جامعة التراث الأهلية / كلية القانون
alaashawkat٣@gmail.com

المسؤولية المدنية عن فعل الغير في القانون المدني العراقي

The Civil liability for the actions of others in Iraqi civil law

علاء شوكت ابراهيم
Alaa Shawkat Ibrahim

المستخلص:

يهدف البحث إلى بيان الإطار المفاهيمي للمسؤولية المدنية عن فعل الغير، وكذلك من خلال تسليط الضوء على المسؤولية المدنية عن فعل الغير في القانون العراقي، و بيان وسائل الدفع عن المسؤولية المدنية عن فعل الغير، وقد ناقش البحث الفرق بين المسؤولية الجزائية والمسؤولية الأخلاقية، مع التركيز على مشكلة تعريف المسؤولية عن فعل الآخرين وكيفية تقديم المسؤولية عليهم في القانون، وقد توصل البحث الى ان المسؤولية عن عمل الغير ماهي إلا استثناء عن الأصل وهو أن الشخص لا يسأل إلا عن فعله الشخصي وللمسؤولية عن عمل الغير صورتين وهما مسؤولية متولي الرقابة ومسؤولية التابع والمتبوع، ولم يتوسع القانون المدني العراقي في مفهوم المتبوع وحدده على سبيل الحصر، ولم يوسع من مفهومه ليشمل أي شخص وسواء أكان طبيعياً أم معنوياً بحيث يضمن الأضرار التي يحدثها تابعه متى كانت له سلطة فعلية في رقابة التابع وتوجيهه، ولم يأخذ القانون المدني العراقي بفكرة انتقال الرقابة على الصغير بموجب المادة (٢١٨) إذ يبقى الأب أو الجد ما المسؤولان عن فعله حتى لو كان في رعاية ورقابة شخصٍ آخر غيرهما ، وهذا يعني عند عدم وجودهما لا يمكن للشخص المضرور أن يحصل على تعويض، لا سيما إذا ما كان الصغير مميزاً ومعدماً .

الكلمات المفتاحية: المسؤولية المدنية / فعل الغير / القانون المدني العراقي

Abstract

The research aimed to clarify the conceptual framework of civil liability for the act of others, as well as by shedding light on civil liability for the act of others in Iraqi law, and explaining the means of defending civil liability for the act of others. The research discussed the difference between criminal liability and moral responsibility, with a focus On the problem of defining responsibility for the actions of others and how to present responsibility to them in the law. The research has concluded that responsibility for the actions of others is only an exception to the principle, which is that a person is only responsible for his personal actions. Responsibility for the actions of others has two forms, namely the responsibility of the person in charge of control and the responsibility of the follower and the followed. The Iraqi Civil Law did not expand the concept of the subordinate and define it exclusively, nor did it expand its concept to include any person, whether natural or moral, in a way that would guarantee the damages caused by his subordinate if he had actual authority to control and direct the subordinate. The Iraqi Civil Law did not take into account the idea of transferring control over The minor, according to Article (٢١٨), remains the father or grandfather responsible for what he does, even if he is in the care and control of someone other than them. This means that if they are not present, the injured person cannot obtain compensation, especially if the minor is special and destitute.

المقدمة

أن الأصل في المسؤولية عن الفعل تكون شخصية فلا يكون الشخص مسئولا عن فعل غيره، ولكن بما أن القانون جاء لينظم حياة الناس فانه قد أسس قواعد تلزم الشخص بان يكون مسئولا عن عمل غيره، وقد لا يختلف أثنان على أن المسؤولية المدنية وفروعها تعّد محوراً مهماً من محاور اهتمام المشرعين والفقهاء في كل زمان ومكان، والسبب في ذلك أن القانون جاء ليهتم بتنظيم المصالح المتعارضة للأفراد ، وهي مصالح تتعارض غالباً في

حال حدوث فعل ضار- وذلك خلافاً للعقد الذي يمكن القول أنه قليلاً ما يكون سبباً للنزاع ، وبما أن المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي تنشأ تعرضاً في المصالح بين طرفين، فأن المسؤولية عن فعل الغير قد تكون مصدراً لنزاع ثلاثي الأطراف بين محدث الفعل الضار والمسؤول والمضرور.

لاشك في أن جذور الخطأ الشخصي هي جذور دينية واخلاقية ، فقد جاءت الديانات السماوية لتحرر الانسان من كثير من معتقداته الوثنية التي كانت تتحكم بمسار حياته وكأنه فريسة لرضى أو غضب الآلهة ، لا حول له ولا قوة تجاه أرادتها ، فنّمت لديه الارادة الحرّة وحرية الخيار بين الخير والشرّ، موقظة صوت الضمير الذي يحاسب الانسان على أفعاله قبل أن يحاسبه الغير عليها، مما عزز الشعور بالمسؤولية ، بل بمسؤولية الانسان الحرّ عن أعماله، فحمل بعض المفكرين الأوائل على عدم الفصل بين المسؤولية الجزائية والمسؤولية الاخلاقية، إذ لا يمكن مساءلة الانسان عن عمل الا إذا كان مناهضاً لمبادئ اخلاقية ودينية ثابتة ، والاحرى لا يمكن تحمليه وزر فعلٍ ضارً الا إذا كانت هذه المبادئ لا تحبيه.

وعن طريق التمعن في احكام المسؤولية عن فعل الغير والذي غالبا ما يكون على شكل حالتين، الحالة ألأولى حالة المتبوع ويكون مسؤولاً عن أعمال التابع، والحالة الثانية، حالة من تجب عليه رقابة شخص في حاجة للرقابة، وذلك فأن المسؤولية عن عمل الغير في واقع الأمر بمثابة ضمانة حقيقية للمضرور كون ان مرتكب العمل غير المشروع هنا يغلب انه لا يملك ما يعوض به المضرور أو لا يمكن مساءلته لإنعدام التميز عنده بل حتى ولو كان يملك مالا وكان من الممكن مساءلته عن عمله فيكون لدى المضرور مسؤلان متضامان وبذلك يكون في وضع قانوني أفضل .

أولاً: أهداف البحث:-

الأهداف التي يروم البحث تحقيقها تتمثل بالآتي:

1. بيان الإطار المفاهيمي للمسؤولية المدنية عن فعل الغير.
2. تسليط الضوء على المسؤولية المدنية عن فعل الغير في القانون العراقي.
3. بيان وسائل الدفع عن المسؤولية المدنية عن فعل الغير .
4. الخروج بمجموعة من النتائج والتوصيات التي من شأنها أن تفيد البحث.

ثانياً : أهمية البحث

يكتسب هذا البحث أهميته من أهمية دراسة موضوع المسؤولية المدنية عن فعل الغير, إذ إن هذا الموضوع فيه من الجانب النظري ما يثير الخلاف بين الفقهاء أنفسهم والباحثين في مجال القانون، وأيضا فقد ظهرت في العراق حاجة عملية ملحة لدراسة هذا الموضوع لكثرة الحالات التي يكون فيها الشخص أما تابع أو متبوع أو رقيب أو متولي رقابة لشخص آخر فمن خلاله يتم تحديد المسؤول، فلا يمكن جبر الضرر دون تحديد المسؤول, ولا يمكن اقتضاء التعويض عن الضرر دون أن يكون هناك شخص يتحمل تبعة سلوكه الخاطئ, ولكن المسؤولية المدنية كما ان لها بداية فإن لها نهاية أيضاً، إذ يمكن أن تنقضي أما بالطريق الطبيعي وهو التعويض عن الضرر, أو بالاحرى رضاء المضرور بما قدمه المسؤول من تعويض أياً كان، أو قد تنقضي المسؤولية المدنية بطريق استثنائي .

ثالثاً: مشكلة البحث

أن المسؤولية المدنية عن فعل الغير بفرعيها (مسؤولية التابع والمتبوع، ومسؤولية متولي الرقابة) من المسائل الشائكة التي تحتاج إلى بيان وتوضيح بشكل أوسع ، وقد ذكر المشرع العراقي فعل الغير بدلاً من خطأ الغير، والأصل أن الشخص مسؤول عن فعله (الضار) متى صدر منه وهو مميز وبالتالي ولكي يسأل الشخص المسؤول عن فعل الغير (الضار) يلزم أن يكون هذا الغير مميزاً أما إذا كان غير مميز فلا يسأل عليه باعتبار أن فعله لا ينجم عنه خطأ لعدم إدراكه أو تمييزه ، **إلا أن القانون المدني العراقي نص بالمادة (٢١٨) على أن مسؤولية الصبي مميزاً كان أو غير مميز عن إتلافه أموال الغير وجعل مسؤوليته أصلية، وكذلك تتضمن مشكلة البحث بيان من هو الغير وكيف تقام مسؤولية الغير ؟ وهل يمكن دفع هذه المسؤولية وبأية طرق يمكن دفع هذه المسؤولية ؟**

وفضلا عن ما سبق فتتضمن مشكلة البحث معرفة الأضرار التي يحدثها فعل الغير، ولاسيما الذين لم يبلغوا سن الرشد، وإلى من يمكن الرجوع بالتعويض، وما حكم الأضرار التي يحدثها الصغار الحكميين كالمجنون والمعتوه ، وهل يجوز الرجوع على من يراقبهم بالتعويض.

المبحث الأول: المسؤولية المدنية أنواعها وأساسها.

المسؤولية المدنية في الوقت الحاضر هي مهد مشكلات القانون المدني, فهي لا تقوم بالاستناد لفعل الشخص نفسه محدث الضرر، بل تجد لها مصدراً أيضاً عندما يحدث الضرر بفعل أشخاص أخرين تابعين له بحكم القانون, وقدد حددهم بصورة حصرية،

فقد نصت المادة ١٢٥ من قانون الموجبات والعقود على أن المرء مسؤول حتماً (أي حكماً) عن الأضرار التي يحدثها أشخاص آخرون هو مسؤول عنهم وعددهم محدود ومحصور ، وعددت المادة ١٢٦ وما يليها هؤلاء الأشخاص [١] ، وكذلك فأن المشرع العراقي نظم مسؤولية المدنية الناشئة عن الاخلال بواجب الرقابة في المادة ٢١٨ من القانون المدني إذ أجاز للمضرور الرجوع على متولي الرقابة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به من جراء فعل الصغير. وقد ضيق المشرع العراقي من نطاق هذه المسؤولية بتقييده لشخص الراعي وكذا الصغير وشروط تحقق هذه المسؤولية .

المطلب الأول : مفهوم وأنواع المسؤولية

من لا يعمل لا يخطئ ، فالخطأ من صفات البشر، لذلك كان لابد من جبر الضرر، والاعتداء على حقوق الأفراد يستلزم قيام المسؤولية، فالمسؤولية هي عبارة عن التزام يترتب على الشخص بضمان تصرفاته، أيضا هي الحالة التي يؤاخذ فيها الشخص على قيامه بعمل ما، وهي تتنوع ، فإذا كان الإخلال بالقاعدة القانونية يترتب عنه مسؤولية قانونية وإذا كانت أخلاقية يترتب عنها مسؤولية أدبية.

الفرع الأول: التعريف بالمسؤولية المدنية

أولا: التعريف اللغوي:

هي التبعة، ومنه تحمل التبعة، وهو اصطلاح قانوني حديث، يقابله عند فقهاء الإسلام «الضمان»، ويعني أن الشخص الضامن هو المتحمل لغرم الهلاك أو النقصان أو التعيب إذا طرأ على الشي، وقد اطلق الضمان على الالتزام باعتبار أن ذمة الضامن منشغلة بما يضمن فيلتزم بإدائه، ومن معاني الضمان عند الفقهاء (الإلتزام بتعويض مالي عن ضرر الغير) ، واستعمله أغلب الفقهاء بمعنى تحمل تبعية الهلاك، وهو المدلول المقصود في قواعدهم (الغرم بالغرم) (والخراج بضمان). [٢]

وايضا فأن المسؤولية هي أن الإنسان مسؤولا عن أمور أو أفعال قام بها، أي قيام شخص، بأفعال أو تصرفات يكون مسؤولا عن نتائجها، أي أن يتحمل تبعة ما سببه للغير من ضرر، وأن تتم محاسبته عما فعل، و هي بهذا المعنى تعبر عن الحالة الفلسفية

---

١ مصطفى العوجي، القانون المدني / الجزء الثاني المسؤولية المدنية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة السادسة ، بيروت ، لبنان، ٢٠١٩. ، ص ١٨.

٢ عبد القادر العرعاري، مصادر الإلتزام ، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية ، دراسة مقارنة على ضوء النصوص التشريعية الجديدة، ط٣، دار الأمان، الرباط، ٢٠١٤: ص ١١.

والأخلاقية والقانونية التي يكون فيها الإنسان مسؤولاً ومطالباً عن أمور وأفعال قام بها نتيجة إخلاله بقواعد و أحكام أخلاقية و قانونية . [٣]

ثانيا: التعريف الاصطلاحي:

لقد تناول الأستاذ (Vedal) المسؤولية بمعناها الواسع و اعتبرها مختلفة بإستعمالاتها، فهناك المسؤولية السياسية، الجزائية، الإدارية، والمسؤولية التأديبية. ومن ثم إنتقل الى مفهوم المسؤولية المدنية بصورة خاصة فيرى أنها تكمن في ذلك الإلتزام الذي يفرض شروط معينة، بأن يقوم الشخص المتسبب في إحداث الضرر بإلزامه عن طريق التعويض العيني أو المقابل. أما الأستاذ (Capitant) فيعرف المسؤولية بأنها الإلتزام بإصلاح ضرر أحدثناه لشخص عن طريق الخطأ. [٤]

ثالثا: التعريف القانوني للمسؤولية المدنية

أما قانونيا تعرف المسؤولية المدنية، بأنها الالتزام بموجب قد يتدرج من موجب أدبي أو أخلاقي أو طبيعي إلى موجب مدني متمثل بمصلحة مالية أو بعمل أو امتناع عن عمل معين. فاذا يتناول هذا الموجب إلتزاماً بالتعويض عن الأضرار التي يحدثها الإنسان للغير بفعله أو بفعل التابعين له، أو الأشياء الموجودة بحراسته، أو الحيوانات الخاصة به، أو نتيجة لعدم تنفيذه لالتزاماته العقدية. فالمسؤولية العقدية تترتب على عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد على الوجه المتفق عليه، وهذا يقتضي أن يكون هناك عقد صحيح في العلاقة بين الدائن والمدين، فإذا لم يوجد عقد بينهما أو كان العقد باطلاً لا تقوم أو تنشأ هذه المسؤولية .[٥]

وعرفت أيضا بأنها التزام الشخص بتعويض الضرر الذي سببه لشخص آخر، وتتميز بأن الجزاء عليها هو تعويض يطالب به الشخص الذي اصابه الضرر، كما أنها تتعلق بمصلحة فرد من الأفراد، لذا فإنه لا يجوز لهذا الفرد أن يتنازل عنها أو يتصالح بشأنها، يضاف إلى ذلك أن هذا النوع من المسؤولية يخضع لمبدأ هو (أن كل خطأ سبب ضرراً للغير

٣ لويس معلوف، المنجد في اللغة، الطبعة الاولى، المطبعة الكاثوليكية في بيروت ، ٢٠١٠، ص ٩٣.

٤ حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة، بغداد، ٢٠١٧، ص ٤٦.

٥ حسن على ذنون المبسوط في شرح القانون المدني.الجزء الخامس المسؤولية عن الأشياء . دار وائل للنشر طبعة عام – ٢٠٠٦.

يلـزم مـن ارتكبـه بالتعويـض) وهـذا الخطـأ غـير محـدد تحديـداً دقيقـاً . [١]

وتقـوم المسـؤولية في القانـون العراقـي عـلى غـرار كل التشريعـات المدنيـة، عـلى تعويـض الـضرر للغـير كمبـدأ عـام، وهـو لا يتضمـن حـصرا للأفعـال التـي تـؤدي إلى ترتـب هـذه المسـؤولية، بـل إن كل عمـل غـير مـشروع يولـد الالتـزام الحـادث بالتعويـض، وذلـك عـلى أسـاس خطـأ المسـؤول.

الفرع الثاني: أنواع المسؤولية في الفقه والقانون

أولا: أنواع المسؤولية في الفقه الاسلامي

يمكـن القـول إن الفقـه الإسـلامي، لا يعـرف تسـمية المسـؤولية، وانمـا يطلـق عـلى موضوعاتهـا مسـمى «الضمـان»، ويقصـد بـه بوجـه عـام شـغل الذمـة بواجـب يطلـب الوفـاء بـه، إذا توافـرت شروطـه وقـد يطلـق عـلى مـا يجـب عليـه أداؤه مـن مـال تعويضـا عـن مـال، ومـن الملاحـظ في تعريفـات الفقهـاء أنهـم لا يتحدثـون عـن الفعـل الموجـب للضمـان، وانمـا موضـع اهتمامهـم هـو الـضرر وتعويـض المـضرور منـه وهـذا الـذي بـدأت التشريعـات الوضعيـة تتجـه إليـه مؤخـراً [٢] .

وقـد كان حديـث الرسـول (ص) (لاضرر ولاضرار) بمثابـة القاعـدة الكليـة التـي تحكـم الضمـان، وقـد اشـتق منهـا الفقهـاء والمجتهـدون العديـد مـن القواعـد مثـل «الـضرر يـزال»، و»الـضرر يدفـع بقـدر الإمـكان» ولاريـب أن القـرآن قـد حـوى الكثـير مـن الآيـات، التـي تأمـر بالحفـاظ عـلى حرمـة النفـس والمـال، وتؤكـد حـق المـضرور في جـبر الـضرر، مـا أصابـه مـن ضرر ومـن هـذه الآيـات قولـه تعـلى (وَإِنْ عَاقَبْتُـمْ فَعَاقِبُـوا بِمِثْـلِ مَـا عُوقِبْتُـمْ بِـهِ) [٣] ، ومـن اجـل التفرقة بـين المسـئولية في القانـون، وفي الفقـه الإسـلامي، يتطلـب علينـا إن نفـرق مـا إذا كان العمـل الغـير مـشروع، تعـدي عـلى حـق مـن حقـوق اللـه أو حـق مـن حقـوق العبـد .

ثانيا: أنواع المسؤولية عن فعل الغير في القانون المدني

المسـؤولية المدنيـة بوجـه عـام هـي المسـؤولية عـن تعويـض الـضرر الناجـم عـن الإخـلال بإلتـزام مقـرر في ذمـة المسـؤول، وقـد يكـون مصـدر هـذا الإلتـزام عقـداً يربطـه بالمـضرور فتكون مسـؤوليته عقديـة يحكمهـا ويحـدد مداهـا العقـد مـن جهـة والقواعـد الخاصـة بالمسـؤولية العقدية

١ سلطان، أنور، الموجز في مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، د. ط، ١٩٨٣، ص ٢١٠.

٢ سـليمان مرقـس ، الـوافي في شرح القانـون المدنـي في الالتزامـات في الفعـل الضـار ، القاهـرة ، دار الكتـب الحديـث ، ط ٥ ، مـج ١ ،ص ٣١١.

٣ سورة النحل الآية: ١٢٦.

من جهة أخرى، وقد يكون مصدر هذا الإلتزام القانون في صورة تكاليف عامة يفرضها على كل الاطراف كالتزامهم بعدم مجاوزة سرعة معينة عند قيادة السيارات وعندئذ تكون مسؤوليته مسؤولية تقصيرية الذي يستقل بحكمها وتحديد مداها، إذاً المسؤولية المدنية نوعان هما المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية[٤] .

1- المسئولية العقدية

وهي الجزاء على الإخلال بالتزام عقدي، فهي مسؤولية مصدرها العقد، لذلك يجوز الإعفاء منها أو تعديل أحكامها بمقتضي العقد والتعويض فيها يكون عن الضرر المتوقع لأنه يدخل في حساب المتعاقدين، وتقوم المسئولية العقدية عند الإخلال بالتزام، أي اخل المدين بالتزامه التعاقدي، بحيث ينتج ضرراً يتعين جبره. ومنشأ المسؤولية العقدية هو العقد الصحيح، وفي المسئولية العقدية ان مجرد عدم الوفاء بالالتزام لا ينشئ المسئولية العقدية [٥]، وقد يرجع عدم الوفاء لعدم إمكانية التنفيذ العيني، في هذه الحالة يطالب بجبر الضرر طالما انه مسئولا عن الإخلال به، ولا يكون أمامه إلا الرجوع على أساس المسئولية العقدية .[٦]

الركن الأول في المسؤولية العقدية : وجود عقد صحيح

يشترط لقيام المسؤولية العقدية أن يوجد عقد صحيح تضمن موجبات معينة التزم بها كل من طرفي العقد وبصورة مقابلة ، هذا في العقود المتبادلة ، أما العقود الصادرة عن ارادة منفردة ، فأنه يكفي ان يتضمن العقد موجبات محددة التزم بها من صدرت عنه حتى تقوم مسؤوليته في حال تمنع عن انفاذها، وفي بطلان العقد لسبب من أسباب البطلان تترتب مسؤولية تقصيرية على عاتق من تتسب ببطلانه نتيجة لخطأ ارتكبه، قد يشكل جرماً مدنياً كالخداع مثلاً ، فسبب البطلان يكون إجمالاً أما سابقاً أو متزامناً مع أنشاء العقد [٧].

الركن الثاني في المسؤولية العقدية : الخطأ العقدي

٤ عدنان ابراهيم السرحان والدكتور نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الإلتزامات، دراسة مقارنة، دار الثقافة لمنشر والتوزيع، 2017، عمان، ص 123.

٥ سليمان مرقس ،الوافي في شرح القانون المدني ، مرجع سابق، ص ٣

٦ عباس الصراف – المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن – مطبعة دار الكتاب العربي – مصر ٢٠٠٤،.ص ٥١

٧ مصطفى العوجي، القانون المدني / الجزء الثاني المسؤولية المدنية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة السادسة ، بيروت ، لبنان، ٢٠١٩. ، ص ٣٠.

أن مجـرد عـدم تنفيـذ الوجـب يرتـب المسـؤولية عـلى المديـن بـه مـا لـم يسـتطع التـذرع باسـتحالة التنفيـذ التـي نصـت عليهـا المـادة ٣٤١، فعـدم التنفيـذ يشـكل الخطـأ العقـدي ، ولكـن هـذا الخطـأ يتوفـر ايضـاً في حالـة التنفيـذ[١] . وان المـادة (٢٥٩) مـن القانـون المدنـي العراقـي وبعـد ان اعلنـت فقرتهـا الاولى جـواز الاتفـاق عـلى ان تحمـل المديـن تبعـة الحـادث الفجائـي والقـوة القاهـرة، اضافـت في فقرتهـا الثانيـة بانـه يجـوز الاتفـاق عـلى اعفـاء المديـن مـن كل مسـؤولية تترتـب عـلى عـدم تنفيـذ التزامـه التعاقـدي الا التـي تنشـأ عـن غشـه او خطئـه الجسـيم ومـع ذلـك فـان المتعاقـد يسـتطيع ان يشـترط عـدم مسـؤوليتهِ عـن الغـش او الخطـأ الجسـيم الـذي يقـع مـن اشـخاص يسـتخدمهم في تنفيـذ التزامـه، ثـم تضيـف هـذه المـادة في فقرتهـا الثالثـة انـه ((يقـع باطـلاً كل شرط يقـضي بالاعفـاء مـن المسـؤولية المترتبـة عـلى العمـل غـير المـشروع)) والمبـدأ الـذي تضمنتـه المـادة (٢٥٩) مـن القانـون المدنـي العراقـي، قـد يـرى تطبيقـه في مـواد اخـرى في القانـون نفسـه فيمـا يخـص عقـدي البيـع والايجـار مـع ملاحظـة ان قانـون التجـارة العراقـي رقـم ١٤٩ لسـنة ١٩٧٠ قـد انشـأ نظامـاً خاصـاً بالنسـبة لعقـود النقـل الـبري والجـوي دون ان ينسـجم هـذا النظـام مـع المـادة (٢٥٩) المشـار اليهـا وفي عقـد البيـع يجـوز للمتعاقديـن الاتفـاق عـلى تخفيـض هـذا الضمـان فمثـلاً للبائـع ان يشـترط عـلى المشـتري عـدم ضمانـه لمـا عـسى ان يظهـر في المبيـع مـن حقـوق ارتفـاق خفيـة لا يعلـم بهـا البائـع كذلـك للبائـع ان يشـترط عـلى اسـقاط الضمـان عـلى انـه لا يضمـن التعـرض ولا الاسـتحقاق عـلى الاطـلاق .

الركن الثالث في المسؤولية العقدية : الضرر

إن الهـدف مـن إقامـة المسـؤولية العقديـة عـلى عاتـق المديـن لـم ينفـذ تعهـده أو تأخـر في تنفيـذه أو اسـاء التنفيـذ هـو التعويـض عـلى الدائـن عـن الـضرر الـذي لحـق بـه مـن جـراء تخلف المديـن عـن موجباتـه ، فالـضرر هـو الركـن الاسـاسي الـذي تقـوم عليـه المسـؤولية العقديـة ، فـاذا لـم يتوفـر انتفـت هـذه المسـؤولية وان شـكلت تصرفـات المديـن خطـأ، كتخلـف الوكيـل مثـلاً عـن حضـور جلسـة مصالحـة عقـدت بـين الدائـن والمديـن وبالرغـم مـن تكليفـه بذلـك، ولكـن لـم ينتـج عـن غيابـه أي ضرر لموكلـه الـذي توصـل إلى إجـراء عقـد مصالحـة مـع مدينـه[٣].

ولـو أنتقلنـا إلى القانـون المدنـي العراقـي سـنجد أن المـشرع العراقـي عالـج خطـأ المتـضرر بشـكل

١ عاطف النقيب، نظرية العقد، منشورات عويدات ، الطبعة السادسة، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٤٦٠.

٢ سـعدي البرزنجـي – شروط الاعفـاء مـن المسـؤولية العقديـة في القانونـين الفرنـسي والعراقـي – ط١ – ، ٢٠١٣، العـراق، ص ١٢٢.

٣ مصطفـى العوجـي، القانـون المدنـي / الجـزء الثانـي المسـؤولية المدنيـة ، منشـورات الحلبـي الحقوقيـة ، الطبعـة السادسـة ، بـيروت ، لبنـان، ٢٠١٩. ، ص ٥٩.

شامل وذلك من خلال تناول موضوع السبب الأجنبي وتأثيره على المسؤولية المدنية وخطأ المتضرر يعتبر صورة من صور السبب الأجنبي الذي له أثره في نطاق المسؤولية المدنية كما هو الحال بالنسبة إلى الصور الأخرى التي أشارت إليها المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي حيث نصت على أنه [إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو أتفاق على غير ذلك][٤] ويمكن للمدعى عليه الأستفادة من هذا النص ولكن ذلك مرهون بتوافر شرط اساسي ألا وهو أستغراق خطأ المتضرر لخطأ المدعى عليه وفي نطاق المسؤولية العقدية فأن المسؤول يكون محمياً بنص المادة (٢١٠) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه [يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار التعويض أو ألا تحكم بتعويض ما إذا كان المتضرر قد أشترك بخطئه في أحداث الضرر أو زاد فيه أو كان قد سوى مركز المدين ويبدو أن المشرع العراقي أورد ذكر مصطلح (خطأ المتضرر) كصورة من صور السبب الأجنبي من خلال المادة (٢١١) ولكن المادة (٢١١) عالجت خطأ المتضرر من خلال جسامته وتأثيره في وقوع الضرر، وبما أن المادة (٢١١) قد نصت على أن المدعى عليه (غير ملزم بالضمان) بعد أثباته أن حدوث الضرر وقع نتيجة سبب أجنبي لا يد له فيه كخطأ المتضرر بمعنى أن خطأ المتضرر هو السبب الوحيد في وقوع الضرر أو أستغرق خطأ المدعى عليه وفي هذه الحالة فأن القاضي سيكون ملزماً بعدم تحميل المدعى عليه أية مسؤولية بينما جعلت المادة (٢١٠) المسألة جوازية حتى إذا كان خطأ المتضرر يبلغ من الجسامة بحيث لا يستحق معه التعويض وترك مسألة التعويض إلى السلطة التقديرية للمحكمة المختصة[٥].

ثانيا: المسؤولية التقصيرية

تعرف المسئولية التقصيرية على أنها: الجزاء على الإخلال بالالتزام بالقانون العام بعدم الإضرار بالغير [٦] . أيضا هي تعويض الضرر الناشئ عن الفعل غير المشروع [٧] .

إن اختلاف التعريفات لهذه المسؤولية، لابد منه لان أساس التعريفات يختلف منهم من

٤ حسن علي حنتوش – المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد – ط4 – دار الفكر الحديث للطباعة، ٢٠١٧، بغداد، ص ٢١١.

٥ عبد المجيد الحكيم- الموجز في شرح القانون المدني العراقي- ج١- مصادر الالتزام- ط٣- بغداد- 2006- شركة الطبع والنشر الأهلية- 1969- ص507 .

٦ انور سلطان ،الموجز في النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ص ٣١٦

٧ عبد الرازق السنهوري ، مصادر للالتزام ، دار النهضة العربية القاهرة ، مصر ، ط ٣ ، ص ١١٢٧

عرفهـا عـلى أسـاس الخطـأ، ومنهـم مـن عرفهـا عـلى أسـاس الـضرر.

أو هـي (مـا تترتـب عـن عمـل غـير مـشروع أو غـير مبـاح يصـدر عـن شـخص فينجـم عنـه ضرر للغـير ، ممـا يلقـي عـلى المسـؤول عنـه بموجـب إصـلاح الـضرر)، ومـن المعلـوم أن المدلـول الحـرفي للتقصـير يعنـى: (إغفـال واجـب الحيطـة والتبـصر أو الاحـتراز أو الانحـراف عـن السـلوك الـذي يجنـب الغـير الـضرر)، وهـذا الاصطـلاح المسـتعمل لا يقتـصر في عـرف الفقهـاء أو بعضـه عـلى الجـرم المدنـي وإنمـا يمتـد تـداولا إلى شـبه الجـرم أي إلى العمـل الضـار غـير مقصـود [١] .

وقد ذكر : أن المسؤولية التقصيرية تقوم على الإخلال بالتزام قانوني واحد لا يتغير وهو الالتزام بعدم الإضرار بالغير [٢] ، إذن فالمسؤولية التقصيرية تترتب على ما يحدثه الشخص من ضرر للغير بخطئه.

الركن الاول في المسؤولية التقصيرية: الخطأ

الخطأ هو الفعل الضار عند شراح القانون، ومن الآراء المختلفة لتحديد مفهوم وتعريف

الفعـل الضـار منهـا: أن الفعـل الضـار هـو الفعـل المخالـف للقانـون، وأيضـا أن الفعـل الضـار هـو الإخـلال بالتـزام سـابق [٣]، وأيضـا بأنـه الالتـزام ببـذل عنايـة وهـو أن يتبـع الشـخص في سـلوكه اليقظـة

والتبـصر، حتـى لا يـضر بالغـير فـإذا انـصرف عـن هـذا السـلوك الواجـب وكان مميـزا، ويـدرك انـه انحـرف كان هـذا الانحـراف فعـلا ضـارا يسـتوجب المسـئولية التقصيريـة، وعنـده الانحـراف قـد يكـون انحرافـا ايجابيـا أو سـلبيا. وان الانحـراف الايجابـي هـو ارتـكاب الفعـل الضـار، وان الانحـراف السـلبي الامتنـاع عـن مـد يـد العـون للغـير [٤] .

ونرى إن الفعل الضار هو الإخلال بالتزام قانوني مفروض على كافة الناس.

الفعل الضار يتحلل إلي عنصرين هما:

---

١ عاطـف نقيـب: النظريـة العامـة للمسـؤولية الناشـئة عـن الفعـل الشـخصي، الخطـأ والـضرر، بـدون طبعـة، بـدون تاريـخ، دار المنشـورات الحقوقيـة صـادر، ص ١٥ ١٦

٢ عبـد الـرزاق أحمـد السـنهوري: الوسـيط في شرح القانـون المدنـي الجديـد، بـدون طبعـة، بـدون تاريـخ، دار إحيـاء الـتراث العربـي، . بـيروت، لبنـان، ج ١، ص ٧٤٧.

٣ إسـماعيل عبـد النبـي شـاهين ، النظريـة العامـة للالتزامـات ، مكتبـة الوفـاء القانونيـة ، الإسـكندرية ، مـصر ، ط ١ ، 2015، ص ٣٧.

٤ عبـد الـرزاق أحمـد السـنهوري: الوسـيط في شرح القانـون المدنـي الجديـد، بـدون طبعـة، بـدون تاريـخ، دار إحيـاء الـتراث العربـي، . بـيروت، لبنـان، ج ١، ص ٧٩٧.

1. الفعل المادي أو العنصر المادي.

2. العنصر المعنوي.

الركن الثاني في المسؤولية التقصيرية: العلاقة السببية

يجب لقيام المسئولية التقصيرية توافر علاقة السببية بين الفعل الضار والضرر، وذلك بان يكون الفعل الضار هو الذي أدي إلي حدوث الضرر، باعتباره نتيجة ولكن كثيرا ما يصعب تقدير هذه الرابطة، بسبب تعدد وتداخل ظروف الأحوال، في حالة تعدد الأسباب:

قد يتعذر تحديد السبب الحقيقي للضرر، وهناك نظريات متعددة لحل هذه الاشكالات [٥]:

1. نظرية تعادل الأسباب:

ففي هذه الحالة أو هذه النظرية يجب البحث عن كل العوامل المشتركة، التي أدت لحدوث الضرر، والعامل الذي يبحث عنه هو الذي لولاه لما وقع الضرر، فمثلا من يضرب شخصا بيده فيموت المصاب لأنه انفعل لإصابته بمرض ألقن، فالضربة مع المرض هي أسباب متعادلة لحصول الوفاة.

2. نظرية السبب الفعال أو السبب المنتج

وهذه النظرية تقتضي أن السبب الحقيقي للضرر هو السبب الفعال، فالعوامل لاتكون متعادلة، ويكون هناك سبب منتج أصيل وأخر عارض لايكفي لإحداث الضرر . مثال لو أن شخصا أهمل فترك مفاتيح سيارته بداخلها، وارتكبت جريمة السرقة بالسيارة، فبموجب هذه النظرية فان المسئولية تقع علي السارق وبموجب النظرية الأولي فان المسئولية تكون مشتركة.

3. نظرية تسلسل الأسباب

وفي حالة تسلسل الأسباب النتائج أو تعدد الأسباب، قد يصعب تقدير رابطة السببية وبالرجوع إلي نص المادة ٢٠٤ نجد أن المشرع العراقي قد أشار إلي انعدام المسئولية، في حالة حدوث الضرر بسبب أجنبي. فإذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لايد له فيه كقوة قاهرة أو فعل المضرور، أو فعل الغير كان غير ملزم بالتعويض عن هذا الضرر

٥ مصطفى العوجي، القانون المدني – الجزء الثاني – المسؤولية المدنية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان، ٢٠١٩، ص ٢٠٤.

مـا لـم يوجـد اتفـاق عـلى غـير ذلـك[١] .

المطلب الثاني : أساس المسؤولية المدنية عن فعل الغير

المسـؤولية المدنيـة التـزام يفرضـه القانـون عـلى شـخص معـين بتعويـض الـضرر الـذي أحدثـه للغـير، وتنهـض هـذه المسـؤولية عنـد ارتـكاب الشـخص عمـلاً ضـاراً للغـير مـن شـأنها إلزامـه بتعويـض الـضرر الـذي سـببه للغـير فالفعـل الضـار منشـئ حالـة المسـؤولية والالتـزام بتعويـض الـضرر هـو الأثـر المترتـب عـلى تلـك الحالـة القانونيـة التـي تنشـأ نتيجـة للنشـاط الضـار [2].

الفرع الأول: أسس المسؤولية المدنية عن فعل الغير

يتطلـب بيـان فعـل الغـير الـذي يعتـبر احـد صـور السـبب الأجنبـي تعيينـه بشـكل دقيـق لمـا لمصطلـح الغـير مـن معـانٍ واسـعة وبالأخـص في نطـاق القانـون المدنـي، وقـد تنـاول الفقـه هـذا الامـر وهـو مـا سـنبينه مـن خـلال التطـرق الى مسـالة تحديـد فعـل الغـير اولاً ، وبيـان مسـالة اشـتراط الخطـأ في فعـل الغـير ثانيـاً وشروط او عنـاصر فعـل الغـير ثالثـاً.

١ - فعل الغير كمانع للمسؤولية

يفـترض التـذرع بفعـل الغـير كمانـع للمسـؤولية أن يكـون المتـضرر اقـام الدعـوى عـلى مدعـى عليـه ناسـباً اليـه التسـبب بالـضرر فـأدلى هـذا الأخـير بأنـه لـم يتسـبب هـو بالـضرر بـل شـخص ثالـث، ويكفـي في هـذه الحالـة أن يثبـت انـه لـم يقـم بـأي فعـل مسـبب للـضرر أو ان الـشيء الواقـع تحـت حراسـته لـم يكـن لـه دور في احداثـه ، بـل ان شـخصاً ثالثـاً تسـبب بـه كليـاً أو سـاهم في احداثـه، ويقتـضي التمييـز بـين وضعـين[٣]:

أ. هل يجب ان يتصف هذا الفعل بالخطأ ؟

ب. هـل يجـب أن تتوفـر فيـه مواصفـات القـوة القاهـرة مـن عـدم التوقـع وعـدم امكانيـة الدفـع؟

---

١ حسـن عـلي الذنـون، المبسـوط في المسـؤولية المدنيـة، الـضرر، شركـة التايمـس للطبـع والنـشر المسـاهمة، بغـداد، ٢٠١٧، ص ٩٦.

٢ محمد الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، الطبعة ٣، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٢٣.

٣ مصطفـى العوجـي، القانـون المدنـي / الجـزء الثانـي المسـؤولية المدنيـة ، منشـورات الحلبـي الحقوقيـة ، الطبعـة السادسـة ، بـيروت ، لبنـان، ٢٠١٩. ، ص ٣٨٣.

فعن المسالة الاولى، لابد من ان يتصف فعل التغير بالخطأ حتى يرتب مسؤولة الضرر على من صدر عنه، إذ أن الفعل الحاصل ضمن اطار الاستعمال العادي للحق لا يرتب اية مسؤولية على الفاعل طالما انه لم يرتكب خطأ في استعماله ولم يتجاوز حدود حسن استعمال هذا الحق وفقاً للغاية المرجوة منه.

أما عن المسألة الثانية فأنه لا بد لفعل الغير من أن يتصف بمواصفات القوة القاهرة حتى يعمل به كسبب نافٍ كلياً لمسؤولية المدعى عليه، وإلا إذا كان هذا الفعل متوقعاً و قابلاً للدفع، فأن بإمكان المتذرع به أن يتخذ الاحتياطات اللازمة للوقاية منه أو لدفعه، ذا كان ذلك من واجبه، فأن لم يفعل يكون قد أهمل واجباً وبالتالي ارتكب خطأ يرتب عليه المسؤولية، ما لم يثبت أنه بالرغم من توقعه لم يكن بالإمكان دفعه، ولكن المسؤولية تكون هنا جزئية إذ يتحمل الغير الذي انطلق منه الفعل الضار المسؤولية عن هذا الفعل، وقد انضم أهمال المدعى عليه الى فعله، فساهم الفعلان في احداث الضرر.

٢- اشتراط صفة الخطأ في فعل الغير

لقد اختلف الفقه حول تحديد صفه الخطأ في فعل الغير، وظهرت في هذا الشأن عدة نظريات حاولت تحديد هذا الأساس وتبريره، وحسبنا في هذا المقام أن نعرج باختصار على أهم هذه النظريات على الشكل الآتي:

أ. **الخطأ المفترض:** وهذا هو الأساس التقليدي الذي تقوم عليه مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع. وهو يقوم على خطأ في الرقابة أو في التوجيه أو الاختيار. فإذا ثبت الخطأ في جانب التابع وقامت مسؤوليته، فيفترض بان المتبوع أخطأ في رقابته أو في توجيهه أو في اختياره، وهذا الافتراض لا يقبل إثبات العكس. بالتالي لا يستطيع المتبوع أن يدفع المسؤولية عن نفسه ثبات أنه قام بواجب الرقابة أو التوجيه أو أنه أحسن الاختيار، وإنما عليه أن يثبت انتفاء علاقة السببية بين خطأ التابع وبين الضرر الذي لحق المضرور. وتقوم هذه المسؤولية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه [٤]

ب. **تحمل التبعة:** يرى أنصار هذه النظرية أن المتبوع ينتفع بنشاط تابعه، وبالتالي عليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط وفقا لمبدأ الغرم بالغنم ويترتب على ذلك أن المتبوع يعد مسؤولا حتى لو استطاع أن يثبت نفي علاقة السببية بين خطئه

٤ ادريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، الجزء الثالث، دار الجزيرة للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة ، بغداد، ص ١٤٥.

وبين الضرر. كما أن هذه النظرية لا تمنع من قيام مسؤولية المتبوع حتى لو كان عديم التمييز.

ج. **النيابة القانونية:** يرى أنصار هذه النظرية أن مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع تقوم

على أساس النيابة، وهذه النيابة هي قانونية. ويترتب على ذلك أن التابع هو نائب قانوني عن المتبوع، والمتبوع يسأل عن أعماله كما يسأل الأصيل عن تصرفات نائبه.

لكن يرد على هذه النظرية بأن النيابة بجميع أنواعها لا تكون إلا في التصرفات القانونية، ولا تكون في الأعمال المادية غير المشروعية. [١]

د. **الحلول:** يرى أنصار هذه النظرية أن التابع يحل محل المتبوع، وبالتالي تعد شخصيته امتدادا لشخصية المتبوع. ويترتب على ذلك أن ما يقع من التابع من خطأ، فكأنه قد وقع من المتبوع ذاته.

ويرد على ذلك أن هذه النظرية تقوم على افتراض بعيد عن الواقع، وذلك لأن شخصية التابع لا تعد في الواقع امتدادا لشخصية المتبوع.

ه. **الضمان أو الكفالة:** يرى أنصار هذه النظرية أن المتبوع يعد كفيلا متضامنا عن أعمال التابع تجاه الغير. ويترتب على ذلك أنه إذا ألحق التابع بخطئه ضرر بالغير، يحق للمضرور الرجوع إما على التابع أو على المتبوع أو على كليهما متضامنين. ومصدر كفالة المتبوع في مثل هذه الحال هو القانون لا العقد.

لكن، يرد على ذلك مصدر الكفالة هو العقد لا القانون، وعلاقة التبعية بين المتبوع والتابع يمكن أن تنشأ خارج نطاق العقد، وقد أخذت محكمة الاستئناف الاتحادية بهذه النظرية في بعض قرارتها، وفي بعض الآخر منها أخذت بنظرية الخطأ المفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس [٢].

الفرع الثاني: المسؤولية المدنية عن فعل الغير في القانون العراقي

اشار المشرع العراقي في المادة ٢١٨ من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١

١ اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص٢٢٨.

٢ حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص١٨٣.

[٣] المعدل على انه «(١- يكون الأب ثم الجد ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير)، فهذا النص يحدد نطاق المسؤول شخصياً عمن هم في رعايته بـ (الأب والجد)، وهذا النطاق الضيق المتمثل بالأب والجد لا يجمعهما على سبيل التضامن ، وإنما على سبيل الترتيب فيكون الأب هو المسؤول أولاً ، وعند عدم وجوده لموته أو فقدانه أو لجنونه ، يكون الجد هو المسؤول[٤]،» هذا ما يتضح جلياً في النص المتقدم، إذ إن حرف العطف (ثم) يفيد الترتيب والتراخي بين المعطوف والمعطوف عليه، وورود بين الأب والجد في هذا النص يفيد هذا الغرض، ولا يمكن تفسيره بغير ذلك.

ومن خلال ما سبق يرى الباحث أن هذا النص يثير عدة تساؤلات فما هو الحكم لو كان الصغير في كنف غير الأب أو الجد ؟ كما لو كان في كنف أمه وفي رعايتها ورقابتها، وهو ما يفرضه الواقع في مجتمعنا العراقي فرضاً تعززه نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) المعدل، إذ نصت المادة (٥٧) منه على أن «(الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك ..... ٤- للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته و تعليمه حتى يتم العاشرة من العمر ، وللمحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى إكماله الخامسة عشرة إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية إن مصلحة الصغير تقضى بذلك على ألا يبيت إلا عند حاضنته. ٥- إذا أتم المحضون الخامسة عشرة من العمر يكون له حق الاختيار في الاقامة مع من يشاء من أبويه أو أحد أقاربه لحين إكماله الثامنة عشرة من العمر إذا آنست المحكمة منه الرشد في هذا الاختيار.)»

فبموجب هذا النص يمكن أن يكون الولد في حضانة أمه وفي رعايتها و رقابتها في حالة الفرقة عن الأب حتى مع وجود الجد، وكذا في حال موت الأب ، ويمكن أن تستمر هذه الرعاية حتى بلوغه سن الرشد استناداً إلى المادة (٥٧/ ٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي ، وتسمح الفقرة (٥) من المادة ذاتها للولد أن يقيم عند غير الأبوين بعد إكماله الخامسة عشرة من عمره وحتى إتمامه السنة الثامنة عشرة من عمره [٥] ، وهنا يبدو قصور النطاق الشخصي الذي حددته المادة (٢١٨/ ١) من القانون المدني العراقي ، إذ لا

٣ منشور بالجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) بالعدد (٣٠١٥) في ٨/ ٩/ ١٩٨٥١.

٤ عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء ١ – مصادر الالتزام، الطبعة ٥، مطبعة نديم – بغداد، دون ذكر سنة طبع، ص ٥٤٦.

٥ سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي ، نبيل مهدي زوين، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، الطبعة الخامسة، مكتبة دار السلام القانونية الجامعة، . النجف الأشرف – العراق، 2020 ، ص 269.

يمكـن بموجبهـا مسـاءلة الأم مدنيـاً وتحميلهـا التعويـض عـن الـضرر الـذي يحدثـه الصغـير[١] ، عـلى الرغـم مـن أنهـا تمـارس عليـه الرقابـة الفعليـة وهـي مـن تتـولى رعايتـه وتربيتـه ، ولا يمكـن أن نسـائل الشـخص القريـب الـذي يقيـم عنـده الولـد طبقـاً لنـص المـادة (٥٧/ ٥) لأنـه خـارج النطـاق الشـخصي الـذي حددتـه المـادة (٢١٨ /١) مـن القانـون المدنـي العراقـي ؛ وكذلـك لا يشـمل النطـاق الشـخصي للمسـؤول مدنيـاً عمـن هـم في رعايتـه طبقـاً لنـص المـادة (٢١٨) مدنـي عراقـي، الشـخص الـذي يتـولى رعايـة الصغـير بموجـب اتفـاق ، كمـا في الإيصـاء [٢] أو بموجـب حكـم قضائـي ، فـلا يمكـن مسـاءلة الـوصي المختـار أو المنصـوب أو القيـم الـذي غالبـاً مـا يكـون الأم عـن الـضرر الـذي يحدثـه الصغـير، وإن كان في رعايتهـم فعـلاً ويمارسـون عليـه سـلطة الرقابـة.

وهنـاك جانبـاً مـن الفقـه [٣] يـرى بـأن حكـم المـادة (٢١٨) بنطاقهـا الشـخصي للمسـؤول مدنياً جـاء سـليماً مـن أي نقـص ، لأنـه مقيـد بحكـم المـادة (١٩١) التـي نصـت عـلى مـا يأتـي : «(١ – إذا أتلـف صبـي مميـز أو غـير مميـز أو مـن في حكمهمـا مـال غـيره لزمـه الضمـان في مالـه . ٢– و إذا تعـذر الحصـول عـلى التعويـض مـن أمـوال مـن وقـع منـه الـضرر إن كان صبيـاً غـير مميـز أو مجنـون جـاز للمحكمـة أن تُلـزم الـولي أو القيـم أو الـوصي بمبلـغ التعويـض عـلى أن يكـون لهـذا الرجـوع بمـا دفعـه عـلى مـن وقـع منـه الـضرر . ٣-عنـد تقديـر التعويـض العـادل عـن الـضرر لا بـد للمحكمـة أن تراعـي في ذلـك مركـز الخصـوم.)؛ ذلـك لأنهـم يـرون أنـه يجـب أن تقام مسـؤولية مـن هـو في الرعايـة (الصغـير) أولاً، لأن القانـون المدنـي العراقـي إنمـا جعـل مسـؤوليته ؛ مسـؤولية أصليـة وإن كانـت مخففـة فيجـب الرجـوع عليـه أولاً في اقتضـاء التعويـض مـن مالـه ، وإذا تعـذر الحصـول عـلى التعويـض مـن مالـه فطبقـاً للمـادة (٢/١٩١) يجـوز للمحكمـة أن تُلـزم الـولي أو القيـم أو الـوصي بمبلـغ التعويـض عـلى أن يكـون لهـذا الرجـوع بمـا دفعـه عـلى مـن وقـع منـه الـضرر ، وذلـك فيمـا لـو كان محـدث الـضرر صغـيراً غـير مميـزٍ أو مجنـون» . ويذهـب بعضهـم الى أن « الفقـرة الثانيـة مـن نفـس المـادة، عـدت بعـض الأشـخاص مسـؤولين عـن إتـلاف الصبـي غـير المميـز أو المجنـون لأمـوال الغـير وهـم كلٌ مـن الـوصي أو القيـم أو الـولي عليهـا وأجـازت للمحكمـة

---

١ فاديـة أحمـد حسـن، المسـؤولية عـن الـضرر الـذي يحدثـه الصغـير للغـير في القانـون المدنـي العراقـي، بحـث منشـور في مجلـة كليـة الحقـوق – جامعـة النهريـن، العـدد ٤، المجلـد١٦ ، 2014 ، ص 260 .

٢ عـرف قانـون الأحـوال الشـخصية العراقـي رقـم ١٨٨ لسـنة ١٩٥٩ في المـادة (٧٥) منـه الإيصـاء بأنـه ((إقامة الشـخص غـيره لينظـر فيمـا أوصى بعـد وفاتـه) ونصـت المـادة (34) مـن قانـون رعايـة القاصريـن العراقـي رقـم ٧٨ لسـنة ١٩٨٠ ، عـلى أن الـوصي (هـو مـن يختـاره الأب لرعايـة شـؤون ولـده الصغـير أو الجنـين ثـم مـن تنصبـه المحكمـة عـلى أن تقـدم الأم عـلى غيرهـا وفـق مصلحـة الصغـير فـان لـم يوجـد أحـد منهمـا فتكـون الوصايـة لدائـرة رعايـة القاصريـن حتـى تنصـب المحكمـة وصياً).

٣ فادية أحمد حسن، عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٢٦٠ – 261 .

أن تلزمهم بدفع التعويض عوضاً عنهما في حالة تعّذر حصوله على التعويض من أموال من وقع منه الضرر».[٤]

أن المادة (١٩١) إنما تؤسس للمسؤولية المدنية عن الفعل الشخصي ، إذ إن الصبي المميز أو غير المميز أو من في حكمهما سواء أكان مجنوناً أم معتوهاً إنما يكون مسؤولاً عن فعله الشخصي ويلزم بدفع التعويض من ماله إذا كان له مال وهذا هو الأصل والمبدأ العام في القانون المدني العراقي ، بمعنى أنها مسؤولية قائمة على الخطأ الواجب الإثبات، أما حكم المادة (٢١٨) فإنها جاءت بحكم المسؤولية المدنية عن فعل الغير وإنها قائمة على الخطأ المفترض المتمثل بخطأ الراعي (الأب أو الجد) برعاية ومراقبة وتوجيه من هو في رعايته (الصغير) وشتان ما بين المسؤوليتين، فرقاً يعززه أن المسؤولية في ظل المادة (١٩١) إنما اندرجت في (الأعمال غير المشروعة التي تقع على المال) وهو ما يؤكده صريح الفقرة (١) منها التي نصت على أنه (إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان في ماله .)، في حين جاءت المادة (٢١٨) عامة بالضرر الذي يحدثه الصغير سواء وقع على المال أو على النفس، وقد قضت محكمة تمييز العراق بمبدأ ((١- من أحدث ضرراً يلزم بالتعويض عن فعله الضار المادة (٢٠٢ مدني) ، ٢- الأب مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي يحدثه ولده الصغير المادة (٢١٨/ ١ مدني) بأن «لدى التدقيق والمداولة وجد..... بأن ابن المميز قد رمى ابنة المميز عليه بحجر فأصابها في عينها فسبب حصول ضرر فيها وحيث إن من أحدث الضرر ملزم بالتعويض عن فعله الضار بالنفس بأي نوع من أنواع الإيذاء وذلك استناداً للمادة (٢٠٢) من القانون المدني وحيث أن الفاعل صغير فإن الأب وهو المميز ملزم بتعويض الضرر الذي يحدثه ولده الصغير استناداً إلى الفقرة (١) من المادة (٢١٨) من القانون المدني العراقي...»[٥]

وعليه فأن أن حكم المادة (١٩١) مستقل عن حكم المادة (٢١٨) في إقامة المسؤولية واقتضاء التعويض، لأن المسؤولية القائمة على أساس المادة (١٩١) مسؤولية مخففة [٦] . قد لا تقضي المحكمة بموجبها بالتعويض الكامل ، وهذا مفاد الفقرة (٣) منها التي نصت على ما يأتي : «(عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لا بد للمحكمة أن تراعي في ذلك مركز الخصوم)» في حين أن المسؤولية الموجهة لمتولي الرعاية أو الرقابة في المادة (٢١٨) مسؤولية

٤ عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مكتبة السنهوري – بغداد، ٢٠١٢ ، ص ٢٥٤ .

٥ حكم محكمة بالرقم (٧٨٧ /حقوقية/ 2016) في. نقلاً عن: جمهورية العراق –وزارة العدل محكمة تمييز العراق– المكتب الفني، قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد السادس، القرارات الصادرة سنة 2017، ص ٣٥٩.

٦ بدلالة المادة (١٠٧) من القانون المدني العراقي

كاملــة تتضمــن التعويــض الكامــل.

وتبعــاً لمــا تقــدم ، يتبــين لنــا أن المــادة (١٩١) مــن القانــون المدنــي العراقــي لا يمكــن أن تغطــي النقــص الموجــود في النطــاق الشــخصي للمســؤول مدنيــاً عمــن هــم في رعايتــه عــلى وفــق المــادة (٢١٨) بالكامــل، وذلــك فيمــا يتعلــق بالــوصي أو الــولي أو القيــم مــن دون غيرهــم، مــع اختــلاف الحكــم بالتعويــض وأساســه ونطاقــه بــين المادتــين (١٩١ و ٢١٨)، لــذا لا بــد مــن مراجعــة نــص المــادة (٢١٨) فيمــا يتعلــق بالنطــاق الشــخصي للمســؤول عمــن هــم في رعايتــه، وصياغتــه بصياغــة عامــة مجــردة توســع مــن هــذا النطــاق ؛ لأن العلــة في مســاءلة الشــخص عمــن هــم في رعايتــه تتمثــل بإيجــاد ضمــان حقيقــي يضمــن حصــول المتــضرر عــلى حقــه بالتعويــض ، لمــا يكــون في الغالــب مرتكــب الخطــأ التقصــيري وهــو يحتــاج الى الرعايــة شــخصاً معدمــاً لا يمكنــه دفــع مــا قــد يحكــم عليــه بالتعويــض أو لأنــه عديــم الأهليــة أو التمييــز [١].

المبحــث الثــاني : شروط مســؤولية متــولي الرقابــة والتابــع والمتبــوع أســسـها ونفيهــا

إن مســؤولية متــولي الرقابــة باعتبارهــا مــن حــالات المســؤولية عــن عمــل الغــير لهــا أحكامهــا الخاصــة بهــا والتــي تختلــف عــن أحــكام كل مــن المســؤولية عــن العمــل الشــخصي، والمســؤولية عن الــضرر الناجــم عــن الأشــياء، كمــا أنهــا تختلــف عــن باقــي حــالات المســؤولية عــن عمــل الغــير، وإن كانــت تشــترك معهــا في بعــض الأحــكام. ومــن ثــم يجــب فهمهــا حتــى لا تختلــط بباقــي المســؤوليات ومــن ثــم تضيــع هويتهــا التــي أعطاهــا إياهــا القانــون المدنــي. فمســؤولية متــولي الرقابــة لا تشــمل الحالــة التــي يُلحــق فيهــا الخاضــع للرقابــة ضرراً بنفســه، وأن رقابــة متــولي الرقابــة إمــا أن تكــون قانونيــة أو اتفاقيــة حتــى تتحقــق مســؤوليته.

المطلب الأول: شروط مسؤولية متولي الرقابة ونفيها وأساسها

الفرع الأول : شروط تحقق مسؤولية الرقيب

يلزم لقيام مسئولية متولي الرقابة توافر شروط وهي كما يأتي:

يقصــد بالرقابــة في هــذا المجــال: الإشراف الخاضــع للرقابــة والتوجيــه وحســن التربيــة واتخــاذ الاحتياطــات المعقولــة لمنــع الــضرر . ولا تتحقــق مســؤولية متــولي الرقابــة إلا بتوافــر شرطــين:

١. تولي شخص الرقابة على شخص آخر.

١ نصــت المــادة (١٠٢) مــن القانــون المدنــي العراقــي عــلى أن (ولي الصغــير هــو أبــوه ثــم وصي أبيــه ثــم جــد الصحيــح ثــم وصي الجــد ثــم المحكمــة أو الــوصي الــذي نصبتــه المحكمــة.) عــلى أن حكــم هــذه المــادة قيدتــه المــادة (27) مــن قانــون رعايــة القاصريــن العراقــي رقــم (78) لســنة 1980 ، إذ نصــت بــأن (ولي الصغــير هــو أبــوه ثــم المحكمــة)

٢. ارتكاب الخاضع للرقابة عملا غير مشروع.

فـإذا تحقـق هـذان الشرطـان قامـت مسـؤولية متـولي الرقابـة، وإذا كان الخاضـع للرقابـة غـير مميـز، فتكـون مسـؤولية المكلـف بالرقابـة أصليـة، وتكـون مسـؤولية الخاضـع للرقابـة اسـتثنائية، وإذا كان الخاضـع للرقابـة مميـزًا، فتكـون مسـؤولية المميـز أصليـة، بناءً على المسـؤولية الشـخصية، وتكـون مسـؤولية متـولي الرقابـة تبعيـة عـلى أسـاس المسـؤولية عـن عمـل الغـير. وفيمـا يأتـي سـيتم بيـان هـذه الـشروط.

١- تولي شخص الرقابة على شخص آخر

يفـترض هـذا الـشرط وجـود التـزام بالرقابـة سـواء كان مصـدره القانـون أو الاتفـاق. وبالتـالي، إذا لـم يكـن هنـاك التـزام عـلى عاتـق شـخص بتـولي الرقابـة فـلا تقـوم مسـؤولية متـولي الرقابـة. ويجـب أن تكـون علـة الالتـزام هـي حاجـة الخاضـع للرقابة إلى هـذه الرقابـة، أمـا إذا كانـت الرقابة قائمـة عـلى سـبب غـير ذلـك «مثـل رقابـة حـارس السـجن» فـلا تتحقـق المسـؤولية. .

أ- الشخص الملزم بالرقابة

لا يكفـي لقيـام هـذا النـوع مـن المسـئولية أن يتـولى شـخص بالفعـل رقابـة شـخص آخـر ، بـل يجـب أن يكـون ملزمـاً بهـذه الرقابـة بنـاء عـلى نـص قانونـي أو عـلى اتفـاق . ومـن أمثلـة الرقابـة القانونيـة رقابـة ولي النفـس عـلى القـاصر أو المريـض عقليـاً [٢]، في حـين يمثـل للرقابـة الاتفاقيـة برقابـة معلـم المدرسـة أو المـشرف في الحرفـة عـلى مـن تحـت إشرافهـم مـن القـصر ، رقابـة مديـر مستشـفى الأمـراض العقليـة عـلى مرضـاه ، ورقابـة الممرضـة التـي يتعاقـد معهـا المعـاق جسـدياً للعنايـة بـه .[٣]

والالتـزام بالرقابـة قـد لا يثبـت في ذمـة شـخص واحـد عـلى الـدوام ، بـل يمكـن أن ينتقـل مـن شـخص لآخـر ، فـكل مـن تجـب عليـه في وقـت مـا تربيـة مـن يحتـاج لذلـك مـن الغـير ، توجيهـه ، متابعـة وضبـط سـلوكه والإشراف عليـه ، يكـون هـو المسـئول عـن النتائـج الضـارة لأفعالـه . فالقـاصر يكـون في بيتـه في رقابـة ولي النفـس عليـه ، وهـو أبـوه أو كل مـن يعهـد لـه بتربيتـه وتقويـم سـلوكه مـن جـد ، أخ أكـبر، وعـم أو أم ، سـواء وجبـت الرقابـة عليهـا قانونـاً لكـون الصغـير في حضانتهـا بعـد طلاقهـا ، أو ثبتـت لهـا باتفـاق ضمنـي لغيـاب زوجهـا في سـفر أو نحوه . في حـين يدخـل القـاصر في رقابـة المسـئول عـن المدرسـة طـوال الفـترة التـي يقضيهـا فيهـا أو

٢ حيدر علي النصر الله – معوقات المسؤولية المدنية الناتجة عن الضرر الجسدي – رسالة ماجستير – جامعة النهرين – ٢٠٠٥- ص ١٥٩.

٣ انشاء عبد اللطيف عبد القادر – مسؤولية الاب والجد المدنية عن اعمال الصغير الضارة – بغداد – ١٩٨٥ – ص ٥٧.

توابع هذه الفترة ، كما في وقت الذهاب من وإلى المدرسة إذا كان ذلك في واسطة نقل تابعة لها أو وقت الرحلات التي تنظمها المدرسة. كما تنتقل الرقابة على القاصر إلى رب العمل أثناء أداءه العمل لمصلحته .[١]

وتنتقل رقابة المرأة القاصر عند زواجها من وليها إلى زوجها ، ما لم يكن الزوج نفسه بحاجة للرقابة لكونه قاصراً مثلاً ، حيث يكون هو وزوجته عندئذ في رقابة وليه ، ما لم تنتقل الرقابة من الولي إلى الغير كالمدرسة . كما تنتقل الرقابة على المريض عقلياً من ولي النفس إلى مدير المصحة أو مستشفى الأمراض العقلية الذي يودع فيه . وتنتقل الرقابة على المعاق جسدياً من وليه إلى دار رعاية المعاقين أو دار رعاية العجزة ، في الفترة التي يقضيها في الدار . [٢]

ب- الشخص الخاضع للرقابة

الإلزام بالرقابة أساسه وجود شخص بحاجة إلى هذه الرقابة . والحاجة إلى الرقابة أسبابها عديدة ، غير أن المشرع قد حصر أسبابها التي تؤدي إلى سريان أحكام المسئولية عن فعل الغير بما يلي : القصر ، الحالة العقلية ، والحالة الجسمية . أما إذا كانت الحاجة إلى الرقابة راجعة إلى سبب آخر ، فلا محل لإعمال هذا النوع من المسئولية ، فإدارة السجن مثلاً غير مسئولة عن الأفعال الضارة للسجناء ، مع أنها ملزمة قانوناً بحراستهم والرقابة عليهم [٣].

الحالة الأولى: القصر:

ومن ذلك فان كل شخص لم يبلغ سن الرشد الذي حددته المادة (١٠٥) مدني بأنه ثمانية عشر سنة كاملة تحتسب من تاريخ تمام ولادته حياً على وفق أحكام المادة (٤٥) مدني التي اعتبرت ذلك ابتداء الشخصية الطبيعية للإنسان وتنتهي بموته، كما إن المادة (٣) من قانون رعاية القاصرين أشارت إلى سن الرشد. فهذه الأوصاف المعتمدة ببيان مفهوم القاصر لم تكن مطلقة بل يرد عليها استثناء ومنها ما يلي : [٤]

---

١ جبار صابر طه – اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر – رسالة ماجستير – جامعة بغداد – كلية القانون – ص ٨٦.

٢ محمد سعيد احمد الرحو ، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية عن الأشياء غير الحية ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون، جامعة بغداد، الناشر دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن ، ٢٠٠١ – ص٩٦.

٣ اياد عبد الجبار ملوكي، المسؤولية عن الأشياء وتطبيقاتها ، رسالة دكتوراه، كلية القانون ، جامعة بغداد، ١٩٨٠ ، مطبعة بابل العراق – ص ٧٢.

٤ عبدا لمجيد الحكيم, عبدا لباقي البكري, محمد طه بشير, الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي. الجزء الأول في مصادر الالتزام. المكتبة الوطنية بغداد. ط ٢٠٠٩، ص ١٦٤.

1. الإنسان الذي لم يبلغ سن الثامنة عشر من عمره لا يكون بحكم البالغ العاقل الرشيد ويستثنى من ذلك القاصر في حالة تمامه الخامسة عشر من عمره وزواجه بإذن المحكمة المختصة، إذ يعتبر حينئذ بالغ سن الرشد على وفق أحكام المادة (الثامنة) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨) لسنة (٥٩) المعدل.
2. عند فقد الإرادة والأهلية التي جاء بها القانون لوصف الإنسان بالقاصر حتى بعد بلوغه الثامنة عشر من العمر لا ترد على سبيل الإطلاق بل إن الفترات الزمنية التي تعود أهلية ذلك الإنسان فانه يكون عاقلاً بالغاً رشيداً ومنها حالات الجنون فإنها من عيوب الإرادة ويكون الموصوف بها قاصراً إلا انه في حالات الإفاقة من الجنون يكون عاقلاً بالغاً وله ما للآخرين من حقوق وعليه ما عليهم من واجبات، ومن ذلك يتبين إن (الأهلية) هي الأساس في تحديد مفهوم القاصر ويدور معها البلوغ والرشد وجوداً و عدماً، بغض النظر عن العمر الزمني للإنسان. لأن المشرع حينما حدد سن البلوغ في سن الثامنة عشر لم يعتبر هذا إلا بعد أن دلت الوقائع والدراسات على كمال النمو العقلي للإنسان عند هذا السن والدليل على ذلك إن بعض التشريعات تعتبر سن البلوغ اكثر من ذلك أو اقل كل حسب التكوين الجسماني والطبيعة البيئية للمجتمعات والبلدان. والتفت المشرع العراقي إلى ذلك في المادة (١٧) مدني حينما أشار إلى إن الأهلية تحددها قوانين جنسية المواطن، ففي البلدان التي تعتبر تمام الأهلية في سن اكبر من المحدد في القانون العراقي فان تصرف المواطن الذي لم يكمل هذه السن بحكم تصرفات القاصر ويخضع للأحكام والقواعد المنظمة له مما قد يخلق حالة من الالتباس على المواطن العراقي الذي يعتقد إن سن البلوغ مثلما معتمد لديه ويتعامل مع ذلك الأجنبي على أساس كمال الأهلية وتحوطاً لمثل هذا الأمر اعتبر المشرع العراقي ذلك سبباً مخفياً على المواطن العراقي ولا يؤثر في السلوك والتصرف ويكون ذلك الأجنبي يحكم البالغ من هذه الناحية فقط على وفق أحكام الفقرة (٢) من المادة (١٧) مدني. [٥]

الحالة الثانية: الحالة العقلية:

والمقصود بذلك أن يبلغ الشخص سن الرشد ثم يصاب بعارض من العوارض العقلية كإصابته بجنون أو عته أو أية عاهة أخرى تؤثر في سلامة عقله وفى هذه الحالة يكون هذا الشخص في حاجة إلى الرقابة.

٥ محمود سعد الدين شريف، شرح القانون المدني العراقي نظرية الالتهام ، ج - ١ ، في مصادر الالتزام ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٥ ، ص ٣٩٩.

الحالة الثالثة: الحالة الجسمية:

يعتبر الشخص في حاجة إلى الرقابة كذلك ولو كان بالغا سن الرشد وكان عقله سليما متى كانت حالته الجسمية تستدعى هذه الرقابة كما لو كان ضريراً أو مقعدا أو مشلولا.[١]

ويرى البعض، «أن إدخال الحالة الجسمية للشخص ضمن حالات الحاجة إلى الرقابة ليس مفهوما، ذلك أن مسئولية متولي الرقابة مقررة لمصلحة المضرور تسهيلا لحصوله على التعويض في الحالات التي يخشى فيها أن يسبب المشمول بالرقابة ضرر للغير ، وهذه الخشية متوافرة في حالة ما إذا كان المشمول بالرقابة قاصرا ، أو كان في حالة عقلية غير سليمة، أما إذا كان المشمول بالرقابة بالغا وكان عقله سليما ولكن جسمه غير سليم كالمصاب بشلل أو بفقد البصر، فإن الرقابة تشمل هذا الشخص حماية له أي لمنع حصول ضرر له وليس لمنع حصول ضرر منه. [٢]

وقد ينشأ الالتزام بالرقابة بمقتضى الاتفاق، وهو يكون كذلك إذا كانت الرقابة بسبب الحالة العقلية، وأودع الشخص في مصحة للأمراض العقلية بناء على اتفاق بين ذويه ومالك المصحة، ولكن إذا كان المريض قد أودع المصحة كتدبير واقي من المصابين بقواهم العقلية وفقا لأحكام القانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٩٤ إذا كان من شأن ترك المريض حرا الإخلال بالأمن أو النظام أو يخشى منه على سلامة المريض أو سلامة الغير فإن حجز المريض يكون وفقا لنص القانون وتكون إدارة المصحة مكلفة برقابته قانونا وليس اتفاقاً.[٣]

الفرع الثاني : الأساس الذي يقوم عليه مسؤولية متولي الرقابة ونفيها

أولا: أساس مسئولية التابع والمتبوع

اختلفت الآراء حول الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه ، حيث هناك عدة نظريات التي قيلت لتحديد أساس قانوني لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه ، وهي نظرية الخطأ المفترض ، ونظرية تحمل التبعة ، ونظرية النيابة، ونظرية الحلول ، ونظرية الضمان ، وسنبحث في هذه النظريات في النقاط التالية .

---

١ رمضان محمد ابو السعود ، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٤، ٨٢.

٢ مقدم السعيد ، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية ، دراسة مقارنة ، دار الحداثة للطباعة والنشر لبنان ، بلا سنة طبع، ص ٥٩.

٣ منذر الفضل ، الضرر المعنوي في المسؤولية المدينة ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية التي تصدرها كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد ، المجلد السادس ، العددان الاول والثاني ، ١٩٨٧، ص ١٤٩.

1- **نظريــة الخطــأ المفــترض :** هــذه هــي النظريــة التقليديــة وتذهــب الى أن مســؤولية المتبــوع تقــوم عــلى أســاس خطــأ مفــترض مــن جانبــه ، وهــو خطــأ في الرقابــة والتوجيــه أو خطــأ في الإختيــار أو كليهمــا ، وهــذا الخطــأ مفــترض إفتراضــا لا يقبــل إثبــات العكــس. وينتقــد هــذه النظريــة مــن حيــث إذا كانــت مســؤولية المتبــوع مبنيــة عــلى خطــأ مفــترض غــير قابــل لإثبــات العكــس، لأمكــن التخلــص مــن المســؤولية إذا نفــي علاقــة الســببية بــين الخطــأ المفــترض في جانبــه وبــين الــضرر الــذي وقــع، كمــا لــو أثبــت أن الــضرر كان واقعــا حتــى لــو بــذل مــا بوســعه مــن العنايــة في الرقابــة والتوجيــه وهــذا مــا لا يســتطيع فعلــه ، هــذا ويؤخــذ عليهــا بأنــه لــو كان المتبــوع عديــم التمييــز لمــا أمكــن إفــتراض خطــأ في جانبــه ولمــا قامــت مســؤوليته عــن أعمــال تابعــه ، بينمــا المســلم أن المتبــوع عديــم التمييــز يكــون مســؤولا عــن أعمــال تابعــه [٤].

2- **نظريــة تحمــل التبعــة :** ذهــب أنصــار هــذه النظريــة الى تأســيس مســؤولية المتبــوع عــلى فكــرة تحمــل التبعــة، فالمتبــوع يســتخدم التابــع . وينتقــد هــذه النظريــة مــن يوســع نشــاطه ويجنــى غنمــا مــن نشــاط تابعــه فعليــه أن يتحمــل تبعــة الغــرم الــذي ينشــأ عــن هــذا النشــاط حيــث أنــه اذا اخــذت فكــرة تحمــل التبعــة أساســا للمســؤولية ، فيجــب أن نعتــبر المتبــوع مســؤولا عــن جميــع الأعمــال التــي يقــوم بهــا التابــع في ممارســة وظيفتــه ســواء أكانــت هــذه الأعمــال خاطئــة أو مجــردة عــن خطــأ، لكــن الأمــر ليــس كذلك اذ القانــون يشــترط لتحقيــق مســؤولية المتبــوع أن يقــع خطــأ مــن التابــع، وكمــا يؤخــذ عليهــا بأنــه إذا كانــت مســؤولية المتبــوع تقــوم عــلى أســاس تحمــل تبعــة نشــاط تابعــه الــذي يســتفيد منــه لمــا كان لــه حــق الرجــوع عــلى التابــع ، بينمــا يســمح لــه القانــون الرجــوع عليــه بمــا دفــع عنــه مــن التعويــض .[٥]

3- **نظريــة النيابــة :** تذهــب هــذه النظريــة الى تأســيس مســؤولية المتبــوع على أســاس النيابــة، فالتابــع ينــوب عــن المتبــوع نيابــة قانونيــة ، لذلــك يكــون المتبــوع مســؤولا عــن أعمــال تابعــه كمــا يكــون الأصيــل مســؤولا عــن التصرفــات التــي يبرمهــا نائبــه . لكــن يعــاب عــلى هــذه النظريــة بأنهــا تطبــق النيابــة عــلى الأعمــال الماديــة في حــين النيابــة لا تكــون إلا في التصرفــات القانونيــة ، وكمــا يؤخــذ عليهــا أنهــا لا تعطــى تبريــر لأمكانيــة رجــوع المــضرور عــلى التابــع بالإضافــة إلى رجوعــه عــلى المتبــوع، حيــث كان ينبغــي أن يقتــصر رجــوع المــضرور عــلى المتبــوع بوصفــه الأصيــل ، ولمــا أمكــن رجوعــه عــلى النائــب التابــع . لذلــك فــإن هــذه النظريــة تقــوم عــلى حيلــة قانونيــة لا أســاس لهــا في الواقــع، وكما

٤ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٨٦.

٥ عاطف النقيب ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء ، منشورات عويدات ، ١٩٨٠، ص ٧٣.

لوحظ على هذه النظرية أنها لا تقدم تفسيرا لمسؤولية المتبوع عن الفعل الضار الذي يرتكبه التابع في حالة تجاوزه حدود الوظيفة الموكولة اليه، وبالتالي مخالفا الأوامر والتعليمات الصادرة من المتبوع، حيث تفترض في النيابة دائما أن النائب يعمل في حدود التعليمات التي يتلقاها من الأصيل ، الأمر الذي يفهم منه أن الأصيل المتبوع لا يسأل الا عن الأعمال التي يرتكبها النائب التابع في حدود نيابته فقط[١] .

4- **نظرية الحلول:** ذهب أنصار هذه النظرية الى إقامة مسؤولية المتبوع على فكرة الحلول ، ويرى بأن التابع يمثل امتدادا لشخصية المتبوع في ممارسة اختصاصاته ، ويحل محل المتبوع في تنفيذ المهمة التي أوكل اليه القيام بها ، بحيث فعل التابع يصبح بمثابة فعل المتبوع نفسه [٢]، وما يقع من افعال ضارة من التابع فكأنما وقع من المتبوع ، وبذلك يسأل المتبوع عن الخطأ الذي يصدر من التابع باعتباره صادر من المتبوع نفسه، لكن ينتقد هذه النظرية بأنها تقيم مسؤولية المتبوع على أساس إفتراض ومجاز وهو اعتبار شخصية التابع إمتدادا لشخصية المتبوع الذي ليس له واقع ، وكما يؤخذ عليها بأنها جعلت خطأ التابع خطأ المتبوع تلقائيا ، لكن الخطأ لا ينسب الا الى الشخص الذي وقع منه [٣].

5- **نظرية الضمان:** هذه النظرية هي الراجحة، وتذهب الى أن أساس مسؤولية المتبوع هو الضمان، فالمتبوع يعتبر في حكم الكفيل المتضامن فيما يرتكب تابعه من خطأ، والكفالة هنا كفالة تضامنية ومصدرها القانون وليس العقد. ويجوز للمضرور أن يرجع على المتبوع قبل أن يرجع على التابع ، وإذا رجع على المتبوع فلهذه الأخيرة أن يرجع على التابع كما يرجع الكفيل على المدين الاصلي بما وفاه عنه ويعتبر هذه النظرية في نظرنا أساسا سليما لمسؤولية القائم بالعمليات النفطية عن أعمال تابعه ، لأنه يعطي المتضرر ضمانا أكثر للوصول الى حقه من التعويض.[٤]

ثانيا: آثار مسؤولية المتبوع عن فعل التابع

يترتب عن الأعمال الضارة الناتجة من التابع عند قيام مسؤولية المتبوع عن أعمال

---

١ محمد سعيد احمد الرحو ، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية عن الأشياء غير الحية ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون، جامعة بغداد، الناشر دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن ، ٢٠٠١، ص ١٠٢.

٢ اياد عبد الجبار ملوكي، مصدر سابق، ص ٩٨.

٣ محمد نصر رفاعي ، مصدر سابق، ص ٩٥.

٤ عبد الوهاب محمد عبد الوهاب محمود ، المسؤولية عن فعل الغير تأصيل لقواعد المسؤولية المدنية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، الجامعة المستنصرية، ٢٠٠٩، ص ٦٢.

تابعه رجوع أطراف هذه العلاقة على بعضهم البعض، وينتظم هذا الرجوع في علاقات ثلاث ترسم منحى المطالبة بالحقوق المدنية. ووفقا لذلك سوف يتم تناول رجوع المتضرر على المتبوع من جهة، ثم رجوعه على التابع من جيه أخرى، وأخيراً رجوع المتبوع على التابع.

1- حق المضرور في الرجوع على التابع والمتبوع بدعوى التعويض

عند توافر الشروط الثلاثة للمسؤولية يكون هنالك مسؤولان أمام المضرور: المسؤول الأصلي، وهو التابع، والمسؤول بالتبعية. وهو المتبوع يكون على المضرور بالخيار بين أن يرجع على التابع أو على المتبوع أو كلاهما فيكونان ملتزمين أمام المضرور بالتعويض بالتضامن فيما بينهما، وهو يعتبر في حكم الكفيل المتضامن كفالة يكون مصدرها القانون.

1. رجوع المضرور على المتبوع:

كما هو معلوم فإن مسؤولية المتبوع عما يسببه التابع من أضرار للغير مسؤولية مفترضة، والتي لا تقبل إثبات عكسه، ولكونها مسؤولية تبعية، لا تتم إلا بتوافر مسؤولية التابع؛ أي أنها مرتبطة معها عدماً أو وجوداً واذا كان الأمر كذلك يحق للمضرور القيام برفع دعوى على المتبوع لطالبته بالتعويض عما ارتكبه تابعه من ضرر له، وكلما تحققت الشروط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة (٢١٩) من القانون المدني العراقي، والتي تنص على « لمن أدى التعويض أن يرجع بما دفع على المحكوم عليه به».

إن محاسبة أو مساءلة المتبوع عن أعمال تابعه الضارة بالآخرين، لا ينبغي أن يكون هذا التابع ممثلا في الدعوى المرفوعة من قبل المضرور لمطالبة المتبوع بتعويضه، ما دام أن خطأ التابع قد ثبت والموجب لمساءلة المتبوع [٥].

يحق للمضرور الرجوع على المتبوع، وذلك من أجل المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه جراء خطأ التابع بدعوى المسئولية [٦] ؛ و كما يجوز أيضا للمتبوع طلب إدخال التابع في الدعوى المرفوعة عليه؛ و ذلك ليتم الحكم على التابع بما قد يحكم به من تعويض للمضرور [٧] ، وفي هذه الحالة يحكم القاضي بإلزام المتبوع بدفع مبلغ التعويض

٥ خولة كاظم محمد المعموري ، مسؤولية المقاول والمقاول الفرعي ، بحث منشور في مجلة بابل للعلوم، ٢٠١٦، الانسانية تصدرها جامعة بابل ، المجلد ٢٤ ، ع ١، ص ٢٣٤.

٦ عبد المجيد الحكيم، الأستاذ عبد الباقي البكري، الأستاذ محمد طه البشير،الوجيز في نظرية الالتزام ، القانون المدني العراقي، ج ١ مصادر الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٠، ص ١٩٦.

٧ سعدون العامري – تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية – منشورات مركز البحوث القانونية بغداد – ١٩٨١،

للمضرور كما يحكم أيضا في نفس الوقت وفي ذات الدعوى بإلزام التابع بتقديم تعويض للمتبوع؛ ولكن لا يمكن تنفيذ هذا الحكم على التابع في هذه الحالة إلا بعد أن يدفع المتبوع التعويض المحكوم به للمضرور [١].

إذا كان الفعل المرتكب و الذي قام به التابع يرتب جريمة جنائية وادعى المضرور بالحق المدني أمام المحكمة المختصة بنظر الدعوى وهي المحكمة الجنائية التي تنظر بشأنه، فإنه يمكن مقاضاة المتبوع أمام القضاء الجنائي لكونه مسؤول مدني إلا أن تلك المسؤولية تستوجب أولاً القيام بإثبات خطأ التابع؛ ويحق مخاصمة المتبوع بمفرده أمام القضاء المدني.[٢]

لقد استقر قضاء محكمة التمييز على أنه: (نظراً لأن مسؤولية المتبوع مسؤولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور قائمة على فكرة الضمان القانوني فأن للمضرور أن يرجع مباشرة على المتبوع بتعويض الضرر الناتج عن أعمال تابعه غير المشروعة؛ دون حاجة إلى إدخال التابع في الدعوى، ولا تلتزم المحكمة بتنبيه المتبوع إلى حقه في إدخال تابعه ولا يوجد في القانون ما يقوم بإلزام باختصام التابع والمتبوع كلاهما في دعوى تعويض عن افعال غير المشروع. [٣]

ب- رجوع المضرور على التابع

بإمكان المضرور الرجوع مباشرة على التابع بالتعويض عن الضرر الناتج عن الفعل غير المشروع الموجه اليه [٤]، و ذلك من أجل الحصول على التعويض الناتج عن الضرر الذي أصابه نتيجة الخطأ الذي صدر من التابع، وذلك على أساس المسؤولية الشخصية للتابع لكن في هذه الحالة لا يجوز للتابع الحق في طلب إدخال المتبوع في المحاكمة [٥] ؛ بمعنى آخر

ص ٦٦.

١ جمعة سعدون الربيعي – المرشد إلى اقامة الدعوى المدنية – دراسة عملية معززة بقرارات محكمة التمييز – بغداد – ط١ – ١٩٩٢، ص ٦٥.

٢ سعدون العامري ، مصدر سابق، ص ٦٨.

٣ عامر غانم العلواني – تعدد الاسباب واثره في المسؤولية المدنية – رسالة دكتوراه – جامعة النهرين كلية الحقوق – ٢٠١٢، ص ٨٤.

٤ زينة كاظم حسون – اثر السبب الاجنبي في المسؤولية المدنية – رسالة ماجستير جامعة النهرين – ٢٠٠٥، ص ٨٨.

٥ خولة كاظم محمد المعموري ، مصدر سابق، ص ٢٣٨.

أن المضرور يدع طريق الرجوع على المتبوع، وهو من الأمور النادرة، لأن هذا الطريق أسهل في الاثبات من ناحية افتراض الخطأ وهذا ضمانة في الحصول على التعويض [٦]

وكذلك فأن إن المضرور دائماً يختار طريق الرجوع على المتبوع بدلاً من رجوعه على التابع، وذلك باعتبار أن المتبوع يكون عادة قادراً على دفع الضمان فلا يتعرض المتضرر لمخاطر إعسار التابع، هذا في الواقع هو السبب الحقيقي في أن يجعل القانون المتبوع مسؤولاً بجانب التابع عن أعمال هذا الأخير فقد أراد أن يقتنص أوسع فرصة ليتمكن من التعويض واذا كان المضرور قادراً من تلقاء نفسه الرجوع إلى التابع وفقا لما يكون واضحاً له محققاً لمصالحه، فلا يكون للتابع أن يطلب إدخال المتبوع، أو أن تقع المسؤولية عليه إلا إذا ثبت اشتراك المتبوع في الخطأ الذي سبب الضرر فيعتبر الكفالة أو الضمان، مقرر لصالح المضرور وحده فقط دون غيره، فان تنازل المضرور عنه لم يدخل المتبوع؛ فلا يمكن للتابع أن يحل محله في الاستفادة من الضمان، و لا يجوز الاتفاق بين المضرور و المتبوع على الرجوع على التابع فقط، ومن ثم إعفاء المتبوع من المسؤولية؛ فتعتبر أحكام مسؤولية المتبوع، مثل أحكام المسؤولية التقصيرية ، والتي تتعلق بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على التخفيف أو الإعفاء منها [٧].

ج- الرجوع على التابع و المتبوع

يحق للمضرور أن يختصم كل من المتبوع والتابع معاً على أساس مسؤولية المتبوع عن فعل التابع، و يلتزم الاثنان بالتعويض بالتضامن، و الانفراد بينهما. واذا وجد أكثر من تابع في الخطأ أو أكثر من متبوع للتابع أو التابعين يصح للمضرور اختصامهم جميعاً متضامنين [٨] ، وبصورة أخرى يجوز للمضرور الرجوع على التابع والمتبوع معاً بدعوى؛ بكونهم مشتركين في المسؤولية، عملاً بقاعدة مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة، وفي هذه الحالة يلتزم التابع والمتبوع بالتعويض على أساس التضامن بينهما [٩] ؛ ولكن يلاحظ أنه قد يكون التابع شريكا فيً الخطأ؛ ففي هذه الحالة يجوز للمضرور الرجوع على المتبوع، والتابع وشريك التابع جميعاً متضامنين في التعويض، كما يصح لو أن يرجع على المتبوع مباشرة، كما يصح لهذا الأخير الرجوع إلى التابع وشريكه.

٦ عامر غانم العلواني ، مصدر سابق، ص ٨٥.

٧ محمد يوسف الزغبي – مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الاردني – بحث منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات – المجلد الثاني – العدد الاول – ١٩٨٧، ص ٢٣٣.

٨ جبار صابر طه ، مصدر سابق، ص ١٤٢.

٩ عبد الوهاب محمد عبد الوهاب محمود ، مصدر سابق، ص ٦٦.

وبناء على ما سبق فإن القانون قد منح للمضرور كامل الحرية في اختياره على من يرفع الدعوى من المسؤولين الثلاثة (التابع أو المتبوع أو شريكهما أو جميعهم معا)[١].

وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية، انه بتاريخ الحادث المطالب بالتعويض عنه والموافق ٢٠١٤/٥/٢٢ راجع المدعي مفوضية الانتخابات المستقلة في محافظة المثنى لتقديم الطعن بنتائج الانتخابات نيابة عن شقيقه المرشح (ح. خ. خ) وقد رفض الموظف المسؤول عن الطعون تسلم الطعن منه لوجود تعليمات توجب تقديم الطعن من المرشح مباشرة او من رئيس كيانه الا ان المدعي لم يمتثل للتعليمات واجابة الموظف المسؤول واصرّ على قبول الطعن واخبره بانه في حالة عدم قبول الطعن سيقيم الشكوى ضدهم واثناء ذلك صادف وجود مدير الشؤون القانونية الموظف (ع. م. ع) والذي توجد بينه وبين المدعي خلافات وخصومة سابقة وعلى اثر تدخله في الموضوع لغرض ايضاح الامور للمدعي والطلب منه مغادرة مبنى الدائرة حصلت مشادة كلامية بينهما تبادلا خلالها الاقوال أحدهما ضد الاخر تطورت بعدها إلى قيام الموظف المذكور بالاعتداء على المدعي بالسب والشتم وقد تمت ادانته من محكمة جنح السماوة عن هذا الاعتداء على وفق المادة ٤٣٤ من قانون العقوبات والحكم عليه بغرامة مالية مقدارها مليون دينار وذلك لتحقق المسؤولية التقصيرية للمتبوع على وفق المادة ٢١٩ من القانون المدني صدور الخطأ من التابع اثناء قيامه بخدمة متبوعه (اثناء تأدية وظيفته) وبعبارة اخرى ان يكون خطأ التابع قد صدر وهو يؤدي واجباً معهود اليه القيام به بحكم الوظيفة ومرتبطاً بالنشاط الذي يبذله في اداء ذلك الواجب وبناءً على توجيهات صادرة له من المتبوع او تحقيقاً للغاية التي كلفة بها ولو لم يحدد له الوسائل التي توصله إلى تلك الغاية وإذ ان فعل الاعتداء الذي صدر من التابع والمطالب بالتعويض عنه من المتبوع وعلى وفق ما اظهرته وقائع الدعوى كان نتيجة خلافات وخصومة سابقة بين المعتدي والمعتدى عليه وبسبب المشادة الكلامية التي حصلت بينهما وما تلفظ به المدعي كذلك من الفاظ بحق التابع مما يجعل الخطأ المنسوب اليه خطأً شخصياً واجنبياً عن الوظيفة ويخرج من نطاق مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه حتى وان حصل وقت العمل وفي الدائرة التابعة للمدعى عليه/ إضافة لوظيفته مادام لم يكن مرتبطاً بالنشاط الذي يبذله التابع في اداء واجب وظيفته وبناءً عليه يتحمل الشخص الذي صدر منه فعل الاعتداء مسؤولية تعويض ما اصاب المعتدى عليه من ضرر بسبب فعله الشخصي وليس المتبوع (المدعى عليه) إذ لم يكن فعل الاعتداء مرتبطاً بالنشاط الوظيفي وبذلك تكون دعوى المدعي التي انصبت على مطالبة المدعى عليه/ إضافة

١ محي هلال السرحان – القواعد الفقهية ودورها في اثراء التشريعات الحديثة – بغداد ١٩٨٦ – ١٩٨٧، ص ٧٥ – ٧٦.

لوظيفته بتعويضه عن الاضرار التي اصابته نتيجة فعل الاعتداء موضوع الدعوى الجزائية المشار اليها أعلاه واجبة الرد لافتقارها إلى السند القانوني وهذا ما قضى به الحكم المميز مما يقتضي تصديقه لموافقته للاصول وأحكام القانون لذا واستناداً للمادتين ٢١٠/٢ و٢١٨ مرافعات مدنية قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي واسبابه وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالأتفاق [٢] .

لذا يتضح أن يتحمل الشخص الذي صدر منه فعل الاعتداء مسؤولية ما اصاب المعتدى عليه من ضرر بسبب فعله الشخصي وليس المتبوع (المدعى عليه) اذا لم يكن الاعتداء مرتبطا بالنشاط الوظيفي .

٢- رجوع المتبوع على التابع بما دفعه للمضرور

أوضحت المادة (١١٤٧) من القانون المدني الفرنسي على انه (لمن أدى التعويض أن يرجع بما دفع على المحكوم عليه [٣] ؛ فإذا رأت المحكمة أن تلزم المتبوع بدفع الضمان، وذلك بطلب من المضرور، عند إذ يصح لمن قام بتأدية الضمان أن يرجع بما قام بتأديته على التابع [٤] ، من المادة السابقة يلاحظ أنه إذا نشأت مسؤولية التابع على أساس خطأ واجب الإثبات، استفاد المتبوع من فعل المضرور في إثبات فعل التابع، فلا يقوم بمطالبته بإقامة الدليل عليه مرة أخرى.

أما في حالة قيام هذه المسؤولية على أساس خطأ مفترض كما لو كان التابع في مركز المكلف بالرقابة، فلا يستفيد المتبوع من قرينة الخطأ المفترض؛ لأنها مقتصرة على العلاقة الكائنة بين المضرور و التابع، ويتعين عليه في هذه الحالة إثبات خطأ التابع، وجميع هذه الأحكام لا يؤخذ بها، أما إذا رأت المحكمة أن تلزم المتبوع بناءً على طلب من المضرور بدفع الضمان، عندئذ يحق لمن قام بتأدية الضمان أن يرجع بما قام بتأديته على التابع، فلا حاجة لرجوع المتبوع على التابع لاسترجاع مبلغ التعويض الذي دفعه للمضرور إلى إثبات مسؤولية التابع؛ لأن مسؤولية المتبوع هي مسؤولية احتياطية في هذا القانون فهي قائمة على أساس فكرة كفالة المتبوع للتابع [٥].

---

٢)) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٤٠/ الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٧ ،غير منشور.

٣ مصطفى العوجي – القانون المدني – الجزء الثاني – المسؤولية المدنية – ط٢ – ٢٠٠٤ – منشورات الحلبي الحقوقية، ص١٤٢.

٤ علاء سليم العامري – حالات ابطال الدعوى في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ – موسوعة القوانين العراقية – الطبعة الاولى – ٢٠٠٧، ص ٤٥.

٥ سمير قزاز ، مصدر سابق، ص ٥٩.

ويتحدد نطاق رجوع المتبوع على التابع في ضوء عده احتمالات وهي كالآتي:

1. يرجع بكل ما دفعه للمضرور وذلك إذا ثبت أن الخطأ الذي سبب الضرر صدر من التابع وحده فهنا يكون حكم التعويض عندئذ حجة عليه، ولا يحق للتابع أن يجادل المتبوع في مبلغ التعويض الذي دفعه المتبوع ؛ لأنه هو المتسبب في الخطأ ولم يشاركه أحد فيتحمل بذلك الجرم الذي ارتكبه[١].
2. يرجع ببعض ما دفعه فقط فإذا ثبت اشتراك التابع والمتبوع في الخطأ فيكون كل منهما عندئذ مسؤولاً عن التعويض بمقدار ما أحدثه من ضرر، وبالتالي لا يرجع المتبوع على التابع إلا بجزء من التعويض يساوي مقدار الخطأ الذي ارتكبه في إحداث الضرر.
3. لا يرجع المتبوع على التابع بشيء مما دفع للمضرور ، وذلك إذا ثبت أن الخطأ الذي ارتكبه للمضرور استغرق حقه كاملاً من التابع ؛ فهنا يكون المتبوع عندئذ مسؤولاً وحده عن التعويض[٢]، ويحق للمتبوع الرجوع على تابعه مرتكب الضرر بالتعويض الذي سدده للمضرور، وذلك كما هو الحال في رجوع الكفيل المتضامن على المدين الذي قام بكفالته، فالتابع يظل مسؤولاً وحده عن فعل غير مشروع منسوب إليه، وليس لو أن يحمَّل المتبوع منه شيئاً، لأنه مسؤول عنه وليس مسؤولاً معه.

ولرجوع المتبوع على التابع يشترط عدة شروط وهي كالآتي:

أ. يجب على المتبوع أن يكون قد وفى بالفعل التعويض المحكوم به لصالح المضرور.

ب. حق المتبوع في المطالبة بكل ما قام بدفعه بالفعل إذا كان الخطأ الذي سبب الضرر هو خطأ التابع.

ج. يجب على المتبوع إثبات خطأ التابع ولا تكون صعوبة ثائرة إذا كان المضرور قد قام بإثبات هذا الخطأ عند رجوع المضرور بالتعويض على المتبوع.

وخلاصة الأمر، يرجع المتبوع على التابع بدعوى حلول: أي يحل محله في نفس الحق، ذلك أن المتبوع عندما يدفع التعويض للمضرور، فإنه يحل محله في نفس الحق وينتقل إليه هذا الحق بما يرد عليه من دفوع.

---

١ مصطفى العوجي مصدر سابق، ص١٤٥.

٢ عبد الوهاب محمد عبد الوهاب محمود ، مصدر سابق، ص ٦٧.

الخاتمة

من خلال الدراسة التي قمنا بها تحت عنوان «المسؤولية المدنية عن فعل الغير في القانون المدني العراقي» تبين بان المسؤولية عن عمل الغير ماهي إلا استثناء عن الأصل وهو أن الشخص لا يسأل إلا عن فعله الشخصي وللمسؤولية عن عمل الغير صورتين وهما مسؤولية متولي الرقابة ومسؤولية التابع والمتبوع، ولم يتوسع القانون المدني العراقي في مفهوم المتبوع وحدده على سبيل الحصر، ولم يوسع من مفهومه ليشمل أي شخص وسواء أكان طبيعياً أم معنوياً بحيث يضمن الأضرار التي يحدثها تابعه متى كانت له سلطة فعلية في رقابة التابع وتوجيهه، ولم يأخذ القانون المدني العراقي بفكرة انتقال الرقابة على الصغير بموجب المادة (٢١٨) إذ يبقى الأب أو الجد ما المسؤولان عن فعله حتى لو كان في رعاية ورقابة شخصٍ آخر غيرهما ، وهذا يعني عند عدم وجودهما لا يمكن للشخص المضرور أن يحصل على تعويض، لا سيما إذا ما كان الصغير مميزاً ومعدماً.

لا يمكن سد النقص الحاصل في النطاق الشخصي لمسؤولية الشخص عمن هم في رعايته بموجب المادة (٢١٨) من القانون المدني العراقي، بالرجوع إلى المادة (٢/١٩١)، لأن كل واحدةٍ منهما تؤسس لصورة من صور المسؤولية لها نطاقها الخاص بها، فضلاً عن الإرباك والنقص الذي تضمنته المادة (٢/١٩) بتركيزها على الصبي غير المميز والمجنون دون الصبي المميز والمعتوه.

التوصيات

1. تقنين المادة ٢١٨ من القانون المدني العراقي لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه وأن يأخذ بالمفهوم الواسع للمتبوع ليشمل أي شخص سواء أكان طبيعياً أم معنوياً بحيث يضمن الأضرار التي يحدثها تابعه متى كانت له سلطة فعلية في رقابة التابع وتوجيهه.
2. ضرورة توسيع النطاق الشخصي لمتولي الرقابة بموجب المادة (٢١٨ / ١) من القانون المدني العراقي، لتوفير الضمان الفعال بتعويض الشخص المتضرر، وصياغة هذا النطاق بصيغة عامة متى ما فُرِض عليه التزام بالرقابة قانوناً او اتفاقاً.
3. ضرورة يعدل نص المادة (١٩١ /٢) ليشمل تعويض الضرر الذي يحدثه الصغير غير المميز أو المميز أو من في حكمهما سواء كان مجنوناً أو معتوهاً أو سفيهاً أو ذا غفلة ، بإلزام الولي أو القيم أو الوصي بدفع التعويض نيابةً عنه على أن يكون للدافع حق الرجوع على المدفوع عنه عند يسار حاله، لتكون المادة (١٩١) بهذه

الصيغة : (١- إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مالَ غيره لزمه الضمان في ماله . ٢- و إذا تعّذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر، جاز للمحكمة أن تُلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر . عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لا بد للمحكمة أن تراعي في ذلك مركز الخصوم.)

4. نص على مسؤولية الأب ام الام التضامنية عن الاضرار التي يحدثها ولدهما القاصر للغير لان هذا المبدأ يمثل ضمانه إضافيه للمتضرر للحصول على التعويض بالاضافة الى انه يؤكد على عمل المسؤولية من قبل الاب والام عن ولدهما القاصر على قدم المساواة.

المصادر

1. إسماعيل عبد النبي شاهين ، النظرية العامة للالتزامات ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، مصر ، ط ١ ، ٢٠١٥.
2. انشاء عبد اللطيف عبد القادر – مسؤولية الاب والجد المدنية عن اعمال الصغير الضارة – بغداد – 1985.
3. اياد عبد الجبار ملوكي، المسؤولية عن الأشياء وتطبيقاتها ، رسالة دكتوراه، كلية القانون ، جامعة بغداد، 1980 ، مطبعة بابل العراق.
4. جبار صابر طه – اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر – رسالة ماجستير – جامعة بغداد – كلية القان.
5. جمعة سعدون الربيعي – المرشد إلى اقامة الدعوى المدنية – دراسة عملية معززة بقرارات محكمة التمييز – بغداد – ط١ – ١٩٩٢.
6. حسن على ذنون المبسوط في شرح القانون المدني.الجزء الخامس المسؤولية عن الأشياء . دار وائل للنشر طبعة عام – ٢٠٠٦.
7. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة، بغداد، ٢٠١٧.
8. حسن علي حنتوش – المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد – ط٤ – دار الفكر الحديث للطباعة، ٢٠١٧.
9. حيدر علي النصر الله – معوقات المسؤولية المدنية الناتجة عن الضرر الجسدي – رسالة ماجستير – جامعة النهرين – 2005.
10. خولة كاظم محمد المعموري ، مسؤولية المقاول والمقاول الفرعي ، بحث منشور في مجلة بابل للعلوم، ٢٠١٦، الانسانية تصدرها جامعة بابل ، المجلد ٢٤ ، ع ١.
11. رمضان محمد ابو السعود ، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني ، الدار

الجامعيـــة للطباعـــة والنـــشر ، بـــيروت ، ١٩٨٤.
12. زينـــة كاظـــم حســـون – اثـــر الســـبب الاجنبـــي في المســـؤولية المدنيـــة – رســـالة ماجســـتير جامعـــة النهريـــن – ٢٠٠٥.
13. ســـعدون العامـــري – تعويـــض الـــضرر في المســـؤولية التقصيريـــة – منشـــورات مركـــز البحوث القانونيـــة بغـــداد – ١٩٨١.
14. ســـعدي البرزنجـــي – شروط الاعفـــاء مـــن المســـؤولية العقديـــة في القانونـــين الفرنـــسي والعراقي – ط١ – ، ٢٠١٣، العـــراق.
15. ســـلام عبـــد الزهـــرة عبـــد اللـــه الفتـــلاوي ، نبيـــل مهـــدي زويـــن، الوجيـــز في شرح قانـــون الأحـــوال الشـــخصية العراقـــي رقـــم ١٨٨ لســـنة ١٩٥٩ وتعديلاتـــه، الطبعـــة الخامســـة، مكتبـــة دار الســـلام القانونيـــة الجامعـــة، . النجـــف الأشرف – العـــراق، ٢٠٢٠.
16. سلطان، أنور، الموجز في مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، د. ط، ١٩٨٣.
17. ســـليمان مرقـــس ، الـــوافي في شرح القانـــون المدنـــي في الالتزامـــات في الفعـــل الضـــار ، القاهـــرة ، دار الكتـــب الحديـــث ، ط ٥ ، مـــج ١.
18. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
19. عاطـــف النقيـــب ، النظريـــة العامـــة للمســـؤولية الناشـــئة عـــن فعـــل الأشـــياء ، منشـــورات عويـــدات ، ١٩٨٠.
20. عاطف النقيب، نظرية العقد، منشورات عويدات ، الطبعة السادسة، بيروت، ٢٠٠٨.
21. عاطـــف نقيـــب: النظريـــة العامـــة للمســـؤولية الناشـــئة عـــن الفعـــل الشـــخصي، الخطـــأ والـــضرر، بـــدون طبعـــة، بـــدون تاريـــخ، دار المنشـــورات الحقوقيـــة.
22. عامـــر غانـــم العلوانـــي – تعـــدد الاســـباب واثـــره في المســـؤولية المدنيـــة – رســـالة دكتـــوراه – جامعـــة النهريـــن كليـــة الحقـــوق – ٢٠١٢.
23. عبـــاس الـــصراف – المســـؤولية العقديـــة عـــن فعـــل الغـــير في القانـــون المقـــارن – مطبعـــة دار الكتـــاب العربـــي – مـــصر ٢٠٠٤.
24. عبـــد الـــرازق الســـنهوري ، مصـــادر للالتـــزام ، دار النهضـــة العربيـــة القاهـــرة ، مـــصر ، ط ٣ ، ص ١١٢٧.
25. عبـــد الـــرزاق أحمـــد الســـنهوري: الوســـيط في شرح القانـــون المدنـــي الجديـــد، بـــدون طبعـــة، بـــدون تاريـــخ، دار إحيـــاء الـــتراث العربـــي، . بـــيروت، لبنـــان، ج ١.
26. عبـــد القـــادر العرعـــاري، مصـــادر الإلتـــزام ، الكتـــاب الثانـــي، المســـؤولية المدنيـــة ، دراســـة مقارنـــة عـــلى ضـــوء النصـــوص التشريعيـــة الجديـــدة، ط٣، دار الأمـــان، الربـــاط، ٢٠١٤.
27. عبـــد المجيـــد الحكيـــم ، عبـــد الباقـــي البكـــري ، محمـــد طـــه البشـــير، الوجيـــز في نظريـــة الالتزام

في القانــون المدنــي العراقــي، مكتبــة الســنهوري – بغــداد، ٢٠١٢.

28. عبــد المجيــد الحكيــم- الموجــز في شرح القانــون المدنــي العراقــي- ج١- مصــادر الالتــزام- ط٣- بغــداد- ٢٠٠٦- شركــة الطبــع والنــشر الأهليــة.

29. عبــد المجيــد الحكيــم، الأســتاذ عبــد الباقــي البكــري، الأســتاذ محمــد طــه البشــير،الوجيز في نظريــة الالتــزام ، القانــون المدنــي العراقــي، ج ١ مصــادر الالتــزام، وزارة التعليــم العــالي والبحــث العلمــي، بغــداد، ١٩٨٠.

30. عبــد الوهــاب محمــد عبــد الوهــاب محمــود ، المســؤولية عــن فعــل الغــير تأصيــل لقواعــد المســؤولية المدنيــة ، رســالة ماجســتير ، كليــة القانــون ، الجامعــة المســتنصرية، ٢٠٠٩.

31. عبــد المجيــد الحكيــم, عبــدا لباقــي البكــري, محمــد طــه بشــير, الوجيــز في نظريــة الالتــزام في القانــون المدنــي العراقــي. الجــزء الأول في مصــادر الالتــزام. المكتبــة الوطنيــة بغــداد. ط ٢٠٠٩.

32. عدنــان ابراهيــم السرحــان والدكتــور نــوري حمــد خاطــر، شرح القانــون المدنــي، مصــادر الحقــوق الشــخصية، الإلتزامــات، دراســة مقارنــة، دار الثقافــة لمنــشر والتوزيــع، ٢٠١٧.

33. عــلاء ســليم العامــري – حــالات ابطــال الدعــوى في قانــون المرافعــات المدنيــة رقــم ٨٣ لســنة ١٩٦٩ – موســوعة القوانــين العراقيــة – الطبعــة الاولى – ٢٠٠٧.

34. فاديــة أحمــد حســن، المســؤولية عــن الــضرر الــذي يحدثــه الصغــير للغــير في القانــون المدنــي العراقــي، بحــث منشــور في مجلــة كليــة الحقــوق – جامعــة النهريــن، العــدد ٤، المجلــد١٦ ، ٢٠١٤.

35. لويس معلوف، المنجد في اللغة، الطبعة الاولى، المطبعة الكاثوليكية في بيروت ، ٢٠١٠.

36. محمــد الشــيخ عمــر، مســؤولية المتبــوع، دار النهضــة العربيــة للنــشر والتوزيــع ، الطبعــة ٣، القاهــرة، ٢٠٠٧.

37. محمــد ســعيد احمــد الرحــو ، فكــرة الحراســة في المســؤولية المدنيــة عــن الأشــياء غــير الحيــة ، رســالة دكتــوراه ، كليــة القانــون، جامعــة بغــداد، النــاشر دار الثقافــة للنــشر والتوزيــع، عمــان ، الأردن ، 2001.

38. محمــد ســعيد احمــد الرحــو ، فكــرة الحراســة في المســؤولية المدنيــة عــن الأشــياء غــير الحيــة ، رســالة دكتــوراه ، كليــة القانــون، جامعــة بغــداد، النــاشر دار الثقافــة للنــشر والتوزيــع، عمــان ، الأردن ، ٢٠٠١.

39. محمــد يوســف الزغبــي – مســؤولية المبــاشر والمتســبب في القانــون المدنــي الاردنــي – بحــث منشــور في مجلــة مؤتــة للبحــوث والدراســات – المجلــد الثانــي – العــدد الاول – ١٩٨٧.

40. محمــود ســعد الديــن شريــف، شرح القانــون المدنــي العراقــي نظريــة الالتهــام ، ج – ١ ، في مصــادر الالتــزام ، مطبعــة العانــي ، بغــداد ، ١٩٥٥.

41. محــي هــلال السرحــان – القواعــد الفقهيــة ودورهــا في اثــراء التشريعــات الحديثــة – بغــداد

١٩٨٦ – ١٩٨٧.

42. مصطفى العوجي، القانون المدني / الجزء الثاني المسؤولية المدنية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطيعة السادسة ، بيروت ، لبنان، ٢٠١٩.
43. مقدم السعيد ، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية ، دراسة مقارنة ، دار الحداثة للطباعة والنشر لبنان ، بلا سنة طبع.
44. منذر الفضل ، الضرر المعنوي في المسؤولية المدينة ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية التي تصدرها كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد ، المجلد السادس ، العددان الاول والثاني ، ١٩٨٧.