتمد معيار تحديد الخطأ السلبي على سلوك الشخص المعتاد، وهو ذات المعيار المعتمد على الخطأ الايجابي وباقي انواع الخطأ.

٨. اهتم المشرع العراقي والفقه القانوني على الخطأ الايجابي وركزوا عليه ولم ينل الخطأ السلبي حصته من العناية والاهتمام الذي يتمثل بامتناع المدين عن القيام بعمل(بنص القانون او باتفاق خاص) او مد يد العون(الامتناع المجرد).

٩. جزاء الخطأ السلبي قد يكون تنفيذ عيني، وقد يكون تنفيذ عيني مضافاً إليه تعويض.

١٠. جزاء اخلال المدين بالامتناع عن عمل ازالة العمل الذي قام به، ومن الممكن اعتبار هذه الازالة تعويضاً عينياً عن الضرر الذي أصاب الدائن، وقد لا يكفي التعويض العيني فقط لإزالة الضرر مما يستدعي إضافة تعويض نقدي إلى جانب التعويض العيني وفرق القانون بين حالتين الحالة الأولى مخالفة الالتزام بالامتناع عن عمل يقبل الازالة، هنا للدائن

P- ISSN: 2075-2024 E-ISSN: 2706-5804

الحق في طلب التنفيذ الاختياري من المدين وفي حالة امتناع الاخير للدائن الحق في طلب التنفيذ الجبري من القضاء بشرط ان يكون طلبه هذا لاحق للطلب الأول(طلبه من المدين بالتنفيذ الاختياري)، والحالة الثانية اذا كانت المخالفة مما لا تقبل الازالة وهنا يجب ان نفرق بين ما اذا كان الالتزام مما يقبل التكرار أو لا يقبل التكرار، ففي الحالة الأولى يكون التنفيذ العيني الاختياري أو الجبري فيما يخص الماضي يصبح مستحيلاً، اما المستقبل للدائن طلب التنفيذ العيني الجبري فقط،، والحالة الثانية الالتزام مما لا يقبل التكرار ففي هذه الحالة ليس للدائن ان يطلب سوى التعويض النقدي فقط، اي لا يحق له ان يطلب التنفيذ العيني الاختياري أو الاجباري.

التوصيات:-

١. نرى ان ما ذهب إليه جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية في تحمل التبعة وبناء المسؤولية على الضرر نفسه، وهو اقرب للصواب، مما ذهب إليه المشرع العراقي، ونقترح على الأخير ان يحذوا حذو فقهاء الشريعة الاسلامية لما في ذلك تحقيقاً للعدل، باعتبار ان محدث الضرر هو الأولى بتحمل المسؤولية اياً كان القصد او الغاية، ومن غير المعقول تحمل الضرر على المضرور بالكامل نتيجة عدم توافر القصد او العمد لدى محدث الضرر مما في ذلك اجحاف بحقة واعطاء الفرصة لمحدث الضرر في التمادي في اهماله تجاه حقوق الآخرين.

٢. نوصي المشرع المدني العراقي ان ينظم الخطأ السلبي بنصوص خاصة وبشيء من التفصيل بالأخص النوع الثاني(الخطأ المجرد)، أسوة بالمشرع السوداني الذي أورد نص المادة(١٤٠)، السالفة الذكر، لما له من صور كثيرة ولما اجتنبه من اختلاف فقهي وما يحققه من الحد من وقوع الضرر وعدم تركه على النصوص العامة للخطأ.

٣. لابد من تحديد نوع الخطر الذي يسأل عليه الممتنع، فلا يتوجب ان يسال عن كل انواع الخطر، **فلابد من توافر شروط معينة**، فعلى سبيل المثال يجب ان يكون الخطر محدق، وان يمس الخطر مصلحة ضرورية وان تكون هذه المصلحة مشروعة فمن غير المعقول ان يحمي القانون حق غير مشروع، ولا فرق ان كان الخطر طبيعياً أم ارادياً.

P- ISSN: 2075-2024 E-ISSN: 2706-5804

قائمة المراجع

أولاً/الكتب:-

١. د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، دار الثقافة، الطبعة الثالثة، سنة٢٠٠٧م.

٢. جبار صابر طه، اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر.

٣. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد.

٤. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني.

٥. شريف الطباخ، التعويض عن المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية في ضوء القضاء والفقه، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، سنة٢٠٠٦م.

٦. د. صبري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام)، الطبعة الأولى، سنة٢٠٠٩م.

٧. د. عبد الحكم فودة، موسوعة التعويضات المدنية، الجزء الأول المكتب الدولي للاستشارات القانونية، سنة٢٠٠٥م.

٨. د. عبد الرزاق السنهوري

أ- الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول.

ب- نظرية العقد(النظرية العامة للالتزام)، دار الفكر.

٩. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني(مصادر الالتزام)، المكتبة القانونية، بغداد، سنة٢٠٠٧م.

١٠. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي(مصادر الالتزام)، الجزء الأول، سنة١٩٨٠م.

١١. عبد المنعم حسني، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مجلة المحاماة، ملحق العدد(٤٣)، السنة(٢١)، سنة١٩٩١م.

١٢. د. عزالدين الديناصوري، ود. عبد الحميد الشواربي، المسئولية المدنية في ضوء القضاء والفقه، الجزء الأول، شركة ناس للطباعة، سنة٢٠١٣م.

١٣. د.فريد عبد المعز فرج، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات(أحكام الالتزام)، الجزء الثاني، دار النهضة العربية.

P- ISSN: 2075-2024 E-ISSN: 2706-5804

١٤. د.ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني(المجلد الأول)، دار الثقافة للنشر.

ثانياً/البحوث:-

١. د. الصغير محمد مهدي، خطأ الامتناع في المسئولية المدنية، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، العدد الأول، سنة٢٠١٤م.
٢. تترخان عبد الرحمن حسن، أساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديمي التمييز في القانون المدني العراقي، بحث مقدم إلى مجلس القضاء لاقليم كوردستان، سنة٢٠١٢م.

ثالثاً/القوانين:-

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٢. القانون المدني المصري رقم١٣١ لسنة١٩٤٨.
٣. القانون المعاملات الاماراتي لسنة١٩٨٥.
٤. القانون المدني الجزائري لسنة١٩٧٥.
٥. قانون المعاملات السوداني لسنة ١٩٨٤.

P- ISSN: 2075-2024
E-ISSN: 2706-5804