المسؤولية المدنية للأم في التشريعات العراقية
(دراسة مقارنة بالتشريع الفرنسي والجزائري)

م.د. مريم عبد طارش
كلية المنصور الجامعة / قسم القانون

مستخلص البحث:

ان أحكام مسؤولية متولي الرقابة التي أخذ بها المشرع العراقي في صورة تقليدية، تؤدي في كثير من الحالات إلى اعتبار هذه الاحكام ، من جهة امراً مجحفاً بحق الاشخاص المسؤولون وفيه مغالاة من حيث تقرير مسؤوليتهم المشرعة على سبيل الاستثناء ، ومن جهة ثانية عاجزة وغير مجدية لحماية المضرور من أفعال الصغير الضارة . كما في حالة اذا انفصل الزوجان بالطلاق او بالانفصال الجسماني ، او بوفاة الاب واصبح الصغير يعيش مع امه فهل يبقى الاب صاحب الرقابة فعلاً عليه ، وبالتالي يكون مسؤول مسؤولية مدنية عما يسببه صغيره من اضرار للغير ؟ ام ممكن ان تتحول الرقابة بأعتبارها احدى التزامات ولي النفس الى الأم بناءً على السلطة الفعلية بالرقابة والاشراف التي تمارسها الام في هذه الحالات ؟ . ولأجل ذلك جرت الدراسة هذه لبيان مدى امكانية تقرير المسؤولية المدنية لشخص غير داخل في أحكام مسؤولية متولي الرقابة في التشريع العراقي بناءً على احكام المادة (٢١٨) من القانون المدني العراقي ، الا وهو (الام)؟ مستندين في ذلك على التطور القانوني الذي حصل على مسؤولية الوالدين في القانون الفرنسي والجزائري وبقدر مايلائم بيئتنا الاسرية . متذرعين بعنصر الرقابة الفعلية الحقيقية التي تقترن بالمساكنة والحضانة ، وليس في كل الاحوال وانما في حالتي وفاة الاب او الطلاق ، فهي التي يتأثر الصغير بسلوكها نتيجة وجوده معها وانسجاماً مع التغيير الحاصل في مفهوم الاسرة في الوقت الحاضر فلم تعد الاسرة حكراً على الرجل وحده ، بل اصبح واجب على المرأة تحمل جانب من هذه المسؤولية بناءً على تطور دورها في جميع مجالات الحياة الاجتماعية والسياسية وحتى التجارية وخروجها للعمل وقدرتها على تسيير مختلف الامور المالية . وبالتالي تغيير النطاق الشخصي لمسؤولية متولي الرقابة وشمول الام به إن كان ذلك ممكنًا

المقدمـــة: Introduction

نظم المشرع العراقي المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الالتزام بواجب الرقابة في المادة (٢١٨) و(١٩١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ ؛ 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 للشخص المراقب أو الراعي. إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (٢١٨) من القانون المدني العراقي على أنه: (يكون الأب ثم الجد ملزمًا بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير)، ومن النص أعلاه يتضح أن المسؤولية عن الصغير فيما لو ألحق ضرر بالغير تكون محصورة بالأب، ثم الجد دون غيرهما، وبالتالي قصر المشرع العراقي واجب الرقابة والرعاية بالأب أو الجد الصحيح، وبناءً على هذا الواجب قررت مسؤوليتهما . في حين أن هذا الأمر يؤدي إلى حرمان المضرور في حالات كثيرة من الحصول على حقه بالتعويض وفق أحكام مسؤولية متولي الرقابة بالقانون العراقي، كما في حالة وفاة الأب والجد، أو في حالة الطلاق وانعدام الرقابة الفعلية للمسؤول قانوناً بسبب بقاء الصغير لدى الأم الحاضنة مثلاً!. ففي هذه الحالات يبقى (الأب او الجد) بحسب القانون العراقي مسؤولاً عن تصرفات الصغير مادام على قيد الحياة ومحتفظاً بالولاية القانونية على ذلك الصغير وفي حالة الوفاة تنتقل الى الجد ان وجد . فأليس من المغالاة في الحكم ، والتشدد غير المبرر ، أن نعتبره كذلك حتى في حالة طلاقه ؟ متذرعين من جهة بسلطة الولاية القانونية الجبرية وماينتج عنها من واجبات (كالرقابة والاشراف)، وحصرها بالاقرب من العصبات تأثراً بالفقه الاسلامي ، ومن جهة اخرى الاستناد الى حق الزيارة الذي خوله له إياه المشرع بموجب المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨١) لسنة ١٩٥٩ المعدل، بأعتباره كافٍ لممارسة واجب الرقابة على أكمل وجه؟ فالرقابة الفعلية غير متوفرة في هذه الحالات وخاصةً الطلاق بات منتشرًا اليوم وأصبح أمر واقع بوجود الصغير لدى الأم الحاضنة، فكان من المنطق والعدل أن تنتقل المسؤولية إلى الأم بإعتبارها متولية للرقابة الفعلية الحقيقية ، فتبقى سلطة الولاية على النفس للأب وتنتقل سلطة الرقابة الى الام على اعتبار أن تقرير دون ذلك يجافي العقل والمنطق. فهي شريكة في بناء الأسرة والحفاظ على الأولاد ورعايتهم وتربيتهم فعليًا. كما انه من اجل ايجاد نوع من التوازن بين الوالدين من حيث الحقوق والواجبات اتجاه الابناء . فلم يكن بالوسع إيجاد مخرج قانوني لهذا الإشكال الحاسم الذي يطرح بشدة لاسيما أمام ارتفاع ظاهرة الطلاق، وكذا ظاهرة تنحي الأب والجد في كثير من الأحيان لسبب أو اخر من مسؤولياته تجاه أسرته، ولهذا تعذر على الضحية والقضاء في كثير من الأحيان من تحديد المسؤول المدني بدقة لإمكانية دفع المسؤولية من قبل الأب أو الجد بأحد وسائل دفعهما استناداً للفقرة الثانية من المادة (٢١٨) من القانون المدني العراقي. وفي سبيل إحداث نوع من الانسجام في المنظومة القانونية العراقية ككل ، الموصوفة بعدم الانسجام مع تطورات الحياة ، والتقاعس في تدارك النقوصات والتعارض بين حكمها بهذا الخصوص والواقع وتعديل أحكامها، ولا يكون ذلك إلا بالاطلاع على التشريعات المقارنة العربية منها والأجنبية التي قدمت حلاً في هذا المجال ، كالقانون المدني الفرنسي بتعديله الحاصل بالقانون رقم (٧٠-٤٥٩) الصادر في الرابع من يونيو سنة ١٩٧٠م ، والذي جعل مسؤولية متولي الرقابة تضامنية بين (الأب والأم) بالتساوي على ابنهما الصغير الساكن معهما، وبعد الانفصال

تكون على أيهما شرط أن تكون الحضانة له ، وغالباً ما تكون الام هي الحاضنة فبالتالي تتحقق مسؤوليتها المدنية بناءً على ذلك . فضلاً عن الانقلاب الذي احدثه القضاء الفرنسي في ١٧/فبراير /١٩٩٧ الذي ذهبت به محكمة النقض الفرنسية بحكمين مهمين الى تعديل جوهري في نظام مسؤولية الاب والام عن فعل ابنائهما القاصرين ، إذ جعلت المسؤولية تضامنية ايضاً بين (الام والاب) في حالة اذا كانت الحضانة للام والصغير يكون ساكن معها على الدوام لكن وجد لدى الاب على سبيل الزيارة المؤقتة او الايواء المؤقت والحق في هذا الوقت ضرر بالغير. هذا من جهة ومن جهة أخرى التجربة الجزائرية المادة (٨٧) من قانون الاسرة، الذي أقر بأن الأب ولي الصغير ومن بعد وفاته تحل الأم محله شرط ان تكون الحضانة لها ، وبتالي تنعقد مسؤوليتها المدنية بموجب المادة (١٣٤) من القانون المدني عن الافعال الضارة بالغير الصادرة من صغيرها المحضون بناءً على ولايتها القانونية . بل الاكثر من ذلك فقط ذهب المشرع الجزائري بتعديل للمادة (٨٧) واضاف عليها فقرة بموجب الامر رقم(٠٥، ٠٢) في ٩ /فبراير/ ٢٠٠٥، أورد به استثناء بحلول الأم محل الاب حال حياته في حالة الطلاق واعطائها الولاية القضائية التي تقترن بشرط الحضانة لها والتي ايضاً تقرر المسؤولية المدنية للأم الحاضنة بناءً عليها ، لانها ولاية شاملة كاملة حالها حال ولاية الاب . فمن خلال تجارب هذه الدول سنتمكن من وضع حجر الأساس لمسؤولية الأم المدنية وتسليط الضوء عليها للوصول إلى وضع يقارب المعدل ويبلغ الحق بتعويض المضرور من فعل الصغير من قبل الشخص (الام) الذي يتولى أمر رقابته بالصورة الفعلية ومع ما ينسجم مع حالات الواقع الموجود.

أهمية ومشكلة موضوع البحث:

لعل المشكلات التي يعاني منها موضوع معين هي السبب الذي يدفع الباحث للأهتمام بدراسته. والواقع أن الركون لأحكام المسؤولية المدنية التقليدية في القانون المدني العراقي والخاصة بمسؤولية متولي الرقابة وبنطاقها الضيق جدًا, نجده لم يعد غطاءً كافيًا للتعدي الحاصل من الصغير خاصةً بعد التطور التكنولوجي ومانتج عنه من سهولة استعمال الصغار القاصرين لوسائل التكنولوجيا والحاق الضرر بالاخرين . فإن انعدام تنظيم قانوني خاص بالمسؤولية المدنية للأم الناشئة عن الضرر الذي يلحقه صغيرها بالغير في العراق، وعدم وجود التوازن الحقيقي بين الاب والام من حيث الولاية على الابناء في القانون العراقي الذي اعطى الولاية للاب بصورة الحق المطلق وبقوة القانون ، أما الام لاتكون لها الولاية في القانون العراقي الا في حالات معينة وبعد استحصال حكم قضائي بها فهي لا تتقرر بصورة مباشرة كولاية الاب ، كما ان المشرع العراقي قدم عليها بالمرتبة من حيث الولاية شخص قد يكون غريب عن الصغير وهو الوصي المختار ومن ثم الجد ووصي الجد ومن ثم هي . كل ذلك أدى إلى طرح تساؤلات قانونية كبيرة تتعلق بمدى قدرة القواعد الخاصة في القانون العراقي للمسؤولية المدنية لمتولي الرقابة على وضع حلول مناسبة لمسؤولية الأم ؟، في حين أن الفقه والتشريع والقضاء في الدول محل المقارنة ، قد توجه نحو صياغة قاعدة قانونية جديدة لهذه المسؤولية المدنية، وقد أسهم ذلك في تطور قواعد المسؤولية محل البحث عن طريق مواكبتها للواقع الحقيقي الذي يعتبر أساس في قيامها ألا وهو (الرقابة الفعلية على الصغير) ، كما هو الحال في القانون الفرنسي والجزائري ، ولم يجد هذا التطور سبيلاً له في القانون المدني العراقي . فإن عدم

اهتمام مشرعنا بها من جهة، وحاجة الواقع إليها من جهة أخرى، كانت أسبابنا الرئيسية في اختيارنا لموضوع البحث.

تساؤولات الدراسة : ان هذه الدراسة انعقدت من اجل الاجابة على مايأتي :

١. ما الاتجاه التشريعي المعتمد لتقرير المسؤولية المدنية للام لدى المشرع الوطني والمقارن ، وايهما ينسجم مع تطورات الحياة الواقعية في دول هذه التشريعات ؟
٢. هل اعتمدت المسؤولية المدنية للام على الرقابة القانونية ام الرقابة الفعلية ؟
٣. هل يمكن ان تنفصل الولاية عن الرقابة ، حيث تصبح كل منهما من مسؤولية شخص معين مختلف عن الاخر ؟

نطاق البحث : سنبحث موضوع الدراسة من حيث قصرها على بيان التوجه التشريعي المعتمد لدى المشرع الوطني والمقارن في تنظيم المسؤولية المدنية للأم وبيان مدى انسجام كل توجه مع الواقع المتطور في الحياة ومدى فعاليته لتنظيم العلاقات بالنسبة للأشخاص المسؤولين عن الصغار . تاركين مسألة احكام المسؤولية وطرق دفعها للقواعد الخاصة بالمسؤولية محل البحث في كل نظام سنأخذه ، لأنَ المكان هنا لايسعفنا ، ولان الاختلاف في التنظيم بكل تشريع يترتيب عليه اختلاف في الاحكام وطرق الدفع .

المنهج المعتمد في البحث: إن المغزى من الدراسات القانونية يتمحور حول نقطة مهمة ألا وهي تحديد مكامن القصور التشريعي من جهة، والبحث والتقصي للوصول إلى سبل علاجه من جهة أخرى. ولا يكون ذلك إلا من خلال تحليل النصوص القانونية والأراء الفقهية القانونية للتوصل الى تفسير يسعفنا فيما نحتاج اليه خدمةً لموضوع البحث .

بالاضافة لاستعراض القوانين التي تصلح للمقارنة بها لبيان موقفها إزاء ذلك الموضوع .

وعليه عقدنا الدراسة بالتحليل وبالمقارنة بين قوانين متعددة مختلفة من حيث تنظيم موضوع الدراسة الا هي: القانون المدني العراقي، القانون الجزائري ، والقانون المدني الفرنسي. مستعينين بموقف القضاء اينما كان ذلك مطلوباً وممكناً .

خطة البحث: قسمنا هذا البحث الى مبحثين ، الاول خصصناه للاتجاه التشريعي التقليدي من حيث تنظيم المسؤولية المدنية للأم وكان محوره القانون المدني العراقي ، بينما خصصنا المبحث الثاني للاتجاه التشريعي الحديث لتنظيم المسؤولية المدنية للأم وكان محوره القانون المدني الفرنسي والقانون الجزائري . وسبقنا كل هذا بمقدمة عن الموضوع واهميته ومشكلته ، وانهينا البحث بخاتمة محتوية على اهم النتائج والتوصيات التي نأمل الاخذ بها مستقبلاً .

المبحث الأول :الاتجاه التشريعي التقليدي للمسؤولية المدنية للأم

Traditional Legislative Trend of Maternal Civil Liability

إن التشريعات المدنية الممثلة لهذا الاتجاه ذهبت إلى عدم النص على المسؤولية المدنية للأم عند تنظيمها للمسؤولية المدنية لمتولي الرقابة، وجعلت المسؤولية مرتبطة وجودًا وعدمًا مع الالتزام بالرقابة والرعاية (القانوني) فإن وجد هذا الالتزام وجدت المسؤولية وإن انعدم انعدمت معه المسؤولية. كما أن هذا الاتجاه التشريعي ذهب للتقليدية في ترتيب الأشخاص المسؤولون وفق (مسؤولية متولي الرقابة)، واعتمد في ذلك التحديد على أمر تسلسلي ، حيث ربط المسؤولية بالالتزام بالرقابة والرعاية ، وبما أن الملتزم بذلك لدى بلدان هذا الاتجاه هو (ولي النفس) على الصغير، وبما أن ولي النفس يحدد عند

تشريعات بلدان هذا الاتجاه تأثرًا بالفقه الإسلامي ، لذا تم اختيار الشخص المسؤول عن فعل الصغير الضار(بالولي على ذلك الصغير) بدأ بالأب ثم الجد الصحيح ... إلى آخره[١].

وعليه إن هذا الاتجاه التشريعي يعيب عليه من حيث عدم نصه على المسؤولية المدنية للأم على الصغير، بالإضافة إلى عدم استيعابه للواقع العملي حيث إنه أخذ بالرقابة والرعاية القانونية التي تكون في غالب الاحيان غير فعلية وغير حقيقية ، كما في حالة وجود الصغير بعيدًا عن الولي (الاب او الجد) أثناء ارتكابه الفعل الضار بالغير، أو كان بحضانة الأم ، فبموجب هذا الاتجاه إن المسؤول عن تعويض الضرر الذي أحدثه هذا الصغير هو الولي - متولي الرقابة - الملزم قانونًا أو اتفاقًا بالرعاية والرقابة والاشراف ، حتى وإن انفصل عنه الصغير مكانيًا، فتبقى المسؤولية عليه من باب أنه ملزم بموجب نص القانون أو الاتفاق بهذا الالتزام ومسؤول عن الصغير، ومن باب آخر إن مسؤوليته مسؤولية وردت على سبيل الاستثناء من الأصل العام للمسؤولية التقصيرية. وهذا فيه من المغالاة مما يجعل شخص يحتمل تعويض ضرر ابنه أو حفيده الذي يسكن مع الأم الحاضنة، ويتأثر بدوره بسلوكها وأخلاقها وليس له منه إلا الاسم. خاصةً أن حالات الطلاق في وقتنا الحاضر كثيرة مع إسناد الحضانة إلى الأم، فكيف يعيش الصغير مع الأم وأن من يتحمل أفعاله الضار هو الأب أو الجد أو شخص آخر؟

وبناءً على ما تقدم سنأخذ نموذج يمثل هذا الاتجاه التشريعي من حيث موقفه من مسؤولية الأم المدنية عن الضرر الذي يحدثه صغيرها للغير وهو المشرع العراقي الذي ذهب به إلى أن الأم ليست عليها مسؤولية أصلية بوجود الأب أو الجد عن ذلك الصغير حتى وإن كانت حاضنة. وأنه يمكن أن تقام مسؤوليتها بصفة احتياطية وبحالة واحدة فقط وهي كونها وصية على الصغير وبعد استحصال حكم قضائي وليس بصفتها كأم . وعليه لابد من التطرق للموقف أعلاه في القانون المدني وفي التحديد المواد (٢١٨ و ١٩١) ، لبيان مدى استيعابها لمسؤولية الأم المدنية بما تنطوي عليه من أحكام يمكن استنباطها من خلال مفهومها ، وأيضًا تفسير الفقه القانوني لها بالاستعانة بتشريعات أخرى كقانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠، وقانون رعاية الأحداث رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣، وقانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، وعلى قدر ما يتعلق بموضوعنا. ومن هذا كله سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين لبيان المقصود منه، وكالآتي:

المطلب الاول : المسؤولية المدنية للأم وفق المادة (٢١٨) من القانون المدني العراقي

Civil Liability of the Mother according to Article (218) of the Iraqi Civil Code

تبنى المشرع المدني العراقي الاتجاه التقليدي لتحديد المسؤول مدنيًا عن أفعال من هم في رعايته ورقابته من الأشخاص، وهو اتجاه قائم على الولاية على نفس الصغير، فمن له الولاية يكون عليه التزام بالرقابة والرعاية بأعتبارها من واجباته ، وبالتالي هو الملزم بتعويض أضرار ذلك الصغير الذي يكون تحت ولايته. فقد جاء في نص المادة (٢١٨/ ١) من القانون المدني العراقي هو: (١- يكون الأب ثم الجد ملزمًا بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير) ، وبالتالي لا يشمل نطاقها الشخصي الأم[٢].

إلا أن الفقه القانوني العراقي والعربي اختلف حول تفسير المادة المذكورة أعلاه من حيث مدى حصرها المسؤولية بالأب والجد فقط ، ومدى شمولها لغير هؤلاء كالوصي المختار وفيما لو كان الاخير هو الام ؟ وعليه انقسموا إلى رأيين وكالآتي:

الرأي الأول: وذهب إليه غالبية الفقهاء والشراح وأيده القضاء العراقي[٣] ، ومضمونه أن الشخص المسؤول الوارد ذكره بالمادة (٢١٨/ ١) من القانون المدني ينحصر بالأب والجد ولا يشمل الوصي المختار أو المنصوب الذي غالبًا ما يكون الأم ، أو الأشخاص الآخرين من الأولياء كالأخ أو العم، أو أي شخص آخر. وأورد أصحاب هذا الرأي حجة تعزز رأيهم هذا : إذ ذهبوا إلى أن هذا النص إستثنائي لا يجوز التوسع في تفسيره أو القياس عليه . بدليل إن المسؤولية المقررة فيه مسؤولية أقامها المشرع العراقي على أساس افتراض الخطأ بجانب المسؤول وهذا خلافًا للقاعدة العامة المقررة بالنسبة للمسؤولية الشخصية التي أقامها المشرع على أساس إثبات خطأ المسؤول. وبالتالي فإنها مسؤولية استثنائية جاءت على خلاف القياس فغيرها لا يقاس عليها، وبالنتيجة إن الشخص المسؤول عن ضرر الصغير هو الأب والجد ولا يشمل غيرهما من الأشخاص مهما كان قريب.

الرأي الثاني: وهو ما ذهب إليه البعض الاخر من الفقه القانوني[٤] ، لكنهم اختلفوا بإيراد الحجة على رأيهم فالبعض قال[٥]: انه يجب تفسير الاب والجد اللذين اشارت اليهما المادة ٢١٨ من القانون المدني تفسيراً واسعاً فيشبه بهما الوصي المختار ، سواء اكان اختاره الاب او الجد ن كما وان القيم يلحق بالولي أو الوصي وتكون مسؤولية هؤلاء جميعاً عن الاشخاص الذين وضعوا تحت رعايتهم ، مسؤولية مبنية على خطأ مفترض قابل لاثبات العكس ، بينما ذهب البعض الاخر بالقول[٦] ، بأن المشرع العراقي وإن كان قد نص على مسؤولية الأب أو الجد، إلا أنه يمكن تطبيق أحكام المادة (٢١٨) من القانون المدني العراقي على (الوصي المختار) أيضًا، وذلك استنادًا لأحكام المادة (٩٧٤) من مجلة الأحكام العدلية والتي جعلت الولاية على الصغير للأب أو الجد أو الوصي أو القاضي على الترتيب الوارد فيها[٧]. وعند شرح هذه المادة ذهب البعض إلى أن الولي هنا يجمع بين ولايتي النفس والمال معًا، لأن ولاية الإنكاح هي من حقوق الولي على النفس، واعتبر ما جاء في المادة (٢١٨) من القانون المدني هو تأييد لذلك. ودليلاً على ذلك إن الالتزام بالتعويض المترتب على الأب أو الجد في نطاق هذه المادة ما هو إلا نتيجة إخلال هؤلاء بواجب الرقابة والإشراف، وبما أن الرقابة والإشراف من صميم واجبات ولي النفس وليس ولي المال، فالمسؤولية المقررة هنا أساسها ما لهؤلاء على الصغير من الولاية على النفس[٨].

موازنة واستنتاج:

ونحن بدورنا نذهب إلى تأييد الرأي الأول فيما ذهب إليه بأن المسؤولون وفق المادة (٢١٨/ ١) من القانون المدني هم الأب والجد حصرًا، ولا يمكن شمول غير هؤلاء من الأشخاص في نطاق هذه المادة لأن المادة جاءت محددة تحديد واضح وصريح ولا يقبل التأويل، ولا القياس بالتفسير على مادة أخرى كما ذهب إلى ذلك الرأي الثاني ، لأنها بالأساس جاءت على سبيل الاستثناء، والاستثناء لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه ولو كان ذلك في نية المشرع لنص صراحةً على شمول الام بالمسؤولية الاصلية عن الضرر الذي يحدثه الصغير للغير .

وعليه نورد الملاحظات الآتية على موقف مشرعنا المدني في المادة (٢١٨/ ١) :

١- إن الواضح من موقف المشرع المدني من حيث النطاق الشخصي للمسؤولية المدنية عن الصغير نجده قد أخرج الأم منه ولا يقيم المسؤولية عليها بالنسبة للضرر الذي يحلقه صغيرها بالغير أبدًا. وكان موقفه هذا مبني على عنصر الولاية على نفس الصغير التي أعطاها بالمرتبة الأولى للأب، ثم قصرها على الجد من بعد الأب . وهذا يتعارض مع مبدأ المساواة بين الزوجين من جهة ، وعدم التوازن فيما يخص المسؤولية على الابناء من جهة اخرى .

٢- قصور حكم المادة اعلاه عن استيعاب ما يحتاجه المجتمع العراقي من استقرار العلاقات فيما بين أفرادها وعلى قدر يحقق التوازن في الحقوق والواجبات، وأخذه بالسلطة الأبوية لرعاية ورقابة الأولاد الصغار وعلى وفق حقيقة الحالة وليس مبدأ الحق المطلق أو الواجب المطلق. وبالتالي التقييد بحرفية النص القانوني وعدم الانسجام مع الواقع يؤدي إلى عدم تحقق مقتضيات العدالة. حيث إن في كثير من الحالات يكون الصغير في كنف أمه وفي رعايتها ورقابتها كما في حالة أن يكون الصغير في حضانة أمه ورعايتها ورقابتها في حال الانفصال والفرقة عن الأب حتى مع وجود الجد[٩] ، وكذلك في حالة وفاة الأب، فوفق المادة (٢١٨) لا يمكن الرجوع على الأم وتقرير مسؤوليتها عن الضرر الذي يحدثه صغيرها للغير، على الرغم من أنها تمارس عليه الرقابة الفعلية وهي من تتولى رعايته وتربيته.

٣- إن نص المادة (٢١٨/ ١) جاء خاليًا من شرط الرعاية والرقابة على الصغير وأن المسؤولية عن الضرر الذي يحدثه الصغير للغير وردت بصورة مطلقة، وبما أن من شروط المسؤولية هو شرط رعاية الشخص المسؤول للصغير، وبما أن المسؤولية هنا أصلية ومفترضة على أساس خطأ المسؤول، مما يستلزم وجود هذا الشرط الذي يمكن استنتاج مفهومه ضمنًا من قصر المسؤولية على الأب أو الجد دون سواهما، لأن هؤلاء هم الأولياء على نفس الصغير قانونًا أو الملزمين بالرعاية والرقابة. وكان الأولى عليه أن يشمل الام بالرعاية والرقابة أيضًا ويقدمها على الجد لأنها أقرب إلى الصغير والأفضل برعايته والأكثر نتيجة برقابته وهذا من باب الواقع فعلاً .

٤- إن المسؤولية المقررة وفق المادة (٢١٨) مبنية على شرط الرقابة المفهوم ضمناً بإعتباره أحد الواجبات المقررة على عاتق ولي النفس، ولا تتحقق هذه الرقابة إلا إذا كان الصغير يعيش في كنف وليه المسؤول عنه[١٠]. ولنا أن نتساءل هنا، هل المشرع العراقي أخذ بحكم الولاية القانونية أم الولاية الفعلية في تحديد مسؤولية الاب والجد ؟ وماهو موقفه في حالة انفصال الاب بالطلاق عن الام وحضانة الصغير لها ؟ او بعد الجد عن الصغير في جميع الاحوال ؟ وأي من الولايتين (القانونية ام الفعلية) يسعفنا في هذه الحالات من حيث الواقع ؟

الواضح أن المشرع العراقي أخذ بالمادة (١/٢١٨) من القانون المدني بالرقابة القانونية المقررة على الأب أو الجد، باعتبار أن سلطة الرقابة قانونًا مقررة بنصوص الولاية على الصغير التي نظمت بشكل يعتريه التشتت في قوانين متعددة ، فقد نصت المادة (١٠٢) من القانون المدني على أن: (ولي الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبته المحكمة) . أما المادة (٣) من قانون رعاية الأحداث فقد ذهبت إلى الترتيب التالي: (٥- يعتبر وليًا، الأب والأم أو أي

شخص ضم إليه صغير أو حدث أو عهد إليه بتربية أحدهما بقرار من المحكمة). فبموجب هذه المادة منح المشرع الأب الولاية على الصغير مقدما على الام وغير مساوي لها ، وان ذكر بعده الام الا انه لأجل تحقيق اغراض هذا القانون ألا وهو الحد من ظاهرة جنوح الحدث[١١]، وقيام مسؤولية الولي عن إخلاله بواجباته تجاه الصغير فيما لو تعرض للجنوح[١٢]. اما المادة (٢٧) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ قد حصرت الولاية بالأب ثم المحكمة وهذه هي ولاية على المال. وذلك واضح من عنوان الفصل الأول من قانون رعاية القاصرين الذي كان يشير إلى الولاية على المال.

ومن كل هذه المواد يتضح لنا ان موقف المشرع العراقي كان بإتجاه إعطاء الولاية القانونية الجبرية للاب بالدرجة الاولى وهذا هو الثابت والمستقر عنده ، لكنه اختلف بالترتيب من الدرجة الثانية ومابعدها وبحسب اختلاف اغراض كل قانون . ويبقى الأب ملزمًا بالولاية القانونية على الصغير إلا في الحالات التي تسقط عنه الولاية وتنتقل إلى شخص آخر. وبالتالي إذا كان الأب مستوفي لشروط الولاية فتكون له ولا يزاحمه أحد من الأشخاص حتى لوكان الصغير يعيش بعيدًا عنه كما في حالة الانفصال عن الزوجة وسكن الصغير لدى أمه . فإذا كان يمكن الاعتماد على هذه الولاية في حالة اذا كانت الزوجية قائمة بين الأب والأم وساكن الصغير معهما، وكان الأب متمتع بشروط الولاية فله وعليه الرقابة والإشراف والرعاية بإعتباره رب الاسرة والمسؤول الاول عن تربية الصغار ونشأتهم وهذا هو ماينسجم مع مكانته شرعاً وقانوناً وواقعاً . غير أن الحال يختلف فيما لو كان الأب بحالة الانفصال الحقيقي عن الام والحضانة كانت لها مثلاً؟ أو الجد في جميع الحالات التي يكون فيها بعيدًا عن الصغير؟

فهنا لايمكن التعويل على فكرة الرقابة المناطة بموجب (الولاية القانونية) لأنها غير متوفرة من الأساس وبالتالي تكون منتفية عنهم السلطة ومن ثم المسؤولية ، وهذا ماينسجم مع العقل والمنطق ، إذ كيف يكون للأب المنفصل أو الجد البعيد ممارسة الرعاية والرقابة وهو يرى الصغير وفق جدول زمني تحدده المحكمة تحت مسمى (حق المشاهدة) ؟ . ومما سبق كله يتضح لنا ان المشرع العراقي قد اخذ بالرقابة والرعاية القانونية (غير الفعلية) التي أقام المسؤولية فيها على أساس الولاية القانونية الجبرية لهؤلاء الأشخاص على نفس الصغير. هذا ويمكن القول ايضاً ان الولاية أوسع من الرعاية والرقابة ، حيث إن الولي يلتزم بمجموعة من الالتزامات المتعددة والمتنوعة بتنوع احتياجات المولى عليه مع تتابع سنوات عمره، حتى يصل إلى المرحلة التي يتسلم فيها مقاليد نفسه ويتولى زمام أمره. وهذه الالتزامات تقسم إلى التزامات مالية وأخرى غير مالية. والتزامه بالتعويض عن الضرر الذي يحدثه المولى عليه للغير يدخل ضمن الالتزامات المالية، حيث أن الرقابة والإشراف هما من صميم واجبات الولي على النفس وليس ولي المال فمسؤولية الأب عن ابنه أو الجد عن حفيده مبعثها ما لهؤلاء على الصغير من الولاية على النفس[١٣].

وبالتالي فإنه يعيب على المشرع العراقي موقفه هذا بحصر المسؤولية بالأب أو الجد فقط دون الأم في حالة الانفصال والحضانة لها أو في حالة وفاة الأب بناءً على أحكام الولاية القانونية الموجودة في القانون العراقي ، حيث أن القانون العراقي بالنصوص الخاصة بالولاية السابق ذكرها ، يحرم الأم من حق الولاية على صغيرها وهي قريبة منه في الحالات المذكوره اعلاه ، كما إن المسؤولية المذكورة لا تكون إلا حيث وجدت الولاية وبما أن لا ولاية للأم، إذًا لا مسؤولية مدنية للأم بموجب المادة (٢١٨/ ١) من القانون

المدني العراقي التي كان الأولى بها جعل المسؤولية متساوية بين الأب والأم في حال قيام الزوجية، وعلى أيهما في حالة الانفصال بشرط أن يكون مسؤولاً مسؤولية فعلية عن ذلك الصغير التي تقترن بالمساكنة والحضانة، لكون ذلك أقرب لروح العدالة، وأكثر انسجامًا مع التغيير الحاصل في مفهوم الأسرة في الوقت الحاضر فلم تعد الأسرة حكرًا على الرجل وحده، بل أصبح واجب على المرأة تحمل جانب من هذه المسؤولية، خصوصًا عند فقدان الأب أو بعده بالانفصال، كما أنه من جانب آخر إن الحياة الأسرية عبارة عن تكوين مؤسسي يفرض على أعضائه واجبات متبادلة لمصلحة هؤلاء الأعضاء ككل.

بالاضافة لما سبق يمكننا القول ان الاخذ بفكرة المسؤولية الاصلية للأب او الجد نتيجة خطأهم المفترض في واجبهم بالرعاية والرقابة القانوني غير الفعلية على الصغير والتي تبقى قائمة بناءً على موطن الصغير وليس محل اقامته في الحالات المذكورة سابقاً ، يكون امراً مجحفاً بحق هؤلاء الاشخاص وفيه مغالاة من حيث تقرير مسوليتهم المقررة على سبيل الاستثناء من جهة ، وغير مجدي بالنسبة للمضرور من جهة ثانية لانه لايستطيع الحصول على حقه لان هؤلاء يستطيعون دفع المسؤولية عنهم بمجرد اثباتهم بأنهم قاموا بالالتزام المفروض عليهم[١٤]، والذي هو يعتبر من حيث الواقع ضرباً من ضروب الخيال لبعدهم عن الصغير .

المطلب الثاني :المسؤولية المدنية للأم وفق المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي

Civil Liability of the Mother in accordance with Article (191) of the Iraqi Civil Code

نصت المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي: (١ – إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز من في حكمهما غيره لزمه الضمان في ماله ٢- واذا تعذر الحصول على التعويض من اموال من وقع منه الضرر ان كان صبيا غير مميز او مجنون جاز للمحكمة ان تلزم الولي او القيم او الوصي بمبلغ التعويض على ان يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر ٣- عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لابد للمحكمة ان تراعي في ذلك مركز الخصوم) . اختلف الفقه القانوني أيضًا في تفسير المادة (١٩١) المذكورة اعلاه ، وبخصوص مسؤولية الأشخاص فيها حيث انقسموا الى رأيين وكالاتي :

الرأي الاول : وذهب اليه غالبية الفقه [١٥] ، بالقول أن نص المادة (١٩١/ ١) يلقي عبء المسؤولية على الصبي مميزًا كان أو غير مميز. فقد اعتبرت المسؤولية هنا مسؤولية أصلية في حالة إتلافه أموال الغير، وأنه يلزم بالتعويض من ماله الخاص، إلا أن الفقرة الثانية من نفس المادة اعتبرت بعض الأشخاص مسؤولين عن إتلاف الصغير غير المميز أو المجنون لأموال الغير وهم كل الوصي أو القيم أو الولي عليهما وأجازت للمحكمة أن تلزمهم بدفع التعويض عوضًا عنهما في حالة تعذر حصوله على التعويض من أموال من وقع منه الضرر، على أن تراعي المحكمة مركز الخصوم وعند تقدير هذا التعويض.

فالأشخاص المسؤولين عن تعويض ضرر الصغير غير المميز هم كل من الولي أو القيم أو الوصي عليه، فهؤلاء الأشخاص الثلاثة هم المسؤولين عن الضرر الذي يحدثه ذلك الصبي للغير. وما قيل بصدد مسؤولية الأب أو الجد وعدم التوسع في شمولها لغيرهما من الأشخاص يصدق هنا –على مسؤولية الوصي أو القيم أو الولي، لأن هؤلاء ورد ذكرهم على سبيل الحصر ولا يجوز التوسع فيهم والمسؤولية محددة بهم ولا تسري على غيرهم لتمثل الأم أو الأخ أو العم إلا إذا كان أحد هؤلاء وصيًا أو قيمًا أو وليًا. وبالتالي فإن مسؤولية

الأم المدنية لا تتقرر بموجب هذه المادة من القانون المدني العراقي لصفتها كأم لكنهما ممكن أن تسأل مدنيًا إذا كانت وصية على صغيرها غير المميزة وهكذا بالنسبة لبقية الأشخاص.

الرأي الثاني[١٥]**:** وذهب بالقول إلى أن ماسبق هو سوء تفسير للمادة (٢/١٩١) المذكورة سابقاً ، مسبباً رأيه هذا بأن هؤلاء الاشخاص غير مسؤولين مدنياً على وفق المادة (٢/١٩١) وانما المسؤول شخصياً بموجب المادة (١/١٩١) هو الصبي المميز او غير المميز ومن في حكمهما ، واذا ما الزمت المحكمة الوصي او الولي او القيم بدفع التعويض فأن ذلك يكون بمالها من سلطة جوازية ، وان الاساس القانوني لالزامهم لايقوم على أساس المسؤولية ، وانما على اساس من النيابة القانونية او القضائية او الاتفاقية .

موازنة واستنتاج:

نحن بدورنا نؤيد ما ذهب إليه الرأي الأول من حيث تفسيره للمادة (١/١٩١-٢) وجعل مسؤولية الصغير المميز وغير المميز بنص الفقرة الأولى من المادة أعلاه مسؤولية أصلية ومن ثم يتمكن المتضرر من مطالبته بالتعويض بصورة مباشرة واستيفاء التعويض من أمواله الخاصة، أما بالنسبة للفقرة الثانية فقد حددت الأشخاص المسؤولين عن إتلاف الصبي غير المميز لأموال الغير بالولي أو الوصي أو القيم. فهي هنا لم تقصرها على الأب أو الجد كما ورد في المادة (٢١٨/ ١) مدني، وإنما شملت أشخاص آخرين هم الأوصياء والقامة والأولياء. فضلاً عن أن كلمة الولي تتسع لأشخاص آخرين غير الأب أو الجد كالأخ والعم وغيرهم وبهذا فإن المادة هذه جاءت بمفهوم واسع للشخص المسؤول بحيث يكون الصبي غير المميز مشمول على الأكثر برعاية أحد الأشخاص المشار إليهم ومن ثم فإن المتضرر من فعل الصبي غير المميز سيجد من هو مسؤولاً عن ذلك الصبي غير المميز في حالة وقوع إتلاف لأمواله وتعذر الحصول على تعويض من هذا الصبي.

وبناءً على ما تقدم يتضح لنا بأن مسؤولية الأم المدنية بالقانون العراقي لا تتقرر بموجب المادة (١٩١/ ٢) من القانون المدني العراقي لصفتها كأم ، لأنها لم تذكر بنص المادة المشار إليها سابقًا، وبما أن المادة ذكرت الأشخاص المسؤولين عن تعويض الضرر الذييحدثه الصغير غير المميز وعددتهم بصفاتهم فهي لايمكن ان تدخل بصفتها كأم من ضمنهم . لكنها ممكن ان تسأل مدنياً اذا كانت وصية على صغيرها غير المميز .

المبحث الثاني: الاتجاه التشريعي الحديث للمسؤولية المدنية للأم

The Modern Legislative Trend of Civil Liability of the Mother

إن التشريعات الحديثة الممثلة لهذا الاتجاه نظمت المسؤولية المدنية للأم عن الضرر الذي يحدثه الصغير للغير بصورة أصلية واضحة ومنسجمة مع الواقع، حيث أنه جعل الأم مساوية للأب من حيث المسؤولية عن الضرر الذي يفعله الصغير ويلحقه بالغير وهذه هي الصورة الأولى للتطور التشريعي الذي أخذ به بعض من يمثل هذا الاتجاه وأسماها (بالسلطة الأبوية) التي تشمل المسؤولية التضامنية بين الأم والأب عن الأضرار التي تقع بفعل أولادهما القصر المقيمين معهما، فهذا ما نص عليه المشرع المدني الفرنسي بالتعديل رقم (٤٥٩-٧٠) الصادر في ٤/يونيو / ١٩٧٠. أما الصورة الثانية والتي أخذ بها المشرع الجزائري بالتعديل الحاصل لقانون الاسرة المرقم ب(٠٢،٠٥) الصادر في ٩/ فبراير /٢٠٠٥ ، وهو النص على ولاية الام وقيام مسؤوليتها المدنية عن الضرر الذي يحدثه صغيرها للغير في حالة وفاة الأب أو عند إسناد الحضانة لها بعد الانفصال (الطلاق) او غيابه عنها في الحالات الاستعجالية .

وعليه فإن هذه التشريعات المتطورة جعلت الأم بصفتها (أم) من ضمن متولي الرقابة ، بل على الأبعد من ذلك جعلها في الصورة الأولى على نفس الكفة مع الأب من حيث المسؤولية موضوع البحث، وهذا أقرب للواقع ، لأنه ان كان حصر الولاية بالأب أو الجد دون الأم ينسجم مع تكوين نظام الاسرة في مجتمعاتنا الاسلامية العربية الا انه قد لايسعف المضرور من الحصول على حقه في حالة الانفصال او وفاة الاب والجد بعيد عن الصغير ، فلا ضير من الاستناد على رقابتها الفعلية والمباشرة إذا كانت تعيش مع الصغير لأجل ايراد نوع من التوازن القانوني بين الحقوق والواجبات الملقاة على الوالدين اتجاه ابنائهما، فلماذا لا تتحمل المسؤولية وهي تكون الأقرب والأكثر تأثير بهذا الصغير فمن باب أولى شمولها بالمسؤولية. أما الصورة الثانية فقد أبقت على مسؤولية الأب في حال حياته واستمرار الزواج مع الأم، لكن تتحول المسؤولية إلى الأم بعد وفاته أو بعد الطلاق مع حصولها على حكم قضائي بالحضانة على اعتبار انتقال الولاية لها .

وعليه سنتناول هذه التشريعات في مطلبين وكالاتي :

المطلب الأول: المسؤولية المدنية للأم في القانون المدني الفرنسي

Civil liability of the mother in the French Civil Code

إن المشرع الفرنسي نص بالفقرة (٤) من المادة (١٢٤١) [١٦]، على: (الأب والأم ، بإعتبارهما يمارسان السلطة الابوية ، يكونان مسؤولين بالتضامن عن الاضرار التي يسببها اطفالهما القصر الذين يسكنون معهما)، فكانت هذه الفقرة تنص على مسؤولية الأب ، أو الأم بعد وفاة زوجها عن أفعال ولدهما القاصر المقيم معهما، وقد عدل المشرع الفرنسي هذا الحكم بموجب القانون الصادر في ٤/ حزيران يونيو/ ١٩٧٠ بموجب القانون المرقم (٧٠-٤٥٩)[١٧] ، فأصبح الأب والأم بمقتضى هذا التعديل مسؤولين بموجب السلطة الابوية بصورة تضامنية عن الأضرار التي تقع بفعل أولادهم القصر المقيمين معهما [١٨]. لذا فإن المتضرر من فعل الولد القاصر يتمكن من مطالبة الأب والأم بتعويض الضرر ومن ثم الزامهما بدفع هذا التعويض بصورة تضامنية . فهذا المبدأ الذي أخذ به القانون المدني الفرنسي يعتبر ضمانًا إضافيًا للمتضرر لحصوله على التعويض كما يؤكد ضرورة تحمل المسؤولية في رعاية الأولاد الصغار على قدم المساواة بين الأب والأم. غير أن المشرع الفرنسي قيد مسؤولية الأب والأم عن الضرر الذي يتسبب به ولدهما القاصر بأن يكون الأخير مقيمًا مع أبويه وقت ارتكاب الضرر، لذا تعتبر إقامة الولد القاصر مع أبويه شرطًا ضروريًا لقيام مسؤوليتهما وهذا ما نصت عليه الفترة (٤) من المادة (١٢٤١) سابقة الذكر.

كما أنه لم يكتف المشرع الفرنسي بالمسؤولية التضامنية بين الأبوين إذا كانت الحياة الزوجية في انسجام بينهما، بل انه نظم المسؤولية في حالة انفصال الزوجين بالطلاق او الانفصال الجسماني وكان الصغير مع احد والديه المنفصلين ، والذي يكون عادةً بحضانة الام وبالتالي يتخلف شرط المساكنة بالنسبة للاب الذي لم يعد له حضانة الصغير، فقد اصدر المشرع الفرنسي التعديل التشريعي الاخر في ٢٢/ يوليو / ١٩٩٧ ، والذي قرر بمقتضاه ان الوالد الذي لايمارس على الولد القاصر السلطة الابوية لايكون حارساً له وبذلك لاتسري عليه القرينة الواردة بالمادة (١٢٤١) الفقرة (٤) و(٧) . وعليه تكون الأم وحدها المسؤولة عما يسببه الصغير من ضرر للغير بفعله غير المشروع لانها هي التي تمارس عليه السلطة الابوية والحضانة ايضاً. وكان هذا التطور التشريعي بالتعديل الاخير نتيجة للتطور القضائي الذي حصل في فرنسا بشأن أساس مسؤولية الوالدين إذ ذهب القضاء الفرنسي

برأي اكثر وضوحاً لمسؤولية الوالدين المدنية[١٩]، في حالة اذا ماذهب الصغير الى الاب للزيارة او الايواء على سبيل التأقيت ، وارتكب في هذا الوقت فعلاً ضاراً للغير ، فأن المسؤولية تتحقق بالنسبة لكلا الوالدين (الاب والام) بأعتبار الصغير يقيم بصفة معتادة لدى الام ، ولها عليه حق الحضانة ومايستتبع ذلك من السلطة الابوية والحضانة ، فضلاً عن مسؤولية الاب الذي ذهب اليه الصغير للزيارة او الايواء المؤقت ، وبذلك يكون الوالدين مسؤولين بالتضامن عن تعويض الغير ، وحينئذ يتحقق للمضرور نوع جديد من الحماية الفعالة . وبالتالي يمكن القول أن المشرع الفرنسي أخذ بفكرة الرقابة والرعاية الفعلية والتي تنسجم مع الواقع والعدل، ففي حالة قيام الزوجية فإن الأبوين مسؤولان مسؤولية تضامنية، أما بعد الانفصال فيكون صاحب السلطة الفعلية على الصغير وهذه السلطة لا تكون إلا بإقامة الصغير معه والتي غالبًا ما تكون (الأم) على اعتبار هي من تكون لها الحضانة وهي تكون بدورها المسؤولة الفعلية على سلوك وتربية وأخلاق ذلك الصغير فهي المسؤولة عن الأضرار التي يلحقهما صغيرها بالغير، وهذا من العدل إذ كيف يعيش من يحتاج إلى الرعاية والرقابة والتوجيه مع شخص ويتأثر بأخلاقه وسلوكه، ويتحمل شخص اخر مسؤولية فعله الضار.

المطلب الثاني : المسؤولية المدنية للأم في القانون الجزائري

Civil Liability of the Mother in the Algerian Law

نصت المادة (١٣٤) من القانون المدني الجزائري على: (١- كل من يجب عليه قانونًا أو اتفاقًا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزمًا بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار. ٢- ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية).

يتضح من نص المادة أعلاه أن المشرع المدني الجزائري أقام مسؤولية متولي الرقابة بناءً على إيراد قاعدة عامة مضمونها أن الشخص يسأل عن عمل غيره عندما يكون ملزمًا برقابته في حالة ما إذا كان هذا الأخير بحاجة ماسة إلى هذه الرقابة وكذا إلحاقه أضرارًا بهذا الغير. بمعنى أن واجب الرقابة هو أساس مسؤولية المكلف بالرقابة على وفق ما نصت عليه المادة (١٣٤) المشار إليها.

غير أن المشرع الجزائري قد ذهب إلى التطوير التشريعي فيما يتعلق بمسؤولية الام المدنية متأثراً بالقانون المدني الفرنسي من جهة ودون ترك مبأدى الفقه الاسلامي والمجتمع العربي من جهة اخرى ، حيث انه أرسى مسؤولية متماشية مع الواقع والميدان ، فنص على ولاية الام القانونية في قانون الاسرة في المادة (٨٧) وتكون هذه الولاية للام في حالة وفاة الاب فقط ايماناً منه بمركز الاب من الاسرة حال حياته ومركز الام من الاسرة بعد وفاته وهذا تقدم بالتشريع يشهد له . لكنه لم يكتفي عند ولاية الام القانونية بعد وفاة الاب وانما جاء بحكم خاص بموجب التعديل الذي جاء به للمادة (٨٧) من قانون الاسرة ، وبالأمر المرقم (٠٥ – ٠٢) المؤرخ في ٢٠٠٥/٢/٢٧ المتضمن تعديل قانون الأسرة، إذ اضاف فقرتين لهذه المادة فأصبحت بعد تعديلها تنص على : (١- يكون الأب وليًا على الاولاد القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونًا. ٢- وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد. ٣- وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت إليهم حضانة الأولاد). ويتضح من هذا التعديل انه وسع من حالات

الولاية للام على ابناءها القصر ، فأصبحت تمارس حقوق الولاية حتى في حياة الاب ، اثناء قيام الزوجية وذلك في غيابه او حصول مانع له ، او اثناء انفصالها بالطلاق بعدما كانت قبل التعديل تمارسها في حالة واحدة فقط وهي حالة وفاة الاب . وحاول المشرع تبرير ذلك الى الضرورة الحتمية لحاجة الاولاد القصر لمن يتولى شؤونهم وامورهم الادارية والمدرسية وكل ماهو مستعجل منها ، في حالة عدم قدرة قيام الاب بها لمانع مؤقت ، وكذلك من اجل وضع حدا للمشاكل التي تعانيها الامهات الحاضنات ، ولمسايرة التطور الذي عرفته الاسرة الجزائرية وما طرأ داخلها من تغير في مراكز المسؤولية بتحولها من اسرة يترأسها الزوج الى اسرة قوامها التعاون والتآزر بين الاب والام . ولأجل ذلك سنبين كيف تكون المسؤولية المدنية للأم في هذه الحالات[٢٠]:

اولاً : حالة وفاة الأب :

أبقيت الفقرة الاولى من المادة (٨٧) من قانون الاسرة من غير تعديل وكانت هذه الفقرة تنص على : (يكون الاب وليا على الاولاد القصر وبعد وفاته تحل الام محله قانونا) . وبهذا النص اقر المشرع الجزائري مبدأ يعتبر الاصل شرعاً وانسجاماً مع الشريعة والمجتمع العربي وهو ان الاب هو الولي بأعتباره رب لأسرته فمنحه الولاية التامة على اولاده القصر ما بقي على قيد الحياة لانه احرص الناس على مصالح اولاده ومستقبلهم)[٢١] في حين تنتقل إلى الأم قانونًا وذلك بعد وفاة هذا الاب . فالوفاة هو الشرط الأساسي لانتقال الولاية إلى الأم حسب نص المادة اعلاه كما جعل المشرع الجزائري من ولاية الام في هذه الحالة ولاية قانونية اي بمجرد وفاة الاب دون حاجة لاستصدار حكم قضائي من اجل اقرارها كما جعلها ولاية تامة ، اي تنتقل السلطة الأبوية إلى الأم بكل أبعادها وتوابعها[٢٢] شأنها في ذلك شأن ولاية الاب ، فتشمل حسن القيام بشؤون الأولاد والسهر على تربيتهم ورعايتهم ورقابتهم وتحمل المسؤولية عن أفعالهم الضارة، وتنهي مثلما تنهي الولاية بالنسبة للأب بسقوط السلطة الأبوية عنهما .

ولذلك نجد أن المشرع الجزائري نص بصراحة على مسؤولية الأم المدنية في هذه الحالة ، إذ جعل ولاية الأم على نفس أولادها الصغار القصر حقًا وواجبًا في نفس الوقت، فهي حق إذ تخولها الحق في حفظهم ورعايتهم وواجب إذ تلزمهما بمراقبتهم ومنعهم من الإضرار بالغير، كما أن التزام الأم برقابة ابنها القاصر تعد مظهرًا من مظاهر الولاية على النفس ونتيجة من نتائجها، ولذلك نجد أنه فقهًا وقانونًا أن الأم من الأشخاص الذين فرض عليهم القانون واجب الالتزام برعاية ورقابة أبنائهم القصر.

ثانياً : حالة الطلاق مع إسناد الولاية للأم بناءً على الحضانة:

في هذه الحالة تنتقل الولاية إلى من تولى الحضانة بعد الطلاق، وهذا ماجاء به التعديل لسنة ٢٠٠٥ بالفقرة الثالثة من المادة (٨٧) من قانون الاسرة المذكورة سابقاً ، ويعتبر هذا استثناءً على القاعدة العامة التي تقول بأنه مادام الأب على قيد الحياة فالولاية تثبت له على أولاده القصر، ولا تنتقل إلا بعد وفاته في حالة الطلاق بأن تسند الحضانة لأحد الوالدين إذ لما توافرت فيه الشروط الضرورية التي تكرس مصلحة المحضون أو الولد الصغير أو لغيرهما دون الإخلال بالترتيب المنصوص عليه قانونًا بهذه الحاضنة ولمن تثبت.

وعليه فإن الأم إذا انتقلت إليها الولاية بموجب حكم قضائي فهي ولاية قضائية ، لكنها شاملة اي نفسية ومالية ، وعليه فإنها تسأل مسؤولية مدنية وذلك بتعويض كل ضرر سببه الصغير المحضون لغيره وذلك طيلة فترة وجوده لديها وقبل سقوط الحضانة لأي سبب.

وبهذه النقطة حل المشرع الجزائري مشكلة كون الأب يبقى دائمًا مسؤولاً عن أفعال أولاده القصر رغم طلاقه من والدته وعدم سكنه مع الوالد أو السكن العائلي هذا من جانب ، ومن اخر وضع حدا للمشاكل العديدة التي تعترض النساء المطلقات الحاضنات ولاسيما اشتراط اذن الاب في العديد من القضايا[٢٣].

الخاتمة Conclusion

من خلال هذا البحث توصلنا الى مجموعة من النتائج هي :

١. ان التطورات المعاصرة خاصة في بداية العقد الاول من القرن الحادي والعشرين اثبتت أهمية تطور نظام المسؤولية المدنية للأبوين عن فعل ابنائهما القصر نتيجة للتطور التكنولوجي والانفلات الامني في العراق بعد عام ٢٠٠٣ ، وبذلك نظراً للتزايد المطرد لما يسببه هؤلاء الصغار من اضرار للغير ، بأفعالهم المتهورة وغير المسؤولة ، وسوء استخدامهم لوسائل التكنولوجيا من وسائل تواصل اجتماعي وغيرها ، وضعف الرقابة والاشراف من الاولياء .

٢. ان المشرع العراقي اخذ بالاتجاه التشريعي التقليدي في ترتيب الأشخاص المسؤولون وفق (مسؤولية متولي الرقابة) حيث ربط المسؤولية بالالتزام بالرقابة والرعاية وبما ان الملتزم هو (ولي النفس) على الصغير، وبما أن ولي النفس يحدد عنده تأثرًا بالفقه الإسلامي ، ممايؤكد ان احكام الولاية للأب والجد على الصغار في القانون العراقي قاعدة وحق مطلق لهؤلاء ، وان بأمكانهم تفويتها للغير وتفضيله وتقديمه على الام (كالوصي المختار) فهي ولاية قانونية جبرية لاتسقط عنهم الا بحكم قضائي . وحتى في حال حصول مانع يمنعهم من ممارسة الولاية فأن القانون لايسمح للأم ان تمارس الولاية على صغارها الا بعد استحصال حكم قضائي . وعليه إن المشرع المدني العراقي، يعيب عليه من حيث عدم نصه على المسؤولية المدنية للأم على صغيرها، بالإضافة إلى عدم استيعابه للواقع العملي حيث إنه أخذ بالرقابة والرعاية القانونية التي تكون في غالب الاحيان غير فعلية وغير حقيقية ، كما في حالة وجود الصغير بعيدًا عن الولي أثناء ارتكابه الفعل الضار بالغير، أو كان بحضانة الأم .

٣. إن المسؤولية لا تكون إلا حيث وجدت الولاية ، وبما أن لا ولاية للأم، إذًا لا مسؤولية مدنية للأم بموجب المادة (١٢١٨/ ١) من القانون المدني العراقي التي كان الأولى بها جعل المسؤولية متساوية بين الأب والأم في حال قيام الزوجية، وعلى أيهما في حالة الانفصال بشرط أن يكون مسؤولاً مسؤولية فعلية عن ذلك الصغير التي تقترن بالمساكنة والحضانة، لكون ذلك أقرب لروح العدالة.

٤. أتضح لنا بأن مسؤولية الأم المدنية بالقانون العراقي لا تتقرر ايضاً بموجب المادة (١٩١/ ٢) من القانون المدني العراقي لصفتها كأم لأنها لم تذكر بنص المادة المشار اليها ، وبما أن المادة ذكرت الأشخاص المسؤولين عن تعويض الضرر الذي يحدثه الصغير غير المميز وعددتهم بصفاتهم فهي لايمكن ان تدخل بصفتها كأم من ضمنهم . لكنها ممكن ان تسأل مدنياً اذا كانت وصية على صغيرها غير المميز .

٥. عدم وجود الانسجام في الاحكام في القانون العراقي وعدم وحدتها فيما يتعلق بالموضوع الواحد كما هو الحال بالنسبة لتنظيم احكام الولاية على الصغير . فقد جاءت مبعثرة بقوانين متعددة مما انتج عن ذلك تضارب في احكامها لان بعض القوانين طبيعتها تلزم الرجوع الى مصدر الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي كقانون الاحوال الشخصية هذا من جهة ، ومن اخرى تكون قديمة نوعا ما ، كما في القانون المدني ، والبعض الاخر يرجع الى مقتضيات الحياة لكن يرجع في هذه التفصيلة (الولاية) الى القوانيين القديمة كقانون رعاية القاصرين وقانون رعاية الاحداث ، فتكون النتيجة متضاربة وغير منسجمة مع بعضها ، ومع الواقع ومتطلباته . والاكثر من ذلك غير متماشية مع تطورات الحياة فلا يعقل لمادة وضعت في سنة ١٩٤٩ وهو وقت وضع القانون المدني العراقي ، تكون ملائمة لوضع قائم في سنة ٢٠٢٢ ، لان المرأة انذاك غير عن المرأة في الوقت الحالي . ونظام الاسرة ايضاً تطور على وفق مجريات الحياة فالمسؤولية من حيث الواقع اصبحت مشتركة بين الاب والام عن الاولاد والاسرة .

٦. اما من ناحية موقف القضاء العراقي فأن توجهه في القضايا المتصلة بالولاية يطبعه على وجه العموم التقيد بحرفيه النص وعدم التفاعل الايجابي مع روحه التي تضع الاسرة تحت مسؤولية الابوين الزوجين معاً وعلى قدم المساواة بينهما وبعيدا عن روح الدستور في مجال المساواة بين الرجل والمرأة وكذا حرصه على وحدة الاسرة واستقرارها . وبالتالي فأن المحاكم في العراق لاتعتبر الولاية حقاً للأم في الحالات التي يكون فيها الاب موجوداً ، حيث تعتبر الولاية حقاً مطلقاً للأب .

٧. إن الاتجاه التشريعي الحديث او المتطورة جعل الأم بصفتها (أم) من ضمن متولي الرقابة بل على الأبعد من ذلك جعلها في الصورة الأولى على نفس الكفة مع الأب من حيث المسؤولية موضوع البحث كالقانون المدني الفرنسي متأثراً بتطور القضاء الفرنسي ، وهذا أقرب للواقع لأنه ان كان حصر الولاية بالأب أو الجد دون الأم ينسجم مع تكوين نظام الاسرة في مجتمعاتنا الاسلامية العربية الا انه قد لايسعف المضرور من الحصول على حقه في حالة الانفصال او وفاة الاب والجد بعيد عن الصغير ، فلا ضير من الاستناد على رقابتها الفعلية والمباشرة إذا كانت تعيش مع الصغير لأجل ايراد نوع من التوازن القانوني بين الحقوق والواجبات الملقاة على الوالدين اتجاه ابنائهما، فلماذا لا تتحمل المسؤولية وهي تكون الأقرب والأكثر تأثير بهذا الصغير فمن باب أولى شمولها بالمسؤولية. أما الصورة الثانية والتي اخذ بها المشرع الجزائري فقد أبقت على مسؤولية الأب في حال حياته واستمرار الزواج مع الأم وذلك احتراما لمكانته ومركزه بأعتباره رب الاسرة ، لكن تتحول المسؤولية إلى الأم بعد وفاته أو بعد الطلاق مع حصولها على حكم قضائي بالحضانة على اعتبار انتقال الولاية لها . فالمشرع الجزائري برأينا دمج بين التطور في احكام المسؤولية تأثراً بالقانون الفرنسي من جهة وبالفقه الاسلامي من جهة اخرى حفاظاً على خصوصية الاسرة العربية الاسلامية الشرقية .

التوصيات :

عطفاً على كل ماتقدم ذكره انفاً يمكننا ان نوصي مشرعنا العراقي بتعديل أحكام المسؤولية المدنية عن اضرار الصغير وفق الأخذ بمبدأ تطوير احكام المسؤولية المدنية لمتولي الرقابة والرعاية التي تبناها المشرع الجزائري لانه الاقرب لبيئتنا الاسلامية والشرقية والاكثر انسجاماً مع الواقع والمنطق حيث جعل الولاية للام في حالة وفاة الاب

او الطلاق والحضانة لها وفي الامور المستعجلة لتحقق مصلحة المحضون . اي لاتنتقل الولاية للجد في نطاق المسؤولية المدنية عن اضرار الصغير ، بل للام وهي الاولى بذلك من ناحية الرعاية ومن ناحية المسؤولية المبنية على الرقابة الفعلية ، ومن بعدهم تنتقل لكل شخص مسؤول عن الصغير قانوناً او اتفاقاً لتوفير ضمان أعلى وفعال بتعويض الشخص المضرور. هذا من جهة ومن جهة اخرى نأمل ايجاد نوع من التناسق والانسجام بين القوانين العراقية المنظمة لأحكام الولاية من دون بخس خصوصية كل قانون او كل حالة مع اعطاء الاولوية للأم في ذلك . لكننا نقتصر التعديل هنا فقط فيما يخص القانون المدني وفي حدود المسؤولية عن الغير . وعليه نقترح تعديل المواد القانونية الاتية بما ينسجم مع ذلك :

١. المادة (١٠٢) من القانون المدني العراقي ، إذ تصبح : (١- يكون الأب وليًا على الاولاد القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونًا. ٢- وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد. ٣- وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت إليهم حضانة الأولاد) .

٢. المادة (٢١٨) من القانون المدني العراقي ، إذ تصبح بهذه الصيغة : (١- ان الملتزم برقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزمًا بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار وهم حسب الترتيب الاتي: أ- الاب . ب- الام بعد وفاة الاب ، او في حالة الطلاق منه والحضانة لها .ج- كل من يجب عليه قانونًا أو اتفاقًا الالتزام بالرقابة . ٢- ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية).

قائمة المصادر والمراجع **Sources and References**

أولاً : الكتب القانونية :

١) د. حسن الخطيب ، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي والعراقي المقارن ، مطبعة حداد - البصرة ، ١٩٦٨م .

٢) د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف – بغداد ، ١٩٤٩.

٣) د. سليمان مرقس ، مسؤولية الراعي المفترضة عن فعل المرعي في تقنينات البلاد العربية مع المقارنة بالقانون الفرنسي ، معهد البحوث والدراسات العربية ، جامعة الدول العربية ، ١٩٦٨م .

٤) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج١ ، مصادر الالتزام ، ط٥ ، مطبعة نديم_ بغداد ، ١٩٧٤ .

٥) د. محمود سعدالدين الشريف ، شرح القانون المدني العراقي ، نظرية الالتزام ، ج١، مصادر الالتزام ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٥م .

٦) د. مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢، ط٢، دار القلم ، دمشق ،٢٠٠٤ ، ص(٨٤٥-٨٤٦) .

٧) د.عبد المجيد الحكيم ، ود.عبد الباقي البكري ، والاستاذ محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج١، مصادر الالتزام ، العاتك لصناعة الكتاب ، بغداد ، ٢٠١٠ .

٨) الأستاذ منير القاضي ، ملتقى البحرين ، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي ، المجلد الاول ، الباب التمهيدي ، نظرية الالتزام العامة ، مطبعة العاني ، ١٩٥١- ١٩٥٢م

ثانياً : الرسائل والابحاث القانونية : Legal Theses and Researches

١.م.م احمد عبد الحسين كاظم الياسري ، النطاق الشخصي لمسؤولية الشخص عمن هم تحت رعايته (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية ، المجلد ٢٨، العدد ٤ ، ٢٠٢٠ م .
٢.ايمان حيدوسي ، ولاية الام على ابنائها القصر(قراءة في المادة ٨٧ من قانون الاسرة) ، بحث منشور في مجلة العلوم الانسانية ، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة ، الجزائر ،المجلد أ، عدد٥٠ ، ديسمبر ٢٠١٨، ص (٣٣٣-٣٣٤) .
٣.د. حمرالعين عبد القادر ، ولاية الام أساس مسؤوليتها عن الافعال الضارة لأبنائها القصر ، بحث منشور في الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، المجلد ٠٤ ، العدد ٠٢، السنة ٢٠١٩ .
٤.القاضي خليل ابراهيم خليفة ، المسؤولية عن الضرر الذي يحدثه الصغير للغير ، بحث مقدم للمعهد القضائي كجزء من متطلبات دورة الدراسات القانونية المتخصصة العليا / القسم المدني ، ١٩٨٦م ، ص(٤٥-٤٦) .
٥.سارة خريسي ، ولينة بوزيتونة ، ولحرش ايوب التومي ، مسؤولية متولي الرقابة كحاضن عن افعال الطفل المحضون ، بحث منشور في المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ، المجلد الخامس ، العددالثاني ، السنة ٢٠٢١، ص(١٣٨٣) .
٦.سامي ابراهيم احمد ، مسؤولية الشخص عمن هم في رعايته-دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٣م .
٧.د. ساهرة حسين كاظم ، إلتزامات الاولياء وحقوقهم في الولاية على النفس (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون / جامعة بغداد ، ٢٠٠٤م .
٨.م.م فادية احمد حسن ، المسؤولية عن الضرر الذي يحدثه الصغير للغير في القانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق / جامعة النهرين ، العدد ٤، المجلد ١٦ ، ٢٠١٤م .
٩.الاستاذ فريد فتيان ، المسؤولية عن الغير ، بحث منشور في مجلة القضاء ، نقابة المحامين في العراق ، العدد ٤ حزيران ، السنة العاشرة ، ١٩٥٢م .

ثالثاً : القوانين : Laws

١.القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ .
٢.قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ النافذ .
٣.قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ النافذ .
٤.قانون رعاية الاحداث العراقي رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣ النافذ .
٥. قانون سلب الولاية المصري رقم (١١٨) لسنة ١٩٥٢ .
٦.قانون الاحوال الشخصية السوري رقم (٥٩) لسنة ١٩٥٣ .
٧. قانون الاحوال الشخصية اليمني رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢ .
٨.القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ .

٩.قانون التعديل الفرنسي رقم (٧٠-٤٥٩) لسنة ١٩٧٠ .
١٠.قانون التعديل الفرنسي رقم (٣٠٥) لسنة ٢٠٠٢ .
١١.القانون المدني الجزائري رقم (٧٥-٥٨) لسنة ١٩٧٥ .
١٢. قانون الاسرة الجزائري المعدل بموجب الامر ٠٢-٠٥ لسنة ٢٠٠٥ .

رابعاً : القرارات القضائية المنشورة وغير المنشورة :

Published and Unpublished Judicial Decisions

١.قرار محكمة الاحوال الشخصية المرقم /١٠٥٦/ش/٢٠٢٠ المؤرخ في٢٠٢١/٣/١، (غير منشور) .
٢.قرار محكمة التمييز المرقم ١٩٩٠/ مدنية اولى / ٢٠٠٠ والمؤرخ في ٢٠٠٠ /٧/١٨ ومنشور في مجلة العدالة ، العدد الاول ، ٢٠٠١ .
٣.قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١١٢٠/ الولي الجبري / ٢٠٠٨ ، المؤرخ في ٢٠٠٨/٣/٢٥ والمنشور على موقع المحكمة الرسمي : /https://www.hjc.iq/qview.394
٤.قرار محكمة التمييز ١٢٢٠/ حقوقية / ١٩٦٨ في ٢٦/١٢/١٩٦٨ ، قرار منشور في قضاء محكمة تمييز العراق ، المجلد الخامس .
٥.قرار محكمة التمييز المرقم ٤٣١/ تعويض / ١٩٨٧ في ٩/١٢/١٩٨٧ ومنشور على الموقع الرسمي للمحكمة : /https://www.hjc.iq/qview.18
٦.قرار محكمة الاحوال الشخصية في الكرخ المرقم ١٠٥٦/ ش/٢٠٢٠ المؤرخ في ٢٠٢١/٣/١ **(غير منشور)** .
٧.قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ..... / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / في ٣٠/٥/٢٠٢١ (غير منشور) .
٨.قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٥٥٨١/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠٢١ ، ت ٥٦٢٤ ، في ١٤/ ٤ / ٢٠٢١ (غير منشور) .
٩.قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٤٠٨٧ / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠١٩ ، ت ٤١١١ في ٢٧/٣/٢٠١٩ (غير منشور) .
١٠.قرار محكمة الاحوال الشخصية في مدينة الصدر والمرقم (٤٩٦٤ / ش / ٢٠١٧) المؤرخ في ٣/٥/٢٠١٧ (غير منشور) .
١١.قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٤٨٩٩/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠١٨ ، ت ٥٩٤٩ في ٢٩/٧/٢٠١٨ ، (غير منشور) .

خامساً : المواقع الالكترونية Websites:

١.الموقع الرسمي لوزارة العدل الفرنسية / قسم التشريعات :
https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007038104
٢.الموقع الالكتروني الرسمي لكلية القانون / جامعة تكساس في اوستن / قسم ترجمة القانون الاجنبي :
https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/french/case.php?id=1301

الهوامش

١.كالمشرع العراقي في المادة (١٠٢) من القانون المدني العراقي ؛ والمادة (١٢) من قانون سلب الولاية المصري رقم (١١٨) لسنة ١٩٥٢؛ والمادة (٢١) و(١٧٠) من قانون الاحوال الشخصية السوري رقم (٥٩) لسنة ١٩٥٣؛ والمادة (١٦) من قانون الاحوال الشخصية اليمني رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢ وغيرهم .

٢.وهذا النطاق الضيق المتمثل بالاب والجد لايجمعهما على سبيل التضامن ، وانما على سبيل الترتيب فيكون الاب هو المسؤول اولاً ، وعند عدم وجوده لموته او فقدانه او لجنونه يكون الجد هو المسؤول . د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج١ ، مصادر الالتزام ، ط٥ ، مطبعة نديم _ بغداد ، ١٩٧٤ ، ص (٥٦٤) ؛ كما ان حرف العطف (ثم) يفيد التراخي بين المعطوف والمعطوف عليه ، وورود بين الاب والجد في هذا النص يفيد هذا الغرض . م.م. احمد عبد الحسين كاظم الياسري ، النطاق الشخصي لمسؤولية الشخص عمن هم تحت رعايته (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية ، المجلد ٢٨ ، العدد ٤ ، ٢٠٢٠ م ، ص (١٥) .

٣.د. محمود سعدالدين الشريف ، شرح القانون المدني العراقي ، نظرية الالتزام ، ج١، مصادر الالتزام ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٥م ، ص(٤٢٢) ؛ الاستاذ منير القاضي ، ملتقى البحرين، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي ، المجلد الاول ، الباب التمهيدي ، نظرية الالتزام العامة ، مطبعة العاني ، ١٩٥١- ١٩٥٢م ، ص (٢٣٤) ؛ د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز ، ج١، المرجع السابق ، ص(٤٧٨-٤٧٩) ؛ ؛ د. سليمان مرقس ، مسؤولية الراعي المفترضة عن فعل المرعي في تقنينات البلاد العربية مع المقارنة بالقانون الفرنسي ، معهد البحوث والدراسات العربية ، جامعة الدول العربية ، ١٩٦٨م ، ص (١١٩) ؛ الاستاذ فريد فتيان ، المسؤولية عن الغير ، بحث منشور في مجلة القضاء ، نقابة المحامين في العراق ، العدد ٤ حزيران ، السنة العاشرة ، ١٩٥٢م ، ص(٣٨-٣٩) ؛ د.عبدالمجيد الحكيم ود.عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج١، مصادر الالتزام ، العاتك لصناعة الكتاب ، بغداد ، ٢٠١٠، ص(٢٥٤) ؛ سامي ابراهيم احمد ، مسؤولية الشخص عمن هم في رعايته -دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٣م ، ص(٤٨٢) ؛ القاضي خليل ابراهيم خليفة ، المسؤولية عن الضرر الذي يحدثه الصغير للغير ، بحث مقدم للمعهد القضائي كجزء من متطلبات دورة الدراسات القانونية المتخصصة العليا / القسم المدني ، ١٩٨٦م ، ص(٤٥-٤٦) .

٤.أذ ذهبت محكمة التمييز الموقرة في قرار لها الى : (ان المسؤول عن تعويض الضرر الذي يحدثه الصغير هو الاب ثم الجد ، فإذا أقيمت دعوى طلب التعويض على غيرهما فتكون خصومة المدعي عليه غير متح) ، قرار محكمة التمييز المرقم ١٩٩٠/ مدنية اولى / ٢٠٠٠ والمؤرخ في ٧/١٨ /٢٠٠٠ ، منشور في مجلة العدالة، العدد الاول ، ٢٠٠١ ، ص (١١٠) . وفي قرار اخر : (يلزم الولي الجبري بإتعاب المحاماة المتفق عليها مع المحامي حسب ولايته عن ابنته القاصر) ، المرقم ١١٢٠/ الولي الجبري / ٢٠٠٨ ، المؤرخ في ٢٠٠٨/٣/٢٥ والمنشور على موقع المحكمة الرسمي بالرابط : https://www.hjc.iq/qview.394/ وفي نفس المعنى ذهبت الى : (يكون الاب مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي يحدثه ولده الحدث ، اذا لم يقم الاب بواجب الرقابة

الابوية على ولده الحدث ولم يسلك السلوك المألوف لرقابة الاباء لأبنائهم) ، قرار محكمة التمييز المرقم ٤٣١/ تعويض / ١٩٨٧ في ٩/١٢/١٩٨٧ ومنشور على الموقع الرسمي للمحكمة وعلى الرابط : https://www.hjc.iq/qview.18/ .

غير ان **توجه القضاء العراقي** في اعطاء الولاية للأم المطلقة الحاضنة بالرغم من حياة الاب ، وحددتها بالمصالح المستعجلة التي تقرر على وفق مصلحة المحضون و الام الحاضنة ، كما جاء في قرار محكمة الاحوال الشخصية في الكرخ المرقم /١٠٥٦/ ش/٢٠٢٠ المؤرخ في ٢٠٢١/٣/١ :(..... اسقاط ولاية المدعي عليه –الاب-لحين عودته من خارج العراق ونصب المدعية –الام – وصية مؤقتة على ابنها القاصر لادارة شؤونه ومراجعة الدوائر الرسمية في محافظة بغداد ومنها الجوازات العامة والدوائر التابعة لها بغية استصدار جواز سفر للطفل والسفر به خارج اراضي جمهورية العراق براً وجواً وبحراً ...) **غير منشور** . وفي قرار اخر لمحكمة الاحوال الشخصية في محكمة التمييز الاتحادية في ٣٠/٥/٢٠٢١ ولعدم وجود اي دور للاب بالولاية اصدرت : (حكما غيابيا قضى بإيقاف الولاية الجبرية للمدعي عليه على ابنتيه القاصرتين وتنصيب المدعية وصية مؤقتة لادارة شؤونهما ومراجعة المديرية العامة لدائرة الجوازات لاصدار الجوازات وتجديدها على ابنتيها القاصرتين ...) **غير منشور**؛ وبقرار اخر بنفس المعنى مع اختلاف سبب ايقاف الولاية الجبرية للاب للحكم عليه بالاعدام ، قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٥٥٨١/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠٢١ ، ت ٥٦٢٤ ، في ١٤/ ٤ / ٢٠٢١ غير منشور ؛ وقرار اخر لمحكمة التتميز الاتحادية المرقم ٤٠٨٧ / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠١٩ ، ت ٤١١١ في ٢٧/٣/٢٠١٩ حكمت فيه : لكون الاب مجهول الاقامة توقفت عنه الولاية الجبرية على ابنتيه وتحولت للام المطلقة منه لحين عودته واعطاء الحق لها بمراجعة كافة الدوائر ومنها مديرية الجوازات العامة والسفر بهما خارج العراق (**غير منشور**) ، وقرار اخر لمحكمة الاحوال الشخصية في مدينة الصدر والمرقم (٤٩٦٤ / ش / ٢٠١٧) المؤرخ في ٣/٥/٢٠١٧ وقرار اخر اخذت به محكمة التمييز مصلحة القاصر الصحية لكونه مصاب بمرض مزمن يستدعي سفره مع امه المطلقة الحاضنة لخارج العراق لغرض علاجه ، رقم القرار ٤٨٩٩/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠١٨ ، ت ٥٩٤٩ في ٢٩/٧/٢٠١٨ ، (**غير منشور**) .

الا انه وبالرغم من هذا التوجه(للقضاء العراقي) ، لكن لا يسعفنا في تقرير مسؤولية الام المدنية عن اضرار اولادها القصر لان الولاية الممنوحة للام هنا ولاية **مؤقتة ، ومحددة ، وقضائية** ، فهي **مؤقتة** لغاية عودة الاب من غيابه ، **ومحددة او مخصصة لغرض معين** كونها ليست ولاية شاملة على النفس والمال ، انما تمنح للام في المسائل المستعجلة للابناء القصر التي تستدعي موافقة الولي الخطية في القانون العراقي باعتباره صاحب الولاية المطلقة والجبرية على الصغير ، **وقضائية** ذلك لان ولاية الاب هي ولاية اصلية شرعية لا تنزع منه الا بموجب حكم قضائي .

٥ .د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف – بغداد ، ١٩٤٩ ، ص (٣٣٦) ؛ د. حسن الخطيب ، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي والعراقي المقارن ، مطبعة حداد - البصرة ، ١٩٦٨م ، (٢١٠-٢١١) .

٦.د. حسن علي الذنون ، المرجع اعلاه ، ص (٣٣٦) .
٧.د. حسن الخطيب ، المرجع اعلاه ، (٢١٠-٢١١) .
٨.إذ نصت على: (ولي الصغير في هذا الباب: أولاً: أبوه. ثانيًا: الوصي الذي اختاره أبوه ونصبه في حال حياته إذا مات أبوه. ثالثًا: الوصي الذي نصبه الوصي المختار في حال حياته إذا مات. رابعًا: جده الصحيح أي: أبو أبي الصغير أو أبو أبي الأب. خامسًا: الوصي الذي اختار هذا الجد ونصبه في حال حياته. سادسًا: الوصي الذي نصبه هذا الوصي سابعًا: القاضي أو الوصي الذي نصبه القاضي وأما الأقارب كالإخوان والأعمام وغيرهم فإذنهم غير جائز إذا لم يكونوا أوصياء).
٩.د. ساهرة حسين كاظم ، إلتزامات الاولياء وحقوقهم في الولاية على النفس (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون / جامعة بغداد ، ٢٠٠٤م ، ص(٣٠) .
١٠.ينظر المادة (٥٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي .
١١.د.غني حسون طه ، المرجع السابق ، ص(٤٩٤) ؛ د. محمود سعدالدين الشريف، المرجع السابق، ص(٤٢٢) ؛ الاستاذ منير القاضي ، المرجع السابق ، (٣٤٤) .
١٢. ينظر المادة (١) من قانون رعاية الاحداث العراقي إذ نصت على : (يهدف قانون رعاية الاحداث الى الحد من ظاهرة جنوح الاحداث من خلال وقاية الحدث من الجنوح وتكييفه اجتماعيا وفق القيم والقواعد الاخلاقية لمجتمع مرحلة البناء الاشتراكي) .
١٣.ينظر المادة (٢/ ثانياً) من قانون رعاية الاحداث العراقي التي نصت على : (يعتمد القانون لتحقيق اهدافه الاسس الاتية : .... ثانياً : مسؤولية الولي عن اخلاله بواجباته تجاه الصغير او الحدث في حالة تعرضه للجنوح) .
١٤.د. ساهرة حسين كاظم ، المرجع السابق ، ص(٦٤) .
١٥.ينظر القفرة الثانية من المادة (٢١٨) من القانون المدني ،إذ نصت على : (٢- ويستطيع الاب او الجد ان يتخلص من المسؤولية اذا ثبت انه قام بواجب الرقابة او ان الضرر كان لابد واقعا حتى لو قام بهذا الواجب) .
١٦.د.سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص(١٩٢) ؛ د. فخري رشيد المهنا ، المرجع السابق ، ص (٢١٠) ومابعدها ؛ القاضي خليل ابراهيم خليفة ، المرجع السابق ، ص(٤٨-٤٩) ؛ م.م فادية احمد حسن ، المسؤولية عن الضرر الذي يحدثه الصغير للغير في القانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق / جامعة النهرين ، العدد ٤، المجلد ١٦ ، ٢٠١٤م ، ص(٢٦١) .
م.م احمد عبد الحسين الياسري ، المرجع السابق ، ص(١٧) .
١٧.كانت هذه المادة تحمل رقم (١٣٨٤) لكنها تحولت للرقم الجديد بالتعديل الحاصل بموجب المرسوم رقم (٢٠١٦-١٣١) الصادر في ١٠ فبراير ٢٠١٦ . والنص الفرنسي هو :

(Le semment peut étre déféré , à titre décisoire , par une partie à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause. 11 peut aussi déféré d'office par le juge à l'une des parties) .

١٨.منشور في القانون المدني الفرنسي بالعربية ، داالوز ، ٢٠٠٩ الثامنة بعد المئة ، الباب التاسع في السلطة الابوية ، الفصل الاول في السلطة الوالدية بالنسبة لشخص الولد ، ص ٤٧٣-٤٧٢ .

١٩. وفقاً للمادة (١-٣٧١) من القانون المدني الفرنسي ، المعدلة بالقانون رقم (٢٠٠٢-٣٠٥) الصادر في الرابع من مارس ٢٠٠٢ ، فأن : (السلطة الابوية هي مجموعة من الحقوق والواجبات تستهدف بالنتيجة مصلحة الولد . وانها تعود الى الأب والام حتى رشد الولد او حصوله على الاذن لحمايته في أمنه وصحته وأخلاقه، لتأمين تربيته وتنشئته في الاحترام الواجب لشخصه . ان الوالدين يشركان الولد في القرارات التي تعنيه تبعا لسنه ودرجه نضجه به) . منشور في القانون المدني الفرنسي بالعربية ، داالوز ، ٢٠٠٩ الثامنة بعد المئة، ص (٤٧٣)؛ والنص الفرنسي هو :

(L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs visant l'intérét de l'enfant . Et il concerne le père et al mère jusqu'à la maturité de l'enfant ou l'obtention de l'autorisation de le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, d'assurer son éducation et son éducation dans le respect dû à sa personne , et les parents assoient l'enfant où décisions liées à lui , selon son âge et son degré de maturité) .

٢٠. قد حول القضاء الفرنسي أساس مسؤولية الوالدين من مسؤولية تتأسس على قرينة بسيطة للخطأ في الرقابة ، الى المسؤولية بقوة القانون . وهذا التحول كان بصدور حكم (Sébastien Bertrand) من الدائرة المدنية الثانية لمحكمة النقض بمناسبة بحث توافر شرط المساكنة في ظل أسرة منفصلة الوالدين بالطلاق :

21. Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 19 février 1997, 94-21.111, Publié au bulletin. Décision attaquée : Cour d'appel de Bordeaux, 1994-10-04, du 04 octobre 1994N° de pourvoi : 94-21.111.

٢٢. منشور على الموقع الالكتروني الرسمي لوزارة العدل الفرنسية / دائرة التشريعات :

٢٣.

https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007038104

٢٤. وايضاً على الموقع الالكتروني الرسمي لكلية القانون / جامعة تكساس في اوستن / ترجمة القانون الاجنبي :

https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/french/case.php?id=1301

وملخص القضية : في ٢٤ ايار ١٩٨٩ كان (سبيستيان بيرتراند) وهو طفلاً قاصراً عمره اثنا عشرة سنة ، في حضانة امه بسبب انفصالها عن الاب بالطلاق ، وفي ذلك الوقت بالتحديد كان القاصر في زيارة لابيه بأعتبارها احد حقوق الاب في الزيارة والايواء ، اصطدم الصغير بدراجته الهوائية بدراجة (دومينكوز) النارية فتعرض الاخير للاصابة وطلب التعويض من ام هذا الصغير عما اصابه من ضرر ، فتمسكت الام بضمان الاب (جينكلود بيرتراند) والد الصغير بوصفه المسؤول المدني عن الصغير ، بالاضافة الى شركة التأمين uap الخاصة به . وعليه قضت محكمة الاستئناف بمسؤولية الاب على أساس المادة (١٣٨٤ /٤) من القانون المدني ، وهو خطأ الاب في رقابة ولده القاصر ، واعفت الام من المسؤولية ، مقررة انه في يوم الواقعة كان الطفل القاصر في

اقامة لدى ابيه ، ولم يكن مساكناً للأم . لكن محكمة النقض الفرنسية نقضت بعد ذلك هذا الحكم وفيما يتعلق بالنقطة الاخيرة فقط ، مقررة أن ممارسة الاب لحق الزيارة والايواء لولده القاصر لايتوقف رغم مساكنة القاصر للوالد الاخر الذي يمارس عليه حق الحضانة .
https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/french/case.php?id=1301

٢٥. دون الخوض في ولاية الام على ابناءها القصر في حالة غياب الاب او حصول مانع له لانها ولاية ليست شاملة انما تمنح للام في المسائل المستعجلة للابناء كضرورة اجراء عملية جراحية تستدعي موافقة الولي وقضائية ايضاً .

٢٦. د. حمر العين عبد القادر ، ولاية الام أساس مسؤوليتها عن الافعال الضارة لأبنائها القصر ، بحث منشور في الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، المجلد ٠٤، العدد ٠٢، السنة ٢٠١٩ ، ص(١١٤٧) ؛ مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام، ج٢، ط٢، دار القلم، دمشق ،٢٠٠٤ ، ص(٨٤٥-٨٤٦) .

٢٧. ايمان حيدوسي، ولاية الام على ابنائها القصر(قراءة في المادة ٨٧ من قانون الاسرة) ، بحث منشور في مجلة العلوم الانسانية ، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، الجزائر ،المجلد أ،عدد٥٠، ديسمبر ٢٠١٨، ص (٣٣٣-٣٣٤) .

٢٨. سارة خريسي ، ولينة بوزيتونة ، ولحرش ايوب التومي ، مسؤولية متولي الرقابة كحاضن عن افعال الطفل المحضون ، بحث منشور في المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ، المجلد الخامس ، العدد الثاني، السنة ٢٠٢١، ص(١٣٨٣) .

Civil Liability of the mother in Iraqi legislation: (A Contrastive Study with French and Algerian Legislation)

Mariam Abdel Tarish
Mansour University College / Department of Law

Abstract:
The guardian's responsibility provisions adopted traditionally by the Iraqi legislator lead, in many cases, to consider such provisions as unfair and exaggerated, on the one hand, for responsible individuals in terms of deciding on their legislated responsibilities as an exception. On the other hand, these provisions are unable to protect the aggrieved from the minor's acts, as it is the case when the parents separated by either get divorced, physical separation or when thr father dies and the minor lives with his/ her mother, so is the father still the real guardian and have a civil responsibility for any acts cause harms to others by his minor? Or is it possible that the guardianship, as one of the obligations of the guardian of an individual , be transferred to the mother based on the actual authority of control and supervision exercised by the mother in these cases?

To answer such questions, this study is conducted to show the extent to which it is possible to determine the civil liability of a person who is not within the provisions of the responsibility of the guardian in Iraqi legislation based on the provisions of Article (218) of the Iraqi Civil Code, namely (The Mother), depending on the legal development that took place on the responsibility of the parents in French and Algerian Law, as much as it is suitable to our family environment, and taking as a pretext the element of the real effective supervision that is associated with cohabitation and custody, not in all cases, but only in case of divorce or when the father dies since the minor is affected by the motnher's behavior as a result of being with her and in line with the change in the concept of the family at the present time. The responsibility of the family is no longer resitricted to the man alone. Rather, it has become the weman's duty to bear part of this responsibility based on the development of her role in all areas of social, political and even commercial life, her existence to work and her ability to manage various financial matters. Thus, the personal scope of the guardian's responsibility shall be changed to include the mother, if possible.