التعويض المنفرد من مال الصغير
دراسة مقارنة

Compensation Single from the Child Money

الكلمات الافتتاحية :
التعويض المنفرد، مال الصغير.
Compensation Single from the Child Money

Abstract

Compensation for the damages that a child caused is taken from his own money alone. In the Iraqi civil law, the child, is a fully responsible, original default, for the compensation for the damages he caused. The victim(damaged) can refer the child directly in case of having the default responsibility elements, or indirectly by referring the guardian or the custodian of the child, if he does not do his duty correctly and he cannot neglect the responsibility, so the victim will have the right to claim compensation for the damages caused by the child. This comes from the law interest in protecting the victim rights in front of the inability of the person who perpetrated the harming action to pay the compensation, with the increase of the damages perpetrated by the children due to the increase of the individual activity, in general, and of the children in particular. It requires a legal protection for the individuals and their money, and limiting, as possible, the problems resulting from the child responsibility. Law provides this protection by allowing the victim to refer the custodian as a responsible for the child and his action so as to motivate him to pay attention to the child and on another hand, to maintain the custodian right to refer the child money.

الملخص

إنّ التعويض المنفرد من مال الصغير عن الأضرار التي يحدثها يستوفى من ذمته المالية وعلى نحو الانفراد، فالصغير سواء كان مميزاً أو غير مميز مسؤول مسؤولية تقصيرية أصلية في القانون المدني العراقي عن تعويض ضرر الأتلاف الحادث بفعله، حيث يمكن

أ. د. جواد كاظم جواد سميسم

نبذة عن الباحث :
تدريسي في كلية القانون – جامعة الكوفة

ابتهال غازي مهدي

نبذة عن الباحث :
طالبة ماجستير

تاريخ استلام البحث :
٢٠١٩/١٢/١٨
تاريخ قبول النشر :
٢٠٢٠/٠١/٢٨

للمضرور الرجوع على الصغير بشكل مباشر في حال قيام مسؤوليته التقصيرية بتحقق أركانها، أو بشكل غير مباشر من خلال الرجوع على المسؤول عن رعاية ورقابة الصغير عند قيام مسؤوليته نتيجة للخطأ المفترض من جانبه في إداء واجبه بالرعاية والرقابة وعدم قدرته على نفي المسؤولية عنه، مما يجعل للمضرور حق مطالبة الراعي بالتعويض عن ضرر الصغير، وهذا الرجوع غير المباشر بالتعويض من مال الصغير جاء من منطلق حرص القانون على ضمان حق المتضرر أمام إعسار مرتكب الفعل الضار الغالب وعدم قدرته على دفع التعويض، في مقابل ازدياد حالات الأتلاف الواقعة من فئة الصغار لما نشهده اليوم من توسع نشاط الفرد بصورة عامة والصغير بصورة خاصة، الأمر الذي تطلب حماية قانونية للأفراد في أنفسهم وأموالهم والحد قدر الإمكان من حجم المشاكل المترتبة على تحقق مسؤولية الصغير واستحصال التعويض تبعاً لذلك، فكفل القانون تلك الحماية بمنح المتضرر حق الرجوع على راعي الصغير باعتباره الطرف المليء غالباً والمسؤول عنه بما عليه من واجب الرعاية والرقابة، ولكي يكون دافعاً له لبذل العناية المعتادة في إداء هذا الواجب، وفي مقابل ذلك ضمن القانون للراعي الحق في الرجوع على الصغير بما ضمنه للمتضرر، مما يجعل من التعويض المستحصل من الراعي وبشكل غير مباشر تعويضاً منفرداً يصب في الذمة المالية للصغير.

المقدمة :

كل يوم يزاول الصغار أنشطة مختلفة منها ركوب الدراجة، العبث، الذهاب إلى المنتزه، وإلى حمامات السباحة وسواها، ومن خلال جميع هذه الأنشطة اليومية يحدث إنّ يتسبب بضرر للغير، ومن ثم لابد من البحث عن مسؤول عنه يكون بالاستطاعة الرجوع عليه، أمام إعسار الصغير الغالب، لذا حمل القانون المدني العراقي الأب والجد مسؤولية تعويض ضرر الصغير إلى جانب مسؤولية الاخير، حيث يمكن للمضرور الرجوع على الصغير بشكل مباشر بالاستناد إلى تحقق مسؤوليته التقصيرية سواء كان صغير مميز أو غير مميز، أو الرجوع عليه بشكل غير مباشر وذلك من خلال المسؤول عن رعاية الصغير متى ما تحققت مسؤوليته على أساس الخطأ المفترض من جانبه في واجب الرعاية والرقابة للمشمول بها وعدم قدرته على نفيها، وهذا الرجوع غير المباشر كان حاجة تشريعية ضرورية لجأت إليها القوانين المدنية التي نظمت مسؤولية الصغير وذلك أمام إعسار مرتكب الفعل الضار وعدم قدرته تحمل عبء دفع التعويض من جهة، وعدم قدرة المتضرر تحميل عبء الضرر للمشمول بالرعاية من جهة أخرى، مما يقضي تحمل التعويض من قبل شخص مليء متمثلاً بشخص الراعي، ليكون دافعاً له في بذل المزيد من الجهد المتمثل في رعاية وحفظ الصغير للحيلولة قدر الامكان في عدم إيقاع أضرار بالأخرين، فيكون الراعي بذلك في منأى عن دفع التعويض الذي ترتب نتيجة إهماله، ومع ذلك أقامت القوانين موازنة بين مصلحة الطرفين المتضرر والراعي فحملت الراعي عبء التعويض عن ضرر الصغير مع حقه بالرجوع على هذا الأخير بما دفعه، مما يجعل منه وفي كل الأحوال تعويض منفرد ينصب في الذمة المالية للصغير، وإنَّ قام بأدائه الراعي ابتداءً، يترتب استناداً لقيام مسؤولية الصغير التقصيرية إلى جانب مسؤولية الراعي القائمة

على اساس الخطأ المفترض، الامر الذي يثير التساؤل عن أركان استحقاق التعويض المنفرد من مال الصغير؟ وما مدى تأثر الذمة المالية للراعي والصغير عند استيفائه؟ وبالرجوع الى نصوص القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١التي عالجت مسألة التعويض من مال الصغير يبدو لنا قصور هذا المواد عن ايجاد الحلول لما يترتب عن ضرر الصغير، حيث تكمن مشكلة البحث في اقتصار نص المادة(٢١٨)من القانون المدني العراقي على الاب أو الجد كمسؤولين عن تعويض ضرر الصغير بما لهم من حق الرقابة القانونية، دون بقية الاشخاص الذين يمكن إنّ يتقرر لهم هذا الحق بموجب القانون أو الاتفاق كالأم أو الوصي أو المعلم في المدرسة أو المشرف في الحرفة وغيرهم ممن يعهد لهم برعاية ورقابة الصغير، واقتصارها كذلك على حالة القصر دون بقية حالات الرعاية الأخرى والتي تحدث بسبب الحالة العقلية أو الجسمية فهكذا حالات مدعاة لوقوع الاضرار من المجنون أو المشلول أو المعتوه دون وجود مسؤول عنهم، بالإضافة لذلك سكوت المشرع العراقي عن بيان موقفه في نص المادة(٢١٨)مدني عراقي من شرط المساكنة، فذلك لم يحظ بمعالجة تشريعية في القانون المدني العراقي وإنّ الرأي الفقهي في كهذا مسائل لا يرتقي إلى مستوى الالزام، كما ان نص المادة(٢٢٠)مدني عراقي قد اطلق حق الرجوع للراعي على الصغير بما دفعه من تعويض للمتضرر دون اعتماد معيار عام، ففي الاحوال التي لا يفلح فيها الراعي بنفي مسؤوليته عن ضرر الصغير، ودفعه التعويض للمتضرر، يبقى له حق الرجوع على الصغير بما اداه بالرغم من ثبوت خطأه بتقصيره بواجب الرعاية والرقابة وفي ذلك انطواء لعدم مؤاخذة الراعي بخطائه في تقصيره بواجب عنايته ورعايته للمشمول بها، وكذلك عدم شمول نص المادة (٢/١٩١) مدني عراقي للصغير المميز حيث منح المشرع العراقي الحق للمتضرر في الرجوع بالتعويض على الولي (الأب أو الجد) أو القيم أو الوصي في حال تعذر استحصاله من الصغير غير المميز، دون الصغير المميز الذي قد تتصف ذمته بالإعسار شأنه شأن الصغير غير المميز، مما يقوض حق المتضرر بالتعويض، كما ان نص المادة (٣/١٩١) مدني عراقي قد خرجت عن القواعد العامة في تقدير التعويض حيث راعت المركز المالي للخصوم عند الحكم بالتعويض المنفرد من مال الصغير، بعيداً عن حجم الضرر الذي لحق المتضرر.

ولأجل ذلك أنصب اهتمامنا على معالجة تلك المشاكل وايجاد الحلول لها وبمقترحات تشريعية، وعلى ذلك أثرنا تقسيم البحث إلى مبحثين، بعدهما خاتمة متضمنة ما توصلنا اليه من نتائج ومقترحات.

المبحث الاول: استحقاق التعويض المنفرد من مال الصغير

سنتولى دراسة هذا المبحث في مطلبين، نعرض في المطلب الأول اركان استحقاق التعويض المتصلة بالصغير، و شروط استحقاق التعويض المتصلة بالراعي في المطلب الثاني.

المطلب الأول: أركان استحقاق التعويض المتصلة بالصغير

ان أركان التعويض المنفرد إذا ما اتصلت بالصغير فأنها تتمثل بصورة عامة في ارتكاب الصغير سواء كان مميزاً أو غير مميز لفعل نتج عنه ضرر لحق الغير بالشكل الذي يجعل من

الضرر نتيجة لفعل الصغير، وسوف نعرض هذه الأركان من ناحية الصغير خاصة وفي ثلاثة فروع متتالية كالآتي:

الفرع الاول : خطأ الصغير التقصيري

إنَّ الخطأ[١] أول أركان المسؤولية التقصيرية في القوانين التي تقيم المسؤولية على اساس الخطأ ومنها القانون المدني العراقي،[٢] ولكنها كما يبدو لم تتطرق لتعريف الخطأ تاركة أمر ذلك للفقه الذي لم يخلو من الخلاف الفقهي بشأن ذلك، فعرفه جانب من الفقه بـ(العمل الضار غير المشروع أو الاخلال بالثقة المشروعة)، في حين عرفه البعض الاخر بأنه (انحراف في مسلك الانسان لا يقع من شخص يقظ في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول)،[٣] وعلى الرغم من خضم تعاريف الخطأ التي طرحها الفقه، فأن التعريف الراجح فقهاً وقضاءً الذي يعرف الخطأ بأنه (أخلال بالتزام قانوني سابق يصدر عن ادراك)،[٤] وهو بهذا المعنى الاخلال بواجب قانوني سابق بعدم الاضرار بالغير يصدر عن أدراك وتمييز المخل، ويؤيد الباحث التعريف الراجح للخطأ كونه يفصح عن عنصري الخطأ المتمثلين بالتعدي والادراك، ويمثل العنصر المادي (التعدي) في تصرف الفرد وأخلاله بالالتزام القانوني الذي يقع على عاتقه (قياماً أو امتناعاً)، والذي يطرح الفقه معيارين كمقياس له هما المعيار الموضوعي والمعيار الشخصي محاولة منه الوصول إلى معيار واقعي محدد لضبط الفعل وتكييفه تعدياً على الغير،[٥] اما العنصر المعنوي للخطأ فيتمثل بالإدراك أو التمييز فلابد أن يكون الشخص قادراً على تمييز الخطأ من الصواب وهو لا يكون كذلك الا إذا كان مميزاً أو بالغاً رشيداً بدلالة نص المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي،[٦] الأمر الذي يثير التساؤل عن اثر ذلك في تقرير مسؤولية الصغير غير المميز ومطالبته بالتعويض؟ نلاحظ في مسلك أغلب التشريعات المدنية ومن حيث المبدأ العام أنها تتطلب لاعتبار الشخص مخطئ أن يكون مرتكب الفعل مميزاً، بغض النظر أن كان قد بلغ سن الرشد أم لا، حيث اعتبرت مسؤولية الصغير غير المميز مسؤولية احتياطية لا يصار إليها الا في احوال يتعذر فيها إلزام المسؤول عن رعاية الصغير بتعويض المضرور،[٧] الامر الذي رتب نتائج ادت الى أهدار حق المتضرر في المطالبة بالتعويض، لان الصغير غير المميز لا ينسب إليه خطأ لعدم ادراكه، لذا حاول الفقه وحماية للمتضرر التخفيف قدر الامكان من تلك النتائج، بحجة ان الادراك من الامور النفسية الداخلية ليس من السهل الكشف عنه، الامر الذي يجعل من العنصر المادي المتمثل بالتعدي،[٨] كافياً لإقامة مسؤولية الصغير غير المميز ومن في حكمه، فيشكل فعله خروجاً عن نطاق الجواز القانوني بأرتكابه فعل مادي أو امتناع عن فعل سواء كان هذا الخروج مقترناً بأدراك أم غير مقترن،[٩] وهذا مسلك القانون المدني العراقي من مسؤولية الصغير غير المميز، حيث أقر مسؤوليته بشكل أصلي بالاستناد إلى الانحراف في سلوكه المعتدل دون تحقق العنصر المعنوي،[١٠] فجعل منها مسؤولية أصلية بنص المادة (١/١٩١) من القانون المدني العراقي،[١١] ومنح المتضرر حق الرجوع على الصغير سواء كان مميزاً أو غير مميز واستيفاء التعويض من ماله،[١٢] عن الاضرار المالية التي يحدثها للغير بنص المادة (١/١٩١) مدني عراقي، ومسؤوليته عن تعويض الاضرار التي يحدثها للغير والتي تصيب سلامتهم

البدنية بنص المادة (٢٠٢) مدني عراقي.[١٣] ويرى جانب من الفقه بأنه يأخذ على العراقي تشديده من مسؤولية الصغير دون مراعاة صغر سنه، وذلك بإقامة مسؤوليته دون اشتراط التعمد أو التعدي، اللذان نص عليهما للبالغ سن الرشد في المادة (١/١٨٦) مدني عراقي.[١٤] في حين يرى جانب أخر من الفقه بعدم الحاجة لنص المادة(١/١٩١)مدني عراقي لأن القانون المدني العراقي قد سبق وأن أقر المسؤولية بشكل عام بنص المادة(٢٠٤)مدني عراقي، واقراره المسؤولية الاصلية لراعي الصغير بنص المادة(٢١٨)مدني عراقي، والتي تنصرف لنفس غايات نص المادة(١٩١)مدني عراقي، الامر الذي يجعل من المستحسن توحيد أحكامهما.[١٥] ويرى الباحث بعدم وجود تناقض بين نص المادة (١٨٦) ونص المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي، لان المادة (١٨٦) موجه إلى البالغ الرشيد والتي أشترطت لقيام مسؤوليته التعدي والادراك، ومن أجل توسيع دائرة حصول المتضرر على التعويض جاء نص المادة (١٩١) مدني عراقي، موجهاً إلى الصغير المميز وغير المميز والذي لا يتطلب تحقق الادراك، أما بشان أقتراح شرط التعدي لقيام مسؤولية الصغير فيرى الباحث أن فيه حماية للصغير ولا يمكن المتضرر من الوصول إلى التعويض الا إذا اثبت أنحراف سلوك الصغير عن سلوك الشخص المعتاد مما يهدد حقه بالضياع، لذا لا يحبذ هذا الشرط ونجد أن أقامة مسؤولية الصغير مميزاً أو غير مميز على اساس الضرر هو الافضل لضمان تحقق التعويض للمتضرر، ويقترح الباحث أن بالإمكان دمج نص المادة (١/١٨٦) ونص المادة (١/١٩١) من القانون المدني العراقي بنص واحد يتضمن النص على مسؤولية البالغ الرشيد ومسؤولية الصغير المميز وغير المميز مع ضرورة التصريح بعدم اشتراط التعمد والتعدي بالنسبة للصغير ليكون النص كالاتي(إذا أتلف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرةً أو تسبباً يكون ضامناً، إذا كان في أحداثه الضرر قد تعمد أو تعدى، ويلزم الصبي مميزاً أو غير مميز أو من في حكمهما بضمان ما أتلفه من مال غيره دون اشتراط التعمد أو التعدي من جانبه).اما القانون المدني الفرنسي فقد أقر مسؤولية الصغير غير المميز بنص المادة (414/3) من قانون رقم(68-5)المؤرخ في3 يناير1968.[١٦] كما قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بأنه يكفي أن يكون الضرر الذي أحدثه الصغير سبباً مباشراً لفعله حتى وأن لم يكن على خطأ.[١٧] من ثم فأن ضرر الصغير غير المميز يعد كافياً لتحقق مسؤوليته بغض النظر أن كان مخطئ أو لا، الامر الذي يجعل من الصغير مسؤول في القانون المدني الفرنسي عن تعويض الاضرار التي تحدث بفعله الشخصي.[١٨]

الفرع الثاني: الضرر

إنَّ الضرر[١٩] ركن اساسي في المسؤولية التقصيرية للصغير وبأنتفائه تنتفي مسؤوليته، ولا يكون هنالك حق في التعويض، لان التعويض يدور مع الضرر وجوداً وعدماً، فإذا كان من الممكن قيام المسؤولية دون خطأ وفقاً لمبدأ تحمل التبعة، الا أنها لا يمكن أن تنهض دون الضرر الذي يمثل نقطة بدأ المسؤولية ومحل عناية الفقه والقوانين المدنية.[٢٠] ويبدو أن غالبية القوانين المدنية لم تتطرق لتعريف الضرر، مما جعل الفقه القانوني يتصدى لذلك بطرح جملة من التعاريف التي يضيق بعضها من مفهوم الضرر ويوسع البعض الاخر من دائرته من خلال بيان أنواعه وصوره، حيث عرف جانب من الفقه

القانوني الضرر بأنه (أخلال بحق أو مصلحة مالية).[٢١] مما يلاحظ على التعريف حصره الضرر بما يمس الحقوق والمصالح المالية، كذلك من بين تعريفاته أن الضرر(الحاق مفسدة بالأخرين).[٢٢] ما يلاحظ على التعريف حصره الضرر بمفهوم الاذى الذي يلحق الغير ويفسد حقوقهم ومصالحهم، ويمكننا القول تعقيباً عما ورد من تعاريف للضرر بأنه (الاذى الذي يصيب الشخص مما يلزم تعويضه لأنه يمس حق من الحقوق أو مصلحة مشروعة، سواء كان هذا الحق أو تلك المصلحة متعلقة بالحياة كالحق في الحياة بأعتباره من الحقوق الاساسية اللصيقة بالإنسان أو الحق في السلامة البدنية أو حقه في عدم المساس بعواطفه، أو ماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك).[٢٣] ويرجح الباحث التعريف الاخير للضرر، لأنه التعريف الذي يتضمن في مضمونه كل ما يمكن أن يشمله الضرر، والضرر الذي يجري التعويض عنه في نطاق المسؤولية التقصيرية للصغير هو الضرر المباشر متوقعاً كان أو غير متوقع فلا تعويض عن الضرر غير المباشر، لإنعدام الرابطة السببية بينه وبين الخطأ، والمباشر هو الضرر الذي ارتبط بالخطأ رابطة نتيجة بسبب فكان نتيجة طبيعة له،[٢٤] ولم يكن في مقدرة المضرور أن يتوقاه ببذل جهد معقول والذي ينقسم بدوره إلى متوقع وغير متوقع،[٢٥] ومسألة اثبات الضرر تقع على عاتق المتضرر وبإمكانه ذلك بكافة وسائل الاثبات ومنها البينة والقرائن لان الضرر واقعة مادية.[٢٦] ولا يختلف الضرر بشكل عام عن الضرر المترتب على فعل الصغير التقصيري من حيث مفهومه وأنواعه وشروطه وكافة الاحكام المتعلقة به، الا أنه يلاحظ من استقراء نص المادة(١/١٩١)من القانون المدني العراقي والتي تقرر مسؤولية الصغير التقصيرية استخدام المشرع العراقي مصطلح الاتلاف مما يثير التساؤل هل هنالك فرق بينه وبين الضرر؟ وماهي دواعي استعمال المشرع لهذا المصطلح بالنسبة لمسؤولية الصغير؟ للإجابة على ذلك يتعين علينا بيان مفهوم الاتلاف.[٢٧] والذي يعرف اصطلاحاً بأنه(أخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة).[٢٨] ما يلاحظ على التعريف قصوره في شمول كل أنواع الاتلاف فقد يقع الاتلاف على ما ليس منتفعاً به، في حين يعرفه البعض بأنه(كل نقص أو فساد يدخل على الاعيان).[٢٩] يتضح من التعريف إنّ مفهوم الاتلاف يأخذ بمعناه اللغوي والذي يراد منه ذهاب الشيء أو زواله كلياً أو جزيئاً، وبعد أن بينا مفهوم الاتلاف يمكننا التوصل إلى نتيجة مؤداها أن أتلاف الصغير هو ما ينتج من تعدي من الصغير (مميز أو غير مميز) على نفس الغير أو ماله مؤدياً إلى زواله كله أو بعضه، فقد يطال النفس أو ما دونها كما قد يطال الاموال والممتلكات العامة والخاصة كما لا يخلو الامر من أنفراد الصغير بهذا الاتلاف بمفرده أو بالاشتراك مع غيره سواء كانوا صغار أمثاله، أو مكلفين يستغلون صغر سنه في التعدي على الارواح أو الاموال.[٣٠] أما استخدام مصطلح الاتلاف،[٣١] فمرده تأثر المشرع العراقي بالفقه الاسلامي الذي انعكس بشكل واضح في تقريره مسؤولية الصغير بنص المادة(١/١٩١)مدني عراقي، والاشارة بوضوح إلى الفعل الايجابي الذي يصدر من الصغير مميزاً أو غير مميز وإلزامه بتعويض ضرره من ماله، ويقترح الباحث على المشرع العراقي توحيد أحكام الضرر التي تصيب الغير بفعل الصغير مميزاً أو غير مميز والواقعة على المال أو النفس في نص تشريعي

واحد ليكون مضمون النص كالاتي (ضمان الصغير سواء كان مميزاً أو غير مميزاً الاضرار التي تصيب نفس الغير وماله والتي حدثت نتيجة فعله)، لان حكم المادة(١٩١)مدني عراقي يسري على أفعال الاتلاف المنسوبة للصغير والواقعة على اموال الغير المفضية إلى هلاكها بشكل كلي أو جزئي، بعيداً عن تلك الافعال التي تقع على النفس والتي تخضع لنص المادة (٢٠٢) و(٢٠٣) مدني عراقي[٣٢]، كما أنها تفرق عن الضرر الادبي الذي تحكمه نص المادة (٢٠٥)مدني عراقي،[٣٣] وغير ذلك من الاضرار المختلفة التي لم يتناولها القانون بالنص والتي تخضع بشكل عام لنص المادة(٢٠٤) مدني عراقي،[٣٤] نخلص فيما تقدم وبعد أعطاء مفهوم لكل من الاتلاف والضرر، ان الاخير مفهوم عام شامل يدخل في نطاقه جميع أنواع الضرر التي يمكن أن تصيب المضرور، وما يرتد منه على الغير (الضرر المرتد)، في حين أن الاتلاف بمعناه المتقدم والمراد بنص المادة(١٩١)مدني عراقي يجعل منه ذي مفهوم خاص يتعلق بالأعمال غير المشروعة التي تقع على المال دون غيرها.

الفرع الثالث: العلاقة السببية

إنّ من المبادئ الاساسية المعمول بها في نطاق المسؤولية التقصيرية عدم كفاية الخطأ وحده لتحمل مرتكبه تبعة تعويضه، فلا بد أن يكون الخطأ السبب في حدوث الضرر، بما معناه ان يكون هنالك رابط بين السبب والنتيجة بالشكل الذي يجعل بمقدور القاضي الربط الفعلي بين الخطأ والضرر الذي لحق بالمتضرر،[٣٥] وعلى نحو الارتباط في العلاقة بينهما فإذا انقطعت لا يكون بإمكان المتضرر مطالبة المسؤول بالتعويض،[٣٦] وتمثل العلاقة السببية الركن الثالث من أركان مسؤولية الصغير التقصيرية الذي لابد من تحققه، لان أيقاع الخطأ والضرر لا يعني بالضرورة تحقق السببية، فإذا قاد صغير سيارة والده دون أن يكون مجازاً بالقيادة وأصاب أحد الاشخاص المارة، ثم تبين أن الاصابة كانت بخطأ المصاب كما لو اندفع امام السيارة وبالطريق السريع فهنا نكون أمام خطأ من الصغير بأن أخذ سيارة والده دون حصوله على الاجازة التي تسمح له بالقيادة وضرر أصاب أحد المارة، ولكنه لم يترتب كنتيجة لفعل الصغير فلا يسأل عن تعويض الضرر لان ما ارتكبه من خطأ القيادة دون ترخيص لم يكن هو سبب الضرر بل خطأ المصاب.[٣٧] يتضح بطبيعة الحال أن ما يقطع العلاقة السببية هو السبب الاجنبي الذي يتفرع لعدة صور كالقوة القاهرة وفعل الغير وخطأ المتضرر،[٣٨] والسبب الاجنبي في صوره السابقة هو كل فعل ينسب إليه الضرر ولكنه مستقل تماماً عن المدعى عليه (مرتكب الفعل) ولا يد له فيه،[٣٩] نستنتج من ذلك إنّ ثبوت السبب الاجنبي يجعل من مسؤولية الصغير منعدمة، لان الضرر لم يكن نتيجة فعل الصغير، كما تنقطع العلاقة السببية إذا كان فعل الصغير ليس السبب المباشر في إحداث الضرر حيث ينبغي التمييز بين الضرر المباشر الناتج عن فعله والذي يلزم بتعويضه من ماله، وبين الضرر غير المباشر الذي لا يعوض عليه،[٤٠] ويرى جانب من الفقه أن العلاقة السببية تفترض أذا ما أرتكب خطأ ترتب عليه ضرر، حيث أن بإمكان القاضي افتراض وجود العلاقة بينهما إذا ما أثبت المدعي الخطأ والضرر، الا أذا تمكن المدعى عليه من أقامة الدليل لأثبات عكس ذلك.[٤١]

المطلب الثاني: شروط استحقاق التعويض المتصلة بالراعي

أن تحقق هذه الشروط امر لابد منه لإمكان رجوع المتضرر على الراعي بالتعويض المنفرد والذي يعتبر تعويضاً من الصغير لان الراعي يكون له الحق في الرجوع عليه بما دفعه، الامر الذي يجعل منه تعويض من مال الصغير على نحو غير مباشر، لذا نرتأي عرض هذه الشروط في ثلاثة فروع وبمعزلٍ عن الشرط الخاص بصدور عمل غير مشروع من الصغير لسبق أن تم توضيحه في بحث أركان استحقاق التعويض المتصلة بالصغير ووفق الآتي:

الفرع الأول: وجود الصغير في رعاية أو تحت رقابة شخص أخر

إنَّ التشريعات باختلاف أنواعها وتوجهاتها لم تأخذ نهجاً واحد في بيان من هم الاشخاص المسؤولين عن أفعال الصغير، وقبل التطرق إلى تحديد من لهم حق الرعاية أو الرقابة لابد أن نبين المقصود بالرقابة، حيث يعرف جانب من الفقه الرقابة بأنها (الاشراف على شخص وتوجيهه وحسن تربيته وأتخاذ الاحتياطات اللازمة في سبيل ذلك).[٤٢] في حين يعرفها جانب أخر بأنها(سلطة الاشراف والتوجيه، وأتخاذ الاحتياطات المعقولة لمنع من هو تحت رقابته من الاضرار بالغير)[٤٣] يتضح من ذلك أن المراد بالرقابة الاشراف أو التوجيه أو السيطرة على أفعال من يحتاجها وهو (الصغير) الذي يكون بحاجة إلى الرقابة أياً كان مصدرها نص القانون أو الاتفاق، غير أن القانون المدني العراقي حصرها بالواجب القانوني الذي يتحدد بنص القانون والذي القى بعبء ذلك على الاب أو الجد بما لهم من حق الولاية الجبرية على الصغير والتي تتأتى بمفهوم (قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تسير شؤونه الشخصية والخاصة).[٤٤] وطبقاً لنص المادة(١/٢١٨) من القانون المدني العراقي يتحدد شخص الراعي بالأب أو الجد والتي جاء فيها(١- يكون الاب ثم الجد ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير).وبالمقارنة مع القانون المدني المصري والقوانين التي سارت على نهجه نجد أنها حملت كل من يجب عليه وبحكم القانون أو بمقتضى الاتفاق رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية تعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير.[٤٥] الامر الذي يجعل من التحديد الذي أورده المشرع العراقي للأشخاص المسؤولين عن الصغير تحديد منتقد لقصوره عن شمول أشخاص أخرين يكلفون بهذه المسؤولية قد يتولون الرقابة على الصغير كالوصي والام إذا انتقلت إليهم الرقابة أتفاقاً أو بحكم القضاء، ففي فرض موت الاب أو فقدانه أحد شروط الحضانة فأن الصغير يبقى في رعاية أمه بأعتبارها أولى برعايته من غيرها، دون أن يكون لأي أحد من الاقارب حق مشاركتها في الحضانة ولحين بلوغه سن الرشد.[٤٦] ويبدو أن الامر يكون كذلك بالنسبة للوصي الذي ينصب على الصغير الذي لا ولي له بعد وفاة أبيه.[٤٧] ويمكن أن نضيف على ذلك حالة أنتقال الرقابة على الصغير إلى غير الاب والجد كالمعلم في المدرسة أو المشرف على حرفة أو مدير المستشفى التي أنتقل اليها الصغير لغرض العلاج، فكل ممن ذكر سابقاً بإمكانهم الافلات من المسؤولية على الرغم من توليهم الرقابة على الصغير أتفاقاً أو بحكم القضاء لان نص المادة(٢١٨) مدني عراقي أقتصر على مسائلة الاب أو الجد حصراً، دون امكان مسائلتهم لان المسؤولية واردة على خلاف الاصل فلا يمكن القياس عليها

والاستنتاج الا أذا ورد نص خاص مهما كانت الاعتبارات وجيهة،[٤٨] لذا يرى الباحث بضرورة تعديل نص المادة (٢١٨) من القانون المدني العراقي ليشمل أشخاص أخرين غير الاب والجد، وتوسيع نطاقها في ما يتعلق بشمول حالات الرعاية الاخرى غير حالة القصر كالحالة العقلية والجسمية والاخذ بالرقابة بموجب الاتفاق الى جانب الرقابة بموجب القانون، ليكون النص كالاتي (يكون الاب أو الجد أو كل من له سيطرة فعلية بموجب القانون أو الاتفاق على من كان في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه للغير)، ولم يتضمن نص المادة اعلاه الاشارة الى شرط المساكنة لتقرير مسؤولية الراعي عن تعويض ضرر الصغير وربما يعزى ذلك لاعتبارها معياراً غير دقيقاً من جانب من الفقه، [٤٩] ومع ذلك كان ينبغي على المشرع العراقي النص بشكل صريح على عدم تطلب هذا الشرط بدلاً من الاكتفاء بالرأي الفقهي، ويمكننا أن نقترح أضافة فقرة لنص المادة(٢١٨)مدني عراقي لمعالجة هذه الحالة ليكون مضمونها كالآتي(ولا يشترط تحقق المساكنة لقيام مسؤولية من تم ذكرهم بالفقرة الاولى من هذه المادة).أما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي فقد نص في المادة(١٢٤٢/ف٤)على مسؤولية كل من الاب والام عن أطفالهم الصغار الذي يعيشون معهم، وبما أن كلا الوالدين يتمتعان بالسلطة الابوية،[٥٠] فهما يتحملان المسؤولية المشتركة والقسرية عن الاضرار التي تحدث نتيجة أفعال صغارهم،[٥١] ولا يؤثر أنفصالهما عن بعضهم على حقهم هذا، ومع ذلك يمكن للقاضي أن يعهد بممارسة هذه السلطة إلى أحد الاطراف(الأب أو الأم) إذا تطلبت مصلحة الصغير ذلك، كما أن للاب والام في القانون المدني الفرنسي الحق في تفويض الغير بممارسة السلطة الابوية بصورة كلية أو جزئية،[٥٢] ويشترط القانون المدني الفرنسي تحقق المساكنة أو التعايش والتي هي أقامة الصغير مع الأب والأم،[٥٣] حيث أوضحت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها معنى المساكنة بين الصغير والراعي بأنها الاقامة المعتادة للصغير في منزل والديه أو مع أحدهما،[٥٤] وإن تكليف الغير برعاية الصغير مؤقتاً، لا ينفي تحقق المساكنة بين الصغير ووالديه، ومن ثم فأن ما يحدث من ضرر أثناء وجود الصغير في معسكر التدريب أو المدرسة أو مع أجداده وبشكل عام دون وجود والديه يبقي الوالدين مسؤولين عن الصغير ومن ثم يجب عليهما تعويض الضرر الناجم عن فعله.[٥٥]

الفرع الثاني: الأخلال بواجب الرعاية والرقابة

ان قيام الصغير بأتلاف ممتلكات الاخرين وأموالهم يفرض على الولي تعويض الضرر الحاصل،[٥٦] والأب هو الولي الأول بدون منازع في القيام على أولاده القصر،[٥٧] وتقع ولايته بقوة القانون خلافاً للوصي والقيم فهؤلاء لابد من تعيينهم،[٥٨] أما بالنسبة للجد فأن أختلاف الفقه الاسلامي في ولايته على الصغير لم يمنع القانون المدني العراقي من جعله مسؤولاً عن الصغير كالأب بالنسبة للحفيد الصغير،[٥٩] حيث أقام المشرع العراقي مسؤولية الراعي (الاب أو الجد) على اساس خطأ مفترض من جانبه، يتمثل بأخلال المسؤول بواجبه نحو الصغير في الرقابة والرعاية بعدم قيامه بالواجبات الملقاة على عاتقه بصورة صحيحة،[٦٠]،فإلتزام الراعي بالرقابة وصدور فعل من الصغير أصاب

الاخرين بضرر مؤداه تحقق مسؤولية الراعي، مما يعني أن مسؤولية الراعي المفترضة تتحقق بجانب مسؤولية الصغير، وبالرغم من ذلك لا يحصل المتضرر الا على تعويض واحد.[٦١] مثال على ذلك لو أنّ الصغير مثلاً قام بعمل غير مشروع وترتب عليه ضرراً لحق الغير وكان من يتولى الرقابة عليه ويقوم بتربيته أبوه فيفترض هنا أنَ الاب أما قد قصر في رقابة ولده أو أنه أساء تربيته أو أنه أرتكب الخطأين معاً، فجوهر مسؤولية الراعي تبدو في أرتكاب الصغير فعل ضار مما يترتب عليه أفتراض أن الراعي قد قصر في رقابته عليه، وهذه القرينة المفترضة لا توجه إلى الراعي الا بأثبات وقوع الفعل غير المشروع من الصغير،[٦٢] هذا ولا يميل الفقه الحديث[٦٣] إلى أقامة مسؤولية الراعي على اساس الاخلال بواجب التربية، ويقتصر أقامتها على اساس الاخلال بواجب الرقابة، ويعزى ذلك إلى أنَ مدلول التربية مدلول ذو طبيعة واسعة ومتشعبة كما أن هنالك العديد من المفاهيم التي تدل على التربية والتي تتغير بتغير منظور أصحاب وظيفة التربية والتعليم وتوجهاتهم الفلسفية وديانتهم وكذلك معتقداتهم، مما يجعل الامر يفضي بصعوبة في الاتفاق على صورة واحدة للتربية تكون ناجحة وسليمة ومتجانسة مع جميع الافراد في غالبية المجتمعات، بالإضافة إلى أن أفتراض الاخلال بواجب الرقابة يسهل أثباته لأنه افتراض لواقعة سابقة مباشرة على وقوع فعل الصغير الضار في حين افتراض الاخلال بواجب التربية افتراض لواقعة قد يكون مرجعها للماضي بفترة بعيدة عن وقت وقوع الفعل الضار، فلا ينبغي افتراضها ولابد من اقامة الدليل عليها وفقاً للقواعد العامة،[٦٤] أما نص المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي،[٦٥] فأنها تبين مسؤولية الصغير نفسه التي تنهض إذا أتلف مال غيره، وقد يلزم الولي أو الوصي أو القيم بمبلغ التعويض أذا تعذر الحصول عليه من أموال من وقع منه الضرر إذا كان صغيراً غير مميز أو مجنوناً، ووفقاً للفقرة الثانية من المادة ذاتها، مما يلاحظ أنها أوسع نطاقاً من ناحية الاشخاص مقارنة بنص المادة(٢١٨)مدني عراقي، أضافةً إلى أنَ نص المادة(٢/١٩١)مدني عراقي يقيم مسؤولية الراعي على اساس الكفالة، خلافاً للنص السابق الذي يقيمها على اساس الخطأ المفترض فالولي أو القيم أو الوصي يكونون مسؤولين بنص القانون عن تعويض الضرر الذي يحدثه الصغير حتى وأن لم يقع تقصير من قبلهم أتجاه المشمول بالرعاية وليس لهم دفع هذه المسؤولية كالمسؤولين عن الصغير بنص المادة(٢١٨) مدني عراقي،[٦٦] فهي مسؤولية احتياطية جوازية مخففة، نخلص إلى القول في كل ما تقدم أنّ قرينة التقصير في جانب الراعي تقوم على اساس تحقق واجب الشخص في رقابة غيره فإذا لم يتحقق هذا الواجب في ذمة الشخص فلا محل لوقوع التقصير منه ولا لأفتراضه في جانبه، ومن ثم لا محل لمسؤوليته لا طبقاً للقواعد العامة ولا قواعد المسؤولية المفترضة، أما إذا تحقق وجود شخص في رقابة شخص أخر وأرتكابه فعلاً أضر بالغير، فيفترض أنه كان يجب على الراعي أنَّ يبذل جهده ليحول دون وقوع هذا الفعل، وما نشأ عنه من ضرر وأعتبار ذلك كافياً لقيام قرينة التقصير في أداء هذا الواجب.

الفرع الثالث: دفع مسؤولية الراعي

إنّ اساس مسؤولية الراعي كما ذكرنا سابقاً هو الخطأ المفترض من ناحيته، حيث يفترض القانون إنَّ المسؤول عن الصغير قد قصر وأهمل واجبه في رعاية ورقابة الشخص المشمول بها؛ ولكن هذا الافتراض هو افتراض قابل لأثبات العكس من جانبه،[٦٧] بإقامة الدليل لعكس ذلك،[٦٨] فإذا كان الاصل أن عبء أثبات الخطأ يقع على عاتق المضرور الذي لابد لاستحقاقه التعويض أن يثبت فعل الصغير الضار، الا أن مسؤولية الراعي عن الصغير تعفي المضرور من ذلك العبء لقيامها على خطأ مفترض أبتداءً، فيكفي له أثبات أنّ الصغير كان تحت الرعاية أو الرقابة ويبقى للراعي أن يدفع عنه الخطأ بنفيه من جانبه، أما بأثبات قيامه بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لابد واقعاً حتى وأن قام بهذا الواجب.[٦٩] ويمكننا القول وفقاً لما طرح سابقاً أن بإمكان الاب أو الجد في القانون المدني العراقي نفي مسؤوليتهم عن ضرر الصغير أما بنفي الخطأ المفترض أو بأثبات إنقطاع العلاقة السببية بين الفعل والضرر الحاصل وذلك من خلال أثبات أن الضرر لا علاقة له بالخطأ المفترض، كما لو كان الضرر واقعاً نتيجة لسبب أجنبي أو فعل الغير أو خطأ المتضرر نفسه،[٧٠] وسوف نحاول بيان كيفية دفع الراعي لمسؤوليته ووفق الاتي.

أولاً/ نفي الخطأ المفترض:

إنّ الخطأ المفترض في جانب الراعي هو خطأ مفترض أفتراضاً يقبل أثبات العكس، حيث يستطيع الراعي الذي يحمل عبء الاثبات أن ينفي هذا الخطأ عنه بأن يثبت أنه قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية وأنه أتخذ الاحتياطات المعقولة لمنع الصغير من الاضرار بالغير، غير أنَ الفقه القانوني غير متفق على رأي واحد بشأن دفع مسؤولية الراعي عن طريق نفي الخطأ المفترض فمنهم من أستلزم توافر نفي الخطأ في الرقابة ونفي الخطأ في التربية ومنهم من قصرها على نفي الخطأ في الرقابة فقط دون التربية،[٧١] وقد مكن القانون المدني العراقي الراعي بنص المادة (٢/٢١٨)،[٧٢] التخلص من المسؤولية؛ إذ اثبت قيامه بواجب الرقابة، في حين بين القانون المدني الفرنسي بنص المادة (١٢٤٢/ ٧) منه،[٧٣] إنّ المسؤولية تقع على الاب والام مالم يثبت كل منهما عدم استطاعته منع ضرر طفلهما الذي أدى إلى تحقق مسؤوليتهما، فمنذ حكم(برتراند) في ١٩ فبراير١٩٩٧،[٧٤] حددت محكمة النقض الفرنسية أسباب الاعفاء المتاحة للأب والام والتي تمثلت في حالتين الحالة الاولى إذا أستغراق خطأ المتضرر خطأ الصغير فتنتفي المسؤولية، أما الحالة الثانية لنفي المسؤولية فهي القوة القاهرة، فيمكن للوالدين نفي مسؤوليتهما بأثبات أنَ ضرر الصغير كان نتيجة قوة قاهرة، مما يعفي الوالدين من المسؤولية.[٧٥]

ثانياً/ نفي العلاقة السببية:

يذهب الفقه بأنه ليس الخطأ في جانب متولي الرقابة هو وحده المفترض، بل يفترض معه أيضاً العلاقة السببية بين الخطأ المفترض وبين الضرر الحادث نتيجة فعل ممن تحت الرقابة، لان عدم أفتراض العلاقة السببية تبعاً لافتراض الخطأ لجعل أفتراض الخطأ أمر عبثاً لا يجدي،[٧٦] فالعلاقة السببية أذن مفترضة لا يكلف المتضرر بأثباتها، وأنما يكون على المسؤول عن رقابة الصغير نفيها للتخلص من المسؤولية والنص صريح في هذا

المعنى الذي جاءت به المادة(٢/٢١٨)من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها(ويستطيع الاب والجد التخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لابد واقعاً حتى لو قام بهذا الواجب).[٧٧]هذا وأن العلاقة السببية تسقط كذلك إذا أثبت المسؤول أن سبباً أجنبياً هو الذي منعه من قيامه بواجبه في مراقبة صغيره.[٧٨] وهذا ما تضمنه نص المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها(إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كأفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان).[٧٩] من ذلك يتضح لنا أن الراعي يستطيع أن يدفع مسؤوليته عن أفعال الخاضع لها بأحد الأمرين:

١- لم أن يقيم البرهان على أنه قام بواجب الرقابة كاملاً على الصغير، فتابع ملاحظته وأحسن تربيته وبذل اليقظة المفروضة عليه، ولكنه لم يستطيع تلافي العمل الضار من المشمول بالرعاية والرقابة.
٢- أثبات أنَ الحادث الضار كان لابد واقعاً من الصغير مهما بذل الراعي من اليقظة وبسط من الرقابة عليه، كما لو وقع مباغتة إذا أنَ أثبات المفاجأة معناه أن العمل الضار كان واقعاً حتماً مهما كانت الرقابة مشددة، وأنَ ضعف الرقابة يكن هو السبب المنتج للحادث.[٨٠]

يتضح من ذلك أنَ الراعي يستطيع دفع المسؤولية المفترضة عنه، في كلتا الحالتين السابقتين ويبقى من أحدث الضرر(الصغير)مسؤولا عن فعله الشخصي وملزماً بتعويض المتضرر استناداً لنص المادة(١٩١)مدني عراقي، ويرى الباحث أنَ موقف القانون المدني الفرنسي هو الارجح لأنه لم يمكن راعي الصغير من نفي مسؤوليته الا بأثبات السبب الاجنبي لذا نقترح تعديل نص المادة(٢١٨) مدني عراقي، ليكون النص كالاتي (عدم امكانية الاب أو الجد نفي المسؤولية الا بأثبات السبب الاجنبي)، بالشكل الذي يجعل من خطأه خطأ مفترض فرضاً غير قابل لأثبات العكس، لما في ذلك من ضمان لحق المتضرر في الحصول على التعويض، نخلص من خلال ما تقدم في استحقاق التعويض المنفرد من مال الصغير إنّ أركان هذا التعويض تتمثل في خطأ الصغير التقصيري والضرر الحاصل والعلاقة السببية بينهما، ومجموعة شروط متصلة براعي الصغير يضمن تحققها للمتضرر الحصول على التعويض من ماله وبشكل غير مباشر، مع ملاحظة كون هذا الاخيرة شروط لإلزام الراعي بالتعويض وليست أركان[٨١] لتحققه، فحتى وأن لم تتوفر تبقى مسؤولية الصغير التقصيرية هي الاصلية فيكون مسؤولا عن تعويض ضرره، وما إلتزام الراعي بدفع التعويض الا استثناءً لمنح المتضرر اكثر من وسيلة للحصول على التعويض.

المبحث الثاني: أحكام التعويض المنفرد من مال الصغير

كما يستوفى التعويض من مال الصغير يستوفى من مال المسؤول عنه وهذا ما سنقوم ببيانه من خلال تقسيم هذا المبحث الى مطلبين ووفق الاتي:

المطلب الأول: التعويض المباشر وغير المباشر من مال الصغير :

نعرض هذا المطلب في فرعين يتضمن الفرع الاول التعويض المباشر من مال الصغير، في حين نعرض في الفرع الثاني التعويض غير المباشر من مال الصغير ووفق الاتي:

الفرع الأول: التعويض المباشر من مال الصغير

إنّ ما تقضي به الفقرة الأولى من نص المادة(١٩١)من القانون المدني العراقي[٨٢] هو تحمل الصغير سواء كان مميزاً أو غير مميز تبعة التعويض عن أفعاله الضارة، مما يقضي وجوب الحكم به قضاءً متى ما ثبت نسبة الضرر إلى الفعل الشخصي للصغير،[٨٣] بما معناه أنه متى ما كانت ذمة الاخير المسؤولة أبتداءً عن التعويض فأن مفاد ذلك وإلزامه أنَ استحصال التعويض يكون مباشرةً من ماله كون مسؤوليته مسؤولية أصلية يسأل فيها أبتداءً عن فعله الضار ويطالب بالتعويض بعيداً عن مطالبة المسؤول عنه، التي لا تعدو أن تكون مسؤوليته مسؤولية احتياطية لا يلجأ إليها الا في حال تعذر استحصال التعويض من أموال الصغير، وهذا ما أفصحت عنه الفقرة الثانية من نص المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي، والتي حصرت ذلك بالصغير غير المميز والمجنون،[٨٤] ومن استقراء نص المادة (٢/١٩١) مدني عراقي نجد اقتصار الحكم على الصغير غير المميز ومن في حكمه دون الصغير المميز، مما يقوض حق المتضرر بالتعويض لذا يقترح الباحث ضرورة تعديل نص المادة(٢/١٩١)مدني عراقي وذلك بإضافة عبارة المميز ومن في حكمه إلى النص لما في ذلك ضمان لحق المتضرر بالتعويض ليكون النص كالاتي(وإذا تعذر الحصول على التعويض من اموال من وقع منه الضرر صبياً مميزاً أو غير مميز أو من في حكمهما جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض على أن يكون له الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر)،أما بالنسبة لنص المادة (٢١٨)مدني عراقي فنجد أنها استثنت من نص المادة (٢/١٩١)مدني عراقي الحالة التي يكون فيها المسؤول عن الصغير هو(الاب أو الجد) وجعلت مسؤوليتهم اصلية عن التعويض في الفقرة الاولى من نص المادة (٢١٨)مدني عراقي[٨٥]مما يستتبع إلتزامهما بالضمان من اموالهما إلى جانب مسؤولية الصغير الاصلية استناداً إلى افتراض الخطأ من جانبهما القابل لأثبات العكس،[٨٦] هذا وليس للمتضرر في رجوعه على الصغير بالتعويض مباشرةً مطالبته منفرداً فهو لا يصلح خصماً في الدعوى ويقتضي اقامتها على الولي الجبري أضافة لأموال الصغير المسؤول عنه،[٨٧] وإذا كان بإمكان المتضرر الرجوع مباشرةً على الصغير بالتعويض عن الضرر الذي اصابه الا أنه تعويضاً يراعى في تقديره مركز الخصوم وفقاً لنص المادة(٣/١٩١)من القانون المدني العراقي،[٨٨] حيث يفصح النص أن تقدير التعويض يخضع لمعيار استثنائي يراعى فيه مركز الخصوم كل من الصغير والمتضرر، فلابد للمحكمة عند تقديره عن ضرر اتلاف الصغير أن تجعل نصب أعينها مركز الخصوم الاقتصادي،[٨٩] فعليها مراعاة الظروف الاقتصادية للمسؤول والمتضرر وتأثير الضرر والتعويض على كل منهما، وبذلك غلب القول على أن المسؤولية وفق نص المادة(٣/١٩١) مسؤولية مخففة لأنه كما ذكرنا قد يكون التعويض أقل من التعويض العادي ووفقاً لمركز الخصوم،[٩٠] ويرى الباحث أن التعويض العادل المنصوص عليه بنص المادة (٣/١٩١) لا يقدر على اساس

حجم الضرر الحاصل من الصغير وإنما في ضوء المركز المالي للطرفين مما يبعد التعويض عن تحقيق وظيفته الاساسية في جبر الضرر وإصلاحه والتي تقضي بأن يكون التعويض مساوياً للضرر بغض النظر عن محدثه سواء كان صغير مميزاً أو غير مميز. لذا نقترح إلغاء الفقرة (٣) من نص المادة(١٩١) مدني عراقي كونها لا تحقق وظيفة التعويض. اما موقف المشرع المصري فأنه يمنح المتضرر حق الرجوع على الصغير المميز مباشرةً بنص المادة (١٦٤) من القانون المدني المصري استناداً إلى مسؤوليته الاصلية وما الراعي الا مسؤول تبعي عنه في حين نجد أنَ رجوع المتضرر على الصغير غير المميز بشكل مباشر غير ممكن لان مسؤوليته احتياطية لا يكون بإمكان المتضرر من الرجوع عليه الا في حال غياب الراعي أو تعذر استحصال التعويض منه استناداً لنص المادة (٣/١٧٣)مدني مصري. فالراعي مسؤول اصلي عن الصغير غير المميز في تعويض الضرر الحادث بفعله. وأنَ تحقق أي من هذه الحالات يجعل من الصغير غير المميز المسؤول المباشر عن دفع التعويض.[٩١] وفي القانون المدني الفرنسي فأن للمتضرر الرجوع على الصغير مباشرةً في المطالبة بالتعويض سواء كان الصغير مميزاً أو غير مميز استناداً لنص المادة(١٢٤٠) مدني فرنسي حيث يكفي أنَ يكون فعله قد ترتب عليه ضرراً وأن كان غير مدرك لخطأ ما أرتكبه.[٩٢] نخلص من خلال ما تقدم أنَ المقصود بالتعويض المباشر من مال الصغير هو تعويض منفرد يرجع فيه المتضرر مباشرةً على ذمة الصغير مطالباً إياه بالتعويض دون أن تتوسط ذمة الراعي بينهما. ويحدث ذلك في عدة فروض يمكن أنَ نبين كل منها وفق الآتي :

اولاً / عدم وجود من يسأل عن الصغير:

إنَّ الغالب الاعم وجود من يتولى الرعاية والرقابة على الصغير الا أنه ليس ثمة ما يستحيل معه تحقق بعض الفروض التي لا يوجد فيها من يكون مسؤولاً عنه. وذلك لعدم وجود من ينطبق عليه واجب القيام بالرقابة قانوناً أو بمقتضى الاتفاق. وإذا كان هذا الفرض نادر الوقوع ولكنه قد يتحقق بالنسبة لبعض الصغار اليتامى الذين لا مسؤول عنهم.[٩٣] كما يمكن أنَ يتحقق في حال أنفصال الصغير لسبب قانوني أو شرعي عن الراعي فلا تقوم مسؤولية الاب أو الجد في مثل هذه الحالة.[٩٤] وبالإضافة إلى الغياب الحقيقي للراعي السابق الاشارة إليه. قد يكون غيابه حكمياً وذلك في فرض كونه موجوداً ومكلفاً بواجب الرقابة والرعاية على الصغير ولكنه نجح في نفي المسؤولية عنه لما له من حق في ذلك قانوناً. مثال ذلك دخول الصغير برفقة أبيه أو جده دار شخص بأذن منه وكان الاب أو الجد يبذل العناية المعتادة في الرقابة عليه وبالرغم من ذلك أحدث الصغير ما يضر بمال في دار الغير. فأن الراعي يتخلص من المسؤولية ومن ثم التعويض إذا أثبت تمام القيام بواجبه وإنقطاع علاقة الرقابة بوقوع الضرر. ويقاس ذلك على سائر القصر الذين هم تحت ولاية أحد.[٩٥] ففي الفرض الذي يكون فيه محدث الضرر صغيراً. وأستطاع المسؤول عنه(الأب أو الجد) دفع مسؤوليته بالرقابة عن الصغير فيكون رجوع المتضرر على الصغير بشكل مباشر مطالباً له بالتعويض منفرداً وحالاً من ماله وأساسه القانوني في ذلك الرجوع هو نص المادة(١/١٩١) من القانون المدني العراقي التي تقيم مسؤولية الصغير المميز وغير المميز بشكل اصلي. ولكن يلاحظ أنه في حال دفع

الراعي لمسؤوليته ورجوع المتضرر على الصغير غير المميز وتعذر حصوله على التعويض منه لإعساره، فأنه يجوز للمحكمة أن تلزم كل من الولي(الاب أو الجد) أو الوصي أو القيم على الصغير غير المميز بأداء مبلغ التعويض مع منحهم الحق في الرجوع على محدث الضرر (الصغير غير المميز ومن في حكمه) عند يساره استناداً إلى نص المادة(١٩١/ف٢) من القانون المدني العراقي أي أن الرجوع وفقاً لتلك الفقرة لا يكون الا إذا كان من وقع الضرر بفعله صغير غير مميز أو من في حكمه، وتعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر، وتحقق قناعة المحكمة بذلك لان المسألة جوازية لها الحكم بذلك أو لا وحسب وقائع القضية المعروضة او في حال عدم نفي الراعي لمسؤوليته بنص المادة(٢١٨) مدني عراقي.(٩٦)

ثانياً: تعذر الحصول على التعويض من المسؤول:

قلنا سابقاً أنّ المسؤول عن الصغير بنص المادة(٢١٨) مدني عراقي مسؤول مسؤولية اصلية عن تعويض الضرر الحاصل بفعل الصغير، مما يمنح للمتضرر أمكانية الرجوع عليه في المطالبة بالتعويض إلى جانب حقه في مطالبة الصغير بذلك، وإذا كان الغالب رجوع المتضرر على الراعي كونه أكثر اقتداراً من الصغير، فأن هذا الرجوع قد يتعذر عليه في مطالبته للمسؤول الذي لم يفلح في دفع مسؤوليته عن الصغير، وذلك في فرض عجز المسؤول(الاب أو الجد) عن دفع التعويض للمتضرر عند رجوعه عليه مما يجعل منه مضطراً إلى الرجوع على الصغير بشكل مباشر استناداً إلى نص المادة(١٩١/١) من القانون المدني العراقي، هذا وإذا كان محدث الضرر صغيراً غير مميز وليس لديه أموال حال الرجوع عليه، فأنه يجوز للمحكمة أن تلزم المسؤول عنه بنص المادة(١٩١/٢) بدفع التعويض كما بينا ذلك سابقاً.(٩٧)

الفرع الثاني: التعويض غير المباشر من مال الصغير

إنّ المسؤولية القائمة على خطأ مفترض من جانب الراعي تجعل منه مسؤولاً عن تعويض الضرر الحاصل بفعل الصغير، وأن كانت قابلة لأثبات العكس، حيث أن الفعل الضار الصادر منه لا يعدو أن يكون أمتداد لخطأه في القيام بواجبه بالرقابة عليه أو الاهمال لتلك الرقابة.(٩٨) ومتى كان وقوع الضرر يمثل نتيجة للخطأ المفترض في جانب المسؤول عن الصغير فأنه يبرر القول بمسؤولية الراعي الاصلية عن تعويض الضرر، ومن ثم يكون للمتضرر الحق في الرجوع عليه بدايةً وهذا الغالب كونه أكثر اقتداراً من الصغير مالياً، ويكفل حقه في الرجوع نص القانون الذي إلزام الراعي بأداء التعويض بالمادة(٢١٨/١)مدني عراقي الذي يعتبر تعويض غير مباشر للمتضرر بدليل أنّ القانون قد جعل من مسؤولية الصغير مميزاً كان أو غير مميز مسؤولية اصلية عن ضرر فعله الشخصي وما تقرير مسؤولية الراعي (الأب أو الجد).الا لمنح المتضرر طريقاً أخر لاستحصال التعويض كما يؤكد ذلك نص المادة (٢٢٠) من القانون المدني العراقي،(٩٩) التي كفلت للراعي حق الرجوع على الصغير في حال رجوع المتضرر عليه واداءه التعويض، حيث تتوسط ذمة الراعي بين كل من المتضرر والصغير فيؤدي التعويض عن الصغير مع ضمان حقه قانوناً في استحصال ما أداه برجوعه على الصغير، ويتحقق التعويض غير

المباشر في فرض عدم قدرة الراعي(الاب أو الجد) على دفع مسؤوليته عن الصغير بثبوت الاخلال والتقصير من جانبه وعدم قدرته على اثبات عكسه، فتنهض مسؤوليته إلى جانب مسؤولية الصغير وهذه المسؤولية من قبيل المسؤولية عن فعل الغير التي تقام على اساس خطأ مفترض من جانبه في رعاية ورقابة الصغير كما بينا ذلك سابقاً فهي ليست بمسؤولية تبعية.[١٠٠] فيكون المسؤول بالرعاية والرقابة ملزم بتعويض الضرر الذي أحدثه المشمول بها فيكون للمتضرر حق الرجوع على الصغير بالتعويض المنفرد ولكن بشكل غير مباشر، من خلال تحميل ذمة الراعي (الاب أو الجد) عبء الالتزام بتعويض الضرر الذي احدثه الصغير وفقاً لنص المادة(١/٢١٨) من القانون المدني العراقي،[١٠١] المقررة لمسؤولية الاب ثم الجد عن الضرر الذي يحدثه الصغير فهي مسؤولية اصلية وردت بصورة مطلقة تشمل تعويض ضرر الصغير المميز وغير المميز.[١٠٢] ولا يقتصر تعويض راعي الصغير على الاتلاف المالي وإنما يمتد ليشمل تعويض ضرر الانفس حيث أنَ المسؤولية وفق نص المادة(٢١٨) مدني عراقي شاملة لجميع الاضرار التي يلحقها الصغير بالغير، لا تقتصر على جانب معين من الاضرار كما هو حال المادة(١٩١) التي تقتصر على حالة اتلاف الصغير لأموال الغير بل يشمل نص المادة(٢١٨)مدني عراقي،[١٠٣] جميع الاضرار ومهما كانت طبيعتها سواء كانت تلك الاضرار مادية أو أدبية وسواء وقعت على الاشخاص أو الاموال.[١٠٤] وفي كل الاحوال يكون للراعي (الأب أو الجد)،المقررة مسؤوليتهم بنص المادة(٢١٨)مدني عراقي الرجوع على الصغير سواء كان صغيراً مميزاً أو غير مميز بما ضمنه للمتضرر استناداً لنص المادة(٢٢٠)من القانون المدني العراقي،[١٠٥] في حين أنَ رجوع الولي أو القيم أو الوصي على الصغير غير المميز ومن في حكمه يكون بمقتضى العبارة الاخيرة من الفقرة الثانية من نص المادة (١٩١) مدني عراقي والتي جاء فيها (...جاز للمحكمة أنَ تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر).ويبدو ان المشرع العراقي ساوى بين الصغير المميز وغير المميز بنص المادة(٢٢٠) من القانون المدني العراقي، غير انه يلاحظ عليه أطلاقه حق الرجوع للراعي على الخاضع للرقابة بما ضمنه للمتضرر دون ضابط أو معيار عام يحكم الموضوع، مثلاً لنقول(معيار خطأ الراعي من عدمه) الذي يمكن أن نطبقه على الحالتين ففي حالة ثبوت خطأ الراعي بتقصيره وأهماله بواجب الرقابة فلا يحق له الرجوع على الصغير بكل التعويض، لأنه مسؤول بناءً على خطأ مفترض ثبت ولم يستطع نفيه وأن السماح له بالرجوع أمر ينطوي على معنى عدم مؤاخذة الراعي بخطئه في بذل عنايته للصغير وفي ذلك مخالفة صريحة لحكم القواعد العامة، ومن ثم لابد من مشاركته في تحمل التعويض وبنسبة خطأه إذا لم يكن بمقدوره دفع المسؤولية عنه، أما في حالة عدم ثبوت خطأ الراعي وبكلمات أخرى عدم أخلاله بواجب الرقابة فأنه لا يسأل مسؤولية اصلية عن تعويض الفعل الضار الصادر من الصغير وإنما مسؤولية تبعية فإذا دفع التعويض للمتضرر جاز له الرجوع بما ضمنه على المشمول بالرقابة سواء كان صغيراً مميزاً أو غير مميز، وأمام ما تقدم يقترح الباحث تعديل نص المادة (٢٢٠) مدني عراقي ليكون

كالاتي (للمسؤول عن فعل الغير حق الرجوع بما ضمنه الا إذا ثبت تقصيره بواجب الرقابة اتجاه المشمول بها فيتحمل التعويض وبحسب نسبة أخلاله).

المطلب الثاني: التعويض المباشر وغير المباشر في الفقه الإسلامي

نعرض للدراسة في هذا المطلب بيان موقف الفقه الاسلامي من التعويض المباشر من مال الصغير في فرعٍ أول، والتعويض غير المباشر من ماله في فرعٍ ثاني ووفق الاتي:

الفرع الأول: التعويض المباشر من مال الصغير في الفقه الإسلامي

أن الفقه الاسلامي بمذاهبه المتعددة يفصح عن عدة أراء في مسألة تحمل ذمة الصغير التعويض بشكل مباشر عن أضرار أفعاله الشخصية ويمكن إبرازها في ثلاثة أتجاهات:

أولاً/ الأتجاه الأول:-

يذهب هذا الاتجاه إلى عدم وجوب الضمان على الصغير سواء كان الضرر حالا بنفس المضرور أو بجسمه أو واقعاً على ماله ويمثل هذا الاتجاه جانب من الفقه المالكي،[١٠٦] حيث يستند هذا الاتجاه على حجة متمثلة في أن الصغير غير مسؤول وينزل منزلة الحيوان في عدم المسؤولية عن فعله وذلك من وجهة النظر التي ترى أن كل منهما غير عاقل لعدم فهمه الخطاب الشرعي.[١٠٧]

ثانياً /الأتجاه الثاني :-

يرى هذا الاتجاه ضرورة التفرقة بين الاضرار التي تقع على نفس أو جسم الانسان وبين تلك التي تقع على ماله؛ إذ تلتزم ذمة الصغير بضمان الاضرار الاخيرة دون الاولى، ويمثل هذا الاتجاه الفقه الظاهري وحجته في ذلك تتمثل في القول إذا كانت حرمة الدم قائمة لا تباح الا بنص فأن حرمة المال قائمة كذلك لا تباح الا بنص، ولما كان القول بضمان الاضرار التي تحيق بالنفس أو بجسم الغير قد خلا من سند شرعي يشهد وجوبه، فأن التعويض عن الضرر في هذه الحالة حراماً كحرمة أهدار الدم دون نص يجيزه؛ إذ لا فرق بينهما وذلك أعمالاً للمبدأ العام في قول الرسول (صلى اللّه عليه واله وسلم):(أنَّ دمائكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام...).[١٠٨]

ثالثاً /الأتجاه الثالث :-

يرى هذا الاتجاه بوجوب ضمان كافة الاضرار التي تحدث بفعل الصغير، ومن ثم يلزم الصغير بالتعويض عنها سواء كان الضرر حالاً بنفس الغير أو بجسمه أو كان واقعاً على ماله، وهذا الرأي ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية،[١٠٩] والرأي الراجح لدى المالكية،[١١٠] وأجماع كل من الشافعية،[١١١] والحنابلة،[١١٢] والأمامية،[١١٣] مما يستتبع بطبيعة الحال وجوب تضمين الاضرار التي تنشأ عن الصغير لكونه أهلاً لخطاب الوضع، فضلاً عن صدور منه السبب (الاتلاف)الذي رتب الضرر المفضي إلى الضمان، لان الشريعة الاسلامية تجعل الضرر علةً وسبباً للتضمين فإذا وجدت العلة وجد المعلول، ولذا لزم ضمان من لا أدراك له من ماله وشغلت ذمته به دون أن تشتغل ذمته بالأداء والذي يجب في هذه الحالة على من له ولايةً عليه.[١١٤]

كما يذهب جمهور الفقهاء،[١١٥] بأن تقرير مسؤولية الصغير يكون بالشكل الذي تتحمل فيه ذمته وحدها مسؤولية التعويض كاملاً، حيث يستوي في ذلك مع البالغ

العاقل فيلزم الصغير بالضمان من ماله الخاص، وأنَ كان معسراً لا مال له، حيث يعتبر ديناً في ذمته لحين يساره، ولا ترتبط مسؤوليته عندهم بالمسؤول عنه بأي وجه من الوجوه، والذي يقتصر دوره في منح المضرور التعويض من مال الصغير بأعتباره المسؤول عنه، لان صحة الاداء مرتبطة بتوفر الاهلية ومادامت هذه الاهلية غير كاملة أو متوفرة لدى الصغير، فمن البديهي أنها تثبت للمسؤول عنه وهو الولي الذي قد يكون الاب أو غيره، وهذا ما قضت به مجلة الاحكام العدلية بنص المادة(٩١٦) والتي جاء فيها (إذا أتلف صبي مال غيره فيلزم بالضمان من ماله، وأن لم يكن له مال، ينتظر إلى حال يساره، ولا يضمن وليه).[١١٦] نستنتج بطبيعة الحال أنَ كل ما يحدث من أضرار من جانب الصغير وأن كان غير مميز توجب عليه الضمان مباشرةً من ماله ومنفرداً في ذلك، فلا مسؤولية على من يتولى الرعاية أو الرقابة عليه تطبيقاً لمبدأ تحمل التبعة حتى وأن كان الصغير معسراً غير قادراً على دفع التعويض فيتم منحه مهلة لحين توفر المال لديه وليس للمضرور حق الرجوع على وليه.

الفرع الثاني: التعويض غير المباشر من مال الصغير في الفقه الإسلامي

إنّ ما درج عليه الفقه الإسلامي هو استخدامه مصطلح الاتلاف بالنسبة للعمل غير المشروع الذي يقع من الصغير ومنه أخذت القوانين الوضعية هذه التسمية.[١١٧] والاتلاف موجب للضمان عند الفقهاء،[١١٨] فكل ما يصدر عن الصغير من فعل ضار محدثاً لضرر سواء كان الفعل المنشئ للضرر مادياً أو لا، أيجابيا كالأتلاف أو سلبياً كالامتناع ففي كلتا الحالتين يكون الفاعل ضامناً للضرر،[١١٩] ويبدو أن الاصل العام في الشريعة الاسلامية وبالإجماع هو ضمان الصغير لأضرار فعله بشكل مباشر من ذمته وذلك استناداً الى مبدأ تحمل التبعة الفردية التي تقوم عليها الشريعة الاسلامية مما يعني إنَّ مسؤولية الشخص عن عمل الغير الضار تخرج عن مأخذه، وأن أصول ذلك يرجع لقوله تعالى(وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى).[١٢٠] وقوله عز وجل (كُلُّ نفس بِمَا كَسبتْ رَهِينةٌ).[١٢١] ويعلل جانب من الفقه أقتصار ذلك على الصغير دون المسؤول عنه، بأن فقهاء الشريعة الاسلامية يسهلون قيام المسؤولية عن الفعل الشخصي في الاحوال التي يحدث فيها الضرر عن طريق المباشرة لا عن طريق التسبب فحسب، فلا يشترطون قيامها في هذه الاحوال حصول تعمد أو تعد لذا امكنهم تقرير مسؤولية الصغير إذا أتلف مال غيره وأن كان غير مميزاً.[١٢٢] وإذا كانت المسؤولية عن عمل الغير في القانون الوضعي تقوم على الخطأ المفترض فأن الفقه الاسلامي لا يقر مبدأ افتراض الخطأ مطلقاً سواء منه ما يقبل أثبات العكس وما لا يقبله، كما أنه لا يقيم المسؤولية على اساس الخطأ من ثم لا حاجة لافتراضه.[١٢٣] وإذا كانت المذاهب الاسلامية كما بينا سابقاً متفقة بالأجماع في التعويض المباشر للمتضرر من مال الصغير وذلك بتحميله عبء ذلك مباشرةً ومنفرداً من ماله، الا أنه يذهب أتجاه من الفقه الاسلامي إلى خلاف ذلك من خلال ربط مسؤولية الصغير ومسؤولية المسؤول عن رعايته ورقابته، فيحمل الاخير عبء أداء الضمان عن الصغير وقوله في ذلك إذا كان يجب ضمان الاضرار التي يحدثها الصغير الا أن التعويض

عنها لا يجب في ماله، وإنما في مال المسؤول عنه، أياً كان ويمثل هذا الاتجاه الرأي الراجح في فقه المذهب الإباضي،[١٢٤] الذي يرى أنَ المسؤول عن الصغير يتحمل واجب الرعاية والحفظ له وضمان ضرره، وأن كان له مال، ويذهب جانب من الفقه الاسلامي إلى منحى مشابه لذلك في أن عمومية القاعدة القاضية بتحمل الصغير وحدة مسؤولية التعويض بالإمكان تخصيصها بالحديث الشريف للرسول(صلى الله عليه واله وسلم)(كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته)،[١٢٥] ويسوق في سبيل دعم حجته ما أورده الفقه الاسلامي من أمثلة منها كما لو أنَ أباً أو معلماً أمر ولده الصغير أنَ يقتل شخصاً فقتله، فأن الاب يقتل دون ولده،[١٢٦] في حين يتجه جانب من الفقه الاسلامي إلى أنَ ضمان الولي عن الصغير يتقرر في بعض الحالات التي يكون فيها الولي قد صدر منه ما يوجب الضمان كتقصيره عمداً بواجبه في حفظ الصغير أو عندما يأمره بالقيام بالفعل أو تسليطه عليه أو أغراه بأتلاف مال الغير، حيث يعتبر المتسبب هنا كأنه المباشر للضرر، كما لو أمر الصغير بأتلاف مال غيره فأتلفه فهنا ضمن الصغير ورجع على الامر،[١٢٧] لان الولي أتى سبباً من الاسباب التي أدت إلى وقوع الضرر بفعل الصغير، كما لو كان الصغير مستخدماً لدى الولي في قيامه بالفعل،[١٢٨] كما يقول جانب من الفقه إلى أنَ الشريعة الاسلامية عرفت مسؤولية الاولياء وغيرهم من المكلفين بواجب الرقابة على الصغير بصورة استثنائية عن الاصل العام بدليل إقرار الشريعة الاسلامية دية الخطأ عن العاقلة والتي تشمل عند فرضها الاولياء وغيرهم،[١٢٩] وإنَّ ترتيب المسؤولية على ولي النفس كان يفسر بشكل ضمني باعتباره صاحب الحق بإجبار الصغير على الاقامة معه حتى بلوغه سن الاهلية فيكون خاضعاً لرقابته وسلطانه فإذا ما أرتكب الصغير لعمل غير مشروع تحت رقابة المسؤول فأن الولي يتعهد بالضمان بصورة ضمنية فتقوم المسؤولية على اساس هذا التعهد،[١٣٠] وأمام ما طرح من أراء يبدو أن الفقه الاسلامي أخذ بالمسؤولية عن فعل الغير في جناية الصغير على النفس دون الجناية التي تقع على المال، فإذا لم تكفي اموالهما فيصار إلى بيت المال ولا تتحمل ذمة الصغير التعويض الا في حال عدم كفاية أموال من سبق ذكرهم، في حين نجد أن هذا الفرض في تحمل الغير مسؤولية الضمان عن الصغير غير متحقق في الاتلاف الواقع من الصغير على اموال الاخرين، فيتحمل الضمان كاملاً ومن ماله كالبالغ العاقل فيلزم بإعادة الحال إلى ما كانت عليها قبل الاتلاف، ولا يلزم وليه أو عاقلته أو بيت المال بأي شيء، والسبب في ذلك أنَ التعويض عن النفس فيه من الجسامة، وأنَ مسألة حصره بالصغير وحده فيه أضرار به، لإيقاعه على جميع امواله مما يعرضه للفقر، عليه تمت الموازنة بين مصلحتين مصلحة الصغير ومصلحة المضرور من خلال أدخال الغير مع الصغير للنصرة والمساعدة ومراعاة جانب المتضرر في ايصال التعويض إليه خلافاً لما عليه الوضع في اتلاف الصغير لمال الغير الذي يكون التعويض فيه يسيراً في العادة فلا حاجة لتوزيعه مع الغير الأمر الذي يجعل منه مسؤولا عن الضمان بمفرده،[١٣١] نستنتج بطبيعة الحال إنَّ الفقه الاسلامي لا يحمل غير ذمة الصغير التعويض وبشكل مباشر ومنفرد من ماله عما لحق

الاخرين من ضرر جراء أتلافه لأموالهم من ثم لا يكون للمضرور الحق في الرجوع على أي من المسؤولين عن رقابة الصغير.

الخاتمة

نجملها بأهم ما وصلنا إليه من نتائج وتوصيات:

أولاً // الاستنتاجات :

١ – أن المشرع العراقي قد نص على المسؤولية التقصيرية للصغير بنص المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي وبصفة أصلية سواء كان مميزاً أو غير مميز عن تعويض أضرار فعله الواقعة على أموال الغير.

٢– أن التعويض المنفرد من مال الصغير يتحقق متى ما كان منصباً على ذمة الصغير مباشرةً أو على ذمة الراعي المسؤول عن رعايته بشكل غير مباشر إلى جانب تحقق كل من مسؤولية الصغير والراعي بأركانها وشروطها.

٣– أن نص المادة (١٨٦) مدني عراقي موجه إلى البالغ الرشيد والذي يشترط لتحقق مسؤوليته التعدي والأدراك ومن أجل توسيع دائرة التعويض جاء نص المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي مقرراً مسؤولية الصغير المميز و غير المميز والتي لا تتطلب تحقق الأدراك.

٤– أن أركان التعويض المنفرد من مال الصغير تتمثل في:

أ– خطأ الصغير التقصيري مع المراعاة لحالة الصغير غير المميز، والضرر الذي لحق بالمتضرر، والعلاقة السببية التي تقضي بأن الضرر الذي لحق المتضرر كان نتيجة لخطأ الصغير المميز أو الفعل الصادر من الصغير غير المميز.

ب– تحقق شروط مسؤولية الراعي المتمثلة بوجود الصغير في رعاية أو تحت رقابة الراعي وتحقق أخلاله بواجب الرقابة وعدم قدرته نفي مسؤوليته المبنية على الخطأ المفترض مع ملاحظة أن ما سبق الأشارة إليه، شروط وليست أركان في تقرير مسؤولية الصغير بالتعويض المنفرد، لأنه لو نجح الراعي في دفع مسؤوليته عمن تحت رعايته تبقى مسؤولية الصغير الأصلية بدلالة نص المادة (١/١٩١) من القانون المدني العراقي وما إلزام الراعي بدفع التعويض بشكل غير مباشر الا لضمان حصول المتضرر على حقه بالتعويض.

٦– أن أحكام التعويض المنفرد من مال الصغير تمكن المتضرر من الرجوع على الصغير وإستيفاء حقه مباشرة بالتعويض في الأحوال التالية :

أ– الرجوع على الصغير مميزاً كان أو غير مميز وإستيفاء التعويض من ماله مباشرةً، ويتحقق ذلك في حال يسار الذمة المالية للصغير أو عدم وجود راعي أو مسؤول عن رقابته أو في حال وجود المسؤول عن الرعاية الا أنه نجح في نفي المسؤولية عنه، أما بنفي الخطأ المفترض أو نفي العلاقة السببية أو في حال تعذر على الراعي دفع التعويض، فيكون للمتضرر في كل تلك الحالات السابقة مطالبة الصغير بالتعويض مباشرةً ومنفرداً من ماله، فإذا تعذر على المتضرر في حال رجوعه بشكل مباشر على الصغير إستيفاء التعويض، كما لو كان معسراً فأن بإمكان المتضرر الرجوع على الولي (الأب أو الجد) أو

القيم أو الوصي بالتعويض استناداً لنص المادة (٢/١٩١) مدني عراقي، بشرط أن يكون محدث الضرر صغيراً غير مميز أو من في حكمه، وحالة الرجوع هذا من قبل المتضرر توصف بأنها رجوع غير مباشر على مال الصغير، وذلك من خلال المسؤول عن رعايته لأن العبارات الأخيرة من الفقرة (٢) من المادة السابقة أجازت للراعي الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر، في حين أن هذا الحكم لا يشمل الصغير المميز، ومن ثم أن أعساره عند الرجوع عليه في الحالات السابقة لا يمكن المتضرر من إستيفاء التعويض منه الا عند يساره.

ب- إستيفاء التعويض من مال الصغير بشكل غير مباشر وذلك من خلال رجوع المتضرر على الراعي (الأب أو الجد) ومطالبته بالتعويض بالاستناد إلى تحقق مسؤوليته القائمة على الخطأ المفترض في أداء واجبه بالرعاية والرقابة على الصغير وعدم قدرته نفي مسؤوليته المفترضة بنص المادة (٢١٨) مدني عراقي، وهذا التعويض تعويض منفرد من مال الصغير بدلالة نص المادة (٢٢٠) مدني عراقي، التي منحت الراعي الحق في الرجوع على الصغير بما ضمنه للمتضرر.

٧- أن الفقه الإسلامي بمذاهبه المتعددة يقطع بالضمان المنفرد من مال الصغير فيقيم مسؤوليته الشخصية على أساس الضرر الحاصل جراء فعله دون الأخذ بنظر الأعتبار تحقق الخطأ من عدمه، كما أنه لا يعتد سوى بالمسؤولية الفردية وأن كل فرد مسؤول عن تبعة فعله، ويختلف في ذلك أتجاه يجعل من الراعي مسؤولاً عن دفع التعويض للمتضرر عن ضرر الصغير، لأن حكم الصغير عندهم كالدابة فلابد من حفظها ورعايتها من قبل الراعي مما يجعله ملزماً بالتعويض استناداً إلى هذا الواجب إذا ما قصر فيه ويمثل هذا الأتجاه مذهب الفقه الإباضي.

ثانياً // المقترحات :

١- نقترح على المشرع العراقي توحيد أحكام نص المادة (١/١٨٦) ونص المادة (١/١٩١) من القانون المدني العراقي بنص واحد ليكون النص كالآتي (إذا أتلف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسبباً يكون ضامناً، إذا كان في أحداثه الضرر قد تعمد أو تعدى، ويلزم الصبي مميزاً أو غير مميز أو من في حكمه بضمان ما أتلفه من ماله دون أشتراط التعمد أو التعدي من جانبه)، ليتضمن النص توحيداً لحكم الاتلاف الواقع على الغير من البالغ الرشيد والصغير.

٢- نقترح على المشرع العراقي إضافة نص تشريعي يتضمن الآتي (ضمان الصغير سواء كان مميزاً أو غير مميزا الأضرار التي تصيب نفس الغير وماله والتي حدثت نتيجة فعله) توحيداً لأحكام الضرر التي تصيب الغير بفعل الصغير والواقعة على الأنفس والاموال.

٣- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٢١٨) مدني عراقي ليكون بالشكل الآتي (يكون الأب أو الجد أو كل من له سيطرة فعلية بموجب القانون أو الأتفاق على من كان في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه للغير)، ليكون النص شاملاً لأشخاص أخرين غير الأب أو الجد ممن لهم حق

الرعاية والرقابة على الصغير قانوناً أو بموجب الاتفاق كالأم والوصي والمعلم في المدرسة والمشرف في الحرفة وغير هؤلاء ممن لهم سيطرة فعلية على الصغير. بالإضافة إلى شمول النص لحالات الرعاية الأخرى المتمثلة بالحالة العقلية والجسمية إلى جانب حالة القصر لضمان حصول المتضرر على حقه بالتعويض إذا ما وقع ضرر من هذه الفئة تحت رعاية ورقابة المسؤول عنهم.

٤- نقترح على المشرع العراقي إضافة فقرة لنص المادة (٢١٨) مدني عراقي تتضمن وبشكل صريح عدم أشتراط المساكنة من قبله لقيام مسؤولية الراعي ليكون النص كالآتي(ولا يشترط تحقق المساكنة لقيام مسؤولية من تم ذكرهم بالفقرة الأولى من هذه المادة عن تعويض ضرر الصغير). ليكون النص على ذلك تشريعياً قاطعاً لأي أجتهاد في تفسير النص يمكن أن يقود إلى تضارب الاحكام.

٥- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٢/١٩١) مدني عراقي ليكون كالآتي (وإذا تعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر أن كان صبياً مميزاً أو غير مميز أو من في حكمهما جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض على أن يكون له الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر). ليتضمن حكم النص شمول الصغير المميز ومن في حكمه لضمان حق المتضرر بالتعويض من خلال الرجوع على المسؤول عن رعايته إذا تعذر الحصول على التعويض من ماله لإعساره.

٦- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٢/٢١٨) مدني عراقي ليكون النص كالآتي (عدم أمكانية الأب أو الجد نفي المسؤولية الا بأثبات السبب الأجنبي) لحماية الغير من ضرر الصغير وضمان حصولهم على التعويض من المسؤول عن رعايته بعدم تمكينه من دفع مسؤوليته الا بأثبات السبب الأجنبي.

٧- نقترح على المشرع العراقي إلغاء نص المادة (٣/١٩١) مدني عراقي وذلك لعدم ضمانها لحق المتضرر في الحصول على تعويض كامل يتناسب مع حجم الضرر الذي أصابه. خاصة وأن المشرع العراقي قد نص على المسؤولية التقصيرية لكل من الصغير المميز وغير المميز ومن ثم فأنهما يتحملان ضمان تبعة فعلهما وبشكل كامل.

٨- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٢٢٠) مدني عراقي ليكون النص كالآتي (للمسؤول عن فعل الغير حق الرجوع بما ضمنه. الا إذا ثبت تقصيره بواجب الرقابة أتجاه المشمول بها فيتحمل التعويض وبحسب نسبة أخلاله) ليتضمن النص أعتماد معيار معين لرجوع الراعي على الصغير وعدم أغفال ثبوت خطأ الراعي في رعاية ورقابة المشمول بها.

المصادر

اولاً/ الكتب القانونية

١- د. أحمد سلمان شهيب السعداوي، د. جواد كاظم جواد سميسم، مصادر الالتزام، ط٢، منشورات زين الحقوقية، بيروت- لبنان،٢٠١٧م

٢- د. أحمد محمد علي داود، أحكام العقد في الفقه الاسلامي والقانون المدني، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان-الاردن،١٤٣٢هـ،٢٠١١م.

٣- د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ط١، دار الثقافة للنشر،عمان،١٤٣٠هـ،٢٠٠٩م.
٤- د. أنور الخطيب، الاهلية في الشرع الاسلامي والقوانين اللبنانية، ط١، المكتب التجاري للطباعة والنشر، بيروت،١٩٦٥م.
٥- د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن،٢٠٠٧م.
٦- د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، في مصادر الالتزام، ب ط، الدار الجامعية، مصر، بلا سنة طبع.
٧- د. جاسم لفته سلمان العبودي، المداخلات في أحداث الضرر تقصيراً، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي، ب ط، مكتبة الجيل العربي، العراق- الموصل،٢٠٠٥م.
٨- د. جلال علي العدوي، الموجز في مصادر الالتزام، دار المعارف، الاسكندرية، مصر،١٩٩٥م.
٩- د. جلال محمد ابراهيم، المسؤولية المدنية لعديمي التمييز، دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري والشريعة الاسلامية، ب ط، مكتبة العربي، القاهرة، بدون سنة طبع.
١٠- د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام،ج١، ط١، دار النهضة العربية،القاهرة،١٩٨١م.
١١- د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي والعراقي المقارن، ط١، مطبعة حداد، البصرة،١٩٦٨م.
١٢- د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني المسؤولية عن فعل الغير، ط١، دار وائل للنشر، عمان- الاردن،٢٠٠٦م.
١٣- د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الخطأ، ط١، دار وائل للنشر،عمان،٢٠٠٦م.
١٤- د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، أحكام الالتزام، أثبات الالتزام، مكتبة السنهوري، ب ط، دار الحرية، بغداد،١٣٢٦هـ-١٩٧٦م.
١٥- د. حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، ط ١، دار وائل للنشر، عمان – الاردن، ٢٠٠٢م.
١٦- د. حسين عامر، د. عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية،ط٢، دار المعارف، القاهرة،١٩٧٩م.
١٧- د. سليمان مرقس، موجز اصول الالتزامات، ب ط، مطبعة لجنة البيان العربي،القاهرة،١٩٦١م.
١٨- د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الأسكندرية،٢٠٠٩م.
١٩- د. السيد علي المغازي، د. محمد بدوي، دروس في القانون المدني، ط٢، مكتبة عبد الله وهبة للنشر، مصر،١٩٤٨م.

٢٠- د. شامل رشيد الشيخلي، عوارض الاهلية بين الشريعة والقانون، ط١، مطبعة العاني، بغداد،١٩٧٤م.
٢١- د. صلال حسين علي الجبوري، تعويض الضرر الادبي في المسؤولية المدنية، ط١، دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،٢٠١٤م.
٢٢- د. عبد الحميد الشورابي، عز الدين الدناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ط٥، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة طبع.
٢٣- د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ب ط، مطبعة نهضة مصر، القاهرة،١٩٥٣م.
٢٤- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام،ج١، المجلد٢، ط٣، نهضة مصر، القاهرة،٢٠١١م.
٢٥- د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز، ب ط، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٤م.
٢٦- د. عبد العزيز اللصاصمة، نظرية الالتزام، المسؤولية المدنية التقصيرية، الفعل الضار، ط١، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر، عمان- الاردن،٢٠٠٢م.
٢٧- د. عبد القادر الفار، د. بشار عدنان ملكاوي، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، ط٥، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن،١٤٣٥هـ،٢٠١٤م.
٢٨- د. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن،٢٠٠٥م.
٢٩- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الاول، مصادر الالتزام، ط٣، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد،١٣٨٩هـ،١٩٦٩م.
٣٠- د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام،ج١، مصادر الالتزام، ب ط، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي،١٩٨٠م.
٣١- د. عدنان ابراهيم السرحان، د. نوري حمد الخاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن،٢٠٠٨م.
٣٢- د. علي فيلالي، الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، ط٣، موفم للنشر والطباعة، الجزائر،٢٠١٤م.
٣٣- د. غني حسون طه، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام،ط١، مطبعة المعارف، بغداد،١٩٧١م.
٣٤- د. كاظم الربيعي، المختصر في مصادر وأحكام الالتزام، ط٢، مطبعة العسكريين، بغداد،٢٠١٢م.
٣٥- د. محمد أبراهيم بنداري، الوجيز في مصادر الالتزام، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة،١٤٣٥ه،٢٠١٤م.
٣٦- د. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، الفعل الضار، الفعل النافع، القانون، ط١، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بلا مكان طبع،٢٠٠٠م.

٣٧- د. محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن،١٩٩٩م.
٣٨- د. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، الجزء الاول في مصادر الالتزام، ط١ مطبعة العاني، بغداد،١٩٥٥م.
٣٩- د. محمود شاكر محمد العلاق، المسؤولية المدنية الناشئة عن الاعتداء على الحق في الخصوصية، ط١، دار الكتب والوثائق، بغداد،٢٠١٢م.
٤٠- د. مدحت محمد محمود عبد العال، نظرة تحليلية لأحكام المسؤولية عن الفعل الضار، ط١،المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة،٢٠١٠م.
٤١- مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،٢٠٠٤م.
٤٢- د.مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، ط١، مطبعة نوري،الإسكندرية،١٣٥٥هـ ،١٩٣٦م .
٤٣- د. منير القاضي، العمل غير المشروع في القانون المدني العراقي، ب ط، منشورات المجموعة الدائمة، مطبعة المعارف، بغداد،١٩٥٥م.
٤٤- د. منير القاضي، ملتقى البحرين، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، المجلد الاول الباب التمهيدي ونظرية الالتزام، مطبعة العاني، بغداد،١٩٥١م-١٩٥٢م.
٤٥- د. يعقوب بن محمد الحارثي، المسؤولية المدنية عن النشر الالكتروني، ط١، دار وائل للنشر، عمان، الاردن،٢٠١٥م.

ثانياً - كتب الفقه الإسلامي

١- أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهار الزركاشي، المنثور في القواعد الفقهية،ج٢، ط٢، وزارة الاوقاف الكويتية، ١٩٨٥م.
٢- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الاندلسي الشهير بأبن حزم الظاهري، المحلى في شرح المجلى بالحجج والاثار، تحقيق حسان عبد المنان، ج٢، ب ط، بيت الافكار الدولية، عمان - الاردن، بدون سنة طبع.
٣- أبو موفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامة الحنبلي، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، ج٢، ط١، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م.
٤- أبي اسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي،ج٥، تحقيق محمد الزحيلي، ط١، دار القلم، دمشق، دار الشامية، بيروت،١٤١٧هـ،١٩٩٦م.
٥- أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج٦، طبعة خاصة، دار عالم الكتب للطباعة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٣هـ ٢٠٠٣م.
٦- أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب الامام أبي حنيفة النعمان، تحقيق محمد احمد سراج، علي جمعة محمد، مجلد٢، ط١، دار السلام، القاهرة - مصر،١٤٢٠هـ،١٩٩٩م.

٧- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق عبد القادر شيبة الحمد، طبعة خاصة، مطبعة صاحب السمو الملكي، السعودية، بدون سنة طبع.
٨- بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني، عمدة القارئ شرح صحيح البخاري،ج١٦، ب ط، دار الفكر، بيروت، بدون سنة طبع .
٩- برهان الدين أبي الوفاء أبراهيم بن شمس الدين أبي عبد الله فرحون اليعمري المالكي، تبصرة الاحكام في أصول الاقضية ومناهج الاحكام،ج٢، تحقيق جمال مرعشلي، طبعة خاصة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، الرياض- المملكة العربية السعودية،١٤٢٣هـ،٢٠٠٣م.
١٠- تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي، منتهى الارادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات،ج١، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان،١٤٢١هـ،٢٠٠٠م.
١١- خليل بن أسحاق المالكي، مختصر العلامة الخليل، الطبعة الأخيرة، تحقيق أحمد نصر، دار الفكر للطباعة، بدون مكان طبع،١٤٠١هـ ،١٩٨١م.
١٢- زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الانصاري، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب مع الرسائل الذهبية في المسائل الدقيقة المنهجية، ج٢، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٨هـ، ١٩٩٨م.
١٣- شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، تحقيق محمد عليش، ب ط، دار أحياء الكتب العربية،١٩٨٧م.
١٤- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، المجلد الأول،ج١، ط١، دار أحياء التراث العربي، بيروت، لبنان ،١٩٥٣م.
١٥- علاء الدين أبي بكر بن مسعود بن احمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق، علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود،ج،ج٦،ج٧، ط٢، دار الكتب العالمية، بيروت- لبنان،١٤٢٤هـ،٢٠٠٣م.
١٦- د. علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ب ط، دار الفكر العربي، القاهرة،٢٠٠٠م.
١٧- محمد الامين بن محمد المختار الجكيني الشنقيطي، مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر، تحقيق بكر بن عبد الله أبو زيد، ط١، دار عالم الفوائد للنشر، مكة المكرمة،١٤٢٦هـ.
١٨- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي الشهير بأبن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، الجزء السابع، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية،١٤٢٣هـ،٢٠٠٣م.
١٩- محمد بن ابراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الاسلامي،ج٣، ط١، بدون دار نشر، بدون مكان طبع،١٤٣٠هـ،٢٠٠٩م.

٢٠- محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق ماجد الحموي، ط١، دار ابن حزم، بيروت- لبنان، ١٤٣٤هـ.٢٠١٣م.
٢١- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الاخيار، شرح منتقى الاخبار،ج٥، كتاب الصلح وأحكام الجوار، تحقيق محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، بدون سنة طبع.
٢٢- محمد بن يوسف أطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل،ج١٣، ط٢، مكتبة الارشاد، جدة، دار الفتح، بيروت،١٩٧٣.
٢٣- محمد جواد مغنية، فقه الامام جعفر الصادق عليه السلام، عرض واستدلال، ج٣، ج٤، ط٢، مؤسسة أنصاريان للطباعة والنشر، قم، جمهورية أيران الاسلامية، ١٤٢١هـ.

ثالثاً/ معاجم اللغة العربية والقواميس

١- أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ،ج٣، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بدون مكان نشر،٣٩٥هـ.
٢- أبي نضر اسماعيل بن حماد الجواهري، الصحاح، تحقيق محمد تامر، انس الشامي، زكريا جابر، ب ط، دار الحديث، القاهرة،١٤٣٠هـ.٢٠٠٩م.
٣- أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، تحقيق عبد العظيم الشناوي، ط٢، دار المعارف، مصر، بدون سنة طبع.
٤- أحمد رضا، معجم متن اللغة، مجلد ٣، دار مكتبة الحياة، بيروت- لبنان،١٣٧٨هـ.١٩٥٩م.
٥- علي بن محمد بن علي السيد الشريف الجرجاني الحنفي، التعريفات، تحقيق محمد على أبو العباس، ط١، دار الطلائع للنشر، القاهرة،٢٠١٣م.
٦- محمد بن مكرم بن علي جمال الدين أبن منظور الأفريقي، لسان العرب، ج٩، دار صادر، بيروت، لبنان،١٤١٤هـ .٢٠١٠م.

رابعاً/ الرسائل والإطاريح

١- جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد، كلية القانون والسياسة، صفر ١٣٩٩هـ، كانون الثاني ١٩٧٩م.
٢- سامي أبراهيم أحمد، مسؤولية الشخص عمن هم في رعايته، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد،١٩٨٣م.
٣- سيد أمين محمد، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، القاهرة،١٣٨٤هـ.١٩٦٤م.
٤- عدنان أحمد العصار، إتلافات القاصر في الشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير، مقدمة الى كلية الشريعة والقانون، الجامعة الاسلامية، غزة - فلسطين،٢٠١٦م.
٥- علي عبيد عودة، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وتطبيقاتها القضائية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد،١٩٧٧م.

٦- فخري رشيد مهنا، اساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز، دراسة مقارنة في الشريعة الاسلامية والقوانين الانكلوسكسونية والعربية، رسالة ماجستير، مطبعة الشعب، بغداد،١٩٧٤م.
٧- محمد فوزي فيض الله، المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، جامعة الازهر- كلية الشريعة، القاهرة،١٣٨٢هـ،١٩٦٢م.

خامساً/ القرارات القضائية

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم/٤٠٨٧/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٩/ ت/٤١١١ في٢٧/٣/٢٠١٩، قرار غير منشور.
٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٤٩٨/خصومة/٢٠١١ في ١٧/شوال/١٤٣٢ه الموافق ٢٠١١/٩/١٣م، منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى، على الموقع الالكتروني https://www.hjc.iq .

سادساً/ متون القوانين

١- القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤، طبعة دالوز لعام ٢٠٠٩، ترجمة كلية الحقوق بجامعة القديس يوسف، بيروت ، لبنان .
٢- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢.
٣- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٤- القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩.
٥- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٦- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .
٧ – قانون الأثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.
٨- قانون رعاية القاصرين رقم ٨٧ لسنة ١٩٨٠.

المصادر الفرنسية

A- Livres et articles juridiques:

1- Amelie Dionisi –Peyrusse , Droit civil tome ,les personnes, la famill, les biens, editions du CNFPT ,2007.
2- Celine Denis, Responsabilite civile du fait des choses, A jour en juillet,2019, consulter l'arret sur le lien suivant :http:// www.ooreka.fr.
3- Clémentine Joskin, La responsabilité du fait d'un enfant mineur Analyse comparative en droit belge et en droit français, Travail de fin d'études Master en droit à finalité spécialisée en social Année académique 2015-2016.
4- Conciergerie Juridique, Responsabitile des parent du fait de lenfant,7 December 2017.https://translate.google.com.
5- Jean Luc Fagnart, La responsabilité civile des parents, Bruxelles,J.P.P, 2006.
6- Patrice Jourdain, Les Principes de la responsabilite civile g eaition YL14,agrege des Facultes de droit prcfesseur a l Ecole de droit de l Universite Pantheon-Sorbonne (Pars l) DAloz,2014 .

B- Jurisprudence Francaise:

1- Cass. Civ. 2, 07 mars 2019 . https://juricaf.org .

2- Cass. Civ. 2, du 19 février 1997 . htpp:// www. Legifrance.fr.
3- Cass. Civ. 2, du 9 mars 2000. htpp:// www. Legifrance.fr.
4- Cass. Civ. du 9 mai 1984. htpp:// www. Legifrance.fr.
C- English Laws:
Children Act 16th November 1989.

الهوامش

(١) الخطأ لغةً: ضد الصواب، وهو أسم من (اخطأ) فهو مخطئ، أذا اراد الصواب فصار إلى غيره، وأن اراد غيره قيل تعمده، ويقال (أخطأ) في كل شيء عامداً كان أو غير عامد، وخطئ تعمد ما نُهي عنه، ينظر: احمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، تحقيق عبد العظيم الشناوي، ط٢، دار المعارف، مصر، بدون سنة طبع،ص١٧٤،ابي نضر اسماعيل بن حماد الجواهري، الصحاح، تحقيق محمد تامر، انس الشامي، زكريا جابر، ب ط، دار الحديث، القاهرة،١٤٣٠هـ،٢٠٠٩م،ص٣٢٧.

(٢) واذا كانت غالبية القوانين لم تعرف الخطأ كالقانون المدني العراقي والمصري والاردني واللبناني فأن من بين القوانين التي عرفت الخطأ مجلة الالتزامات والعقود المغربي في الفصل(٧٨) منه بأن الخطأ (هو ترك ما كان يجب فعله أو فعل ما كان يجب الامساك عنه وذلك من غير قصد لأحداث الضرر)، ومجلة الالتزامات والعقود التونسي بنص المادة (٢/٨٣)، موافق لها القانون المراكشي بنص المادة(٣/٧٨) بأن الخطأ (عبارة عن اهمال ما يجب أو اتيان ما يجب الامتناع عنه دون قصد الاضرار).

(٣) ينظر في تعريفات الخطأ: د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، أحكام الالتزام، أثبات الالتزام، مكتبة السنهوري، ب ط، دار الحرية، بغداد،١٣٢٦هـ،١٩٧٦م،ص٢٣١، د. احمد سلمان شهيب السعداوي، د. جواد كاظم جواد سميسم، مصادر الالتزام، ط٢، منشورات زين الحقوقية، بيروت- لبنان،٢٠١٧م،ص٢٨٥، د. صلال حسين علي الجبوري، تعويض الضرر الادبي في المسؤولية المدنية، ط١، دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،٢٠١٤م،ص٣٥.

(٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام،ج١، المجلد٢، ط٣، نهضة مصر، القاهرة،٢٠١١م،ص٧٧٨ وما بعدها، د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الخطأ، ط١، دار وائل للنشر،عمان،٢٠٠٦م،ص٧٩، د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام،ج١، مصادر الالتزام، ب ط، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي،١٩٨٠م،ص٢١٥.

(٥) يرتكز معيار تقدير السلوك على استبعاد المعيار الشخصي والاخذ بالمعيار الموضوعي مجرداً من الظروف الداخلية ومحاطاً بالظروف الخارجية ينظر: د. احمد سلمان شهيب السعداوي، د. جواد كاظم جواد سميسم، مصدر سابق،ص٢٨٦، د. حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، ط ١، دار وائل للنشر، عمان – الاردن، ٢٠٠٢م،ص٢٧١، د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج ١، مجلد ٢، مصدر نفسه، ص٧٧٩، د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الأسكندرية،٢٠٠٩م،ص٢٢٧.

(٦) نص المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها(١- اذا اتلف احد مال غيره أو انقص قيمته مباشرة أو تسبباً يكون ضامناً، اذا كان في احداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى).

(٧) ينظر نصوص المواد: (١٦٣) مدني المصري،(١٢٢) موجبات وعقود لبناني،(١٦٥) مدني سوري،(١٢٥) مدني جزائري، اما بالنسبة للقانون المدني العراقي فأنه نص على المسؤولية التقصيرية للصغير سواء كان مميزاً أو غير مميز بنص المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي دون اشتراط عنصر الادراك، موافق له نص المادة (٢٥٦) مدني الاردني،(٣٠٣) معاملات اماراتي،(٢٢٧) مدني كويتي.

(٨) التعدي: الظلم وعند الفقهاء المسلمين معنيين، الاول أعتداء على حق الغير، والثاني مجاوزة حق مشروع أو فعل غير مشروع بذاته، تجاوز فيه الشخص الحدود فعد متعدياً، فيكون مقياسه العمل غير المشروع دون الاعتداد بالقصد والادراك ينظر: د. مدحت محمد محمود عبد العال، نظرة تحليلية لأحكام المسؤولية عن الفعل الضار، ط١،المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة،٢٠١٠م،ص٤٢، يعقوب بن محمد الحارثي، المسؤولية المدنية عن النشر الالكتروني، ط١، دار وائل للنشر، عمان – الاردن،٢٠١٥م،ص٦٧.

(٩) لا يقتصر أنعدام التمييز على صغر السن بل يرجع لحالات أخرى سببها أفة عقلية دائمة كالجنون أو مؤقتة تذهب التمييز كالمسكرات للمزيد من التفصيل ينظر: د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن،٢٠٠٧م،ص٣١٢.

(١٠) ينظر: د. عدنان ابراهيم السرحان، د. نوري حمد الخاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن،٢٠٠٨م،ص٣٦١ومابعدها، د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، مصدر سابق،ص٧٩٧، د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق،ص٣٣٢ومابعدها، د. حسين عامر، د. عبد الرحيم عامر،المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية،ط٢، دار المعارف، القاهرة،١٩٧٩م،ص١٥٤، د. عبد المجيد الحكيم وأخرون، الوجيز، مصدر سابق،ص٢١٩.

(١١) نص المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها (١- إذا اتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان في ماله)، ينظر في ذات الاتجاه: نص المادة (٢٥٦) مدني اردني، نص المادة (٣٠٣) معاملات امارتي،(٢٢٧) مدني كويتي.

(١٢) ينظر : د. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، ط١، مطبعة نوري،الإسكندرية،١٣٥٥هـ ،١٩٣٦م،ص٨١، د. حسن علي الذنون، د. محمد سعيد الرحو، مصدر سابق، ص٢٧٣، د. أحمد سلمان شهيب السعداوي، د. جواد كاظم جواد سميسم، مصدر سابق،ص٢٩١، د. جاسم لفته سلمان العبودي، المداخلات في أحداث الضرر تقصيراً، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي، ب ط، مكتبة الجيل العربي، العراق- الموصل،٢٠٠٥م،ص١١ومابعدها.

(١٣) نص المادة (٢٠٢) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها(كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب أو أي نوع أخر من انواع الايذاء يلزم بالتعويضات من أحدث الضرر).

(١٤) فخري رشيد مهنا، اساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز، دراسة مقارنة في الشريعة الاسلامية والقوانين الانكلوسكسونية والعربية، رسالة ماجستير، مطبعة الشعب، بغداد،١٩٧٤م،ص٢٠١ومابعدها، د. عبد المجيد الحكيم وأخرون، الوجيز، مصدر سابق،ص٢١٩، محمود شاكر محمد العلاق، المسؤولية المدنية الناشئة عن الاعتداء على الحق في الخصوصية، ط١، دار الكتب والوثائق، بغداد،٢٠١٢م،ص١٤٧ومابعدها.

(١٥) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الاول، مصادر الالتزام، ط٣، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد،١٣٨٩هـ،١٩٦٩م، ص٥٧١، د. جاسم لفته سلمان العبودي، مصدر سابق،ص٣٦ومابعدها، محمود شاكر محمد العلاق، مصدر نفسه،ص٢٠١.

(١٦) نص المادة(٣/٤١٤) المعدلة بالمرسوم رقم (٣٠٨) لسنة ٢٠٠٧ والتي جاء فيها(كل من تسبب في ضرر لشخص أخر وهو تحت تأثير الاضطراب العقلي ملزم مع ذلك بجبر الضرر)، أدناه نصها باللغة الفرنسية:

Article 414-3 En savoir plus sur cet artice... Créé par loin 2007-308 du 5 mars 2007- art.7 JORF 7 mars 2007 ((Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à reparation)).

(17) Cour de cassation, Assemblée plénière, du 9 mai 1984. htpp:// www. Legifrance.fr. تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٩/١٦.

(18) Patrice Jourdain, Les Principes de la responsabilite civile g eaition YL14,agrege des Facultes de droit prcfesseur a l Ecole de droit de l Universite Pantheon-Sorbonne (Pars l) DAloz,2014, page 76.

ينظر في ذات الاتجاه : قرار محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية الثانية، في ٢٠ تشرين الاول /اكتوبر /٢٠٠٥ مشار اليه في القانون المدني الفرنسي باللغة العربية، طبعة دالوز لسنة ٢٠٠٩م،ص١٣٨٨.

(١٩) الضرر لغةً: أسم من الفعل (ضر) وهو خلاف النفع، وفي القرآن الكريم (مسني الضر) مراد منها المرض، والضرر أسم يطلق على نقص يدخل الاعيان ينظر: أحمد رضا، معجم متن اللغة، مجلد ٣، دار مكتبة الحياة، بيروت- لبنان،١٣٧٨هـ،١٩٥٩م،ص٥٤٣،أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، مصدر سابق،ص٣٦٠.

(٢٠) د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ط١، دار الثقافة للنشر،عمان،١٤٣٠ه،٢٠٠٩م،ص٢٨٣.

(٢١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط،ج١، مصدر سابق،ص٨٥٦.

(٢٢) جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد، كلية القانون والسياسة، صفر ١٣٩٩ه، كانون الثاني ١٩٧٩م،ص٣٥٤ومابعدها.

(٢٣) د. سليمان مرقس، موجز اصول الالتزامات، ب ط، مطبعة لجنة البيان العربي،القاهرة،١٩٦١م،ص٤٩٥.

(٢٤) ينظر نصوص المواد: نص المادة (١/٢٠٧) مدني عراقي،(١/٢٢١) مدني مصري،(٢٦٦) مدني اردني،(١٧٧) مدني بحريني،(٢٩٢) مدني اماراتي.

(٢٥) الضرر المباشر: هو ما كان نتيجة طبيعية للفعل فلم يكن بأستطاعة المتضرر أن يتوقاه ببذل جهد معقول، فتقوم العلاقة السببية بينه وبين الخطأ، في حين أن الضرر غير المباشر يقطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فلا تعويض عليه في نطاق المسؤولية المدنية لمزيد من التفصيل ينظر: د. أحمد سلمان شهيب السعداوي، د. جواد كاظم جواد سميسم، مصدر سابق،ص٢٨٢.

(٢٦) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط،ج١،مصدر سابق،ص٨٥٥.

(٢٧) إنّ الاتلاف في اللغة مصدره، أتلف يتلف اتلافاً، فالتاء واللام والفاء تعني ذهاب الشيء وزواله، والجمع متالف، والتلف يراد به الهلاك والعطب ويدخل في كل شيء، ويقال: أتلفه أي أفناه، والتلفة: الهضبة المنيعة التي يغشى من تعاطاها التلف ينظر: أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ،ج٣، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بدون مكان نشر،١٣٩٥هـ ،ص٣٥٣، محمد بن مكرم بن علي جمال الدين أبن منظور الأفريقي، لسان العرب، ج٩، دار صادر، بيروت، لبنان،١٤١٤هـ ،٢٠١٠م،ص١٨.

(٢٨) علاء الدين أبي بكر بن مسعود بن احمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج٧، تحقيق، علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط٢، دار الكتب العالمية، بيروت- لبنان،١٤٢٤هـ،٢٠٠٣م،ص١٦٤.

(٢٩) محمد بن ابراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الاسلامي،ج٣، ط١، بدون دار نشر، بدون مكان طبع،١٤٣٠هـ،٢٠٠٩م،ص٦٣٤.

(٣٠) د. عدنان أحمد العصار، إتلافات القاصر في الشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير، مقدمة الى كلية الشريعة والقانون، الجامعة الاسلامية، غزة - فلسطين،٢٠١٦م،ص١٢.

(٣١) ينظر في استخدام مصطلح الاتلاف: نص المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي موافق له القانون المدني الاردني بنص المادة (٢٧٨) والتي جاء فيها(إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله)، في حين لم يستخدم المشرع المصري مصطلح الاتلاف في تقرير مسؤولية الصغير بنص المادة (١٦٣) مدني مصري، موافق له نص المادة (١٢٢) موجبات وعقود لبناني.

(٣٢) نص المادة (٢٠٢) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها(كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب أو أي نوع أخر من أنواع الايذاء يلزم بالتعويضات من أحدث الضرر)، ونص المادة(٢٠٣) منه والتي جاء فيها(في حالة القتل وفي حالة الوفاة بسبب الجرح أو أي فعل ضار أخر يكون من احدث الضرر مسؤولا عن تعويض الاشخاص الذي كان يعيلهم المصاب وحرموا من الاعالة بسبب القتل والوفاة).

(٣٣) نص المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها(١- يتناول حق التعويض الضرر الادبي كذلك فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المعتدي مسؤولا عن التعويض).

(٣٤) نص المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها(كل تعد يصيب الغير بأي ضرر أخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض).

(35) Celine Denis, Responsabilite civile du fait des choses, A jour en juillet,2019, consulter l'arret sur le lien suivant :http:// www.ooreka.fr . تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٩/١٦ .

ينظر في ذات الاتجاه: قرار محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية الثانية، الصادر بتاريخ ٢٩ نيسان/ ابريل ١٩٩٧ مذكور في القانون المدني الفرنسي باللغة العربية، طبعة دالوز لسنة ٢٠٠٩م،ص١٤١٦.

(٣٦) د. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، الفعل الضار، الفعل النافع، القانون، ط١، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بلا مكان طبع،٢٠٠٠م،ص٩٨ومابعدها، د. عدنان ابراهيم السرحان، د. نوري حمد الخاطر، مصدر سابق، ص٤٢٥، د. حسن علي الذنون، د. محمد حسين الرحو، مصدر سابق،ص٢١١، د. كاظم الربيعي، المختصر في مصادر وأحكام الالتزام، ط٢، مطبعة العسكريين، بغداد،٢٠١٢م،ص٧٧.

(٣٧) د. أحمد سلمان شهيب السعداوي، د. جواد كاظم جواد سميسم، مصدر سابق،ص٣١٤، د. جلال علي العدوي، الموجز في مصادر الالتزام، دار المعارف، الاسكندرية، مصر،١٩٩٥م،ص٣٥٧ومابعدها.

(٣٨) ينظر: نص المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي، يقابلها نص المادة (١٦٥) من القانون المدني المصري، ونص المادة (٢٦١) من القانون المدني الاردني.

(٣٩) ينظر: د. امجد محمد منصور، مصدر سابق،ص٢٩٨.

(٤٠) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري،الوسيط،ج١، مصدر سابق،ص٩٠٩، د. امجد محمد منصور، مصدر سابق،ص٢٩٣.

(٤١) د. السيد علي المغازي، د. محمد بدوي، دروس في القانون المدني، ط٢، مكتبة عبد الله وهبة للنشر، مصر،١٩٤٨م،ص٢٧٣، د. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن،٢٠٠٥م،ص١٩٣.

(٤٢) د. مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،٢٠٠٤م،ص٣٩١ومابعدها، د. علي فيلالي، الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، ط٣، موفم للنشر والطباعة، الجزائر،٢٠١٤م، ص٩٤.

(٤٣) د. عبد العزيز اللصاصمة، نظرية الالتزام، المسؤولية المدنية التقصيرية، الفعل الضار، ط١، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر، عمان- الاردن،٢٠٠٢م،ص٢٢٢.

(٤٤) د. شامل رشيد الشيخلي، عوارض الاهلية بين الشريعة والقانون، ط١، مطبعة العاني، بغداد،١٩٧٤م،ص٣٣٧ومابعدها.

(٤٥) نص المادة (١٧٣) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها(١- كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصر، أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع، ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز)، موافق له نص المادة(١٧٤)مدني سوري، يقابلها نص المادة(١٢٦) موجبات وعقود لبناني والتي جاء فيها(الاصول والاوصياء مسؤولون عن كل عمل غير مباح يأتيه الاولاد القاصرون المقيمون معهم والخاضعون لسلطاتهم...والتبعة تلحق بالأشخاص المشار إليهم مالم يثبتوا إنه لم يكن في وسعهم منع الفعل الذي نشأت عنه وتبقى التبعة قائمة وأن كان فاعل الضرر غير مسؤول لعدم ادراكه)، مقابل لها نص المادة (٢٨٨) مدني أردني والتي جاء فيها(١- لا يسأل أحد عن فعل غيره، ومع ذلك فللمحكمة بناءً على طلب المضرور أذا رأت مبرراً أن تلزم بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر: أ- من وجبت عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية الا إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام هذا الواجب بما ينبغي من العناية ب- من كانت له على من وقع منه الاضرار سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه ولو لم يكن حراً في اختياره أذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها.٢- ولمن أدى الضمان أن يرجع بما دفع على المحكوم عليه به)، نص المادة (٣١٣) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي والتي جاء فيها (١-لا يسأل أحد عن فعل غيره، ومع ذلك للقاضي بناءً على طلب المضرور أذا رأى مبرراً أن يلزم أياً من الاتي ذكرهم حسب الاحوال بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر: أ- من وجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية الا أذا اثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام هذا الواجب بما ينبغي من العناية.٢- ولمن أدى الضمان أن يرجع بما دفع على المحكوم عليه به)،موافق له نص المادة(٢٣٨)مدني كويتي،(١٣٤)مدني جزائري،(٨٥)مدني مغربي،(١٧٠)مدني بحريني،(١٢٤٢)مدني فرنسي.

(٤٦) صادقت محكمة التمييز الاتحادية في قراراها المرقم/٤٠٨٧/هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٩/ت/٤١١١ في٢٠١٩/٣/٢٧على قرار محكمة الاحوال الشخصية في الكرادة بتاريخ ٢٠١٩/٢/٤ بخصوص طلب المدعية إيقاف الولاية الجبرية للاب على ابنتيها لكونه غائب منذ ٢٠١٥/٨/١٦ وبجهول محل الاقامة وتنصيبها وصية مؤقتة عليهما حيث جاء في قرار المصادقة ما يلي(لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم وجد أنه صحيح وموافق للشرع والقانون، للأسباب التي أستند إليها، لذا قرر تصديقه)،قرار غير منشور، ينظر كذلك: نص المادة(٥٧/ ف٤وف٥) من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

(٤٧) د. غني حسون طه، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام،ط١، مطبعة المعارف، بغداد،١٩٧١م،ص٤٩٢ومابعدها، د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، مصدر سابق،ص٥٦٨.

(٤٨) منير القاضي، ملتقى البحرين، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، المجلد الاول الباب التمهيدي ونظرية الالتزام، مطبعة العاني، بغداد،١٩٥١م-١٩٥٢م،ص٤٩٢، د.غني حسون طه، مصدر نفسه،ص٤٩٥.

(٤٩) د. غني حسون طه، مصدر سابق،ص٤٩٧.

(٥٠) عرف القانون المدني الفرنسي السلطة الابوية بنص المادة (١/٣٧١) والتي تم تعديلها بموجب القانون ٧٢١- ٢٠١٩ المؤرخ في ١٠ يوليو٢٠١٩ بأنها: (مجموعة من الحقوق والواجبات التي تهدف إلى تحقيق المصالح الفضلى للطفل)، أدناه نص المادة باللغة الفرنسية:

Article (371-1) Modifié par LOI n°2019-721 du 10 juillet 2019 - art. 1: (L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant),

أما القانون الانكليزي فقد عرف السلطة الابوية بنص المادة(١/٣) من قانون الاطفال الانكليزي لسنة ١٩٨٩ المعدل بأنها(جميع الحقوق والواجبات والسلطات والمسؤوليات التي يتمتع بها والدا الطفل بموجب القانون فيما يتعلق بالطفل وممتلكاته)، أدناه نص المادة باللغة الانكليزية:

Article (3/1) From Children Act 1989 Chapter 41 (In this Act "parental responsibility means all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property).

(51) Article 1242 alinéa 4 du Code civil dispose que (le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux).

(52) Amelie Dionisi - Peyrusse, Droit civil tome,les personnes, la famill, les biens, editions du CNFPT,2007, P 138.

(٥٣) تعرف المساكنة بأنها (الاقامة مع الاب والام، أو التعايش مع الطفل وقت الاصابة او بشكل عام) لمزيد من التفصيل ينظر: Conciergerie Juridique, Responsabitile des parent du fait de lenfant, 7 December 2017.https://translate.google.com.

تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٩/١٦

(54) Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 9 mars 2000. htpp:// www. Legifrance.fr.

تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٩/١٦.

(55) Amelie Dionisi - Peyrusse, Op. Cit, P. 139 .

(٥٦) ينظر نصوص المواد: (٢١٨) مدني عراقي، نص المادة (١٧٣) مدني مصري،(٢٢٨) مدني اردني،(١٢٦) موجبات وعقود لبناني،(١٧٤) مدني سوري،(٣١٣) معاملات اماراتي،(٢٣٨) مدني كويتي،(١٣٤) مدني جزائري،(٨٥) مدني مغربي،(١٧٠) مدني بحريني،(١٢٤٢) مدني فرنسي.

(٥٧) نص المادة (٢٧) من قانون رعاية القاصرين والتي جاء فيها (ولي الصغير أبوه ثم المحكمة).

(٥٨) د. علي عبد الرزاق حمود السامرائي، أحكام الصغير في الشريعة الاسلامية والقانون، ط١، دار وارث، كربلاء، العراق،٢٠١٤م،ص٣٨٦،كذلك ينظر: نص المادة (٣٤) من قانون رعاية القاصرين العراقي.

(٥٩) ينظر في أراء الفقهاء المسلمون في ولاية الجد على الصغير: د. علي عبد الرزاق حمود السامرائي، مصدر نفسه،ص٣٩٤.

(٦٠) د. فخري رشيد مهنا، مصدر سابق، ص١٠٧.

(٦١) د. أحمد شريف احمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، ط١، دار الثقافة، عمان- الاردن،١٩٩٩م،ص٦٩، د. منير القاضي، محاضرات في القانون المدني، القيت في معهد الدراسات العليا التابع لجامعة الدول العربية بالقاهرة، مطبعة دار المعرفة، بغداد،١٩٥٤م،ص٤٢ومابعدها، د. يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، ط١، دار المسيرة،الاردن،١٤٣٠ه،٢٠٠٩م،ص٣٥٢ومابعدها.

(٦٢) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط،ج١، مصدر سابق،ص١١٣٦، د. عبد المجيد الحكيم وأخرون، مصدر سابق،ص٢٢٧، د. أنور سلطان، مصدر سابق،ص٣٦٤.

(٦٣) د. سليمان مرقس، مسؤولية الراعي المفترضة عن فعل المرعي، ب ط، معهد البحوث والدراسات العربية، بدون مكان طبع، ١٩٦٨م،ص٢٣٥، د. محمد محي الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول مصادر الالتزام، ط٧،، منشورات جامعة دمشق، دمشق،١٤١٣ه،١٩٩٣م،ص١٢١ومابعدها.

(٦٤) الخطأ في التربية هو خطأ في تربية الصغير وتعليمه السلوك الحسن منذ ولادته وإلى وقت أرتكابه الفعل الضار، أما الخطأ في الرقابة فهو عدم مراقبة الصغير ومنعه من إيقاع الضرر وقت حدوثه ينظر: سامي أبراهيم أحمد، مسؤولية الشخص عمن هم في رعايته، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد،١٩٨٣م،ص٥٢٢.

(٦٥) نص المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها(١- إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله ٢- واذا تعذر الحصول على التعويض من اموال من وقع منه الضرر أن كان صبياً غير مميز أو مجنون جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم او الوصي بمبلغ التعويض على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر).

(٦٦) د. غني حسون طه، مصدر سابق،ص٤٩٨، فخري رشيد مهنا، مصدر سابق،ص٢١٨.

(٦٧) د. صلاح الدين الناهي، الخلاصة الوافية في القانون المدني(مبادئ الالتزامات)، ط١،، مطبعة سلمان الاعظمي، بغداد،١٣٨٨ه،١٩٦٨م،ص١٩٩.

(٦٨) نص المادة (١٠٠) من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ والتي جاء فيها(يجوز نقض القرينة القانونية بالدليل العكسي مالم ينص القانون على غير ذلك).

(٦٩) ينظر: نص المادة(٢/٢١٨) من القانون المدني العراقي، موافق له نص المادة(٣/١٧٣) مدني مصري،(٢٨٨) مدني اردني،(١٢٦) موجبات وعقود لبناني،(١٢٤٢) مدني فرنسي.

(٧٠) د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، في مصادر الالتزام، ب ط، الدار الجامعية، مصر، بلا سنة طبع،ص٤٠٦.

(٧١) ينظر: د. سليمان مرقس، مسؤولية الراعي المفترضة عن فعل المراعي، مصدر سابق،ص١٠٢، سامي أبراهيم أحمد، مصدر سابق،ص٦١٠.

(٧٢) نص المادة(٢١٨) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها(٢- ويستطيع الاب أو الجد أن يتخلص من المسؤولية إذا اثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لابد واقعاً حتى لو قام هذا الواجب)، موافق له نص المادة(١/٢٨٨) من القانون المدني الاردني والتي جاء فيها(الا إذا اثبت إنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام هذا الواجب بما ينبغي من العناية)، موافق له نص المادة (١٢٦) من قانون الموجبات والعقود اللبناني والتي جاء فيها(والتبعة تلحق بالأشخاص المشار إليهم مالم يثبتوا انه لم يكن في وسعهم منع الفعل الذي نشأت عنه)، نص المادة(٣/١٧٣) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها(ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أثبت أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام هذا الواجب بما ينبغي من العناية).

(73) Articl 1242 alinéa 7 : (La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité).

(74) Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 19 février 1997 . htpp:// www. Legifrance.fr.
تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٩/١٦ .

(75) Jean Luc Fagnart, La responsabilité civile des parents, Bruxelles,J.P.P, 2006, p. 6.

(٧٦) ينظر: د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط،ج١، مصدر سابق،ص١١٣٨.

(٧٧) ينظر في ذات الاتجاه: نص المادة (٣/١٧٣) من القانون المدني المصري، ونص المادة(١/٢٨٨) مدني أردني، ونص المادة(١٢٦) موجبات وعقود لبناني، ونص المادة(٧/١٢٤٢) مدني فرنسي.

(٧٨) ينظر: علي عبيد عودة، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وتطبيقاتها القضائية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد،١٩٧٧م،ص٨٠.

(٧٩) أخذ المشرع العراقي مصطلح أفة سماوية من الفقه الاسلامي وأستعمله بجانب القوة القاهرة والحادث الفجائي وماهو في الحقيقة الا قوة قاهرة مثال على ذلك الامطار والبراكين والسيول والزلازل ينظر: د. عبد المجيد الحكيم وأخرون، مصدر سابق،ص٥٣٨.

(٨٠) د. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، الجزء الاول في مصادر الالتزام، ط١ مطبعة العاني، بغداد،١٩٥٥م، ٤٢٤ومابعدها.

(٨١) الركن لغةً: هو ما يقوم به الشيء ويستند إليه بأعتباره جزء من أجزاء حقيقة الشيء وجانبه الاقوى، أما اصطلاحاً فأن الركن هو ما لا وجود لذلك الشيء الا به، ينظر في مفهوم الركن: علي بن محمد بن علي السيد الشريف الجرجاني الحنفي، التعريفات، تحقيق محمد على أبو العباس، ط١، دار الطلائع للنشر، القاهرة،٢٠١٣م،ص١١٢، د. أحمد محمد علي داوود، أحكام العقد في الفقه الاسلامي والقانون المدني، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن،١٤٣٢هـ،٢٠١١م،ص٦، أما الشرط: فهو العلامة في اللغة، وفي الاصطلاح: هو مالا يلزم من وجوده لذاته وجود ولا عدم، ولكنه يلزم من عدمه عدم المشروط ينظر: محمد الامين بن محمد المختار الجكيني الشنقيطي، مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر، تحقيق بكر بن عبد الله أبو زيد، ط١، دار عالم الفوائد للنشر، مكة المكرمة،١٤٢٦هـ،ص٦١.

(٨٢) نص المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي (إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان في ماله).

(٨٣) ينظر: د.حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني المسؤولية عن فعل الغير، ط١، دار وائل للنشر، عمان- الاردن،٢٠٠٦م،ص١٥٢.

(٨٤)نص المادة (٢/١٩١) من القانون المدني العراقي (إذا تعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر أن كان صبياً غير مميز أو مجنون جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر)،يوافق ذلك نص المادة(١٦٣) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها(١- كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ٢- ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هنالك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعياً في ذلك مركز الخصوم)، موافق له نص المادة (١٢٢) من قانون الموجبات والعقود اللبناني والتي جاء فيها(وفاقد الاهلية مسؤول عن الأعمال غير المباحة التي يأتيها عن إدراك، وإذا صدرت الأضرار عن شخص غير مميز ولم يستطع المتضرر أن يحصل على التعويض ممن نيط به أمر المحافظة على ذلك الشخص، فيحق للقاضي مع مراعاة حالة الفريقين، أن يحكم على فاعل الضرر بتعويض عادل)، موافق له نص المادة (٢٥٦)

القانون المدني الأردني والتي جاء فيها(كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر)،ونص المادة (٢٨٨) منه التي جعلت مسؤولية الراعي مسؤولية احتياطية تبعية عن ضرر الصغير.

(٨٥) نص المادة (١/٢١٨) من القانون المدني العراقي(يكون الاب والجد ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير).

(٨٦) د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني المسؤولية عن فعل الغير، مصدر سابق،ص١٥٣.

(٨٧) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٤٩٨/خصومة/٢٠١١ في ١٧/شوال/١٤٣٢هـ الموافق ٢٠١١/٩/١٣م، منشور على الموقع الالكتروني https://www.hjc.iq تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٩/١٦.

(٨٨)نص المادة (٣/١٩١) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها (عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لابد للمحكمة أن تراعي في ذلك مركز الخصوم)، موافق له نص المادة(٢/١٦٣) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها(ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هنالك من هو مسؤول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعياً مركز الخصوم)، موافق له نص المادة (١٢٢) موجبات وعقود لبناني والتي جاء فيها(فيحق للقاضي مع مراعاة حالة الفريقين، أن يحكم على فاعل الضرر بتعويض عادل)،لا يوجد لها نص مقابل في القانون المدني الاردني، أما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي فليس فيه نص يخفف من مقدار التعويض الذي يتحمله الصغير، ولكن ليس هنالك مانع من ذلك إذا رأت المحكمة وجود مبرراً لذلك كما لو كان التخفيف أو عدم الحكم بالتعويض من شأنه أن يترك للصغير ما يمكنه من العيش وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرار لها منشور باللغة الفرنسية على الموقع الإلكتروني أدناه:

Cass. Civ. 2, 07 mars 2019 . https://juricaf.org .

تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٩/١٦.

(٨٩) وإذا كان التعويض العادل هو التعويض المساوي للضرر فأن مراعاة المحكمة لمركز الخصوم عند تقديره يجعل منه تعويضاً أقل من التعويض المقدر وفقاً للقواعد العامة ينظر : د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام،ج١، ط١، دار النهضة العربية،القاهرة،١٩٨١م،ص٤٤٨.

(٩٠) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط،ج١، مصدر سابق،ص٥٠٨، فخري رشيد مهنا، مصدر سابق،ص٢١٠.

(٩١) د. سليمان مرقس، مسؤولية الراعي المفترضة عن فعل المرعي، مصدر سابق، ص٢٤١ومابعدها.

(92) Clémentine Joskin, La responsabilité du fait d'un enfant mineur Analyse comparative en droit belge et en droit français, Travail de fin d'études Master en droit à finalité spécialisée en social Année académique 2015-2016, p. 28 .

(٩٣) د.عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز، ب ط، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٤م،ص١١٥، د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ب ط، مطبعة نهضة مصر، القاهرة،١٩٥٣م،ص٥١٤.

(٩٤) فخري رشيد مهنا، مصدر سابق،ص١٤٩.

(٩٥) د. منير القاضي، العمل غير المشروع في القانون المدني العراقي، ب ط، منشورات المجموعة الدائمة، مطبعة المعارف، بغداد،١٩٥٥م،ص٤٢ومابعدها، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط،ج١، مجلد١، مصدر سابق،ص١٠٠٥.

(٩٦) د. منير القاضي، مصدر سابق،ص٣٣٥ومابعدها.

(٩٧) ينظر نصوص المواد: (٢/١٩١) مدني عراقي،(١٦٣) مدني مصري،(١٦٥) مدني سوري،(١٢٢) موجبات وعقود لبناني،(٢٨٨) مدني أردني، ينظر كذلك: د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، مصدر سابق،ص١١٦.

(٩٨) جلال محمد ابراهيم، المسؤولية المدنية لعديمي التمييز، دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري والشريعة الاسلامية، ب ط، مكتبة العربي، القاهرة، بدون سنة طبع،ص٥٤٧ومابعدها.

(٩٩) نص المادة (٢٢٠) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها(للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه)، موافق له نص المادة(١٧٥) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها(للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها الغير مسؤولا عن تعويض الضرر)، موافق له نص المادة(٢/٢٨٨) من القانون المدني الاردني والتي جاء فيها(ولمن أدى الضمان أن يرجع بما دفع، على المحكوم عليه به).

(١٠٠) إنّ المسؤولية التبعية للراعي هي مسؤولية مادية أو موضوعية يتحقق فيها معنى تحمل التبعة تتقرر عند تعذر رجوع المتضرر بالتعويض على الصغير فيصار إلى المسؤول عنه ينظر: د. عبد الحميد الشورابي، عز الدين الدناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ط٥، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة طبع،ص٢٦٢، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط،ج١، مصدر سابق،ص١٠٠١ومابعدها.

(١٠١) ينظر: د. عبد القادر الفار، د. بشار عدنان ملكاوي، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، ط٥، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن،١٤٣٥ه، ٢٠١٤م،ص٢١٣ومابعدها، د. محمد أبراهيم بنداري، الوجيز في مصادر الالتزام، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة،١٤٣٥هـ،٢٠١٤م،ص٣٦٧.

(١٠٢) د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي والعراقي المقارن، ط١، مطبعة حداد، البصرة،١٩٦٨م،ص٢١٦، د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق،ص٣٣٨، سامي أبراهيم أحمد، مصدر سابق،ص٤٩٦.

(١٠٣) نص المادة (١/٢١٨) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها(يكون الاب ثم الجد ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير).

(١٠٤) د. منير القاضي، محاضرات في القانون المدني، مصدر سابق،ص٢٥.

(١٠٥) نص المادة(٢٢٠) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها(للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه)، موافق له نص المادة(١٧٥) مدني مصري، ونص المادة (٢/٢٨٨) من القانون المدني الاردني.

(١٠٦) هذا وتجدر الاشارة أن الفقه المالكي منقسم فيما بينه إلى أراء ثلاث الاول ما أشرنا إليه في المتن والذي يرفض ضمان الصغير، والرأي الثاني يوجب عليه الضمان في الجناية على النفس دون المال، ينظر: أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج٦، طبعة خاصة، دار عالم الكتب للطباعة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م، ص٦٩، في حين أن الرأي الثالث في الفقه المالكي وهو الراجح لديهم والذي يذهب إلى وجوب الضمان لكل ما يحدث من من ضرر جراء الافعال الضارة للصغير وهذا ما سنعرضه في الاتجاه الثالث للفقه الاسلامي.

(١٠٧) محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق ماجد الحموي، ط١، دار ابن حزم، بيروت- لبنان، ١٤٣٤هـ،٢٠١٣م،ص٥٤٨.

(١٠٨) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الاندلسي الشهير بأبن حزم الظاهري، المحلى في شرح المجلى بالحجج والاثار، تحقيق حسان عبد المنان، ج٢، ب ط، بيت الافكار الدولية، عمان – الاردن، بدون سنة طبع، ص١٩.

(١٠٩) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي الشهير بأبن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، ج٧، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية،١٤٢٣هـ،٢٠٠٣م،ص١٢٥وما بعدها، علاء الدين أبي بكر مسعود الكاساني، ج٧، مصدر سابق، ص١٧١.

(١١٠) خليل بن أسحاق المالكي، مختصر العلامة الخليل،ج٢، الطبعة الأخيرة، تحقيق أحمد نصر، دار الفكر للطباعة، بدون مكان طبع،١٤٠١هـ ،١٩٨١م، ج٢، ص٢٩، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، تحقيق محمد عليش، ب ط، دار أحياء الكتب العربية،١٩٨٧م،ص٢٩٦.

(١١١) زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الانصاري، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب مع الرسائل الذهبية في المسائل الدقيقة المنهجية، ج٢، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٨هـ، ١٩٩٨م،ص٢٧٤.

(١١٢) أبو موفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامة الحنبلي، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، ج٢، ط١، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م، ص٤٧١.

(١١٣) (ويضمن الصبي والمجنون ما يحدثان من أتلاف أو عيب في مال الغير) ينظر: محمد جواد مغنية، فقه الامام جعفر الصادق عليه السلام، عرض واستدلال، ج٣، ج٤، ط٢، مؤسسة أنصاريان للطباعة والنشر، قم، جمهورية أيران الاسلامية، ١٤٢١هـ،ص٨.

(١١٤) د. علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ب ط، دار الفكر العربي، القاهرة،٢٠٠٠م،ص٦٧.

(١١٥) أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب الامام أبي حنيفة النعمان، تحقيق محمد احمد سراج، علي جمعة محمد، مجلد٢، ط١، دار السلام، القاهرة - مصر،١٤٢٠هـ،١٩٩٩م،ص٧٣١، برهان الدين أبي الوفاء أبراهيم بن شمس الدين أبي عبد الله فرحون اليعمري المالكي، تبصرة الاحكام في أصول الاقضية ومناهج الاحكام،ج٢، تحقيق جمال مرعشلي، طبعة خاصة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، الرياض- المملكة العربية السعودية،١٤٢٣هـ،٢٠٠٣م،ص٢٥٣،أبي اسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي،ج٥، تحقيق محمد الزحيلي، ط١، دار القلم، دمشق، دار الشامية، بيروت،١٤١٧هـ،١٩٩٦م،ص٨٦،تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي، منتهى الارادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات،ج١، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان،١٤٢١هـ،٢٠٠٠م،ص٢٩٤،مسألة (١٢٥٨) (فمن أخذ من مال غيره، أو صار إليه بغير ما ذكرناه، فأن كان عامداً عالماً بالغاً مميزاً فهو عاص لله عز وجل، وأن كان غير عالم، أو غير عامد، أو غير مخاطب فلا أثم عليه الا أنهما سواء في الحكم في وجوب رد ذلك إلى صاحبه أو في وجوب ضمان مثله...) ينظر: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم

الاندلسي الشهير بأبن حزم الظاهري، مصدر سابق،ص١٠٧٠، محمد جواد مغنية، فقه الامام جعفر الصادق،ج٣وج٤، مصدر سابق،ص٥٩.

(١١٦) مجلة الاحكام العدلية.

(١١٧) والاتلاف قد يكون كلياً وقد يكون جزيئاً، فأما الكلي فهو عدم بقاء للشيء قيمة بعد أتلافه كأحتراق الثوب، أما الاتلاف الجزئي فهو أتلاف لبعض الشيء ككسر جزء من الشيء، كما يدخل في مفهومه تعيب الشيء بحيث تذهب منافعه أو تزول معظمها، حيث يلزم المسؤول بمثل المال أو قيمته إذا كان هلاكه كلياً، ونقص القيمة إذا كان الهلاك الناتج عن الاتلاف جزئياً، ولكن يشترط في هذه الحالة الا يكون النقص في المال من الامر الفاحش والا لصاحب المال الهالك إن يطالب بضمان قيمته كلياً أو يتركه للمسؤول عن أتلافه، ويأخذ قيمته كاملاً أو يأخذ ما يماثله وطريقة معرفة النقصان تتمثل في تقويم المال الذي حدث فيه الفعل الضار قبل حدوثه وتقويمه بعد حدوثه وما يوجد من فرق بين القيمتين يلزم به من أحدث الفعل فإذا لم يوجد فرق بين القيمتين كان الضرر غير معتبر وكذلك الحكم إذا كان الفرق تافهاً لا يأبه به الناس عادة أو جرى العرف والعادة بين الناس على التسامح فيه لمزيد من التفصيل ينظر: د. عبد القادر الفار، مصدر سابق،ص٢٠٢، كذلك ينظر: نص المادة (١٩١) مدني عراقي.

(١١٨) أسباب الضمان في الفقه الاسلامي هي (اليد والعقد والاتلاف) ينظر أراء المذاهب الاسلامية في ذلك: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، المجلد الأول،ج١، ط١، دار أحياء التراث العربي، بيروت، لبنان ،١٩٥٣م،ص٥٢.

(١١٩) أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهار الزركاشي، المنثور في القواعد الفقهية،ج٢، ط٢، وزارة الاوقاف الكويتية، ١٩٨٥م،ص٣٢٤ومابعدها.

(١٢٠) سورة فاطر، الآية (١٨).

(١٢١) سورة المدثر، الآية (٣٨).

(١٢٢) ينظر: أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مصدر سابق،ص٧٣١، برهان الدين أبي الوفاء أبراهيم بن شمس الدين أبي عبد الله فرحون اليعمري المالكي، مصدر سابق، ص٢٥٣، أبي اسحاق الشيرازي، مصدر سابق، ص٨٦، تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي، مصدر سابق، ص٢٩٤، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الاندلسي الشهير بأبن حزم الظاهري، مصدر سابق،ص١٠٧٠، محمد جواد مغنية، فقه الامام جعفر الصادق،ج٣وج٤، مصدر سابق،ص٥٩، ينظر كذلك نص المادة(٩٦٠) من مجلة الاحكام العدلية.

(١٢٣) د. محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن،١٩٩٩م،ص٢٣٥ومابعدها.

(١٢٤)(جناية الطفل في دم أو مال على أبيه أو وليه ولو كان له مال في الراجح ولا يرجمان به في مال الطفل لان الطفل كدابة يجب حفظه فأن لم يحفظاه فقد ضيعا فلزمهما الغرم) ينظر: محمد بن يوسف أطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل،ج١٣، ط٢، مكتبة الارشاد، جدة، دار الفتح، بيروت،١٩٧٣،ص٤٦٦ومابعدها.

(١٢٥) ينظر في شرح الحديث: بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني، عمدة القارئ شرح صحيح البخاري،ج١٦، ب ط، دار الفكر، بيروت،ص١٥٤.

(١٢٦) سيد أمين محمد، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، القاهرة،١٣٨٤هـ،١٩٦٤م،ص١٢٨ومابعدها.

(١٢٧) د. محمد فوزي فيض الله، المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، جامعة الازهر- كلية الشريعة، القاهرة،١٣٨٢ه،١٩٦٢م،ص١٨٩.

(١٢٨) أنَ حصر الضمان بالولي في هذا الفرض من قبل الفقه الاسلامي يعتبر استثناءً من الاصل العام الذي يقوم عليه الفقه في تحميل الصغير مسؤولية تعويض ضرر فعله منفرداً للمزيد من التفصيل ينظر: فخري رشيد مهنا، مصدر سابق،ص١٣٤.

(١٢٩) ينظر: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق عبد القادر شيبة الحمد، طبعة خاصة، مطبعة صاحب السمو الملكي، السعودية، بدون سنة طبع،ص٢٦٩ومابعدها، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار من أحاديث سيد الاخيار،ج٧، تحقيق محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، بدون سنة طبع،ص٢٤٣.

(١٣٠) د. أنور الخطيب، الاهلية في الشرع الاسلامي والقوانين اللبنانية، ط١، المكتب التجاري للطباعة والنشر، بيروت،١٩٦٥م،ص١٧٥.

(١٣١) فخري رشيد مهنا، مصدر سابق،ص٩٦ومابعدها.