التعويض من مال الصغير

The compensation from money of underage

أ.م.د. جبار كاظم جبار

نبذة عن الباحث :
رئيس الفرع الخاص في كلية القانون جامعة الكوفة.

أ.م. محمد حسناوي شويع

نبذة عن الباحث :
تدريسي في كلية القانون جامعة الكوفة

Abstract :

This research modest attempt to clarify the distinction between hypotheses compensation from the young person and provisions of the money in the Iraqi civil law by differentiating between the person who attached financial his trust compensation of damage to the injured on the basis of the Liability for damage due to misfeasance (personal responsibility) and the person obligated to pay compensation to the basis of Responsibility or act of third party, with the search for a legal basis for each of the case of the small bind in age compensation solo of his money and the status of the small tooth joint compensation of money and compare these ideas to the provisions of the Egyptian civil law obliging with the show look Islamic jurisprudence hypotheses issue of compensation from the little money in age.

الملخص :

ان هذا البحث محاولة متواضعة توضح التمييز بين فروض التعويض من مال الصغير واحكامها في القانون العراقي عن طريق التفريق بين الشخص الذي تعلق بذمته المالية تعويض الضرر الذي اصاب المضرور على اساس مسؤوليته المدنية التقصيرية الاصلية وبين الشخص الملزم بدفع التعويض على اساس مسؤوليته المدنية عن عمل الغير مع بيان

الاساس القانوني لكل من حالة التعويض المنفرد من مال الصغير وحالة التعويض المشترك من ماله ومقارنة هذه الافكار باحكام القانون المدني المصري مع اظهار نظرة الفقة الاسلامي لعروض موضوع التعويض من مال الصغير.

مقدمة

إن للمسؤولية المدنية التقصيرية تقدير خاص بين موضوعات القانون المدني بوجه عام ، وفي مصادر الالتزام بوجه خاص . لم تأخذ طريقها الى القانون على نحو المصادفة بل بذلت في سبيل ذلك الجهود باختلاف الملل والنحل. فالعقد كان ومايزال يبذل جهوداً حثيثة مضنية لترضية المضرور واضافة بالزام المسؤول بالتعويض العادل والكامل وقد تكللت هذه الجهود المصادفة بوصول المركز القانوني للمضرور على النحو الذي نراه اليوم في القوانين المدنية المختلفة من اقامة المسؤولية المدنية التقصيرية عن الاعمال الشخصية على اساس الخطأ التقصيري واجب الاثبات . ومراعاة تلك القوانين لاعتبارات التخفيف على المضرور في الحصول على التعويض من خلال تركيز المسؤولية المدنية عن عمل الغير وحتى عن الاشياء على اساس الخطأ المفترض والتفاوت في هذا الافتراض القانوني للخطأ شدةً وضعفاً من مصدرٍ الى آخر وكذلك النص على الزام محدث الضرر بالتعويض بدون اشتراط الخطأ تطبيقاً لمبدأ غُنم الغُرم بغنم وقائع وظروف كل حالة ومن هذا الاتجاه التشريعي للقوانين المختلفة النصوص القانونية المقررة لمسؤولية الصغير المدنية في القانون العراقي اذ جاءت مرتبكة في القانون المدني العراقي ومختلفة في حكمها بعض الشيء عن القانون المدني المصري اذ لايستبان متى يلزم الصغير بالتعويض منفرداً من ماله وكذا الحال بالنسبة لاشتراكه مع المسؤول عن رعايته في تعويض المضرور . كما لاتبين من تلك النصوص الاساس القانوني لمسؤولية الصغير متأرجحة في ذلك بين مبدأ المسؤولية الشخصية ومبدأ غُنم الغُرم ومن ثم يمكن القول عن اهمية البحث في موضوع التعويض من مال الصغير واسباب اختياره.....

ما لهذا الموضوع أهمية متعاظمة يوماً بعد يوم وذلك لتوالي وقائع الأضرار في حياتنا اليومية ومن ذلك وقائع الإتلاف بعمل الصغير. فيبرز التساؤل هل يلتزم الصغير بالتعويض من امواله عما أتلف؟ استناداً الى مبدأ المسؤولية الشخصية ام تطبيقاً لمبدأ غُنم الغُرم !

وما هو مدى هذا الالتزام بالتعويض؟ هل ينحصر في أموال الصغير فقط سواء كان موسراً فتم دفع التعويض من أمواله أو كان معسراً فدفع الشخص المسؤول عن رعايته التعويض من أمواله ويرجع على الصغير بقيمة ما دفعه؟ ام يمتد الى اموال الشخص المسؤول عن رعايته بان يتحقق الاشتراك في التعويض بين مال الصغير ومال الشخص المسؤول عن رعايته؟

كل هذه التساؤلات وما يبرز من خلال البحث من تساؤلات سنحاول الإجابة عليها من خلال تفصيلات وخفايا الموضوع في القانون المدني العراقي والمصري ومناقشتها مع عرض لآراء الفقه الاسلامي حول ذلك.

وما دفع الباحث الى اختيار هذا الموضوع عدم وجود أبحاث سابقة جامعة مانعة تغطي كافة جوانبه بين القانون العراقي والمصري من جهة وبين القانون الوضعي والفقه الاسلامي من جهة اخرى بالرغم ما لآراء فقهاء الشريعة الاسلامية من جهود علمية نيرة تستحق الكشف عنها ودعوة المشرع العراقي لاقتباس الاخذ بها في النصوص القانونية ذات العلاقة بمسؤولية الصغير المدنية التقصيرية.

•منهج وحدود البحث...

ان البحث في هذا الموضوع كان بمنهج علمي تحليلي واضح بأبعاد فلسفية معمقة بعيدة عن السرد والشرح بالأفكار والقواعد العامة التي لا تخفى على القارئ المتخصص أو الباحث القانوني (وهم الفئة المستهدفة) ويستند الى عرض الآراء الفقهية القانونية ومناقشتها وتحليلها وبيان مدى وجاهتها من جانب والموازنة بين النصوص القانونية العراقية والمصرية قدر تعلقها بالطرح الفقهي القانوني في البحث من جانب آخر وكذلك المقارنة مع اتجاه الفقه الاسلامي المعتاد على الشكل الذي يبرز هذا الاتجاه ويضمن عدم الخوض في تفصيلات تبعدنا عن الغرض المنشود من المقارنة للوصول الى ترجيح أحد الآراء الفقهية القانونية وتغليبه أو طرح أفكار جديدة متى ما كان ذلك ممكناً.

على ان البحث في موضوع التعويض من مال الصغير مميزاً كان او غير مميز يتحدد في تطلق المسؤولية المدنية التقصيرية للقطع التشريعي والاجماع الفقهي بمسؤولية الصغير المدنية التقصيرية بعيداً عن البحث في مسؤوليته المدنية العقدية التي قال الفقه انها قد تنشأ عن ابرامه التصرفات القانونية التي تدور بين النفع والضرر او لممارسة الصغير المميز لاهلية الاداء الناقصة في ابرام الصغير المميز المأذون للعقود والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر ما يعد داخلاً في نشاطه التجاري (التصرفات في حدود الاذن)(١).

•الصعوبات التي واجهت البحث...

ان اهم الصعوبات التي صعبت من مهمة الباحث وأخرت هذا البحث لعبرى النور عدم وجود الدراسات القانونية السابقة الجامعة المانعة بالموضوع وصعوبة تلمس أفكاره في الفقه الاسلامي على تعدد مذاهبه الحية وعمق تحصيل آرائه. وكذلك الموازنة التي أجراها البحث بين القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري في كل جزئية من جزئياته وعرض اتجاه الفقه الاسلامي لحدود جزئية المناقشة وعرضها على المتخصصين بالفقه الاسلامي لتجنب الابتعاد أو الشطط لا سامح الله. كذلك عدم وضوح اتجاه المشرع العراقي في تقرير مسؤولية الصغير المدنية التقصيرية بين قيامها على اساس المسؤولية الشخصية أوالزامه بالتعويض من ماله تطبيقاً لمبدأ تحمل التبعة وهو ما انتج بحسب مايرى عدم وضوح الكثير من المؤلفات القانونية سواءاً ما

عُدت منها عن مصادر الالتزام بوجه عام او تلك التي تعرضت الى تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية بشكل خاص ، في مقام مناقشتها لهذه المسألة (اشكالية البحث)؟

•هيكلية البحث (التقسيم الشكلي للبحث)...

أن البحث في موضوع التعويض من مال الصغير يحسب اعتقادنا يجب أن يتم في ضوء خطة شكلية في مباحث ثلاثة نفرد التمهيدي منها الى بيان مختصر لمفهوم التعويض والمال والصغير ثم المبحث الأول للكشف عن مدى تحقق التعويض المنفرد من مال الصغير ونناقش في المبحث الثاني التعويض المشترك من مال الصغير مختتمين بحثنا المتواضع هذا بخاتمة نستعرض فيها أهم ما توصلنا اليه من نتائج وما نطمح الى تحقيقه من مقترحات ومن الله تعالى التوفيق والرشاد...

المبحث التمهيدي: مفهوم التعويض والمال والصغير

ان التعويض عن الضرر وهو جزاء تحقق المسؤولية يحقق العدالة عن طريق التطبيق المثالي لقاعدة أن كل عمل غير مشروع إذا أصاب شخصاً ما بضرر فأنه يجب التعويض عنه (جبره) ومن ذلك حوادث الاتلاف التي تنسب للصغار وتصيب الغير بضرر يجب تعويضها من أموالهم ولكن ماهو التعويض المراد هنا؟ وهل له وظيفة خاصة بالتعويض من مال الصغير؟ وكيف يقدر؟ وما المقصود بمال الصغير المتضرر وصاحبه يصطلح الزامه بالتعويض عنه؟ ومن هو الصغير المبحوث الزامة بالتعويض من ماله ؟ سنحاول الاجابة عن هذا من خلال تقسيم البحث في المقام الماثل على ثلاثة مطالب وكمايلي..

المطلب الأول: المقصود بالتعويض ووظيفته الخاصة

ان الفقه يرى مجتمعاً بعدم وجود تفرقة بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية في القوانين القديمة، اذ كان هناك ازدواجاً بين وظيفة تعويض كل منهما بمعاقبة المسؤول وجبر ضرر المضرور في آن واحد. إضافة الى اختصاص المضرور في تحصيل تعويضه أو معاقبة المسؤول بنفسه أو بقبيلته وأن التفرقة والتمييز بين كل من المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية ثبت تحققها بصدور القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل (٢) ، بينما يرى احد الفقه ان (الشريعة الاسلامية قد سبقت الى مايشابل ذلك بتفريقها بين حق الله الذي يقابل حق الدولة في العقاب وحق العبد الذي يقابل حق الفرد بالتعويض . فاذا كان بلوغ الشريعة الاسلامية مرحلة التمييز بين العقوبة والتعويض مختلفاً عليه بالنسبة للاعتداء على النفس . فانه مقطوع بالنسبة للاعتداء على المال حيث ميز الفقه الاسلامي بين الحد والتعزير كحقين لله تنطبق عليهما فكرة العقوبة . والضمان كحق للعبد تنطبق عليه فكرة التعويض الذي لايجاوز الضرر.) (٣)

ويلاحظ أن وظيفة جزاء المسؤولية المدنية (التعويض) اختلف وصار يتطور بين القوانين القديمة والحديثة مشخذاً في هذا التطور المظهر العقابي وظيفة له في القوانين القديمة وفي المظهر المرتبي للمضرور (جبر الضرر) وظيفة له في القوانين الحديثة.

ولكن ما هو التعويض؟ وماهي وظيفته الخاصة؟ وما هي طرق تحقق الوظيفة الخاصة له؟ وماالمحكمة من سلطة في التعويض!

سنحاول في هذا المطلب الكشف عن المقصود بالتعويض وبيان الوظيفة الخاصة له في فرع أول وبيان طرق تحقق الوظيفة الخاصة للتعويض في فرع ثان وما للمحكمة من سلطة في التعويض في فرع ثالث

الفرع الأول: مدلول التعويض وبيان وظيفته الخاصة

للتعويض مدلول خاص يرتكز الى وظيفة خاصة تتلخص بمبدأ إزالة الضرر الذي لحق بالمضرور، ولبيان هذا المدلول نتعرض لتعريف التعويض في اللغة وفي الاصطلاح أولاً، وبعد وظيفة التعويض الخاصة ثانياً.

أولاً- تعريف التعويض في اللغة والاصطلاح//

التعويض لغة هو العوض بمعنى البدل أو الخلف، وقيل أيضاً أن التعويض هو البدل والمستعمل التعويض. وفي معناه بالخلف قيل أن التعويض بمعنى العوض والأخيرة بمعنى البدل أو الخلف .(٤)

وفي الاصطلاح القانوني ان التعويض هو ما يلتزم به المسؤول مدنياً تجاه من أصابه بضرر، وهو ايضا اصلح من النقود او اية ترضية من جنس الضرر تعادل مالحق المتضرر من خسارة وماقاته من كسب كانا نتيجة طبيعية للفعل الضار) واعتبر التعويض وسيلة القضاء لجبر الضرر صحوا أو تخفيفاً وهو يدور مع الضرر وجوداً وعدماً (٥) . والمشرع العراقي لم يعرف التعويض واكتفى على تقريره بالمادة (٢٠٤/أ) من القانون المدني بقوله (كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض)).(٦)

أما في اصطلاح الفقه الاسلامي فيعبر عن التعويض بالضمان (٧) ومن ذلك نص مجلة الاحكام العدلية على تعريف الضمان بقولها (اعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات)(٨) . وقيل أنه واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة وشغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل أي المراد ثبوته فيها مطلوبا أداؤه شرعاً عند تحقق شرط أدائه . والضمان (هو التزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال او ضياع المنافع . او عن الضرر الجرحي او الكلي الحادث بالنفس الانسانية)(٩) . ويعرف الضمان ايضا بأنه الحكم على المسؤول بتعويض الضرر الذي أصاب الغير من جهته.(١٠)

ثانياً- الوظيفة الخاصة للتعويض...

أن الهدف الوحيد للتعويض في المسؤولية المدنية هو جبر الضرر والتي كما مر سابقا جاءت نتيجة للتفرقة بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية، وبعبارة أخرى أن تعويض الضرر يقتضي جبر كل ضرر ينشأ عن التصرف القانوني أو العمل غير المشروع ومثال ذلك حالة إخلال شخص ما بواجب عام وأدى هذا الإخلال الى إصابة الغير بضرر فأن هذا الضرر يجب أن يزال ويجبر.(١١)

ويلاحظ على الأفكار التي تكللت بإظهار استقلال وظيفة التعويض أنها غلبت الاتجاه الموضوعي على الشخصي في تقدير التعويض بعيداً عن تأثير العوامل الشخصية كجسامة الخطأ فالجسامة المنشودة كما يرون جبر الضرر فقط.(١٢)

والفقه الفرنسي يرى عدم جواز قيام القصور بمعاقبة المسؤول جنائياً بنفسه ويترك ذلك لتقدير الدولة وتصرفها وأجاز له المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته. يضاف الى ذلك أن أساس المسؤولية عندهم (الفقه الفرنسي) هو الخطأ ويظهر ذلك جلياً في الأعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي التي ورد فيها (انه ليس أمراً مبالغاً فيه أن تطلب بعض الشخصية بالمال والتي تعادل عمل الضرر من الشخص الذي تسبب فيه بعدم حيطة وعدم انتباه) وأن الضرر لكي يجب تعويضه يجب أن يكون نتيجة لخطأ ما (عمدياً كان أو غير عمدي بحسب الأحوال) وبالتالي فالتعويض واجب بقض النظر عن جسامة الخطأ(١٣). وهو في الفقه الفرنسي ليس بعقوبة على المسؤول وبالتالي يتأثر بجسامة خطأ المسؤول وبذلك لا يرى احد الفقه يحق في القانون المدني الفرنسي الحالي أي مظهر للجريمة الخاصة التي وجدت في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم والتي كانت تتلبع للمضرور حقه في العقوبة(١٤). بالشكل الذي أصبحت القاعدة في القانون المدني الفرنسي ان كل من تسبب في ضرر للغير بخطئه ملتزماً بجبره وتعويضه. (١٥)

والمشرع العراقي أخذ أحكامه للمسؤولية التقصيرية في القانون المدني من القانون المدني المصري والفرنسي(١٦). فأنشأ المسؤولية المدنية التقصيرية عن الأعمال الشخصية في القانون المدني على خطأ واجب الاثبات (١٧) . وأفرد نصوصاً قانونية خاصة لأحكام المسؤولية المدنية التقصيرية عن عمل الغير(١٨) والمسؤولية عن جناية الحيوان(١٩) والمسؤولية عما يحدث في الطريق العام(٢٠) والمسؤولية عن البناء والآلات الميكانيكية الأخرى. (٢١)

وتأسيساً على ذلك أن الشخص في القانون المدني العراقي مسؤول مسؤولية مدنية تقصيرية عن أعماله الشخصية (فعله الشخصي) مسؤولية أصلية مستقلة. ومسؤول في بعض الأحوال مسؤولية احتياطية استثنائية عن أعمال غيره من الأشخاص على وجه الاستثناء بل ويمد ذلك الى مسؤوليته عن الأشياء بالاستناد الى فكرة الحراسة.

وقد يلاحظ من ظاهر المقارنة بين نص المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي والمادة (١٦٣) من القانون المدني المصري(٢٢) ان التزام المسؤول بالتعويض في القانون المدني المصري لا يقوم إلا على الفعل الخاطئ خلافاً لنص القانون المدني العراقي. وهذه الملاحظة لا يمكن التسليم بها مطلقاً في القانون المدني العراقي إذ أن التزام المسؤول بالتعويض لا ينهض إلا عن العمل الخاطئ مطابقاً بذلك لحكم القانون المدني المصري. فالذي يفهم من نص المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي وجوب أن يكون العمل الذي ينسب الى المسؤول غير مشروعاً أصاب المضرور بضرر ومن الواجب جبره (تعويضه).

ويذهب الفقه لجواز تعويض الضرر الناتج عن العمل غير المشروع وجوب أن يتوافر الخطأ الركن المادي (التعدي) والركن المعنوي (الادراك)(٢٣). وتجدر الاشارة الى أن هناك حالات لا يعتبر الفعل الضار فيها خطأ موجباً للمسؤولية المدنية التقصيرية وهي الدفاع الشرعي وحالة تنفيذ أمر من رئيس تجب طاعته وحالة الضرورة.(٢٤)

ومن خلال دراسة نصوص القانون المدني العراقي يلاحظ أن المشرع العراقي بيّن الوظيفة الخاصة للتعويض في جبر الضرر وحده عندما في ذلك اتجاه القانون الفرنسي والمصري من خلال التزام المسؤول عن الفعل الضار بتعويض الضرر، وأن التعويض يجبر الضرر يجب أن يكون كاملا وشاملا لكل عناصر الضرر، كما أن المشرع العراقي لم يأخذ بالاتجاه الموضوعي وهجر الاتجاه الشخصي في تقدير التعويض الذي يجبر الضرر بل كان عوانا في مذهبه بينهما كما سيتضح لاحقاً. ويرى احد الفقه ان الفقه الاسلامي يقول بالضمان الكامل للعبد تنطبق عليه فكرة التعويض الذي لايجاوز الضرر).(٢٥) والى ذلك ذهبت مجلة الاحكام العدلية. (٢٦)

الفرع الثاني: طرق تحقق الوظيفة الخاصة للتعويض

ان تحقيق غاية وهدف التعويض يجبر الضرر وترضيته يتم بطرق متعددة وحجم هذة الترضية يجب ان يكون ملائما للضرر والا فاتت الغاية وانعدم الهدف، ومن الثابت فقهيا ان التعويض بمقابل هو القاعدة العامة في تحقيق الوظيفة الخاصة للتعويض في المسؤولية التقصيرية والتعويض العيني يمثل الاستثناء على هذه القاعدة، كما أن التعويض بمقابل يمكن ان يكون نقدياً على شكل مبلغ من المال أو على شكل مبلغ اجمالي أو ايراداً مرتباً لمدى الحياة أو لمدة معينة او غير تقدي بأداء أمر معين على سبيل التعويض. (٢٧). ومن ذلك نص المشرع العراقي على تعيين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض أقساطاً أو ايراداً مرتباً، ويجوز في هذه الحالة الزام المدين بأن يقدم تأميناً.(٢٨)

على أن المشرع الفرنسي لم يعمد الى تحديد طريقة معينة لتحقيق الوظيفة الخاصة للتعويض وبالتالي هناك سلطة تقديرية للقاضي الذي ينظر الدعوى في حدود طلب المدعي لتحديد هذه الطريقة ومدى تعويض الضرر المترتب عن الفعل الضار(٢٩).

وقد قال الفقه كلمته بشأن التعويض العيني إذ ينصرف مفهومه الى إزالة ما أصاب المضرور من ضرر وذلك بإعادته الى نفس الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر(٣٠). واشار اتجاه من هذا الفقه الى التفريق بين التنفيذ العيني والتعويض العيني من حيث أن التنفيذ العيني يكون قبل حصول الإخلال بالالتزام والتعويض العيني يتحقق بعد وقوع الإخلال بالالتزام أو التعدي المنتج للضرر وبالتالي أن التعويض لا يستحق إلا بإثبات الخطأ التقصيري أو العقدي ونهوض المسؤولية(٣١)، على أن هذا الاتجاه لا يمثل كل الفقه، فالبعض الآخر منه لا يرى التمييز بين التنفيذ العيني والتعويض العيني فكل منهما مترادف من حيث المقصود. إذ أن كل من التعويض العيني والتنفيذ العيني ينصرفان الى الوفاء بالالتزام عيناً، ويقع هذا كثيراً في الالتزامات العقدية. أما في المسؤولية التقصيرية فيمكن كذلك في بعض الفروض أن يجبر المسؤول على التنفيذ العيني.(٣٢)

ويعتقد جانب كبير من الفقه أن التنفيذ العيني بالرغم من شيوعه في نطاق المسؤولية العقدية الا ان هذا الشيوع لايمنع من تصوره في نطاق المسؤولية التقصيرية، وبعبارة اخرى أن التنفيذ العيني غير مستحيل الوقوع في المسؤولية التقصيرية، ويستندون في

ذلك أن ورود التنفيذ العيني في الباب الذي خصص لآثار الالتزام لا ينهض دليلاً قاطعاً على قصر التنفيذ العيني على المسؤولية العقدية دون التقصيرية. لكون الالتزام لا ينتج عن العقد فقط وانما يمكن أن ينشأ عن العمل غير المشروع. ومثال ذلك إخلال المسؤول بالتزامه القانوني العام بعدم قطع طريق أحد الأشخاص يكون ملتزماً بمقابل المضرور بالتعويض والذي قد يتخذ شكل التنفيذ العيني أو بشكل تنفيذ مقابل.(٣٣)
ونعتقد أن هذا الاتجاه محل نظر في انصرافه الى عدم قصر التنفيذ العيني على المسؤولية العقدية دون التقصيرية لكون الإخلال بالواجب العام يستوجب التعويض لا التنفيذ. فالأخير غير متصور وما التزام المسؤول بتعويض ضرر المضرور عن طريق إزالة إخلاله بالواجب العام الا تعويضاً وليس تنفيذاً عينياً. ويذهب رأي بحق ان عجز غموض التمييز بين التنفيذ العيني والتعويض العيني في الفقه القانوني العراقي يعود الى ان المشرع العراقي استعمل المصطلحات التقليدية في النص على التنفيذ العيني والتعويض العيني في القانون المدني. (٣٤)
أما التعويض النقدي فيمكن القول أنه عبارة عن أن يدخل المدين في ذمة المضرور قيمة معادلة لتلك التي حرم منها، والأصل في التعويض النقدي أن يكون على شكل مبلغ من المال (النقود) أو على شكل مبلغ اجمالي أو ايراداً مرتباً لمدى الحياة أو لمدة معينة.(٣٥)
ويعطي الفقه مثالاً للتعويض غير النقدي لبيان مدلوله في الحالة التي تأمر فيها المحكمة بأداء أمر معين على سبيل التعويض(٣٦) وهو تعويض ليس بالتعويض العيني ولا بالتعويض النقدي ولكنه التعويض الذي يتلائم عادة مع جبر الضرر الذي أحدثه المسؤول وإزالته وترضية المضرور. ومثاله حكم المحكمة في دعاوى القذف والسب وحوادث التشهير بنشر الحكم بمسؤولية المسؤول في احدى وسائل العلانية(٣٧) وقد قال أحد الفقه أن هذا التعويض عادة ما يتحقق ويصلح لجبر الضرر إذا كان أدبياً كلما كان ناشئاً عن فعل غير مشروع.(٣٨)
والتعويض النقدي قبل أنه من أفضل الطرق لتحقق الوظيفة الخاصة للتعويض بجبر الضرر عن العمل غير المشروع لكون الضرر الذي أصاب المضرور بفعل المسؤول سواء أكان ضرراً مادياً أو ضرراً معنوياً يمكن تقويمه بالمال، اي المبلغ من النقود الذي يدفع الى الشخص المضرور لتعويضه عما لحقه من أضرار.(٣٩) . وقد نص على ذلك المشرع العراقي بقوله ا(٢- ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناء على طلب المتضرر أن تأمر بإعادة الحال الى ما كان عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين)ا (٤٠) . ويذهب أحد الفقه الى امكانية الزام المسؤول بتقديم تأميناً يترك تقديره للقاضي الموضوع ضماناً لقيامه بأداء مبلغ التعويض الذي يكون على شكل ايراد مرتب أو تعويضاً مقسطاً.(٤١)
وبالرغم من عدم ورود أي نص يفيد جعل التعويض يقابل القاعدة العامة للتعويض في القانون الفرنسي إلا أن القضاء الفرنسي جعل التعويض يقابل وخصوصاً عندما يكون نقدياً القاعدة العامة بالتعويض وبناء على هذا أراد اعتماد معياراً منضبطاً محققاً لاستقرار المعاملات وصالحاً لتقويم الأضرار المادية والمعنوية.(٤٢)

الفرع الثالث: سلطة المحكمة في التعويض

سنحاول في هذا الفرع أن نبحث في سلطة محكمة الموضوع ومبدأ العدالة الكمية اولاً ومدى تأثير العوامل الخارجية في سلطة المحكمة بالتعويض والخاصة بالمسؤول من جانب والمتعلقة بالمضرور من جانب أخر وكما يلي...

أولا- سلطة محكمة الموضوع ومبدأ العدالة الكمية...

أنشأ الفقه والقضاء الفرنسيان مبدأ يسيطر على سلطة المحكمة بالتعويض والذي ينصرف الى ضرورة تغطية التعويض الذي يدفعه المسؤول لكل الضرر الذي لحق بالمضرور وعدم امكان تجاوزه لقيمة الضرر واصطلح كل منهما على هذا المبدأ بـ(مبدأ العدالة الكمية او مبدأ التعويض الكامل)، واستندا في ذلك الى القانون المدني الفرنسي(٤٣) . وفي الحقيقة أن هذا المبدأ أريد به تحقيق أقصى غايات تعويض المضرور (جبر ضرره) ولكن الفقه الفرنسي لاحظ أن هذا المبدأ لا يمكن إعماله بغير وساطة السلطة المطلقة للمحكمة في التعويض بالشكل الذي دفع بهم الى اعتبار كل من (مبدأ العدالة الكمية او مبدأ التعويض الكامل) وسلطة محكمة الموضوع التقديرية متراحفين بتضم أحدهما الآخر.(٤٤)

وينبني على ذلك مسؤولية المسؤول الكاملة عن تعويض كافة الأضرار التي أصابت المضرور سواء أكانت مادية أو معنوية وشاملاً كل من الخسارة اللاحقة وكذلك الكسب الفائت(٤٥). ولكن القانون العراقي أخذ بهذا المبدأ وفي نفس الوقت جعل لمحكمة الموضوع سلطة تقديرية مطلقة في تقدير التعويض كما أن القضاء له هذه السلطة الواسعة بشكل جلي في التعويض عن الضرر المادي ويتعمق في التعويض عن الضرر المعنوي.(٤٦)

و قد قال أحد الفقه ان من يتتبع أحكام القضاء العراقي وسلطته المطلقة في تطبيق هذا المبدأ يتبين بشكل واضح أن القضاء لم يكن في سلطته هذه ملزماً ببيان العوامل والعناصر المختلفة للضرر ويقوم القضاء بالحكم بالتعويض بصورة كلية اجمالية . ويرجع السبب في ذلك بحسب رأيه الى أن المضرور وخاصة عندما يكون الضرر واقعاً على النفس يتمتع بمظاهر قد تكون نعسبة غير جلية وبالتالي يكون من العسير تعويض كل عنصر من عناصر الضرر الذي أصابه بشكل مستقل والحل الأمثل في ذلك أن يحكم بالتعويض الاجمالي لمجمل الضرر(٤٧). مع الاشارة الى أن القضاء في مسعاه المذكور لا يغيب عنه هدف العدالة المنشود ليجعل من التعويض ترضية مناسبة للمضرور قدر الامكان بشكل كامل لكل الأضرار التي أصابته وعدم تجاوز التعويض لقيمة الضرر.

ثانيا- مدى تأثير العوامل الخارجية في سلطة المحكمة في التعويض..

إن الفقه يرى أن سلطة محكمة الموضوع في الحكم بتعويض مناسب للمضرور بالرغم من كونها مطلقة إلا أنها تتصف بشيء من الاعتماد على بعض المعايير . فنستطيع من خلال ذلك أن تراعي الظروف والعوامل المؤثرة في ملائمة التعويض للضرر ولو كانت خارجة عن الضرر كالعوامل الاقتصادية. والعوامل الخاصة بالمسؤول عن الضرر (جسامة خطأ المسؤول وحالته المالية والتأمين من المسؤولية) والعوامل الخاصة

بالمضرور (حالة المتضرر الصحية وخطئه والمركز القانوني للمتضرر (مالياً واجتماعياً ووظيفياً)).(٤٨)

ويفضل اتجاه من الفقه منح المضرور من قبل محكمة الموضوع تعويضاً مع عدم الاعتماد على تلك العوامل وان يكون التعويض بشكل مبلغ اجمالي غير مقسط نظراً لإيجابيات هذه الصورة من صور التعويض النقدي مايؤدي الى انقضاء التزام المسؤول بالتعويض عن طريق دفعه للتعويض دفعة واحدة للمضرور (٤٩). يضاف الى ذلك أن التعويض الاجمالي ينسق مع الضرر الأدبي والذي يكون تقديره ليس بالأمر اليسير على القاضي في سعيه لجبر ضرر المضرور. والقانون الانكليزي يعطي سلطة تقديرية للقاضي الموضوع في رقابته على التصرف بمبلغ التعويض لا بل أكثر من ذلك لها أن تودعه صندوق المحكمة وعدم التصرف به إلا بموافقتها.(٥٠)

وإضافة الى ما سبق بيانه نلاحظ أن التعويض قد يصعب على المحكمة احتسابه في حالات معينة والتي يتوجب الاعتداد عند الحكم بالتعويض بالتطورات المستقبلية التي قد تطرأ على الضرر الضرر المتغير وهنا يتم اللجوء الى التعويض النقدي بشكل الايراد المرتب الذي يمكن من خلال اقراره إعادة النظر في تقدير التعويض للمضرور عند تحقق عوامل مستقبلية معينة . ويقول بعض الفقه أنه اكثر ملائمة لتعويض الأضرار التي تصيب الصغير في حالة الضرر المرتد لكونه في مدة من حياته دون الأخرى في أشد الحاجة الى الانفاق على احتياجاته والذي قد لا يمكن تقديره على وجه الدقة في المدة اللاحقة مباشرة لتحقق الضرر . ويرى أن هذا التقدير غير المتصور سيتم احتسابه بشكل تقريبي وجلي في مرحلة لاحقة من تحقق حدوث الضرر ونهوض مسؤولية المسؤول باستمرار حالة الصغير والتطلع بالأضرار التي يعاني منها ومن ثم تنتقل المحكمة الى الحكم بالتعويض النقدي مبلغ اجمالي.(٥١)

وتخوف الفقه من المخاطر التي تحيط بالمضرور عند الحكم له بالتعويض على شكل ايراد مرتب. ويجمع تلك المخاطر في التقلبات الاقتصادية والتي تقود بالتعويض في الأعم الأغلب من الحالات الى صيرورته مبلغاً يسيراً لا يتناسب وحجم الأضرار التي أصابت المضرور وما يكابده من آلام وآهات من فعل المسؤول غير المشروع. وطرح احد الفقه معالجة ذلك بالاتجاه الى الحكم بالتعويض النقدي على صورة الايراد المرتب بالمقارنة مع سعر سلعة معينة من السلع يتناسب التعويض مع سعرها طردياً. وهو اتجاه أنتقد من البعض الآخر من الفقه بأنه لا يؤدي الى استقرار المعاملات(٥٢).

والمشرع العراقي لم يشر الى تأثر تقدير التعويض بالظروف الملابسة في نص المادة (٢٠٧) من القانون المدني وقال أن التعويض عن الفعل الضار يقدر بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب(٥٣). ولعل سبب ذلك يعود الى أن القانون المدني العراقي تأثر كثيراً بالفقه الاسلامي وأخذ منه الشيء الكثير وهذا الفقه يؤسس المسؤولية المدنية على فكرة موضوعية فلا ضرر ولا ضرار وبالتالي ضرورة أن يكون التعويض كاملا (٥٤). في حين أخذ القانون المدني العراقي بخطأ المتضرر في المادة (٢١٠) والتي نصت على (يجوز للمحكمة ان تنقص مقدار التعويض او الا تحكم بتعويض ما اذا كان المتضرر قد

اشترك بخطئه في احداث الضرر او زاد فيه او كان قد سوا مركز المدين) والمركز المالي للخصوم في المادة (٣/١٩٦) بقولها (عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لا بد للمحكمة ان تراعي في ذلك مركز الخصوم) وتعتقد بضرورة أن يقوم المشرع العراقي بالنص في القانون المدني على مراعاة محكمة الموضوع للظروف الملابسة صراحة عند الحكم بالتعويض لأن القضاء وسلطته التقديرية المطلقة في ملائمة التعويض للضرر تتخذ مظهراً بشرياً بقاضي الموضوع والذي لابد أن يتأثر بالظروف الملابسة ومن ثم لامانع من النص عليها في القانون المدني.

المطلب الثاني: المقصود بالمال

المال لغة من المول وأصله مال يمول مولا، ومولا، أي أكثر ماله وجمعه أموال وهو ما يملكه الإنسان من كل شيء اي يعرف بما يملكه الاشخاص من جميع الاشياء(٥٥).

والمال مدلول اصطلاحي قانوني ينصرف الى كل حق له قيمة مالية ، عينياً كان أو منفعة أو حقاً من الحقوق العينية أو الشخصية (٥٦).

والفقه الاسلامي اختلف في تعريفه للمال بآراء متعددة يمكن ردها الى اتجاهين رئيسيين هما اتجاه الحنفية من الفقهاء الاسلامي واتجاه جمهور الفقه الاسلامي.(٥٧)

هذا الاختلاف رجحت احدى كفتيه مجلة الاحكام العدلية (٥٨) عندما قالت ان المال هو ماجيل اليه طبع الانسان ويمكن ادخاره الى وقت الحاجة منقولاً كان او غير منقول (٥٩). فكل شيء ابيح الانتفاع به او لم يبح وكل ماهو مملوك بالفعل او لم يكن مملوكا من المباحات ويمكن ادخارة فهو من قبيل تعريف مجلة الاحكام العدلية للمال وقد قيل ان هناك فرق بين مالية الشيء وبين تقومه فالمالية تثبت بشمول الناس جميعهم او بعضهم اما التقوم فيثبت بشقوم الناس جميعهم وبجعل الشارع اياه مباحاً للانتفاع ، وان المال يختلف عن الملك والمراد بالملك الشيء الذي يكون مملوكاً للانسان بحيث يمكنة التصرف به على وجه الاختصاص شاملاً في ذلك الاعيان والمنافع ويرى وجود عموم وخصوص مطلق بين المال والملك . فكل مال ملك وليس كل ملك مال (٦٠).

ان الفقه وجه الى تعريف مجلة الاحكام العدلية للمال انتقادات لاذعة فبالرغم من اخذ المجلة للتعريف من الفقه الحنفي وهو مثل جانب للفقه وتركها الرأي الجمهور فيه بلاحظ ضيق نطاقه فالفواكه والخضر تعتبر مالا وإن لايمكن ادخارها ولاتدخل في نطاق تعريف المجلة، كما ان جل الادوية والمعالجات ما لايميل اليها الطبع الانساني الا انها تعتبر من الاموال على رأي الجمهور ولايعتبرها تعريف المجلة مالا وسهما يكن من شأن هذه الانتقادات وشدتها وتنوعها الا انها ترجع في جملتها الى ضيق نطاق التعريف (تعريف المجلة للمال غير جامع) بعدم شموله لكل مايعتبر من المال بالفقه الاسلامي. (٦١).

وبناءاً على ماسبق يمكن القول ان العنوان الخاص بالمال هو الشكل الذي يكيف معه وعاءاً للتعويض عن الاضرار التي يحدثها الصغير وليس محلاً للضرر الذي اجاز الفقه ضمان المال المتقوم اذا اتلف وضرورة ضمانه ديناً بالذمة المالية وعدم جواز ذلك للمال غير المتقوم.

كما ان قيام البحث في مال الصغير الذي يلزمه التعويض يستلزم محاولة اجابة التساؤل عن مدى ترتب ذمة مالية للصغير لضرورة عملية اذ لا يمكن عملياً لزوم التعويض من مال الصغير الا بوجود ذمته المالية؟وبعبارة اخرى إذا كان للصغير ذمة مالية امكن القول بالتعويض من ماله والعكس صحيح اذا لم يصح للصغير ذمة مالية لم نستطع القول بالتعويض من ماله؟ ان للذمة مدلول لغوي من العهد والأمان والضمان والحرمة والحق(١٥) ولها ايضا مدلول اصطلاحي في الفقه القانوني اذ عرفها احد الفقه بانها مجموع ما للشخص من حقوق(العناصر الايجابية) وما عليه من التزامات(العناصر السلبية) ذات قيمة مالية (١٣). وبهذا المعنى فالذمة المالية افتراض قانوني يلزم كل شخص ليكون صالحاً لاستقبال الحقوق والتحمل بالالتزامات وهو لايطابق الاهلية ويفارقها من حيث ان الاهلية ماهي الا صلاحية الشخص بان تكون له الحقوق وعليه الالتزامات بينما الذمة المالية هي التي يتعلق بها الالتزام او يدخل فيها الحق والاهلية ترتبط بادوار السن (١٤).

كما قيل عن الذمة بالمنظور الاصطلاحي الفقهي الاسلامي بمعنى النفس والذات وهو قول بناه احمد الشراح على المادة (١٩٢) من مجلة الاحكام العدلية التي فسرت الذمة بالذات (١٥) في حين يرى احد الفقه بوجاهة بانها (وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان ويصير به أهلاً للالتزام والالتزام أي صالحاً لأن يكون له حقوق وعليه واجبات) (١٦) ومن الاطلاع على الطرح الفقهي في الذمة المالية يلاحظ توافق كل الاراء على كون الذمة هي امر مقدر وجودة في الانسان ومفترض له افتراضاً.ومن ذلك يمكن القول ان للصغير ذمة مالية والتي تكون محل اعتباري فيه يشغل هذا المحل الالتزامات التي تتحقق على الصغير ومنها التعويض ولكن هنالك اختلافا بيناً في وقت لزوم الذمة المالية للصغير اي وقت بداية الذمة المالية وهل تتزامن مع الاهلية ام لا؟ وهذا الاختلاف يمكن رده الى اتجاهين رئيسيين كما:/

الاتجاه الاول:/

وينحاز الى أن اهلية الصغير تترتب على وجود ذمته المالية بشرط تمام ولادته حياً اي ان شرط تمام الولادة حياً هو لتمام اكتمال الذمة المالية ومن ثم ثبوت اهلية الوجوب له فالجمل المستفر (١٧) له ذمة مالية صالحة لاستقبال الحقوق كالهبات مثلا وبشترط لتمامها الولادة التامة وتحقق الحياة للمولود ويقول (وانما كانت هذه الصلاحية التي ترتبت على ثبوت الذمة بسببها الفقهاء بأهلية الوجوب إذ يعرفون هذه الأهلية بأنها صلاحية الإنسان للحقوق والواجبات المشروعة فإن الصلة ما بين الذمة وأهلية الوجوب صلة وثيقة فالذمة هي كون الإنسان صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات وأهلية الوجوب هي هذه الصلاحية ذاتها والذمة تلازم الإنسان إذ يولد الإنسان وله ذمة بحكم أنه إنسان ومن ثم ثبتت له أهلية الوجوب فأهلية الوجوب تترتب على وجود الذمة) (١٨) وهذه الذمة تبدأ (ببدء حياة الإنسان وهو جنين فتكون له ذمة قاصرة إذ يجوز أن يرث وأن يوصى له وأن يوقف عليه ثم يولد حياً فتتكامل ذمته شيئا فشيئا في المعاملات والعبادات والحدود حتى تصير كاملة). (١٩)

الاتجاه الثاني //

وينتهب الى أن ذمة الصغير المالية تترتب على وجود اهليته بشرط تمام ولادته حياً اي ان شرط تمام الولادة حياً هو لتمام اكتمال اهلية الوجوب الناقصة ومن ثم ثبوت الذمة له وبالتالي فالحمل المستقر ليس له ذمة مالية وهذه الاهلية تبدأ ناقصة بقابليته لثبوت الحقوق له (اصلاحيته للالتزام) منذ بدء تكوين الجنين وتكتمل هذه الاهلية بالولادة وتبدأ الذمة مع بدء امكان وجود الوجه الثاني من تلك الأهلية وهو قابليته لثبوت الحقوق عليه (اصلاحيته للالتزام) (٧٠).

وتعتقد بترجيح الاتجاه الاول لوجاهة الاعتبارات التي يقوم عليها ومطابقته لصحيح الواقع والمنطق السليم . ويبقى البحث في الذمة المالية للصغير التي تلزم بالتعويض هل تلزم به على مبدأ وحدة الذمة المالية الذي ينصرف الى اعتبار الذمة المالية وحدة واحدة اتجاه الدائنين وضامنة جميع عناصرها الايجابية للوفاء بالتعويض ام على مبدأ تجزئة الذمة المالية او تخصيصها والذي يجيز تخصيص الغرض لكل جزء من اجزاء الذمة(٧١)؟

ان المشرع العراقي بالرغم من عدم تعرضه لتعريف الذمة المالية صراحة (٧٢) الا ان اخذ بمبدأ وحدة الذمة المالية اتجاه الدائنين بدليل النص على اعتبار اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ايا كان نوعها مع الاخذ بعين الاعتبار ان هذا الشمول لايقتضي منعه من التصرف باموالها. (٧٣)

وتأسيسا على ذلك من غير الجائز قانوناً في نطاق القانون المدني العراقي تخصيص بعض العناصر الايجابية للذمة المالية للصغير او تجزئتها للوفاء بديون معينة دون اخرى فجميع العناصر الايجابية في ذمته المالية ضامنة لكل ديونه دون تمييز او ترجيح مع الاشارة الى ضرورة التفريق بين كون الصغير مميزاً او غير مميز وهو ما سنتعرض له في المطلب الثالث.

المطلب الثالث: المقصود بالصغير

الصغير في اللغة العربية من صغر. والصغر لغة الخرائة والصبي . وصبا يصبو صبوة وصبواً أي مال الى الجهل والفتوة . والصغر أيضا ضد الكبر . وقد صغر بالضم فهو صغير . وصغار بالضم وأصغره غيره . وصغره تصغيراً ضد العظم . وقيل الصغر في الجرم والصغارة في القدر . واستصغره أي عده صغيرا . وقد جمع في الشعر على صغراء ومنه الصغرى أي تأنيث الأصغر . والجمع الصَغَر. وقد قال سيبويه لا يقال نسوة صغر ولا قوم أصاغر إلا بالألف واللام. قال وسمعنا العرب تقول الأصاغر . ومنه الأصغرون والصغار بالفتح الذل والضيم. وكذا الصَغر كالصغر . وقد صغر الرجل فهو صاغر والصاغر الراضي بالضيم.(٧٤)

أما في الاصطلاح القانوني فالصغير هو الذي لم يبلغ سن الرشد وهو تمام الثامنة عشرة من العمر ويعتبر من أكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن من المحكمة كامل الأهلية(٧٥) . ويربط أحد الباحثين في الفقه الاسلامي الصغير من الانسان بنشأته وولادته ضعيفاً وعقله لا يستطيع أن يدرك ويفهم ويميز بين ما يكون نافعاً له من غير

ذلك لصغر سنه وعدم اكتمال ملكاته الذهنية والعقلية. ومن ذلك عدم استطاعته القيام بشؤونه وترك ذلك للمسؤول عنه أو الراعي أو المراقب الذي يرعاه ويؤمن حاجاته ويبذل عنايته في مراقبته منذ تمام ولادته حياً لا بل حتى عندما يكون جنيناً مستقراً بتلقي من والدته العناية والحماية ويقول عن الصغير من لم يبلغ الاحتلام من الرجال والصغيرة هي التي لم تبلغ الحيض من النساء.(٧٦)

وقد يكون للصغير مال فيكون للمسؤول عنه ولاية على أمواله التي اصطلح عليها الفقه بالولاية على المال(٧٧) والتي تختلف عن الولاية على النفس التي تتضمن حماية الصغير ورعايته(٧٨) في حين ترى مجلة الاحكام العدلية ان هناك ولاية خاصة وهي اقوى من الولاية العامة (٧٩). ويظل الصغير على هذا الحال منذ تمام ولادته حيا الى أن يكبر ويصبح بالغاً عاقلاً رشيداً اي ينتقل من كونه صغيراً غير مميز الى المرور بمرحلة الصغير المميز ثم تمام سن الرشد التي لكل منها أحكاماً خاصة . ويقدر تعلق ذلك بموضوع البحث نفرد لكل من الصغير المميز وغير المميز فرعاً مستقلاً...

الفرع الأول: الصغير غير المميز

وهو الصغير الذي يكون ضمن الدور الطبيعي الذي يمر به الانسان زمنياً من حين تمام ولادته حياً الى تمام السابعة من العمر. والصغير بعد عديم التمييز(٨٠) في هذا الدور من العمر وبالتالي عديم الأهلية(٨١). وانعدام الأهلية هنا لأهلية الأداء دون أهلية الوجوب لأن أهلية الوجوب تدور مع الشخصية وجوداً وعدماً. فإذا وجدت الشخصية وجدت الأهلية، وتثبت للإنسان ولو كان جنيناً في بطن أمه على أن يولد حياً. ويرى الفقه أن أهلية الوجوب التي تُقرر للجنين في بطن أمه هي أهلية وجوب ناقصة لأنها قاصرة على اثبات الحقوق له دون الالتزامات لأن الالتزام لا بد له من عمل قانوني أو مادي. وذلك غير متصور أن يصدر من الجنين، يضاف الى ذلك أن صلاحية الجنين لاكتساب الحقوق تقتصر على الحقوق التي تنشأ عن القانون أو الإرادة المنصرفة كالحق في الميراث أو عن طريق الوصية(٨٢). ومن ثم فانعدام التمييز للصغير في هذا الدور ينصرف الى تصرفاته القانونية. فالصغير الذي لم يكمل السابعة من عمره لا يستطيع معرفة التصرفات الضارة به من النافعة له فتعد جميع تصرفاته باطلة وإن أذن له وليه، لأن الإذن إجازة والإجازة لا تلحق العقد الباطل(٨٣)

وتأسيساً على ذلك فالولاية على مال الصغير سواء كان مميزاً أو غير مميز تثبت قانوناً لوليه ثم لوصيه أي أن من يتولى مباشرة التصرفات عن الصغير غير المميز وليه ثم وصي الولي في حدود القانون، وولي الصغير أبوه ثم المحكمة ولا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا كان أهلاً لمباشرة هذا الحق في ماله، ويدخل في الولاية ما يؤول للصغير بطريق التبرع إلا اذا اشترط المتبرع غير ذلك. كما لا يجوز للولي أن يتصرف بمال الصغير إلا بموافقة دائرة رعاية القاصرين بالطريقة المنصوص عليها في قانون رعاية القاصرين وتنتهي الولاية ببلوغ الصغير سن الرشد ما لم تقرر المحكمة قبيل بلوغ هذا السن استمرار الولاية عليه، ويعتبر من أكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن المحكمة كامل الأهلية(٨٤) وللمحكمة أن تسلب ولاية الولي متى ثبت لها سوء تصرفه وتقرر المحكمة

إيقاف الولاية متى اعتبرت الولي غائباً أو حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية لمدة تزيد على السنة. (٨٥)

أما الوصي فهو من يختاره الأب لرعاية شؤون ولده الصغير أو الجنين ثم من تنصبه المحكمة على أن تقدم الأم على غيرها وفقاً لمصلحة الصغير فإن لم يوجد أحد منهما فتكون الوصاية لدائرة رعاية القاصرين حتى تنصب المحكمة وصياً.(٨٦) ، ويرى احمد الشراح ان ولي الصغير في مسائل الاذن والحجر في مجلة الاحكام العدلية سبعة اشخاص (الاب ثم وصي الاب المختار ثم الوصي الذي نصبه الولي المختار ثم الجد الصحيح ثم الوصي الذي يختاره الجد الصحيح ثم الوصي الذي نصبه الوصي الاول حال حياته اذا مات وكذلك الوصي الذي يقيمه الوصي الثاني وان بعد ثم القاضي والوصي الذي ينصبه القاضي). (٨٧)

والشريعة الاسلامية تعاملت مع خلق الانسان والصغير تعاملاً خاصاً ويظهر ذلك من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة التي أشارت الى المراحل المختلفة التي يمر بها الانسان والتي أولت خلق الانسان تفصيلاً أكثر منذ بداية حياته حملاً مستقراً في بطن والدته الى تمام خلقه وولادته حياً بحول تمييز(٨٨).

والفقه الاسلامي تأثراً بما سبق أولى الصغير غير المميز اهتماماً خاصاً وبحث في اهليته ، إذ يرى أن الصغير غير المميز تثبت له أهلية وجوب كاملة ويجب عليه تبعاً لذلك ضمان الأموال التي يتلفها. فانعدام تمييزه لا يمنع من مسؤوليته المدنية وبالتالي إلزامه بالضمان . وهذا الالتزام لا يشترط الفقه الاسلامي فيه التمييز(٨٩) إذ أن الجنين ابن يوم لو انقلب على قارورة انسان فكسرها يجب عليه الضمان في الحال)(٩٠).

كما أن الفقه الاسلامي اتفق على ميعاد معين للصغير غير المميز زمنياً ولكن نلاحظ الاختلاف في توقيت اعتباره مميزاً . ويمكن رد تلك الآراء المختلفة الى اتجاهين حيث :-

الاتجاه الأول//

يرى ان الصغير غير المميز يصبح مميزاً باتمامه عمر سبع سنوات وقبل ثمان لأن بلوغه هذا العمر قرينة على تطور ملكاته العقلية والذهنية بالشكل الذي يمكنه من إدراك تصرفاته وآثارها.(٩١)

الاتجاه الثاني//

ويرى عدم امكانية تحديد لاعتبار الصغير غير المميز قد تجاوز مرحلة انعدام التمييز لأن الاخير كما يرون ليس له سن معين، فالبشرية وإن كانت متكونة من الانسان الذي يتشابه مع أخيه الانسان من حيث الخلق إلا أنهم يختلفون في الملكات الذهنية والقدرات العقلية. فقد يمن الله سبحانه وتعالى على البعض بإدراك مبكر وقدرات عقلية متميزة في الصغر تمكنه من الفهم والعلم بآثار تصرفاته وبغض النظر عن السن.(٩٢)

وحسناً فعل المشرع العراقي والمشرع المصري بأخذه بالاتجاه الأول في تحديد انتهاء سن الصغير غير المميز ببلوغه لسن سبع سنوات لأن تحديد عمر معين للتمييز يمثل معياراً موضوعياً مانعاً من الاختلاف في الحالات المماثلة ومساعداً على استقرار المعاملات

بالاعتماد على الصنعة الغالبة في عموم الناس بالنمو المعتاد للملكات العقلية والذهنية للصغير غير المميز وازديادها الى الحد الذي يكون فيه مميزاً بتمام سن السابعة من عمره واعتباره صغيراً مميزاً.

الفرع الثاني: الصغير المميز

وهو الصغير الذي يكون داخلاً من حيث السن من حين اكماله للسنة السابعة من عمره ولحين بلوغه لسن الرشد بالجمع بين كل من المادتين (٢/٩٧) و(١٠٦) من القانون المدني العراقي (٩٣).

والصغير في هذا الدور من العمر مميزاً أو ناقص الأهلية لاعدومها وغير محجور لذاته وتصح تصرفاته النافعة ولا تصح الضارة وتعلق الدائرة بين النفع والضرر على اجازة الولي (٩٤).

أما في القانون المصري فالمادة (٢/٤٥) من القانون المدني قالت بفقدان التمييز لكل من لم يبلغ السابعة ومن مفهوم المخالفة يقال ان التمييز يتوفر للصغير بعد اتمامه لسن السابعة من العمر ولغاية سن الرشد وهو متفق مع حكم المادة (٢/٩٧) من القانون المدني العراقي، لكنه اختلف مع الأخير بنهاية مرحلة التمييز باتمام الصغير لسن (احدى وعشرون) سنة ميلادية كاملة من عمره في حين نص القانون العراقي على تحديد سن الرشد بثماني عشرة سنة كاملة. (٩٥)

ولنعد الى تحديد سن معين الصغر في نطاق مسؤولية الصغير التقصيرية فالثابت في القانون المدني العراقي ان المشرع العراقي سكت عن تحديد سن معين للصغر في نطاق مسؤولية الصغير التقصيرية بالاتلاف او اذا كان تحت رعاية الراعي (الاب او الجد) واحدث ضرراً بالغير. وازاء هذا السكوت تتساءل هل هناك من تحديد لسن معين للصغر في القانون المدني العراقي؟

ويجاب بالقول ان المشرع العراقي نص على سن معين للتمييز (م ٢/٩٧) وحدد سن الرشد بثماني عشرة سنة كاملة (م١٠٦) ووضع حكم خاص للصغير المميز المأذون اذا اكمل الخامسة عشرة من عمره بالسماح له بممارسة التجارة تجربة له بعد ان يسلمه الولي مقداراً من ماله بترخيص من المحكمة واعتبره في حدود التصرفات الداخلة تحت الاذن بالمركز القانوني للانسان البالغ لسن الرشد وبالتالي حكمه كالبالغ حكم الصغير (المادتان (٩٨) و(٩٩)) ومن هذا نعتقد بوجاهة رأي الاستاذ الدكتور حسن علي الذنون (رحمه الله) الذي يذهب الى ان السن المعين للصغر لغايات المشرع العراقي في القانون المدني يبدأ من تمام سن السابعة من العمر(م٢/٩٧) وينتهي ببلوغ سن الرشد اي ببلوغ ثماني عشرة سنة (م١٠٦). (٩٦)

والذي يظهر من هذا الاتجاه التشريعي قصد المشرع العراقي الاخذ برأي جمهور الفقه الاسلامي الذي حدد انتهاء الصغر بالبلوغ رشيداً لارتباطه بالولاية على النفس والولاية على المال (٩٧). وكذلك خالف اتجاه المشرع المصري في القانون المدني الذي نص على تحديد سن معين للصغر باعتبار القاصر في حاجة الى الرقابة اذا لم يبلغ خمس عشرة سنة (م١/١٧٣) وهو اتجاه تشريعي معزز بالرأي الغالب في الفقه والقضاء

المصري السابق لوضع القانون المدني العراقي وقد اطلع على هذا الاتجاه من قام بوضع القانون المدني العراقي مايلزمنا بترجيح رأي الاستاذ الدكتور علي حسن الذنون ارحمه الله لوجاهته الثابتة فيما سبق.

أما عن موقف الفقه الاسلامي من تحديد سن معين للصغير المميز اي متى يكون الصغير مميزا فقد اختلف هذا الفقه بحسب اتجاهات المذاهب والفقهاء فيها ويمكن رد هذا الاختلاف الى اتجاهين رئيسيين وكمايلي:-

الاتجاه الأول//

ويعتمد من يقول بهذا الاتجاه المعيار الشخصي في تحديد المراحل التي يمر بها الصغير، بأنه لا تحديد لسن أو عمر معين لمراحل التمييز التي يمر بها الصغير وانما يصار الى الحكم على كل حالة على حده اي لكل شخص على حدة لأن المواهب والمعارف للأشخاص تختلف لكل منهم بحسب ما يمنحه الله لهم. فقد يعرف الشخص عند اختباره أو إدراكه للخطاب وفهمه للكلام ومقاصده ويقدر على الجواب عندها يوصف بأنه صار مميزاً بغض النظر عن العمر أو السن.(٩٨)

الاتجاه الثاني//

ويعتمد من يقول بهذا الاتجاه المعيار الموضوعي في تحديد التمييز للصغير، فالرأي عندهم أن الإنسان غير المميز عاجز عن الإدراك ولا يعي الخطاب ولا يفهمه ولا يقدر على الجواب وكذلك يعجز عن التمييز بين الصواب والخطأ، وهذه المرحلة تبدأ من الولادة حتى تمام السابعة من العمر وتبتدأ مرحلة الصغير المميز ويصبح الصغير بعدها مميزاً . وقد تبين سابقاً أنها المرحلة التي يعي فيها الصغير الخطاب ويفهمه ويستطيع الجواب معتمدين في ذلك على قول الرسول الاعظم (صلى الله عليه وآله وسلم) ((مروا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبعاً واضربوهم عليها إذا بلغوا عشراً وفرقوا بينهم في المضاجع)) (٩٩) وعن أبي جعفر أو أبي عبدالله عليهما السلام القول بـ(إذا بلغ الغلام ثلاث سنين ..... ثم يترك حتى يتم له ست سنين. فإذا تم له سبع سنين قيل له: اغسل وجهك وكفيك. فإذا غسلهما قيل له: صل، ثم يترك حتى يتم له تسع سنين. (فإذا تمت له) علم الوضوء، وضرب عليه، وأمر بالصلاة. وضرب عليها. فإذا تعلم الوضوء والصلاة غفر الله لوالديه (ان شاء الله)) (١٠٠) باعتبار أن بلوغ الصغير للسابعة من عمره قرينة على تميزه ويكون مناسباً لفهم الخطاب والقدرة على التعلم. (١٠١)

ونعتقد بترجيح جمهور اراء الفقه الاسلامي بالاخذ بمذهب الاتجاه الموضوعي في تحديد التمييز لانه يضع لنا معيارا منضبطاً ويضع قرينة موحدة في سن معين يبدأ فيها الإنسان بفهم الخطاب والقدرة على التعلم وقد تأيد هذا الاتجاه بالقول السابق للرسول الاعظم (صلى الله عليه وعلى آل بيته الطيبين الطاهرين).

ولكن هل ان للفقه الاسلامي كلمة فصل في تحديد سن معين لانتهاء الصغر؟ بمعنى آخر هل يطابق الفقه الاسلامي للقانون المدني العراقي في تحديد سن البلوغ بثماني عشرة سنة ؟ ام له اتجاه آخر؟

ان الفقه الاسلامي اختلف في هذا فرأي جانب كبير من الحنفية والمالكية (١٠٢) من الفقه الاسلامي انها تنتهي بالبلوغ رشيداً بينما يرى الامامية والحنابلة والشافعية ورأي من الحنفية(١٠٣) انها تنتهي ببلوغ الصغير لسن الخمسة عشر سنة في حين يرى الظاهرية(١٠٤) ان الصغر ينتهي بالاحتلام للصغير والحيض للصغيرة ولعل وجه هذا الاختلاف يرجع الى عدم اتفاق مذاهب الفقه الاسلامي بشأن مدى جواز جمع الولاية على النفس والولاية على المال بشخص واحد فجانب من الفقه يرى التمييز بين الولي على المال والولي على النفس بينما يذهب رأي جمهور الفقه الاسلامي الى ان الولي على النفس هو الولي على المال . والولاية على النفس هي الإشراف على شؤون الصغير الشخصية وبذل الولي لرعايته في تدبيرها على احسن وجه بالنسبة لمصلحة الصغير الشخصية. في حين ان الولاية على المال هي الإشراف على شؤون الصغير المالية وبذل الولي لرعايته في تدبيرها على احسن وجه بالنسبة لمصلحة الصغير المالية. ونقطع بالقول ان اتجاه المشرع العراقي في انتهاء الصغر موافق لرأي جانب كبير من الحنفية والمالكية من الفقه الاسلامي.

المبحث الأول: التعويض المنفرد من مال الصغير

إن حالة تحقق التعويض المنفرد من مال الصغير على النحو الذي تتحمل ذمته المالية وحدها مسؤولية التعويض المستحق الدفع الى المضرور دون اشتراك الراعي (الأب ثم الجد) في ذلك أي دون تعلق حق المضرور ومسؤولية تعويضه بالذمة المالية للراعي تعلقا حقيقياً يمكن تلمسها في العرض الذي تنهض فيه مسؤولية الصغير عن عمله غير المشروع الذي يسبب الغير بضرر ومن ثم اجتماع اركان هذه المسؤولية لاستحقاق التعويض.

ولكن كيف ينهض تهوض تلك المسؤولية؟ وبعبارة أخرى كيف يتحقق استحقاق التعويض المنفرد من مال الصغير؟ وهل لهذا الاستحقاق وتهوض المسؤولية من أحكام بالنسبة للذمة المالية للصغير أو الذمة المالية للراعي؟ وهل يختلف حكم هذه المسألة في القانون الوضعي عن الفقه الاسلامي؟ سنحاول في هذا المبحث الاجابة عن هذه التساؤلات في مطالب ثلاثة...

المطلب الأول: استحقاق التعويض المنفرد من مال الصغير

ان المشرع العراقي قرر على الصغير (المميز أو غير المميز) مسؤولية أصلية عن أعماله الضارة. فعمد الى النص في المادة (١/١٩١) من القانون المدني على ذلك بقوله (إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان في ماله). وهذه المسؤولية المدنية هي غير المسؤولية المدنية التي قررت على الصغير ضمن المبدأ العام في الاعتداء على النفس والتي قال عنها المشرع العراقي بقاعدة تنصرف الى أن كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب أو أي نوع آخر من أنواع الإيذاء يلزم بالتعويضات من أحدث الضرر(١٠٥). كما أن المسؤولية المدنية للصغير بموجب المادة (١٩١) اعلاه ترتبط مع مسؤولية الراعي المقررة بموجب المادة (٢١٨) من القانون المدني ارتباطاً وثيقاً من حيث مطالبة المضرور للمسؤول بالتعويض وعدم امكانية دفعه للمطالبة متى ما

تقررت مسؤولية الراعي المدنية بالتزامن أو بالتتابع مع مسؤولية الصغير المدنية أو عدم مسائلة الراعي مدنياً وحصر حق المطالبة بالصغير لتعويض الأضرار التي ألحقها بالمتضرر حسب ظروف ووقائع كل حالة. ومن ثم يمكن القول أن استحقاق التعويض المنفرد من مال الصغير له أركان تعود الى الصغير نفسه وشروط تتصل بالراعي وخصص لكل منها فرعاً مستقلاً...

الفرع الأول: أركان استحقاق التعويض المنفرد المتصلة بالصغير

ان أركان استحقاق التعويض هي ما اتصلت بالصغير تنصرف الى فكرة عامة مؤداها ارتكاب الصغير ميزاً كان أو غير مميز لعمل ضار أحدث ضرراً بالغير وهو ما أكده القانون العراقي في نص المادة (١/١٩١) من القانون المدني ومن ثم نحتاج الى إثبات الخطأ وأصابة الغير بضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي لحق بالمضرور مع بيان خصوصية هذه الأركان بالنسبة للصغير وكما يلي...

أولاً:- خطأ الصغير التقصيري//

إن أول أركان اعمال مسؤولية الصغير التقصيرية وفق المادة (191/1) من القانون المدني العراقي هو الخطأ، والأخير اختلف الفقه على تعريفه تعريفاً مانعاً جامعاً. فمنهم من يقول أنه اخلال بالتزام سابق(١٠٦). ويرى آخر بأنه استغلال للثقة المشروعة(١٠٧). ونعتقد بالرأي الراجح بأنه إخلال بالتزام سابق وهذا الالتزام هو الواجب الذي يفرضه القانون على كل شخص بعدم الإضرار بالآخرين وطرح الفقه في تشخيص هذا الالتزام بأنه التزام ببذل عناية وهو ما يميزه عن الالتزام بتحقيق نتيجة الذي يؤدي الإخلال به الى قيام الخطأ العقدي ومن ثم المسؤولية المدنية العقدية(١٠٨) كما أنه لا يشترط بالخطأ أن يكون قياما بعمل إذ يمكن أن يكون امتناعاً عن عمل ولكن لابد أن يتوافر ركن الخطأ في الفعل حتى نستطيع تكييفه خطأ تقصيرياً(١٠٩). واشترك الفقه في تقرير ركني الخطأ بالركن المادي (التعدي) والركن المعنوي (الادراك)(١١٠) . وقال عن الركن المادي في تصرف الفرد على نحو لا يقره القانون (قياما أو امتناعا عن عمل) وتحدث كذلك عن المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي لاعتبار الفرد متعديا متحاولا في ذلك وضع معيار واقعي منضبط لتحديد العمل وتكييفه تعدياً على الغير موجباً للمسؤولية.(١١١)

وعاد الفقه الى الركن المعنوي وقال بوجوب إدراك من يراد مسائلته مدنياً تقصيريا للعمل الذي قام به والضرر الذي ألحقه بالغير أو تمييزه(١١٢) . وتدرج في اشتراطه إضافة الى الركن المادي لقيام خطأ الفاعل فكان الفقه منقسما على أن الادراك يجب أن يرتبط مع التعدي وشاع هذا الاتفاق وانتشر وانعكس في القانون المدني العراقي وبعض القوانين التي تدور في فلكه (١١٣) . وفي معرض هذا الاتجاه الفقهي والتشريعي طرح الفقه التساؤل حول جدوى هذا الاتجاه بالنسبة الى مسؤولية الصغير غير المميز المدنية على أساس أن هذا الصغير لا ينسب اليه الخطأ وذلك لعدم إدراكه والادراك أحد عنصري الخطأ؟ وهو ما يؤدي الى ضياع حق المضرور وفوات قصد المشرع في حمايته القانونية؟ واعتلال العدالة في يسار الصغير غير المميز ومن في حكمه وإعسار المضرور في بعض الفروض؟ وأمام وجاهة ما ذكر تحول الفقه الى تلطيف اتجاهه السابق بالقول أن الادراك

من الأمور الداخلية التي لا يؤخذ بعين الاعتبار وبالتالي يكفي التعدي من الصغير غير المميز ومن في حكمه لنهوض ركن الخطأ في مسؤوليته التقصيرية واصطلح على هذه الأفكار عنوانا عاما هو نظرية تحمل التبعة . فالصغير غير المميز وإن صح أنه غير قادر على إدراك الخطأ إلا أنه يستطيع إحداث ضرر بالغير وهذا الضرر يجب أن يزال ويعوض وذلك الصغير يجب أن يتحمل تبعة (نتيجة) أفعاله بصرف النظر عن كونه مميزا أو غير مميز. (١١٤)

والقانون العراقي أخذ بهذا الاتجاه الحديث لوجاهته وكذلك متأثراً بآراء الفقه الاسلامي الثرة حول مسؤولية الصغير كما سيتبين لاحقاً من البحث. ونص على مسؤولية الصغير المميز وغير المميز مدنيا اعتماداً على الانحراف عن سلوك الشخص المعتدل دون العنصر النفسي وهو الادراك أوالتمييز على اعتباره من الظروف الداخلية التي هي من كوامن النفس ولاعتبارات التيسير لا يعتد بها.(١١٥)

وبالمقارنة بين المسؤولية المدنية التقصيرية للصغير غير المميز التي قررها المشرع العراقي في المادة (١/١٩١) ومسؤولية البالغ المدنية التقصيرية استناداً للمادة (١/١٨٦) من القانون المدني العراقي يحق لنا أن نسجل أعجاب المشرع العراقي للطبيعة الخاصة لصغير السن وذهاب أو نقص ملكاته العقلية بالنص على مسؤوليته المدنية التقصيرية مطلقاً في المادة (١/١٩١) وعدم اشتراط التعمد أو التعدي (الركن المادي للخطأ) اللذين نص عليهما للبالغ العاقل الرشيد في المادة (١/١٨٦) وبالتالي يؤخذ على القانون العراقي تشديده من مسؤولية الصغير المدنية المميز وغير المميز بالمقارنة مع مسؤولية الفرد البالغ وتعتقد أن هذا الاتجاه يجب على المشرع العراقي الانتباه لمعالجته والنص على التعدي دون اشتراط التعمد.

ثانياً:- الضرر//

إن الضرر أهم أركان مسؤولية الصغير المدنية وجوهرها إذ لا مسؤولية بلا ضرر والتعويض يدور مع الضرر وجوداً وعدماً. وقال عنه أصل اللغة إن للضرر والضر معنى واحد وهو الأذى وضده النفع(١١٦) . وقد ورد الضرر بدلالات متعددة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة. (١١٧)

والضرر هو المساس بحق أو بمصلحة مشروعة لشخص مساساً يترتب عليه أن يكون مركزه أسوء مما كان عليه قبل لحوق الضرر به سواء أكان هذا الحق أو تلك المصلحة ذا علاقة بمقومات جسده أو عاطفته أو ماله أو حريته أو اعتباره الشخصي وغيرها(١١٨) أوالضرر في المسؤولية التقصيرية هو الضرر المباشر متوقعا كان أو غير متوقع)(١١٩). ويقع عبء اثباته على المضرور بكافة طرق الاثبات بما في ذلك البينة والقرائن لأنه واقعة مادية. والضرر قد يكون مادياً بسبب المضرور في جسمه أو ماله(١٢٠). وقد يكون ضرراً أدبياً بسبب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه كما مر سابقاً. وللضرر المادي مفهوم واسع يمتد الى كافة الأضرار التي تصيب المضرور وما يرتد منه على متعلقي المضرور تبعية لما أصابه وكذلك من يرتبط بالمضرور بروابط غير قانونية (١٢١). واشترط الفقه للضرر الذي يلزم المسؤول بالتعويض بأن

يكون الضرر محققاً وأن يصيب حقاً أو مصلحة مالية مشروعة. وقد ناقش الفقه في الشرط الأول فكرة الضرر الاحتمالي وكذلك الحرمان من الفرصة وبحث الروابط التي تربط المضرور بالآخرين من متعلقيه ومدى مشروعيتها في الشرط الثاني(١٢٢). وهذه الأفكار لا تختلف عنها الضرر الناتج عن فعل الصغير في شيء.

ولكن بالرجوع الى نص المادة (١/١٩٦) من القانون المدني العراقي نلاحظ أن المشرع العراقي قال بالإتلاف فهل هناك فرق بين الاتلاف والضرر؟ ولماذا استعمل المشرع العراقي مصطلح الاتلاف في هذه المادة!

إن الاتلاف في اللغة من مصدر أتلف وإتلاف الزرع إهلاكه. إفساده واتلاف المال صرفه من دون فائدة(١٢٣). وفي الاصطلاح يقصد بالإتلاف إخراج الشيء عن أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة وهو أما مباشرة أو تسبباً وهو من أسباب الضمان في الفقه الاسلامي(١٢٤). وقد عدت المرحوم الدكتور السنهوري عن الإتلاف وقال أن الإتلاف من الاحوال التي يغلب فيها الضمان عند الفقهاء(١٢٥) وأن الشخص الذي يصدر عنه الفعل الضار عندهم هو الضار أو محدث الضرر والفعل المنشئ للضرر يكون مادياً وغير مادي والمادي يكون إيجابيا كالإتلاف أو سلبيا كالامتناع عن القيام بعمل يطلب منه ويترتب على امتناعه هذا وقوع ضرر بالغير. وفي كل من الصورتين يكون ضامناً. والإتلاف يمكن أن يتعلق بالنفس والمال.(١٢٦)

والإتلاف قد يكون كلياً وقد يكون جزئياً وينصرف مدلول الإتلاف الكلي الى هلاك المال كلياً. أما الإتلاف الجزئي فيعني النقص في قيمة المال. والمسؤول يلزم بمثل المال أو قيمته في الهلاك الكلي ونقص القيمة في الهلاك الجزئي بشرط ألا يكون نقص المال فاحشاً فلصاحب المال أن يضمن المسؤول نقص القيمة كاملاً أو أن يشرك المال المتلف إتلافا جزئيا فاحشاً للمسؤول ويأخذ قيمته كاملة أو مثله.(١٢٧)

ولعل المشرع العراقي أراد من النص على مصطلح الإتلاف في المادة (١/١٩٦) من القانون المدني أن يشير الى الفعل الإيجابي الذي يمكن أن ينسب الى الصغير المميز أو غير المميز والزام جبره عن ماله لكونه ضامناً له. كما رغب في إظهار تأثره بالفقه الاسلامي واقتصار حكم المادة على الأفعال المنسوبة الى الصغير المميز وغير المميز التي تقع على المال وتؤدي الى هلاكه كلياً أو جزئياً دون التي تقع على النفس الذي تركها لحكم المادتين (٢٠٢ و٢٠٣) من القانون المدني والضرر الأدبي الذي جعله في المادة (٢٠٥) وما خلا ذلك من الأضرار الى النص العام في المادة (٢٠٤) منه التي نصت على أن (كل تعد يسبب الغير مأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض.(١٢٨)

وإتماماً للمقصود بالتفريق بين الإتلاف والضرر لنعيد قراءة ما مر سابقاً عن المقصود بالضرر والمقصود بالإتلاف. فالضرر مفهوم عام واسع يشمل كافة أنواع الأضرار التي تصيب المضرور وما يرتد منه (الضرر) على متعلقيه أو من يرتبط معه بروابط. بينما الإتلاف إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة (١٢٩). وبالتالي فالإتلاف مفهوم أخص مطلقاً يتعلق بالأعمال غير المشروعة التي تقع على المال دون غيرها فكل إتلاف ضرر ولكن ليس كل ضرر إتلاف.(١٣٠)

ثالثاً- العلاقة السببية:

إن الفقه عندما تعرض للعلاقة السببية بين الخطأ والضرر ذكر وجوب أن يكون الضرر ناشئاً عن الخطأ وأن يكون الخطأ المنسوب للمخطئ سبباً للضرر الذي لحق بالمضرور على النحو من التلازم الذي لو قُطعت هذه العلاقة لامتنع على المضرور مطالبته بالتعويض.(١٣١)

إن هذه العلاقة في مسؤولية الصغير المدنية تكون ركناً مستقلاً وبالتالي يمكن أن توجد علاقة سببية بدون خطأ بأن كان فعلاً أو عملاً غير مشروع لا يتوافر فيه ركنا الخطأ وربطت هذه العلاقة بينه وبين الضرر الذي أصاب الغير وجب التعويض من ماله.(١٣٢)

والعلاقة السببية تنقطع بالسبب الأجنبي. فإذا 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 المضرور كان غير ملزماً بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك. فإذا قطع السبب الأجنبي بأحد أمثلته السابقة العلاقة السببية لا يمكن أن تنهض تبعاً لذلك مسؤولية الصغير المدنية لأن الضرر الذي أصاب الغير ليس نتيجة لفعله بل للسبب الأجنبي.(١٣٣)

وكذا الحال تنتفي العلاقة السببية إذا كان الفعل الذي ينسب للصغير لم يكن السبب المباشر في إحداث الضرر. وبعبارة أخرى إذا كان الفعل الذي ينسب الى الصغير واحداً ولكن الأضرار التي أصابت الغير تعددت وتعاظمت وتطورت فيميز الفقه بين الضرر المباشر الناتج مباشرة عن فعل الصغير والذي يلتزم بتعويضه من ماله وبين الضرر غير المباشر والذي يوصف بعدم نشوئه مباشرة عن فعل الصغير ولا يلتزم بتعويضه من ماله.(١٣٤)

على أن الضرر يُعتبر مباشراً لفعل الصغير إذا كان نتيجة طبيعية لفعله (١٣٥) ويتبين ذلك في المادة (١/٢٠٧) من القانون المدني العراقي التي نصت على أن (١- تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع) ونعتقد أن المشرع العراقي كان عليه ألا يترك الباب مفتوحاً أمام التساؤل حول متى يُعتبر الضرر نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع؟ وهو ما أجاب عنه المشرع المصري بقوله (ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول)(١٣٦). ولا مانع يمنع من الأخذ بذلك في القانون العراقي

الفرع الثاني: شروط استحقاق التعويض المنفرد المتصلة بالراعي

إن المشرع العراقي نص على إلزام الأب أو الجد بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير في نص خاص وهو نص المادة (٢١٨) من القانون المدني ويقارن هذا النص ماجاء المشرع المصري الذي أورد نصاً عاماً يلزم كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة الى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع(١٣٧). فالمقارنة واضحة في وضوح النص القانوني العراقي بالإشارة الى مسؤولية الأب ثم الجد بينما النص القانوني المصري

وسع نطاق مسؤولية الأشخاص عمن هم تحت رعايتهم ورقابتهم ببيان مصادر الالتزام بالرقابة. فبين إن هذا الالتزام أما يجد مصدره في القانون أو يرجع مصدره الى الاتفاق. وبين على خلاف النص العراقي دواعي الرقابة (القصر والحالة العقلية والجسمية).

ومسؤولية الأب أو الجد في القانون العراقي هي مسؤولية غير أصلية استثناء على القاعدة العامة في مسؤولية الشخص عن أفعاله التي تسبب للغير ضررا ما. وبالتالي فالمسؤول عن أعمال الصغير هو الأب والجد على سبيل الحصر في المادة (٢١٨/١). والمسؤولية قائمة على الخطأ المفترض كما سبقتين. وتعلل هذه المسؤولية تعلل بالعلاقة الخاصة الاستثنائية بين الأب وأولاده الصغار أو بأنها تقرر على الراعي لخطئه وتقصيره في واجب الرقابة على أولاده الصغار مما أدى الى إصابة الغير بضرر كما يرى أغلب الفقه. (١٣٨)

واشترط الفقه لقيام المسؤولية عن عمل الغير وتحديدا مسؤولية الأب أو الجد عن الضرر الذي يحدثه الصغير شروطا خاصة وهي وجود شخص في رعاية أو تحت رقابة شخص آخر وصدور عمل غير مشروع من المشمول بالرعاية أو الرقابة. وبالعودة الى نص المادة (٢١٨) من القانون المدني العراقي نرى أن الفقرة الثانية منها نصت على استطاعة الأب أو الجد التخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لابد واقعا حتى لو قام بهذا الواجب. وناقش هذين الشرطين بمعزل عن اتجاه الفقه بصدور عمل غير مشروع من الصغير تحت الرعاية أو الرقابة لسبق معالجة ذلك في الأركان المتعلقة بالصغير.

أولا:- وجود الصغير في رعاية أو تحت رقابة شخص آخر//

لابد أن يوجد صغير في رعاية أو تحت رقابة شخص آخر هو الأب أو الجد ويصدر من ذلك الصغير فعلاً يخلق أو يلحق ضررا بالغير وترتفع مسؤولية الراعي عن أفعال الصغير بإتمام الصغير لسن الثامنة عشرة أي بلوغ سن الرشد (١٣٩). ولا يشترط القانون المدني العراقي المساكنة أي اتحاد المسكن بين الراعي وبين من هو تحت رعايته لتحقق مسؤولية الراعي (الأب أو الجد) فسلطة الرقابة تكفي بحد ذاتها لتحقق المسؤولية عن الأفعال الضارة الصادرة من الصغير. وجديرا بالذكر أن مسؤولية الراعي في القانون المدني العراقي مسؤولية على الصغير فقط على سبيل الحصر دون أن تمتد الى حالة من تحت رعايته لحالته العقلية أو الجسمية. يضاف الى ذلك تحددها بحالة الرعاية الواجبة قانونا دون الرعاية التي تتقرر بموجب الاتفاق لأن المشرع العراقي جعل المباشر المسؤولية عن فعله الضار أيا كانت مداركه.(١٤٠)

ثانيا:- دفع مسؤولية الراعي عن الصغير//

قلنا فيما سبق أن أساس مسؤولية متولي الرقابة (الراعي) هو الخطأ في جانبه إذ يفترض القانون أن الراعي قد أهمل في رقابة الشخص الذي يجب عليه رعايته ورقابته وهو افتراض قابل لإثبات العكس. فإذا ارتكب الصغير عملا غير مشروع ألحق بالغير ضررا افترض القانون أن الراعي (الأب أو الجد) قد أهمل في رقابته وأن هذا الاهمال قد أدى الى وقوع ذلك العمل غير المشروع وهو ما يعني افتراض الخطأ في جانب المتولي للرقابة أو

الرعاية من قبل القانون. والخطأ المفترض يعني اعفاء المضرور من إثباته ومن عبء اثبات علاقة السببية بينه وبين الضرر(١٤١) وبعبارة أخرى أن القانون افترض أن متولي الرقابة (الراعي) قد أخل في رقابته على الصغير أي أن هناك خطأ في الملاحظة أو الرقابة والخطأ المفترض في جانب المكلف بالرقابة يتمثل في الاخلال بالرقابة أي أنه لم يبذل من العناية اللازمة للرقابة على الصغير ويفترض القانون أن هذا الاهمال بالرقابة هو الذي أدى الى وقوع الضرر بفعل الصغير.

وإذا كانت القواعد العامة تقتضي بأن على المضرور أن يثبت الخطأ في جانب المسؤول فأن مسؤولية متولي الرقابة أو الرعاية تعفي المضرور من هذا العبء على أساس افتراض الخطأ ذاك . ويكفي لتحقيق ذلك أن يثبت المضرور أن الخاضع للرقابة كان في رقابة ورعاية الشخص متولي الرقابة ، وبالتالي يمكن للمضرور المطالبة بالتعويض. ولكن لمتولي الرقابة أو الرعاية أن يدفع أو ينفي هذه المسؤولية عنه أما بنفي الخطأ في جانبه أو أن يثبت أن الخطأ كان سيقع لا محالة حتى لو قام بواجب رعاية صغيره. (١٤٢) ومن ذلك يمكن القول بنفي المسؤولية عن الأب أو الجد في القانون العراقي عمن هم تحت رعايته من الصغار بنفي العلاقة السببية، بإثبات أن الضرر الذي أصاب الغير لا علاقة له بالخطأ المفترض في جانبه. حيث أن وقوع هذا الضرر بالنسبة لمتولي الرعاية كان بسبب أجنبي كالقوة القاهرة أو فعل الغير أو فعل المضرور نفسه أو أن يثبت متولي الرعاية أو الرقابة أن الضرر كان لابد واقعاً حتى ولو قام بواجب الرقابة بما ينبغي من حرص وعناية كأن يثبت أن العمل غير المشروع قد وقع فجأة بحيث لم يكن هناك من سبيل لمنعه.(١٤٣)

ونخلص الى القول أن أركان تحقق الالتزام بالتعويض المنفرد من مال الصغير هي:-

- الخطأ مع مراعاة كونه مميزاً أو غير مميز.
- الضرر الذي أصاب المضرور.
- العلاقة السببية ، بأن الضرر الذي أصاب المضرور جاء نتيجة لخطأ الصغير المميز أو الفعل المنسوب الى الصغير المميز.
- عدم نهوض مسؤولية الراعي (الأب أو الجد) عن الصغير ، مع التأكيد أن عدم نهوض مسؤولية الراعي أعلاه هو شرط وليس ركن في تقرير مسؤولية الصغير بالتعويض المنفرد من ماله غايته يلزم من وجوده الوجود ولا يلزم من انعدامه العدم. فحتى لو لم يفلح الراعي في دفع مسؤوليته عمن هم تحت رعايته تبقى مسؤولية الصغير المدنية هي الأصلية وما التزام الراعي بالضمان إلا على سبيل الاستثناء والاحتياط بما يعطي للمضرور أكثر من طريق واحد للمطالبة بتعويضه وجبر أضراره كما سنحاول اثباته من خلال البحث في أحكام التعويض المنفرد من مال الصغير.

المطلب الثاني: أحكام التعويض المنفرد من مال الصغير

إن احكام القانون العراقي في التعويض المنفرد من مال الصغير اختلفت عن القانون المصري اختلافاً بيناً فالمشرع العراقي جعل التعويض من مال الصغير المميز في حالة ثبوت دفع المسؤولية عن الراعي وتحديد مطالبة المضرور بالتعويض من مال الصغير

المميز وحده فهو الذي أضر بالمضرور بعمله غير المشروع ولايمكن مطالبة الولي او الوصي او القيم بالتعويض عند تعذر الحصول عليه من مال الصغير المميز استناداً للفقرة الثانية من المادة (١٩١) لكونها نصت على حصر جواز ذلك في حالة الصغير غير المميز والمجنون . اما في حالة عدم دفع (نفي) مسؤولية الراعي فبالرغم من تعلق الالتزام بالتعويض من مال الصغير وحده لانه الذي أضر بالمضرور بعمله غير المشروع الا ان الراعي ملزم بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير استناداً للفقرة الاولى من المادة (٢١٨) من القانون المدني على خلاف المادة (١/١٦٤) من القانون المدني المصري التي نصت على مسائلة الصغير المميز عن أعماله غير المشروعة التي أضرت بالآخرين دون الصغير غير المميز والذي امكن في الفقرة الثانية من المادة (١٦٤) الزامه بتعويض عادل في حالة تعذر الحصول على التعويض من المسؤول (الراعي) بموجب حكم المادة (١/١٧٣) أو اذا لم يكن هناك مسؤول عنه.(١٤٤)

وتأسيساً على ذلك للمضرور ضمن احكام القانون العراقي الذي أتلف ماله فعل الصغير المميز أو غير المميز مطالبة الصغير المميز أو غير المميز بالتعويض المنفرد على أساس خطأ ثابت يستبعد منه عنصر التمييز (في حالة ثبوت دفع المسؤولية عن الراعي) وفي رجوعه هذا وقبضه للتعويض المنفرد من مال المُتلف استيفاء لكامل حقه في الحصول على كامل التعويض ولا يُغل للصغير تبعاً لذلك بالرجوع على الراعي بما دفع لأن الخطأ الذي أوجب المسؤولية هو خطأه لا خطأ من يرعاه. ويُغل لنا التساؤل هل من العدالة أن نطابق في الحكم بين حالة رجوع المضرور على الصغير المميز وبين حالة كونه غير مميز؟ أي بعبارة أخرى هل أن الحكم واحد للصغير المميز أو غير المميز؟وللإجابة على هذا التساؤل يتوجب التفريق في البحث لكل منهما على حدة وكما يلي..

الفرع الأول: إذا كان فعل الإتلاف منسوباً الى صغير غير المميز

إن الفقه تحدث بشيء من العناية عن حالة إذا كان فعل الإتلاف منسوبا الى صغير غير مميز وربطها الى حد ما بأحكام مسؤولية الراعي عمن هم تحت رعايته باعتبار مسؤولية الصغير هنا مسؤولية أصلية . فإذا كان الصغير ناقص أو عديم التمييز وقت وقوع فعل الإتلاف ولم يستطع الراعي دفع مسؤوليته عن الصغير على النحو المتقدم فأن مسؤولية الراعي تنهض الى جانب مسؤولية الصغير عديم التمييز وقد قيل عنها بالمسؤولية الشخصية الذاتية وأساسها الخطأ المفترض كما مر ذكره وليست من قبيل المسؤولية التبعية بمعزل عن مسؤولية الصغير التي هي (المسؤولية مادية أو موضوعية يتحقق فيها معنى فعل التبعة عند تعذر رجوع المضرور بالتعويض على الراعي وهو المسؤول مدنيا عن أعمال صغيره غير المميز).(١٤٥)

أما إذا استطاع الراعي دفع مسؤوليته مدنياً عن الصغير طبقاً للقواعد العامة بإثبات السبب الأجنبي أو بقيامه بواجب الرعاية والرقابة كون الخطأ المفترض في جانبه قابل لإثبات العكس أو نفي علاقة السببية بين الخطأ المفترض والضرر الذي لحق المضرور بإثبات أن الضرر كان واقعا لا محالة . لا يبقى إلا مسؤولية الصغير المدنية الأصلية عن

أعماله التي سببت الضرر بالغير وبالتالي لا رجوع للمضرور إلا على الصغير غير المميز بالتعويض. (١٤٦)

وعلى ذلك يقول جانب من الفقه المصري بترتيب الأحكام. فإذا تحقق حصول الضرر على التعويض من الراعي في فرض مسؤوليته مدنياً عن الصغير فلا يحق له الرجوع على الصغير غير المميز بما دفع الى المضرور استناداً الى المادة (١٧٥) من القانون المدني لأنهم يرون اجانب كبير من الفقه المصري أن الصغير غير المميز غير مسؤول عما أحدثه من ضرر مادام في رعاية ورقابة الراعي ومن ثم لا يرى المضرور في رجوعه على الراعي من بديل إذ لا يمكنه مطالبة الصغير غير المميز بالتعويض إلا في الحالة التي يفلح فيها الراعي بنفي مسؤوليته . أما بنفي الخطأ في جانبه بإثبات القيام بواجب الرقابة أو نفي علاقة السببية بين الخطأ المفترض والضرر الذي لحق المضرور بإثبات أن الضرر كان واقعا لا محالة نتيجة القوة القاهرة او في حالة عدم وجود مسؤول عنه . او حالة تعذر الحصول على التعويض من المسؤول طبقاً لكل من المادتين (١٦٤) و(١٧٣) من القانون المدني المصري . ويضيف الفقه في حالة عدم دفع من يقع عليه واجب الرعاية او الرقابة لمسؤوليته يبقى التزامه بالتعويض قائماً اتجاه المضرور . (١٤٧)

ونعتقد بغير ذلك في نطاق القانون العراقي لأن المشرع العراقي نص على مسؤولية محدث الضرر بالتعويض بسبب رغبته لحفظ حق المضرور في الحصول على تعويض لجبر ضرره وهذا السبب يظهر في تحقق أركان مسؤولية الصغير غير المميز واستطاعة الراعي (الأب ثم الجد) دفع مسؤوليته بالرعاية عن صغيره فيكون رجوع المضرور على الصغير بالتعويض المنفرد عاجلاً ومستنداً في أساسه القانوني بالرجوع على المادة (١/١٩١) من القانون المدني وإذا تعذر حصوله على التعويض جاز للمحكمة الزام الولي او الوصي او القيم عليه بمبلغ التعويض على ان يكون لمن دفع التعويض من ماله الرجوع على مال الصغير بما دفعه حين يساره ومن ثم حصر التعويض منفرداً من مال الصغير اجلاً استناداً الى الفقرة الثانية من المادة (١٩١) من القانون المدني . اما اذا تحققت أركان مسؤولية الصغير غير المميز ولم يستطع الراعي (الأب ثم الجد) دفع مسؤوليته بالرعاية عن صغيره فيكون رجوع المضرور على الصغير بالتعويض المنفرد بشكل غير مباشر عن طريق الزام الراعي (الاب ثم الجد) بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير غير المميز استناداً للمادة (١/٢١٨) من القانون المدني ورجوع الراعي الضامن على الصغير بما ضمنه استناداً للمادة (٢٢٠) من القانون المدني.

الفرع الثاني: إذا كان فعل الإتلاف منسوباً الى صغير مميز

إن الصغير المميز الذي ينسب له فعل الإتلاف في القانون العراقي مسؤول مسؤولية مدنية تقصيرية عن فعله غير المشروع عن طريق الربط بين احكام كل من المادتين (١٩١) و(٢١٨) من القانون المدني . ففي حالة نفي مسؤولية الراعي المقررة في المادة (٢١٨) من القانون المدني تنهض مسؤوليته الشخصية وحده عن دفع التعويض للمضرور استناداً لنص المادة (١/١٩١) من القانون المدني . وعلى ذلك لا يحق للمضرور مطالبة الراعي (الأب ثم الجد) بالتعويض اذا لم يحصل على التعويض المنفرد من مال الصغير المسؤول

لاعساره . اما إذا لم يفلح الراعي في دفع مسؤوليته وطالبه المضرور بالتعويض استناداً الى المادة (١/٢١٨) من القانون المدني واستوفى التعويض منه جاز للراعي الرجوع بما أداه على الصغير المميز لأنه قام بتعويض ضرر تسبب به الصغير المميز بخطئه الشخصي استناداً للمادة (٢٢٠) من القانون المدني التي نصت على أن المسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه(١٤٨). ويترتب على مسؤولية الراعي المبنية على أساس الخطأ المفترض في جانبه عدم جواز تمسك غير من قررت لمصلحته بها فيكون للمضرور وحده الحق في التمسك بها دون غيره . وينبني على ذلك عدم جواز قيام الصغير المميز بدفع رجوع الراعي عليه بحجة ان الراعي أدى ما ترتب عليه شخصياً من تعويض وكذلك لايحق للصغير المميز المطالبة بتوزيع دفع التعويض بينه وبين الراعي نزولاً لاعتبارات توزيع المسؤولية فالخطأ المفترض للراعي لا يشبه مسؤوليته الشخصية بل مسؤوليته عن الغير (الصغير) بدفع التعويض فقط استناداً للمادة (٢١٨) من القانون المدني.

وتجدر الاشارة الى الحكم في حالة مطالبة المضرور للصغير المميز بالتعويض المنفرد من ماله بإثبات الراعي نفي مسؤوليته بالرعاية عن الصغير المميز وظهر الأخير معسراً فلا مناص كما نعتقد من الانتظار لحين يسار الصغير المميز لأن المادة (٢/١٩٦) من القانون المدني ألزمت الولي او الوصي او القيم بالتعويض عن الصغير غير المميز في حالة عدم الحصول على التعويض دون الصغير المميز وهو نص مفسود أراد منه المشرع العراقي الأحكام السابقة (١٤٩) . ذلك أن المشرع العراقي تأثر بالاتجاه جانب كبير من الحنفية والمالكية من المذاهب الاسلامية بانتهاء الصغر ببلوغ الصغير سن الرشد التي هي ثماني عشرة سنة في القانون العراقي. (١٥٠)

وخلاصة القول من الاحكام السابقة ان فروض التعويض المنفرد من مال الصغير تنصرف الى الحالات الاتية:-

١- التعويض المنفرد من مال الصغير بشكل مباشر. في حالة الاتلاف بفعل الصغير ايجزاً كان ام غير مميزا ويفلح الراعي في دفع مسؤوليته . فيكون للمضرور أن يرجع على الصغير غير المميز مباشرة ويستوفي منه التعويض وليس على الراعي المسؤول عنه ولا يحق للصغير بعد دفع التعويض الرجوع على الراعي بما أداه من تعويض للمضرور لأن الصغير يسأل عن أعماله غير المشروعة استناداً للمادة (١/١٩١) من القانون المدني. واذا لم يحصل على التعويض لاعسار الصغير فنفرق في الحكم بين الصغير غير المميز فيلزم وليه او الوصي او القيم عليه بدفع التعويض والرجوع عليه بماقدمه حين يساره استناداً للمادة (٢/١٩١) من القانون المدني وهي حالة تدخل ضمن فروض التعويض المنفرد من مال الصغير بشكل غير مباشر . اما اذا كان الصغير مميزاً معسراً فلا مناص كما نعتقد من الانتظار لحين يسار الصغير المميز لأن المادة (٢/١٩٦) من القانون المدني ألزمت الولي او الوصي او القيم بالتعويض عن الصغير غير المميز فقط في حالة عدم الحصول على التعويض دون الصغير المميز.

٢- التعويض المنفرد من مال الصغير بشكل غير مباشر في حالة الاتلاف بفعل الصغير (مميزاً كان أم غير مميز) والايفلح الراعي في دفع مسؤوليته . فيكون للمضرور أن يطالب الراعي مباشرة ويستوفي منه التعويض استناداً للمادة (١/٢١٨) من القانون المدني بغض النظر عن تمييز الصغير او عدم تمييزه وليس للمضرور ان يطالب الصغير مباشرة وللراعي الذي دفع التعويض الرجوع على الصغير بما دفعه استناداً للمادة (٢٢٠) من القانون المدني. (١٥١)

ان القول بالحالات السابقة مأتاه من اعتقادنا بوجوب التفريق بين الإلزام بدفع التعويض وبين تعلق التعويض في الذمة المالية للشخص فالصغير مميزا كان أو غير مميز عندما يتلف مال الغير يتعلق في ذمته المالية حق المضرور في التعويض ولكن في الأعم الأغلب من الحالات أن الذمة المالية للصغير تتصف بالإعسار ومن باب رعاية المضرور ووجوب جبر ضرره يتم اللجوء في القوانين الوضعية الى نصوص التقرير مسؤولية راعي الصغير بدفع التعويض ومنها نص المادة (٢/١٩١) والمادة (١/٢١٨) والمادة (٢٢٠) من القانون المدني العراقي(١٥٢). واتجاه المشرع العراقي في المادة (١/١٩١) من القانون المدني منتقد لوجود المبدأ العام في المسؤولية المدنية التقصيرية في المادة (٢٠٤) من القانون المدني والحكم الخاص للصغير في المادة (٢١٨) من القانون المدني . كما أن إطلاق نص المادة (٢٠٤) ينصرف الى كل غايات نص المادة (١/١٩١) من القانون المدني . كما ينتقد المشرع العراقي من خلال نصه على الزام الولي أو القيم أو الوصي بالتعويض في المادة (٢/١٩١) من القانون المدني وعاد ليقيد الولاية بالاب ثم الجد في المادة (٢١٨) منه ومن باب تعلقهما بمسؤولية الصغير المدنية نقترح على المشرع العراقي الغاء الفقرة الاولى من المادة (١٩١) وتوحيد احكام الفقرة الثانية من المادة (١٩١) مع الفقرة الاولى من المادة (٢١٨) من القانون المدني (١٥٣) . وليس في ذلك إنتقاصا للحماية القانونية التي قصدها المشرع للمضرور لان التوحيد لا يعني إلغاء أحدهما بالكامل والاكتفاء بالأخرى لاختلاف الحكم كما ظهر لنا ولكن لغايات علاقتهما بمسؤولية الصغير المدنية التقصيرية . ولا يصح الأخذ في ذلك بموقف القانون المدني المصري لأن الأخير يخالف القانون العراقي في جعله لمسؤولية الصغير مسؤولية مخففة تجاه الأب وغير مسؤول أصلاً عما يحدثه من ضرر بالآخرين تنبجة لفعله غير المشروع (١/١٧٣) من القانون المدني المصري حتى كان غير مميز بدليل أن المادة (١٦٤) منه نصت على مسؤولية الصغير المميز دون غير المميز بينما يذهب القانون العراقي الى حق المضرور في مطالبة الصغير بالتعويض بغض النظر عن كونه مميزا أو غير مميز على أساس خطأ ثابت يستبعد منه عنصر التمييز إذا أفلح الراعي في دفع مسؤوليته وحصل المضرور على التعويض المنفرد من مال الصغير لا يحق للأخير الرجوع على الأب أو الجد بما دفعه لأنه وكما قلنا سابقا هو المخطئ الذي أوجب المسؤولية بخطئه لا خطأ المسؤول عن رعايته وإذا تعذر حصول المضرور على التعويض من مال الصغير جاز للمحكمة أن تلزم الولي (الأب أو الجد) أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر.

المطلب الثالث: التعويض المنفرد من مال الصغير في الفقه الاسلامي

إن الفقه الاسلامي بمذاهبه المتعددة غدت في نطاق المسؤولية المدنية عن التصرفات الفعلية بوصفها تمثل الاعتداء على حقوق الغير. وهذا الاعتداء أما أن يقع على النفس ويصطلح عليه بالجناية أو بصيب المال فيقال عنه بالغصب أو الاتلاف بحسب الظروف وأجمع أن حكم ترتب مسؤولية الفاعل المدنية التزامه بالضمان ومن ذلك يمكن صياغة قاعدة الضمان في الفقه الاسلامي بأن كل عمل ضار يوجب الضمان على فاعله والسند الشرعي لهذه القاعدة قول الرسول الكريم محمد بن عبد الله صلى الله عليه وآله (لا ضرر ولا ضرار) فهذا الحديث النبوي الشريف ينهى عن إحداث الضرر بالغير وتطبيقاته كثيرة في الفقه الاسلامي ومن ثم كل من أحدث الضرر لغيره لزمه الضمان مع الأخذ بعين الاعتبار الشروط الفقهية(١٥٤) . وقد انعكست هذه القاعدة في القانون المدني العراقي بفوله في المادة (١/٢١٦) (لا ضرر ولا ضرار. والضرر لا يزال بمثله وليس للمظلوم أن يظلم بما ظُلم) وبين بعض تطبيقاته في الفقرة الثانية من نفس المادة. (١٥٥)

وقال الفقه الاسلامي عن الإتلاف بأنه إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة(١٥٦) ويكون أما مباشرة أو تسبيبا(١٥٧). والإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشر وبين التلف فعل آخر. بغير الاتلاف تسبباً الذي يتوسط بين الفعل والتلف أمر آخر يؤدي اليه وبالتالي يكون الأمر الأخر هو السبب في حدوث التلف وعلى هذا التفريق رتب الفقه الاسلامي أحكاما المسؤولية فقرر أن المباشر ضامن وإن لم يتعمد أو يتعد وأن المتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمداً أو متعمداً أو متعدياً(١٥٨).

إن الفقه الاسلامي لا يأخذ بفكرة الخطأ في التصرف الفعلي فمتى ما كان الصغير مباشرا متعدياً أو غير متعد وسواء أكان مميزاً أو غير مميز فعليه الضمان ومسؤولا عن دفع التعويض من ماله لكون المباشر ملزماً بالضمان ولو لم يكن متعمداً أو متعدياً ومن ذلك إلزام المولود بالضمان في القرض الذي يسقط حين ولادته على شيء فأتلفه وتعويض الشيء الذي تلف من ماله وحده أما الصغير إذا تسبب بوقوع الضرر بالغير فلا يلزم بالضمان إلا إذا كان متعمداً أو متعدياً والمال أن ذلك يصدق بالنسبة للصغير المميز ومن في حكمه ولا يصدق بالنسبة للصغير غير المميز ومن في حكمه لعدم إدراكه وتمييزه وبالتالي إذا لم يكن الصغير المميز متعمداً أو متعدياً فلا ضمان عليه للمضرور. (١٥٩)

ويرى الفقه الاسلامي أن المباشر والمتسبب إذا اجتمعا ألزم المباشر بالضمان دون المتسبب وفي حالة اجتماع مباشرين أو متسببين ألزم كل منهما بنصيبه من الضمان من غير تكافل بينهما(١٦٠)

ويثبت فقهاء المذاهب الاسلامية فيما سبق بيانه الى أن الأضرار التي تنسب الى الصغير ولو كان غير مميز تلزمه بالضمان في ماله وحده ومن ثم لا مسؤولية على الراعي (من يتولى الرعاية أو الرقابة) تطبيقاً لفكرة فعل التبعة وإذا كان الصغير معسراً فبجب الانتظار الى أن يصبح له أموال وليس للمضرور الرجوع بالضمان على الراعي

ولو دفع الراعي التعويض فيمكنه الرجوع به على الصغير في يساره وغناء ذمته المالية ولو بعد حين ويقول بعض الفقه الاسلامي بأن أداء الراعي للضمان وهو قد أثبت عدم خطئه بنوع لوقوع ضمان أفعال الصغير على الراعي باعتبار الصغير دابة من الدواب يجب حفظه ومراقبته (١٦١).

وتوضيحاً للأمر نقول أن جمهور الفقه الاسلامي يذهب الى مسؤولية الصغير الشخصية عن الأضرار التي يسببها للغير بعيداً عن البحث في الخطأ ومدى إثباته بالنسبة اليه ويكون ملزماً بالضمان تبعاً لذلك من ماله الخاص وإذا كان معسراً وليس له أموال فنظرة الى ميسرة ولا يربط ذلك بمسؤولية الراعي بأي وجه من الوجوه . ويختلف اتجاه وحيد من الفقه الاسلامي ويرى بربط مسؤولية الصغير في الضمان بمسؤولية الراعي الذي يلتزم بحفظه والراعي عندهم الأب أو الولي إن لم يكن الأب . وحكم الطفل حكم الدابة في واجب الحفظ والرعاية . والراعي يكون ملزماً بالتعويض إن قصر بواجبه هذا . (١٦٢)

وهنا نتساءل هل يحق للراعي في الرجوع على مال الصغير بالضمان الذي أداه وهو غير مسؤول بأدائه (فضولي)؟

لقد اختلف فقهاء المذاهب الاسلامية في ذلك اختلافاً يمكن رده الى اتجاهين وكما يأتي:/

الاتجاه الأول:/ ويرى أنصاره عدم إمكانية رجوع الفضولي على الصغير بما دفعه ومن ذلك عدم إمكانية رجوع الراعي على الصغير بما أداه من ضمان للمضرور.(١٦٣)

الاتجاه الثاني:/ ويذهب أنصاره الى أنه متى ما كان المتدخل غير متبرع بقصده بالقيام بأداء الضمان فيحق له مطالبة الصغير بما أداه وعدم إمكانية رجوعه على الصغير بما أداه إذا كان قاصداً بعمله التبرع وعاقداً النية على ذلك(١٦٤) وهو الاتجاه الراجح.

ونخلص الى القول الى أن جانباً كبيراً من الفقه الاسلامي يذهب الى تحميل الصغير لتبعة ضمان الأضرار التي تنسب اليه بعيداً عن اشتراط الخطأ التقصيري لقيام التزامه بالضمان وبالتالي تعلق مسؤولية أداء الضمان من ماله وحده ولا يحق للغير (المضرور) الرجوع على الراعي إذا كان غير ملزماً بالضمان . في حين يرى أحد المذاهب ارتباط ذلك مسؤولية الراعي . والراعي إذا كان غير مخطئ في التزامه بواجب الحفظ والرعاية للصغير وقام بأداء الضمان يحق له على الاتجاه الراجح الرجوع عليه بما أداه من ضمان فإذا كان الصغير معسراً فنظرة الى ميسرة.

ولأن الفقه الاسلامي عند المركز القانوني للراعي على وجه الدقة وبين أنه غير مسؤول من حيث الأصل عن ضمان الأضرار الناجمة عن صغيره ومن في حكمه وما قيامه بأداء الضمان إلا على سبيل التفضل والرحمة والرعاية بصغيره وجبر أضرار الغير لنسبتها اليه (الصغير) فيستوي في ذلك أن يكون مميزاً أم غير مميز وقد تبنه فقهاء المذاهب الاسلامية الى عدم أحقية العلاقة السببية لتقرير الضمان بالمقارنة مع أحقيتها على الصعيد القانوني إذ تقتضي ضرراً حدث نتيجة خطأ ومن ثم إلزام الفاعل بالتعويض وعلاقتها ببناء الفقه الاسلامي للضمان على الضرر وعدم اشتراط الخطأ ويقول هذا الفقه بعدم الحاجة اليها. (١٦٥)

ونعتقد أنهم اكتفوا بالمباشرة والتسبب فحيثما وجدت المباشرة أو التسبب تحققت العلاقة المتصلة بين الضرر وبين الفعل المنتج المسبب للضرر ونهوض المسؤولية بالنسبة للمباشر إلا أنه أناط الضمان بالمتسبب إذا وجد دون المباشر ولا يضمن إلا بتعمد أو تعد.

المبحث الثاني: التعويض المشترك عن مال الصغير

استكمالاً للبحث في تحقيق هدف المسؤولية المدنية بحماية المتضرر من خطأ الصغير المميز أو من الضرر الذي يلحق به لفعل الصغير غير المميز نبحث في هذا المقام إذا ما اشترك مع الصغير المسؤول عن رعايته أو رقابته وأدى ذلك الى إحداث الضرر بالمضرور. إذ من العدالة توزيع المسؤولية ومن ثم التعويض بينهما استناداً الى المسؤولية المشتركة والتي تتوخى من خلالها تحقيق متطلبات العدالة المنشودة أعلاه. يضاف الى ذلك أن القول بقيام مسؤولية الصغير وحده عن خطأ اشترك فيه المسؤول عن رعايته أمر يخالف العدالة ويقوض بناءها. وإذا ما توافرت علاقة السببية بين خطأ الصغير بحسب الأحوال. وخطأ المسؤول عن رعايته والضرر الذي أصاب الغير تم توزيع المسؤولية بينهما تبعاً لذلك عن طريق إثبات أن الضرر الذي أصاب المضرور كان نتيجة لخطأ كل منهما لنتيجة منطقية تقول أنه لولا خطأ كل منهما لما لحق المضرور ضرر ويجب أن نقول أن كل الكتب القانونية والبحوث ذات العلاقة بمسؤولية الصغير أو مسؤولية الراعي عمن هم تحت رعايته لم تبحث مسألة التعويض المشترك بين مال الصغير ومال المسؤول عنه على وجه التحديد وبشكل مستقل. إلا أن هذا النتاج الفكري القانوني أسهم بشكل كبير في الكشف عن هذه المسألة وتحديد نطاقها. ومن أجل تحقيق المقصود نقسم البحث في هذا المبحث على مطالب ثلاثة نتعرض في الأول الى أركان التعويض المشترك من مال الصغير. ونتلمس في الثاني أحكام التعويض المشترك من الصغير مميزين في المطلب الثالث الى التعويض المشترك في الفقه الاسلامي.

المطلب الأول: أركان التعويض المشترك من مال الصغير

إن الحكم بالتعويض المشترك بين مال الصغير ومال المسؤول عن رعايته يستلزم، استناداً للقواعد العامة للمسؤولية المدنية التقصيرية، قيام مسؤوليتهما المشتركة عن تعويض الفعل الضار الذي لحق بالغير. وطبعاً يستلزم ذلك اجتماع أركان المسؤولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة سببية. ولكننا نعتقد أن الأولى بالبحث في هذا المقام الشروط الإضافية اللازم تحققها لقيام المسؤولية محل البحث في هذا المبحث وليس الأركان العامة للمسؤولية لسبق بحث هذه الأركان سواء ما اتصل منها بالصغير أو ما تعلق منها بالمسؤول عن رعايته وعليه بذلك الى المطلب الأول من المبحث الأول من هذا البحث. ونعتقد أن هذه الشروط الإضافية هي اشتراك الراعي والصغير في الأفعال التي أصابت الغير بضرر. وثبوت وجود أكثر من خطأ. ان يكون الضرر الذي أصاب الغير نتيجة لخطأ الراعي وفعل الصغير. ونخصص لكل منها فرعاً مستقلاً

الفرع الأول: اشتراك الراعي والصغير في الأفعال التي أصابت الغير بضرر

سبق القول أن الخطأ التقصيري هو الفعل المخالف لالتزام عام. والخطأ المقصود بالبحث هو الخطأ الذي ينسب الى الصغير والمسؤول عن رعايته أو رقابته وبالتالي المسؤولية بالتعويض من مالهما تبعاً لذلك. وهذه المسؤولية تقام على أساس تعدد المساهمين في الخطأ الذي لا يتعدى كونه إخلالا مشتركاً بينهما متصفاً بعدم توفر قصد الإضرار(١٦٦)، أي أنه يمثل انحرافا غير متعمد في أفعال الصغير والمسؤول عن رعايته أو رقابته ، وإن كان ذلك يشابه الخطأ المشترك إلا أنه يختلف عنه بأن الخطأ المشترك غالباً ما يناقشه العقد على أنه الخطأ الذي يشترك فيه كل من المسؤول والمضرور (١٦٧). ولكننا سنستفيد من الخطأ المشترك الشيء الكثير في البناء القانوني للتعويض المشترك من مال الصغير ومال المسؤول عن رعايته لان فرضية البحث في هذا المبحث لا تستند الى قيام مسؤولية الراعي عمن هم تحت رعايته طبقاً للمادة (٢١٨) من القانون المدني العراقي ، بل الى اثبات خطأ في جانب الراعي يتعهض مسؤوليته المدنية التقصيرية الأصلية عن الاتلاف استناداً للمواد (١٨٦-١٩٠) او الغصب استناداً للمواد (١٩٢- ٢٠١) او الاعمال غير المشروعة الواقعة على النفس استناداً للمواد (٢٠٢- ٢٠٣) من القانون المدني وحسب نوع الضرر او استناداً للمادة (٢٠٤) من القانون المدني باي ضرر اخر غير ماذكر في المواد السابقة(١٦٨) . الى جانب مسؤولية الصغير لاحداثه ضرراً بالغير استناداً للمادة (١/١٩١) من القانون المدني وأن يشترك خطأ كل منهما في إحداث أو تحقق الضرر.

ونشترط هنا لقيام المسؤولية تعدد المساهمين بأن يكون هناك أكثر من شخص واحد ينسب اليهما أو اليهم مسؤولية تحقق الضرر(١٦٩)، فاذا كان المسؤول عن رعاية الصغير قد قام بخطأ من شأن ذلك أن يخفف مسؤولية الصغير الى الحد الذي اشتركت معه وحسب الأحوال فأنه يتحمل التعويض بالاشتراك مع الصغير تبعاً لذلك.

الفرع الثاني: ثبوت خطأ المسؤول عن رعاية الصغير إضافة الى خطأ الصغير

إن تعويض المضرور المشترك من مال الصغير ومال المسؤول عن رعايته يستلزم ثبوت وجود خطأ ينسب الى الصغير وخطأ ينسب الى المسؤول عن رعايته اشتركا معاً في إحداث الضرر(١٧٠)، على النحو الذي يكون كل خطأ من هذين الخطأين سبباً في وقوع الضرر كذلك وجوب أن يشترك كل من المعلمين المنسوبين الى الصغير والمسؤول عن رعايته أو رقابته بالتكييف القانوني باعتبار أي من المعلمين خطأ تقصيريا أي انحراف عن السلوك العام بما يشكل إخلالا بالواجب العام(١٧١) . مع التأكيد على عدم اشتراط التعمد في جانب الصغير لما أوردناه سابقا حول نسبة الخطأ الى الصغير . وطبقا للقواعد العامة فأن معيار خطأ الصغير وخطأ المسؤول عن رعايته معيار موضوعي أي المعيار المستقل عن حالة الصغير أو المسؤول عن رعايته. وبعبارة أخرى معيار يعتمد على الشخص المعتاد من عامة الناس(١٧٢).

والفقه (١٧٣) تحدث عن التزامن ومدى تأثير أن تكون الأفعال المكونة للخطأ الذي يشترك فيه كل من الصغير والمسؤول عن رعايته أو رقابته متزامنة أو تسبق أحدهما الأخر . فالتزامن بين أفعال الصغير التي أصابت الغير بالضرر وخطأ المسؤول عن رعايته

أو رقابته قد يكون منصوراً وكذلك بأن يسبق فعل أحدهما لفعل الآخر بأن تكون أمام سبق خطأ المسؤول عن الرعاية أو الرقابة الخطأ التقصيري الواجب الإثبات الفعل الصغير والمؤدي الى تحقق الضرر. فاشتراك الراعي مع الصغير برمي الحجارة على احد الاشجار المثمرة وسقط احد الاحجار بفعل الصغير على سيارة جاره المتوقفة أمام منزل جاره فأدى ذلك الى كسر زجاج النافذة الأمامية للسيارة يمثل لحالة التزامن بين خطأ الراعي وفعل الصغير. وحالة قيام الراعي بحفر حفرة بالطريق ومن ثم قام الصغير باكمالها وأدت الى إصابة الغير بضرر وحتى سقوطه من يد الراعي على خفة أثربة وأدى ذلك الى تهشمها كلياً يمثل لفرض سبق خطأ الراعي لفعل الصغير. أو أن يكون لاحقا له. وأمثلته كثيرة في حياتنا اليومية.

ويشترط الفقه ، في خطأ الصغير وخطأ الراعي إضافة الى تكييفهما المبني على كونهما إخلالاً بالتزام سابق يفرضه القانون أعدم الإضرار بالآخرين أن يكون هذا الالتزام السابق ببذل عناية لا تحقيق نتيجة (١٧٤).

الفرع الثالث: ان يكون الضرر الذي أصاب الغير نتيجة لخطأ الراعي وفعل الصغير

إن اشتراك الراعي والصغير في دفع التعويض للمضرور نتج عن توزيع المسؤولية عن الأفعال التي أصابت الغير بضرر في الحالة التي يشترك كل من فعليهما بالتكييف القانوني للخطأ وانتاجه الضرر الملتزمين بتعويضه . إذ لولا فعليهما (خطأيهما) لما لحق الغير ضرر وما كان هناك ضرورة للحكم بالتزامهما بالتعويض على وجه الاشتراك (١٧٥) . وخلاصة هذه الأفكار العامة نشترط لتمام قيام المسؤولية المشتركة للراعي والصغير ثبوت تحقق العلاقة السببية بين خطأ الصغير وخطأ الراعي أو المراقب من جهة والضرر الذي أصاب المضرور من جهة أخرى بما يحقق ترتيب وقوع الضرر على الخطأ كما تنص على ذلك القواعد العامة في المسؤولية المدنية من باب تلازم السبب والنتيجة. فالخطأ المنسوب والثابت تسببه مشتركا الى الصغير والراعي هو سبب حصول الضرر. وبمعنى آخر أن الضرر الذي لحق المضرور كان نتيجة لخطأ الراعي والصغير المشترك. ويضيف الفقه أن المسؤولية لا تنهض هنا على النحو المتقدم إذا تحقق استغراق أحد الخطأين للآخر لقيام مسؤولية أحدهما دون الآخر (١٧٦) وهو ما يخرج من نطاق البحث هنا فالذي يهمنا في المقام الماثل تعدد أسباب الضرر دون أن يستغرق أحدهما للآخر وتوفر العلاقة السببية بينهما والضرر الذي أصاب المضرور.

على أن هذه الرابطة السببية يجب أن تجعل كلاً من خطأ الصغير وخطأ الراعي أو المراقب سبباً مباشراً لوقوع الضرر وفاقاً للقاعدة العامة التي اشترط بموجبها الفقه لاستحقاق التعويض على المسؤول وتحقق مسؤوليته المدنية أن يكون الضرر نتيجة مباشرة لفعل صدر من صاحبه يكيف على أنه خطأ (١٧٧) . ومن ذلك إذا لم يكن الضرر نتيجة مباشرة للفعل كان الالتزام بالتعويض على الفاعل المباشر الذي أنتج الضرر وامتدت العلاقة السببية بينه وبين الضرر مباشرة وتنتفي معه مسؤولية الفاعل المتسبب لانقطاع الرابطة السببية على النحو المتقدم (١٧٨). ومن ذلك نشترط لتحقق المسؤولية المشتركة للصغير والراعي اشتراكهما أيضاً بتحقق

العلاقة السببية بين خطأهما والضرر الذي أصاب الغير. فإذا انقطعت هذه العلاقة بالسبب الأجنبي أو بين خطأ أحدهما دون الآخر كانت مسؤولية من استمرت العلاقة السببية بشأنه دون الآخر وهو ما يعني إلزام أحدهما دون الآخر بالتعويض (١٧٩). وهو ما ناقشنا أحد فروضه بالمبحث الأول وهو الفرض الذي تنفرد فيه مسؤولية الصغير بدفع التعويض المنفرد من أمواله.

المطلب الثاني: أحكام التعويض المشترك من مال الصغير

خلصنا فيما سبق الى أنه إذا تعددت الأفعال المكونة للخطأ المشترك افعل الصغير، فعل الراعي) وأنتجت وقوع ضرر بالغير تحققت المسؤولية ولزم التعويض من مال الصغير بالاشتراك مع مال الراعي وبدفع الى المضرور استناداً لمبدأ توزيع المسؤولية بينهما . والذي ثبت لدينا توزيع الفقه للمسؤولية بين المسؤول والمتضرر باعتباره من المبادئ العامة في القوانين المختلفة. (١٨٠)

وتجدر الاشارة الى ان الفقه اختلف في الأساس القانوني لتوزيع المسؤولية. فيرى جانب من الفقه أن توزيع المسؤولية يقوم على أساس من المقاصة (١٨١). ويذهب اتجاه آخر الى قيام توزيع المسؤولية على اساس اتجاه النية وليس فكرة المقاصة. (١٨٢)

وتأسيساً على ما سبق نقطع بالقول في نطاق القانون العراقي بحكم حالة إذا ما اجتمعت أركان المسؤولية بالتعويض المشترك من مال الصغير ومال المسؤول عن رعايته أو رقابته تقول بنهوض مسؤولية الراعي المدنية الاصلية المستندة على الخطأ الواجب الاثبات إضافة الى قيام مسؤولية الصغير الأصلية المستندة الى الضرر وجوداً وعدماً . وتجدر الاشارة الى ان حكم قيام مسؤولية الراعي طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية المدنية التضصيرية المقامة على الخطأ واجب الاثبات اضافة الى نهوض مسؤوليته المدنية التبعية عن تعويض الضرر الذي يحدثه الصغير من عدمها المبنية على الخطأ المفترض في المادة (١/٢١٨) من القانون المدني له اثر في الاشخاص الذين يمكن للمضرور مطالبتهم بالتعويض فقط دونما استنشار التعويض عن مال الصغير او مال الراعي . فلو افلح الراعي بدفع مسؤوليته عن الصغير استناداً للمادة (٢/٢١٨) امتنع على المضرور مطالبته بتعويض اضرار الصغير متى كان مميزاً وامكنه المطالبة بحصة الراعي من التعويض استناداً لمسؤوليته المدنية المقامة على الخطأ المشترك واجب الاثبات ومطالبة الصغير بنصيبه من التعويض استناداً للمادة (١/١٩١) من القانون المدني. وفي فرض كونه غير مميز ولم يستطع المضرور من الحصول على التعويض من ماله جاز للمحكمة ان تلزم الراعي بكل التعويض استناداً للمادة (٢/١٩١) من القانون المدني وليس له الرجوع على الصغير بما اداه الا في الحدود التي تتناسب مع فعل الصغير المشترك معه في احداث الضرر وكذا الحكم اذا لم يفلح الراعي بدفع مسؤوليته عن الصغير لاختلاف احكام المسؤولية الشخصية الاصلية عن احكام المسؤولية عن الغير التبعية الاستثنائية . (١٨٣)

ولكن كيف يتم توزيع المسؤولية بالتعويض المشترك من مال الصغير ؟ وهل من تطويع خاص للقواعد العامة في المسؤولية المدنية التضصيرية لبيان احكام

التعويض المشترك من مال الصغير ؟ سنحاول الاجابة عن هذين التساؤلين في الفرعين الاتيين...

الفرع الأول: توزيع المسؤولية بالتعويض المشترك من مال الصغير

ان جانب من الفقه يعتمد في توزيع المسؤولية بالتعويض المشترك من مال الصغير على معيار شخصي(١٨٤)، وجانب آخر يقول بتوزيع المسؤولية طبقاً لمعيار موضوعي(١٨٥) ونناقش كل حالة بشكل مستقل...

اولا:- توزيع المسؤولية بالتعويض المشترك من مال الصغير طبقاً للمعيار الشخصي..

إن أنصار هذا المعيار يذهبون الى أن اشتراك الصغير مع الراعي بدفع التعويض للمضرور يتم بحسب جسامة الخطأ. إلا أن درجة جسامة الخطأ يكون المعيار المعتمد في بيان مدى التعويض الملتزم به كل منهما (١٨٦) عن طريق اجراء مقارنة بين خطأ الصغير وخطأ المسؤول (الراعي)، ويذهب كذلك الى إقامة المسؤولية على أساس من الاعتبار الأخلاقي لسلوك ذوي العلاقة (١٨٧) . ومن ذلك المعيار المتعاظم للقاضي الموضوع الذي يقع عليه عبء القيام بالتحليل والتقدير ووضع جسامة الأخطاء في الميزان والتأسيس نسبتها الى الصغير والمسؤول عن رعايته (الراعي)، فإذا أفلح القاضي في مسعاه ومهمته الشاقة هذه قضى بإلزامهما بالتعويض بنسبة خطأ كل منهما(١٨٨) . ويضيف الفقه الى أن القاضي في حكمه هذا لا يعتد بالتزامن أو عدم تزامن الخطأين المنسوبين للملتزمين بالتعويض. وفي حالة تساوي درجة جسامة كل من الخطأين حكم بالتعويض مناصفة(١٨٩) . وقد برر هذا الفقه اتجاهه للأخذ بالمعيار الشخصي أنه يحقق العدالة(١٩٠) . ولكنه لم يسلم من النقد والاعتراض، إذ يرى جانب آخر من الفقه أنه معيار متناقض وعدم كفايته للدلالة على حجم الأضرار التي يسببها (فالخطأ اليسير يمكن أن يحدث ضرراً كبيراً والعكس صحيح. فالخطأ الجسيم يمكن أن يحدث ضرراً بسيطا)(١٩١) . وأنه يتعارض مع المنطق المحض لقيام التعويض على درجة جسامة الخطأ بما ينتج تقليص الفارق بين الخطأ المدني والخطأ الجنائي وهذا لا يجوز(١٩٢) . يضاف الى ذلك أن هذا المعيار يكاد يكون تحكميا وغير منضبط. فهو يعطي للقاضي الموضوع سلطة واسعة في تقدير التعويض للمضرور لعدم وجود مقياس متفق عليه لتحديد جسامة الخطأ بالشكل الذي يصعب من مهمة القاضي في تقدير جسامة خطأ كل من المسؤولين وبالتالي الحكم بتعويض أقل مما يمكن ان يقال عنه أنه غير واقعي وتحكمي ناهيك عن الأخذ بهذا المعيار الذاتي اجسامة الخطأ يقود الى الخلط بين التعويض والجزاء والذي بذلت الجهود المضنية للتفريق بينهما لاختلاف الأساس القانوني الذي يقوم عليه كل منهما. (١٩٣) وبالرغم من محاول النقد التي حضرت عميقاً في الاتجاه الذي يستند في توزيع المسؤولية على أساس المعيار الذاتي (درجة جسامة الخطأ) يلاحظ أخذ قوانين بعض الدول به.(١٩٤)

ثانيا:- توزيع المسؤولية بالتعويض المشترك من مال الصغير طبقاً للمعيار الموضوعي..

ويذهب أنصار هذا المعيار الى توزيع التعويض بين المسؤولين بنسبة دور خطأ كل منهم. ويختلف بعضهم بأن توزيع الالتزام بالتعويض يكون بالتساوي تطبيقاً لنظرية تعادل

الأسباب(١٩٥). ويرى جانب آخر بأن يتم توزيع الالتزام بالتعويض وفقاً لنظرية الخطأ (السبب) الفعال(١٩٦) وكما يلي:-

١- توزيع الالتزام بالتعويض المشترك من مال الصغير بالتساوي (نظرية تعادل الأسباب)...

ويذهب أنصار هذا الاتجاه الفقهي الى توزيع الالتزام بالتعويض المشترك بالتساوي تطبيقاً لنظرية تعادل الأسباب والتي تنصرف الى أن كل سبب اشترك في إحداث الضرر بغض لولاه لما وقع الضرر يعتبر سبباً للضرر، وتحقق الرابطة السببية بين الضرر الذي لحق المضرور وبين كل الأسباب التي أنتجت وقوعه(١٩٧). وبالتالي أن جميع الأسباب التي ساعدت في وقوعه تكون متعادلة متساوية ولا يمكن أن نفرق بينها من حيث الجسامة أو التأثير في حدوث الضرر وتتضامن وتتظافر لتكون سبباً بعنوان عام بغيره لما تحقق حدوث الضرر(١٩٨). ومثال ذلك ترك الراعي لمفاتيح سيارته متناول صغيره فيقوم بأخذ المفاتيح وقيادتها من غير تعلمه لمهارة القيادة وأصاب الصغير الغير مضرر بسيارة الراعي التي يقودها. فالسبب الأول هنا ترك الراعي لمفاتيح السيارة بمتناول الصغير والسبب الثاني قيادة الصغير للسيارة دون تعلمه لمهارة قيادتها ويعتبران سبباً واحداً في حدوث إصابة الغير بضرر وهذان السببان متعادلان متساويان. وبالتالي يرى أنصار هذه النظرية الى قسمة المسؤولية بين المسؤولين.(١٩٩)

وقد قال بعض الفقه(٢٠٠) بأن هذه النظرية في بساطتها بما يميزها عن غيرها فيها تسهيل كبير لمهمة المحكمة في الحكم بالتعويض المتساوي مجنباً إياها مسؤولية التدقيق والتمحيص والبحث عن درجة جسامة كل خطأ أو نسبة خطأ لكل من المسؤولين المتعددين(٢٠١). في حين يرى جانب آخر بأنها نظرية منتقدة لأنها خلطت بين خطأ الشخص المباشر وخطأ الشخص المنسب بالرغم من الفارق الكبير بينهما. كما أنها تغض النظر عن أثر الخطأ في تحقق الضرر أي لم تراع أثر مقدار جسامة الخطأ على النتيجة المتحققة (الضرر) وهو ما يخالف العدالة ومتطلباتها (٢٠٢). وهو ما أدى بالقوانين المختلفة بالأخذ بها على سبيل الاستثناء ومنها القانون العراقي في المادة (٢/٢١٧) من القانون المدني التي نصت على (... فإن لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي) (٢٠٣).

٢- توزيع الالتزام بالتعويض المشترك من الصغير تبعاً للسبب الأولي للضرر (نظرية الخطأ الفعال)...

إن أنصار هذا الاتجاه يقولون بنظرية الخطأ الفعال التي تنصرف في مضمونها الى أنه إذا اشتركت أو ساهمت عدة أخطاء (أسباب) في إيقاع الضرر، فلابد من التفريق بين الخطأ العارض والخطأ المنتج. ويقولون عن الخطأ العارض بأنه الخطأ الذي لا يؤدي عادة الى إيقاع الضرر. والخطأ المنتج هو الخطأ الذي يؤدي عادة الى إيقاع الضرر(٢٠٤) والإشارة الى محكمة الموضوع بالبحث عن الخطأ المنتج دون الخطأ العارض لكونه الأكثر فاعلية في تحقق الضرر على النحو الذي يتم فيه الاقتصار على الخطأ المنتج في قيام المسؤولية وإلزام المسؤول بالتعويض(٢٠٥).

وقد قبل عن النظرية بانسياقها مع متطلبات العدالة بإلزام المسؤول مباشرة عن الأضرار التي أصابت الغير بالتعويض ولكنها في الوقت ذاته تشدد من مهمة محكمة الموضوع وتجعلها شاقة. فليس من الميسر البحث عن فاعلية الخطأ ومن ثم ترتيب الالتزام بالتعويض تبعاً لها.(٢٠٦)

وقد اتجه القانون الانكليزي في توزيع المسؤولية في حالة تعدد المساهمين في وقوع الضرر الى الجمع بين معيار الخطأ الفعال ومعيار درجة جسامة الخطأ المشترك(٢٠٧). كما أن القانون المدني المصري اتجه الى الأخذ بمعيار تعادل الأسباب من حيث الأصل وأجاز استثناءاً الأخذ بتوزيع المسؤولية تبعاً لدرجة جسامة خطأ المسؤول في حالة استطاعة القاضي تعيين نصيب كل من المسؤولين المتعددين في التعويض(٢٠٨). في حين أن المشرع العراقي أخذ بتوزيع المسؤولية بالاستناد الى الجمع بين نظرية تعادل الأسباب ونظرية جسامة الخطأ المشترك(٢٠٩) مؤكداً في ذلك على ضرورة ابتعاد محكمة الموضوع عن التمييز بين الخطأ العارض والخطأ المنتج وذلك في المادة (٢١٧) من القانون المدني والتي نصت على مايلي:-

(١- إذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الأصلي والشريك والمتسبب . ٢- ويرجع من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقين بنصيب حدده المحكمة بحسب الأحوال وعلى مدى جسامة التعدي الذي وقع منهم فإن لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي). (٢١٠)

الفرع الثاني: تطويع القواعد العامة في المسؤولية المدنية التقصيرية لبيان احكام التعويض المشترك عن مال الصغير

إن المشرع العراقي(٢١١) كما مر سابقاً نص على أنه إذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الأصلي والشريك والمتسبب. ويرجع من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقين بنصيب تحدده المحكمة بحسب الأحوال وعلى قدر جسامة التعدي الذي وقع منهم. فإن لم يتيسر تحديد قسط كل منهم من المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي.(٢١٢)

وبناء على ما سبق يكون للمضرور المطالبة بالتعويض المشترك من مال الصغير لكونه اشترك في احداث الضرر الذي اصاب المضرور . وليس للصغير الرجوع على الراعي بشيء من التعويض الا بمقدار حصته من التعويض أو أن يرجع المضرور بالتعويض على الراعي (الأب أو الجد) لكونه المسؤول مدنياً عن الصغير وله بعد دفع التعويض الرجوع على مال الصغير بنصيبه من التعويض أو أن يطالب المضرور كل من الصغير والراعي بالتعويض بالتضامن استناداً الى المادة (٢١٧) من القانون المدني. (٢١٣)

ومتى ما تحققت المشاركة بين خطأ الصغير وخطأ الراعي (وهي الفرضية محل البحث في هذا المبحث) أي المسؤولية المشتركة على أساس الخطأ المشترك الواجب الاثبات وليس خطأ الراعي المفترض بمسؤوليته عن رعاية الصغير بأن ساهم الراعي بفعله في إحداث الضرر بالغير فأنه يعتبر مسؤولاً مسؤولية مدنية تقصيرية أصلية يشارك فيها

مع صغيره . ولا فارق قانوني من حيث الاحكام في البحث عن بذله الواجب رعاية الصغير من عدمه لاختلاف الأساس القانوني في المسؤولية . وبالتالي اختلاف مركزه القانوني في دفع التعويض وتطبق هنا أحكام التضامن بينهما وبوزع التعويض عليهما تبعاً لتوزيع قاضي الموضوع المسؤولية بينهما وإذا قام الراعي بأداء التعويض له الرجوع على الصغير بحصته منه تبعاً لنسبة خطئه الثابت المشترك مع خطأ راعيه استناداً للمادة (١١/٢١٧) من القانون المدني والذي تقوم المحكمة بتحديده بحسب الأحوال وعلى قدر جسامة التعدي الذي وقع من كل منهم، فإن لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي استناداً للمادة (٢/٢١٧) من القانون المدني (٢١٤). على ألا فارق بين كون الصغير مميزاً أو غير مميز يظهر هنا في حالة اعسار الصغير وكونه لا يملك مالاً لدفع التعويض أو حالة يساره إلا من خلال رجوع الراعي عليه بنصيبه من التعويض . ولا تأثير في ذلك على حق المضرور في الحصول على التعويض لكون الراعي والصغير ملتزمين بأداء التعويض على وجه التضامن المقرر في المادة (١/٢١٧) من القانون المدني(٢١٥) ووفقاً لأحكام التضامن ما بين المدينين استناداً للمادة (١/٣٤٠) من القانون المدني(٢١٦) التي اجازت للمضرور أن يطالب بالتعويض كله من شاء الصغير أو الراعي وأن يطالبهما به مجتمعين ومطالبته لأحدهم لا تمنعه من مطالبة الآخر ولمن قضى التعويض كاملاً (من مال الصغير أو من مال الراعي) الرجوع على الآخر بما دفعه زائداً على ما هو واجب عليه بقدر حصته استناداً للمادة (١/٣٤٤) من القانون المدني(٢١٧) فإن كان أحد منهم معسراً تحمل تبعة هذا الاعسار المدين الذي وفى بالدين استناداً للمادة (٢/٣٤٤) من القانون المدني(٢١٨) . ويثور التساؤل هل يحق للصغير أو الراعي عندما يطالبه المضرور بكل التعويض دفع هذه المطالبة بالتزامه بحصته من التعويض التي حددها قاضي الموضوع تبعاً لجسامة الخطأ الثابت نسبته اليه أو بالتساوي عندما لا يتيسر ذلك للقاضي!

ويمكن القول أن الحكم يختلف بحسب التعويض المقضي به، فإذا كان غير قابل للانقسام لا يقبل هذا الدفع وعلى كل منهما (الصغير والراعي) التزاماً بأداء التعويض كاملاً ثم الرجوع على المشترك معه بالتعويض كل بقدر حصته إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك استناداً للمادة (٣٣٧) من القانون المدني (٢١٩) . أما إذا كان التعويض قابلاً للانقسام لا مانع يمنع من قبول هذا الدفع . على أن الالتزام يكون غير قابلاً للانقسام طبقاً للقانون العراقي في الاحوال الاتية :-

١- إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم.

٢- إذا تبين من الغرض الذي رمى اليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً أو إذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك. (٢٢٠)

المطلب الثالث: التعويض المشترك من مال الصغير في الفقه الاسلامي

أشرنا في المطلب الثالث من المبحث الأول أن جمهور الفقه الاسلامي يرى عدم مسؤولية الراعي عن تعويض المضرور الذي أصابه الصغير بضرر. ولكننا هنا نبحث عن رأي هذا الفقه في مدى التزام الراعي بالاشتراك مع الصغير في دفع تعويض المضرور حتى

ما كان هذا الراعي مشتركاً بفعله في تحقق الاضرار التي أصابت المضرور، ويلاحظ من الاطلاع على آراء جمهور فقهاء المذاهب الاسلامية أنهم يقصرون في الحكم بالتعويض المشترك من مال الصغير (الضرر الناتج عن فعل الصغير والراعي) على حالة اتحاد نوع الفعل وعدم تفاوته من حيث القوة والاثر وليس في حالة اتحاد نوع الفعل وتفاوته من حيث القوة والاثر وكذلك حالة اختلاف نوع الفعل (٢٢١) وعلى النحو الآتي...

الفرع الأول: توزيع المسؤولية بالتعويض المشترك من مال الصغير

في الفقه الاسلامي في حالة اتحاد نوع الفعل وعدم تفاوته من حيث القوة

يقول الفقه الاسلامي حالة اتحاد نوع الفعل إذا كان جميع المعتدين مباشرين للفعل، أو إذا كانوا متسببين في وقوعه بغض النظر عن تفاوت أفعالهم من حيث الشدة والضعف في ايقاع الضرر. فالمسؤولية متساوية بينهم. (٢٢٢)

وتأسيساً على ذلك لو اشترك اثنان أو أكثر في الإضرار بغيرهم وجب عليهم الضمان بالاشتراك لأن الضرر نتج عن فعل صار اشتركوا فيه جميعاً فيجب تبعاً لذلك اشتراكهم في ضمانه (فعل متعدد)، وعليه يمكن القول إذا تشارك الراعي مع صغيره في إلحاق ضرر بالغير فأن ذلك يستوجب اشتراكهما في ضمانه بغض النظر عن كونهما مباشرين أو متسببين. ويقول هذا الفقه أن كل منهما (الراعي والصغير) يضمنان القيمة أو المثل (٢٢٣) على أن يتحمل كل منهما نصيبه دون تضامن بينهما تطبيقاً لمبدأ المسؤولية الشخصية أو مبدأ فعل الشبعة.(٢٢٤)

الفرع الثاني: عدم توزيع المسؤولية بالتعويض المشترك من مال الصغير

في الفقه الاسلامي في حالة اتحاد نوع الفعل وتفاوته من حيث القوة

وفي حالة كون فعل المعتدين متحداً من حيث النوع إلا أنه يختلف من حيث الشدة والضعف في إحداث الضرر فجمهور الفقه الاسلامي يرى بتقدير السبب الأقوى أثراً في إحداث التلف ويجب الضمان على مرتكبه ويستدلون في ذلك بجملة من التطبيقات العملية(٢٢٥)، ومن ذلك أمكن القول إذا اشترك الراعي والصغير في وقوع الضرر وكان فعل أحدهما أشد أثراً في تحقق التلف لزمه الضمان دون الآخر. وبعبارة أخرى إذا كان فعل الراعي أقوى وأشد تأثيراً من فعل الصغير في إيقاع الضرر وجب الضمان على الراعي دون الصغير والعكس صحيح. فإذا كان فعل الصغير أشد وأقوى من فعل الراعي وأدى الى تلف أسباب الغير لزم مال الصغير الضمان دون الراعي. ويستثنون الفروض التي يكون فيها الراعي قد جاء فيها من الأسباب ما أدى الى وقوع التلف بفعل صغيره كأن يأمره باقتراف الفعل الضار أو قياسه بالإتلاف. (٢٢٦)

وهم يقولون أن الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الأب في هذه الفروض هو قاعدة التسبب والمباشرة، فالراعي وإن لم يباشر الفعل الذي أدى الى التلف إلا أنه يبقى المتسبب فيه لأنه من أمر ولده الصغير باقترافه، وأحكام هذه القاعدة في الفقه الاسلامي تنصرف الى أن المباشر ضامن وإن لم يتعد والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً(٢٢٧)، ويشترطون تبعاً لذلك أن يكون الراعي متعدياً لقيام التزامه بالضمان لأن فعله لا يكون ملزماً لتحقق الضرر بذاته، نظراً لوجود فعل المباشر الذي فصل بين

فعله (وهو المتسبب) والضرر المتحقق(٢٢٨). وظاهر التعدي الذي ينسب للراعي في أمره لوليه الصغير باقتراف العمل الضار والذي يضاف الى كونه متسبباً في الإتلاف يوجب مسؤوليته بالضمان لجميع الأضرار الناتجة مباشرة عن فعل صغيره .(٢٢٩)

الفرع الثالث: عدم توزيع المسؤولية بالتعويض المشترك من مال الصغير في الفقه الاسلامي في حالة اختلاف نوع الفعل

اجتمع جمهور الفقه الاسلامي (٢٣٠). على تقديم ضمان المباشر على المتسبب في حالة اختلاف العمل المنسوب الى المساهمين المتعددين في إحداث الضرر لأنه عند اجتماع المباشر والمتسبب يلاحظ تحقق فعل المباشر فاصلاً بين فعل المتسبب والضرر الواقع بالمضرور فيتحمل بالضمان لأن فعله أشد قوة وتاثيرا في تحقق الإتلاف بالغير ولأن من شأن الشريعة تقديم الراجح (فعل المباشر) على المرجوح (فعل المتسبب) عند التعارض(٢٣١) ويضيفون أن فعل المباشر بالإتلاف يكون قد قطع العلاقة بين المتسبب والضرر ومن ثم كان هو الضامن دون المتسبب والى هذا الحكم ذهبت مجلة الأحكام العدلية في المادة (٩٢٥) منها بقولها (لو فعل أحد فعلاً يكون سبباً لتلف شيء، فمال في ذلك الوقت فعل اختياري يعني أن شخصاً آخر أتلف ذلك الشيء مباشرة يكون ذلك المال المباشر هو صاحب الفعل الاختياري ضامناً). ومن ذلك إذا نسب فعل للراعي وفعل آخر للصغير وأدى أحدهما الى إصابة الغير بالضرر (الإتلاف) وكان أحدهما في فعله هذا مباشراً والآخر متسبباً الزم المباشر بالضمان دون المتسبب مع الأخذ بعين الاعتبار في حالة كون الصغير هو المباشر ألا يكون الراعي هو الآمر بفعل الصغير الذي أدى الى الإتلاف لأنه إذا كان فعل المباشر المنسوب الى الصغير تنفيذاً لأمر الراعي فضمان هذا الإتلاف يلزم به الراعي (الآمر) وليس الصغير كما سبق بيانه.

ويضيف جانب من الفقه الاسلامي الى الأحكام السابقة بالقول بتضمين المتسبب دون المباشر في الحالة التي يكون فيها الفعل الذي ينسب الى المتسبب أقوى وأكثر شدة من حيث الأثر في إيقاع الضرر وحدوثه وكانت المباشرة مستندة الى السبب أو ناشئة عنه(٢٣٢). ومنه القول بتضمين التسبب من بين الراعي أو الصغير إذا اشترك كل منهما في إيقاع ضرراً بالغير وتعفي الضمان عن المباشر في الفرض الذي يكون فيه فعل المتسبب منهما هو الأقوى والأكثر شدة من حيث الأثر في إيقاع الضرر وحدوثه وكان فعل المباشر منهما قد بني على فعل المتسبب . كما يستثنى من قاعدة تقديم المباشر على المتسبب في ضمان الإتلاف بالفعل الذي يشترك فيه الصغير والراعي في حالة اختلاف نوع كل فعل منهما في الفرض الذي يشترك فيه الصغير والراعي في إصابة المضرور بضرر مباشرة وتسببا . وكان فعل المباشر منهما مساويا لفعل المتسبب من حيث الأثر والقوة في إحداث الضرر بشرط أن يكون فعل المتسبب منهما كافيا للتأثير وحده في تحقيق النتيجة الضارة (الإتلاف). (٢٣٣)

ونخلص الى القول أن جمهور الفقه الاسلامي يذهب لحصر حكم توزيع المسؤولية بالتعويض المشترك من مال الصغير في حالة واحدة وهي حالة اتحاد نوع الفعل المشترك وتساويه بان يكون فعل احدهما مساوياً للاخر بالقوة وتكافؤهما من حيث

الأثر في تحقق الإتلاف . وعدم امكان الضمان المشترك في حالة اختلاف نوع الفعل وتفاوتهما من حيث القوة والاثر فيلزم بالضمان منفرداً من كان فعله الاقوى والاشد اثراً في احداث الضرر الموجب للضمان . وكذلك الحكم في حالة اختلاف نوع فعل كل منهما احدهما مباشر والاخر متسبب) فيذهبون الى تضمين المباشر دون المتسبب . ويستثنى من ذلك التزام المتسبب منهما بالضمان في الفرض الذي يكون فيه فعله الأقوى والأكثر تأثيراً في وقوع الضرر.

خاتمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف الخلق وسيد الرسل نبينا محمد بن عبدالله وعلى آل بيته الطيبين الطاهرين وصحبة المنتجبين الى يوم الدين . وبعد فلابد في نهاية المطاف في بحث موضوع ((التعويض من مال الصغير)) ان نسجل أهم الأفكار التي تبلورت لنا من خلال البحث مراعين في ذلك عدم الإسهاب المخل أو الاختصار المخل في عرض النتائج ومانطمح الى تحقيقه من مقترحات وعلى النحو الاتي...

اولاً// النتائج //

١- عدم وضوح اتجاه المشرع العراقي في تقرير مسؤولية الصغير المدنية التقصيرية بين قيامها على اساس المسؤولية الشخصية او الزامه بالتعويض عن ماله تطبيقاً لمبدأ تحمل التبعة وهو ما انتج عدم وضوح الكثير والمؤلفات القانونية سواءاً ما تحدث منها عن مصادر الالتزام بوجه عام او تلك التي تعرضت الى تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية بشكل خاص.

٢- ان المشرع العراقي شدد مسؤولية الصغير المدنية التقصيرية التي قررها في المادة (١/١٩١) من القانون المدني بالمقارنة مع مسؤولية البالغ المدنية التقصيرية استناداً للمادة (١/١٨٦) من القانون ، بعدم اشتراط التعدي (الركن المادي للخطأ) الذي تقوم عليه للبالغ العاقل الرشيد في المادة (١/١٨٦).

٣- ان التعويض من مال الصغير قد يكون منفرداً متعلقاً بذمته المالية فقط . وقد يكون مشتركاً بين ذمته المالية وبين من يشترك معه في احداث الضرر بالغير وقد يكون الراعي.

٤- أن أركان تحقق الالتزام بالتعويض المنفرد من مال الصغير هي:-

أ- الخطأ مع مراعاة كونه مميزاً أو غير مميز.

ب- الضرر الذي أصاب المضرور.

ت- العلاقة السببية ، بأن الضرر الذي أصاب المضرور جاء نتيجة لخطأ الصغير المميز أو الفعل المنسوب الى الصغير المميز.

ث- عدم نهوض مسؤولية الراعي (الأب أو الجد) عن الصغير . مع التأكيد أن عدم نهوض مسؤولية الراعي أعلاه هو شرط وليس ركن في تقرير مسؤولية الصغير بالتعويض المنفرد من ماله غايته يلزم من وجوده الوجود ولا يلزم من انعدامه العدم. فحتى لو لم

يفلح الراعي في دفع مسؤوليته عمن هم تحت رعايته تبقى مسؤولية الصغير المدنية هي الأصلية وما التزام الراعي بالضمان إلا على سبيل الاستثناء والاحتياط بما يعطي للمضرور أكثر من طريق واحد للمطالبة بترضيته وجبر أضراره

٥- ان احكام فروض التعويض المنفرد من مال الصغير في القانون المدني العراقي تتلخص في الحالات الاتية :-

أ- التعويض المنفرد من مال الصغير بشكل مباشر في حالة الاتلاف بفعل الصغير اميزا كان ام غير مميز ويفلح الراعي في دفع مسؤوليته . فيكون للمضرور أن يرجع على الصغير غير المميز مباشرة ويستوفي منه التعويض وليس على الراعي المسؤول عنه ولا يحق للصغير بعد دفع التعويض الرجوع على الراعي بما أداه من تعويض للمضرور لأن الصغير يسأل عن أعماله غير المشروعة استناداً للمادة (١/١٩١) من القانون المدني واذا لم يحصل على التعويض لاعسار الصغير فنفرق في الحكم بين الصغير غير المميز فيلزم وليه او الوصي او القيم عليه بدفع التعويض والرجوع عليه بما دفعه حين يساره استناداً للمادة (٢/١٩١) من القانون المدني وهي حالة تدخل ضمن فروض التعويض المنفرد من مال الصغير بشكل غير مباشر ، اما اذا كان الصغير مميزاً معسراً فلا مناص كما نعتقد من الانتظار لحين يسار الصغير المميز لأن المادة (٢/١٩١) من القانون المدني ألزمت الولي او الوصي او القيم بالتعويض عن الصغير غير المميز فقط في حالة عدم الحصول على التعويض دون الصغير المميز.

ب- التعويض المنفرد من مال الصغير بشكل غير مباشر في حالة الاتلاف بفعل الصغير (مميزاً كان ام غير مميز) ولايفلح الراعي في دفع مسؤوليته . فيكون للمضرور أن يطالب الراعي مباشرة ويستوفي منه التعويض استناداً للمادة (١/٢١٨) من القانون المدني بغض النظر عن تمييز الصغير او عدم تمييزه وليس للمضرور ان يطالب الصغير مباشرة وللراعي الذي دفع التعويض الرجوع على الصغير بما دفعه استناداً للمادة (٢٢٠) من القانون المدني.

٦- التفريق بين الإلزام بدفع التعويض وبين تعلق التعويض في الذمة المالية للشخص بالنسبة للتعويض المنفرد من مال الصغير؛ فالصغير مميزاً كان أو غير مميز عندما يتلف مال الغير يتعلق في ذمته المالية حق المضرور في التعويض ولكن في الأعم الأغلب من الحالات أن الذمة المالية للصغير تتصف بالإعسار ومن باب رعاية المضرور ووجوب جبر ضرره يتم اللجوء في القوانين الوضعية الى نصوص لتقرير مسؤولية راعي الصغير بدفع التعويض.

٧- أن جمهور الفقه الاسلامي قطع بالضمان المنفرد من مال الصغير اذ يذهب الى مسؤولية الصغير الشخصية عن الأضرار التي يسببها للغير بعيداً عن البحث في الخطأ ومدى إثباته بالنسبة اليه ويكون ملزماً بالضمان تبعاً لذلك من ماله الخاص وإذا كان معسراً وليس له أموال فنظرة الى ميسرة ولا يربط ذلك بمسؤولية الراعي بأي وجه من الوجوه . ويخرج عن ذلك اتجاه وحيد من الفقه الاسلامي ويرى ربط مسؤولية الصغير

في الضمان بمسؤولية الراعي الذي يلتزم بحفظه، وحكم الطفل حكم الدابة في واجب الحفظ والرعاية ، والراعي يكون ملزماً بالتعويض إن قصر بواجبه هذا.

٨- ان مسؤولية الصغير في الفقه الاسلامي تفترض العلاقة السببية اذ يكتفون بالمباشرة والتسبب فحيثما وجدت المباشرة أو التسبب تحققت العلاقة المتصلة بين الضرر وبين الفعل المنتج المسبب للضرر وتهوض المسؤولية بالنسبة للمباشر إلا أنه أناط الضمان بالمتسبب إذا وجد دون المباشر ولا يضمن إلا بتعمد أو تعد.

٩- أن أركان تحقق الالتزام بالتعويض المشترك من مال الصغير هي اركان التعويض المنفرد من مال الصغير سواء ما اتصل منها بالصغير أو ما تعلق منها بالمسؤول عن رعايته وعدد من الشروط الإضافية وهي اشتراك الراعي والصغير في الأفعال التي أصابت الغير بضرر (الخطأ المشترك) فإذا كان المسؤول عن رعاية الصغير قد قام بخطأ من شأن ذلك أن يخفف مسؤولية الصغير الى الحد الذي اشترك معه وحسب الأحوال فأنه يشمل التعويض بالاشتراك مع الصغير تبعاً لذلك . وثبوت وجود أكثر من خطأ خطأ الصغير وخطأ الراعي إضافة الى تكييفهما المبني على كونهما إخلالاً بالتزام سابق بعرضه القانون (عدم الإضرار بالآخرين) أن يكون هذا الالتزام السابق ببذل عناية لا تحقيق نتيجة . وان يكون الضرر الذي أصاب الغير نتيجة لخطأ الراعي وفعل الصغير بأن الضرر الذي لحق المضرور كان نتيجة لخطأ الراعي والصغير المشترك.

١٠- ان البحث في الالتزام بالتعويض المشترك من مال الصغير لا يستند الى قيام مسؤولية الراعي عمن هم تحت رعايته طبقاً للمادة (٢١٨/١) من القانون المدني العراقي ، بل الى اثبات خطأ في جانب الراعي بتهوض مسؤوليته المدنية التقصيرية الأصلية طبقاً للقواعد العامة الى جانب مسؤولية الصغير لاحداثه ضرراً بالغير استناداً للمادة (١/١٩١) من القانون المدني وأن يشترك خطأ كل منهما في إحداث أو تحقق الضرر.

١١- ان احكام فروض التعويض المشترك من مال الصغير في القانون المدني العراقي عند قيام مسؤولية الراعي طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية المدنية التقصيرية المقامة على الخطأ واجب الاثبات اضافة الى تهوض مسؤوليته المدنية التبعية عن تعويض الضرر الذي يحدثه الصغير من عدمها المبنية على الخطأ المفترض في المادة (١/٢١٨) من القانون المدني فتتصور حول تحديد الأشخاص الذين يمكن للمضرور مطالبتهم بالتعويض فقط دونما استنثار التعويض من مال الصغير او مال الراعي . فلو افلح الراعي بدفع مسؤوليته عن الصغير استناداً للمادة (٢/٢١٨) امتنع على المضرور مطالبته بتعويض اضرار الصغير متى كان مميزاً وامكنه المطالبة بحصة الراعي من التعويض استناداً لمسؤوليته المدنية المقامة على الخطأ المشترك واجب الاثبات ومطالبة الصغير بنصيبه من التعويض استناداً للمادة (١/١٩١) من القانون المدني. وفي فرض كونه غير مميز ولم يستطع المضرور من الحصول على التعويض من ماله جاز للمحكمة ان تلزم الراعي بكل التعويض استناداً للمادة (٢/١٩١) من القانون المدني وليس له الرجوع على الصغير بما اداه الا في الحدود التي تتناسب مع فعل الصغير المشترك معه في احداث الضرر وكذا الحكم اذا لم يفلح الراعي بدفع مسؤوليته عن

الصغير ميزاً كان أو غير مميز) لاختلاف احكام المسؤولية الشخصية الاصلية عن احكام المسؤولية عن الغير التبعية الاستثنائية .

١٢- ان جانب من الفقه يعتمد في توزيع المسؤولية بالتعويض المشترك من مال الصغير على معيار شخصي يحسب جسامة الخطأ . وجانب آخر يقول بتوزيع المسؤولية بالتعويض المشترك من مال الصغير طبقاً لمعيار موضوعي بنسبة دور خطأ كل منهم. ويقول بعض الفقه بأن توزيع الالتزام بالتعويض يكون بالتساوي تطبيقاً لنظرية تعادل الأسباب . ويرى جانب آخر بأن يتم توزيع الالتزام بالتعويض وفقاً لنظرية السبب الفعال أن المشرع العراقي أخذ بتوزيع المسؤولية بالاستناد الى الجمع بين نظرية تعادل الأسباب ونظرية جسامة الخطأ المشترك مؤكداً في ذلك على ضرورة ابتعاد محكمة الموضوع عن التمييز بين الخطأ العارض والخطأ المنتج .

١٣- ان تحقق المشاركة بين خطأ الصغير وخطأ الراعي أي المسؤولية المشتركة على أساس الخطأ المشترك الواجب الاثبات وليس خطأ الراعي المفترض بمسؤوليته عن رعاية الصغير بأن ساهم الراعي بفعله في إحداث الضرر بالغير يجعل من الراعي في القانون العراقي بمركز قانوني مسؤولا فيه بمسؤولية مدنية تقصيرية أصلية يشارك فيها مع صغيره . ولا فارق قانوني من حيث الاحكام في البحث عن بذله لواجب رعاية الصغير من عدمه لاختلاف الأساس القانوني في المسؤولية . وبالتالي اختلاف مركزه القانوني في دفع التعويض وتطبق هنا أحكام التضامن بينهما ويوزع التعويض عليهما تبعاً لتوزيع قاضي الموضوع المسؤولية بينهما وإذا قام الراعي بأداء التعويض له الرجوع على الصغير بحصته منه تبعاً لنسبة خطئه الثابت المشترك مع خطأ راعيه استناداً للمادة (١/٢١٧) من القانون المدني والذي تقوم المحكمة بتحديده بحسب الأحوال وعلى قدر جسامة التعدي الذي وقع من كل منهم. فإن لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي استناداً للمادة (٢/٢١٧) من القانون المدني. على ألا فارق بين كون الصغير ميزاً أو غير ميز يظهر هنا في حالة اعسار الصغير وكونه لا يملك مالاً لدفع التعويض أو حالة يساره إلا من خلال رجوع الراعي عليه بنصيبه من التعويض . ولا تأثير في ذلك على حق المضرور في الحصول على التعويض لكون الراعي والصغير ملتزمين بأداء التعويض على وجه التضامن المقرر في المادة (١/٢١٧) من القانون المدني ووفاقاً لأحكام التضامن ما بين المدينين استناداً للمادة (١/٣٤٠) من القانون المدني التي اجازت للمضرور أن يطالب بالتعويض كله من شاء الصغير أو الراعي وأن يطالبهما به مجتمعين ومطالبته لأحدهم لا تمنعه من مطالبة الآخر ولمن قضى التعويض كاملاً (من مال الصغير أو من مال الراعي) الرجوع على الآخر بما دفعه زائداً على ما هو واجب عليه بقدر حصته استناداً للمادة (١/٣٤٩) من القانون المدني فإن كان أحد منهم معسراً تحمل تبعة هذا الاعسار الدين الذي وفى بالدين استناداً للمادة (٢/٣٤٩) من القانون المدني.

١٤- ان حق الصغير أو الراعي عندما يطالبه المضرور بكل التعويض بدفع هذه المطالبة بالتزامه بحصته من التعويض التي حددها قاضي الموضوع تبعاً لجسامة

الخطأ الثابت نسبته اليه أو بالتساوي عندما لا يتيسر ذلك للقاضي يختلف بحسب التعويض المقضي به. فإذا كان غير قابل للانقسام لا يقبل هذا الدفع وعلى كل منهما (الصغير او الراعي) التزاما بأداء التعويض كاملا ثم الرجوع على المشترك معه بالتعويض كل بقدر حصته إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك استنادا للمادة (٣٣٧) من القانون المدني.

١٥- أن التعويض المشترك من مال الصغير في جمهور الفقه الاسلامي له مصداق واحد فقط هو حالة اتحاد نوع الفعل المشترك المنسوب للصغير والراعي الملزم للضمان وعدم تفاوتهما من حيث القوة والاثر. وعلى ذلك إذا كان جميع المعتدين مباشرين للفعل، أو إذا كانوا متسببين في وقوعه بغض النظر عن تفاوت أفعالهم من حيث الشدة والضعف في ايقاع الضرر، فالمسؤولية متساوية بينهم. اما في حالة كون الفعل المشترك الموجب للضمان متحداً من حيث النوع إلا أنه يختلف من حيث الشدة والضعف في إحداث الضرر فيرون تقديم السبب الأقوى أثراً في إحداث التلف ويغلب الضمان على مرتكبه دون الاخر. وفي حالة كون فعل المعتدين ليس من نوع واحد يرون تقديم ضمان المباشر على المتسبب لأنه عند اجتماع المباشر والمتسبب يلاحظ تحقق فعل المباشر فاصلاً بين فعل المتسبب والضرر الواقع بالمضرور، ويستثنى من ذلك التزام المتسبب منهما بالضمان في الفرض الذي يكون فيه فعله الأقوى والأكثر تأثيرا في وقوع الضرر.

ثانياً:- المقترحات//

١- التخفيف من وطأة المسؤولية المدنية للصغير في المادة (١/١٩١) من القانون المدني عن طريق اشتراط التعدي (الركن المادي للخطأ) دون التعمد للطبيعة الخاصة لمرحلة الصغر الواجبة الاخذ بعين الاعتبار ولو اقتصر على الصغير المميز دون غير المميز.

٢- تعديل نص المادة (٢١٨) من القانون المدني العراقي بالشكل الذي يتضمن :-

أ- توسيع مسؤولية متولي الرعاية والرقابة عن الاضرار التي تحدث بفعل الشخص الخاضع للرعاية او للرقابة وجعل الصغر احد الاسباب اضافة الى الحالة العقلية او الجسمية . وعدم تحددها بحالة الرعاية او الرقابة الواجبة قانوناً دون الرعاية التي تتقرر بموجب الاتفاق.

ب- تحديد حد اعلى لسن الصغير المستوجب للرعاية او الرقابة ببلوغه خمسة عشر سنة في حالة عدم المساكنة وبلوغ سن الرشد معها .

ت- النص صراحة على انتقال الرقابة من (الاب ثم الجد) الى من يمارسها على الصغير كعضو الهيئة التعليمية او ارباب المهن وحتى في الفرض الذي تنتقل فيه الرعاية او الرقابة الى احد الاقارب على سبيل التأقيت . واشتراط ان يبذل متولي الرعاية او الرقابة عنايته بمعيار الرجل الحريص (رب الاسرة) وليس بمعيار الرجل المعتاد مع الابقاء على التزامه ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة.

٣- الغاء الفقرة الاولى من المادة (١٩١) وتوحيد احكام الفقرة الثانية من المادة (١٩١) مع المادة (٢١٨) من القانون المدني لوجود النص العام المقرر للمسؤولية الشخصية في المادة

(٢٠٤) من القانون المدني . وليس في ذلك انتقاصاً للحماية القانونية التي قصدها المشرع للمضرور لان التوحيد لا يعني إلغاء أحدهما بالكامل والاكتفاء بالأخرى لاختلاف الحكم كما ظهر لنا ولكن لغايات علاقتهما بمسؤولية الصغير المدنية الشخصية مع الاشارة الى ضرورة التخصيص المقترحة في (١) اعلاه.

الهوامش:

١- د عبد الرزاق السنهوري-الوسيط في شرح القانون المدني-ج١-نظرية الالتزام بوجه عام-مصادر الالتزام- دار النهضة العربية-القاهرة-١٩٦٤-ص٩٥وما بعدها؛ د سلام التميمي النعيمي- التوجيز الوافي في القوانين المرعية في جمهورية العراقية والمملكة الاردنية الهاشمية و الكويت-مصادر الحقوق الشخصية-مصادر الالتزامات-مطبعة البيت العربي-عمان- الاردن-١٩٨٩- ص٤٠؛وما بعدها؛ اسامة عبد العليم الشيخ- البيوع واثره في الفقه الاسلامي- دار الجامعة الجديدة للنشر- الاسكندرية- مصر-٢٠٠٨- ص ٨٧ وما بعدها

٢- د.عزيز كاظم جبر- التصرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية- ط١- ١٩٩٨- ص١٠ وما بعدها؛ د محمد عبد المنعم بدر- مبادئ القانون الروماني- دار الكتاب العربي- مصر- ١٩٥٤- ص١٨.

٣- د جلال علي العدوي- الموجز في مصادر الالتزام- منشأة المعارف بالاسكندرية- مصر- ١٩٩٥- ص٣٠٥.

٤- ابن منظور- لسان العرب-الدار المصرية للتأليف و الترجمة- بلا سنة طبع- مادة عوض- ص٥٥.

٥- د عبد المجيد الحكيم عبد الباقي البكري محمود طه البشير- الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي- ج١- مكتبة السنهوري- بغداد- طبعة ٢٠١٢- ص٤٤٦.

٦- وان ذلت ذهب المشرع المصري في المادة ١٦٣، من القانون المدني رقم ١٣١، لسنة ١٩٤٨ المعدل بقوله (كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض. وكذلك المشرع الفرنسي في المادة ١٣٨٢، من القانون المدني لسنة ١٨١٤ المعدل التي نصت على ان (كل عمل من احد الناس يسبب عنه ضرر للغير ، يجبر من حدث بخطئة على التعويض)

٧- د وهبة مصطفى الزحيلي- نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي - دار الفكر بدمشق- بالقرون مع دار الفكر المعاصر في بيروت- ط ٩ - ٢٠١٢ - ص٢١ وما بعدها

٨- المادة ١٦٠، من مجلة الأحكام العدلية.

٩- ينظر في عرض آراء المذاهب الاسلامية بالضمان د وهبة الزحيلي- مصدر سابق- ص٢٢.

١٠- محمد شلتوت- المسؤولية المدنية و الجزائية في الشريعة الاسلامية- مطبعة الأزهر- بلا تاريخ طبع- مصر- ص٢؛ د عبد الرزاق السنهوري- مصادر الحق في الفقه الاسلامي- المجلد الاول - ج١ - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت- ١٩٩٨ - ص٥٢ وما بعدها

١١- د.عزيز كاظم جبر - مصدر سابق - ص ١١ وما بعدها

١٢- ينظر في ذلك بحث الدكتور طارق كاظم عجيل- التعويض التعويض في ظل التحولات الاقتصادية دراسة في المسؤولية التقصيرية- بحث منشور في مجلة جامعة ذي قار- العدد٢).

١٣- ينظر في ذلك مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي مشار لها عند د سليمان مرقس- الوافي في شرح القانون المدني- ج٢- بلا مكان طبع - ١٩٨٨- ص١٠٨ وما بعدها

١٤- د عبد الرزاق السنهوري- الوسيط- ج٢- ص١٠٦ وما بعدها

١٥- المادة ١٣٨٢، من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨١٤ المعدل

١٦- د عبد المجيد الحكيم عبد الباقي البكري محمود طه البشير -مصدر سابق- ص٢١١، المواد ١٣٨٢-١٣٨٦ من القانون المدني الفرنسي والمواد ١٥١٠-٢١٥، من القانون المدني المصري.

١٧- المواد ١٨٨٦-٢١٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

١٨- المواد (٢١٨-٢٢٠) من المصدر السابق نفسه.
١٩- المواد (٢٢١-٢٢٦) من المصدر السابق نفسه.
٢٠- المواد (٢٢٧-٢٢٨) من المصدر السابق نفسه.
٢١- المواد (١٨٩٠-٢٣٢) من المصدر السابق نفسه.
٢٢- نصت المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي على أن (كل تعد يسبب الغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان ما أحدثه من ضرر) وتنص المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري على أن (كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض).
٢٣- يقول الدكتور حسن علي الذنون رحمه الله: (باستقراء الفقه والقضاء على ان الخطأ في المسؤولية التقصيرية عنصر ان مدني هو الاخلال بمعنوي هو التمييز أو الادراك وعنصر تعرض للاخلال سواء بالتعدي د حسن علي الذنون- النظرية العامة للالتزامات- مصادر الالتزام- قصد الالتزام- ثبوت الالتزام- مطبوعات الجامعة المستنصرية- ١٩٧٦- ص٢٢٣.
٢٤- د توفيق حسن فرج- النظرية العامة للالتزام- في مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية- ط٣- الدار الجامعية- بلا مكان طبع- ص٢٧٥.
٢٥- د جلال علي العدوي- مصدر سابق- ص ٣٠٥.
٢٦- المادتان (١٩، و٣٠) من مجلة الأحكام العدلية.
٢٧- د عبد المجيد الحكيم عبد الباقي البكري محمد طه البشير- مصدر سابق- ص٢٤٥ د نبيل ابراهيم سعد- النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام- دار الجامعة الجديدة- مصر- ٢٠١٩- ص٣٨٠-٣٨١.
٢٨- ينظر نص المادة (١/٢٠٩٠) من القانون المدني العراقي والمادة (١٧٦٠) من القانون المدني المصري.
٢٩- د عبد الرزاق السنهوري- الوسيط- ج٢- مصدر سابق- ص٧٩٨ وما بعدها.
٣٠- د مقدم السعيد- التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية- دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع- بيروت- بلاسنة طبع- ص٢٤١ وما بعدها.
٣١- د عبد الرزاق السنهوري- الوسيط- ج٢- مصدر سابق- ص٧٩٨ وما بعدها؛ د حسن علي الذنون- المبسوط في المسؤولية المدنية- الضرر- شركة التايمس للطبع والنشر- بغداد- ١٩٩١- ص٢٧٨؛ د حسين عامر- التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود- ط١- مصر- ١٩٦١- ص٥٧ وما بعدها.
٣٢- د عبد الرزاق السنهوري- المصدر السابق- ج١- ص٩٩٩ وما بعده وهذا الاتجاه تراجع عنه في الجزء الثاني من مؤلفه الوسيط كما مر في الهامش (٣٠)؛ د فريد فتيان- مصادر الالتزام- شرح مقارن على النصوص- مطبعة العاني- بغداد- ١٩٥٦- ص ٢٩٥ وما بعدها.
٣٣- ينظر في عرض هذا الاتجاه الفقيه حسن عكوش- المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد- ط٢- دار الفكر العربي- القاهرة- ١٩٧١- ص١٨٧ وما بعدها؛ د نصير سبأ لفتة- التعويض العيني- دراسة مقارنة- رسالة ماجستير- كلية الحقوق- جامعة النهرين- بغداد- ٢٠١١- ص٢٥ وما بعدها.
٣٤- ينظر في شرح وتقييم اتجاه المشرع العراقي في نصوص التعويض القانونية في القانون المدني د نصير سبأ لفتة- المصدر السابق- ص٢٥ وما بعدها.
٣٥- د عبد الحي حجازي- النظرية العامة للالتزام- ج٢- مصادر الالتزام- القاهرة- ١٩٥٤- ص٦٧.
٣٦- د سمير عبد السيد تناغو- تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية- وزارة العدل- بغداد- ١٩٨١- ص١٥٦.
٣٧- د ابراهيم دسوقي ابو الليل- التقدير القضائي للتعويض- بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية- السنة الثالثة- أعداد ابريل- مايو- يونيو- ١٩٨٥- ص ٢١ مشار اليه عند د نصير سبأ لفتة- مصدر سابق- ص ٢٧.
٣٨- د عدنان السرحان- د نوري حمد خاطر- شرح القانون المدني الأردني مصادر الحقوق الشخصية- دراسة مقارنة- ١٩٩٧- ص٤٨٢ وما بعدها؛ حسام الدين الاهواني- الحق في احترام الحياة الخاصة- الحق في

الخصوصية- دراسة مقارنة- دار النهضة العربية- ١٩٧٨- ص٤٢٢ وما بعدها د. جميل الشرقاوي- النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام- ج١- دار النهضة العربية- ١٩٨١- ص٥١٦ وما بعدها

٣٩- د. السنهوري- الوسيط- ج١- مصدر سابق- ص٩٦٧ وما بعدها د. حسن علي الذنون- المبسوط- المصدر السابق- ص٢٨٣ وما بعدها

٤٠- نصت الفقرة ٢، من المادة ٢٠٩، من القانون المدني العراقي على أن (ويقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناء على طلب المتضرر ان تأمر باعادة الحالة الى ما كانت عليها وان تحكم بأداء امر معين يرد متصل في المسئولية وذلك على سبيل التعويض). ونصت المادة ١٧٠، من القانون المدني المصري على أن (١- يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح ان يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون ايراداً مرتباً ويجوز في هاتين الحالتين الزام المدين بأن يقدم تأميناً

٢- ويقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر باعادة الحالة الى ما كانت عليه أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض).

٤١- د. سليمان مرقس- مصدر سابق- ص٥٣٣ وما بعدها

٤٢- د. عبد الرزاق السنهوري- الوسيط- ج١- مصدر سابق- ص٩٦٧.

٤٣- نصت المادة ١٣٨٢، من القانون المدني الفرنسي على أن (كل عمل من احد الناس يتسبب عنه ضرر للغير يجبر من حصل بخطئه على التعويض).

٤٤- ينظر في ذلك د. سعدون العمري- مصدر سابق- ص١٦٣ وما بعدها. ويلاحظ أن المشرع العراقي تأثر هذا التوجه وانعكس هذا التأثر على نصوص القانون المدني العراقي فنص في المادة ١٦٩، بالنسبة للمسؤولية المدنية على ان (١٠- اذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدره. ٢- ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزاماً بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق عيني آخر أو التزام بعمل أو بامتناع عن عمل ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخر في استيفائه بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو تأخره في الوفاء به). ولم تأت المادة ٢٠٧، بالنسبة للمسؤولية المدنية التقصيرية على أن (١- تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للفعل غير المشروع). وللمقارنة تنظر المادة ٢٢١، من القانون المدني المصري

٤٥- د. سعدون العمري- مصدر سابق- ص١٦٥ وما بعدها

٤٦- د. سليمان مرقس- الوافي- مصدر سابق- ص٥٤٤ وما بعده. ينظر المادة ٢٠٧، من القانون المدني العراقي والمادة ٢٢١، من القانون المدني المصري

٤٧- د. سعدون العمري- مصدر سابق- ص١٦٦ وما بعدها د. سليمان مرقس- المصدر السابق- ص٥٤٦.

٤٨- د. عبد الرزاق السنهوري- الوسيط- مصدر سابق- ص٩٧٣ وما بعدها محمود جمال الدين زكي- مشكلات المسئولية المدنية- ج١- في الزواج او وحدة المسؤولية ومسألة الخيرة- مطبعة جامعة القاهرة- القاهرة- ١٩٧٥- ص٦٠ وما بعدها د. حسن علي الذنون- المبسوط- مصدر سابق- ص٣١٢ وما بعدها. منير عبد السيد تاغو- نظرية الالتزام- منشأة المعارف بمصر- ١٩٧٥- ص٣١٧ وما بعدها. محمد حسون- الاعتبارات المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار- رسالة ماجستير- كلية الحقوق- جامعة النهرين- ١٩٩٠- ص٣٨ وما بعدها

٤٩- د. سعدون العمري- مصدر سابق- ص١٥٣ وما بعدها

٥٠- المصدر السابق نفسه- ص١٥٥ وما بعدها

٥١- حسين عامر- المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية- ط١- مطبعة - القاهرة- ١٩٥٦- ص٥٢٩ وما بعدها

٥٢- د. سيروي احمد خانكر- تطوير العقد في ضل تقلبات الاسعار- بحث منشور في مجلة كلية الحقوق- جامعة النهرين- عدد(٣)- م(٢٠)- ١٩٩٨- ص٩٢ وما بعدها

٥٣- نصت المادة ٢٠٧٠ من القانون المدني العراقي على أن "تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعمل غير المشروع". ونصت المادة (١٧٠) من القانون المدني المصري على أن "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين (٢٢١، ٢٢٢) مراعياً في ذلك الظروف الملابسة. فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في التقدير".

٥٤- أي أن المادة ٢٠٧٠ من القانون المدني العراقي وبالمقابل المادة ١٧٠ من القانون المدني المصري تم تشير الى مراعاة الظروف الخاصة بالمسؤول عن تقدير التعويض مراعاة لما يعني عند الأخذ بها في القانون العراقي وينظر في ذلك د. عبد المجيد الحكيم- الموجز في شرح القانون المدني العراقي- الكتاب الأول- نظرية العقد للالتزام- مصادر الالتزام- شركة الطبع والنشر الأهلية- بغداد- ص ٤٩٦ وما بعدها.

٥٥- ابن منظور- لسان العرب- ج١١- مصدر سابق- ص٦٣٥.

٥٦- يلاحظ ان المشرع العراقي اقتصر بتعريفه للمال على الحقوق دون الأعيان في حين انه نص على الأشياء والأموال والحقوق تنظر المواد (٦٠-٧٠) من القانون المدني العراقي في حين ان القانون المدني المصري لم يتعرض لتعريف المال. محمد طه البشير- د. غني حسون طه- الحقوق العينية/الحقوق العينية الأصلية- الحقوق العينية التبعية- ج١- بغداد- ١٩٨١- ص١٠-١١.

٥٧- السيد كاظم الحسيني الحائري- فقه العقود- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي- ج١- مجمع الفكر الإسلامي- قم- بالاستنساخ طبع- ص ١٠٧-١١٨، أحمد فرج حسين- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية- ط١- مؤسسة الثقافة الجامعية- ١٩٩٨- ص ٩ وما بعدها. عبد الوهاب البغدادي- العناصر المكونة لصفة المالية عند الفقهاء- بحث منشور في مجلة البحوث الإسلامية الصادرة عن الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء- المملكة العربية السعودية- العدد ٢٣- الإصدار من رجب الى شوال لسنة ١٤٢٥هـ- ص١٦٩.

٥٨- صدرت مجلة الأحكام العدلية في زمن الدولة العثمانية وبدأ تطبيقها عام ١٢٩٣هـ اذ كانت القانون المدني الغالب ووضعت من قبل لجنة شكلتها الدولة العثمانية استمرت بالعمل لاحدى وعشرين سنة في اعدادها ومباشرتها ينظر في ذلك مصطفى أحمد الزرقا- شرح القانون المدني السوري- نظرية الالتزام العامة- ج١- المصادر- العقد والإرادة المنفردة- ط٤- مطبعة دار الحياة- سورية- ١٩٦٤- ص ٥ وما بعدها.

٥٩- المادة ١٢٦ من مجلة الأحكام العدلية. عليه رستم باز اللبناني- شرح مجلة الأحكام العدلية- منشورات الحلبي الحقوقية- ط٣- بيروت- ٢٠٠٩- ص٧٠.

٦٠- علي حيدر- درر الحكام شرح مجلة الأحكام- تعريب المحامي فهمي الحسيني- ج١- دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع وقعت هذه الطبعة بموافقة خاصة من دار الجيل في بيروت- السعودية- ٢٠٠٣- ص١١٥-١١٦.

٦١- ينظر للاستزادة في ذلك احمد فرج حسين- مصدر سابق- ص١٠ وما بعدها.

٦٢- ينظر لسان العرب لابن منظور- مصدر سابق- ص١٠٨٧.

٦٣- د. عبد المنعم فرج الصدة- مبادئ القانون- مصدر سابق ص ٢١٥.

٦٤- ينظر في ذلك ولمزيد من خصائص الذمة المالية وعناصرها والأهمية العملية لها د. نبيل ابراهيم سعد- المدخل الى القانون نظرية الحق- بالاستنساخ طبع- ٢٠١١- ص١٦٣ وما بعدها.

٦٥- علي حيدر- مصدر سابق- ص٢٥ وص٧٢٥.

٦٦- د. عبد الرزاق السنهوري- مصادر الحق في الفقه الإسلامي- المجلد الأول- ج١- مصدر سابق- ص ٢٠.

٦٧- يلاحظ نص المادة ٢/٣٤٠ من القانون المدني الفرنسي ونص المادة ٢/٢٩٠ من القانون المدني المصري.

٦٨- د. عبد الرزاق السنهوري- مصادر الحق في الفقه الإسلامي- مصدر سابق- ص٢٠.

٦٩- المصدر السابق نفسه- ص٢٦.

٧٠- د وهبة الزحيلي - مصدر سابق- ج٤- ص٥٢وما بعدها مصطفى أحمد الزرقا- المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي الخراج جديد مع صياغة متكاملة للنصوص تلك النظرية- دار القلم- ط١ - دمشق - ١٩٩٩- ص ١٩٥وما بعدها

٧١- ينظر في وحدة الذمة المالية وعدم تكل تفرق بلا ترجيح يقر منع المعين من التصرف بموله مصطفى أحمد الزرقا- المصدر السابق - ص ٢٠٤ وما بعدها

٧٢- تلاحظ المادة ٣/٤٨٠ من القانون المدني العراقي ونص المادة ٢/٥٣٠ من القانون المدني المصري

٧٣- نصت المادة ١/٢٢٠ من القانون المدني العراقي على ان (اموال المعين الصغير ضامنة للوفاء بديونه ، وال عين نفس ذهبت المادة ١/٢٢٤ من القانون المدني المصري يقولها (اموال المعين الصغير ضامنة للوفاء بديونه).

٧٤- المعجم الوسيط – مجمع اللغة العربية- ط٤- مكتبة الشروق الدولية- بلا مكان طبع- ٢٠١٤- باب السين- ص٥١٢ و ٥١٥.

٧٥- الصغير قانونا هو الذي له يبلغ سن الرشد وهو تمام الثامنة عشرة من العمر (المادة ٣٠ أولا) من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المعدل ويلاحظ ان مصطلح الصغير يختلف من مصطلح القاصر في قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المعدل اذ ان القاصر يشمل الصغير والمجنون ومن تقرر المحكمة انه بلغ الاعتية او فاقده و لعقل والمفقود الا اذا دلت القرينة على خلاف ذلك تنظر المادة ٣٠ ثانيا قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المعدل

٧٦- د عيسى صالح خلف - أثر تقص الاهلية في المسؤولية الجنائية عند الصغير في الفقه الاسلامي - بحث منشور في مجلة سر من رأى العلمية المحكمة تصدر عن كلية التربية جامعة سامراء وكانت (مجلة تصدر عن ملاك جامعة تكريت كلية التربية سامراء وقد الت عائديتها الى جامعة سامراء بعد افتتاحها في عام ٢٠١٢ - فصلية ٣٠)- العدد (٧)- السنة الثالثة – ايلول – ٢٠١٧- ص٢٩ وما بعدها

٧٧- ينظر الولاية في اللغة – محمد امين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي – القاموس المحيط- ج٤-مؤسسة الرسالة- بيروت- ١٤٠٧هـ – ص٤٠٤ وينظر اصطلاحا في (الولاية على المال) محمد بن عبد العزيز النمي – الولاية على المال- ط١- بلا مكان طبع- ١٤٣٣هـ – ٢٠١٢م – ص٤٥ وما بعدها د وهبة مصطفى الزحيلي- - الفقه الاسلامي وادلته - الشامل للادلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيقها الاحاديث النبوية وتخريجها- ج٤- ط٤- دار الفكر – سورية- دمشق – ص١٤٦ وما بعدها

٧٨- ينظر اصطلاحا في (الولاية على النفس) د حسن الشاذلي- الولاية على النفس- دار الطباعة المحمدية بالازهر – ط١- القاهرة- ١٩٧٩ – ص٥ وما بعدها ويرى أحد فقهاء الامامية (التمييز بين الولاية والقيمومة عن الحضانة – الشيخ محمد حسن النجفي- جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام- دار احياء التراث العربي- ط٤- ج٣٦- بيروت- لبنان- ص٢٨٣ الشيخ مرتضى بن محمد امين الانصاري – المكاسب -ج٣- مجمع الفكر الاسلامي – ط١- مطبعة باقري- قم- ١٤٢٠هـ – ص٥٤٦.

٧٩- المادة ٥٩٠ من مجلة الاحكام العدلية

٨٠- ان التمييز في اللغة من العزل والفرز يعني أن تقول ميز تمييزا أي عزله وفرزه وميز الشيء فصل بعضه عن بعض و متاز تنحى وتميز من القيظ أي تقطع في قوله تعالى في سورة تبارك- الآية ٨ ، تكاد تميز من الغيظ ، ينظر في ذلك محمد الدين محمد بن يعقوب الفيروز بادي – القاموس المحيط- ج٢- مصدر سابق- ص١٩٩-٢٠٠.

٨١- المادة ٢/٩٧٠ من القانون المدني العراقي والمادة ٤٥٠ من القانون المدني المصري د عبد الودود يحيى – الموجز في النظرية العامة للالتزامات- مصادر الالتزام- ص٢١ د محمد شكري سرور- النظرية العامة للحق- دار الفكر العربي- ط١- ١٩٧٩- ص١٨٦-١٨٧ ويقسم الفقه الاهلية الى أهلية وجوب وأهلية أداء وأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص بأن تكون له حقوق وعليه التزامات أما أهلية الاداء فهي صلاحية الشخص لصدور التصرفات القانونية منه على نحو يعتد به قانونا ويتضح من ذلك الاختلاف بين أهلية الأداء وأهلية

الوجوب فالاخيرة صلاحية التخلص لاستعمال الحقوق التي يتمتع بها ينظر في ذلك د. السنهوري- الوسيط- ج١- مصدر سابق- ص٩٥.

٨٢- ينظر في ذلك د. السنهوري- مصدر السابق- ص٢٧٦ وما بعدها د. عبد الحكيم- مصادر الالتزام- ج١- بغداد- ١٩٦٣- ص١٠٦ وما بعدها د. حسن علي الذنون- النظرية العامة للالتزامات- بغداد- بلا سنة طبع- ص٧٧.

٨٣- المادة ٩٦٠ من القانون المدني العراقي والمادة ١/١٤٦٠ من القانون المدني المصري ينظر في ذلك فقه د. السنهوري- الوسيط- ج١- ص٢٩٩، سليمان مرقس- شرح للعلوم القانونية- القاهرة- ١٩٥٧- ص٣٩٢ د. حسن علي الذنون- النظرية العامة للالتزامات- مصدر سابق- ص٧٩ وما بعدها

٨٤- تنظر المادة ٣٠ ثانياً قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المعدل

٨٥- تنظر المواد ٢٧٠-٣٣٠ من الشرح السابق نفسه

٨٦- تنظر المواد ٣٤٠-٣٩٠ من الشرح السابق نفسه

٨٧- المادة ٩٧٤٠ من مجلة الاحكام العدلية

٨٨- سورة الحج الآية ٥٠، سورة السجدة ٦٠-٩ سورة الحجر الآية ٢٦٠، سورة غافر الآية ٦٧، المؤمنون الآية ١٤٠ القيامة الآية ٣٨٠، سورة الاسراء الآية ٢٤٠ وينظر سورة القمر الآية ٥٣٠، وسورة الكهف الآية (٤٩، وسورة يونس الآية ٦١٠ ورد النص على مفردة من السفر باعتبار القمر والنازلة من الخير والشر وليس دالا على سفر القمر قال رسول الله لاعطفه محمد بن عبد الله، صلى الله عليه وآله وسلم، اليمن من تم يرحمه سفرنا ويوفر كيوزنا، ثقة الاسلام ابو جعفر محمد بن يعقوب بن اسحاق الكليني الرازي- الاصول من الكافي- ج٢- دار المرتضى للطباعة- بلاسة ومكان طبع- ص١٦٥ وقال الامام علي بن الحسين عليه السلام، رفيق السفر رحمته في تعسيه و لطرعه والستر عليه و لرفق به والمعونة له، الشيخ الصدوق- ابي جعفر محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي- من لا يحضره الفقيه- ج٢- منشورات مؤسسة الاعلمي للمطبوعات- ط١- لبنان- ١٩٨٦- ص١٢٥- باب الحقوق- ح ٣٢١٤.

٨٩- علي حفيف- الغبن في الفقه الاسلامي- دار الفكر العربي- القاهرة- ١٩٩٧- ص٢٥٨ د. محمد الحاج الجندي- جرائم الاحداث في الشريعة الاسلامية مقارنا بقانون الاحداث- دار اليقظة العربية- ط٢- ١٩٩٦- ص٢٩.

٩٠- ابن النجيم- البحر الرائق شرح كنز الدقائق- ج٨- دار المعرفة للطباعة والنشر- لبنان- بدون سنة طبع- ص٩٠.

٩١- علي حفيف- مصدر سابق- ص٢٥٨.

٩٢- د. وهبة مصطفى الزحيلي- الفقه الاسلامي وادلته- مصدر سابق- ص٧٤٦ وما بعدها

٩٣- المادة ٢/٤٥٠، والمادة ٢/٤٤٠ من القانون المدني المصري

٩٤- تنص المادة ١٠٢٠ من القانون المدني العراقي على ان ولي الصغير هو ابوه ثم وصي ابيه ثم جد الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة او الوصي الذي نصبته المحكمة).

٩٥- المادة ٢/٤٤٠ من القانون المدني المصري والمادة ١٠٢٠ من القانون المدني العراقي

٩٦- د. حسن علي الذنون- النظرية العامة للالتزامات- مصدر سابق- ص٢٨٢-٢٨٤.

٩٧- ينظر في رأي جمهور الفقه الاسلامي والرأي الاخر لفقهاء المذهب الحنفي د. وهبة مصطفى الزحيلي- الفقه الاسلامي وادلته- مصدر سابق- ص٢٤٦- ٢٤٧ .

٩٨- ينظر في ذلك أحمد ابراهيم- الاهلية وعوارضها والولاية في التشريع الاسلامي- بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد- جامعة القاهرة- س ١٠ -ع ٣٠ - ١٩٣١- ص١٦ وما بعدها

٩٩- حسين النوري الطبرسي - مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل - تحقيق مؤسسة ال البيت عليهم السلام لاحياء التراث - ج٣ - بلامكان طبع - ١٩٩٠ - ص ١٩.
١٠٠-ابو جعفر محمد بن الحسن الطوسي - تهذيب الاحكام في شرح المقنعة للشيخ المفيد رحمه الله عليه الجزء الثاني - ص٣٨١ - ج ١٥٨٤ .
١٠١-ينظر في هذا د. احمد كاظم البهادلي - مفتاح الوصول الى علم الاصول - ج١- دار الموارد العربي - ط١- بغداد - ٢٠١٩ - ص١٠٦ . د مصطفى بن وهبة الزحيلي - المصدر سابق - ص٢٤٦ ومابعدها.
١٠٢-ينظر عرض هذا الاتجاه من مذاهب الفقه الاسلامي د عيسى صالح حسن - المصدر سابق - ص٢٩.
١٠٣-ينظر عرض هذا الاتجاه من مذاهب الفقه الاسلامي - المصدر السابق نفسه - ص٣٠.
١٠٤-ينظر اتجاه القانونية من الفقه الاسلامي - المصدر السابق نفسه - ص٣١.
١٠٥- المادة ٢٠٢٠ من القانون المدني العراقي
١٠٦-د عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - المصدر سابق - ج١- ص٧٧٧.
١٠٧-د حسن علي الذنون - المبسوط في المسؤولية المدنية - الخطأ - دار وائل للنشر - عمان - الاردن - ٢٠١٦ - ص٧٩.
١٠٨-د عبد الفتاح الحكيم عبد الباقي البكري محمود طه البشير - المصدر سابق- ص٢١٥.
١٠٩-د حسن علي الذنون - النظرية العامة للالتزامات - المصدر سابق - ص٢٣٣.
١١٠-د عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - المصدر سابق - ج١- ص٧٨٩ د عبد المجيد الحكيم - الموجز - المصدر سابق- ص٤٩٢-٤٩٣ د غني حسون طه - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - بغداد - ١٩٧١ - ص٤٣٦.
١١١-د توفيق حسن فرج - المصدر سابق - ص ٣٧١ ومابعدها
١١٢-د نبيل ابراهيم سعد - النظرية العامة للالتزام - المصدر سابق - ص٣٩٢.
١١٣-كما في القانون المدني العراقي والقانون المدني السوري و القانون المدني الفرنسي
١١٤-حسين عامر - المصدر سابق - ص١٥٤.
١١٥- المادة ١٩٦٠ من القانون المدني العراقي والمادة ١١٦٤ من القانون المدني المصري
١١٦-ابن منظور - لسان العرب- المجلد الرابع مادة السرر - القاهرة- دار المعارف- بلا سنة طبع- ص٤٨١.
١١٧-ينظر في ذلك د عبدالجبار محمد شرارة - نظرية نفي الضرر في الفقه الاسلامي المقارن - رابطة الثقافة والعلاقات الاسلامية- - طهران - ايران - ١٩٩٧ - ص ٣٣-٣٥.
١١٨-أحمد شرف الدين- انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي- مطبعة الجندرة العربية- ١٩٨١- ص١١ ومابعدها
١١٩-د نبيل ابراهيم سعد- النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام- دار الجامعة الجديدة- مصر- ٢٠١٩- ص٤٣٨.
١٢٠-جانب من الفقه يميز بين الضرر الذاتي الذي يصيب المضرور في غير جسمه والضرر الجسدي الذي يصيب المضرور في جسمه ينظر في ذلك أحمد شرف الدين- المصدر السابق- ص١٢ ومابعدها
١٢١-د سيروي حمد خاطر- الضرر المرتد في القانون العراقي المقارن- بحث منشور في مجلة العلوم القانونية العدد ١٠و ٢- المجلد الثامن- مطبعة العاني- بغداد- ١٩٨٩- ص٢٣٢.
١٢٢-د توفيق حسن فرج- النظرية العامة للالتزام- في مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية- الدار الجامعية- مصر- بلا سنة طبع- ص٣٨٣ ومابعدها
١٢٣-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي - القاموس المحيط - المصدر سابق - مادة تلف - ص٧٤٩.
١٢٤-علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - ج٧ - دار الكتب العلمية - ط٢ - ١٩٨٦ - ص ١٦٤ ومابعدها علي بن أسباب الضمان في الفقه الاسلامي هي التعدي والعقد

والاتلاف، في اختلاف بين فقهاء المذاهب الاسلامية ينظر في ذلك د. عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - مصدر سابق - ص ٣٦٩.

١٢٥- د. السنهوري- مصدر السابق- ص٥٢ وما بعدها

١٢٦- أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي - المنثور في القواعد الفقهية- ج٢ - وزارة الأوقاف الكويتية - ط ٢ - ١٩٨٥ - ص٣٢٤ وما بعدها

١٢٧- د. عبد القادر الفار- مصادر الالتزام- مصادر الحق الشخصي في القانون المدني- دار الثقافة للنشر والتوزيع- ط٣- عمان – الأردن- ٢٠٠٠- ص٢٠٧.

١٢٨- تنص المادة ١٦٣٠ من القانون المدني المصري على أنه ((كل خطأ سبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض))

١٢٩- د. عبدي محمد خاطر- مصدر سابق- ص٢٢٢.

١٣٠- حسناً فعل المشرع المصري عندما تجنب الخوض في هذا المفهوم الذي يستبق من مسؤولية الصغير مع مراعاة تمييز هذا الشرع بين الصغير المميز وغير المميز و نص على مسؤولية الصغير عن أعماله غير المشروعة متى ما كان مميزاً وقت وقوع الفعل غير المشروع ينظر المادة ١٦٤٠ من القانون المدني المصري

١٣١- د. محمد حسين منصور- مصادر الالتزام- الفعل الضار- الفعل النافع القانون- الدار الجامعية للطباعة والنشر- بلا مكان طبع- ٢٠٠٠- ص٩٨-٩٩.

١٣٢- ينظر في علاقة التمييز بالجعالة د. جلال علي العدوي- التوجز في مصادر الالتزام- مصدر سابق- ص٣٥٣ وما بعدها

١٣٣- د. مصطفى الجمال – النظرية العامة للالتزامات- الدار الجامعية للطباعة والنشر- بلا مكان طبع- ١٩٨٧- ص٣٩٥ وما بعدها

١٣٤- د. السنهوري – الوسيط- ج١- ص٩٠٩.

١٣٥- شمس والوضع السابق- د. سليمان مرقس- الفعل الضار- ج١- ص١٠٩ وما بعدها

١٣٦- ينظر نص المادة ٢٢٦ من القانون المدني المصري مقابلة لنص المادة ٢٠٧٠ من القانون المدني العراقي

١٣٧- المادة ١٧٣٠ من القانون المدني المصري

١٣٨- د. عبد المجيد الحكيم واخرون- مصدر سابق- ص٢٥٤ د. حسن علي الذنون- مصادر الالتزام- مصدر سابق- ص٢٨٢ د. عبد القادر الفار- مصدر سابق- ص٢١١ د. نبيل ابراهيم سعد – مصدر سابق- ص٤٠٧.

١٣٩- د. عبد المجيد الحكيم واخرون – مصدر سابق- ص٢٥٥.

١٤٠- د. حسن علي الذنون- مصادر الالتزام- مصدر سابق- ص٢٨١.

١٤١- د. نبيل ابراهيم سعد- مصدر سابق- ص٤٠٧.

١٤٢- المادة ٢/٢٢٨٠ من القانون المدني العراقي والمادة ٣/١٧٣٠ من القانون المدني المصري

١٤٣- د. توفيق حسن فرج- مصدر سابق- ص٤٠٦.

١٤٤- تنظر كل من المادتين (١٩١٠) و ١٨٦٠ من القانون المدني العراقي والمادتين ١٦٤٠، و ١٧٣٠ من القانون المدني المصري

١٤٥- د. السنهوري- الوسيط- ج١- مصدر سابق- ص١١٣٤ د. عبد الحميد الشواربي- عز الدين الديناصوري – المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء – بلا مكان طبع- ص٢٠٢ د. نبيل ابراهيم سعد- مصدر سابق- ص٤١١، د. حسن علي الذنون- مصدر سابق- ص٢٨٢-٢٨٣.

١٤٦- المادتان ١٩١٠، و ٢١٨٠ من القانون المدني العراقي و١٦٤، ١٣٣٠ من القانون المدني المصري

١٤٧- د. توفيق حسن فرج- مصدر سابق- ص٤٠٦ د. نبيل ابراهيم سعد- مصدر سابق- ص٤١١ د. عبد القادر الفار – مصدر سابق- ص٢١٤.

١٤٨- تنظر المادة ١٧٥٠ من القانون المدني المصري

١٤٩-تنظر المادة ٢/١٦٤، من القانون المدني المصري
١٥٠- المادة ١٠٦، من القانون المدني العراقي والمادة ٢/٤٤، من القانون المدني المصري
١٥١-المادتان ١٧٣، و١٧٥، من القانون المدني المصري
١٥٢-المواد ١٦٤، و١٧٣، و١٧٥، من القانون المدني المصري
١٥٣- توضيح لاتجاه المشرع العراقي الذي يفارق اتجاه المشرع المصري
١٥٤- السيد صادق الحسيني الشيرازي - الاشهر والاسرار بالاسلام - دار صادق للطباعة والنشر - طبعة مطبعة الفرائد الخمسة - بغداد - ١٤٠٥ - ص٧ وما بعدها
١٥٥- نصت الفقرة الثانية من المادة ٢١٦، من القانون المدني العراقي على أن ٢٠ - فلو اتلف احد مال غيره في مقابل اتلاف هذا منه كان كل منهما مسئولا للاخر ما اتلف ولو اتلف شخص فاخذ تراضيا زائدة من شخص اخر فليس له ان يسترها الى غيره)
١٥٦-علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي - مصدر سابق - ص ١٦٤ وما بعدها
١٥٧-ان الفقه القانوني يرى أن المباشرة تعني اتلاف الشيء من غير أن يتخلل بين فعل الفاعل وبين التلف فعل اخر كما لو كسر إناء الغير فان الاتلاف تسبب فهو اذا تخلل بين الفعل والتلف امر اخر يقسي اليه ويكون التسبب في التلف د عبد المجيد الحكيم واخرون- مصادر الالتزام - ج١- ص٤٨٤ وما بعدها د حسن علي الذنون- أحكام الالتزام - مصدر سابق- ص٣٩٩ د عبد الرزاق السنهوري- مصادر الحق في الفقه الاسلامي- ج١- مصدر سابق- ص٥٧.
١٥٨- ذهب جانب من الفقه الى أن المقصود بالتعدي هنا هو أن يقوم الصغير بالفعل بدون وجه حق والتعمد هو القيام بالفعل بوجه حق يقصد الاضرار بالغير وبذلك يتصور لصغير المميز دون غير المميز
١٥٩-ينظر في ذلك د فخري رشيد مهنا - مدى مسؤولية الصغير وعديم التمييز - دراسة مقارنة في الشريعة الاسلامية والقوانين الانجلوسكسونية والعربية- رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد - ١٩٧٤ - ص ١٠ وما بعدها
١٦٠-إذ أن هذه الاحكام تختلف في القانون العراقي بالنسبة للبالغ اذ أنه اشترط التعمد أو التعدي لقيام مسؤولية الفاعل البالغ وفي حالة اجتماع المباشر والمتسبب يلزم بالضمان المتعمد أو المتعدي منهما واذا تعمد كل منهما فكانا متكافلين في الضمان اذ نصت المادة ١٨٩ من القانون المدني على أن ١٠ - اذا اتلف احد مال غيره او انقص قيمته مباشرة او تسببا يكون ضامنا اذا كان في احداثه قد اضر قد تعمد او تعدى
٢ - واذا اجتمع مباشر و متسبب ضمن المتعمد او المتعدي منهما فيه وحسنا اذا كانا متكافلين في الضمان .
ويتفق بالنسبة لعديم التمييز وهو في حكمه لتقرير مسؤوليته بالضمان عن الاضرار التي يحدثها بالغير تكون الفقه الاسلامي لا يخرج بالخط ومن ثم لا فائدة عملية من التمييز بين الاتلاف مباشرة والاتلاف تسبب وتكون المشرع العراقي متأثرا بالفقه الاسلامي لا يشترط التعمد أو التعدي لتقرير التزام الصغير بالتعويض من ماله في المادة (١٩٦ من القانون المدني
١٦١-وهو اتجاه المذهب الاباضي من المذاهب الاسلامية الذي يرى الصغير في جنايته كالبالغ يجب حفظه واذا له يحفظ الراعي الصغير الزم بالغرم ينظر في ذلك محمد بن يوسف أطفيش- شرح كتاب النيل وشفاء العليل- ج١٣- مكتبة الارشاد - جدة - دار الفتح - بيروت - ط٢ - ١٩٧٣ - ص٤٩٦ وما بعدها
١٦٢-د علي خفيف- مصدر سابق - ص٢٤ د عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - مصدر سابق - ص٥٠.
١٦٣-علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي - ج٥- مصدر سابق - ص١٤٨ ، أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي - المهذب في فقه الامام الشافعي - دار الكتب العلمية - ج١ - بلامكان وسنة طبع- ص ٣٤٢ .

وجدير بالاشارة هنا الى ان الفضولي في اللغة العربية اسم منسوب الى فضول متفعل وهو عندهم من لا فائدة فيه وقيل انه اشتغل بما لا يعنيه او تدخله فيما لا يعنيه والفضولي هو من اشتغل بالامور التي لا تعنيه وفي الاصطلاح الفقهي الاسلامي هو من لم يكن وليا ولا وصيا ولا أصيلا ولا وكيلا ويكون العمل فضوليا عندما يقدم الفضولي على ادارة شؤون الغير من تلقاء نفسه ومن غير ولا تفويض أي أن يباشر الفضولي بدون أي تكليف وهو عالما بذلك أن العمل لمصلحة الغير زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي - مختار الصحاح - تحقيق يوسف الشيخ محمد- المكتبة العصرية - الدار النموذجية- بيروت - صيدا

- ط ٥ - ١٩٩٩ - ص٣١٤ ،علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني- معجم التعريفات - تحقيق محمد صديق المنشاوي- دار الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير - مصر - بلاسة طنطا - ص٢١٥.

١٦٤-يقصد في ذلك د وهبة مصطفى الزحيلي - الفقه الاسلامي وادلته - ج٤- مصدر سابق - ص١٦٧.

١٦٥-د عبد الرزاق السنهوري - مصدر سابق - ص ٥٨.

١٦٦-يوسف نجم جبران - النظرية العامة للموجبات - مصادر الموجبات - القانون والجرم وشبه الجرم - من منشورات عويدات - بيروت - ١٩٧٨ - ص٢٥٥.

١٦٧-د عبد الرزاق السنهوري - - الوسيط - ج١ - مصدر سابق - ص ٨٨٨.

١٦٨-تنظر المواد ١٩٣-١٩٨ ،من القانون المدني المصري

١٦٩-د جلال علي العدوي - مصدر سابق - ص٢٧٦.

١٧٠-د عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - ج١ - مصدر سابق - ص ٨٨٨.

١٧١-يوسف نجم جبران - مصدر سابق - ص٢٥٥.

١٧٢-د عبد الرزاق السنهوري - مصدر سابق - ص ٨٨٨ ومابعدها

١٧٣- يقصد في هذا الاتجاه الفقيه توفيق حسن فرج - تراجع في النظرية العامة للالتزام - القاهرة - ١٩٨١ - ص ٢٦٨.

١٧٤-د عبد الرزاق السنهوري - مصدر سابق - ص ٥٨.

١٧٥-د نبيل ابراهيم سعد - النظرية العامة للالتزامات - مصدر سابق - ص ٤٥٣ ومابعدها

١٧٦-د حسن علي الذنون - النظرية العامة للالتزامات - مصدر سابق - ص ٢٤٧.

١٧٧-جميل الشرقاوي - مصدر سابق - ص ٤٨٩.

١٧٨-د عبد الرزاق السنهوري - مصدر سابق - ص ٨٨٨ ومابعدها

١٧٩-د نبيل ابراهيم سعد - النظرية العامة للالتزامات - مصدر سابق - ص ٤٦٥.

١٨٠-كما هو الحال في القانون العراقي في المادة ٢١٧٠ ،من القانون مدني وفي القانون المصري في المادة ١٦٩٠ ،من القانون المدني

١٨١-د عامر غاه - تعدد الاسباب - اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة النهرين - بغداد - ٢٠١١ - ص ١٥٩.

١٨٢-المصدر السابق نفسه - ص١٥٦.

١٨٣- يقارن اختلاف حكم كل من المادتين ٢٠٤٠ و٢١٨٠ من القانون المدني العراقي

١٨٤-حسين عامر - مصدر سابق - ص٣٨٤ ومابعدها

١٨٥- عبد المنعم فرج الصدة - مصدر سابق - ص ٤٩٧.

١٨٦-حسين عامر - مصدر سابق - ص٣٨٤.

١٨٧-د سعدون العامري - مصدر سابق - ص ١٧٦.

١٨٨- د عامر غاه -مصدر سابق - ص١٠٩.

١٨٩-د سعدون العامري - مصدر سابق - ص ١٨٦.

١٩٠-د عبد الرزاق السنهوري - مصدر سابق - ص ٨٩٥.
١٩١-يذهب الدكتور عبد الرزاق السنهوري إلى أنه بالرغم مما ذكر إلا أنه يبقى الحل العملي العدل وحلا تمليه يسعب الأخير فيه د عبد الرزاق السنهوري- المصدر السابق- ص١١٥.
١٩٢-وقد تأكد ذلك في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري حيث أن القاضي يحدد ما يؤديه كل منهم أي المسؤولون عن الضرر معتمد في ذلك لجسامة الخطأ الذي وقع منه وبسبب هذا الخطأ في احداث الضرر وكل طرف اخر من شانه أن يكشف عن مدى مساهمة المسؤول في الضرر الحادث وزارة العدل المصرية - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - ج٢- مكتبة الندية - بلا سنة طبع - ص٣٨٤.
١٩٣-د سعدون العامري - مصدر سابق - ص ١٨٨.
١٩٤-حسن زكي الابراشي - مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن - دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة - بلا سنة طبع- ص٢٠٤.
١٩٥-د جلال علي العدوي - مصدر سابق - ص ٤١٥.
١٩٦-المصدر السابق نفسه - ص ٤١٦.
١٩٧-عبد المنعم فرج الصدة - مصدر سابق - ص ٤٩٧.
١٩٨-عبد الحميد الشواربي عز الدين الدناصوري - مصدر سابق - ص ١٨٧.
١٩٩-د عبد الرزاق السنهوري - مصدر سابق - ص ٩٠٤.
٢٠٠-يستشهد عليه أحد الفقه بتوزيع المسؤولية على عدد الرؤوس عندما يقول ...ان القاضي لم يكن يتجاوز توزيع المسؤولية على عدد الرؤوس إلا في حالة ما إذا استحال عليه تحديد جسامة كل خطأ حيث يستبيح مبررا اقتراض التكافؤ بين الأخطاء جميعا وحين كان يتم توزيع المسؤولية بالتساوي على عدد المسؤولين، د عبد الرزاق السنهوري- الوسيط- ج١- مصدر سابق- ص٤٠٨.
٢٠١-حسن زكي الابراشي- مصدر سابق - ص ٢١٠.
٢٠٢-ينظر في ذلك د عبد الرزاق السنهوري - مصدر سابق - ص ٩٠٥.
٢٠٣- المادة ١٢١٠ من القانون المدني المصري
٢٠٤-ينظر في هذا الاتجاه الفقيه د عبد المنعم فرج الصدة- مصدر سابق- ص٤٠٧ وما بعدها
٢٠٥- نور سلطان - مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني- ط١- منشورات الجامعة الاردنية- ص٣٤٢ وما بعدها
٢٠٦-أحمد شرف الدين- مصدر سابق- ص٨٤.
٢٠٧-نور سلطان - مصدر سابق- ص٣٤٢.
٢٠٨- المادة ١٢١٠ من القانون المدني المصري
٢٠٩-يقول جانب من الفقه أن هذا الاتجاه هو ما تواتر القضاء الفرنسي والمصري والعراقي بالاخذ به اي بمعيار جسامة الخطأ في توزيع المسؤولية بالتعويض في حالة تعدد المسببين للضرر، فاذا لم يكن دلت ميسرا للقاضي موضوع الحكم بالتوزيع المتساوي بدفع التعويض على المسؤولين ينظر في ذلك د السنهوري- الوسيط- ج١- مصدر سابق- ص١١٠٦ يوسف محمد جبران- مصدر سابق- ص٣٥٢ براهيم الشاهري- تعارض القانونية في قضاء محكمة التمييز- مع القانون المدني- مركز البحوث القانوني- بغداد- ١٩٨٨- ص٣١٣.
٢١٠-ينظر في القانون المصري ١٢١٠ من القانون المدني المصري
٢١١- المادة ١٢١٠ من القانون المدني العراقي
٢١٢-ينظر في القانون المصري المادة ١٢١٠ من القانون المدني
٢١٣-التضامن لا يفترض بل يكون بناء على اتفاق او نص بالقانون ينظر في د سليمان مرقس- مسؤولية الراعي المفترضة عن فعل المرعي في تشريعات البلاد العربية مع المقارنة بالقانون الفرنسي- معهد البحوث والدراسات العربية - بلا مكان طبع - ١٩٦٨ - ص١١١ وتنظر المادة ٣٢٠ من القانون المدني العراقي

٢١٤-ينظر المادة ١٩٩٠ من القانون المدني المصري
٢١٥-ينظر النص المقابل للمادة السابقة نفسها
٢١٦-ينظر في القانون المصري المادة ٢٨١٠ من القانون المدني
٢١٧-ينظر في القانون المصري المادة ١/٢٩٧٠ من النص السابق نفسه
٢١٨-ينظر في القانون المصري المادة ٢٩٨٠ من النص السابق نفسه
٢١٩-ينظر في القانون المصري المادة ٣٠١٠ من النص السابق نفسه
٢٢٠- المادة ٣٣٦٠ من القانون المدني العراقي المقابلة للمادة ٣١٦٠ من القانون المدني المصري
٢٢١-د علي خفيف- مصدر سابق - ص٩٠ وما بعدها
٢٢٢-د وهبة مصطفى الزحيلي - نظرية الضمان في الفقه الاسلامي - مصدر سابق - ص ٣٧ وما بعدها
٢٢٣- د سليمان محمد أحمد- ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي- مطبعة السعادة - ط١- ١٩٨٥- ص٣٨٠ وما بعدها
٢٢٤-ينظر في ذلك حسين عامر - مصدر سابق - ص١٥٤.
٢٢٥- د وهبة مصطفى الزحيلي - مصدر سابق - ص ٣٧ وما بعدها
٢٢٦-د علي خفيف- مصدر سابق - ص ٦٨ وما بعدها
٢٢٧-د وهبة مصطفى الزحيلي - مصدر سابق - ص ٢٥٥ وما بعدها
٢٢٨- ينظر في ذلك المادة ١٩٢٤ من مجلة الاحكام العدلية التي نصت على أنه (يشترط التعدي في كون التسبب موجب للضمان يعني ضمان يتسبب في الضرر مشروطة بعمده فلا يغلب على ذلك الضرر بغير حق)
٢٢٩-د سليمان محمد أحمد- مصدر سابق- ص٣٩٠ وما بعدها
٢٣٠- د وهبة مصطفى الزحيلي - مصدر سابق - ص ٤١ وما بعدها
٢٣١-علي حيدر - مصدر سابق - ص٩٣-٩٤.
٢٣٢- د سليمان محمد أحمد- مصدر سابق- ص٣٩٠ وما بعدها

المصادر

اولاً/القرآن الكريم
ثانياً/ الكتب //

١- ابراهيم المشاهدي- المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز- القانون المدني- مركز البحوث القانوني- بغداد- ١٩٨٨.

٢- ابن منظور- لسان العرب - الدار المصرية للتأليف والترجمة- بلا سنة طبع.

٣- ابن النجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق- ج٨ - دار المعرفة للطباعة والنشر- لبنان- بدون سنة طبع.

٤- أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي - المهذب في فقه الإمام الشافعي - دار الكتب العلمية - ج١ - بلامكان وسنة طبع.

٥- أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي - المنثور في القواعد الفقهية- ج٢ - وزارة الأوقاف الكويتية - ط ٢ - ١٩٨٥.

٦- د.احمد كاظم البهادلي - مفتاح الوصول الى علم الاصول - ج١- دار الفاروق العربي - ط١- بغداد-٢٠٠٢

٧- أحمد شرف الدين- انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي- مطبعة الحضارة العربية- ١٩٨٢.

٨- أحمد فرج حسين - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية - ط١- مؤسسة الثقافة الجامعية - ١٩٩٨.

٩- المعجم الوسيط - مجمع اللغة العربية- ط٤- مكتبة الشروق الدولية- بلا مكان طبع- ٢٠٠٤.

١٠- د.اسامة عبد العظيم الشيخ- البلوغ واثره في الفقه الاسلامي- دار الجامعة الجديدة للنشر- الاسكندرية- مصر-٢٠٠٨- ص ٨٧ ومابعدها.

١١- ابي جعفر محمد بن الحسن الطوسي - تهذيب الاحكام في شرح المقنعة للشيخ المفيد رضوان الله عليه الجزء الثاني.

١٢- ابي جعفر محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي (الشيخ الصدوق) - من لا يحضره الفقيه - ج٢- منشورات مؤسسة الأعلمي للمطبوعات - ط١- لبنان -١٩٨٦.

١٣- ابي جعفر محمد بن يعقوب بن اسحاق الكليني الرازي - الاصول من الكافي- ج٢- دار المرتضى للطباعة - بلاسنة ومكان طبع.

١٤- أنور سلطان - مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني- ط١- منشورات الجامعة الأردنية.

١٥- توفيق حسن فرج- النظرية العامة للالتزام - في مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية- ط٣- الدار الجامعية- بلا مكان وسنة طبع.

١٦- توفيق حسن فرج - دروس في النظرية العامة للالتزام - القاهرة - ١٩٨١.

١٧- د.جلال علي العدوي - الموجز في مصادر الالتزام - منشأة المعارف بالاسكندرية - مصر - ١٩٩٥.

١٨- د. جميل الشرقاوي- النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام- ج١- دار النهضة العربية- ١٩٨١.

١٩- حسن عكوش - المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد - ط٢ - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٠ - ص١٨٧ .

٢٠- د. حسن الشاذلي- الولاية على النفس- دار الطباعة المحمدية بالأزهر- ط١- القاهرة- ١٩٧٩.

٢١- حسن زكي الابراشي - مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن - دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة - بلا سنة طبع.

٢٢- د. حسن علي الذنون- النظرية العامة للالتزامات- مصادر الالتزام- اقسام الالتزام- اثبات الالتزام- مطبوعات الجامعة المستنصرية- ١٩٧٦.

٢٣- د. حسن علي الذنون- النظرية العامة للالتزامات- بغداد- بلا سنة طبع.

٢٤- د. حسن علي الذنون- المبسوط في المسؤولية المدنية - الضرر - شركة الشامس للطبع والنشر - بغداد - ١٩٩١.

٢٥- حسام الدين الاهواني- الحق في احترام الحياة الخاصة- الحق في الخصوصية- دراسة مقارنة- دار النهضة العربية- ١٩٧٨.

٢٦- حسين النوري الطبرسي - مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل - تحقيق : مؤسسة آل البيت عليهم السلام لاحياء التراث - ج٣ - بلامكان طبع - ١٩٩١.

٢٧- د. حسين عامر- التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود- ط١- مصر- ١٩٦٠.

٢٨- حسين عامر- المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية - ط١- مطبعة - القاهرة- ١٩٥٩.

٢٩- زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي - مختار الصحاح - تحقيق يوسف الشيخ محمد- المكتبة العصرية - الدار النموذجية- بيروت - صيدا- ط ٥ - ١٩٩٩.

٣٠- د. سعدون العامري- تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية- وزارة العدل- بغداد- ١٩٨٠.

٣١- د. سليمان مرقس- مسؤولية الراعي المترتبة عن فعل المرعي في تقنينات البلاد العربية مع المقارنة بالقانون الفرنسي- معهد البحوث والدراسات العربية - بلا مكان طبع - ١٩٦٨.

٣٢- د. سليمان مرقس- الوافي في شرح القانون المدني- ج٢- بلامكان طبع - ١٩٨٨.

٣٣- د. سليمان محمد أحمد- ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي- مطبعة السعادة - ط١- ١٩٨٥

٣٤- سمير عبد السيد تناغو- نظرية الالتزام- منشأة المعارف بمصر- ١٩٧٥.

٣٥- صادق الحسيني الشيرازي - الاضرر والاضرار بالاسلام - دار صادق للطباعة والنشر - طبعة مطبعة المعارف الخامسة - بغداد - ٢٠٠٥.

٣٦- د.صلاح الدين الناهي-الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية العراقية والمملكة الاردنية الهاشمية والكويت- مصادر الحقوق الشخصية- مصادر الالتزامات- مطبعة البيت العربي-عمان-الاردن-١٩٨٩.

٣٧- د.عبدالجبار احمد شرارة - نظرية نفي الضرر في الفقه الاسلامي المقارن - رابطة الثقافة والعلاقات الاسلامية- - طهران - ايران - ١٩٩٧ .

٣٨- د. عبد المجيد الشواربي ،عز الدين الدناصوري - المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء - بلا مكان طبع.

٣٩- د. عبد الحي حجازي- النظرية العامة للالتزام- ج٢- مصادر الالتزام- القاهرة- ١٩٥٤.

٤٠- د. عبد الرزاق السنهوري-الوسيط في شرح القانون المدني-ج١-نظرية الالتزام بوجه عام-مصادر الالتزام- دار النهضة العربية-القاهرة-١٩٦٤.

٤١- د. عبد القادر العار- مصادر الالتزام- مصادر الحق الشخصي في القانون المدني- دار الثقافة للنشر والتوزيع- ط٣- عمان - الأردن- ٢٠١١.

٤٢- د. عبد المجيد الحكيم- الموجز في شرح القانون المدني العراقي- الكتاب الأول- النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام- شركة الطبع والنشر الأهلية- بغداد.

٤٣- د. عبد المجيد الحكيم. عبد الباقي البكري. محمود طه البشير- الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي- ج١- مكتبة السنهوري- بغداد - طبعة ٢٠١٢.

٤٤- د. عبد الودود يحيى - الموجز في النظرية العامة للالتزامات- مصادر الالتزام - بلامكان وسنة طبع.

٤٥- د. عدنان السرحان - د. نوري حمد خاطر- شرح القانون المدني الأردني- مصادر الحقوق الشخصية - دراسة مقارنة- ١٩٩٧.

٤٦- عبد المنعم فرج الصدة- مبادئ القانون - دار النهضة العربية - بيروت - ١٩٨٢.

٤٧- د.عزيز كاظم جبر- الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية- ط١- ١٩٩٨.

٤٨- علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - ج٧ - دار الكتب العلمية - ط٢ - ١٩٨٦

٤٩- علي الخفيف- الضمان في الفقه الاسلامي- دار الفكر العربي- القاهرة- ١٩٩٧

٥٠- علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني- معجم التعريفات - تحقيق محمد صديق المنشاوي- دار الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير - مصر - بلاسنة طبع.

٥١- علي حيدر- درر الحكام شرح مجلة الاحكام - تعريب المحامي فهمي الحسيني- ج١- دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع وطبعت هذه الطبعة بموافقة خاصة من دار الجيل في بيروت- السعودية - ٢٠٠٣.

٥٢- د.فريد فتيان - مصادر الالتزام - شرح مقارن على النصوص - مطبعة العاني - بغداد - ١٩٥٦ .

٥٣- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي - القاموس المحيط- ج٤-مؤسسة الرسالة- بيروت- ١٤٠٧ هـ.

٥٤- د. محمد المات الجندي- جرائم الأحداث في الشريعة الاسلامية مقارنا بقانون الأحداث- دار البشائر العربية- ط٢- ١٩٩٦.

٥٥- محمد بن عبد العزيز النمي - الولاية على المال- ط١- بلا مكان طبع- ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م.

٥٦- محمد بن يوسف أطفيش- شرح كتاب النيل وشفاء العليل- ج١٣- مكتبة الارشاد - جدة - دار الفتح - بيروت - ط٢ - ١٩٧٣.

٥٧- محمد حسن النجفي- جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام- دار احياء التراث العربي- ط٤- ج٣١- بيروت- لبنان.

٥٨- د. محمد حسين منصور- مصادر الالتزام- العمل الضار- الفعل النافع، القانون- الدار الجامعية للطباعة والنشر- بلا مكان طبع- ٢٠٠٠.

٥٩- د. محمد عبد المنعم بدر- مبادئ القانون الروماني- دار الكتاب العربي- مصر- ١٩٥٤.

٦٠- د. محمد شكري سرور- النظرية العامة للحق - دار الفكر العربي- ط١- ١٩٧٩.

٦١- محمد شلتوت- المسؤولية المدنية والجزائية في الشريعة الاسلامية- مطبعة الأزهر- مصر - بلا تاريخ طبع.

٦٢- د. مصطفى الجمال - النظرية العامة للالتزامات- الدار الجامعية للطباعة والنشر- بلا مكان طبع- ١٩٨٧.

٦٣- مصطفى أحمد الزرقا - شرح القانون المدني السوري- نظرية الالتزام العامة - ج١- المصادر- العقد والإرادة المنفردة- ط ٤- مطبعة دار الحياة- سورية - ١٩٦٤.

٦٤- مصطفى أحمد الزرقا- المدخل إلى نظرية الإلتزام العامة في الفقه الإسلامي (اخراج جديد مع صياغة متكاملة لنصوص تلك النظرية) - دار القلم- ط١ - دمشق - ١٩٩٩.

٦٥- مرتضى بن محمد امين الأنصاري - المكاسب -ج٣- مجمع الفكر الاسلامي - ط١- مطبعة باقري- قم- ١٤٢٠ هـ.

٦٦- د. مقدم السعيد- التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية - دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - بلا سنة طبع .

٦٧- د. نبيل ابراهيم سعد- النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام- دار الجامعة الجديدة- مصر- ٢٠٠٩.

٦٨- د. نبيل ابراهيم سعد - المدخل الى القانون نظرية الحق - بلامكان طبع - ٢٠١٠.

٦٩- د. وهبة مصطفى الزحيلي- - الفقه الاسلامي وادلته - الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتخريجها الأحاديث النبوية وتخريجها- ج٤- ط٤- دار الفكر- سورية- دمشق - بلاسنة طبع.

٧٠- د.وهبة الزحيلي- نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي - دار الفكر بدمشق- بالتعاون مع دار الفكر المعاصر في بيروت - ط ٩ - ٢٠١٢.

٧١- يوسف كم جبران - النظرية العامة للموجبات - مصادر الموجبات - القانون والجرم وشبه الجرم - من منشورات عويدات - بيروت - ١٩٧٨.

ثالثاً/ البحوث والرسائل العلمية//

٧٢- د. ابراهيم دسوقي ابو الليل- التقدير القضائي للتعويض- بحث منشور في مجلة الحامي الكويتية- السنة الثامنة- أعداد ابريل- مايو- يونيو- ١٩٨٥.

٧٣- أحمد ابراهيم - الأهلية وعوارضها والولاية في التشريع الإسلامي - بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد - جامعة القاهرة - س (١) - ع (٣) - ١٩٣١.

٧٤- د. صبري حمد خاطر- تطويع العقد في ظل تقلبات الأسعار- بحث منشور في مجلة كلية الحقوق- جامعة النهرين- عدد(٣)- م (٢)- ١٩٩٨.

٧٥- د. صبري حمد خاطر- الضرر المرتد في القانون العراقي المقارن- بحث منشور في مجلة العلوم القانونية العدد (أو ٢) المجلد الثامن- مطبعة العاني- بغداد- ١٩٨٩.

٧٦- د. طارق كاظم عجيل- تطويع التعويض في ظل التحولات الاقتصادية دراسة في المسؤولية التقصيرية- بحث منشور في مجلة جامعة ذي قار- العدد(٢)-٢٠٠٧.

٧٧- د.عامر غانم - تعدد الاسباب - اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة النهرين - بغداد - ٢٠٠٢.

٧٨- د. عيسى صالح خلف - أثر تقص الادراك في المسؤولية الجنائية عند الصغير في الفقه الاسلامي - بحث منشور في مجلة سر من رأى العلمية المحكمة تصدر عن كلية التربية جامعة سامراء وكانت المجلة ضمن ملاك جامعة تكريت كلية التربية (سامراء) وقد آلت عائديتها الى جامعة سامراء بعد افتتاحها في عام ٢٠١٢ - المجلد (٣)- العدد (٧)- السنة الثالثة - ايلول - ٢٠٠٧.

٧٩- د.فخري رشيد مهنا - اساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز - دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الأنجلوسكسونية والعربية- رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد - ١٩٧٤.

٨٠- د. نصير صبار لفتة- التعويض العيني- دراسة مقارنة - رسالة ماجستير- كلية الحقوق - جامعة النهرين- بغداد- ٢٠٠١.

٨١- محمد حسون- الاعتبارات المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار- رسالة ماجستير- كلية الحقوق- جامعة النهرين- ١٩٩١.

ثالثاً: القوانين //

٨٢- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل.

٨٣- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.

٨٤- القانون المدني المصري رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

٨٥- قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ المعدل.