مفهوم ضرر الشخص المجهول (دراسة مقارنة)

أ.د. حيدر حسين كاظم الشمري
سارة مجيد ضاحي
جامعة كربلاء // كلية القانون

The concept of harm to the unknown person (A compartative study)

Dr. Haider Hussein Kazem Al-Shammari
Sarah Majeed Dahi
Karbala University // College of Law

مستخلص/ تعددت وانتشرت جرائم والحوادث التي تخلف وراءها أضرارا كبيرة تبلغ في قوتها درجة تجعل منها كوارث قومية تطال العديد من دول العالم وغالبا ما يرتكبها أشخاص مجهولون، أي تعذر معرفة مرتكب الفعل الضار يستحيل إثبات مسؤوليته عن الحادث و بالتالي عدم إمكانية الرجوع بالتعويض، لذلك ظهرت عدت نظريات عن اساس مسؤولية الشخص المجهول منها نظريات الخطأ المفترض، والخطأ الثابت، ونظرية تحمل التبعه، وهناك من قيل بأنها مسؤولية من نوع خاص. **الكلمات المفتاحيه:** الشخص، المجهول ،ضرر

Summary /There have been many and widespread crimes and accidents that leave behind great damage reaching a degree of power that make them national disasters that affect many countries of the world and are often committed by unknown persons, i.e. the inability to know the perpetrator of the harmful act is impossible to prove his responsibility for the accident and therefore the inability to return compensation, so many theories appeared On the basis of the responsibility of the unknown person, including theories of presumed error, fixed error, and a theory bearing its consequences, and there are those who have said that it is a responsibility of a special kind. **Keywords** :person, unknown, harm.

المقدمة / من اجل اعطاء فكرة واضحة عن موضوع البحث فإننا سنقسم مقدمتة الى النقاط

اولا. موضوع البحث تتمثل في ان شخصاً قد أصيب بأذى في جسمه كان مصدره عملاً غير مشروع صادراً عن الغير، و أن هذا الغير او الفاعل غير معروف على وجه التعيين، سواء اقتصر هذا الأذى على المساس بسلامة الجسم او تعدى هذا الى فقد الحياة، كأن يصاب شخص بطلق ناري أثناء حضوره حفلة زفاف و يودي هذا العيار بحياته، او يصاب شخص برصاصة لا

يعرف مصدرها وسط جو من إطلاق النار في الهواء ابتهاجاً بمناسبة وطنية او حدث سعيد، او كأن يصاب الشخص بالضرر في مصعد عمارة يملكها عدد من الأشخاص، او قد يصاب شخص في مشاجرة او مظاهرة او حادث ارهابي و لا يعرف من الذي احدث اصابته، الى غير ذلك من الفروض الكثيرة التي يمكن تصورها في نطاق الحالة، هذا وقد اصبح العالم يتعرض بشكل مستمر و بوتيره متصاعده لانواع مختلفه وصور متعددة من الاوبئة التي عصفت بحياة الانسان، والتي يتعذر معرفة محدثها، والتي ضلت على مدى التاريخ تمثل تهديداً حقيقيا للحياة البشرية نظراً لما ينتج عنها من خسائر جسيمه في الارواح والاموال، ونجد ان اخر ما تعرض له العالم اليوم هو فيروس كورونا الذي ضرب كافة دول العالم وقضي على الالاف من المواطنيين.

ثانياً . اهمية البحث ترجع هذه الأهمية الى تعدد المخاطر التي يتعرض لها الإنسان وجسامتها, بسبب انتشار الآلة و تطورها وتدخلها في كل نواحي الحياة . فبقدر ما وفره التقدم الصناعي للإنسان من وسائل الرفاهية, بقدر ما حمل بين طياته من مخاطر هائلة تهدده في حياته. فقد ازدادت اليوم الحوادث الناتجة عن استخدام السيارات وما تسببه من أضرار جسدية للإنسان وبالإضافة الى ذلك فقد تعددت وانتشرت جرائم الإرهاب التي تخلف وراءها أضرارا كبيرة تبلغ في قوتها درجة تجعل منها كوارث قومية تطال العديد من دول العالم وغالبا ما يرتكبها أشخاص مجهولون .و إزاء كثرة الأضرار التي تخلفها تلك الأخطار وغيرها, وكذلك ازدياد وعي الإنسان ودرايته بحقوقه في الوقت الحاضر، فلم يعد كما كان في السابق ينظر الى وقوع الضرر كشيء من قبيل القضاء والقدر، لابد من التسليم له والنزول عند حكمه، وانما راح يبحث عن المسبب للضرر واستحصال التعويض المناسب .

ثالثاً. أسباب اختيار البحث ترجع أسباب اختيار دراسة ضرر الشخص المجهول، في انه موضوع حيوي يصب في واقع المجتمع، وباعتباره انه يمس موضوع من موضوعات القانون المدني والتي تحمل بين طياتها الكثير والكثير من الاحكام، إن البحث في هذا المجال له أهميته الخاصة، فهو بحث يقتضي التعرض لأحكام القانون المدني التي تكمن في ضرورة وضع الأسس الفنية، وإيجاد نظام قانوني متكامل يغطي جميع الأضرار الواقعة من شخص مجهول .

رابعاً . اشكالية البحث تبرز اشكالية البحث من بيان المسؤول عن ضرر الشخص المجهول، الذي يتعذر معرفته، وكذلك كيف تقام الدعوى ضد شخص محهول امام المحاكم ؟ وكذلك كيف نميز الشخص المجهول عن بعض الاشخاص التي يمكن في بعض الاحيان يتشابهون الى درجة ما ؟ كذلك من ناحية اساس المسؤولية عن ضرر المجهول، في ظل النصوص القانونية القائمة فان المضرور يواجه عبءاً ثقيلاً في ذلك, فاذا كانت المسؤولية تقوم على خطأ واجب الإثبات فانه قد

يواجه صعوبة في إثبات الخطأ الأمر الذي قد يؤدي الى انتفاء المسؤولية، وقد يتعذر اسناد الفعل الى شخص معلوم وذلك في الأحوال التي يكون فيها الفاعل مجهولاً, ففي هذه الأحوال وغيرها يستحيل معرفة المسؤول .

خامساً . صعوبات البحث تبرز صعوبة البحث بحداثة طرح الموضوع في ضل غياب النصوص القانونية، كذلك بقلة المصادر والابحاث القانونية التي تعالج هذا الموضوع بالدراسة والبحث، وتشعب الدراسة بين القانون المدني وبعض قانون الفروع الاخرى

سادساً . منهجية البحث اعتمدت الدراسة على المنهج التحليلي الذي يصلح لتقرير الوقائع والحقائق، والذي يقوم على أساس تحليل الفكرة المعروضة ومناقشتها في ضوء الآراء السديدة لكي يتم إسنادها الى النص التشريعي المعالج لها إن وجد، إذ اعتمدنا في بحث هذا الموضوع على المقارنة بين التشريع العراقي وكل من التشريعين المصري والفرنسي في نطاق القانون المدني مع الاشارة الى بعض القوانين الأخرى كلما تطلب الأمر ذلك.

سادساً . هيكلية البحث سيتم تقسيم البحث على مبحثين، نتطرق في المبحث الاول الى ماهية الشخص المجهول، وهو بدوره تم تقسيمة الى مطلبين، تطرقنا في المطلب الاول الى تعريف الشخص المجهول، وفي المطلب الثاني تمييز الشخص المجهول عما يشتبه به، اما المبحث الثاني تطرقنا فيه الى جدلية و المسؤولية عن الشخص المجهول واساسها، وهو بدوره قسمناه ايضاً على مطلبين، تطرقنا في المطلب الاول الى جدلية المسؤولية عن الشخص المجهول، وفي المطلب الثاني الى اساس المسؤولية عن الشخص المجهول .

المبحث الأول

ماهية ضرر الشخص المجهول

الضرر ركن جوهري من اركان المسؤولية المدنية العقدية و التقصيريه، وهو في حد ذاته مناط المسؤولية المدنية، اذ لا تقوم المسؤولية في حال انتفاء الضرر، قد يكون تعذر معرفة الشخص عن الفعل الضار بسبب هروبه، ويكثر هذا الفرض في حوادث السيارات، ويمكن تصوره في حالات اخرى غير حوادث السيارات، كما لو تعرض شخص لحريق منزله من قبل شحص مجهول، أو تعرض شخص للتشهير بسمعته وشرفه من قبل جماعات أو اشخاص مجهولة، وغير ذلك من الفروض، او يصاب شخص برصاصة لا يعرف مصدرها وسط جو من إطلاق النار في الهواء ابتهاجاً بمناسبة وطنية او حدث سعيد، او قد يصاب شخص في مشاجرة او مظاهرة او حادث ارهابي و لا يعرف من الذي احدث اصابته،وغير ذلك من الفروض، إذ كنا بحاجة الى ماهية عن ضرر الشخص المجهول كمقدمة للدخول في موضوع بحثنا، فلا بد ان نتطرق

للشخص المجهول اولا لهذه الاسباب نقسم هذا المبحث على مطلبين، نتطرق في المطلب الاول الى تعريف الشخص المجهول، وفي المطلب الثاني الى تمييز الشخص المجهول عما يشتبه به .

المطلب الأول

تعريف الشخص المجهول

إذ كان تعريف أي مصطلح يسهم في بيان مجمل مفهومه، فأن التعريف لا شك يشمل ذاك ويزيد، بما يحقق فهماً أدق لمعناه وادراكاً به، وبه يضبط ايقاع التعبير عنه في أذهاننا، أن بيان تعريف الشخص المجهول هو الأساس الذي يبنى علية ما يتلو من أحكام

لذلك نقسم هذا المطلب على فرعين، نتطرق في الفرع الاول الى الشخص المجهول لغةً، وفي الفرع الثاني الى الشخص المجهول اصطلاحاً .

الفرع الاول

الشخص المجهول في اللغة

الشخص في اللغه : هو سواد الانسان إذا رأيته من بعيد، وكل شيء رأيت جسمانة فقد رأيت شخصه، وجمعه :الشخوص والأشخاص ،والشخوص : السير من بلد، الى بلد وقد يشخص شخوصاً، واشخصته أنا وشخص الجرح بمعنى ورم، وشخص ببصره الى السماء، ارتفع، وشخصت الكلمة في الفم، إذا لم يقدر على خفض صوته بها، والشخص : العظيم الشخص، بين الشخاصة . وأشخصت هذا على هذا إذا اعليت عليه [١].

مجهول :(أسم)، والجمع مجهولون ومجاهيل، المؤنث : مجهولة، والجمع للمؤنث : مجهولات ومجاهيل، ومجهول :غير معلوم، غير معروف ،مجهول : اسم المفعول من جهل[٢] عرف الشخص المعلوم في اللغة : علم الشخص الخبر، علم الشخص بالخبر : حصلت له حقيقة العلم، عرفه وادركة، درى به وشعر : لا تعرفونهم، وعلم الأمر : أيقنته، صدقة علم به، سمي العلم علماً من العلامة، وهي الدلالة والاشارة، ومنه معلم الارض والثوب، والمعلم : الاثر يستدل به على الطريق، والعلم من المصدر التي تجتمع [٣] .

---

(١) داود سلمان العنبكي وانعام داود سلوم، كتاب العين معجم لغوي تراثي، ط ١، مكتبة لبنان ناشرون ،بيروت ـ لبنان، ٢٠٠٤، ص ٤٠١ . و أمين محمد عبد الوهاب ومحمد الصادق العبيدي، لسان العرب للامام العلامة ابن منظور، ج ٧،ط٣، دار إحياء التراث العربي، بيروت ـ لبنان، ٦٣٠ ـ ٧١١ هـ، ص ١٣٠.

(٢) ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري، لسان العرب، ج٦، الدار المصرية للتأليف والترجمة(٦٣٠-٧١١ هـ)، ص ١٥٣و ص ١٥٨. و محمد بن علي المقرمي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الطبعة الرابعة، القاهرة، ١٩٢١م، ص ٤٩٢-٤٩٣.

(٣) ابن دريد، جمهرة اللغة، ج٣، بدون سنة نشر، ص ١٦ . ومنشور على الموقع الالكتروني (الشبكة المعلوماتية) على الموقع المتاح . www. Aimaany. Com تاريخ الزيارة ١٣ /٦/ ٢٠٢٠، الساعه ٥٦: ٤ م

اما تعريف الشخص المجهول في اللغة، فلم نجد له تعريف كمصطلح مركب، الا اننا يمكن ان نستخلص له تعريف من خلال تعريف الشخص المعلوم ،بأنه (يتمثل بالشخص غير معروف او غير معلوم على وجه الدقه والتعيين، وانه لا يهم ان يكون الشخص المجهول طبيعي او معنوي، وان تعذر الاخير من الناحية العملية) .

الفرع الثاني

الشخص المجهول اصطلاحاً

كانت كلمة (person) في الفلسفة هي أقناع المشهد المسرحي، ثم أصبحت تدل على حامل القناع أي الممثل ثم على التشخيص الذي قوم به الممثل، أي الدور الذي يلعبه، فمن المسرح ومن الأشياء المتعلقة بالمسرح انتقلت الكلمة الى الأشياء المتعلقة بالحياة، يعني الأدوار الاجتماعية التي يقوم بها المشخص الاجتماعي، ولقد زودنا القانون الروماني بمفهوم الشخص القانوني، ثم بعد ذلك قدمت لنا الرواقية والمسيحية كلمة الشخص الأخلاقي وهي تحيل على كل من يتمتع بحقوق والتزامات في إطار أخلاقي [١] .

أن الجهل في الاصطلاح هو تصور الشيء على خلاف ما هو به في الواقع، اي عدم إدراك الشيء على ما هو علية وينقسم الجهل الى جهل بسيط وجهل مركب، فالجهل البسيط هو عدم الادراك بالكلية وهو عدم العلم بالشيء، وهذا حال الانسان عامة عندما يخلق، قال تعالى : " وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ ۙ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ " [٢] . أما الجهل المركب هو إدراك الشيء على خلاف ما هو علية، اي الظن والضياع، والعلم يكون بالاكتساب فخص به الانسان، يقال لإدراك الكلي او المركب، وان العلم يقابله في الضد الجهل والهوى وقد ورد لفظ علم في القرآن الكريم بقوله تعالى : " فَاعْلَمْ أَنَّهُ لَا إِلَٰهَ إِلَّا اللَّهُ وَاسْتَغْفِرْ لِذَنْبِكَ وَلِلْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ ۗ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مُتَقَلَّبَكُمْ وَمَثْوَاكُمْ " [٣]، وقولة : " فَتَعَالَى اللَّهُ الْمَلِكُ الْحَقُّ ۗ وَلَا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُقْضَىٰ إِلَيْكَ وَحْيُهُ ۖ وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا " [٤] .

أما المجهول اصطلاحاً فقد عرفه البعض بأنه " التدخل بشكل شخصي دون استخدام اسم محدد أو تعريف عن الهوية "، وتشير حالة المجهول عادة الى حالة شخص ما بدون معرفة عامة لشخصيه او لمعلومات تحدد هويته، وهناك العديد من الاسباب التي يختار من أجلها شخص ما إخفاء شخصيته وأبقاء انفسهم مجهولي الهوية سواء من اجل منع الاشهار حقيقة ارتكابهم للجريمة

---

(١) محمد الهلالي وعزيز لزرق، الشخص (دفاتر فلسفية)، بدون طبعة، دار توبقال للنشر، المغرب، ٢٠١٥، ص ١١، ١٢

(٢) سورة النحل، الآية (٧٨) .

(٣) سورة محمد، الآية (١٩) .

(٤) سورة طه، الآية (١١٤) .

أو لتجنب القبض عليهم، وهناك حالات يكون الشخص مجهول دون قصد مثل ضحايا الحرب، حيث يكون جسم الضحية عند اكتشافه في حالة قد يصعب فيها التعرف عليه من قبل الآخرين [١] . هناك حالات قد تحصل نتيجة كوارث بسبب تدخل شخص غير معروف على وجه التعيين ومنها الكوارث البشرية هي الكوارث الناشئة بفعل الانسان، وهذه قد تكون عمديه تارة كالحروب واستخدام الأسلحة بأنواعها المختلفة، وكجرائم الارهاب، حيث يعد الارهاب شخص مجهول غير معروف لدى المتضرر [٢] والسلب والنهب وأعمال الشغب، وقد تكون غير عمديه تارة اخرى سواء كانت عن اهمال او سوء استخدام، كحرائق المباني وسقوط الطائرات او انقلاب الطائرات بسبب خلل فني .

أما الشخص المجهول فعرفه البعض بأنة " هو الشخص الذي أقدم على ارتكاب افعال من شأنها أن تحدث أضراراً بالآخرين أو بأموالهم، اي غير معلوم على وجه التحديد "، مثال ذلك قيام شخص ما بكسر مجارير الصرف الصحي لشخص آخر، مما يجعل مياه المجارير تسيل في عرض الشوارع، محدثة بركاً من المياه، ينجم عنها مضايقات للساكنين، تتمثل في الروائح الكريهة " [٣]، ففي هذه المثال يجب أن يكون المرتكب هذه الافعال قد أقدم على ارتكابها عن ارادة كاملة، وهادفاً ألى الحاق الضرر بالطرف المتضرر، وعدم معرفة المتضرر بالشخص الذي تسبب في هذا الفعل، ولا يهم صفة الشخص الذي ارتكب الفعل الذي أدى الى حصول الضرر .

عرفه آخرون بأنه " هو الشخص غير معروف على وجه التحديد "، فقد يقع حادثاً من سيارة مجهولة يفر قائدها دون ان يتمكن أحد من معرفته او ضبط بيانات سيارته، كما قد يصاب شخصاً بحجر في رأسة مما يؤدي الى وفاته او إعاقته او تشلله دون معرفة الفاعل المتسبب في هذا الأذى، كما قد يصاب شخصاً في مشاجرة او مظاهره او حادث إرهابي، ولا يعرف الفاعل الذي تسبب في إصابته، وقد يترتب على استعمال منتوج صناعي إصابة البعض بسبب عيب في هذا المنتوج مما يؤدي الى انفجاره وتشق حينها معرفة المتسبب في هذا الأذى أهو الصانع له أم

---

(١) مقالة منشورة على الشبكة المعلوماتية (اللانترنيت) على الموقع المتاح https://ar.m.wikipedia.or تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١/٢٠. الساعة ١: ١٠ م.

(٢) حيث صدرت التعليمات ذات الرقم (٣) لسنة ٢٠٠٥ النافذ الصادرة من مجلس الوزراء العراقي والخاصة بتعويض الشهداء والمصابين نتيجة الاعمال الارهابية حيث خصصت المادة (١) منها تحديد العمل الارهابي الموجب للتعويض فنصت على ما يلي " يقصد بالعمل الارهابي لأغراض هذه التعليمات كل فعل إجرامي صادر عن فرد أو عدد من الأفراد أو جماعة لا تحمل صفة رسمية يؤدي الى استشهاد المواطن أو أصابته بعاهة مستديمة بقصد إثارة الفوضى والخوف بين ابناء الشعب العراقي أو التحريض على العنف أو ايقاع الاذى بالمواطن "، وان قانون مكافحة الارهاب العراقي المرقم (١٣) لسنة ٢٠٠٥ لم يتضمن سوى تعريف العمل الارهابي وتحديد الافعال التي تعد من الافعال الارهابية او تلك التي تعد من الاجرام امن الدولة وتحديد العقوبات.

(٣) موفق حمدان القرعة، المسؤولية المدنية عن تلوث البيئة، ط١، أمواج للنشر والتوزيع، عمان ، ٢٠١٤، ص ٣٧ .

المورد أم الموزع أم غيرهم [١] .، او يتمثل بان شخصاً قد تعرض الى اعتداء نجم عنه ضرر بفقد حياته أو قد يقتصر على المساس بسلامة احد اعضاء جسده أو قد تتعرض أي مصلحة مشروعة له الى ضرر يكون مصدرها ضرر صادر من شخص مجهول لا يعُرف على وجه التحديد [٢] .

والآن آنَ الأوان لنسأل هل أنّ لعلم القانون تشريعاً رأي في تحديد معنى الشخص المجهول وبيان تعريفه ؟ فعلى المستوى التشريعي لم نجد تعريفا جامعاً محدداً عن الشخص المجهول، ورغم عدم أيراد معظم التشريعات القانونية المقارنة تعريفاً الإ انها قد أشارة الى كلمة الشخص في بعض نصوصها، ففي القانون المدني الفرنسي وردت كلمة الشخص في المادة (١١٠٢) التي نصت " حرية الشخص في التعاقد، حرية الشخص في عدم التعاقد، حرية الشخص في اختيار صياغة العقد، حرية الشخص في اختيار مضمون العقد " [٣] .

أما المشرع المصري فقد نصت المادة (٣٨) من القانون المدني النافذ رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ على " ١ . يكون لكل شخص اسم ولقب ولقب الشخص يلحق بحكم القانون اولادة " .

أما المشرع العراقي، في المادة (٣٥) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ [٤] اكد على ان الولادة والوفاة تثبت في السجلات الرسمية المعدة لذلك ثم قسمت هذا الشخص الى نوعين طبيعي وهو الانسان والمعنوي وهو ما سواه من مؤسسات وهئيات، وعلى وفق حكم المادة (٤٨) من القانون المدني العراقي، وذلك يؤكد لنا ان ليس لكل شخص طبيعي ان يمارس حق التقاضي امام المحاكم وإنما يجب ان تتوفر له شروط من أهما بلوغ سن الرشد والتمتع بأهلية الاداء والوجوب وان لا يكون قد اصابه عارض من عوارض الاهلية، وهذه الصفات تعتبر من خصائص الشخصية التي لابد من توفرها من الانسان حتى يعد شخصاً طبيعياً [٥]

حيث نصت المادة (٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ على " الدعوى هي طلب شخص حقه من آخر أمام القضاء "، ان الشخص المقصود في المادة (٢) من قانون المرافعات هو شخص المتقاضي سواء كان مدعي او مدعى عليه ولم يطلق القانون

---

(١) تشوار جيلالي، التعويض عن الاضرار الجسمانية بين الاساس التقليدي للمسؤولية المدنية والاساس الحديث، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد، ٢٠٠٨، ص ١١٦ . طه عبد المولى طه، التعويض عن الاضرار الجسدية في ضوء الفقه وقضاء النقض الحديث، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٢، ص٢٢٢ .

(٢) ياسر المنياوي، نحو منظور جديد لقواعد المسئولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة طنطا، ٢٠٠٥، ص ٤٠٢ .

(٣) جليل حسن بشات الساعدي، مستحدثات القانون المدني الفرنسي في ضوء التعديل النافذ ٢٠١٦، ندوة علمية توعية، كلية القانون، جامعة بغداد، منشور على الموقع الالكتروني coIaw . uobaghad. edu .iq

(٤) حيث نصت المادة (٣٥) من القانون المدني العراقي على " تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة ذلك، فإذا انعدم الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات فيجوز الإثبات بأية طريقة آخرى " .

(٥) حدد القانون المدني العراقي خصائص الشخصية التي يكون فيها الشخص طبيعي بموجب المواد من (٣٨ ـ ٤٦) .

اعلاه كلمة فرد او مواطن او غير ذلك، و"إنما حددها بكلمة ولفظ (شخص) وعند البحث عن هذه الكلمة نجد انها ترتبط بالشخصية اذ وجدنا ان حكم المادة (٣٤) من القانون المدني العراقي حددت شخصية الانسان على وفق نص المادة " تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته " [١].

نرى ان تعريف الشخص بأنه (هو كل كائن يتمتع بالارادة لان يكون قادراً على كسب الحقوق وتحمل الالتزامات، ويتمتع بالشخصية القانونية، وهذه الشخصية تثبت اصلاً للأنسان، وهو من يطلق علية الشخص الطبيعي) .

فكل إنسان مهما كانت حالته يعد في نظر القانون شخصاً طبيعياً بكل معنى الكلمة، فهو صالح لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، بل يعد الطفل والمجنون شخصاً طبيعياً على الرغم من انعدام الإدراك عندهما [٢] .

أما تعريف المجهول، فلم نجد له اشارات في القانون العراقي والقوانين الوضعية المقارنة .

بعد ان انتهينا من تعريف الشخص والمجهول، نلاحظ عدم وجود تعريف للشخص المجهول في القانون المدني العراقي ولا على مستوى القوانين المقارنه، فيمكننا ان نضع تعريف للشخص المجهول بأنه (مرتكب الفعل الضار الذي تعذر معرفة هويته او تعينه او التعرف علية على وجه التعيين والدقة، ولا يهم كون هذا الشخص طبيعي او معنوي وان تعذر الاخير من الناحية العملية

السؤال الذي يتبادر هنا، ما هو نطاق الشخص المجهول ؟، اي هل وقع الجهل وقت وقوع الفعل أم بعد وقوعه ؟ للإجابة عن السؤال اعلاه، فمثلاُ حادث وقع بفعل شيء سبب ضرر للغير من غير ان يعرف من الذي ألقى هذا الشيء او رمى به كعيار ناري أطلق من مجهول، وكذلك شخص جرح من جراء شيء وقع من شباك أحد المنازل من عماره تتكون من ثلاثين طابقاُ وعده شقق ولا احد يعرف من أي شباك ألقي بهذا الشيء [٣] .

---

(١) ان شراح قانون المرافعات كثيراً ما يربطون مفهومة بمفهوم الشخص في العقود من حيث توفر شروط الأهلية المتعلقة بالخصومة والتقاضي فيتمتع الانسان منذ ولادته بالشخصية القانونية التي تمكنه من اكتساب الحقوق وتحمله بالالتزامات الأداء دوره في المجتمع وأداء رسالته في القانون فالشخص هو " كل كائن قادر على اكتساب الحقوق والقيام بالواجبات وهو إما معنوي كالمؤسسات والشركات أو طبيعي كالأفراد "، ويرى فقه القانون الاداري الأصل أن الشخصية القانونية تنسب للإنسان فقط، إلا أن عجز الانسان عن النهوض بكافة متطلبات المجتمع لانتهاء شخصيته بالوفاة وحاجة المجتمع الى دوام واستمرار مرافقة كان لابد من منح لأهلية القانونية لأشخاص أخرى، ينظر القاضي سالم روضان الموسوي، مفهوم الشخص في قانون المرافعات المدنية، بحث منشور على شبكة المعلوماتية (الانترنيت) على الموقع المتاح www.hjc.iq // https تاريخ الزيارة ٢٨ /١/ ٢٠٢٠، الساعة ٣٢: ١٠ م .

(٢) محمود جلال حمزة الشخصية القانونية ـ مقدمة ـ الموسوعة العربية، بحث منشور على الشبكة المعلوماتية (الانترنت) . Iaw .arab- ency .com .sy تاريخ الزيارة ١٩ /١/ ٢٠٢٠، الساعة ٣٥: ١٠ م.

(٣) عبد العزيز اللصاصمة، المسؤولية المدنية التقصيرية الفعل الضار (أساسها وشروطها)، ط١، مطبعة الأرز، الأردن، ٢٠٠٢، ص ١٧٥ .

أو يصاب شخص برصاصة لا يعرف مصدرها وسط جو من إطلاق النار في الهواء ابتهاجاً بمناسبة وطنية او حدث سعيد، او قد يصاب شخص في مشاجرة او مظاهرة او حادث ارهابي و لا يعرف من الذي احدث اصابته، ففي مثل هذه الحالات وحالات آخرى مشابهه لها، فيلاحظ في الامثلة اعلاه أن الجهل قد وقع ابتداءً الفعل .

لقد تبنى المشرع العراقي في قانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الارهابية رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٩ مبدأ التعويض الشامل عن جميع عناصر الضرر الجسدي إضافة الى التعويض عن الاضرار المالية البحته، كما انه شمل بنطاق التعويض، الضرر المستقبل بمنح راتب لمن يعجز عن العمل مرة اخرى، يتضح من ان مبدا التعويض الذي تبناه المشرع العراقي يشمل جميع عناصر الضرر بذاته (الاستشهاد، الفقدان، العجز، الإصابة وبما يسببه من أضرار مالية الخسارة اللاحقة والكسب الفائت) [1]، فنلاحظ ان المشرع العراقي وفق للقانون المتقدم عوض عن الحالات التي يحصل الجهل بعد وقوع الفعل .

المطلب الثاني

تمييز الشخص المجهول عما يشتبه به

قد يشتبه الشخص المجهول مع بعض الاشخاص، منهم المتهم، والمفقود، وفقاً لذلك سنوضح أوجة التشابه والاختلاف في فرعين، نتطرق في الفرع الاول الى تمييز الشخص المجهول عن الشخص المشبوه أو المتهم، وفي الفرع الثاني نتطرق الى تمييز الشخص المجهول عن المفقود، وفق الآتي :

الفرع الاول

تمييز الشخص المجهول عن الشخص المشبوه أو المتهم

يتحتم علينا ان نعرف الشخص المشبوه أو المتهم، أن الناظر الى أغلبية التشريعات العربية يجد أنها لم تعرفه رغم استخدامها له في عدة مواضع وعبر كل مراحل الدعوى الجنائية، حيث استخدم للتعبير على كل توجه له تهمة بارتكاب جريمة ما، فهو ذلك الشخص المتابع بالإجراءات القضائية، والملاحظ عملياً أنه كثيرا ما يتم الخلط بين المصطلحات المتشابكة كلفظي المشتبه فيه

---

(1) نصت المادة (٢) منه على انه يشمل التعويض المنصوص علية في هذا القانون الاضرار المتمثلة في " ١ـالاستشهاد والفقدان جراء العمليات المذكورة في هذا القانون . ٢ ـ العجز الكلي او الجزئي بناء على تقرير لجنة طبية مختصة . ٣ ـ الاصابات والحالات الاخرى التي تتطلب علاجاً مؤقتاً بناء على تقرير اللجنة الطبية المختصة في هذا المجال . ٤ ـ الاضرار التي تصيب الممتلكات . ٥ ـ الاضرار المتعلقة بالوظيفة العامة . "، ينظر بيرك فارس حسين وحنان قاسم خورشيد الترجمان، تعويض الأضرار الناجمة عن الاعمال الإرهابية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد ١، العدد ٢،ج١، ٢٠١٦ ،ص ٤٦٧ وعثمان علي حسن،الارهاب ومظاهرالقانونية والسياسية في ضوء احكام القانون الدولي العام، مطبعة منارة، العراق ـ اربيل، ٢٠٠٦،ص ١٤٧

والمتهم، وهما مصطلحان يستحيل التمييز بينهما من الناحية اللغوية فكلاهما يعني الظن لا اليقين، ويمكن التمييز بينهما إجرائياً حيث أن مرحلة الاشتباه تسبق مرحلة الاتهام التي لا تبدأ إلا باقتناع القاضي بقيام الاتهام، فمتى وصلت الشبهات الى الاقتناع بإسناد التهمة عد الشخص متهماً ، مع ذلك فقد عرف بأنه " الطرف الثاني في الدعوى الجنائية وهو الخصم الذي يوجه أليه الاتهام بواسطة تحريك الدعوى الجنائية قبله " [١] عرفه آخرون بأنه " الشخص المدعي علية بارتكاب جريمة أو المشتبه به في ارتكاب جريمة "، وعرف ايضاً بأنه " هو كل من تنسب أليه سلطة الاتهام ارتكاب فعل يعده القانون جريمة سواء بوصفه فاعلاً اصلياً او شريكاً " [٢] .

هناك شروط ينبغي توافرها في الشخص المشتبه به او المتهم وهي :

١ . تتمثل بأن يكون معين بالذات، إذ الدعوى الجزائية لا يمكن أن تقام على شخص مجهول إلا اذا أمكن تعينه بعد ذلك أثناء مرحلة التحري وجمع الأدلة

٢ . يشترط كذلك أن تتوفر الاهلية، فضلاً عن كون المتهم شخصاً طبيعياً فلا بد ان يكون اهلا للمسؤولية الجنائية، ويدخل في الاهلية الوعي (التميز والارادة)، سواء كان فاعلاً اصلياً، شريكاً متدخلاً او محرضاً، والاهلية المقصودة هنا هي اهلية تحمل المسؤولية الجزائية، فالدعوى لا تحرك ضد شخص غير مميز ؛ لان التمييز هنا قرينة قاطعة غير قابلة لاثبات العكس [٣] .

أما بخصوص موقف التشريعات المقارنه منه، فيلاحظ على المشرع الفرنسي [٤]، أنه تبنى تعريفاً حسب المرحلة التي يتواجد فيها الشخص، فعرفه إذا قامت ضده قرائن او دلائل على ارتكابه

---

(١) احمد فتحي سرور، الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط ٢، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨٨، ص ٩٧ . و أشرف إبراهيم سليمان، التحريات ورقابة القضاء في النظم المقارنة، ط ١، المركز القومي، بدون مكان نشر، ٢٠١٥، ص ٢٩ . و محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٩٧ .

(٢) محمد محمود منطاوي، حقوق المتهم وفق معايير القانون الدولي والفقه الاسلامي، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ١٦٠ . وإحسان علو حسين، الاضرار التي تلحق بالمتهم وعلاجها، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بدون مكان نشر، ١٩٧١، ص ٣٤ .

(٣) محمد حسن كاظم الحسيناوي، ضمانات حقوق الإنسان في مرحلة التحري وجمع الأدلة (دراسة مقارنة)، ط١، المركز العربي، بدون مكان النشر، ٢٠١٨، ص ٩٣ . و عبد الله سعيد فهد الدوه، المحاكم الخاصة والاستثنائية وأثرها على حقوق المتهم (دراسة تأصيلية مقارنة بالقوانين والمواثيق الدولية)، ط ١، مكتبة القانون والاقتصاد، المملكة العربية السعودية، ٢٠١٢، ص ٢٠٤ ـ ٢٠٥ . وهدى أحمد العوضي، استجواب المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي، رسالة ماجستير قدمت الى كلية الحقوق، جامعة المملكة، ٢٠٠٩، ص ٣٦ ـ ٤٠ . ومروه شاكر حسين، المتهم دراسة قانونية مقارنه بالفقه الاسلامي، مجلة رسالة الحقوق، العدد الثاني، السنة السابعة، العراق ـ كربلاء ٢٠١٥، ص ٣٦٠ .

(٤) المشرع الفرنسي اطلق عدة تعابير عن الطرف المقابل للنيابة العامة في الدعوى الجنائية، وتختلف هذه الالفاظ باختلاف مراحل الدعوى الجنائية ودور المتهم فيها، ففي المرسوم ذي الرقم ٢٢ / آب / ١٩٥٨ بأربعة صور هي L – ١ . Iesopconne –LincuIpe ٤ – ٣ Le prevenu ٢- accuse، يقصد بالتعبير الاول كل شخص يشتبه في ارتكابه مخالفه أو جنحه او جناية، اما التعبير الثاني فيقصد به من تتخذ الإجراءات ضده باعتباره مذنباً في مواد الجنح، ويقصد بالثالث من تتخذ ضده الإجراءات باعتباره مذنباً في مواد الجنايات، والرابع عمن يجري سؤالهم في قضية دون أن ينطبق عليهم أي وصف من الاوصاف الثلاثة الأولى، فهولاء لا يجوز أن يوصفوا إلا بأنهم مشتبه فيهم، ينظر، عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، حق المتهم في محاكمته عادلة (دراسة مقارنه) رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، عمان ـ الاردن، ٢٠٠٥، ص ٦٥ .ان المشرع الفرنسي لم يستخدم لفظ (المتهم) على الشخص الذي تتخذ بحقه الإجراءات

مخالفة جنائية فهو الشخص القابل للاتهام، في حين من ترجحت ضده شبه او اكثر فهو مشتبه فيه، أما من تنسب إلية مخالفه جنائية خلال التحقيق فهو مدعى علية [١]

أما المشرع المصري، فلم يتضمن قانون الإجراءات الجنائية المعدل والنافذ رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ تعريفاً صريحاً للمتهم، إلا انه وباستقراء نصوص قانون الإجراءات الجنائية المصري تبين أنه استخدم لفظ (المتهم) على كل شخص يكون محلاً للإجراءات التي تتخذها الجهات الإجرائية ابتدأ من مرحلة التحري وجمع الأدلة ويتبين ذلك من نص المواد (٢٩، ٣٤، ٣٥، ٣٦، ٣٨) . أما المشرع العراقي، فيلاحظ علية أنه في قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ لم يتضمن نصاً صريحاً لتعريف المتهم، إلا انه نجد أن المشرع قد استعمل لفظ المتهم على كل شخص تتحرك السلطات الإجرائية ضده ابتداءً من مرحلة التحري وجمع الادلة وتكشف عن ذلك احكام المادة (٤٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية .

بعد الانتهاء من تعريف المتهم وموقف التشريعات المقارنة يمكن أن نضع تعريف بأنه (كل شخص لم حركت علية شكوى جزائية بخصوص احدى الافعال المعاقب عليها ولم يصدر حكم قضائي بعد بإدانته) .

بعد كل ما تقدم يمكن ان نبين أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بين الشخص المجهول والشخص المشبوه .

اولاً . أوجه الشبه يتشابه الشخص المجهول مع الشخص المشبوه او المتهم في بعض الجوانب منها :

١. كلاهما ممكن ان يكون شخص طبيعي او معنوي .

٢ . ان كلاهما خاضعاً لقاعدة البراءة، اي لم يثبت ارتكابهما الجريمة للفعل، لكون المتهم يعتبر برئ حتى يتم ادانته، والفاعل المجهول الاصل براءة ذمته حتى يتم تحديد واثبات ادانته[٢].

الجزائية، اذ ميز بين المتهم الذي يكون محلاً لتحقيق الجزائي وبين المتهم الذي رفعت علية الدعوى الجزائية أمام محكمة الجنح والمخالفات وبين المتهم المحال الى محكمة الجنايات، وبالرغم من هذه التقسيمات فقد قام المشرع الفرنسي بإصدار مرسوم جديد في عام ١٩٥٨ ميز من خلاله صراحة بين الشخص المشتبه فيه والمتهم، فضلاً عمات أجراه من تميز بيم المرحلة السابقه على الاتهام ومرحلة الاتهام، ويطلق التشريع الفرنسي على الشخص خلال مرحلة التحري وجمع الأدلة لفظ (الشخص الموضوع تحت الاشتباه)، ينظر، محمد حسن كاظم الحسناوي، مصدر سابق، ص ٩١ .

(١) نقلاً عن محمد حسن كاظم الحسناوي، مصدر سابق، ص ٨٩ . و احمد بسيوني ابو الروس، المتهم، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٦ .

(٢) نصت الفقره الخامسة من المادة (١٩) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ والتي نصت على " المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادله، ولا يحاكم المتهم عن التهمة ذاتها مره اخرى بعد الافراج عنه الا اذ ظهرت ادلة جديده "، والتي استلهماالدستور من الاعلان العالمي لحقوق الانسان في الفرة الاولى من المادة (١١) والتي نصت على " ان كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً الى ان تثبت ادانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات للدفاع عنه "، ينظر، ناصر عمران، الحماية الجنائية للحرية الشخصية، منشور على الشبكة المعلوماتية (الانترنت) على الموقع المتاح https www. Hjc.iq //، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٧/٧، الساعة ١٨: ٥ م .

ثانياً . أوجه الاختلاف

١. من حيث المعنى : يعرف الشخص المجهول بأنه " الشخص الذي أقدم على ارتكاب افعال من شأنها أن تحدث أضراراً بالآخرين أو بأمواله ،اي الشخص غير معروف على وجه التحديد والدقة " [١]، بينما يعرف المتهم بأنه " الشخص الذي ظن به ارتكاب جريمة ما، بناء على دلائل كافية لتكوين الظن، مستمده من احوال او قرائن ظرفية او مادية سواء كان ما ينسب إلية جريمة موجبة لحد او قصاص او تعزيز " [٢]

٢. الشخص المجهول غير معلوم في حين ان المتهم يكون معلوم او معروف لدى المضرور سواء كان حاضراً او غائب .

٣ . من حيث الفعل : فقد يكون فعل الشخص المجهول له وجه جنائية ومدنية او مدنية فقط بينما المتهم، فان الاصل ان يكون فعله جنائي وقد يقترن بالمسؤولية المدنية، ولا يمكن ان يتصور ان يكون فعله مدنياً فقط دون جنبه جنائية .

٤. من حيث التقادم : تتقادم المسؤولية المدنية عن ضرر المجهول وفق المادة (٢٣٢) من القانون المدني العراقي او المواد الاخرى الخاصة بالتقادم، بينما يخضع التقادم الشكوى ضد المتهم لاحكام القانون الجنائي وقانون اصول المحاكمات الجزائية .

٥ . ممكن ان تتضمن الشكوى الجزائية ضد المتهم التعويض المدني في حالة ادانته ولا يمكن تصور ذلك في الدعوى ضد الشخص المجهول .

الفرع الثاني

تمييز الشخص المجهول عن المفقود

يعرف المفقود بأنه " الغائب الذي لا يعرف مصيره احي هو ام ميت "، إلا انهم اختلفوا الفقهاء في اشتراط مجهوليه المكان في تعريف المفقود فمنهم من عرفه بأنه " الغائب الذي لا يدرى مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته " [٣] . وعرف بأنه " اسم لموجود هو حي باعتباره او حالة وأهله في طلبه يجدون، ولخفاء أثره لا يجدون قد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره " [٤] .

---

(١) موفق حمدان القرعة، مصدر سابق، ص ٣٧ .

(٢) نزار رجا سبتي صبره، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، الجزائر، ٢٠٠٦، ص ١١ . ومحمود ابو ليل، معاقبة المتهم في الشريعة الاسلامية، بحث مقدم في مجلة الدراسات، الجامعة الاردنية، العدد ٥، مجلد ١٣، ص ١٨٩ .

(٣) عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية (دراسة مقارنة)، دار الكتب العلمية، العراق ـ أربيل، بدون سنة نشر، ص ٢٩٠. ومحمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع، ج١، ط ٣، دار محمود، القاهره، بدون سنة نشر، ٥٢٠ .

(٤) استاذنا حيدر حسين كاظم الشمري، الإخصاب الاصطناعي اللاحق لإنحلال الرابطة الزوجية، دار التعليم الجامعي، العراق ٢٠٢٠، ص ٦٩ .

أما على المستوى التشريعي، فعرف المفقود في القانون الفرنسي بأنه " هو من أختفى عن موطنه او محل اقامته وانقطع خبره مده أربع سنين "، وبموجب ذلك فإن القانون الفرنسي قد أجاز لمن له حق او مصلحة أن يرفع دعواه الى المحكمة لتحكم على المفقود بالفقدان، وهذا ما تناولته المواد (١١٥ . ١١٩) [١] أما المشرع المصري فقد تناول المفقود في المادة (٢١) من قانون الاحوال الشخصية رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ من " يحكم بموت المفقود الذي يغلب علية الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده "، وعلية فأن المفقود في القانون المصري هو من لا تعرف حياته ولا موته، فهو شخص انقطعت أخباره فلا يعرف احي هو أم ميت .

أما المشرع العراقي في قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ النافذ، فقد عرف المفقود بأنه " الغائب الذي انقطعت اخباره ولا تعرف حياته او مماته " [٢] . وقد أورد المشرع العراقي في القانون المدني العراقي تعريفاً للمفقود حيث نصت الفقره الاولى من المادة (٣٦) على ان " من غاب بحيث لا يعلم احي هو ام ميت يحكم بكونه مفقود بناءً على طلب كل ذي شأن " .

يمكننا أن نعرف المفقود بأنه هو (شخص فقد في ظروف طبيعية جعلت حياته في خطر، ولم يعثر على جثته) . وبعد الانتهاء من تعريف المفقود وموقف التشريعات لابد ان نوضح اوجه الشبه والاختلاف .

اولاً . اوجه الشبه.

١. قد ذهب الشراح القانون الى تطبيق نفس الاحكام على حالة الشخص المجهول رعاية بمصالح الناس، الى ان التسوية في الحكم بينهما محل انتقاد، فيمكن التسوية بينهما كتعيين من ينوب عنه قانوناً وكذلك حق الزوجة في الطلاق والنفقة وغيرها من المسائل ؛ ولكن هناك مسائل لا يمكن التسوية بينهما منها حكم الفقدان، بالرجوع الى الشخص المجهول نجد غيابة لا يؤثر في شخصيته القانونية في حين الشخص المفقود يؤثر على شخصيته القانونية إذا حكم بوفاته

٢. كلاهما لا يعرف مصيره او وجوده، وعن محل إقامتهما [٣]

٣ . كلاهما له الشخصية القانونية المؤهله لتحمله المسؤولية في حالة العلم به او الوصول الية .

---

(١) حسن نعمة ياسر الياسري، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه الاسلامي والقانون المقارن، نسخة إليكترونية متوفرة على الموقع http://aImerja.net تاريخ الزيارة ٤ /٢٠٢٠/٤ . الساعة ٢ : ١١م

(٢) المادة (٨٦) من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ .

(٣))طالب عمر، الاحكام التنظيمية الخاصة بالشخص المفقود والغائب في أطار القانون العادي والقوانين الاستثنائية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج ـ البويرة، الجزائر، ٢٠١٩، ص ٢٤ . و شرابن ابتسام، المفقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي) رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، الجزائر ،٢٠١٠، ص ١٧ . و متيجي حسينة، أحكام المفقود في قانون المصالحه الوطنية بالجزائر، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج ـ البويرة، الجزائر، ٢٠١٨، ص ١٧ .

ثانياً . اوجه الاختلاف

١. من حيث الماهية : يختلف تعريف الشخص المجهول عن تعريف المفقود، حيث يعرف الاول بأنه (هو مرتكب الفعل الضار الذي تعذر معرفة هويته او تعيينه او التعرف عليه على وجه التعيين والدقة)، بينما يعرف الثاني بأنه " اسم لموجود حي باعتباره اول حالة، ولكنه خفي الاثر كالميت باعتباره ماله وأهله في طلبه يجدون، ولخفاء أثره لا يجدون قد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره " [١] حيث أن المفقود عرفته القوانين العربية ومنها قانون رعاية القاصرين بينما الشخص المجهول ليس له تعريف لا على مستوى التشريعات المقارنه ولا على مستوى القرارات القضائية .

٢ . ليس كل شخص مجهول مفقود، ويتميز الشخص المجهول عن المفقود بانه غير معلوم لا مكان لتواجده ولا لشخصه او مكانه او عمله، بينما المفقود يكون معلوم من حيث شخصه عندما كان موجود، وعلى المحكمة في جميع الأحوال ان تتحرى عن المفقود بالطرق الممكنه كافة للوصول الى معرفة ما إذا كان حياً أم ميتاً، قبل ان تحكم بموته، بينما الشخص المجهول هو شخص موجود لكن لا يمكن تحديده مثل مجموعة من الاطفال يلعبون تسبب احدهم بجرح آخر دون أمكانية معرفة من هو المتسبب [٢] .

٣ . من حيث اقامة الدعوى : المفقود محل اقامة الدعوى الوصي علية ان كان موجود او ان تحدد المحكمة في غير ذلك، بينما الشخص المجهول يثير اشكالية سنحدد لاحقاً بخصوص مدى امكانية اقامة الدعوى

٤ . من حيث الشخصية القانونية، الشخص المجهول لا يؤثر في الشخصية القانونية، في حين المفقود يؤثر الفقد على شخصيته القانونية بحيث تنتهي شخصية القانونية اذ حكم بوفاته، أما اذ لم يحكم بوفاته فان شخصيته تبقى قائمة [٣].

٥ . من الممكن جواز امكانية استعار الدولة التعويض في حالة الشخص المجهول دون ذلك في حالة المفقود .

---

(١) استاذنا حيدر حسين كاظم الشمري، مصدر سابق، ص ٦٩ . ومحمد عبد القادر ابو فارس، قانون الاحوال الشخصية، نسخة الكترونية http://books .googIe iqt تاريخ الزيارة ٤ /٤ / ٢٠٢٠ . الساعة ٥ : ١١ م

(٢) عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية (دراسة مقارنه بين القوانين المدنية العربية ومشروع المدني العربي الموحد مع الاشارة الى احكام الفقه الاسلامي ودور تقنيات الاتصال الحديثة في ايرام العقد)، دار الكتب العلمية، العراق أ أربيل، بدون سنة نشر، ص ٢٩٠ .

(٣) إيمان عبادي، أحكام المفقود، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر ـ الوادي، الجزائر، ٢٠١٨، ص ٢٥ .

٦ . المفقود لا يعلم حياته من وفاته ولا يمكن ان ينسب الية ارتكاب اي فعل او احداث اي ضرر بناء على ما تقدم، الا ان الشخص المجهول شخص موجود وحي، وان لم يعرف او يحدد الا ان قد يكون على علم واطلاع بما حصل للشخص المضرور ومن ثم يمكن ينسب الضرر الية وان تعذر تحديد شخصية .

٧ . من حيث النطاق : ان نطاق ضرر المفقود قد يكون عقدي او تقصيري، بينما لايمكن تصور هذا النطاق قي الشخص المجهول سوى الضرر التقصيري .

المبحث الثاني

جدلية واساس المسؤولية عن الشخص المجهول

تبرز أهمية إقرار قواعد المسؤولية المدنية كنظام يلتزم بموجبه من يُلحِق ضرراً بالغير بتعويض ذلك المتضرر وجبر ضرره، فالسؤال الذي يتبادر للأذهان هنا يتعلق باشكاليه مسؤولية الشخص المجهول و بالأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية، أو بتعبير آخر نقول ما هيه جدلية مسؤولية الشخص المجهول، وما هو السبب الذي من أجله يضع القانون عبء التعويض عن ضرر ناشئ عن الشخص المجهول على عاتق شخص معين ؟ . وان الاساس القانوني للمسؤولية عن الشخص المجهول يمكن ان تتأسس على على الخطأ الواجب الاثبات، او على فكرة الخطأ المفترض او نظرية التعبئه، او مسؤولية من نوع خاص .

وللإجابة على هذا التساؤل نقسم هذا المبحث على مطلبين، نتتطرق في المطلب الاول الى جدلية (اشكالية) مسؤولية الشخص المجهول، وفي المطلب الثاني الى أساس مسؤولية الشخص المجهول، على وفق الآتي :

المطلب الاول

جدلية المسؤولية عن الشخص المجهول

السؤال الذي يتبادر هنا، من هو المسؤول عن تحديد ضرر الشخص المجهول ؟ وكيف تقام الدعوى ؟ لذلك نتطرق في هذا المطلب الى جدلية مسؤولية الشخص المجهول، وذلك في فرعين، نتطرق في الاول الى تحديد المسؤول عن الضرر، وفي الفرع الثاني الى أقامة الدعوى وارتباطها بقواعد المسؤولية المدنية .

الفرع الاول

تحديد شخصية المسؤول عن الضرر

ازدادت اليوم الحوادث الناتجة عن استخدام السيارات وما تسببه من أضرار للإنسان, وبالإضافة الى ذلك فقد تعددت وانتشرت جرائم الإرهاب التي تخلف وراءها أضرارا كبيرة تبلغ في قوتها درجة

تجعل منها كوارث قومية تطال العديد من دول العالم وغالبا ما يرتكبها أشخاص مجهولون، و إزاء كثرة الأضرار التي تخلفها تلك الأخطار وغيرها, وكذلك ازدياد وعي الإنسان ودرايته بحقوقه في الوقت الحاضر، فلم يعد كما كان في السابق ينظر الى وقوع الضرر كشيء من قبيل القضاء والقدر، وإنما راح يبحث عن المسبب للضرر وأستحصال التعويض المناسب، الأمر الذي يتطلب وجود مسؤول يرجع اليه المضرور بهذا التعويض وهذا ما تقضي به قواعد المسؤولية المدنية في صورتها التقليدية، فإذا كانت المسؤولية المدنية تفترض وجود مسؤول يلتزم بدفع التعويض, فان الحلول التي تقدمها تكون غير مناسبة مطلقاً فيما اذا كان موضوع الضرر حياة الإنسان او كيانه او جسده، ويتطلب ذلك بالضرورة وجوب تعويض المضرور دون ان يتوقف ذلك على وجود فرد مسؤول, لاسيما اذا كانت الأخطار التي يتعرض لها الإنسان يستحيل معها معرفة المسؤول [١]

هنالك صعوبة بمعرفة المتسبب بحدوث الضرر في هذه الفروض وغيرها، إلا انه يظل الفرض الرئيسي قائماً والمتمثل بوجود ضرر نجم عنه أذى الا انه يتعذر معرفة محدث الضرر بحيث يمكن الرجوع عليه للمطالبة بالتعويض، وبذلك سوف تنعدم فرصة المضرور في جبر الضرر وذلك من خلال الرجوع على المسئول قانوناً بالتعويض كمتولي الرقابة أو حارس الأشياء او المتبوع[٢]، كما أنه قد تنعدم الفرصة في الرجوع على المؤمن لديه، وذلك لكون شرط الرجوع على هؤلاء جميعا يتمثل بثبوت مسئولية التابع، أو الخاضع للرقابة، وفي أحوال تعذر معرفة الفاعل، يستحيل عندئذٍ إثبات مسئوليته عن الحادث ومن ثم عدم إمكانية الرجوع بالتعويض على هؤلاء الأشخاص [٣]. ان القاعدة القانونية توجب بناء الأحكام على الجزم واليقين وليس على الظن والتخمين، وهذا ما يملي على قاضي الموضوع إن يتيقن من إن الشخص المطالب بالتعويض هو الذي ارتكب العمل غير المشروع، فإذا ما توافرت أيةُ شبهة تحول دون هذا اليقين لديه تعين عليه رفض طلب التعويض عن الاضرار الشخص المجهول، وذلك خشية إن يقضي على شخص بريء دون أي سند قانوني وفي مقابل ذلك فان هنالك شخصاً قد تضرر من جراء تعرضه الى ضرر في حين ان محدث الضرر المجهول بقى طليقاً دون أي عقاب لعدم معرفته ومن اجل ذلك يتشدد القضاء في دعاوى التعويض عن اضرار الناجمة عن الشخص المجهول ولاسيما فيما

---

(١) تشوار جيلالي، مصدر سابق، ص ٥ .

(٢) مصطفى مجدي هرجه، المسئولية عن عمل الغير (دعوى التعويض ودرء المسئولية عنها)، دار محمود، القاهره، بدون سنه نشر، ص ٣٠ . أكرم محمود حسين، أساس مسئولية المنتج المدنية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، العدد٦، مطبعة جامعة الموصل، الموصل، ١٩٩٩، ص ٩٢ .

(٣) عفيف محمد أبو كلوب، التعويض عن الضرر عند تعذر الحصول عليه من المسئول عن الضرر (دراسة مقارنة بين القانون الفلسطيني والفرنسي والفقه الاسلامي)، مجلة الجامعة الاسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد الثاني والعشرون، العدد الثاني، ٢٠١٤، ص ٥٦٠ .

يتعلق بإلزام المسئول قانوناً بالتعويض المطالب به حيث أنه قد أصبح مديناً للمتضرر، ويستلزم عندئذٍ توافر الدليل القاطع على انه هو من ارتكب الفعل الضار[١] .

من بين الحالات التي يتعذر فيها معرقة المسؤول، فمثلاً لو ان شخصاً كان يمشي في الطريق فأصيب بحجر من طرف شخص مجهول ادى الى فقه عينه، او ان شخصاً تعرض لحادث مرور ولم يتم معرفة المسؤول

ففي فرنسا بالتحديد تثار مشكلة كيفية معرفة المسؤول عن الضرر، مثال على ذلك إصابة بعض الاشخاص بسبب الالعاب النارية التي يطلقها الصيادون أثناء رحلاتهم، فالفقه في فرنسا انقسم بين مؤيد ومعارض، على ان الاتجاه الرافض لتعويضه في حرصة على احترام حرفية النصوص القانونية وما استقرت علية قواعد المسؤولية المدنية التقليدية، انما ينتهي الى نتيجة غير عادلة تتجاهل حق المضرور، لذلك كان لا بد من ظهر الاتجاه المؤيد والتي اخذ بفكرة موداها الاعتراف لهذه المجموعة من الاشخاص بقدر من الشخصية الاعتبارية، حيث لا تقرر في جميع الاحوال وإلا لأهدرت الحرية الفردية، وانما فقط بالنسبة للجماعات مقصوده التكوين، والتي تهدف الى تحقيق غاية مشتركة مثل الجماعات التي تمارس هواية الصيد الجماعي [٢]أما المشرع المصري، ففي القضاء المصري دعوى جنائية تتعلق بمتهمين أطلقا النار على المجني علية، وثبت ان الوفاة نتجت عن عيار واحد ولم يتمكن تحديد مطلقه بالذات، حينها رفضت المحكمة مساءلة هذين المتهمين مدنيا عن الطلقه التي أحدثت الوفاة، بسبب تعذر معرفة المسؤول بالتحديد [٣] . أما المشرع العراقي، فذهب الفقه المدني في العراق إذا تعذر معرفة المسئول عن الضرر أو استحال الحصول على التعويض منه يكفل المجتمع متمثلاً بالدولة بدفع التعويض المناسب للمتضرر، إذ فيه الدليل الواضح على إن اساس المسئولية المدنية يتمثل بعنصر الضرر وعليه فهي إذن مسئولية مطلقة أي مسئولية موضوعية مادية.

الفرع الثاني

أقامة الدعوى وارتباطها بقواعد المسؤولية المدنية

من المعروف أنّ الدعوى القضائية تمثّل الوسيلة التي من خلالها يستطيع الشخص أن يحصل على حقه إذا جحده خصمه بشرط اتباع إجراءات التقاضي المقرّة قانونا في هذا الشأن ،يجب أنّ

---

(١) هاله صلاح الحديثي، تعويض الاضرار البيئية التي يسببها شخص غير معلوم مجلة الحقوق، العدد ١، السنه ١١، جامعة تكريت، ٢٠١٩، ص ٢١

(٢) طه عبد المولى طه، مصدر سابق، ص ٢٢٦

(٣) نقض جنائي مصري بتاريخ ١٣ /١٢ /١٩٤٥، سنة ٣٦، رقم ١٣٩، ينظر محمد شكري سرور، مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدود من بين مجموعة محدده من الاشخاص، دار الفكر العربي، بدون مكان نشر، ١٩٨٣، ص ١٧ وما بعدها .

يكون اللجوء إلى القضاء متاحاً لكل شخص وينبغي أن يكون محل احترام، لِما يضمنه للناس حقوقهم وحمايتها [١] .

تعرف الدعوى بأنها " طلب شخص حقه من آخر أمام القضاء " [٢] ان التعريف القانوني للدعوى نلاحظ أنه ينصرف، على وجه التحديد، ذلك النوع من الدعاوى التي يُطلَق عليها اصطلاح الدعوى الفردية، والتي يُستنَد فيها إلى حق ذاتي، بمعنى أن يكون المدّعي فيها هو الشخص ذاته الذي أصيبَ في حق من حقوقه، كشأن متضرر من الضرر المجهول الذي يرفع دعوى ويطلب الحكم له بالتعويض عمّا أُصيب به من أضرار من جرّاء وقوع ذلك الضرر، حتى لو كانت آثار تلك الأضرار قد طالت أشخاصاً غيره وجهات أخرى، لأنّ المفهوم المتقدم للدعوى يفيد بأن لكل متضرر الحق في أن يرفع دعوى خاصة به، وأن يحدد السبب القانوني الذي يبني على أساس منه دعواه، ولا يحول دون رفع دعوى التعويض عن أضرار الشخص المجهول قيام أطراف آخرين، متضررين من الضرر ذاته برفع دعوى مشابهة للمطالبة بالتعويض عن أضرار مماثلة، إذ لا يسع المسؤول عن دفع التعويض أن يدفع ادّعاءات هؤلاء المتضررين بحجة أنّه دفع التعويض لأول مدّعٍ تقدم برفع الدعوى، ذلك أنّ الثابت هنا أنّ أضرار الشخص المجهول تنتشر على مدى واسع، تطال اعداداً كبيرةً من الأشخاص [٣] .

إذ رفع المدعي دعوى امام المحاكم الجزائية، فانه المعلوم انه يجب على قاضي التحقيق القيام بتدقيق الاوراق التحقيقية الخاصة بالقضية تدقيقاً من شأنه ان يراجع جميع ما توفر في القضية من أدلة وأسانيد وقرائن، وعلى أساس ماقررته المادة (١٣٠) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ بجميع فقراتها، فاذا وجد القاضي ان الفاعل مجهول او ان الحادث وقع قضاء وقدر يقرر غلق الدعوى مؤقتاً .

أما بالنسبة للدعوى المدنية، فنلاحظ عدم أمكان رفع مثل هذه الدعوى، لانه يجب ان يكون المدعي علية معروف، اي لابد ان تحتوي عريضة الدعوى على اسم المدعي الثلاثي، بينما دعوى ضرر الشخص المجهول، نلاحظ ان المدعي علية مجهول في هذه الدعوى، ومن ثم لا وجود مثل هذه الدعوى .

---

(١) محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ٢٠٠٣، ص ٥٨.

(٢) المادة (٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .

(٣) محمد عبد الصاحب الكعبي، المسؤولية المدنية عن أضرار الكوارث الطبيعية (دراسة مقارنة)، بدون طبعة، دار التعليم الجامعي، العراق، ٢٠٢٠، ص ١٩٦ .، سليم سلامة حتامله، شرط المصلحة في قضاء محكمة العدل العليا الاردنية، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثامن، عمان، بدون سنة،ص ١١٥.

أما بالنسبة لتقادم والسقوط، أن معظم التشريعات لم تتناول نصوصاً خاصة بدعاوى المسؤولية عن أضرار الشخص المجهول بأنواعها كافة وتفصيلاتها ولذا يتعين الرجوع إلى النصوص القانونية العامة في هذا المجال، إذ نص المشرع الفرنسي على تقادم دعوى المسؤولية المدنية غير التعاقدية بمضي عشر سنوات وذلك من تاريخ ظهور الضرر أو تفاقمه، كما نص على تقادم دعاوى المسؤولية العقدية بعد مضي ثلاثين سنة من وقت إبرام التعاقد، ذلك في حال كان هناك غياب لشرط يحدد مدة التقادم من خلال العقد المبرم بما جاء في نص المادة (٢٤٦٢) من القانون المدني الفرنسي النافذ ،

أما المشرع المصري، فقد تناوله في القانون المدني النافذ في المادة (١٧٢) منه إذ نصت على " ١ . تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عنه، وتسقط هذه الدعوى في كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع . ٢ . على أنه إذا كانت الدعوى ناشئة عن جريمة وكانت الدعوى جنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية"

وبالنظر إلى النص السابق نجد أن دعوى التعويض لا تسمع عن الفعل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المضرور بحدوث ذلك الضرر وذلك علمه بشخص الفاعل المسؤول عن ذلك الضرر وعموماً نجد أن هذه الدعوى تسقط ولا يحق المطالبة بها بمضي خمس عشرة سنة على أن يتم احتساب هذه المدة من تاريخ وقوع الفعل غير المشروع أما إذا كانت دعوى المسؤولية ناشئة عن جريمة وكانت هذه الأخيرة جنائية فالدعوى لا تنقضي إلا بسقوط الدعوى الجنائية والتي تسقط بمرور عشر سنوات من يوم وقوع الجناية، وإذا كانت جنحة فبمضي ثلاث سنوات، وفي المخالفات بمرور سنة الضرر أو بشخص المسؤول عنه[١] .

أما المشرع العراقي، فقد نص في المادة (٢٣٢) من القانون المدني النافذ على انه " لا تسمع دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فية المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه ولا تسمع الدعوى في جميع الاحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشرع " .

نجد أن دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع تسقط بالتقادم بانقضاء ثلاث سنوات ذلك من اليوم الذي علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدث الضرر، وتسقط هذه

[١] فلاح كريم وناس آل جحيش، الموسوعه القضائية المدنية (تطبيقات القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، ج٢، دار السنهوري، بيروت، ٢٠٢١، ص ٥٧.

الدعوى في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع .و في قانون التامين الالزامي من حوادث السيارات رقم (٥٢) لسنة ١٩٨٠ في الفقره الثانية من المادة (١٣) نصت على أنه " تتقادم الدعوى الناشئة من هذا القانون بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي نشأ عنها الحق، وتبدأ مدة التقادم بالنسبة لمن نص عليهم في البند (أ) من الفقرة اولاً من هذه المادة من تاريخ سريان المدة المحدده فيه، وتسري على دعاوي الرجوع ابتداء من اليوم الذي يدفع فية المؤمن مبلغ التعويض ".

المطلب الثاني

اساس المسؤولية عن الشخص المجهول

يقصد بأساس المسؤولية السبب الذي من أجله يضع القانون عبء تعويض الضرر على عاتق شخص معين أي انها الاسباب التي تجعل التشريعات تقيم الالتزام بتعويض الضرر الذي يصيب الغير وفقاً لذلك نقسم هذا المطلب على فرعين، نتطرق في الفرع الاول الى مسؤولية اساسها الخطأ، وفي الفرع الثاني الى مسؤولية من نوع خاص، وفق الآتي :

الفرع الاول

مسؤولية اساسها الخطأ

لذلك نذكرها على ثلاث فقرات :

أولاً . الخطأ المفترض أدرك أصحاب النظرية الذاتية ضرورة إقامة المسؤولية المدنية في حالات خاصة على افتراض الخطأ بغية التيسير على المتضرر في مسعاه للحصول على التعويض عمّا أصابه من ضرر، واستجابّ المشرّع لهذه الضرورة، فأزاح عن عاتق مدّعي الضرر عبء إثبات الخطأ وسهّل عليه طريقه نحو جبر ضرره في حالات حدّدها وبيّن التي استثناها المشرّع من وجوب إثبات الخطأ لإقامة المسؤولية، ان هذه النظرية تقوم على اساس القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية التي تقوم على أساس الخطأ، فكما أن يسأل عن فعلة الشخصي إذا وصف هذا الفعل بأنه خطأ، فإنه يسأل عن تعويض الضرر الذي أحدثه الشخص [١] .

فمثلاً اذا حاولنا ان نحدد مصادر تلويث مياه نهر دجلة في مدينة بغداد لوجدنا ان هنالك عدة مصادر تساهم بتلويث هذا المورد الطبيعي منها قيام البعض من المواطنين برمي الحيوانات النافقة في مياه نهر دجلة أو رمي الفضلات المنزلية أو غسل الشاحنات الكبيرة على ضفاف النهر مما قد يؤدي الى تسرب الزيوت، كما وان هنالك البعض من الفلاحين يعمل بطريقة سلبية

([١]) أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنه) ط ١، دار الفكر والقانون، المنصورة، المنصورة، ٢٠١٤، ص ٥٢٣ .

بتسميد الاراضي الزراعية وكذلك المنشات الصناعية المطلة على النهر تسهم بتلويث النهر، فنلاحظ في الامثلة المتقدمة ان المتسبب غير معروف، فالمسؤولية عن الشخص المجهول وفقاً لهذه النظرية لا تختلف عن القواعد العامة إلا فيما يتعلق بعبء إثبات الخطأ، فبينما يقع هذا العبء على عاتق المضرور وفقاً للقواعد العامة، فأن المضرور لا يكلف بإثبات الخطأ في المسؤولية عن الشخص المجهول، إذ ان القانون يفترض ويعفي المضرور من إقامة الدليل علية، طبقت فكرة الخطأ المفترض في المسؤولية عن عمل الغير، وعن الاشياء التي تكون في حراسة الشخص، وهي مقرره ابتداء على عاتق المتبوع بمجرد وقوع الضرر بفعل الأشخاص التابعين له، على أساس افتراض تقصير من جانبه، ويتخذ منه قرينه على وقوع خطأ في أداء واجب الرقابة الواقع على كاهله، ولقد نصت القوانين المدنية في أغلب الدول على حالات المسؤولية على أساس الخطأ المفترض، وأجازت في بعض الحالات للمسؤول ان يفلت من المسؤولية بإثبات عدم وقوع خطأ منه، وفي حالات آخرى لم تجز له إثبات عدم وقوع الخطأ المفترض، ففي فرنسا دأب مجلس الدولة الفرنسي على تطبيق فكرة الخطأ المفترض في قضائه المتواتر في مجالين أساسيين يتعلق الاول بمستعملي المنشآت العامة الذين يستفيدون من هذه الفكره، عندما يكون ذلك الاستعمال مصدراً للضرر الذي يدعونه، ولإعفاء الادارة من المسؤولية يجب عليها ان تثبت انها ادارتها بطريقة عادية وبدون ذلك تسأل عن إخلالها بالسير العادي للمنشأت، أما المجال الثاني فيتعلق بالمستشفيات العامة والتي يستفيد مستعملوها من المسؤولية على أساس الخطأ المفترض، عندما يصابون بأضرار غير عادية بسبب العلاجات او الاعمال الطبية [١] .

أما المشرع المصري فقد اعتنق هذه النظرية في المادة (١٧٤) من القانون المدني [٢]، كما ان القضاء المصري تواترت على ان المسؤولية عن الاشياء تقوم على اساس الخطأ المفترض في جهة حارس الشيء وان هذا الخطأ مفترض افتراضاً لا يقبل اثبات العكس [٣].

أما المشرع العراقي نصّ في الفقره الاولى من المادة (٢١٩) من القانون المدني على أنّ " الحكومة والبلديات والمؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل إحدى المؤسسات الصناعية أو التجارية مسؤولون عن الضرر الذي يُحدثه مستخدموهم، إذا كان الضرر ناشئاً عن تعدٍ وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم "، وأول ما يُلاحَظ على هذا النص أنّ المشرع في

---

(١) أحمد محمد صبحي أغرير، المسؤلية الإدارية عن أضرار المرافق العامة الطبية (دراسة مقارنة) ط ١، مكتبة القانون والاقتصاد، المملكة العربية السعودية ـ الرياض، ٢٠١٥، ص ٣١٤ ـ ٣١٥ . وجهاد محمود عبد المبدي، عمليات نقل الدم وتأجير الأعضاء البشرية، ط ١، مكتبة القانون والاقتصاد، المملكة العربية السعودية ـ الرياض، ٢٠١٤، ص ٣٦١ ـ ٣٦٣

(٢) نصت المادة (١٧٤) من القانون المدني المصري على " يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعة بعمله غير المشروع، متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته او بسببها "

(٣) أنور يوسف حسن، مصدر سابق، ص ٥٢٣ .

إقراره لهذا النوع من المسؤولية قد نحا منحىً مختلفاً عن المنحى الذي سلكته معظم التقنيات المدنية الحديثة، فهو لم يضع قاعدة عامة تقرّر مسؤولية أي متبوع عن الأفعال الضارةا لصادرة من تابعه متى ما توافرت شروطها كما فعلت تلك التقنيات [1]، وإنما ذكرَ أشخاصاً على سبيل الحصر وقرّر تحمّلهم المسؤولية عمّا يقع من أفعال ضارة يرتكبها تابعوهم، فلمشرع العراقي قَصَرَ مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه على الأشخاص المذكورين في النص دون غيرهم[2]، فإذا لم يكن الشخص مشمولاً بالتحديد الوارد في المادة المذكورة فإنّه لا ينطبق عليه توصيف المتبوع ومن ثم لا يُسأل عن خطأ تابعه .

نخلص من كل ما تقدم أنّ القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية على وفق النظرية الذاتية بكل ما وفّرته من وسائل للرجوع على مُحدث الضرر، وكل ما يمكن تطويعه من هذه القواعد في محاولة لتمكين المتضرر من الشخص المجهول للحصول على التعويض المناسب تظل عاجزة، في أحيان كثيرة، عن توفير الغطاء القانوني للمتضرر ليحقق بواسطتها بغيته وينال ما يروم إليه من جبر الضرر الذي أصابه، و أنّ المسؤولية المدنية عن أضرار الشخص المجهول، في ضوء القانون المدني العراقي، يمكن أن نتصور قيامها استناداً إلى مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، وانطوى هذا المتبوع ضمن إحدى طوائف التوصيفات الواردة في المادة (٢١٩)، ولا يهم بعد ذلك أن يتمثّل بشخص من أشخاص القانون العام أو من أشخاص القانون الخاص، أو أن يكون شخصاً وطنياً أو دولياً.

انتقدت هذه النظرية من قبل البعض، قيل ان افتراض الخطأ يتناقض مع فكرة الخطأ ذاتها خاصة اذ كان هذا الافتراض قاطعاً غير قابل لإثبات العكس، ويظهر هذا التناقض بجلاء في الاحوال التي يستحيل معها على الشخص تنفيذ التزامه، كأن ينشأ الضرر نتيجة عيب في الشيء يستحيل على أي شخص وجد في مثل الظروف التي وجد فيها الشخص المعتاد أو حتى الشخص اليقظ الحريص ان يكشف ذلك العيب، من هنا تناقض فكرة الخطأ المفترض القواعد العامة التي تقضي بأنه لا تكليف بمستحيل، ومن ناحية اخرى فأن القول بافتراض الخطأ افتراض غير قابل لأثبات العكس يتناقض مع صريح الفقره الثانية من المادة (١٣٥٢) من القانون المدني الفرنسي، والتي

---

(1) مثلاً القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ في الفقره (ب) من المادة (٢٨٨) والقانون المدني الجزائري رقم (٧٥) ١٩٣٥ في المادة (١٣٦) والقانون المدني الفرنسي في المادة (١٣٨٤) التي أصبح رقمها (١٢٤٢) بموجب الأمر رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦ م. فهذه القوانين جميعاً أقرّت مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه بعبارة عامة يندرج في مبناها كل أصناف المستخدمين والتابعين ولم تقيد ذلك بأصناف محددة كما فعل المشرّع العراقي في النص اعلاه .

(2) تجدر الإشارة هنا إلى أنّ المشرّع التونسي كان موقفه متفقاً مع المشرّع العراقي، بل متشدداً أكثر، إذ قَيَّدَ أصناف الأشخاص الخاضعين لأحكام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه بأشخاص القانون العام فقط. أنظر المادة (٨٤) من مجلة الالتزامات والعقود.

تقرر بأن القرينة القانونية هي قرينة بسيطة كقاعدة عامة، وانها لا تكون قاطعة إلا إذا ورد بشأنها نص صريح [١].

ثانياً . الخطأ الثابت الثابت لغة : ثبت، ثباتاً، وثبوتاً، استقر، ويقال ثبت بالمكان : اقام، وثبت الامر: صح وتحقق، ويقال أثبت الكتاب : سجله، واثبت الحق : اقام حجته، ثبت الشيء : اثبته [٢]المقصود بالثابت هنا هو الإثبات القضائي، والذي يُعرّف بأنه " إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتّبت آثارها " [٣]. وبهذا المعنى فإن الإثبات يهدف إلى حماية الحقوق وضمان تمتّع أصحابها بمزاياها في إطار المصلحة الاجتماعية للحق، لأنّها مصلحة يقرّها القانون ويحميها من خلال ما يفرضه من التزام على الكافة محله احترام هذا الحق وتمكين صاحبه من الحصول على مزاياه، ومباشرة السلطات التي ينطوي عليها[٤]. ومن هنا بات على من يطالب بحماية حقٍ أو مركزٍ قانوني أن يستند في تلك المطالبة على قاعدة قانونية تعترف بهذا الحق أو المركز القانوني وتحميه، ولكن لمّا كان الإثبات القضائي ينصّب على وجود واقعة قانونية ترتّبت آثارها، فهذا يعني أنّ محل الإثبات ليس هو الحق المدّعى به ولا أي أثر قانوني آخر يتمسك به المدّعي في دعواه، وإنما هو المصدر القانوني الذي أنشأ هذا الحق أو هذا الأثر [٥].

بمقتضى هذه النظرية فأن خطأ الحارس مثلاُ لا يكون مفترضاً بل يعد خطأ ثابتاً، وهو خطأ ثابت من نوع خاص ويتحقق هذا الخطأ بمجرد وقوع الضرر للغير بفعل الشيء، وسبب ذلك هو ان المشرع يفرض على حارس الشيء التزاماً قانونياً محدداً مفاده ان يبقى الشيء تحت حراسته الفعلية عن طريق مراقبته واخذ الاحتياطات والتدابير الضرورية لمنع الشيء من الحاق الاذى أو الضرر بالغير [٦] .أنّ الإثبات بشكل رئيس في دائرة المسؤولية المدنية عن أضرار الشخص

---

(١) عمر بن الزوبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ، الجزائر، ٢٠١٧، ص ١٠٢ . وعلي كحلون، دعوى التعويض في حوادث المرور، ط ١، مجمع الاطرش للكتاب المختص، تونس، ٢٠١١، ص ١٤ .

(١) مجد الدين محمد بن يعقول الفيروزابادي، القاموس المحيط، ج ١، مطبعة المكتبة التجاري،مصر، ١٩١٣، ص ١٤٤ .

(٣) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام (الاثبات ـ آثار الالتزام) ج ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨، ص ١٣ . محمد بن براك الفوزان، جرائم الرشوة والتزوير (دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية) ط ١، مكتبة القانون والاقتصاد، السعودية ـ الرياض، ٢٠١٤، ص ٧٣ . ومحمد جبر السيد عبد الله جميل، جريمة التحرش الجنسي وعقوبتها في التشريع الاسلامي والقانون (دراسة مقارنه)، دار الكتب العلمية، جامعة المدينة العالمية ـ ماليزيا، بدون سنة نشر، ص ٢٤٢

(٤) آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الإثبات، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٩٠، ص ٢٨.

(٥) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٢، مصدر سابق، ص ١٥. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ـ الأردن، ٢٠٠٥، ص٣٠.

(٦)محمد طاهر قاسم، الأساس القانوني للمسؤولية عن الأشياء الخطرة أمام القضاء العراقي، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٣)، العدد (٤٩)، السنة (١٦)، العراق، ٢٠٠٩، ص ١٨١ .

المجهول ينصب ابتداءً على الخطأ الذي يدّعي المدّعي صدوره من المدّعى عليه، والذي يدّعي أنّه هو السبب في إلحاق الضرر به، أو كان هو السبب في زيادة الضرر الذي لَحقَه من الشخص المجهول، ولمّا كان هذا الأخير تُعد بمثابة واقعة طبيعية، وكان الخطأ المتصل به، والذي يدّعي المدّعي حصوله، يُمثّل عملاً مادياً يعتد به القانون، ويُنشئ عنه أثراً يتمثّل بإيجاد حق للمتضرر بالمطالبة بالتعويض عنه، فهذا مؤداه أن يكون إثبات ذلك الخطأ كأي عمل مادي آخر بطرق الإثبات كافة، وهذا ما تمليه الضرورات العملية وإن لم يرد بشأنها نص' لأنّه حتماً لا يتيسر للمتضرر عن الشخص المجهول أن يهيئ مقدّماً دليلاً على تضرره عند وقوع الضرر أو عند صدور الخطأ الذي كان السبب في تضرره من تلك الضرر، لذا جاز إثبات ذلك الخطأ بكافة طرق الإثبات المتيسرة لديه عند رفع الدعوى[1].

ولكن هذا لا يعني أنّ واجب إثبات الخطأ سهل ومتيسر المنال، فالمتضرر عن الشخص المجهول بالرغم من أنّ المشرّع فسح المجال أمامه لإثبات الخطأ الذي سبّبَ له الضرر أو فاقمة عليه بكافة طرق الإثبات، إلا أنّه قد تواجهه صعوبات عديدة وهو يحاول الوصول لمبتغاة هذا ،

انتقدت هذه النظرية أيضاً، بأنها لم تكن مقبولة عند الكثير من الفقهاء، فالالتزام الذي قبل بوجوده على عاتق المتضرر لا سند له من القانون، فهو مختلق من أساسة، فضلاً على أن وجود الالتزام يفترض ان يكون للشخص القدرة على الوفاء به طبقاً لقاعدة لا التزام بمستحيل، وهو ما لا يتحقق دائماً بالنسبة له، والضرر قد ينشأ عن عيب في الشيء يستحيل على أكثر الناس حرصاً ان يكشف عنه ففي مثل هذه الحالات يستحيل نسبة الخطأ الى سلوك الشخص حتى يمكن القول بتحقق مسئوليته الشخصية، كما قيل بأن نظرية الخطأ الثابت في فلك من المجاز لا يقارب الحقيقة، فالقول بأن هناك خطأ ثابت دون البحث في سلوكه أخطأ أم لم يخطئ، بل ومنعه من نفي هذا الخطأ قول يخالف المعيار الأخلاقي لفكرة الخطأ، جهة أخرى فإن الصعوبة في إثبات الخطأ قد تتأتى من قلة المعلومات المتوفرة لدى المتضرر عن الإجراءات والتدابير الكفيلة عن الضرر وتخفيف أضرارها، الأمر الذي يحول في الغالب بينه وبين تصور إمكانية إسناد خطأ لجهة من الجهات المعنية في اتخاذ تلك التدابير والإجراءات، مما يؤدي به أن يبني على ذلك ترجيح احتمالية عدم استحقاقه للتعويض عمّا لحقه من ضرر فيعزف عن المطالبة به خشية تعذّر

(1) طرق الإثبات أو كما تسمى (أدلة الإثبات) (هي الوسائل المقبولة قانوناً والتي يلجأ إليها أطراف النزاع لإقناع القاضي بصحة الوقائع التي يدَّعونها). ينظر آدم وهيب النداوي، مصدر سابق، ص ٥٣.

الحصول عليه، وليجنب نفسه تَكَبُّد خسائر إضافية تتمثّل بتكاليف المطالبة القضائية وما يترتّب عليها من أعباء مالية تزيده ضرراً على ضرره[١].

نرى إلى أنّ الخطأ الواجب الإثبات لم يَعُد الأساس الأنسب الذي تُقام عليه المسؤولية التي يشهدها واقعنا المعاصر، لِما يُلقيه من عبء لا يحتمله المدّعي ويفوق طاقته، الأمر الذي يؤدي به إلى استحالة حصول المضرور على تعويض يجبر به ضرره في أحيان كثيرة، فليس لنا إلا الإقرار بأنّ الخطأ الواجب الإثبات إذا كان صالحاً لاتخاذه أساساً تُقام عليه المسؤولية المدنية في بعض حالاتها ضمن نطاق المسؤولية عن الفعل الشخصي، وعلى وجه الخصوص تلك الحالات التي تكون فيها صور الخطأ من الوضوح بمكان بحيث لا يُثار الخلاف بشأنها أو بشأن نسبتها إلى فاعلها، لذلك فان النوع من الخطأ لا يستقيم مع عموم حالات المسؤولية المدنية عن ضرر الشخص المجهول لتعذر معرفة محدثها .

ثالثاً . تحمل التبعة أمام الانتقادات التي وجهت للخطأ المفترض والخطأ الثابت، هناك اتجاه في الفقه يرى عدم صلاحية فكرة الخطأ برمتها كأساس للمسئولية، وان هذا الاساس لا يتماشى مع التطور الذي اسفر عنه تزايد الحوادث والأضرار بفعل المخترعات الحديثة والآلات الميكانيكية التي يصعب السيطرة عليها أو التكهن بعيوبها، وبالتالي يرى هذا الاتجاه ان الأساس الملائم لهذه المسؤولية يكمن في فكرة تحمل التبعة أو المخاطر [٢] .

تقوم هذه النظرية على مبدأ مفاده أنّ كل شخص يمارس نشاطاً يعود عليه بالربح أو يستحدث نشاطا نافعاً له ؛ لكنه في الوقت نفسه تكمن فيه مخاطر تلحق أضراراً بالغير، فإنّه يُلزَم بتعويض تلك الأضرار دون اشتراط صدور خطأ منه، وإنّما يُستنَد في ذلك على تحمّل تبعة هذا النشاط.، وهذه النظرية في حقيقتها لا تخرج عن محتوى مفهوم القاعدة الشهيرة في الفقه الإسلامي المعروفة بقاعدة (الغرم بالغنم)، والتي مؤدّاها أنّ كل من يستفيد من نشاط ما يتحمل الخسارة والتكاليف الناشئة عن ذلك النشاط' وفي بيان مصاديق القاعدة المذكورة قيل أنّ (من ينال نفع شيء يتحمل ضرره)' ومن يستفيد من عمل شخص يتحمل غرمه [٣]

فالقائلون بإقامة المسؤولية المدنية على نظرية تحمّل التبعة يذهبون إلى رفض الأخذ بالتفرقة التقليدية بين الفعل الخاطئ والفعل غير الخاطئ وجعل الأول وحده مناطاً لقيام المسؤولية، بل

---

(١) أنور يوسف حسن، مصدر سابق، ص ٥٢٥ . إبراهيم الدسوقي ابو اليل، الإعفاء من المسئولية المدنية من حوادث السيارات (دراسة تحليلية لنظرية السبب الأجنبي في الفقه والقضاء المصري والفرنسي)، أطروحة دكتوره مقدمه الى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٧٥، ص ٨٢ . ومحمد عبد الصاحب الكعبي، مصدر سابق، ص١٢٥ .

(٢) أنور يوسف حسن، مصدر سابق، ص ٥٢٧ .

(٦٢) محمد عبد الصاحب الكعبي، مصدر سابق، ص ١٦٤ .

يؤكدون على أنّ المسؤولية المذكورة تقوم على ركنين هما الضرر وعلاقة السببية بين الضرر وفعل المدّعى عليه' ويقدمون العديد من التبريرات لدعم نظريتهم، ولعل أهم تلك التبريرات قولهم بأنّه إذا كانت قواعد الأخلاق والعدالة تفرض على المخطئ أن يعوض الضرر الذي سبّبه للغير بخطئه فإن هذه القواعد ذاتها أيضاً تأبى أن يبقى المصاب دون تعويض لمجرد أنّ المتسبّب في حدوث الضرر لم يرتكب خطأ مادام أنّ المصاب نفسه لم يصدر منه خطأ، ذلك أنّ الضرر الذي يصيب شخصاً بفعل آخر إذا لم يكن راجعاً إلى أيٍ من الطرفين فإنّه لا يكون ثمة مسوغ لأن يتحمله المصاب دون المتسبّب فيه، فالمنطق هنا يقول أنّه لا يكفي أن يكون الفاعل غير مخطئ في إحداث الضرر حتى يكون من العدل ترك عبء الضرر على عاتق من أصيب به إذا كان المصاب هو أيضاً غير مخطئ، إنّما تقتضي قواعد العدالة والأخلاق متى تساوى الطرفان في عدم الخطأ بأن يتحمل الضرر من تسبّب في إحداثه بفعله غير الخطأ لا الضحية الذي لم يكن له أي دخل في حدوثه' وبحسب هذه النظرية فإنّ المسؤولية المدنية لم تَعُد تقوم على فكرة العقاب وإنزاله بالفاعل، وإنّما صارت تهدف إلى إصلاح ما نجم عن الفعل من ضرر، فإذا كان الأمر كذلك فلا يبقى معنى لاشتراط الخطأ لقيام هذه المسؤولية، ذلك أنّ هذه الأخيرة باتت اليوم لا تعدو إلا رد فعل اجتماعي وقانوني لِما صدر من الفاعل من عمل ضار، ورد الفعل ذاك لازمه أن يتحمل هذا الشخص النتائج الطبيعية لفعله بصرف النظر عن طبيعة الفعل الذي صدر عنه ودون النظر إلى ما إذا كان هذا الفعل مشروعاً أم غير مشروع، خاطئاً أم غير خاطئ، لأنّ رد الفعل هذا يُعَد نتيجة طبيعية حتمية لفعله' وفضلاً عن ارتباط هذه النظرية بمبدأ الغرم بالغنم المستندة إلى قواعد الأخلاق والعدالة فإنّها ترتبط بإنشاء المخاطر واستحداثها، ومن هنا عُرِّفت المسؤولية المدنية، بالقول أنّها المسؤولية المتولدة من المخاطر المستحدثة التي تُلزم صاحبها بالتعويض عمّا ينشأ عنها من أضرار، حتى وإن لم يقترف أي خطأ وذلك كمقابل لِما يغنمه صاحب المخاطر من هذه الأخيرة من منافع [1] .

هذه النظرية لم تسلم أيضاً من أسهم الانتقادات العديدة التي وجهت إليها، إذ يرى منتقدو هذه النظرية فقد تظهر أمام المتضرر مشكلة تُعيق مسعاه وقد تحول دون إمكانية حصوله على التعويض لجبر ضرره، وتتمثّل هذه المشكلة في أنّ نظرية تحمّل التبعة تقتضي وجود شخص تسبّب بالضرر، وهنا تبرز المشكلة إذا ما كان المتسبّب في ذلك الفعل الضار مجهولاً، فحين تجرف مياه الفيضان مواداً كيميائية تتسبّب بتلوث البيئة التي تمر بها تلك المياه دون أن نعلم

(1) مصدر نفسه، ص ٢٥٦.

مصدر المواد المذكورة، فهذه الحالة لا شك تتضمن عقبة تحول دون إمكانية تشخيص المسؤول عن أضرار ذلك التلوث ومن ثم فلا جدوى من إعمال النظرية المذكورة أو بالأحرى عدم صلاحية هذه النظرية للإعمال أصلاً في حالة كهذه، وهذه العقبة تتأزم أكثر ولا شك في حالة انعدام وجود شخص مسؤول من حيث الأصل في إحداث الضرر[١].نرى ان هذه الانتقادات تحد من دور نظرية تحمّل التبعة وتُضيق من سعتها، مما يجعلها غير قادرة على استيعاب الكثير من الأضرار الناشئة عن الشخص المجهول، الأمر الذي يتعذّر معه أحياناً الاستناد إلى هذه النظرية في التأسيس للمسؤولية عمّا ينشأ عنها من أضرار متعددة ومتنوعة، وهذا يدعونا قطعاً إلى حث الخطى باتجاه البحث عن سبيل آخر يصح الاستناد إليه في التأسيس لتلك المسؤولية وفق آلية تضمن حصول المتضرر على التعويض في كل الحالات والصور وتتجاوز كل المشاكل والعقبات التي تعترض طريق الوصول إلى ذلك التعويض .

الفرع الثاني

مسؤولية من نوع خاص

أمام الانتقادات التي وجهت للنظريات المتقدمة يمكننا أن نقول أن اساس مسؤولية الشخص هي مسؤولية من نوع خاص، وهي مسؤولية الدولة في تعويض المضرور، ان التزام الدولة قبل مواطنيها يجد أساسه في التزامها بالمحافظة على سلامتهم لذا فإن أي ضرر يتعرض له المواطن يتوجب على الدولة العمل على جبره ولاسيما إن الدولة حظرت على المواطن إقامة العدالة لنفسه وأخذت على عاتقها منع الجريمة وإعادة التوازن الذي اختل نتيجة الفعل الضار' ان هذا الالتزام هو من قبيل الالتزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، كما انه من واجب الدولة إن يسود مبدأ المساواة بين أفراد المجتمع وهذا ما يقتضى إن يحصل المضرور على التعويض المناسب لجبر الضرر الذي تعرض له في حالة مجهولية محدث الضرر' على الدولة إن تتدخل وتعوض المضرورين عما أصابهم من ضرر في أجسامهم، وأنفسهم، وإعراضهم، وأموالهم، كما إن بقايا الأسلحة الحربية التي تخلفها الحروب تشكل أعظم ضرر يصيب الإنسان [٢]، وعليه فإن كل هذه الجرائم نجم عنها اضرار جسيمة تستوجب التعويض فمن واجب الدولة إيجاد الحلول القانونية لحماية المضرورين وذلك لكي تتمكن من تحقيق الاستقرار الاجتماعي والأمني داخل اقليمها .

---

(١) محمد طاهر قاسم، مصدر سابق، ص ١٨٣ .

(٦٥) فايز عبد الله الكندري، المسئولية المدنية للدولة عن تعويض إضرار مخلفات الحرب في ضوء أحكام القضاء الكويتي، مجلة حقوق الكويت، السنة ٢٨، العدد٤، ٢٠٠٤، ص ٩٩

اما على الصعيد التشريعي، فإن التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي قد أضاف فصلاً جديدا يختص بإصلاح الأضرار, وجاءت المادة (١٢٤٦) في مستهل هذا الفصل تنص على أنه (أي شخص مسؤول عن إحداث الضرر يجب عليه إصلاحه) [١] بمعنى أن كل شخص يحدث أضرار يجب عليه إصلاحها أو تعويضها بغض النظر عن وقوع الخطأ من جانبه من عدمه.

اما المشرع المصري، فلم يتظمن اي نص يقوم بتعويض المضرور في حالة مجهولية الفاعل

إن التشريع العراقي لم يتضمن أي نص قانوني يتعلق بتعويض المضرور في حالة مجهولية الفاعل محدث الضرر؛ وان الفكر القانوني المعاصر سعى لسد القصور الموجود في القواعد العامة المتعلقة بتعويض الأضرار الناجمة عن بعض الأفعال الضارة ولاسيما الجرائم التي توصف بالإرهابية والتي لم تقم اغلب التشريعات بتحديد مدلولها بل ترك الباب مفتوح لكي يستطيع الفكر القانوني تضمين جميع الأعمال ذات الأضرار الجسيمة تحت مظلة الإرهاب فهي تكون مسؤولية الدولة في تعويض الأضرار المذكورة تضامناً مع المتضرر . ويبدو أنّ المشرّع العراقي قد حسم أمره في المضي على طريق تأسيس المسؤولية المدنية على مبدأ التضامن الاجتماعي كلما اقتضت الضرورة منه ذلك ولحالات من الأضرار ذات طبيعة خاصة، والمتمثّلة على وجه الخصوص بالأضرار الناتجة عن الجرائم الارهابية، إذ أصدر مجلس الوزراء بصفته التشريعية حينها الامر فعلى سبيل المثال الامر المرقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤ والخاص بتعويض الشهداء والمصابين نتيجة الأعمال الإرهابية [٢] . ومن ثم صدرت عدة تعليمات بشأن تعويض المتضررين من جراء العمليات الحربية والاخطاء العسكرية والعمليات الإرهابية، وهذه أُلغِيَت جميعها بموجب المادة (١٦) من قانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والاخطاء العسكرية والعمليات الإرهابية رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٩ والذي نصت المادة (١) على أنّه " تعويض كل شخص طبيعي أصابه ضرر من جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الإرهابية .... "، إلا أن المادة (٨) من القانون نفسه نصّت على أنّه " لا يجوز الجمع بين التعويض المنصوص عليه في هذا القانون والتعويض عن ذات الأضرار وفقاً لقانون آخر وفي حال حصول المتضرر على تعويض يقل عمّا يستحقه بموجب هذا القانون يُمنَح الفرق بين ما صُرِفَ له وما استحقه بموجب هذا القانون " ونستشف من هذه النصوص أنّ المشرّع أراد أن يضمن التعويض للمتضرر بحسب

---

٦٦)(Article ١٢٤٦ Toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer ".

(٦٧) أمر رئاسة الوزراء ذو الرقم(١٠) لسنة ٢٠٠٤ والمنشور في الوقائع العراقية ذو العدد(٣٩٨٩) في ١١/١١/ ٢٠٠٤.

هذا القانون ما لم يحصل على تعويض وفقاً لأسس أخرى بموجب قوانين نافذة، وهجر إعمال مبدأ التضامن الاجتماعي كلما عجزت النظم القانونية الأخرى عن القيام بواجب تعويض المتضرر.

نرى ان هذه النظرية تعَد اليوم الأساس السليم لإقامة المسؤولية المدنية عن ضرر الشخص المجهول، إذ من خلاله يستطيع المتضرر الحصول على التعويض العادل والعاجل عما أصابهُ من ضرر من جراءه من غير ان ينشغل بالبحث عن المسؤول عن الضرر ومن دون أي اعتناء بالخطأ الذي تسبّب بالضرر أو حتى النشاط الذي ترتّب عنه ذلك الضرر.

الخاتمة / بعد الانتهاء من هذه الدراسة الموسومة ((مفهوم ضرر الشخص المجهول)) نبين اهم ما توصلنا إلية من نتائج وتوصيات .

اولاً . النتائج

١ . اتضح لنا و بعد الاطلاع على المصادر المتاحه، والتشريعات المقارنة، والتطبيقات القضائية، لم نجد تعريفاً للشخص المجهول، لذلك عرفناه بأنه (مرتكب الفعل الضار الذي تعذر معرفة هويته او تعينه او التعرف عليه على وجه التعيين والدقه، ولا يهم كون هذا الشخص طبيعي او معنوي وان تعذر الاخير من الناحية العملية) .

٢ . توصلنا في الدراسة ان الشخص المجهول يتمييز عن بعض الاشخاص منهم المتهم بجمله من التشابه ومنها يمكن ان يكون كلاهما اشخاص قد يكونون طبيعين او معنوين، كذلك ان كلاهما لم يثبت ارتكابهما الجريمه للفعل . اما بالنسبة للاختلاف فانهما يختلاف ببعض منها من حيث المعنى والاخرى من حيث المحاكمه، من حيث التنازل، واخيراً من حيث التقادم والاجراءات. أما عن المفقود، من حيث التشابه كلاهما يغيبان عن موطنهم او محل اقامتهم، وكذلك كلاهما قد يطبق عليهما نفس الاحكام . اما بالنسبة للاختلاف فانهما يختلفان في المعنى، وكذلك من حيث الشخصية القانونية، ان الشخص المجهول لا يؤثر في شخصيته القانونية عكس المفقود .

٣ . اوضحنا انه ظهرت على اساس مسؤولية ضرر المجهول عدة نظريات منها، نظرية الخطأ المفترض الا ان هذه النظرية انتقدت من قبل البعض من هذه الانتقادات، ان افتراض الخطأ يتناقض مع فكرة الخطأ ذاتها، خاصة اذا كان هذا الافتراض قاطعاً غير قابل لاثبات العكس ويظهر ذلك في الاحوال التي يستحيل تنفيذ التزامه . أما نظرية الخطأ الثابت والمقصود بالاثبات هو الاثبات القضائي، كذلك ان هذه النظرية لم تكن مقبوله عند الكثير من الفقهاء، فالالتزام الذي قيل بوجوده على عاتق المتضرر لا سند له من القانون، كذلك يفترض ان يكون الشخص قادر على الوفاء بالالتزام . اما بالنسبة لنظرية تحمل التبعه التي قيلت كأساس

لمسؤولية ضرر المجهول كذلك وجهت لها انتقادات منها اذا كانت قواعد الأخلاق والعدالة تفرض على المخطئ ان يعوض الضرر الذي سببه للغير فان هذه القواعد ذاتها ايضاً تابئ ان يبقى المصاب دون تعويض لمجرد ان المتسبب في حدوث الضرر لم يرتكب خطأ . واخيراً يمكن ان نقول ان اساس مسؤولية ضرر المجهول هي مسؤولية من نوع خاص وهي مسؤولية الدولة في تعويض المضرور .

ثانياً . التوصيات

١ . نقترح على المشرع، أذا كان مرتكب الفعل الغير مشروع شخص مجهول فإن على الدولة القيام بالتعويض عن تلك الأضرار، وذلك بشرطين هما، ان تكون المسؤولية ناشئة عن أضرار شخص مجهول، و أن يكون من غير الممكن معرفة المسؤول عن الضرر، اي ان مسؤولية الدولة هنا مسؤولية احتياطية لا أصلية، تنهض في حالة عدم معرفة المسؤول عن احداث الضرر. فاننا نتبنى فكرة التزام الدولة لتعويض ضحايا هذه الاضرار، وفي جميع الحالات التي لا يستطيع فيها المضرور الحصول على التعويض او ان التعويض الحاصل غير كاف لجبر الضرر وذلك من خلال انشاء صندوق نطلق عليه (صندوق تعويض ضحايا اضرار الشخص المجهول من اموال الدولة) .

٢ . يجب على الدولة ان تهتم بالتشريعات التي تسهم في جبر الاضرار التي اصابت اشخاص نتيجة ضرر مجهول وذلك لان فكرة تدخل الدولة بالتعويض عند تعذر معرفة المسئول أو إعساره أو عدم تمكن المتضرر من الحصول على التعويض لأي سبب؛ لأن ذلك يؤدي إلى تحقيق مبدأ المساواة، والتكافل الاجتماعي، وشعور المضرور بالعدل والاستقرار النفسي .

قائمة المصادر

القرآن الكريم

اولاً ـ الكتب القانونية

١ ـ أشرف إبراهيم سليمان، التحريات ورقابة القضاء في النظم المقارنة، ط ١، المركز القومي، بدون مكان نشر، ٢٠١٥.

٢ ـ احمد بسيوني ابو الروس، المتهم، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٤

٣ ـ احمد فتحي سرور، الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط ٢، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨٨.

٤ ـ استاذنا حيدر حسين كاظم الشمري، الإخصاب الاصطناعي اللاحق لإنحلال الرابطة الزوجية، دار التعليم الجامعي، العراق ٢٠٢٠.

٥ ـ أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنه دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٤.

٦ ـ إحسان علو حسين، الاضرار التي تلحق بالمتهم وعلاجها، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بدون مكان نشر، ١٩٧١.

٧ ـ أحمد محمد صبحي أغرير، المسؤلية الإدارية عن أضرار المرافق العامة الطبية (دراسة مقارنة) ط ١، مكتبة القانون والاقتصاد، المملكة العربية السعودية ـ الرياض، ٢٠١٥.

٨ـ آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الإثبات، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٩٠ .

٩ـ جهاد محمود عبد المبدي، عمليات نقل الدم وتأجير الأعضاء البشرية، ط ١، مكتبة القانون والاقتصاد، المملكة العربية السعودية ـ الرياض، ٢٠١٤.

١٠ ـ فلاح كريم وناس آل جحيش، الموسوعه القضائية المدنية (تطبيقات القانون المدني العراقي ار السنهوري، بيروت

١١ ـ عبد العزيز اللصاصمة، المسؤولية المدنية التقصيرية الفعل الضار مطبعة الأرز، الأردن، ٢٠٠٢ .

١٢ ـ عبد الله سعيد فهد الدوه، المحاكم الخاصة والاستثنائية وأثرها على حقوق المتهم (دراسة تأصيلية مقارنة بالقوانين والمواثيق الدولية)، ط ١، مكتبة القانون والاقتصاد، المملكة العربية السعودية، ٢٠١٢ .
١٣ ـ عثمان علي حسن، الارهاب ومظاهر القانونية والسياسية في ضوء احكام القانون الدولي العام، مطبعة منارة، اربيل، ٢٠٠٦.
١٤ ـ عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية (دراسة مقارنة)، دار الكتب العلمية، العراق
١٥ ـ علي كحلون، دعوى التعويض في حوادث المرور، ط ١، مجمع الاطرش للكتاب المختص، تونس، ٢٠١١ .
١٦ ـ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام (الاثبات ـ آثار الالتزام) ج ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨.
١٧ ـ عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ـ الأردن، ٢٠٠٥
١٨ ـ . طه عبد المولى طه، التعويض عن الاضرار الجسدية في ضوء الفقه وقضاء النقض الحديث، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٢ .
١٩ ـ موفق حمدان القرعة، المسؤولية المدنية عن تلوث البيئة، ط١، أمواج للنشر والتوزيع، عمان ـ الأردن، ٢٠١٤.
٢٠ـ محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
٢١ـ محمد محمود منطاوي، حقوق المتهم وفق معايير القانون الدولي والفقه الاسلامي، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥.
٢٢ ـ محمد حسن كاظم الحسيناوي، ضمانات حقوق الإنسان في مرحلة التحري وجمع الأدلة (دراسة مقارنة)، ط١، المركز العربي، بدون مكان النشر، ٢٠١٨.
٢٣ ـ محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع، ج١، ط ٣، دار محمود، القاهره، بدون سنة نشر .
٢٤ ـ مصطفى مجدي هرجه، المسئولية عن عمل الغير (دعوى التعويض ودرء المسئولية عنها)، دار محمود، القاهره
٢٥ ـ محمد شكري سرور، مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدود من بين مجموعة محدده من الاشخاص، دار الفكر العربي، بدون مكان نشر، ١٩٨٣.
٢٦ ـ محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ٢٠٠٣.
٢٧ ـ محمد عبد الصاحب الكعبي، المسؤولية المدنية عن أضرار الكوارث الطبيعية (دراسة مقارنة)، بدون طبعة، دار التعليم الجامعي، العراق، ٢٠٢٠.
٢٨ ـ محمد بن براك الفوزان، جرائم الرشوة والتزوير (دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية) ط ١، مكتبة القانون والاقتصاد، السعودية ـ الرياض، ٢٠١٤.
٢٩ ـ محمد جبر السيد عبد الله جميل، جريمة التحرش الجنسي وعقوبتها في التشريع الاسلامي والقانون (دراسة مقارنه)، دار الكتب العلمية، جامعة المدينة العالمية ـ ماليزيا، بدون سنة نشر .
٣٠ ـ محمد الهلالي وعزيز لزرق، الشخص (دفاتر فلسفية)، بدون طبعة، دار توبقال للنشر، المغرب، ٢٠١٥ .

ثانياً ـ الرسائل والأطاريح

١ ـ إيمان عبادي، أحكام المفقود، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر ـ الوادي، الجزائر، ٢٠١٨.
٢ ـ إبراهيم الدسوقي ابو اليل، الإعفاء من المسئولية المدنية من حوادث السيارات (دراسة تحليلية لنظرية السبب الأجنبي في الفقه والقضاء المصري والفرنسي)، أطروحة دكتوره مقدمه الى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٧٥ .
٣ ـ تشوار جيلالي، التعويض عن الاضرار الجسمانية بين الاساس التقليدي للمسؤولية المدنية والاساس الحديث، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد، ٢٠٠٨
٤ ـ شرابن ابتسام، المفقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي) رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، الجزائر ،٢٠١٠.
٥ ـ طالب عمر، الاحكام التنظيمية الخاصة بالشخص المفقود والغائب في أطار القانون العادي والقوانين الاستثنائية، رسالة ماجستير مقدمى الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج ـ البويرة، الجزائر، ٢٠١٩.
٦ ـ عمر بن الزوبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة كلية الحقوق، جامعة الجزائر،، الجزائر، ٢٠١٧.
٧ـ عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، حق المتهم في محاكمته عادلة (دراسة مقارنه) رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، عمان ـ الاردن، ٢٠٠٥.
٨ ـ متيجي حسينة، أحكام المفقود في قانون المصالحه الوطنية بالجزائر، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج ـ البويرة، الجزائر، ٢٠١٨.
٩ ـ مروه شاكر حسين، المتهم دراسة قانونية مقارنه بالفقه الاسلامي، مجلة رسالة الحقوق، العدد الثاني، السنة السابعة، العراق ـ كربلاء ٢٠١٥.
١٠ ـ نزار رجا سبتي صبره، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، الجزائر، ٢٠٠٦.

١١ ـ هدى أحمد العوضي، استجواب المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي، رسالة ماجستير قدمت الى كلية الحقوق، جامعة المملكة، ٢٠٠٩ .
١٢ ـ ياسر المنياوي، نحو منظور جديد لقواعد المسئولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة طنطا، ٢٠٠٥.

ثالثاً ـ الكتب اللغوية

١ ـ ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري، لسان العرب،الدار المصرية للتأليف والترجمة(٦٣٠-٧١١ هـ) .
٢ ـ ابن دريد، جمهرة اللغة، ج٣، بدون سنة نشر .
٣ ـ أمين محمد عبد الوهاب ومحمد الصادق العبيدي، لسان العرب للامام العلامة ابن منظور، ج ٧،ط٣، دار إحياء التراث العربي، بيروت ـ لبنان، ٦٣٠ ـ ٧١١ هـ .
٤ ـ داود سلمان العنبكي وانعام داود سلوم، كتاب العين معجم لغوي تراثي، مكتبة لبنان ناشرون،بيروت ـ لبنان، ٢٠٠٤.
٥ ـ محمد بن علي المقرمي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الطبعة الرابعة، القاهرة، ١٩٢١م.
٦ ـ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزابادي، القاموس المحيط، ج ١، مطبعة المكتبة التجاري،مصر، ١٩١٣ .

رابعاً ـ البحوث

١ ـ أكرم محمود حسين، أساس مسئولية المنتج المدنية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، العدد ٦، مطبعة جامعة الموصل، الموصل، ١٩٩٩ .
٢ ـ بيرك فارس حسين وحنان قاسم خورشيد الترجمان، تعويض الأضرار الناجمة عن الاعمال الإرهابية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد ١، العدد ٢، الجزء ١، ٢٠١٦.
٣ ـ سليم سلامة حتامله، شرط المصلحة في قضاء محكمة العدل العليا الاردنية، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثامن، عمان، بدون سنة نشر.
٤ ـ عفيف محمد أبو كلوب، التعويض عن الضرر عند تعذر الحصول عليه من المسئول عن الضرر (دراسة مقارنة بين القانون الفلسطيني والفرنسي والفقه الاسلامي)مجلة الجامعة الاسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد ٢٢، العدد٢، ٢٠١٤ .
٥ ـ فايز عبد الله الكندري، المسئولية المدنية للدولة عن تعويض إضرار مخلفات الحرب في ضوء أحكام القضاء الكويتي، مجلة حقوق الكويت، السنة ٢٨، العدد ٤، ٢٠٠٤ .
٦ ـ محمد طاهر قاسم، الأساس القانوني للمسؤولية عن الأشياء الخطرة أمام القضاء العراقي، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٣)، العدد (٤٩)، السنة (١٦)، العراق، ٢٠٠٩ .
٧ ـ هاله صلاح الحديثي، تعويض الاضرار البيئية التي يسببها شخص غير معلوم مجلة الحقوق، العدد ١، السنه ١١، جامعة تكريت، ٢٠١٩ .

خامساً ـ مواقع الانترنت .

١ ـ القاضي سالم روضان الموسوي، مفهوم الشخص في قانون المرافعات المدنية، بحث منشور www.hjc.iq // https .
٢ ـ جليل حسن بشات الساعدي، مستحدثات القانون المدني الفرنسي في ضوء التعديل النافذ ٢٠١٦، ندوة علمية توعية، كلية القانون، جامعة بغداد، منشور على الموقع الالكتروني coIaw . uobaghad. edu .iq.
٣ ـ حسن نعمة ياسر الياسري، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه الاسلامي والقانون المقارن، http://aImerja.net .
٤ ـ محمود ابو ليل، معاقبة المتهم في الشريعة الاسلامية، بحث في مجلة الدراسات، الجامعة الاردنية، العدد ٥، مجلد ١٣.
٥ ـ محمد عبد القادر ابو فارس، قانون الاحوال الشخصية، نسخة الكترونية http://books .googIe iqt .
٦ ـ محمود جلال حمزة الشخصية القانونية ـ مقدمة ـ الموسوعة العربية، منشور على . Iaw .arab- ency .com .sy .
٧ ـ مقالة منشورة على الشبكة المعلوماتية (اللانترنيت) على الموقع المتاح https://ar.m.wikipedia.or .
٨ ـ منشور على الموقع الالكتروني (الشبكة المعلوماتية) على الموقع المتاح . www. Aimaany. Com .
٩ ـ ناصر عمران، الحماية الجنائية للحرية الشخصية، منشور على الشبكة المعلوماتية على الموقع المتاح http Hjc.iq .

سادساً ـ القوانين

١ ـ قانون الاحوال الشخصية المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ .
٢ ـ القانون المدني المصري النافذ رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
٣ ـ قانون الإجراءات الجنائية المصري المعدل والنافذ رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠.
٤ ـ القانون المدني العراقي النافذ رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .
٥ ـ قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ .
٦ ـ قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.
٧ ـ قانون التامين الالزامي من حوادث السيارات رقم (٥٢) لسنة ١٩٨٠.
٨ ـ قانون التامين الالزامي من حوادث السيارات رقم (٥٢) لسنة ١٩٨٠
٩ ـ قانون مكافحة الارهاب العراقي المرقم (١٣) لسنة ٢٠٠٥.
١٠ ـ الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥
١١ ـ قانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الارهابية رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٩