دراسة نقدية للمسؤولية المدنية للولي في ضوء المادة(٢١٨) من القانون المدني العراقي دراسة مقارنة

م.د خالد محمد علي

جامعة ديالى /كلية القانون والعلوم السياسية
KHALID.MOHAMMED@UODIYALA.EDU.IQ
07707850952

الملخص

إن مسؤولية الولي(الاب، الجد لأب) عن الاعمال التي يقوم بها الصغير غير المميز في جميع القوانين تقوم على اساس الخطأ المفترض ومنها القانون المدني العراقي، لكن اختلفت القوانين في مسألة سكن الصغير- أو من في حكمه- في كنف متولي الرعاية كي يتمكن هذا الأخير من تسليط رقابته عليه، فالرعاية التي يجعلها القانون المدني المصري والفرنسي أساساً للمسؤولية، لا تتحقق إلا إذا كان محدث الضرر مقيماً مع المسؤول وهذا ما اكده القضاء المقارن في العديد من قراراته بخلاف القانون المدني العراقي الذي لا يشترط المساكنة، فسواء كان الصغير يسكن مع ابيه او جده او كان مستقلا عنهما في سكنه، فأن سلطة الرقابة تكفي وحدها لترتب المسؤولية عن الافعال الضارة الصادرة عن الصغير، فلم يشر الى حالة إنتقال الرقابة عندما يكون الصغير في حضانة امه ، ولهذا لا يمكن مساءلة الام عن الأضرار التي يحدثها الصغير للغير مدة بقائه تحت رقابتها طبقاً للمادة (٢١٨) من القانون المدني العراقي.

الكلمات المفتاحية: المسؤولية المدنية، الولي، الصغير، الرقابة

Abstract

The responsibility of the guardian (the father, the paternal grandfather) for the actions of the undistinguished minor in all laws is based on the presumed error, including the Iraqi Civil Law, The last one to control him Care, which Egyptian and French civil law makes a basis for liability, is not achieved unless the person responsible for the damage resides with the person responsible, This was confirmed by the comparative judiciary in many of its decisions, unlike the Iraqi civil law, which does not require cohabitation, i.e. the union of the dwelling between the guardian and the minor to establish the responsibility of the first, so whether the minor lives with his father or grandfather or is independent of them in his residence, the control authority is sufficient alone to arrange responsibility For the harmful actions of the little one. He did not refer to the state of transfer of control when the child is in the custody of his mother, and therefore the mother cannot be held accountable for the damages caused by the child to others during his stay under her supervision according to Article (218) of the Iraqi Civil Code. Keywords: Civil Responsibility , Guardian, minor, supervision

المقدمة

تعد الأسرة أولى نواة المجتمع، وتشكل الأساس الاجتماعي في اعداد شخصيات ذلك المجتمع، والمجتمع بوجه عام يتكون من مجموعة من الاسر، تاريخيا لا يوجد مجتمع نشأ على غير الأسر وبذلك تمثل الأسرة رمز قوة تماسك المجتمع أو ضعفه، وتمثل درعا حصينا لأفرادها ، باعتبار أن كلا من الزوجين يعتبر درعا للآخر، وفي ظل هذه العلاقة لابد من التوازن في الالتزامات، فبينما تتحمل الام تبعات الحمل والولادة والارضاع والرعاية، يتحمل الرجل مسؤولية الانفاق و الرعاية و توفير سبل الراحة، مقابل مجهود الام النفسي والعاطفي والجسدي، فتتكامل المسؤوليات لانتاج وحدة اجتماعية متناغمة هي الاسرة بما تحمله وتتضمنه من مودة ورحمة وعاطفة ومن قوله تعالى، " ومن آياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها و جعل بينكم مودة و رحمة "[1].

[1] سورة الروم ، الاية ٢١.

ان واقعة ولادة الانسان حيا ينتج عنها اكتسابه الشخصية القانونية المستقلة له ويترتب على كل دور من أدوار حياته بعض النتائج القانونية التي تحكم تصرفاته وتأثر في بناء تلك الشخصية، وفي أولى مراحل حياته لحين وصوله سن البلوغ يظل الانسان قاصرا في تصرفاته وتحت مظلة الرعاية الأبوية، وتدخل المشرع لتنظيم تلك الأدوار من خلال بيان قواعد تحكم تصرفاته، ومن تلك القواعد قواعد المسؤولية التقصيرية التي تتكون من خطأ وضرر وعلاقة سببية، والصغير لايملك الادراك والتمييز المكون للخطأ التقصيري، مما يعني ان تنشأ المسؤولية على فكرة تحمل التبعة وهو ما استقر عليه المشرع العراقي في المادة(٢١٨) من القانون المدني وجعل المسؤولية عن الصغير للولي(الاب والجد)، والذي يؤدي الى الاستقرار المجتمعي وبيان حقوق والتزامات الجميع مبينا الشروط اللازمة لتطبيق تلك المسؤولية وأهمها الرقابة المبنية على اتحاد السكن، هذا نظريا اما عمليا فأن الواقع يفرض فكرة عدم وجود الولي في محل إقامة الصغير او عدم اتحاد المسكن الواجب لتحقق شرط الرقابة مع الكثير من التناقضات التي وقع بها المشرع العراقي في حال تطبيق النصوص القانونية على الوقائع المعروضة امام القضاء بين نصوص القانون الواحد، مثال ذلك المادة(١٩١) والمادة(٢١٨) من ذات القانون والتي سوف نبينها بكثير من الشرح والتفصيل في البحث، ولم يستطيع المشرع ان يجد الحلول المناسبة في التشريعات الخاصة كقانون الأحوال الشخصية وقانون رعاية القاصرين وتحديد المسؤول عن تعويض الضرر الذي يلحق الاخرين بأفعال الصغير الغير مشروعة وقصور الية استيفاء مبالغ التعويض، والتي أساسها قيام الرقابة والتي تنتفي في اغلب الأحوال، مما يستدعي البحث لوضع الحلول المناسبة وبيان محل التناقض التشريعي بين النصوص القانونية المتداخلة محاولين وضع الحلول القانونية التي تعالج المشكلات المطروحة.

أولا: أهمية البحث

تنهض أهمية البحث من خلال الواقع الذي يفرض نفسه على القضاء في تطبيق النصوص القانونية التي تنطبق مع المسائل المعروضة عليه ومنها الأفعال الغير مشروعة والصادرة عن الصغير الغير مميز، و وجود حالات لم يعالجها المشرع العراقي كالصغير المأذون وحكم التصرفات الصادرة عنه وكذلك حالة الام المفرق عنها زوجها قضائيا وانفرادها وحدها بالرقابة والتوجيه المباشر للصغير.

ثانيا: مشكلة البحث

تثير مسألة تحديد الولي المسؤول عن الصغير الكثير من الإشكاليات ومنها عجز القضاء عن تعويض الضرر الذي يصيب الغير نتيجة الفعل الضار الصادر ممن هو تحت الولاية في حالة وفاة الاب والجد، ومدى إمكانية اعتبار الام الحاضنة للأولاد مسؤولة عن افعالهم الضارة وبالتالي تعويض المضرور، و من هو الصغير الذي يمكن ان يكون محلا للولاية من وجهة نظر المشرع.

ثالثا: منهجية البحث

بعد ما سبق من تحديد مجال البحث ونظرا للحكمة المتوخاة منه ينهض هذا البحث على المنهج التحليلي المقارن بين القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري الامر الذي يستدعي تقسيم دراستنا الى مبحثين.

رابعا: هيكلية البحث

المبحث الأول: مفهوم متولي الرقابة

المطلب الأول: المقصود بمتولي الرقابة

المطلب الثاني: من تجب عليه الرقابة

المبحث الثاني:اثر اتحاد المسكن في قيام مسؤولية الولي وتعويض المضرور

المطلب الأول:أثر اتحاد المسكن في قيام مسؤولية الولي

المطلب الثاني:الدفع بعدم اتحاد المسكن في تعويض المضرور

المبحث الأول

مفهوم متولي الرقابة

ان المسؤولية مدار بحثنا تتمحور حول تعويض من تعرضت مصلحته المشروعة للضرر جراء الفعل الغير مشروع والصادر عن الصغير الغير مميز، من خلال تحديد المسؤول عن جبر الضرر محل الصغير مستدلين على ذلك بالتشريعات العراقية النافذة، والذي يدفعنا الى تقسيم المبحث الى مطلبين الأول عن المقصود بمتولي الرقابة والثاني من تجب عليه الرقابة.

المطلب الأول

المقصود بمتولي الرقابة

للوقوف على المعنى المراد بمتولي الرقابة لابد لنا ابتداءً معرفة وبيان المقصود بالولاية، فالولاية مصطلح يدل على المكنة والحكمة والتصرف في شؤون شخصا ما بالإجبار سواء الشؤون العامة او الخاصة، وهذا يعني ان الولي قادر على توجيه المولى عليه في مسالك الخير و ابعاده عن مسالك الشر[1]، اما لغويا فأن الولاية مأخوذة من الفعل الثلاثي (ولي) يقال: ولي الشيء وولي عليه ولاية وولاية، والولاية بفتح الواو، بمعنى النصرة، والتولي، وبكسرها السلطان والخطة والإمارة والملك والبلاد التي يتسلط عليها الوالي، أو الفتح للمصدر، والكسر للاسم[2] ، واستنادا لهذا المعنى اللغوي يمكن تعريف الولاية على انها صفة في شخص تجعل له السلطان في نفس أو مال شخص اخر او هما معا رغما عنه، كما يمكن تعريفها على انها الجدارة الشرعية لشخص بالتصرف الصحيح لنفسه او لغيره، هي سلطة تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها[3].

اما الولي بالمعنى اللغوي يدل على من وليهُ: إذا قام به، وتولى أمره، وأعانه، ونصره وأحبه، و(ولي اليتيم) الذي يلي أمره، ويقوم بكفايته، فهو من يعطيه القانون حق ادارة

---

[1] ابن منظور،أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب،مج١٥ ،فصل الواو،دار صادر،بيروت،١٩٥٦،ص٤٠٧.
[2] للمزيد انظر الموقع الالكتروني https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٥/١٣، وقت الزيارة ٩:٠٠ ق.ظ.
[3] صبحي محمصاني، الولاية على النفس، ط١،بيروت،١٩٧٦، ص٣١.

شؤون غيره والتصرف في اموال الغير جبرا عنه للحفاظ عليه وتنمية أمواله بالطرق المشروعة[1].

يفهم من تعريف الولاية لغويا انها تمنح الحق لشخص اداره شؤون غيره وتصرفاته بدون الحاجة الى موافقته ويكون نائبا عنه في تلك التصرفات، فهذه الولاية قد تثبت بحكم القانون كولاية الاب او الجد وقد تثبت بحكم الاتفاق ومثل الاتفاق مدير مستشفى للأمراض العقلية يتولى رقابة مرضاه، فلا يكفي إذن أن يتولى شخص بالفعل رقابة شخص آخر حتى يكون مسئولا عنه ، بل يجب أن يكون هناك التزام قانوني أو اتفاقي بتولي هذه الرقابة[2].

نص المشرع العراقي في المادة (١٠٢) من القانون المدني العراقي على "ولي الصغير هو ابوه ثم وصي ابيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة او الوصي الذي نصبته المحكمة"[3] ، ونص في المادة(٢٧) من قانون رعاية القاصرين على "ولي الصغير هو ابوه ثم المحكمة"[4] ،كما يتضح من خلال نص المادة (٢١٨) من القانون المدني العراقي ان متولي الرقابة هو الاب ثم الجد لأب، متناسيا نص المادة(١٩١/ف٢) من ذات القانون والتي بينت ان متولي الرقابة على الصغير غير المميز هو "الولي او القيم او الوصي" ، ومن خلال استقراء نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي فقد نص بالمادة(٥٧) منه على "١-الام احق بتربية وحضانة ولدها حال قيام الزوجية وبعد الفرقة"[5].

ان القواعد العامة التي تقضي ان الخاص يقيد العام ولما كان كل من قانون رعاية القاصرين وقانون الأحوال الشخصية من القوانين الخاصة، والتي جاءت لتنظيم أحوال قانونية معينة فأننا نجد ان المشرع العراقي قد وقع في تعارض كبير لتحديد المقصود بمتولي الرقابة فتارة حصر الرقابة بكل من الاب والجد لأب وتارة أخرى فأن تولي الرقابة اتسع ليشمل كل من الوصي والقيم وهو بهذا المعنى الواسع فقد شمل كل من الجد لأم والام، وهذا ماورد بالقواعد العامة في القانون المدني، اما القواعد الخاصة

---

(١) للمزيد انظر الموقع الالكتروني https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar مصدر سابق.
(٢) ساهرة حسين كاظم، التزامات الاولياء وحقوقهم في الولاية على النفس، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص ٣٣.
(٣) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
(٤) قانون رعاية القاصرين العراقي رقم(٧٨) لسنة ١٩٨٠.
(٥) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم(١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته.

الواردة في القوانين المذكورة فتولي الرقابة للأب ومن ثم للمحكمة والتي لها ان تختار الاصلح لأدارة شؤون القاصر(الصغير غير المميز).

ومن خلال استقراء النصوص المتقدمة فأن المشرع العراقي حاول اتخاذ معيار لتحديد متولي الرقابة ففي الأمور المالية رشح الولاية للأب والجد لأب او من يختاره كلا منهما، اما على صعيد الحالة العاطفية للأم المفرق عنها زوجها قضاءا فقد جعل لها الولاية على الصغار الغير المميزين ولكنها ولاية ناقصة وليست تامة فلا تستطيع الام القيام ببعض التصرفات التي تخصهم دون موافقة الاب فجعل تلك الولاية مقتصرة على حضانتهم وتربيتهم، اما في حالة التصرفات الضارة التي تصدر عن الصغير غير المميز فقد حصرها بالأب او الجد لأب وهم من يتحملون المسؤولية كما سنوضح في المبحث الثاني من بحثنا المتواضع، حيث تأثر المشرع العراقي من وجهة نظري بالطابع الاجتماعي السائد في المجتمع العراقي.

المطلب الثاني

من تجب عليه الرقابة

ان النصوص السابق ذكرها في المطلب الأول من البحث تنص بشكل واضح وصريح على ان تكون الولاية على الصغير الغير مميز فهو من تجب عليه الرقابة، ولابد من تحديد المقصود به وتحليل النصوص التي اشارت اليه سواء في القانون المدني او التشريعات الخاصة.

قسم الفقهاء المراحل العمرية للأنسان الى ثلاثة مراحل من وقت ولادته الى سن التمييز ومن سن التمييز الى سن البلوغ ومن سن البلوغ الى الموت، فالصبي غير المميز كل من لم يبلغ السابعة ويعتبر فاقدا للتمييز ومعدوم الاهلية ولاتصح تصرفاته جميعها وتثبت الولاية على ماله ثم لوصيه، وولي الصغير الغير مميز او المميز هو الاب ثم الجد الصحيح اذا لم يكن الاب قد اختار وصياً، اما المرحلة العمرية الثانية فتبدء من سن السابعة وحتى سن الثامنة عشر وفي هذه السن تصح بعض تصرفاته وهي النافعة نفعا محضا اما التصرفات الأخرى فلا تصح، كذلك يستطيع مباشرة بعض النشاطات التجارية وهو الاستثناء الوارد في هذه المرحلة العمرية حيث يسمى الصغير المأذون

وتصح تصرفاته في حدود الأذن، وما تجاوز ذلك فتكون موقوفة على اذن وليه[1]، وتبدأ المرحلة الثالثة من سن الثامنة عشر وهي سن البلوغ كما حددها المشرع العراقي وحتى وفاته[2]، وهي تخرج عن دائرة بحثنا ان كان سليما من الناحية العقلية والبدنية.

تشير نصوص التشريعات العراقية الى ان المقصود بالصغير هو " الذي لم يبلغ سن الرشد وهو تمام الثامنة عشرة من العمر، ويعتبر من اكمل الخامسة عشرة وتزوج بأذن من المحكمة كامل الاهلية"(قانون رعاية القاصرين م/٣/أولا/أ) ، وفي نص اخر "سن التمييز هي سبع سنوات كاملة"(م/٢/٩٧ مدني)، ولتحديد المقصود بالصغير الذي تجب عليه الرقابة وفق نص المادة(٢١٨) من القانون المدني العراقي والتي تنص على"يكون الأب ثم الجد ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير" ، ومن خلال النصوص السابقة يتبين ان من تجب عليه الولاية بالمفهوم الوارد في نص المادة(٢١٨) من القانون المدني هو الصغير الذي لم يتم سن البلوغ أي ثمانية عشر سنة.

ان الإشكالية التي تثار في تحديد مفهوم الصغير بعض الاستثناءات التشريعية والتي تجعل من الصغير بمثابة بالغ سن الرشد وكامل الاهلية في حالات محددة، كما في حالة الذي يتم عمر خمسة عشر سنة ويتزوج بأذن المحكمة بموجب التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية بالرقم(٢١) لسنة ١٩٧٨"اذا طلب من اكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فللقاضي ان يأذن به"، والاستثناء الوارد في القانون المدني في منح الأذن للصغير في مزاولة الاعمال التجارية من اتم الخامسة عشر من عمره وتعد تصرفاته في هذه الحالة بمثابة تصرفات البالغ سن الرشد على ان تكون ضمن الأذن الممنوح له[1]، فأذا قام الصغير بالمعنى السابق ذكره ببعض الاعمال الغير مشروعة والحق ضررا بالآخرين فمن هو المسؤول عنها وهل يخرج الصغير من رقابة الولي والتي تعد أساسا لقيام مسؤولية، كما في حالة الزواج والاستقلال بالسكن وتكوين أسرة بعيدا عن وليه فأن مفهوم الرقابة الوارد في نص المادة(٢١٨) من القانون المدني لا يمكن عمليا تطبيقه في هذه الحالة، ان هذا القصور التشريعي لم يعالجه المشرع العراقي ونقترح تعديل نص المادة السابقة ليكون اكثر شمولا لكافة الحالات، ولبيان مدى إمكانية مقصرية الولي في حالة عدم اتحاد المسكن ولما له من اثر على تعويض المضرور في المبحث الثاني.

---

[1] () عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مج١،نظرية الالتزام بوجه عام،مصادر الالتزام، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، ٢٠٠٠، ص٢٩٠.

[1] () المادة(١٠٦) من القانون المدني العراقي.

[2] () المادة(٩٩) من القانون المدني العراقي.

المبحث الثاني

اثر اتحاد المسكن في قيام مسؤولية الولي وتعويض المضرور

من شروط قيام مسؤولية الولي المنصوص عليها في القانون العراقي في ضوء المادة(٢١٨) منه هو القيام بالرقابة على الصغير، وان ذلك يعني ان يكون الصغير في كنف وتحت حضانة الولي وبالتالي ان يتحد مسكن كلا منهما، والذي يستتبع إمكانية الولي بالدفع بعدم مسؤوليته عن أفعال الصغير الغير مشروعة والتي الحقت ضررا بالغير بعدم اتحاد مسكن كلا منهما، وهو ما سنبينه في مطلبين الأول عن اتحاد المسكن ودوره في قيام المسؤولية والمطلب الثاني عدم اتحاد المسكن كوسيلة للدفع بعدم تعويض المضرور.

المطلب الاول

أثر اتحاد المسكن في قيام مسؤولية الولي

ان مسؤولية الولي التي نص عليها المشرع العراقي في القانون المدني بالمادة(٢١٨) والتي هي موضوع بحثنا لا تقوم الا بعد ان يتوافر شرطين أولهما، ان يوجد شخص في رعاية او تحت رقابة شخص اخر والثاني ان يصدر عن المشمول بالرعاية عمل غير مشروع، فهذه المسؤولية لاتتحقق الا اذا وجد الصغير تحت رعاية او رقابة الأب او الجد وقام الصغير بفعل غير مشروع[٣]؛[٤] فأساس هذه المسؤولية هو الإخلال بالرقابة المفترضة من جانب الولي وعدم بذله ما يكفي من اليقظة والحرص الكافيين التي تمنع الحاق الضرر بالغير، فلا يكفي ان يتولى شخص بالفعل رقابة شخص اخر حتى يكون مسؤولا عنه بل يجب ان يكون هناك التزام قانوني او اتفاقي بتولي هذه الرقابة وقيام هذا الالتزام هو الذي ترتب عليه مسؤولية متولي الرقابة[٥].[١]

ان الرقابة على الصغير تتحقق بسبب القصر والتي تكون أصلا لولي النفس من اب وجد، وهذا ما تنص عليه المادة (٢١٨) وهي رقابة أساسها القانون، وهذه الرقابة لازمة بصورة مطلقة ولا تتوقف على شروط معينة[٥].[١]

---

[٣] () سامي إبراهيم احمد، مسؤولية الشخص عمن في رعايته،رسالة ماجستير،كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٣، ص٤٨٢.

[٤] () حسن علي ذنون، النظرية العامة للألتزامات، مصادر الالتزام، بدون دار نشر، ١٩٧٦، ص٢٨٢.

[٥] () فخري رشيد مهنا، أساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز، بغداد، ١٩٧٤، ص١٢٠.

ويقصد بالمسكن لغويا وجمعها مساكن اسم مكان من سكن وهو المنزل او البيت او محل الإقامة[٦] ويظل القاصر في حاجة الى الرقابة بصورة مطلقة في كنف من يقومون بتربيته وهم الاب أولا فهو الولي الشرعي على النفس وهو المكلف قانونا، وفي حال لم يوجد الاب فأن الولاية على القاصر تكون للجد، ويبقى الأب او الجد مسؤولا عنه الى ان يبلغ سن الرشد، والاستقلال في المعيشة والذي لا يعني حتما الاستقلال بالمسكن فقد يكون الولد مقيما مع ابيه في مسكن واحد ولكن الأب يبقى مشرفا على تربيته فيكون مسؤولا عنه[٧] وان الإشكالية التي تثار هنا هي مسألة ان يكون القاصر في ذات المسكن مع الولي ولكنه مستقل في معيشته عنه كما لو تزوج او كان صغيرا مأذونا، او يحدث ان يستقل القاصر في مسكنه عن الولي حينما يعتمد على نفسه قبل بلوغه سن الرشد(١٨) سنة، هذه الحالات وحالات أخرى لم يعالجها المشرع العراقي بتعديل المادة(٢١٨) من القانون المدني والتي جعلت من الرقابة شرطا من شروط تحقق المسؤولية المدنية على الولي والتي تفهم ضمنا من نص المادة المذكورة، كما ان المشرع لم يعالج حالة زواج القاصر من زوجة قاصر في هذه الحالة تكون الولاية عليهما للأب وفي حالة بلوغ الزوج سن الرشد تنتقل له هذه الولاية وكان الأجدر معالجة هذه الحالة عندما استثنى بلوغ القاصر سن(١٥) من سن البلوغ الوارد في قانون الأحوال الشخصية.

ان القصور التشريعي واضح جليا في مسألة استيعاب الحالات التي يحتاجها المجتمع العراقي والتي تعمل على الاستقرار العائلي وتحقيق التوازن بين الحقوق والواجبات، ومن هذه الحالات الأبرز التفريق القضائي بين الزوجين ومنح الأم الحق بالحضانة دون الأب، وبقاء الأولاد في كنفها وتحت رعايتها دون رقابة الأب المباشرة او عدم تواجدهم في مدينة او محافظة او دولة واحدة، وقيام القاصر بفعل غير مشروع مسببا ضررا للغير وهنا يدفع الولي بعدم مسؤوليته عن الضرر الذي احدثه الصغير كونه لم يكن تحت رقابته بصورة مباشرة وهو ما يفرضه الواقع ، لايمكن للولي ان يتمسك بالدفع بعدم وحدة المسكن بينه وبين القاصر كسبب لعدم تحمله المسؤولية لكون نص المادة(٢١٨) لم يعالج هذه الحالة كما فعل المشرع المصري بالمادة(٢١١٧٣) من القانون المدني والتي تنص على "ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشر سنة ، أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته وتنتقل الرقابة على القاصر إلى

---

[٦] () للمزيد انظر الموقع الالكتروني https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/ مصدر سابق.
[٧] () سليمان مرقس، مسؤولية الراعي المفترضة عن فعل المرعي، بدون دار نشر،١٩٦٨، ص٣٦.

معلمه في المدرسة أو المشرف على الحرفة مادام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج"[٨]، ويتضح جليا قيام المشرع المصري بالأخذ بمفهوم انتقال الرقابة بحسب المكان الذي يتواجد فيه القاصر دون حصرها بشخص واحد على خلاف المشرع العراقي.

ولما سبق فأن المشرع العراقي لم يأخذ بفكرة عدم اتحاد المسكن لنفي مسؤولية الولي او انتقال الرقابة كما فعل المشرع المصري بل جعل من مسؤوليته أصلية وليست احتياطية، ويظل الولي متمسكا بعدم اتحاد المسكن مع الصغير لدفع المسؤولية عنه وهو ما سوف نبينه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

الدفع بعدم اتحاد المسكن في تعويض المضرور

ان مسؤولية الولي سواء الاب او الجد في تحمل الأفعال الغير مشروعة التي تصدر عما في رقابتهم من الغير بالغين سن الرشد مفادها توافر اركان قيام المسؤولية من ضرر وعلاقة سببية دون الخطأ التقصيري الذي يحتاج الى عنصر الادراك، وصدور الفعل عن الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد وتحمل الولي تبعة تلك الأفعال بدرء الضرر عن الذين لحقهم في مصالحهم المشروعة[٩]، والذي يحصل واقعيا من ان الولي سوف يدفع امام القضاء بعدم اتحاد المسكن بينه وبين من احدث الضرر من الغير البالغين والمسؤول عنهم قانونا وهو ما يحدث كثيرا في حالات التفريق القضائي، وانتقال الام مع أبنائها الى منطقة أخرى غير التي يقيم فيها الولي، او عدم متابعة الولي لأولاده بعد زواج الام من شخص اخر وبقاء الأولاد الغير بالغين في حضانتها، ولغرض الإجابة عن هذه الأسئلة وغيرها من الإشكاليات لابد من معرفة وبيان موقف المشرع العراقي.

نص المشرع العراقي في المادة(١٩١) من القانون المدني العراقي على "١-اذا اتلف صبي مميز او غير مميز او من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان في ماله"، ومن خلال النص المتقدم يتضح ان المشرع العراقي جعل مسؤولية عديم التمييز

[٨] () القانون المدني المصري رقم(١٣١) لسنة ١٩٤٨.
[٩] () عبدالمجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، بدون دار نشر،بيروت، ٢٠١٥.

مسؤولية أصلية، لأن الصبي الغير المميز ومن في حكمه يلزم بالضمان من ماله()؛ ولما كان الصغير الغير مميز ملزما بدفع التعويض من ماله فهو مسؤول عن افعاله الغير مشروعة فالمشرع العراقي قد خرج عن نص المادة (٢١٨) التي تنص على مسؤولية الولي.

ان مسؤولية الولي تقوم على أساس خطأ مفترض في الرعاية وهو اخلال الولي الذي تجب عليه الرقابة بما ينبغي عليه من واجب القيام به، فاذا صدر عمن هو تحت الرقابة عمل غير مشروع الحق به ضررا فالقانون يفترض ان الذي تجب عليه الرقابة قد قصر بواجبه()؛ وان ذلك التقصير أدى الى ارتكاب الصغير الفعل الضار والخطأ المفترض يعني اعفاء المضرور من اثباته ومن عبء اثبات العلاقة السببية بينه وبين الضرر، ويستطيع الولي نفي المسؤولية بالدفع بأنه قام بما يجب عليه من واجب الرقابة، كون الخطأ المفترض قابل لأفتراض العكس، وانه قام بما يجب عليه من واجبات الرقابة لمنع وقوع الضرر من قبل الصغير وانه لم يسئ تربية الصغير()؛ وهو ما تشير اليه الفقرة الثانية من نص المادة(٢١٨) "يستطيع الأب او الجد ان يتخلص من المسؤولية اذا ثبت انه قام بواجب الرقابة وان الضرر كان لابد واقعا حتى لو قام بهذا الواجب".

ان النص المتقدم لم يشر الى إمكانية الولي بالدفع بنفي المسؤولية عنه الا في حالة واحدة وهي القيام بواجب الرقابة، وهي عبارة عامة تحتمل الكثير من التفسيرات ولا تجيب عن الأسئلة المطروحة من عدم اتحاد المسكن فكيف تتحقق الرقابة في ظل عدم تواجد كل من الولي ومن تجب عليه الرقابة في مسكن واحد او على الأقل في رقعة جغرافية واحدة، بالإضافة الى مجهولية سكن الولي في كثير من حالات الهجر او التفريق القضائي، او وفاة الأب و وفاة الجد وهم من تجب عليهم الرقابة في نص المادة(٢١٨)، فالمشرع لم يتطرق الى انتقال الرقابة الى الام كما فعل المشرع المصري، يتجه القضاء العراقي حاليا الى الحكم لصالح المضرور من أموال الصغير في حال عدم وجود الاب او الجد وان لم يكن له أموال يصبح التعويض دينا يستوفيه حين البلوغ من الصغير، يلاحظ التناقض الذي وقع فيه المشرع العراقي بين نص المادة(١٩١) ونص

() مريم عبد طارش، المسؤولية المدنية للأم في التشريعات العراقية دراسة مقارنة بالتشريع الفرنسي والجزائري، العدد١٩،مج٨٠، ٢٠٢٢، ص ٢١٥.

() فادية حسن احمد شهاب، المسؤولية عن الضرر الذي يحدثه الصغير للغير في القانون العراقي، مجلة كلية الحقوق،جامعة النهرين، العدد١٦، الإصدار ٢، ٢٠١٤، ص ٢٦١.

() سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول، الاحكام العامة، ١٩٧١، ص١٧٣.

المادة(٢١٨) في إرساء قاعدة ومبدأ مستقر للتعويض عن الاضرار التي يلحقها الصغير بالغير، فتارة يلقي المسؤولية على الولي ويكون التعويض من أمواله وتارة أخرى يكون الصغير مسؤولا عن افعاله ويجعل التعويض من أموال الصغير، ونهيب بالمشرع العراقي ان يعدل هذه التناقضات والفصل بين القانون الوضعي والقواعد الفقهية الإسلامية بما يناسب الوضع الحالي في المجتمع.

الخاتمة

من خلال هذا البحث توصلنا الى مجموعة من النتائج والمقترحات وكما مبين ادناه:

أولا: النتائج

1- يكون الأب والجد مسؤولا عن الأفعال الغير مشروعة والصادرة عن الصغير دون الإشارة الى مسؤولية الام.

2- عدم وجود نص يوضح كيفية اسناد المسؤولية الى الصغير المستقل بمعيشته عن الولي عن أفعاله الغير مشروعة.

3- لايمكن الدفع بعدم اتحاد المسكن بين الولي ومن تجب عليه الرقابة لنفي المسؤولية.

4- التناقض بين نصوص القانون المدني فيما يتعلق بالمادة(١٩١) و(٢١٨) في التعويض عن الأفعال الغير مشروعة.

5- ملاحظة التناقضات الكبيرة بين القوانين الخاصة والقانون المدني فيما يخص تعريف القاصر وتحديد المسؤول عنه والواردة في قانون رعاية القاصرين.

ثانيا: المقترحات

1- نقترح تعديل نص المادة(٢١٨) من القانون المدني العراقي بأضافة الام الى الولي في الرقابة وقابلية الرقابة الى الانتقال حسب المسؤول عن الصغير، وتخصيص مجموعة من النصوص القانونية في قانون الأحوال الشخصية العراقي لبيان احكام المسؤولية المدنية عن الصغير في حالات الطلاق والحضانة والهجر والوفاة.

2- تعديل نص المادة (١٠٢) من القانون المدني العراقي لتصبح (ولي الصغير هو ابوه ثم أمه ثم وصي ابيه ثم جده الصحيح).

3- إضافة بعض النصوص القانونية للنصوص الحالية في القانون المدني العراقي لتوضيح المقصود بالصغير وحالاته والمسؤولية الملقاة عليه حسب كل حال ومن هو المسؤول عنه في تلك الحالات.

قائمة المصادر

القرآن الكريم

أولا: الكتب

1. **ابن منظور،أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب،مج١٥،فصل الواو،دار صادر،بيروت،١٩٥٦.**
2. **حسن علي ذنون، النظرية العامة للألتزامات، مصادر الالتزام، بدون دار نشر، ١٩٧٦.**
3. **سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول، الاحكام العامة، ١٩٧١.**
4. **سليمان مرقس، مسؤولية الراعي المفترضة عن فعل المرعي، بدون دار نشر،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، ٢٠٠٠.**
5. **فخري رشيد مهنا، أساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز، بغداد، ١٩٧٤.**
6. **عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مج١،نظرية الالتزام بوجه عام،مصادر الالتزام، ط٣، ٢٠٠٤.**
7. **عبدالمجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، بدون دار نشر،بيروت، ٢٠١٥.**

ثانيا: الدراسات والبحوث

1. **سامي إبراهيم احمد، مسؤولية الشخص عمن في رعايته،رسالة ماجستير،كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٣.**
2. **ساهرة حسين كاظم، التزامات الاولياء وحقوقهم في الولاية على النفس، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤.**
3. **فادية حسن احمد شهاب، المسؤولية عن الضرر الذي يحدثه الصغير للغير في القانون العراقي، مجلة كلية الحقوق،جامعة النهرين، العدد١٦، الإصدار ٢، ٢٠١٤.**

4. مريم عبد طارش، المسؤولية المدنية للأم في التشريعات العراقية دراسة مقارنة بالتشريع الفرنسي والجزائري، العدد١٩،مج٨٠، ٢٠٢٢.

ثالثا: القوانين

1. القانون المدني المصري رقم(١٣١) لسنة ١٩٤٨.
2. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
3. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم(١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته.
4. قانون رعاية القاصرين العراقي رقم(٧٨) لسنة ١٩٨٠.

رابعا: المواقع الالكترونية

https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar