

# الخطأ المكسب

في إطار المسؤولية المدنية

دراسة مقارنة

في القانونين الفرنسي والمصري

كلية الحقوق  
دكتور

عبدالهادي فوزي العوضي

أستاذ القانون المدني

بكلية الحقوق - جامعة القاهرة

جامعة القاهرة



كلية الحقوق  
جامعة القاهرة

## مقدمة

### أولاً - موضوع البحث ونطاقه:

1. تعد المسؤولية المدنية أحد أهم موضوعات القانون المدني الجديدة بالبحث والدراسة حتى وقتنا الحاضر. فلا يزال العديد من مشكلاتها القانونية مجالاً واسعاً لخلاف الفقه واجتهاد القضاء، ولا يكاد الجدل يستقر بشأن مسألة من مسائلها إلا ويتجدد مرة أخرى، كما تمثل منازعاتها المتزايدة باستمرار انعكاساً لواقع الحياة العملية المتغيرة والمتطورة<sup>(1)</sup>.

وقد كان الأساس القانوني الذي تستند اليه المسؤولية المدنية من أهم المسائل التي شغلت حيزاً كبيراً من الدراسات القانونية، وكان موضع اهتمام بالغ من قبل المشتغلين بالقانون، فهل تقوم المسؤولية على أساس الخطأ، أم تنهض على تحمل التبعة أم على الضمان. وقد حسم المشرع الفرنسي هذه المشكلة في تقنين نابليون الصادر سنة 1804، حيث قرر المبدأ العام للمسؤولية المدنية على أساس الخطأ بالنص في المادتين 1382 و1383 على أن "كل فعل أياً كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه" وأن "كل شخص يكون مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه لا بفعله فحسب، بل أيضاً بإهماله أو بعدم تبصره"<sup>(2)</sup>.

1) راجع: د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، في ازدواج، أو وحدة المسؤولية المدنية، ومسألة الخيرة (ويتضمن بحث الالتزام بالسلامة في جميع العقود)، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، فقرة 1 ص 1. وفي نفس المعنى أيضاً، د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، دراسة تحليلية للأنظمة القانونية المعاصرة اللاتينية - الإسلامية - الأنجلو أمريكية مع طرح فكرة التعدي كأساس عام للمسؤولية المدنية، دار النهضة العربية 1980، فقرة 1 ص 3.

(2) راجع النصين في لغتهما الأصلية:

L, article 1382 du code civil dispose que: " Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer".

L, article 1383 du code civil dispose que : " Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence".

وقد سلك المشرع المصرى فى التقنين المدنى الجديد نفس مسلك المشرع الفرنسى، حيث نص فى المادة 163 من التقنين المدنى على أن "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض". وهكذا باتت المسئولية المدنية تنهض على أساس الخطأ.

بيد أنه فى الربع الأخير من القرن التاسع عشر ومع انطلاق الثورة الصناعية فى أوروبا وفى غيرها من بلاد العالم، وما أفرزته من تطور صناعى هائل وانتشار واسع للتصنيع واستخدام الآلات الميكانيكية والكهربائية، كقطارات السكك الحديدية والسيارات، وما ترتب عليها من مخاطر عديدة، بدا فيها الخطأ عقبة حقيقية فى سبيل حصول المضرورين على حقوقهم فى تعويض الأضرار التى أصابتهم، وذلك لصعوبة نسبة الخطأ إلى نشاط الغير ممن ينسب إليهم الضرر، لأن الحادث كان يعود فى غالب الأحوال إلى تشغيل الآلة، وحتى على فرض أن الضرر يعود إلى صاحب الآلة فقد كان من العسير على المضرور أن يثبت الخطأ فى جانبه<sup>(1)</sup>.

وإزاء عدم عدالة الخطأ كأساس للمسئولية المدنية، بدأ الفقه فى الهجوم على نظرية الخطأ، فنادى بعضهم ببناء المسئولية المدنية على أساس تحمل التبعة ومؤدى ذلك أن من يمارس نشاطاً ينجم عنه ضرر للغير يتعين عليه ضمانه حتى ولو لم ينسب اليه انحراف فى سلوكه، لأن الغرم بالغرم. ونادى البعض الآخر بالضمان كأساس لها. بيد أن المشرع فى فرنسا ومصر وتبعه فى ذلك غالبية الفقه والقضاء<sup>(2)</sup>، لم يتحول عن فكرة الخطأ وظل مخلصاً لها، واقتصر على اعتماد

(1) V. S. PORCHY-SIMON, *Droit civil, 2e année, Les obligations*, Dalloz, 2000, nos 552 et s, p. 277.

وراجع أيضاً: د. مصطفى العوجى، القانون المدنى، الجزء الثانى، المسئولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الرابعة، 2009، ص 232 وما بعدها.

(2) حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن: "خلو القانون المصرى - كأصل عام - من تقرير المسئولية عن المخاطر التى لا يلابسها شيء من التقصير. الاستثناء حالات متفرقة ورد النص عليها بمقتضى تشريعات خاصة"، نقض مدنى جلسة 1992/6/18 مجموعة المكتب الفنى (828/172/1/43) راجع الفهرس العشرى الخامس، موجزات القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى المواد المدنية من أول يناير 1990 لغاية 31 ديسمبر 1999 من

نظرية تحمل التبعة في حالات استثنائية بنصوص تشريعية خاصة.

وهكذا، لم يتراجع دور الخطأ في تأسيس المسؤولية المدنية، بل ظل الخطأ صامداً أمام كل التحديات التي تعرض لها وبقي ملازماً للمسؤولية لا ينفك عنها، فلا مسؤولية دون خطأ سواء أكان هذا الخطأ واجب الإثبات أم مفترضاً، بل لم يتوقف الخطأ عن التعبير عن مقتضيات الحياة الاجتماعية وبدأ يبرز في صورة أنماط جديدة للسلوك.

2. ففي فرنسا، كثر الحديث في السنوات العشر الأخيرة عن صورة حديثة، بل وغريبة، للخطأ وهي حالة الخطأ المكسب أو المربح<sup>(1)</sup> *La faute lucrative*.

ويعود الفضل في صك هذا الاصطلاح إلى القضاء الفرنسي، الذي أشار إليه لأول مرة باعتباره عنصراً من عناصر المسؤولية المدنية في أحد الأحكام في بداية القرن العشرين؛ وذلك في قضية تتلخص<sup>(2)</sup> وقائعها في قيام ناقل بحرى برص البضائع التي تعهد بنقلها على ظهر السفينة، بدلاً من وضعها في العنابر، على الوجه المتفق عليه في العقد، والذي قدرت على أساسه أجرة النقل، وقام بتخصيص العنابر لبضائع أخرى، وهو ما ترتب عليه تلف البضائع. وتبعاً لذلك أقام صاحب البضائع دعوى على الناقل يطالبه بالتعويض، فتمسك الناقل بشرط عدم المسؤولية الوارد في سند الشحن. إلا أن محكمة النقض الفرنسية استبعدت إعمال ذلك الشرط على أساس أن ما قام به الناقل يشكل خطأ مكسباً، وقررت في حكمها أن القيام بشحن البضاعة على ظهر السفينة وليس في داخل مخازنها، كما هو متفق عليه في العقد، كان هو السبب الرئيس في تلف البضاعة؛ فهذه الطريقة في رص البضاعة وشحنها تكون أقل كلفة بالنسبة للناقل، وهو ما يزيد الكسب الذي يجنيه.

السنة 41 لغاية السنة 50 المدنية، الجزء الثاني الأحرف من (ت) لغاية (ش)، رقم 5665، 5666، ص 1663.

(1) تجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه المصري يترجم المصطلح الفرنسي *Faute lucrative* بالخطأ المفيد، والبعض الآخر بالخطأ المكسب، أو المربح، ونحن من جانبنا سنتبنى ترجمة الخطأ المكسب أو المربح ونستعمل المصطلحين كمترادفين طوال هذا البحث.

(2) V. Cass. Req., 5 juin 1920, Sirey 1921. 1. 293, cité par J. MEADEL, « Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ? », *Les Petites Affiches*, 17 avril 2007, no 77, p. 6 et ss, spéc. no 2.

فالخطأ الذى اقترفه الناقل هنا هو خطأ مريح له وضار بالنسبة لمالك البضاعة، وانتهت المحكمة إلى انعقاد المسؤولية المدنية للناقل البحرى.

ثم أعاد القضاء الفرنسى الإشارة إلى اصطلاح الخطأ المكسب أو المريح مرة ثانية فى سنة 1967، وكان الأمر يتعلق - هذه المرة - بعقد توريد أبرم بين مجموعة فرنسية وشركة خطوط السكك الحديدية الباكستانية تلتزم بموجبه المجموعة الفرنسية بتوريد مواد معينة للشركة المذكورة وتم العقد من خلال وسيط. تعمدت المجموعة الفرنسية عدم تنفيذ الجزء الأخير من عقد التوريد حتى تتفادى دفع العمولة المتفق عليها للوسيط. وقد رأت محكمة الموضوع ومحكمة النقض من بعدها أن "عدم تنفيذ العقد لم يكن نتيجة لظروف خارجة عن إرادتها، إنما نجم عن مسك إرادى للمجموعة الفرنسية، بل من خطأ مريح لصالحها حيث كانت لها مصلحة فى عدم تحمل الجزاءات المالية التى كانت مهددة بها نتيجة لعدم تنفيذ العقد"<sup>(1)</sup>.

فيما عدا هذين الحكمين، لم يذكر مصطلح الخطأ المريح أو المكسب صراحة فى أى حكم قضائى آخر، ولكن ذلك ليس يعنى أنه اختفى تماماً من افق الفقه وتطبيقات القضاء ولم تعد ثمة جدوى من الاهتمام به؛ ذلك أن من يحلل أحكام القضاء الفرنسى منذ سنة 1994 وعلى الأخص فى مجال الاعتداء على الحقوق الملازمة للشخصية، وفى مجال البيئة، وأعمال المنافسة غير المشروعة، وفى مجال الملكية الفكرية، يدرك بيقين أن هذا الخطأ لم يتلاش أو يتقلص على الإطلاق، بل على النقيض من ذلك فهو أخذ فى التطور والانتشار فى ظل غياب رد الفعل الرادع من جانب القانون<sup>(2)</sup>.

(1) V. Cass. com., 27 nov. 1967, Bull. civ. no 98, ou la Cour affirme que « L'inexécution du marché n'était pas la conséquence de circonstances étrangères a la volonté du groupe mais provenait d'un fait volontaire voire d'une faute lucrative de ce dernier.... ».

(2) D. FASQUELLE, "L'existence de fautes lucratives en droit français", *Les petites Affiches*, 20 novembre 2002, no 232, p. 27, nos 3 et 5؛ J. MEADEL, *art. préc.*, no 5.

وفي سبتمبر سنة 2005 ، اقترحت الأستاذة Viney إدخال فكرة الخطأ المكسب في التقنين المدني الفرنسي، وذلك بتضمين المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات، وقانون التقادم، المعروف باسم مشروع الأستاذ Pierre Catala<sup>(1)</sup> نصاً بشأن هذا الخطأ. ومنذ تقديم هذا المشروع إلى الحكومة الفرنسية، بدأ الاهتمام الفقهي بدراسة وتحليل الفكرة وبيان الآثار القانونية المترتبة على استقبالها في القانون المدني.

3 أما في مصر، فلا تزال فكرة الخطأ المكسب . على ما نعتقد . مجهولة إلى حد كبير، ولم يشر إليها الفقه إلا عرضاً عند تصديده لتعريف الخطأ الجسيم<sup>(2)</sup>، أو

(1) وهو مشروع أعدته مجموعة عمل، تجمع مشاهير القانون المدني في فرنسا، كان يترأسها الأستاذ كاتالا Pierre CALALA ، وتقدمت به في الثاني والعشرين من سبتمبر سنة 2005 إلى الحكومة الفرنسية لتعديل قانون الالتزامات وقانون التقادم. راجع: *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 25 septembre 2005, 148 (accessible sur le site Internet du Ministère de la Justice français <http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/rapportcatalaseptembre2005.pdf>) P. 148. V. aussi, Alain ANZIANI et Laurent BETEILLE, Rapport d'information, enregistré à la présidence du Senat le 15 juillet 2009, no 558, accessible sur le site: [www.senat.fr/rap.r08-558/r08-5581pdf](http://www.senat.fr/rap.r08-558/r08-5581pdf), P. 80.*

(2) حيث أشار إليه د. حسن زكي الإبراشي، مرة واحدة، في رسالته للدكتوراه والمعنونة ب"مسئولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن"، رسالة دكتوراه - جامعة فؤاد الأول، القاهرة، 1951، ص 152، وكذلك لدى د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، في الاتفاقات المتعلقة بالمسئولية (اتفاقات رفع، وتخفيف، المسؤولية، والشرط الجزائي، والتأمين من المسؤولية)، مطبعة جامعة القاهرة، 1990، ص 95؛ ود. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر، فقرة 200، ص 387. كما ورد ذكره - دون تعريف - عند بعض الشراح العرب، منهم: د. إبراهيم صالح عطية الجبوري، العوامل المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2013، ص 200، وكان ذلك بمناسبة عرضه لمسألة أثر المنفعة التي عادت على المسئول أو المضرور في تحديد مقدار التعويض، ومدى اعتبارها ظرفاً ملائماً للضرر؟ ومدى وجوب اعتداد القاضى بها عند تقدير التعويض الذي يستحقه المضرور؟ ص 196 إلى ص 200.

تناوله لطريقة تقدير التعويض<sup>(1)</sup>. آية ذلك، أن من يطالع المؤلفات التقليدية فى النظرية العامة للالتزامات لا يجد أى إشارة فى فهرسها إلى كلمة الخطأ المكسب أو الخطأ المربح. وعلى الرغم من تخصيص الفقه المصرى للعديد من البحوث والدراسات الدقيقة الشاملة التى تتناول بالتحليل فكرة الخطأ عموماً كأساس للمسئولية المدنية، وكذلك بعض أنواع الخطأ، كالخطأ الجسيم، والخطأ غير المغتفر، فإن فكرة الخطأ المربح رغم اتساع المجالات التى تظهر فيها فى قانوننا الوضعى، لم تحظ حتى الآن بدراسة فقهية تطبيقية متعمقة تتناول تحديد ذاتيتها وأسباب ظهورها، والأثر المترتب على وجودها فى نطاق المسئولية المدنية.

من هنا تظهر أهمية هذه الدراسة التى نحاول من خلالها تسليط الضوء على فكرة الخطأ المكسب، بغية تحديد ماهيتها القانونية، وأسباب انتشارها فى محيط القانون الخاص، والمجالات التى تظهر فيها، والجزاء الملائم لمنعها، لاسيما وأن هذا الموضوع بدأ يحظى . كما تقدم . باهتمام الفقه الفرنسى فى ظل وجود اقتراحات بتعديل قانون الالتزامات لا تزال محل نقاش فى مجلس الشيوخ والجمعية الوطنية الفرنسية حتى الانتهاء من كتابة هذا البحث.

4. ومما تجب الإشارة إليه . ونحن بصدد رسم الإطار العام لهذا البحث . أن الخطأ المكسب قد ينظر إليه من ناحية المضرور، ويطلق عليه "الضرر المكسب"<sup>(2)</sup>، ويتمثل فى حصول المضرور على ربح أو منفعة نتيجة لمسك خاطئ

## كلية الحقوق

- 1) د. سليمان مرقس، الوافى فى شرح القانون المدنى - ج 2 - فى الالتزامات، المجلد الثانى فى الفعل الضار والمسئولية المدنية، القسم الأول، فى الأحكام العامة - الطبعة الخامسة، تنقيح د. حبيب إبراهيم الخليلي، ايرنى للطباعة (مطبعة السلام) 1988، ص 552 هامش 105.
- 2) وقد أشار بعض الفقه إلى أحد التطبيقات القضائية لفكرة الضرر المكسب للمضرور فى قضية تتلخص وقائعها فى قيام أحد الأشخاص بحقن بعض الأرناب البرية التى كانت تهاجم ملكيته بفيروس يطلق عليه "مكسوماتوز"، وأدى ذلك إلى القضاء عليها ليس فى مزرعته فحسب، بل فى المزارع المجاورة لمزرعته. بيد أن ذلك أغضب بشدة الصيادون وأصحاب المطاعم وتجار الجلود ممن كانوا يستفيدون من صيد تلك الأرناب. لذا أقام أحد المتضررين دعوى أمام القضاء الفرنسى يطالب فيها بتعويض قدره مليون فرنك، فقضت له المحكمة بخمسة آلاف فرنك، مسببة حكمها على أساس أن أرضه قد استفادت من اختفاء القوارض ذاتها بما يساوى 9950 ألف فرنك. مشار إلى هذا الحكم لدى: د. إبراهيم صالح عطية الجبورى،



من جانب المسئول نفسه. وتخرج دراسة هذا الخطأ عن نطاق بحثنا؛ ذلك لأن مسلك المضرور لا يثير شعوراً بالاستهجان ولا يستوجب أى تأثيم من الناحية الأخلاقية والقانونية، بل على النقيض من ذلك ينبغي تشجيعه وتأييده؛ فضحية هذا الخطأ لم يسع بإرادته نحو تحقيق الربح أو جلب المنفعة، وإنما عاد عليه ذلك إما بسبب الاتفاق عليه كالشرط الجزائي، وإما بتقريره بنص القانون كالغرامة التهديدية أو بحكم القاضي<sup>(1)</sup>.

ومن ناحية أخرى، قد ينظر إلى الخطأ المكسب من زاوية محدث الضرر، أى أن مسلك هذا الأخير يجلب عليه فائدة أو منفعة غير مشروعة تتجاوز ما قد يحكم به عليه من تعويض جابر للضرر، وهو ما سيكون محلاً للدراسة التفصيلية فى هذا البحث.

### ثانياً - مشكلة البحث:

5. تثير فكرة الخطأ المكسب عدة تساؤلات قانونية هامة تدور حول مسألة تحديد ذاتيتها والوسائل القانونية لاستيعابها فى إطار قانون المسؤولية المدنية سواء أكانت موجودة بالفعل أم يتعين استحداثها. وأهم تلك التساؤلات: ما المقصود بالخطأ المكسب؟ وما طبيعته القانونية؟ وهل يتمتع باستقلال ذاتي أم أنه يندرج تحت طائفة من طوائف الخطأ التقليدية المعروفة فى القانون المدنى؟ وما هى الأسباب الكامنة خلف ظهور هذا الخطأ؟ وما الجزاء الملائم لمنعه أو الحد من انتشاره؟ هل هو التعويض الإصلاحي أم التعويض العقابي، أم أن الأمر يستلزم استحداث أو استجلاب جزاءات رادعة وفعالة أخرى؟ وما هى هذه الجزاءات؟ وهل هذه الجزاءات تتفق مع أحكام نظامنا القانوني أم لا؟

### ثالثاً - منهج البحث:

6. تتطلب دراسة فكرة الخطأ المكسب أو المربح دراسة تأصيلية معمقة أن

المرجع السابق، ص 196، نقلاً عن د. حسن على الذنون، الميسوط فى المسئولية المدنية، الضرر، شركة التاييس للطباعة والنشر، بغداد 2000 ص 317.

(1) V. D. FASQUELLE, « L'existence de fautes lucratives en droit français », *Les Petites Affiches*, 20 novembre 2002, no 232, p. 27 et ss, spéc., no 14.

نتبع المنهج التحليلي المقارن، حيث نقف على المشكلات القانونية التي تثيرها تلك الفكرة لنقوم بتحليلها بالاهتداء بآراء الفقه وتطبيقات القضاء ونصوص التشريع. إن وجدت. فى فرنسا ونحاول ردها إلى القواعد العامة، ثم نقارنها بالوضع فى مصر. وهدفنا من ذلك ليس مجرد إعداد دراسة فقهية نظرية، وإنما محاولة إيجاد حلول قانونية لمشكلة حقيقية موجودة بالفعل فى القانون الوضعى وهى مشكلة الأخطاء المكسبة، وذلك من خلال تطوير النظم القانونية المطبقة وإزالة ما يعترها من عجز أو قصور. ويعود السبب فى اختيار القانون الفرنسى موضوعاً للمقارنة مع القانون المصرى إلى أن فرنسا هى البلد الوحيد ذات التقاليد الرومانية التى بدأت فعلاً منذ سنة 2005 محاولات إدخال الخطأ المربح فى التقنين المدنى، ولذلك توجد العديد من الدراسات والبحوث التى تعالج بعض المسائل المرتبطة بهذا الخطأ، كالتعويض العقابى. ومع ذلك فسوف نتناول بعض القوانين الأخرى كالقانون الإنجليزى والأمريكى والكندى، ولكن بالقدر الضرورى الذى يخدم الدراسة.

#### رابعاً - خطة البحث:

7. وتقتضى الإجابة عن كل التساؤلات القانونية التى يثيرها الخطأ المكسب، أن نقسم بحثنا إلى فصلين، حيث نتناول فى الفصل الأول الخطأ المكسب كفكرة قانونية، فنبحث فى ماهيتها، وأصل وجودها، بينما نخصص الثانى لبيان الأثر المترتب على وجودها أو الجزاء الملائم لها.

وبناء على ذلك، سنوزع الدراسة فى هذا البحث على فصلين؛ على النحو التالى:

الفصل الأول: فى وجود فكرة الخطأ المكسب فى القانون الفرنسى والمصرى.

الفصل الثانى: فى الأثر المترتب على وجود فكرة الخطأ المكسب.

وفى النهاية، نختتم بحثنا بخاتمة تتضمن أهم النتائج والمقترحات التى توصلنا إليها.

## الفصل الأول

### فى وجود فكرة الخطأ المكسب فى القانون الفرنسى والمصرى

#### تمهيد وتقسيم:

8. لم يتضمن التقنين المدنى الفرنسى ولا القانون المدنى المصرى أى إشارة إلى اصطلاح الخطأ المكسب أو المربح، وإنما ورد ذكره ، كما تقدم القول، ضمن حيثيات بعض الأحكام القضائية الفرنسية دون توضيح كاف لمدلوله. ولهذا، نرى من الملائم قبل أن نبحث عن أسباب ظهور هذا النوع من الخطأ فى نطاق القانون الفرنسى والمصرى، أن نبدأ بتعريفه وتحديد مفهومه، ثم نبين بعد ذلك موضعه ومكانه بين طوائف الخطأ المعروفة فى التقنين المدنى، وأهم تطبيقاته.

وعلى ضوء ما سبق، سنوزع الدراسة فى هذا الفصل على مبحثين؛ على النحو التالى:

المبحث الأول: فى ماهية الخطأ المكسب.

المبحث الثانى: فى أسباب وجود فكرة الخطأ المكسب.

#### المبحث الأول

##### فى ماهية الخطأ المكسب

#### تقسيم:

9. سنوزع الدراسة فى هذا المبحث على ثلاثة مطالب، نخصص أولهما لتحديد مفهوم الخطأ المكسب، وثانيهما لبيان موضعه بين مجموعة الأخطاء التقليدية، ونكرس ثالثهما لعرض بعض التطبيقات التى تؤكد وجود هذا الخطأ فى القانون الوضعى الفرنسى والمصرى.

#### المطلب الأول

##### مفهوم الخطأ المكسب

10. يقتضى تحديد مفهوم الخطأ المكسب، أن نعرض فى فرع أول للتعريفات

التي قال بها الفقه، وفي فرع ثانى للتعريف الذى ورد فى تقرير الأستاذ كاتالا ومشروع القانون المقدم من Beteille، لنتهى فى فرع ثالث بطرح تعريفنا المختار.

## الفرع الأول

### تعريف الخطأ المكسب لدى الفقه

11. تعددت تعريفات الفقه الفرنسى للخطأ المكسب، ولكنها جاءت فى أغلبها تعريفات وصفية تعبر عن كيفية حصول هذا الخطأ فى الواقع العملى دون أن تهتم بالبحث عن ذاتيته وجوهره. فقد عرفه بعض الفقهاء بأنه الخطأ الذى يسمح لفاعله بأن يحتفظ بجزء كبير من الربح على نحو غير مستحق على الرغم من الحكم عليه بالتعويض الجابر للضرر، الأمر الذى يشجعه على تكرار ارتكاب ذات الخطأ مرة أخرى<sup>(1)</sup>. فيما عرفه البعض الآخر بأنه الخطأ الذى يكون من مصلحة المسئول عنه ارتكابه؛ لأنه يجنى من ورائه منفعة تتجاوز بكثير مبلغ التعويض الذى قد يقضى عليه به، فهو خطأ "يجلب أكثر مما يكلف"<sup>(2)</sup>. وقد اتجه البعض الثالث إلى

(1) B. STARCK, H. ROLAND, et L. BOYER, *Obligation, responsabilité délictuelle*, 5 éd, 1996, Litec, no 1335. Ou ils définissent les fautes lucratives comme étant celles qui, "malgré les dommages et intérêts que le responsable est condamné à payer et qui sont calquées sur le préjudice subi par la victime, laissent à leur auteur une marge bénéficiaire suffisante pour qu'il n'ait aucune raison de ne pas les commettre". V. en même sens, C. SINLEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile, contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Thèse Université Montréal, Décembre 2009, no 307, P. 134; M. QUANICHE, "Renforcement du dispositif législatif dans l'évaluation du préjudice en cas de contrefaçon", *JCP* 2014 éd. E., etu. 1194, n° 15 – 10 avril 2014, P. 44.

(2) V. P. JOURDAIN, *Rapport introductif colloque du 20 novembre 2002 « Faut-il moraliser le droit français de la responsabilité civile ? »*, *Les Petites Affiches*, n°232, p.3 et ss, no 8 ; J. MEADEL, "Faut-il introduire la faute lucrative en droit français?", *Les Petites Affiches*, 17 avril 2007, no 77, p. 6; F. MARCHADIER, « La réparation des

تعريف الخطأ المكسب من خلال النظر إلى الحالة النفسية والذهنية لمرتكبه حيث عرفه بأنه الخطأ الذي يكشف أن باعث فاعله ودافعه الوحيد هو السعي لإشباع شهوة الربح أو الكسب<sup>(1)</sup>.

وقد جاءت تعريفات الفقه المصري للخطأ المكسب قريبة جداً من تعريفات الفقه الفرنسي، حيث عرفه البعض بأنه "الخطأ الذي يجنى فاعله فائدة من جراء ارتكابه"<sup>(2)</sup>. وعرفه البعض الآخر بأنه "الخطأ الذي يأتي بالربح على المدين الذي اقترفه"<sup>(3)</sup>، وزاد البعض الثالث على التعريف السابق، بأن الخطأ المربح قد يرمى المدين من خلاله إلى اقتصاد في النفقات على حساب مصلحة الدائن<sup>(4)</sup>.  
والذي نلاحظه على كل التعريفات السابقة سواء للفقه الفرنسي أو الفقه

dommages à la lumière de la convention européenne des droits de l'homme », *RTD civ.* Avril/Juin 2009, PP. 245-268, spéc. P. 267; (2) J. ORTSCHIEDT, « Les dommages et intérêts punitifs en droit de l'arbitrage international », *Les Petites Affiches*, 20 novembre 2002 n° 232, P. 17, spéc. No 15, marge 57. M. LACROIX, "Attention au gros lot! Richard c. Time Inc.", *Revue du Barreau*, (en ligne) Tome 71, 2012, PP. 147-173, spéc. P. 171.

وقريب من ذلك من يعرف الخطأ المربح بأنه الخطأ الذي يعتمد على رهان الفاعل على عدم رفع المضرور الدعوى أمام القضاء للمطالبة بتعويض الذي أصابه، وحتى لو أنه فعل فإن ما سيحكم له به من تعويض سيكون أقل بكثير من الأرباح التي جناها من وراء فعلته.  
راجع:

V. B. LEHAIRE, *L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles, Pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droits français et canadien*, Université Laval Québec, Canada Et Université de La Rochelle, 2014, 529 Pages, no 91 et s, P.253 et s.

(1) F. ROME, « Objectif lucre », *D.* 2014, P. 769.

(2) راجع: د. حسن زكي الإبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه - جامعة فؤاد الأول - القاهرة، 1951، ص 152.

(3) راجع: د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية (اتفاقات رفع، وتخفيف، المسؤولية، والشرط الجزائي، والتأمين من المسؤولية)، مطبعة جامعة القاهرة، 1990، فقرة 113 ص 95.

(4) د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، فقرة 200، ص 387.

المصرى، أنها تتسم بالعمومية وعدم التحديد حيث تشمل جميع صور الخطأ الذى يجلب لفاعله ربح أو يوفر عليه نفقات، كما يشمل الخطأ فى جميع درجاته، أى الخطأ اليسير، والجسيم، والعمد.

وإزاء هذا التوسع وعدم التحديد فى تعريف الخطأ المكسب، ذهب بعض الشراح إلى تضيق نطاق الخطأ المكسب وحصره فى الحالات التى يرتكب فيها الخطأ بتعمد بقصد تحقيق أرباح أو منافع على حساب مصلحة المضرور<sup>(1)</sup>. وهذا التعريف يقترب كثيراً من التعريف الذى ورد فى مشروع الأستاذ كاتالا، كما سنرى حالاً.

## الفرع الثانى

### تعريف الخطأ المكسب فى مشروع الأستاذ Catala

#### و مشروع قانون الاستاذ BETEILLE

12. تضمن المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات، وقانون التقادم فى فرنسا نصاً بشأن الخطأ المكسب يجرى على النحو التالى: "يمكن الحكم على فاعل الخطأ ظاهر العمد، ولاسيما الخطأ المكسب بتعويض عقابى، فضلا عن التعويض الإصلاحى، ويمكن للقاضى أن يفيد بجزء منه الخزينة العامة. ويجب تسبب الحكم بمنح هذا التعويض تسبباً خاصاً، وأن يتميز مبلغه عن التعويضات الأخرى التى تمنح للمضرور. والتعويض العقابى لا يقبل التأمين"<sup>(2)</sup>.

(1) V. A. COURT DE FONTMICHEL, « La sanction des fautes lucratives par des dommages-intérêts punitifs et les droit français », *Rev.dr.unif.* 2005-4, PP. 737-758, spéc., p. 737. disonible sur le site suivant : [109.168.120.21/siti/Unidroit/index/pdf/X-4-0737.pdf](http://109.168.120.21/siti/Unidroit/index/pdf/X-4-0737.pdf)

(2) Art. 1371 « L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de

وتعتبر هذه هي المرة الأولى التي يشار فيها صراحة إلى اصطلاح الخطأ المكسب بصفة رسمية في القانون الفرنسي. ومع ذلك فقد جاء المشروع خلواً من أى تعريف واضح ومحدد لهذه الفكرة الحديثة في القانون المدنى. غير أنه يمكن أن نتلمس تعريف الخطأ المكسب في عرض الحثيات الخاصة بهذا المشروع، حيث عرفته الأستاذة G.VINEY بأنه "الخطأ الذى لا يمكن تحييد نتائجه المفيدة لفاعله لمجرد تعويض الضرر الواقع"<sup>(1)</sup>.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه اهتم بما يعود على المسئول من ربح من جراء ارتكاب الخطأ، وأن التعويض الجابر للضرر لا يسمح باسترداد ذلك الربح منه، وهو أمر له أهميته في تحديد حقيقة الخطأ المكسب، إلا أن الإقتصار عليه وحده دون توضيح قد يحمل على الاعتقاد بأن مجرد البحث عن الربح هو أمر غير مشروع، وهذا أمر غير صحيح على إطلاقه، ذلك أن السعى نحو تحقيق الربح هو أمر مشروع في ذاته، وإنما المخالف للقانون هو أن يكون ذلك على حساب مصلحة الغير. فالذى يميز الخطأ المكسب ليست نتيجته المربحة لفاعله وحدها، وإنما التخطيط المسبق لفعلة، والذى يؤدي إلى تلك النتيجة، بعد حساب ما سيجنيه من ربح وما سيكلفه من تعويض، ويكون القرار هو المجازفة بارتكاب الفعل لأن ما سيحصل عليه من ربح أو كسب سيتجاوز بكثير ما سيقضى به ضده من تعويض جابر للضرر<sup>(2)</sup>.

ولكن التعريف أهمل، في المقابل، تحديد طبيعة الخطأ المكسب. وتبعاً لذلك،

celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables ».

- (1) G. VINEY, *Exposé des motifs*, sous-titre III- De la responsabilité civile (articles 1340 à 1386).p.148. (Projet catala préc.); G. VINEY, "Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile", Dalloz 2009, *chron.* pp. 2944-2954, *spéc.*, p.2945.
- (2) V. G. DE MONCUIT, *La faute lucrative*, Mémoire présente dans le cadre de l'obtention du Master II Recherche Droit du Marche, Université De Montpellier I, 2010-2011, disponibles sur internet à l'adresse <https://cdcmontpellier.files.wordpress.com/.../de-monc...p.9>.

تترواح فكرة الخطأ المكسب بين الخطأ البسيط واليسير والخطأ العمد والخطأ الجسيم أو الخطأ بالإهمال<sup>(1)</sup>، وهو ما يعنى أن التعريف لم ينجح فى تمييز هذه الفكرة على نحو يمنع اختلاطها بغيرها من الأفكار الأخرى.

13. ولا يختلف التعريف الذى أورده Beteille فى مشروع القانون الذى تم إعداده على أساس المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والعقود وقانون التقادم، وعرض على مجلس الشيوخ الفرنسى بتاريخ 9 يولييه 2010 بشأن تعديل أحكام المسؤولية المدنية<sup>(2)</sup>، حيث أقتراح واضعو هذا المشروع إضافة فقرة إلى المادة 1386-25 من التقنين المدنى الفرنسى تقضى بأنه: "فى الحالات التى ينص عليها القانون صراحة، عندما ينتج الضرر عن خطأ تقصيرى أو عن عدم تنفيذ للعقد ارتكب على نحو إرادى وأفضى إلى إثراء فاعله على نحو لا يترتب على التعويض محو هذا الإثراء، يمكن للقاضى أن يحكم، بقرار مسبب، على محدث الضرر، فضلا عن التعويض طبقا للمادة 1386-22، بتعويض عقابى لا يزيد مبلغه عن ضعف مبلغ التعويض الإصلاحي"<sup>(3)</sup>.

(1) M.G. DI STEFANO, *Mémoire préc.*, p. 57.

(2) L. BETEILLE, *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*, présentée et enregistré à la présidence du Senat, le 9 juillet 2010, no 657, sur le site [www.senat.fr](http://www.senat.fr). V. R. D'ANCEZANE, « Dommages- intérêts punitifs : le chant des sirènes », *La tribune de l'assurance* no 158- mai 2011, PP. 50-53, disponibles sur internet à l'adresse : [www.hmn-partners.com/Dommages\\_interets\\_punitifs](http://www.hmn-partners.com/Dommages_interets_punitifs).

تمت الزيارة فى 2015/9/5

(3) « Dans les cas où la loi en dispose expressément, lorsque le dommage résulte d'une faute délictuelle ou d'une inexécution contractuelle commise volontairement et a permis à son auteur un enrichissement que la seule réparation du dommage n'est pas à même de supprimer, le juge peut condamner, par décision motivée, l'auteur du dommage, outre à des dommages et intérêts en application de l'article 1386-22, a des dommages et intérêts punitifs dont le montant ne peut dépasser le double du montant des dommages et intérêts compensatoires».



### الفرع الثالث

#### التعريف المقترح للخطأ المكسب

14. من خلال تعريفات الفقه، والمعطيات الهامة التي جاءت في مشروع الأستاذ كاتالا، ومشروع القانون المقدم من الأستاذ Beteille، يمكننا أن نستخلص تعريفاً مقبولاً للخطأ المكسب يصلح لاستيعاب جميع حالاته. فالخطأ المكسب هو خطأ، من طبيعة عقدية أو تقصيرية، يتجسد في صورة سلوك غير أخلاقي وانتهازي يرتكبه فاعله عن عمد وبعد تفكير ناضج وتخطيط محكم وحساب لما سيعود عليه من ربح من ارتكاب الفعل الضار وما سيدفعه من تعويض للمضرور ثم المجازفة بارتكابه عن وعي وإدراك وقبول بمخاطره، لأن الربح الذي سيجنيه أو التوفير في النفقات الذي سيحققه سيتجاوز بمدى كبير التعويض الذي سيحكم عليه به<sup>(1)</sup>.

ولعل ميزة هذا التعريف . على ما نعتقد . تكمن في أنه حدد طبيعة السلوك المكون للخطأ المكسب، فضلاً عن بيان عناصره الأساسية. فالخطأ المكسب يتميز بعنصرين أساسيين هما الخطأ الذي يأتيه الفاعل والربح أو الكسب المترتب عليه.

والخطأ المكسب كما ذكرنا حالاً قد يكون خطأ تقصيرياً وقد يكون خطأ عقدياً، مع ضرورة أن يكون ذلك الخطأ ظاهر العمد كما هو منصوص عليه في مشروع الأستاذ كاتالا، وناتج عن عملية حسابية بين ما سيتحمله من خسارة وما سيعود عليه من مزايا أو منافع أو أرباح.

ولا يكفي أن يرتكب الفاعل خطأ، بل يلزم أن ينتج عن هذا الخطأ ربح أو كسب له. وهذا الكسب إذا كان يترجم في الغالب الأعم من الحالات في صورة كسب مالي أو اقتصاد في النفقات التي كان يتوجب على المخطئ إنفاقها، إلا أن ذلك لا

(1) قريب من هذا المعنى، راجع:

G. DE MONCUIT, «La faute lucrative en droit de la concurrence : un parasite économique », Le Concurrentialiste, colloque : Le droit de la concurrence et l'analyse économique, Mai 2013, pp. 17-28, disponibles sur internet à l'adresse ; <https://leconcurrentialiste.files.wordpress.com/2013/05/colloque-droit-concurrence-analyse-economique.pdf>, no 5, p. 18.

يمنع من أن يتمثل الكسب في الحصول على ميزة عينية، أو في التمتع بصورة ذهنية معززة في نظر الجمهور، أو في انفراد المسئول عن الفعل الضار بالسوق بعد إزاحة أو تحييد منافس له أو أكثر<sup>(1)</sup>.

وبعد أن فرغنا من تعريف الخطأ المكسب، فإننا نتساءل الآن عن تصنيفه بين قائمة الأخطاء المعروفة في قانون المسؤولية المدنية.

## المطلب الثاني

### موضع الخطأ المكسب بين مجموعة الأخطاء التقليدية

تقسيم:

15. لتحديد موضع الخطأ المكسب بالنسبة لطوائف الأخطاء التقليدية، يلزمنا أن نعرض في البداية لمجموعة الأخطاء التقليدية (الفرع الأول)، لنرى بعد ذلك ما إذا كان هذا الخطأ يندرج في إحدى هذه الطوائف، أم أنه يشكل طائفة مستقلة بذاتها (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### طوائف الخطأ التقليدية

16. أشرنا فيما سبق إلى أن التقنين المدني الفرنسي والمصري قد أقام المسؤولية المدنية على أساس الخطأ<sup>(2)</sup> سواء أكان هذا الأخير واجب الإثبات أم

(1) V. V. D. FASQUELLE, « L'existence de fautes lucratives en droit français », *art. préc.*, nos 14 et 15.

(2) وعلى الرغم من بناء المسؤولية المدنية على أساس الخطأ الشخصي - سواء في التقنين المدني الفرنسي أو في التقنين المدني المصري - إلا أن الشارع لم يورد أي تعريف محدد لفكرة الخطأ المدني، على الرغم من دقة هذه الفكرة في إطار المسؤولية المدنية. وترجع صعوبة تعريف الخطأ - كما يقول الفقه - إلى أنه عبارة عن كلمة مستعارة من اللغة الدارجة للناس ولا تنطوي على فكرة قانونية محددة، بل هي تخاطب الخيال أكثر من المنطق. ومع ذلك فقد حاول الفقهاء تعريف الخطأ وتحديد عناصره مسترشداً في ذلك باجتهادات القضاء، حيث عرفه بعضهم بأنه العمل الضار غير مشروع، وعرفه البعض الآخر بأنه إخلال بالتزام سابق سواء أكان مصدره القانون أم اللائحة أم العرف، فيما يعرفه البعض الثالث بأنه إخلال بالثقة المشروعة. ومع ذلك فكل هذه التعريفات لا تعطي فكرة واضحة ومحددة للخطأ.

مفروضاً فرضاً يقبل أو لا يقبل إثبات العكس، ورتب على الخطأ أياً كانت طبيعته، عمدياً أو غير عمدي، إيجاب التعويض الكامل عما ينشأ عنه من ضرر<sup>(1)</sup>. ولذا رأى بعض الفقه أن التفرقة التي كانت تقول بها النظرية التقليدية بين خطأ العمد وخطأ الإهمال باتت "عديمة الفائدة ولا محل للإبقاء عليها"<sup>(2)</sup>.

لذا اتجه الرأي الغالب في الفقه والقضاء إلى تعريف الخطأ بأنه إخلال بالتزام سابق، سواء أكان مصدر الالتزام هو القانون، وهذا هو الخطأ التقصيري أم كان مصدره العقد، وهذا هو الخطأ العقدي. لمزيد من التفاصيل حول الاتجاهات المختلفة في تعريف الخطأ، راجع: د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، فقرة 526، 527، ص 688 وما بعدها؛ د. حسن زكي الإبراشي، المرجع السابق، ص 112، و ص 113-115؛ د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، دراسة تحليلية للأنظمة القانونية المعاصرة اللاتينية - الإسلامية - الأنجلو أمريكية، مع طرح فكرة التعدي كأساس عام للمسئولية المدنية، دار النهضة العربية 1980، فقرة 36-45، ص 42-57؛ د. عصمت عبدالمجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات - الجزء الأول - منشورات جامعة جيهان الخاصة - أربيل، الطبعة الأولى 2011، ص 532 - 536. وفي الفقه الفرنسي:

F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.* no 717, P. 694 ; St. PORCHY-SIMON, *Droit civil*, 2e année, *Les obligations*, Dalloz, 2000, no 597 et ss. P. 298; H. et L. MAZEAUD, J. MASEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, tome 1 – premier volume, introduction à l'étude du droit*, 11e éd. par F. CHABAS, Montchrestien, 1996, no 343, p. 464.

وراجع تطبيقات القضاء المصري: نقض مدني جلسة 1987/2/16 الطعن 2368 لسنة 52 ق - قاعدة رقم 831، ص 259؛ نقض مدني جلسة 1983/1/11 الطعن 743 لسنة 49 ق - قاعدة 824 ص 257؛ نقض مدني جلسة 1983/12/8 الطعن 873 لسنة 49 ق - قاعدة 820، ص 246، راجع: مستشار عبدالمنعم دسوقي، قضاء النقص في المواد المدنية 1931-1992 في جزئين - المجلد الثاني.

(1) وقد عبرت عن ذلك محكمة النقض بقولها إن: "المشروع لا يميز في نطاق المسؤولية التقصيرية بين الخطأ العمدي والخطأ غير العمدي ولا بين الجسيم واليسير فكل منهما يوجب تعويض الضرر الناشئ عنه وأنه يكفي لقيام المسؤولية مجرد إهمال ما توجبه الحيطة والحذر" نقض مدني جلسة 1986/2/17 - الطعن 10085 لسنة 50 ق. قاعدة 2272 ص 853، مستشار عبدالمنعم دسوقي، قضاء النقص في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 853.

(2) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - ج 2 - في الالتزامات، المجلد الثاني في الفعل الضار والمسئولية المدنية، القسم الأول، في الأحكام العامة، المرجع السابق، فقرة 98 ص 255.

ولئن كان صحيحاً أن هذه التفرقة لم يعد لها أهمية من حيث مبدأ المسؤولية، فإن لها أهميتها التي لا تنكر من نواح أخرى عديدة، هذا فضلاً عن ظهور التفرقة في بعض التشريعات الحديثة كما سنرى لاحقاً. وتبعاً لذلك جرت عادة غالبية الشراح في فرنسا ومصر على التمييز بين الخطأ العمد وخطأ الإهمال<sup>(1)</sup>.  
وإتباعاً لتلك العادة، سنخصص الغصن الأول للخطأ العمد، والثاني للخطأ غير العمدى أو خطأ الإهمال.

## الغصن الأول الخطأ العمد

### La faute intentionnelle

#### أولاً تعريف الخطأ العمد:

17. لم يعرف التقنين المدني الفرنسي والمصري الخطأ العمد، وإزاء ذلك تكفل الفقه<sup>(2)</sup> والقضاء بمهمة تعريفه وتحديد مضمونه. فجاءت التعريفات متعددة ومختلفة في الصياغة ولكنها متحدة في المضمون، حيث عرفه البعض بأنه إتيان الشخص لفعل أو ترك غير مشروع بقصد إحداث الضرر بالغير<sup>(3)</sup>، فيما عرفه

1) كان الخطأ يقسم في القانون الفرنسي القديم إلى ثلاث درجات: الخطأ الجسيم وهو الذي لا يقع حتى من الشخص المهمل، وخطأ يسير وهو الخطأ الذي يقع من الشخص العادي، وخطأ تافه وهو الذي لا يقع من الشخص الحريص، راجع في ذلك: د. حسن زكي الإبراشي، المرجع السابق، ص 146. وفي الفقه الفرنسي:

G.VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les condition de la responsabilité*, 3 éd, LGDJ, 2006, no599, p.620 et s.

(2) G.VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les condition de la responsabilité*, op. cit., no618, p.659.

(3) ورد هذا التعريف لدى د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، فقرة 187، ص 357، نقلاً عن "لالو" تدرج الأخطاء، داللو الأزبوعى 1940، ص 19. وقرب منه: د. جميل الشرفاوى، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1995، ص 519؛ د. محمد حسين على الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري واليمنى والفقه الإسلامى، دار النهضة العربية، 1990، رقم 83، ص 144 وما بعدها. وفي الفقه الفرنسي راجع:

البعض الآخر بأنه "الإخلال بواجب قانوني مقترن بقصد الإضرار بالغير"<sup>(1)</sup>. وعرفه البعض الثالث بأنه انحراف عن سلوك الشخص المعتاد مع تعمد حصول ضرر للغير<sup>(2)</sup>.

يتبين لنا من هذه التعريفات أنه يلزم لقيام الخطأ العمد توافر عنصرين: عنصر مادي يتمثل في الإخلال بواجب، أي كان مصدره، وأيضا كان الشكل الذي يتخذه ذلك الإخلال، أي سواء تمثل في فعل إيجابي أو فعل سلبي. بيد أنه يلزم في الإخلال الذي يقع من الفاعل أن يكون إراديا ومتعمدا، وليس ناتجا عن مجرد السهو أو الغفلة، وهو ما يعنى ضرورة توافر التمييز والإدراك لدى الفاعل ليس فقط بالفعل الذي يأتيه في ذاته ولكن أيضا بنتائجه الضارة بالغير<sup>(3)</sup>. فإن انعدم الإدراك والتمييز، كما هي الحال بالنسبة للصبى، والمجنون وفاقد الإدراك، فقد الخطأ صفة العمدية.

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, Presse Universitaires de France, PUF, 2000, p.377 ou il définit la faute intentionnelle comme "une faute commise avec intention de nuire à autrui, plus généralement avec celle de causer le dommage."

1 ( ) راجع: د. سليمان مرقس، الوافى فى شرح القانون المدنى - ج 2 - فى الالتزامات، المجلد الثانى فى الفعل الضار والمسئولية المدنية، القسم الأول، فى الأحكام العامة - الطبعة الخامسة، تنقيح د. حبيب إبراهيم الخليلي، إيرنى للطباعة (مطبوعة السلام) 1988، فقرة 99 ص 260.

Nicolas CHARBIT, "L'intention de la faute", note sous (Cass. civ. 3e, 9 janvier 2002 ; 2 arrêts), *Les Petites Affiches*, 14 mars 2003 n° 53, P. 14 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.* no 727, P. 700.

(2) انظر: د. محمد لبيب شنب، دروس فى نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، بدون ناشر، 1987، فقرة 24، ص 356.

(3) V. P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, 4e éd. 1998, *Connaissance du droit*, P. 59.

راجع أيضا: د. سليمان مرقس، الوافى فى شرح القانون المدنى - ج 2 - فى الالتزامات، المجلد الثانى فى الفعل الضار والمسئولية المدنية، القسم الأول، فى الأحكام العامة، المرجع السابق، فقرة 99 ص 260.

كما يلزم في الإخلال الذي يأتيه الفاعل أن يكون غير مشروع ، فإن كان الإخلال مشروعاً ما كان فاعله في حالة خطأ حتى ولو تعدد الإضرار بالغير كما هي الحال في المنافسة المشروعة<sup>(1)</sup>.

ويتمثل العنصر الثاني للخطأ العمدى في انصراف نية الفاعل واتجاه قصده إلى الإضرار بالغير. فمباشر الفعل الضار قد يتعمد إتيان الفعل، ومع ذلك لم يكن يسعى وراء الضرر. ويكفي هذا القصد لدى الفاعل حتى ولو لم يكن هذا هو غرضه الوحيد من ارتكاب الفعل الضار طالما أن نية إحداث الضرر كانت من بين الأغراض التي دفعت إلى ارتكابه<sup>(2)</sup>. فإذا ما توافر هذا العنصر، فليس يلزم بعد ذلك اتجاه إرادة الفاعل إلى إحداث ضرر معين في نوعه أو في مقداره أو في درجة جسامته<sup>(3)</sup>،(4).

ويقابل الخطأ العمد، في المجال العقدي، الخطأ التدليسي<sup>(5)</sup> أو الغش ou *Faute dolosive dol* ويقصد به الفعل الذي يعمد إليه الفاعل بقصد الإضرار بحقوق شخص آخر. فهذا الخطأ، كالخطأ العمد، له ركنان مادي، ويتمثل في الفعل

1 ( ) راجع: د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، فقرة 188، ص 260.  
2 ( ) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - ج 2 - في الالتزامات، المجلد الثاني في الفعل الضار والمسئولية المدنية، القسم الأول، في الأحكام العامة، المرجع السابق، فقرة 99 ص 261.

3 ( ) راجع: د. محمد حسين على الشامي، المرجع السابق، فقرة 83، ص 145.  
4 ( ) ومما تجدر الإشارة إليه أن إرادة الفعل وإرادة النتيجة المترتبة عليه، هي التي تميز الخطأ العمدى في القانون الفرنسي والمصري عنه في القانونين الألماني والإنجليزي، حيث يكفي هذان الأخيران لقيام الخطأ العمد بتوقع الفاعل للضرر دون تطلب توفر نية الإضرار، إذ يكفي أن يدرك الفاعل أو يتصور أن فعله سوف يؤدي إلى نتيجة حتمية وهو مع ذلك يقبلها إن حدثت راجع: د. نوري حمد خاطر، المقالة السابقة، ص 58؛ د. عبدالحكم فودة، الخطأ في نطاق المسئولية التقصيرية، دراسة تحليلية عملية على ضوء الفقه وقضاء النقض، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية بالمنيا، بدون تاريخ نشر، ص 13. وانظر في الفقه الفرنسي: G.VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les condition de la responsabilité*, op. cit., no619, p.660.

(5) *Espèce de faute contractuelle syn. de faute intentionnelle, aujourd'hui caractérisé par le fait que le débiteur, malhonnête, manque sciemment à ses obligations. G. CORNU, op. cit., p. 377.*

أو الكتمان، وعنصر معنوي وهو الرغبة في التضليل بغية الوصول إلى غرض غير مشروع، أي نية الإضرار بالغير. وبالرغم من أن الخطأ التدليسي أو الغش يتمثل في عمل إرادي قصدي إلا أنه يتميز عن الخطأ العمد البسيط في أن الفاعل يغلف فعلته بالخدعة والمكر والتحايل على القانون أو الاتفاق<sup>(1)</sup>، ومع ذلك فهو يندرج تحت اصطلاح الخطأ العمد، ولكنه يمثل مرتبة عليا من هذا الأخير<sup>(2)</sup>. ولكن ما معيار قياس الخطأ العمد؟

### ثانياً معيار تقدير الخطأ العمد:

18. ثار خلاف في الفقه الفرنسي والمصري حول تحديد المعيار الذي يقاس به الخطأ العمدى. ويمكن رد هذا الخلاف إلى ثلاثة آراء: حيث اتجه بعض الفقه<sup>(3)</sup> إلى تقدير الخطأ العمد تقديراً شخصياً *in concreto* يراعى فيه القاضي سلوك مرتكب الخطأ وصفاته وقدراته ومهنته وليس تقديراً موضوعياً مجرداً وذلك على سند من أن قوام هذا الخطأ هو نية الإضرار بالغير، فيما يرى البعض الآخر<sup>(4)</sup> أن المقياس اللازم لمعرفة ما إذا كان خطأ الفاعل عمدياً أم غير عمدي، يجب أن يكون موضوعياً وذاتياً. حيث يستخدم المقياس الموضوعي في تعيين مدى الواجب الذي أخل به الفاعل، وهو عنصر مادي، بينما نعتد على المقياس الشخصي الذاتي لقياس العنصر النفسي أو المعنوي، وذلك بتحليل نفسية الفاعل والبحث في نيته لمعرفة مدى تعمده الفعل والضرر.

بيد أن أنصار هذا الرأي يعترفون بدقة وصعوبة استظهار نية الفاعل والتعرف على حقيقة قصده من الناحية العملية؛ إذ يتطلب الأمر البحث في أعماق

- (1) راجع : د. محمد حسين منصور، ص 547 وما بعدها.  
 2 ( ) د. نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، دراسة نظرية مقارنة، مجلة المنارة، المجلد 7، العدد 2، 2001، ص 45-92، بصفة خاصة ص 49.  
 (3) F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.* no 727, P.700.  
*Contre: V. P. JOURDAIN, Les principes de la responsabilité civile, op. cit., p. 60.*  
 (4) انظر: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - ج 2 - في الالتزامات، المجلد الثاني في الفعل الضار والمسئولية المدنية، القسم الأول، في الأحكام العامة، المرجع السابق، فقرة 99 ص 261 وما بعدها؛ د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، فقرة 189، ص 362؛ د. عبدالحكم فودة، المرجع السابق، ص 14.

النفس والنوايا ومحاولة تقصى نية الفاعل وقصده الخبيث وسعيه وراء الضرر. لذلك فلا مناص أمام القاضى من الاستناد إلى الظروف والمظاهر الخارجية للاستدلال على حقيقة نية الفاعل ومقصده<sup>(1)</sup>.

ويرى الاتجاه الغالب فى الفقه<sup>(2)</sup> والقضاء المصرى<sup>(3)</sup>. ونحن نؤيده. أن الخطأ العمد يقاس بالمقياس الموضوعى، وهو معيار الرجل المعتاد<sup>(4)</sup>، أى رجل عادى من عامة الناس "فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع إلى الذروة، ولا هو محدود الفطنة حامل المهمة فينزل إلى الحضيض"<sup>(5)</sup>. وهذا مفاده أن ينظر القاضى إلى السلوك غير المشروع لفاعل الضرر وقياسه على مقياس شخص عادى مجرداً من ظروفه الشخصية للقول بأن فعله أو تركه يشكل خطأ عمدياً من عدمه، فالعبرة بمدى الإخلال الواقع من الفاعل والذي يكشف بذاته عن تعمد إحداث الضرر بالغير؛ إذا كما يقول بعض الفقهاء "إن الأفعال تتحدث عن نفسها"، علاوة على أن القانون لا يعتد بالجسامة الأخلاقية لسلوك الفاعل ولكن بجسامته

(1) انظر: د. سليمان مرقس، الوافى فى شرح القانون المدنى - ج 2 - فى الالتزامات، المجلد الثانى فى الفعل الضار والمسئولية المدنية، القسم الأول، فى الأحكام العامة، المرجع السابق، فقرة 99 ص 262 وما بعدها؛ د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، فقرة 189، ص 363.

(2) راجع: عبدالرزاق السنهورى، د. عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1992، فقرة 422، ص 494. وفى الفقه الفرنسى،

V. P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile, op. cit.* p. 60.

3 ( ) راجع على سبيل المثال: نقض 1993/3/28، الطعن رقم 758 لسنة 56 ق؛ نقض 1995/11/23، طعن رقم 2845، لسنة 59 ق؛ نقض 1997/6/29، طعن رقم 11865، لسنة 65 ق؛ نقض 1999/1/26، طعن رقم 28955 لسنة 62 ق؛

(4) S. SEYRAT, *Le bon père de famille, étude sur l'origine, la signification et la fonction de l'expression dans le droit*, thèse Paris II, 1985.

5 ( ) د. عبدالرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الأول، مصادر الالتزام، تحديث وتنقيح المستشار أحمد مدحت المراعى، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2010، فقرة 528 ص 692.



الموضوعية<sup>(1)</sup>.

## الفصل الثاني

### الخطأ غير العمدى

#### La faute non intentionnelle

#### أولاً - تعريف الخطأ غير العمدى ومعياره:

19. الخطأ غير العمدى، ويطلق عليه أيضاً الخطأ بالإهمال، وهو الإخلال بواجب قانونى دون أن يتجه قصد الفاعل أو تنصرف إرادته إلى إحداث الضرر<sup>(2)</sup>. وطبقاً لهذا التعريف يقوم الخطأ غير العمدى على عنصرين: الأول مادى ويتمثل فى الإخلال بواجب قانونى أيا كانت صورته، وعنصر نفسى وهو إدراك الفاعل لهذا الإخلال.

ولا خلاف بين الفقه فى أن المعيار الذى يقاس به الخطأ غير العمدى هو مقياس موضوعى يتمثل فى مسلك الرجل المعتاد فى نفس الظروف الخارجية التى يكون فيها فاعل الخطأ ومجرداً من ظروفه الشخصية والذاتية<sup>(3)</sup>. ومن ثم يكون فى خطأ غير عمدى من لا يبذل العناية التى يبذلها الرجل المعتاد.

هذا، ويتخذ الخطأ غير العمدى، فى العمل، صوراً عديدة، منها الإهمال وعدم التبصر أو الحذر، وعدم بذل العناية الكافية، والجهل بما ينبغى فعله، وعدم الوفاء

(1) V. P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, op. cit., p. 60.

2 ( ) انظر: د. محمد حسن منصور، ص 547 وما بعدها؛ وقرب منه، د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة 25، ص 357؛ د. أسماعيل محمد على الحافرى، الرسالة السابقة، ص 44.

3 ( ) انظر: د. سليمان مرقس، الوافى فى شرح القانون المدنى - ج 2 - فى الالتزامات، المجلد الثانى فى الفعل الضار والمسئولية المدنية، القسم الأول، فى الأحكام العامة، المرجع السابق، فقرة 100 ص 262 وما بعدها؛ د. محمد السعيد رشدى، المرجع السابق، ص 70؛ د. عبدالحكم فودة، المرجع السابق، ص 15؛ د. خالد عبدالفتاح محمد، المسئولية المدنية، مسئولية المهندس المعماري، مسئولية المقاول، مسئولية رب العمل، مسئولية الطبيب، مسئولية حارس البناء، فى ضوء أحدث أحكام محكمة النقض، دار الكتب القانونية، 2009، ص 117، وما بعدها، فقرة 87، ص 157.

بالتزام محدد.

### ثانياً - صور الخطأ غير العمدى:

20. درج الفقه على التمييز بين أربعة أنواع من الأخطاء غير العمدية، وهى الخطأ غير المغتفر، والخطأ الجسيم، والخطأ البسيط والخطأ التافه. وفيما يلي نخص كل نوع بشيء من التفصيل على النحو التالى:

#### (أ) الخطأ غير المغتفر: La faute inexcusable

21. ورد هذا الاصطلاح فى التشريع الفرنسى الصادر فى 9 أبريل سنة 1898 بشأن إصابات العمل ومفاده أن العامل الذى يصيبه ضرر نتيجة خطأ لا يغتفر من صاحب العمل أو من يمثله يستحق تعويضاً إضافياً يجاوز التعويض الجزافى المنصوص عليه فى القانون. كما ورد النص عليه أيضاً فى قانون إصابات العمل المصرى رقم 64 لسنة 1936 والقانون الذى حل محله وهو القانون رقم 89 لسنة 1950، ثم فى قوانين التأمين الاجتماعى المتعاقبة حتى القانون رقم 97 لسنة 1975 تحت اصطلاح "سوء السلوك الفاحش والمقصود"<sup>(1)</sup>.

ونظراً لعدم وجود تعريف قانونى للخطأ الذى لا يغتفر، فقد تصدت محكمة النقض الفرنسية لتعريفه وذلك من خلال حكم صادر عن الدوائر المجتمعة فى 15 يوليو سنة 1941؛ حيث عرفته بأنه "خطأ ذو جسامه استثنائية ينتج عن فعل أو امتناع إرادى مع إدراك الفاعل للخطر الذى ينتج عنه، مع انعدام أى سبب يبرره ويتميز عن الخطأ العمد بعدم السعى لإحداث الضرر"<sup>(2)</sup>. وقد استقرت محكمة

(1) ويقابل هذا الاصطلاح فى القانون المصرى، اصطلاح الخطأ غير المغتفر فى القانون الفرنسى. حول نشأة فكرة الخطأ غير المغتفر، راجع: د. محمد السعيد رشدى، الخطأ غير المغتفر "سوء السلوك الفاحش والمقصود"، (دراسة فى القوانين الفرنسى والمصرى والكويتى) تحديد فكرة الخطأ غير المغتفر - وتطبيقاتها فى مجالات: حوادث المرور - إصابات العمل - المسئولية الطبية - مخاصمة القضاة، منشأة المعارف - الإسكندرية - الطبعة الثانية 2008، ص 23-25.

(2) راجع التعريف فى لغته الأصلية:

«Faute d'une gravité exceptionnelle dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire de la conscience du danger que devait en avoir son auteur, de l'absence de toute cause justificative et se distinguant

النقض على هذا التعريف ورددته بعد ذلك في أحكامها المستقبلية<sup>(1)</sup>. كما حظى بتأييد غالبية الفقه في فرنسا<sup>(2)</sup> ومصر<sup>(3)</sup>.

ويظهر من التعريف السابق أن الخطأ غير المغتفر يتحلل إلى أربعة عناصر<sup>(4)</sup> هي: 1- فعل أو امتناع إرادي . 2- الجسامة أو الخطورة غير العادية للفعل أو الامتناع. 3- إدراك الفاعل أو توقعه للضرر الناتج عن الفعل أو الامتناع. 4- انعدام المبرر الداعي للفعل أو الامتناع.

وعلى الرغم من أن العناصر السابقة المكونة لفكرة الخطأ غير المغتفر، بعضها عناصر موضوعية (objectifs) (الجسامة أو الخطورة الاستثنائية للفعل أو الامتناع وانعدام الداعي للفعل أو الامتناع)، وبعضها الآخر عناصر شخصية (subjectifs) (الفعل أو الترك الإرادي وإدراك الفاعل أو توقعه للضرر الناتج عن فعله أو امتناعه)، فإن هذا الخطأ يقاس دائما وفقا لمعيار موضوعي *in abstracto* حتى بالنسبة لعناصره الشخصية، وهذا المعيار هو الرجل المعتاد الذي يوجد في نفس الظروف الخارجية المحيطة بالفاعل<sup>(5)</sup>.

par le défaut d'un élément intentionnel de la faute intentionnelle la».  
V. V. G. PICCA et A. SAURET, « De la faute inexcusable de l'employeur à l'obligation de sécurité de résultat en matière de maladies professionnelles », note sous Cass. soc. 28 fév. 2002, Les Petites Affiches, 27 mars 2002 n° 62, P. 15.

(1) انظر على سبيل المثال:

Cass. civ 18 juil. 1980, D., 1980, p. 394.

(2) V. P. GOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, op. cit., pp.62 et s.

3 ( ) راجع: د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 37 وما بعدها.

(4) لمزيد من التفصيلات حول هذه العناصر، راجع: د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 41-59؛ د. يوسف أحمد حسين النعمة، دفع المسؤولية المدنية بخطأ المضرور، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه - حقوق القاهرة. 1991، ص 420-458.

G.VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les condition de la responsabilité*, op. cit., no615, p.645.

(5) V. P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, op. cit., p. 63.

ويقترَب الخطأ غير المغتفر من الخطأ العمد أو الغش من حيث إنه عبارة عن فعل أو ترك إرادي، إلا أنه يتميز عنهما من حيث عدم توافر العنصر المعنوي والمتمثل في نية الإضرار بالغير<sup>(1)</sup>. فيكفي لوصف الخطأ بأنه غير مغتفر أن يكون الفاعل قد توقع حدوث الضرر. ويستطيع القاضى أن يستخلص مسألة توقع المسئول للضرر من ظروف الحال وملابسات الواقعة ذاتها.

الخلاصة إذن، أن الخطأ غير المغتفر هو خطأ يتوسط الخطأ العمدى والخطأ الجسيم، فهو أقل من الخطأ العمدى وأشد من الخطأ الجسيم<sup>(2)</sup>.

#### (ب) الخطأ الجسيم La faute lourde :

22. تعددت تعريفات الفقه للخطأ الجسيم<sup>(3)</sup>، حيث عرفه جوسران بأنه: "عدم بذل العناية والحيطه في شئون الغير بصورة لا تصدر عن أقل الناس عناية وحرصا في شئونه الخاصة. وهذا الخطأ لا يتفق وحسن النية، ومع ذلك يتخلف فيه قصد الإضرار من جانب مرتكبه"<sup>(4)</sup>. ويعرفه البعض بأنه الخطأ الذى يبلغ درجة من الفحش يدل على عدم أهلية مرتكبه، وأنه غير كفاء للقيام بالواجب المفروض عليه<sup>(5)</sup>. بعبارة أخرى، فالخطأ الجسيم هو خطأ ينطوى على درجة خاصة من

راجع عكس ذلك: د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، فقرة 191، ص 366 حيث يرى أن قياس العنصران الموضوعيان يتم بطريقة موضوعية، أما العنصران الشخصيان فيتم تقديرهما وفقا للمعيار الذاتى.

1) انظر: د. يوسف أحمد حسين النعمة، الرسالة السابقة، ص 449 وما بعدها؛ د. اسماعيل محمد على المحافرى، الرسالة السابقة، ص 376.

2) د. محمود جمال الدين زكى، مشكلات المسئولية المدنية، الجزء الثانى، المرجع السابق، فقرة 111، ص 91.

(3) G.VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les condition de la responsabilité*, op. cit., nos 610-612, pp.636-643.

(4) ورد هذا التعريف لدى د. محمد السعيد رشدى المرجع السابق، ص 78، نقلاً عن روبلو الخطأ الجسيم فى القانون الخاص الفرنسى، المجلة الفصلية للقانون المدنى 1943، ص 1 وما بعدها. كما تبنى د. جميل الشرفاوى، النظرية العامة للتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1995، ص 519 تعريف قريب من ذلك حيث عرفه بأن "الخطأ الذى لا يتصور وقوعه إلا من شخص عديم الاكتراث، أو الخطأ الذى لا يرتكبه إلا أقل الناس حيطه".

(5) راجع: د. نورى حمد خاطر، المقالة السابقة، ص 63.

الخطورة أو الجسامة في الفعل نفسه حيث يبتعد كثيراً عن مسلك الشخص الأقل حرصاً، وكذلك في النتائج المترتبة عليه والتي يتوقعها المسئول.

يتضح لنا من كل التعريفات السابقة أن الخطأ الجسيم يتميز بأنه يقع بإهمال خطير وعدم احتياط من الفاعل، فهو خطأ غير إرادي، فضلاً عن أن فاعله لا تتوفر لديه نية الإضرار بالغير، ولا العلم بالضرر الذي يحدثه فعله<sup>(1)</sup>. فحسن النية هو المعيار الحاسم الذي يميز الخطأ الجسيم عن الخطأ العمد أو الخطأ التدلّيسي<sup>(2)</sup>.

وإذا كانت فكرة الخطأ الجسيم قد تراجعت أهميتها لدى الفقه بعد استقلال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية، واكتفاء المشرع في مجال المسؤولية التقصيرية بأى خطأ لإثارة مسؤولية المخطئ، إلا أننا نلاحظ تجدد اهتمام الفقه والتشريع بها<sup>(3)</sup>، حيث نجد المشرع المصري يشير إليها في المادتين<sup>(4)</sup> 221 و225<sup>(5)</sup> من التقنين المدني، كما أشارت إليها بعض التشريعات الخاصة،

(1) وقد أخذت محكمة النقض بالتعريف التالي: "المقصود بالخطأ الجسيم الذي يقع بدرجة غير يسيرة ولا يشترط أن يكون متعمداً، واستخلاص هذا الخطأ مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع وتكييفه بأنه خطأ جسيم أو نفي هذا الوصف عنه هو من المسائل التي يخضع قضاء محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض"، راجع: نقض مدني جلسة 1984/2/7 الطعن 681 ق، س 49، المستشار عبدالمنعم دسوقي، قضاء النقض في المواد المدنية 1931-1992، الجزء الثاني، بدون ناشر، 1993، قاعدة 2271 ص 853؛ نقض مدني جلسة 1981/3/4 الطعن 1443 لسنة 47 ق، س 3، ص 755، المستشار عبدالمنعم دسوقي، قضاء النقض في المواد المدنية 1931-1992، الجزء الثاني، بدون ناشر، قاعدة 2270 ص 853. خالد عبدالفتاح محمد، المرجع السابق، ص 121 وما بعدها.

(2) V. J. MEADEL, *art. préc.*, no 10.

(3) V. N. POULET-GIBOTECLERC, « La faute lourde n'a pas disparu, elle ne disparaîtra pas », *Les petites Affiches*, 3 juillet 2002, no 132, p. 16.

(4) حيث تقضى الفقرة الثانية بأنه: "ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

(5) حيث تقضى بأنه: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً".

كقانون الولاية على المال رقم 119 لسنة 1952 حيث تنص المادة 24 منه على أن الأب لا يسأل إلا عن خطئه الجسيم، والقانون رقم 63 لسنة 1964 بشأن التأمينات الاجتماعية.

ويتميز الخطأ الجسيم عن الغش من حيث الطبيعة؛ حيث يتوفر في الغش سوء القصد، في حين ينهض الخطأ الجسيم بإهمال أو انحراف شديد في السلوك مقرون بتوقع الضرر<sup>(1)</sup>، ولكنه يتفق معه في الأثر القانوني في إطار المسؤولية العقدية حيث يكون التعويض عن جميع الضرر المباشر متوقفاً كان أم غير متوقع. ويبقى من بعد ما تقدم الإشارة إلى أن الشراح قد اختلفوا حول المعيار الذي يقاس به الخطأ الجسيم، حيث اتجه البعض إلى القول بأن المعيار الواجب هو المعيار الذاتي، بما مفاده الاعتداد بالظروف الشخصية للمخطئ من تعليم وصحة وكفاءة وذكاء، ولكن يؤخذ على هذا المعيار أنه ظالم وغير مقبول حيث يتشدد مع المدين الحريص، ويتساهل مع المهمل، وهو أمر غير مقبول عقلاً. لذلك ترى غالبية الفقه في فرنسا<sup>(2)</sup> ومصر<sup>(3)</sup>، وهو ما نؤيده، إلى أن جسامته الخطأ تقاس بمعيار موضوعي، وهو الرجل العادي مع مراعاة الظروف الخارجية التي يكون فيها المسئول.

#### ج) الخطأ اليسير والخطأ التافه:

23. الخطأ اليسير هو الخطأ الذي لا يقترفه شخص معتاد في حرصه وعنايته، أي شخص متوسط لا هو بالمهمل ولا هو شديد الحرص<sup>(4)</sup>، بينما الخطأ التافه، هو خطأ يقع بإهمال يسير جداً وعدم انتباه، ولا يقترفه الرجل الحريص<sup>(5)</sup>.

(1) انظر في ذلك: د. عبدالحكم فودة، المرجع السابق، ص 20، 21؛ د. محمد حسين على

الشامي، المرجع السابق، ص 172.

(2) V. P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, op. cit., p. 62.

(3) راجع: د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 548.

(4) V. G. CORNU, *op. cit.*, p. 377. Ou il définit la faute légère comme, "comportement, volontaire ou non, qui s'écarte peu de comportement qu'aurait eu dans les mêmes circonstances le bon père de famille".

(5) د. محمد السعيد رشدي المرجع السابق، ص 94 وما بعدها.

ولا يخفى على أحد أنه . كمبدأ عام . لا أهمية للتمييز بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير أو التافه من حيث إثارة المسؤولية المدنية، حيث يكفي أي خطأ لإلزام فاعله بتعويض الضرر الناشئ عنه.

هذا، وبعد أن عرضنا لطوائف الخطأ المعروفة في التقنين المدني، فإن التساؤل الذي يطرح على بساط البحث هو: هل يندرج الخطأ المكسب أو الخطأ المربح في إحدى تلك الطوائف السابقة، أم أنه يشكل درجة مستقلة من درجات الخطأ؟

## الفرع الثاني

### موضع الخطأ المكسب

24. لا جدال في أن الخطأ المكسب يخرج عن نطاق الأخطاء العادية أو اليسيرة أو التافهة. ولكن هل يعد خطأ غير مغتفر أم خطأ جسيماً أم خطأ عمدياً؟ ذهب بعض الفقهاء<sup>(1)</sup> إلى القول بأن القضاء قد يعتبر الخطأ المكسب خطأ غير مغتفر. ولكننا لا نتفق مع هذا الرأي؛ ذلك أن الخطأ غير المغتفر، وإن كان مرتكبه يأتي الفعل أو الامتناع على نحو إرادي، كما هو الشأن في الخطأ المكسب، إلا أنه يتسم بانعدام المبرر أو الداعي لذلك الفعل أو هذا الامتناع، أما الخطأ المكسب فلا ينتفي فيه المبرر؛ إذ يسعى الفاعل لاقتناص منفعة على حساب الضحية.

وإذا كان الخطأ المكسب لا يعد من قبيل الخطأ غير المغتفر، فهل يعتبر خطأ جسيماً؟ ذهبت بعض أحكام القضاء الفرنسي . كما تقدم . إلى اعتبار الخطأ المكسب على الدوام خطأ جسيماً<sup>(2)</sup>.

وقد رفض الفقه هذا القضاء على سند من القول بأنه لا توجد علاقة حتمية بين الخطأ الذي يقع والربح الذي ينتج عنه، فالخطأ اليسير قد يجلب لمرتكبه ربحاً

(1) V. D. FASQUELLE, art. préc. no 20.

(2) راجع الأحكام القضائية المشار إليها في د. محمود جمال الدين وكى، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، المرجع السابق، فقرة 113 ص 95، هامش رقم 3، 6، 7، 8. وكل تلك الأحكام خاصة بالناقل البحري، كأن يقوم بتفريغ السفينة دون حيلة، ويترك البضائع عرضة للأمطار، رغبة في كسب الوقت لنقل بضائع أخرى، أو شحن البضائع على ظهر السفينة، ليخصص العنابر لبضائع أخرى خلافاً لما هو متفق عليه في العقد.

كثيراً، وقد لا ينجم عن الخطأ الجسيم كسب مادي<sup>(1)</sup>.

ونحن نتفق مع هذا الرأي فيما ذهب إليه من استقلال الخطأ المربح عن الخطأ الجسيم؛ ذلك أن الخطأ المربح، على الرغم من أنه يتسم بالخطورة الفادحة في ذاته أو في الضرر الناجم عنه كالخطأ الجسيم تماماً، إلا أنه، على خلاف هذا الأخير وكما أشرنا سلفاً، يقوم على تفكير مسبق وتخطيط محكم من جانب مرتكبه، ثم حساب وموازنة بين تكلفة الإجراءات القضائية والكسب الذي يتأتى له من انتهاك قواعد القانون والأخلاق، ثم يقرر بناء على نتيجة حساباته إما المجازفة باقتراف الخطأ وإما الإحجام عنه. كل هذه العملية تفترض بالضرورة وجود إرادة واعية متبصرة ومتفكرة بشأن ارتكاب الخطأ<sup>(2)</sup>، أما الخطأ الجسيم فلا تتوافر فيه تلك الإرادة لدى الفاعل بل هو يقع، كما رأينا سلفاً، عن طريق الرعونة والإهمال أو عدم الانتباه واليقظة<sup>(3)</sup>، وحتى لو أراد الشخص الفعل، فإنه لا يريد إحداث الضرر.

لم يبق إذن من مجموعة الأخطاء التقليدية إلا الخطأ العمد. فهل يمكن تصنيف الخطأ المكسب تحت هذا الخطأ أم أنه يشكل طائفة مستقلة بذاتها؟

يرى بعض الشراح<sup>(4)</sup> أن الخطأ المكسب يقترب كثيراً من الخطأ العمد، وذلك لأن مرتكبه يقصد إتيان الفعل مع اتجاه إرادته إلى النتيجة المترتبة على فعله. ولكنه لا يتطابق معه تماماً، فالمسئول عن الفعل الضار يسعى من وراء فعله إلى اقتناص منفعة على حساب مصلحة المضرور وليس الإضرار به. ولكننا نرى مع البعض الآخر<sup>(5)</sup>، أن وصف الخطأ العمد يتحقق في الخطأ المربح، حتى ولو كان

(1) انظر: د. محمود جمال الدين وكى، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، المرجع السابق، فقرة 113 ص 96. والفقه المشار إليه فيه، هامش 10، 11.

(2) V. même sens, v. J. MEADEL, art. préc., no 10.

(3) V. en même avis, J. MEADEL, art. préc. nos 10-11.

(4) V. G. DE MONCUIT, La faute lucrative, Mémoire préc., p. 9.

(5) J. MEADEL, art. préc., no 10; V. D. FASQUELLE, art. préc., no 20.

ومما هو جدير بالذكر أن الأستاذ فاسكيل قد قال صراحة، في نفس الموضع السابق، أنه يمكن في غالب الأحوال أن يعتبر الخطأ المربح خطأ تدليسياً أو خطأ جسيماً أو خطأ غير مغتفر. راجع نص ما قاله في لغته الأصلية:



المسئول يستهدف، عادة، من وراء الخطأ تحقيق ربح أو فائدة لصالحه ؛ إذ ليس يلزم . كما تقدم . أن يكون قصد الإضرار هو الباعث الوحيد لفاعل الخطأ العمد، بل يكفي أن يكون أحد الدوافع التي دفعته إلى ارتكاب الفعل الضار. فضلا عن ذلك فإن مباشر الخطأ المكسب يتصرف بخبث قاصدا النتيجة التي خطط لها، وهو على دراية وإدراك تام أنه يفعل ذلك لمصلحته الشخصية وعلى حساب الغير بدون وجه حق، وهو ما يعنى بالضرورة توافر نية الإضرار لديه. وترتيباً على ما تقدم، فما نعتده صواباً . من وجهة نظرنا . هو اعتبار الخطأ المكسب، خطأ عمدياً أو تدليسيا حسب ما إذا تحقق في المجال التقصيري أو في المجال العقدي، مع زيادة أنه يحقق منفعة أو ربح لفاعله وهي ما تمثل خصوصية له على الخطأ العمد العادي .

ويترتب على اعتبار الخطأ المكسب خطأ عمدياً أن يخضع لنفس الآثار القانونية المترتبة على هذا الأخير<sup>(1)</sup>، وأهمها أنه لا يجوز التأمين من المسؤولية عنه لا في مصر ولا في فرنسا، وأنه في حال اشتراك خطأ الفاعل وخطأ المضرور، فإذا كان خطأ هذا الأخير غير عمد، فإن خطأ الفاعل يجب عليه ويتحمل وحده بالمسؤولية<sup>(2)</sup>، أما إذا كان كل من الخطأين عمداً أو غير عمدى فتوزع المسؤولية بالتساوي بينهما. وأخيراً، فقد جرت المحاكم على التشدد في تقدير التعويض في حالة الخطأ العمد أكثر منه في حالة الخطأ غير العمدي .

وبعد أن عرفنا الخطأ المكسب، وبيننا عناصره ، وحددنا موضعه بين مجموعة الأخطاء ، فإننا سنحاول الكشف عن بعض المجالات التي يظهر فيها.

## كلية الحموو

"La faute lucrative peut, le plus souvent, être qualifiée de faute dolosive, de faute lourde ou de faute inexcusable, ce qui n'est pas sans conséquence sur l'action en justice des victimes".

(1) لمزيد من التفاصيل حول الآثار المترتبة على التفرقة بين خطأ العمد وخطأ الإهمال، راجع: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - ج 2 - في الالتزامات، المجلد الثاني في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، في الأحكام العامة، المرجع السابق، فقرة 98 من ص 256 إلى ص 259؛ د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 548 وما بعدها.

(2) G.VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les condition de la responsabilité*, 3 éd, LGDJ, 2006, no,602 et 602-1, pp. 624 et 625.

نقض مدني جلسة 1980/5/22 - الطعن رقم 247 لسنة 44 ق.

### المطلب الثالث

#### بعض تطبيقات الخطأ المكسب

تقسيم:

25. توجد الأخطاء المربحة أو المكسبة منتشرة في معظم فروع القانون الخاص، وبانت تمثل ظاهرة ومثالاً على عدم قدرة القانون على أداء وظيفته في تنظيم وضبط سلوك الأفراد في المجتمع، على الرغم من توقيع الجزاء على مرتكب هذا النوع من الأخطاء<sup>(1)</sup>.

ونظراً لتشعب تلك الأخطاء وتغلغلها في مجالات قانونية عديدة، نرى من المناسب، أن نعرض لأهم هذه المجالات في فرعين متتاليين، نتناول في أولهما الخطأ المكسب في المجال التصيري، ونخصص ثانيهما للخطأ المكسب في المجال العقدي.

#### الفرع الأول

##### الخطأ المكسب في المجال التصيري

26. يعد المجال التصيري الأرض الخصبة التي تترعرع فيها الأخطاء المكسبة، ولا سيما في نطاق الاعتداء على حقوق الشخصية، وفي مجال قانون الملكية الفكرية، وقانون المنافسة غير المشروعة أو المنافسة التطفلية. وسنخص كل مجال بشيء من التفصيل على النحو التالي:

##### الفصل الأول

##### الاعتداء على الحقوق الملازمة للشخصية

27. يقصد بالحقوق الملازمة للشخصية أو بحقوق الشخصية، مجموعة الحقوق التي تحمي الكيان المادي والأدبي للشخص في مواجهة الاعتداءات التي

(1) V. en ce sens, D.CALCIU, *op. cit.*, p. 9.

تقع له من قبل الغير<sup>(1)</sup>. وينضوى تحت هذه الطائفة من الحقوق، أنواع كثيرة من الحقوق، منها الحق في حرمة الحياة الخاصة، والحق في الصورة، والحق في السمعة والشرف والاعتبار، والحق في النسيان، وغيرها من الحقوق الأخرى.

وأهم الحقوق اللصيقة بالشخصية التي يترتب على الاعتداء عليها تحقيق المعتدى لأرباح أو مزايا من جراء اعتدائه، الحق في حرمة الحياة الخاصة، والحق في الصورة<sup>(2)</sup>، فضلا عن الاعتداء الواقع على البيانات الشخصية، من قبل وسائل الإعلام، أو من خلال مواقع الإنترنت.

فقد تلجأ بعض الصحف في سبيل الحصول على مكاسب مادية كبيرة إلى تعمد نشر معلومات غير صحيحة عن مشاهير المجتمع من قادة الفكر والرأى والفن والرياضة، أو اختلاق قصص وحكايات غير صحيحة عنهم، أو نشر تفاصيل حياتهم الخاصة مصحوبة أو غير مصحوبة بالصور الفوتوغرافية، وذلك بأسلوب يثير فضول الجمهور على نحو يجذبه إلى شراء تلك الصحف، التي يطلق عليها الصحافة الصفراء أو صحافة "صناعة الفضائح".

ولتأكيد ذلك، نسوق وقائع إحدى القضايا التي تتعلق بقيام مجلة فرنسية في أغسطس 2002 بنشر صورة فوتوغرافية لزوجين على صدر صفحتها الأولى مصحوبة بعنوان "السيدة وزوجها: الانفصال المروع". وهذا العنوان يجعل القارئ يعتقد للوهلة الأولى أن ثمة انفصال في الحياة الزوجية قد حدث بين الزوجين، ولكن عند قراءة محتوى المقال يظهر الأمر على خلاف ذلك، حيث كان الأمر يتعلق بمشاكل مهنية تصادف الزوجين. والحال كذلك، فقد ترتب على صياغة الخبر على

(1) Alain ANZIANI et Laurent BETEILLE, *Rapport d'information*, préc. P. 81.

وللتمييز بين هذه الحقوق والحقوق الطبيعية أو حقوق الإنسان، راجع: د. محمد شكرى سرور، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، 1996، ص 41-43: ولمزيد من التفاصيل حول هذه الحقوق، راجع: د. على حسين نجيدة، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، دون ناشر، 1999/1998، من ص 40 إلى ص 49؛ د. يحيى صقر أحمد صقر، حماية حقوق الشخصية في إطار المسؤولية التقصيرية، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة، 2006.

(2) V. Th. GARE, *Le droit des personnes*, Dalloz, 1998, pp. 75-91.

ولمزيد من التفاصيل حول الاعتداء على هذا الحق لأغراض مختلفة، راجع: د. سعيد جبر، الحق في الصورة، دار النهضة العربية، 1986.

نحو يسترعى الانتباه، ويثير الفضول زيادة عدد النسخ المباعة من هذه المجلة على نحو كبير للغاية، وهو ما يترجم في صورة أرباح عادت على المجلة<sup>(1)</sup>. وقد عبر المحامي العام الأول الأستاذ Lindon عن كيفية ظهور الخطأ المريح هنا بقوله، بمناسبة تعليقه على أحد الأحكام القضائية<sup>(2)</sup> "إن بعض مديري تحرير الصحف في فرنسا، قبل القيام بنشر وقائع الحياة الخاصة لأحد الأفراد أو نشر صورته دون إذنه، يقوم باستشارة محامي الصحيفة ليعرف منه قيمة التعويض الذي قد يحكم به على الصحيفة في حالة النشر، ثم يقارن بين مبلغ التعويض والكسب الذي سيعود على الصحيفة بسبب نشر هذه المعلومات، فإذا ما وجد أن العملية مربحة بالنسبة للصحيفة قام بالنشر غير مكترث بالتعويض طالما أن التعويض لا يشمل ما عاد على الصحيفة من كسب".

ومن ناحية أخرى، يقع الاعتداء على الحقوق الملازمة للشخصية، في جانب آخر أو مظهر آخر يتمثل في الاعتداء على البيانات الشخصية، أو البيانات ذات الطابع الشخصي من قبل وسطاء شبكة الإنترنت، ويقصد بها كل معلومة متعلقة بشخص طبيعى معين أو قابل للتعين بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، ولاسيما بالرجوع إلى رقم تحديد الهوية أو إلى عنصر أو أكثر من العناصر المحددة الخاصة بالهوية الجسدية أو الفسيولوجية أو العقلية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية<sup>(3)</sup>.

فهذه البيانات الشخصية تمثل بالنسبة للكثير من المشروعات أو الشركات

(1) V. G. DE MONCUIT, *La faute lucrative, Mémoire préc.*, p.38 et s.

(2) CA Paris, 13 fév. 1971 (arrêt BELMONDO), *JCP* 1971, 16774. "Il est des directeurs de publications spécialisées dans la révélation des secrets d'alcôve, qui, avant de publier une indiscrétion ou une photographie dont ils savent qu'elle leur vaudra un procès ou une condamnation consultent leur avocat sur le montant probable de cette dernier et qui après avoir comparé cette évaluation à leur chiffre d'affaires, prennent allègrement la responsabilité d'encourir leur foudres quelques peu mouillées de la justice".

(3) راجع: د. عبدالهادى فوزى العوضى، الحق في الدخول في طي النسيان على شبكة الإنترنت، دراسة قانونية تطبيقية مقارنة، دار النهضة العربية، 2014، ص 97 وما بعدها.

التجارية التي تعمل على شبكة الإنترنت، "منجما" من الذهب يدر عليها أرباحا ضخمة دون أن يكلفها شيئا يذكر. فهذه الشركات تقوم بتجميع البيانات الشخصية لمستخدمي الإنترنت بدون علمهم، ودون رضاهم من جانبهم، وذلك عن طريق تقنية "الكوكيز"، ثم تستخدمها بعد ذلك لأغراض الدعاية التجارية، أو تقوم ببيعها إلى شركات أخرى تعمل في نفس المجال أو في مجال نشاط آخر<sup>(1)</sup>.

وقد نص المشرع الفرنسي في المادة التاسعة من التقنين المدني<sup>(2)</sup> والمشرع المصري في المادة 50 من التقنين المدني<sup>(3)</sup> على حق كل شخص يقع له اعتداء على حرمة حياته الخاصة أو حق من حقوقه الملازمة لشخصيته، أن يطلب من القضاء وقف هذا الاعتداء مع المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى.

وهكذا يحق لمن وقع له اعتداء على حرمة حياته الخاصة أو صورته، أن يرفع دعوى للمطالبة بالتعويض. وهنا تظهر مشكلة الخطأ المكسب، حيث إن

(1) راجع في هذا المعنى: د. سامح عبدالواحد التهامي، الحماية القانونية للبيانات الشخصية، دراسة في القانون الفرنسي، مجلة الحقوق - الكويت - القسم الأول، العدد 3 سنة 2011، من ص 375 إلى ص 434، العدد 4 سنة 2011، من ص 219 إلى ص 284، وبصفة خاصة ص 397 وما بعدها، حيث أشار إلى العديد من صور الاعتداء على البيانات الشخصية، نذكر منها جمع البيانات، وتصنيفها، والتعامل عليها والإتجار فيها.. الخ.

(2) حيث نصت المادة 9 من التقنين المدني على أنه: "لكل شخص حق في احترام حياته الخاصة، وللقضاء، دون مساس بحق الشخص في تعويض ما يصيبه من ضرر، أن يتخذ كافة الإجراءات مثل الحراسة والحجز، وغيرها من الإجراءات لمنع أو وقف أي مساس بألفة الحياة الخاصة، ويستطيع أن يأمر قاضي الاستعجال بهذه الإجراءات متى توافر شرط الاستعجال". راجع تاريخ النص:

Créé par Loi 1803-03-08 promulguée le 18 mars 1803, Modifié par Loi 1927-08-10 art. 13, Modifié par Loi n°70-643 du 17 juillet 1970 - art. 22 JORF 19 juillet 1970, Modifié par Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 - art. 1 JORF 30 juillet 1994 .et sur cette question v. aussi. Th. GARE, *op. cit.*, p.76 et s.

كما جعل المشرع الفرنسي من الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة جريمة معاقبا عليها جنائيا حيث تقضى المادة المعدلة (368) على أن ( يُعاقب بالحبس من شهر حتى سنة وغرامة من 2000 حتى 6000 فرنك أو إحدى هاتين العقوبتين كل من يوقع الاعتداء على ألفة الحياة الخاصة للغير)

(3) حيث تقضى بأنه: "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر".

القاضي لن يحكم سوى بتعويض الضرر ولا شيء غير الضرر؛ أي لن يعتد بما عاد على وسائل الإعلام من ربح بسبب الاعتداء. والحال كذلك فهذه الوسائل الإعلامية، أو مواقع الإنترنت، لن تتوقف عن الاعتداء لأن الفعل مريح بالنسبة لها؛ ذلك أن التعويض سيؤدي إلى مجرد تخفيض الأرباح التي تحصل عليها مع الإبقاء على ثمرة عدوانها<sup>(1)</sup>. بعبارة أخرى لن تتوقف هذه الوسائل عن ممارستها التطفلية، على الرغم من الحكم عليها بالتعويض، لأن ما تحققه من أرباح يفوق بكثير ما يقضى عليها به من تعويض، ومن ثم تستمر في ارتكاب هذه الأخطاء طالما أنها تدر أكثر مما تكلف".

يؤكد ذلك ولا شك أن الشخص العادي المعنى بالبيانات لا يعلم. في غالب الأحيان. باستغلال الشركات التجارية لبياناته، وحتى ولو علم بذلك، فقد لا يتحرك لإقامة دعوى أمام القضاء للمطالبة بوقف الاعتداء والمطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى، لأنه قد لا يرى في ما تفعله الشركة ما يسبب له ضرراً، وقد لا يعرف الشركة المسؤولة عن الضرر حتى يقيم عليها الدعوى، فضلاً عن ذلك فإن التعويض على فرض نجاح دعواه قد لا يكون مجدياً من الناحية العملية. ولذلك فهذه الشركات تراهن على عدم تحرك الشخص، وحتى ولو تحرك فقد حققت أرباحاً طائلة من جمع واستغلال معلومات طائلة عن ملايين الأشخاص ممن يقومون بالتجول على الشبكة، وهذه الأرباح تعد غير مشروعة، وهذا ما يؤدي في النهاية إلى أن انتهاك قواعد القانون قد حقق لهذه الشركات أرباحاً تفوق ما قد يقضى عليها به من تعويض على فرض أن المخالفة ضبطت وتم إدانتها قضائياً.

مما سبق يتضح لنا أن المساس بحقوق الشخصية سواء من قبل وسائل الإعلام أو على شبكة الإنترنت ينجم عنه أضرار بالغة الفداحة بضحية الاعتداء لا يفلح التعويض العادي في إصلاحها أو جبرها<sup>(2)</sup>. ولكن الاعتراف بفكرة الخطأ

(1) د. مصطفى أحمد عبدالجواد حجازي، الحياة الخاصة ومسئولية الصحفي، دراسة فقهية قضائية مقارنة، في القانونين المصري والفرنسي، دار الفكر العربي، 2001/2000، ص 260.

(2) J. RAVANAS, La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, *Bibl. dr. privé*, T. CLIII, préface de Pierre

المكسب<sup>(1)</sup> من شأنها أن تحسن من تعويض المضرورين فى هذا المجال. وهذا ما يتأكد من خلال حكم محكمة استئناف فرساي الصادر فى 8 فبراير سنة 2001، حيث جاء فيه أن: "وجود الصورة على غلاف المجلة، وتبعاً لذلك مشاهدتها من قبل قطاع عريض من قرائها، هو أمر من شأنه أن يفاقم الضرر ويضخمه". وكلما كان الضرر فاحشاً بالنسبة للمضرور، كلما كان الكسب أو الربح متعاضماً بالنسبة للمجلة أو الجريدة أو الوسيلة الإعلامية.

## الفصل الثانى

### الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية

28. يعد الاعتداء على الملكية الفكرية من أهم المجالات التى تكثرت فيها الأخطاء المكسبة. وستأكد هذه الحقيقة من خلال التعرض لبعض الأمثلة بخصوص الاعتداء على العلامة التجارية أو براءة الاختراع، وكذلك قرصنة برامج الحاسب الآلى:

#### أولاً - الاعتداء على العلامات التجارية أو براءات الاختراع:

29. قد يتمثل الخطأ المكسب فى استفادة المخطئ دون وجه حق من شهرة علامة تجارية أو تسمية معينة أو استغلال براءة اختراع مملوكة للغير. فى هذه

*KAYSE, L.G.D.J. 1978. spéc. P. 370; A. BERTRAND, Droit à la vie privée et droit à l'image, Litec, 1999, no 424, P. 199.*

ومع ذلك، يشير المؤلف - فى نفس الموضوع - إلى بروز توجه قضائى نحو زيادة مبالغ التعويض المقضى بها نتيجة اعتداءات الصحافة على حرمة الحياة الخاصة للمشاهير على نحو مبالغ فيه، لدرجة يبدو معها أن التعويض يتراجع عن وظيفته الإصلاحية ويتحول إلى كونه عقوبة خاصة.

(1) V. en ce sens, F. GRAS, « L'indemnisation des atteintes à la vie privée », *Legicom*, no 20, 1999, pp. 21-25.

وليس يسوغ القول هنا إن التعويض يودى وظيفة إصلاحية بصفة أساسية، أى يهدف إلى إعادة المضرور إلى سابق حالته قبل حصول الضرر، لأن هذا الأمر يبدو مستحيلًا من الناحية العملية، وإنما يودى أيضا وظيفة عقابية وردعية، بمعنى أنه يستهدف معاقبة الصحف أو المواقع الإلكترونية التى انتهكت حقوق الشخص المرتبطة بشخصيته، وزجر غيرها من أن تسلك نفس مسلكها فى المستقبل.

الحالة عندما تقوم المسؤولية المدنية للمعتدى، فإن يلتزم بتعويض المضرور على قدر الضرر الذى أصابه، والذى عادة ما يكون قليلاً بالمقارنة بالأرباح التى يتحصل عليها المعتدى.

وهكذا لو افترضنا . كما قال أحد الفقهاء<sup>(1)</sup> . أن شركة تعمل فى مجال مستحضرات التجميل، ووقعت ضحية لاستغلال علامتها التجارية. فإن القضاء يحكم لها بالتعويض المعادل للضرر، ولأجل ذلك فإنه يبحث فى أثر تحقير العلامة التجارية وفقدان الصورة الذهنية على حجم مبيعات الشركة، وكذلك تخفيض أسعار المنتجات التى تحمل العلامة المقلدة، وما يترتب عليه من خسارة حصة فى السوق، وزيادة نفقات الدعاية والإعلان، وحجم مبيعات المعتدى على العلامة التجارية.

وليس من شك فى أنه من العسير على المضرور أن يثبت علاقة سببية بين أفعال التقليد والحط من قيمة العلامة التجارية، وذلك بسبب تعدد العناصر الخارجية، وكذلك الطابع غير المادى للعنصر الذى أصابه الانخفاض فى القيمة.

كذلك فإن تحديد الكسب الفائت على حسب الكفاءة الاقتصادية للشركة الضحية هو أيضا أمر تكتنفه العديد من الصعوبات. إذ ينبغى على القاضى أن يراعى عدة عناصر، منها القدرة الإنتاجية الفعلية للشركة. فمن الممكن فى بعض الأحوال أن لا يمتلك الضحية الوسائل اللازمة لإنتاج الكميات التى صرفها المتعدى. وكذلك هناك مستوى اتساع الطلب بالنسبة لسعر البيع. فالكمية المقلدة تتناسب مع منتج ذى درجة جودة متدنية وبسعر منخفض نوعا ما عن المنتج الأصيل. ولكى نحدد المستوى الفعلى للبيع المفقود، فمن المناسب أن نقدر مدى حساسية الطلب لمستوى السعر الممارس. كذلك يجب أن يؤخذ فى الاعتبار الظروف المالية، والوضع القانونى للشركة الضحية، وأيضا حجم شبكة التوزيع التابعة لها، والوجود المحتمل لمنتجات بديلة للمنتج المقلد فى السوق.

(1) M. QUANICHE, "Renforcement du dispositif législatif dans l'évaluation du préjudice en cas de contrefaçon", JCP éd. E., etu. 1194, 2014, n0 15 – 10 Avril 2014, PP. 44- 46.



كل تلك الصعوبات التي تواجه القاضى فى سبيل تقدير التعويض تفضى بالضرورة إلى أن يحقق المسئول عن الاعتداء على العلامة التجارية أرباحا تفوق بكثير التعويض الذى حكم عليه بدفعه للمضروور. وهكذا ففى القضية الشهيرة المعروفة تحت اسم Champagne، تباهى من حكم عليهم فى هذه القضية بسبب تصرفات تطفلية لتسويقهم لعطر يحمل اسم مشهور Boisson، بأنهم وإن خسروا معركتهم القانونية فقد كسبوا من الناحية الاقتصادية، بعبارة أخرى فلئن خسروا دعواهم على المستوى القانونى فقد كسبوا من الناحية الاقتصادية، طالما أن الربح الذى حققوه يتجاوز بكثير التعويض الذى حكم عليهم به<sup>(1)</sup>.

وفى قضية أخرى تتعلق أيضاً بتقليد علامة تجارية، حيث ترتب على استغلال العلامة المقلدة تسجيل خسائر بلغت حوالى 832 ألف يورو، والتي لا تعود فى مجملها إلى استغلال العلامة المقلدة، فقد حكم بتعويض مقداره 100 ألف يورو، وهو على ما يبدو مبلغ تافه بالمقارنة مع الخسائر التى منى بها صاحب العلامة التجارية ضحية التقليد<sup>(2)</sup>.

ومثال على ذلك، نسوق الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس فى 13 يونيه 2003<sup>(3)</sup>، وكانت وقائع القضية تتعلق باستعمال براءة اختراع بدون إذن صاحبها، حيث اعترف قضاة الموضوع بأن مالك البراءة كانت لدية المقدرة على التصنيع، ومع ذلك لم تأخذ فى الاعتبار الخسائر إلا بنسبة حوالى 30% من مجموع المنتجات المقلدة على سند من أنه: "من غير المؤكد أن عملاء شركة Minco تحولوا نحو المقلد"، وهكذا حدد القضاة حد ربح صاحب البراءة بحوالى

(1) V. D. FASQUELLE, «Exposé introductif sur la concurrence déloyale : Amendes civiles ou dommages punitifs», p. 10. disponible sur le site <http://www.creda.ccip.fr>

(2) TGI Paris, 20 juin 2008, D., 2009, pan. P. 696.

(3) CA Paris, 4e ch., 13 juin 2003, PIBD 2003. 775. III.563 et J.-P. MARTIN, « Les dommages-intérêts de contrefaçon de brevets d'invention et la directive européenne du 9 mars 2004, *Revue du droit de la propriété industrielle*, mai 2004, cite par G. DE MONCUI, LA FAUTE LUCRATIVE, MÉMOIRE PRÉC., , op. cit. p. 25.

26.47% التي ادعاها المقلد وليس 34.93% التي حددها الخبير. والنتيجة التي ترتبت على ذلك أنه بعد عشر سنوات من إجراءات التقاضى ومصاريف قضائية قدرت بحوالى 200 ألف يورو، فإن الحكم يترك للمقلد جزء كبيراً من الأرباح التي عادت عليه من استعمال براءة الاختراع على نحو غير مشروع.

### ثانياً - قرصنة برامج الحاسب الآلى:

30. إن قرصنة البرمجيات المعلوماتية يشكل خطأ مريباً بالنسبة للمسئول<sup>(1)</sup>. فمن المعلوم أن البرنامج يتم تصميمه أو تطويره بناء على طلب أحد العملاء للوفاء بحاجاته الشخصية أو المهنية، وذلك مقابل مبالغ طائلة. وبمجرد أن ينتهى المبرمج من تطوير البرنامج وي طرحه للتداول، يتعرض للعديد من الاعتداءات التي تشكل فى نفس الوقت انتهاكاً لحقوق المبرمج باعتباره مؤلفاً، منها نسخ البرنامج بتعمد وتبصر دون إذن من صاحب الحقوق عليه والإتجار فيه، أو استعماله لأغراض شخصية أو مهنية، وكذلك تعديله. وهذه الأفعال تشكل جريمة التقليد المنصوص عليها فى قانون حق المؤلف الفرنسى والمصرى، ومن ثم يعاقب عليها جنائياً، ومدنياً. ولكن الحكم لا يكون دائماً ردعياً للمخيط، ومن ثم يستمر فى ارتكاب أفعال التقليد.

وتفسير ذلك يتأتى من التطبيق الدقيق والصارم لمبدأ الجبر الكامل للضرر، دون أى تأثير بالمنافع التي عادت على المسئول من الاعتداء على البرنامج، وهذا ما يشجع على تقليد البرامج، لأن التعويض المقضى به يكون حتماً أقل بكثير من المكاسب التي عادت على المسئول، بعبارة أخرى، إن عدم قدرة التعويض الإصلاحي على تحقيق وظيفة الردع يجعل المسئول لا يفكر فى التوقف عن الاعتداء، وهو ما يشكل خطأ مريباً مستمراً ومصرراً على تحدى القانون، لاسيما فى ظل التطورات التكنولوجية التي يشهدها عصرنا الحديث.

(1) V. Fanny VERON, « Une illustration de la faute lucrative : le « piratage » de logiciels », 08 Mars 2006, accessible sur : [www.lemondedudroit.fr](http://www.lemondedudroit.fr) ; V. aussi. G. DE MONCUIT, *La faute lucrative, Mémoire préc.*, pp.26 et ss.

### الغصن الثالث

#### في قانون المنافسة غير المشروعة

31- تقوم دعوى المسؤولية المدنية عن أعمال المنافسة غير المشروعة، في كل من فرنسا ومصر، على نفس مبادئ دعوى المسؤولية المدنية المؤسسة على المواد 1382، 1383 من التقنين المدني الفرنسي، والمادة 163 من التقنين المدني المصري. وهذه الدعوى تنهض على ثلاثة أركان أساسية هي الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية التي تربط بينهما<sup>(1)</sup>.

وفي حقيقة الأمر، فإن إثبات اجتماع هذه الأركان الثلاثة لمباشرة المضرور من أعمال المنافسة غير المشروعة لدعوى المسؤولية المدنية، سواء أكان شخصا عاديا أم مؤسسة تجارية، هو أمر معقد وبالغ الصعوبة، لا سيما عنصر الضرر، ورابطة السببية<sup>(2)</sup>.

فالضرر في مجال المنافسة غير المشروعة هو أمر يصعب تقييمه بمبلغ من النقود. فهو يتشكل من خلال خسارة عنصر العملاء، كما أن القضاء يقبل الدعوى بسبب المساس بصورة العلامة وتحجيرها في نظر العملاء، وكذلك أيضاً الاضطراب الاقتصادي داخل منشأة المضرور. فهنا يعتبر الضرر مفترضاً، ومن ثم تقوم رابطة السببية<sup>(3)</sup>.

1 ( ) نقض مدني جلسة 14/6/1956 الطعن رقم 436 لسنة 22 مكتب فني 07 صفحة رقم 723 ؛  
نقض مدني جلسة 1959-06-25- الطعن رقم 0062 لسنة 25 مكتب فني 10 صفحة رقم  
505 ؛ نقض مدني جلسة 1986/12/22- الطعن رقم 2274 لسنة 55 مكتب فني 37 صفحة  
رقم 1016

(2) لمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة، راجع:

B.LEHAIRE, *L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles, pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droits français et canadien*, Thèse en cotutelle Université Laval Québec, Canada et Université de La Rochelle France, 2014. pp. 239 et ss.

(3) Suzanne CARVAL, « La réparation du dommage concurrentiel dans le droit français de la responsabilité : le point de vue d'un civiliste », *Concurrence* No 2- 2014, pp. 52-59, spéc., 54.

وقد تتمثل المنافسة غير المشروعة في استفادة المنافس من تحييد منافس آخر من السوق، أو استغلال وضعه المسيطر على نحو غير مشروع<sup>(1)</sup>. والقضية المعروفة Ecosystem c/Peugeot، تعبر على نحو جلي عن هذه الصورة. ففي هذه القضية كانت Ecosystem تعمل وكيلاً يشتري باسم ولحساب أشخاص عاديين للسيارات الجديدة من ماركة Peugeot، من خلال وكيل (صاحب امتياز) مقيم في بلجيكا وهولندا. ونظراً لاستياء وعدم رضى شركة بيجو عن هذه المنافسة الجديدة، فقد أصدرت تعليمات لوكالاتها البلجيكيين والهولنديين بعدم تزويد شركة Ecosystem بعد ذلك بالسيارات. قامت هذه الشركة الأخيرة بتقديم طلب إلى اللجنة استناداً إلى انتهاك شركة "بيجو" للقانون الأوروبي للمنافسة. حكمت اللجنة لصالح Ecosystem وأمرت Peugeot على نحو مؤقت وبعد ذلك في الموضوع بعدم وضع عقبات وعراقيل أمام ممارسة Ecosystem لنشاطها في استيراد السيارات. ولما لم ترض "بيجو" عن قرار اللجنة الصادر ضدها، فقد طعنت عليه، ولكن طعنها لم يقبل.

وفي 22 إبريل سنة 1993، قامت Ecosystem برفع دعوى تعويض ضد شركة "بيجو" أمام محكمة التجارة في باريس. وقد قضت هذه المحكمة بحكمها الصادر في 22 أكتوبر سنة 1996 أن المخالفة التي ارتكبتها شركة "بيجو"، والثابتة في قرار اللجنة الأوروبية، تشكل خطأ في معنى المادة 1382 من التقنين المدني الفرنسي. وتبعاً لذلك قضت بالتعويض لصالح Ecosystem، بيد أن مبلغ التعويض المقضى به كان قليلاً عما توقعته Ecosystem، ولم يكن يتناسب مع الأضرار التي لحقت بها. أية ذلك أن الشركة المدعية قامت بوقف نشاطها نهائياً بعد فترة وجيزة من الحكم في الدعوى، وهو ما جعل الفقه يرى في خطأ شركة بيجو خطأ مربحاً؛ لأن التعويض كان من جهة قليلاً، ومن جهة أخرى، فقد استتبع إزالة منافس من السوق وهو ما يصب في النهاية في مصلحة شركة "بيجو" التي انفردت

(1) لمزيد من التفاصيل حول تصرفات المشروع المسيطر المجسدة للإساءة، راجع. د. سامي عبدالباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية، القانون رقم 3 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية 2005. وعلى وجه الخصوص من فقرة 77 إلى فقرة 86، من ص 163 إلى ص 196.

وحدها بالسوق الفرنسي.

على أية حال عندما تتحقق المسؤولية المدنية للمنافس، فإن القضاء يطبق مبدأ التعويض الكامل للأضرار التي أصابت المضرور، وهنا ولصعوبة تقييم الضرر فإن القاضي يحكم بمبلغ تحكمي سيكون أقل بكثير من الضرر الواقع فعلاً، وهو ما يبخس تعويض المضرور ويشكل كسباً للمنافس عاد عليه بدون وجه حق، وتبعاً لذلك يشجع على الأخطاء المكسبة<sup>(1)</sup>.

### الفصل الرابع

#### في قانون البيئة

32. قد لا تتخذ بعض الشركات الاحتياطات الضرورية واللازمة لمنع وقوع الكوارث البيئية، كالشركات التي تقوم بصرف مخلفات مصانعها في الأنهار، وشركات البترول التي قد تلوث البيئة نتيجة تنظيف سفنها في البحار وليس في الموانئ المعدة لذلك لتقليل التكلفة المالية. هذه الممارسات تسبب أضراراً فادحة لأشخاص لا تربطهم بالشركة رابطة عقدية، كالصيادين، ومن يقيمون على الشاطئ، ومع ذلك فقد أصابهم الضرر من جراء أنشطة الشركة، هؤلاء المضرورين قلما يفكرون في اقتضاء حقهم في التعويض عن الضرر الذي ألم بهم، إما جهلهم بذلك، أو لعدم جدوى المطالبة القضائية، في حين أن الشركة تجني أرباحاً طائلة على نحو غير مشروع بسبب أنشطتها الضارة بالبيئة وبمن يعيش في هذه البيئة<sup>(2)</sup>.

(1) V. DE MONCUIT (Godefroy), «La faute lucrative en droit de la concurrence : un parasite économique », *art. préc.*, no 10, p. 18.

(2) H. BOUTHINON-DUMAS, *art. préc.* P. 152.

ويمكن أن نشير هنا إلى القضية المشهورة في الولايات المتحدة الأمريكية، والخاصة بغرق ناقلة البترول العملاقة، مخلفة وراءها حوالي 40 ألف طن من البترول مسببة بقعة سوداء بطول مئات الكيلومترات في الاسكا، وقد حكمت عليها المحكمة العليا الأمريكية في 25 يونيو 2008 بمبلغ 507 ونصف مليون دولار، معدلة بذلك حكم محكمة الاستئناف والذي قضى بغرامة بحوالي 2.5 مليار دولار، راجع:

W. MASTOR, “Responsabilité environnementale et dommages et intérêts punitifs”, *Constitutions*, 2010, pp. 1444-1445.

لا يقتصر نطاق تطبيق فكرة الخطأ المكسب على الدائرة التقصيرية، بل يمتد أيضا ليشمل الدائرة العقدية سواء أكان منشأ الخطأ عدم إبرام العقد أم عدم تنفيذه.

## الفرع الثاني

### الخطأ المكسب في المجال التعاقدى

#### الفصل الأول

#### فسخ العقد بالإرادة المنفردة

33. الأصل في العقود الملزمة للجانبين أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القضاء فسخ العقد، وهذا ما قرره المادة 1184 من التقنين المدنى الفرنسى والمادة 157 من القانون المدنى المصرى<sup>(1)</sup>. بيد أنه فى السنوات الأخيرة برز توجه قضائى تقوده محكمة النقض الفرنسية<sup>(2)</sup>

(1) راجع النص فى لغته الأصلية :

*“La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances ».*

أما النص المصرى فيجرى على النحو التالى: " (1) فى العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتضى".

- (2) Cass. civ. 1er , 13 oct. 1998, n° 96-21.485, Bull. civ. 1998, I, n° 300 ; D. 1999, n° 197, note C. Jamin, au visa de l'art. 1184, « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non ». V. également, Cas. civ. 1er , 20 fév. 2001, n° 99-15.170, Bull. civ. 2001, I, n° 40 .

ويؤيده جانب كبير من الفقه الفرنسي وبعض الفقه المصري<sup>(1)</sup> وتتبناه بعض التشريعات الحديثة<sup>(2)</sup>، يرى أنه يسوغ لأي طرف أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة، سواء أكان محدد المدة أم غير محدد المدة، إذا أخل الطرف الآخر بأحد التزاماته الرئيسية إخلالاً يتسم بقدر كاف من الجسامة، أو في حالة الضرورة أو الاستعجال *En cas d'urgence*، شريطة أن يوجه إذاراً للمتعاقد الآخر وأن يترك له مهلة معقولة لتنفيذ التزامه، وكذلك إخطاره بقرار الفسخ، وأن يكون هذا القرار مسبباً. وهذا الفسخ يقع في فروض استثنائية<sup>(3)</sup> يخشى منها على الدائن أن تنزل به أضراراً فادحة.

ولما كان هذا الفسخ يقع دون رقابة من القضاء، فإنه يقع على مسؤولية الدائن. ومن ثم فإن المتعاقد المتضرر الذي يرى أن الفسخ قد وقع بغير سبب مبرر، أو أن الطرف الآخر الذي فسخ العقد لم يحترم الشروط الإجرائية، فعليه هو أن يلجأ إلى القضاء، فإذا تبين للقاضي أن الفسخ لم يكن له ما يبرره من جسامة مسلك المدين، فإن الجزاء الذي يمكن أن يوقع علي من قام بفسخ العقد هو التعويض الإصلاحي. وهذا الجزاء يفتقد إلى الفعالية التي تجبر المتعاقد على احترام التزاماته العقدية، طالما أن معرفة الجزاء وتوقعه مسبقاً يدفعه إلى التحلل من

(1) Soraya AMRANI-MEKKI, "La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée", *Les petites Affiches*, 13 aout 2002, no 161, p. 4 et ss ; Van DAI DO et Marie CHANG, « La résolution unilatérale du contrat en droit français : vers une harmonisation au sein de la Cour de cassation », *Les petites Affiches*, 9 avril 2004, no 72, p. 3 et ss.

وفي الفقه المصري، راجع: د. محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول 2010، ص 59-287.

(2) سواء كانت تلك التشريعات تنتمي إلى الشرائع الانجلو أمريكية، كالقانون الإنجليزي والأمريكي، أو كانت تنتمي إلى الشرائع الجرمانية كالقانون المدني الألماني (م. 3/323)، أو كانت تتبع الشريعة اللاتينية، كالقانون المدني الإيطالي، والقانون المدني الجديد لمقاطعة كيبك (م. 1605)، كما قررته أيضا قواعد المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، لمزيد من التفاصيل حول تقرير الفسخ بالإرادة المنفردة في هذه التشريعات، راجع: د. محمد حسن قاسم، المقالة السابقة، من ص 65 إلى ص 68.

(3) عكس ذلك: د. محمد حسن قاسم، المقالة السابقة، ص 71، حيث يرى أن محكمة النقض تقرر مبدأ عاما جديداً.

التزاماته مقابل دفع التعويض ما دامت الاعتبارات الاقتصادية القائمة على حسابات الربح والخسارة تجعل له مصلحة في ذلك تفوق تلك التي يمكنه الحصول عليها من العقد<sup>(1)</sup>.

ويمكن أن نمثل لهذه الحالة، بتعاقد متجر مع إحدى شركات الأثاث على تصنيع عدد معين من الكراسي في موعد معين بمبلغ محدد، ولكن هذه الشركة تجد متعاقداً آخر يعرض عليها الاتفاق بمبلغ أكبر بكثير من مبلغ الاتفاق الأول. هنا إذا فسخت الشركة العقد بإرادتها المنفردة، وحكم عليها القاضى بالتعويض، فقد يكون ضئيلاً بالمقارنة بالأرباح التي تعود عليها من العقد الثانى، وهذا الوضع يجعلنا أمام ما يعرف بالإخلال الفاعل<sup>(2)</sup>، كما يشجع على ارتكاب الخطأ المربح<sup>(3)</sup>. وهكذا، يظهر لنا أن الفسخ المبسر للعقد *La résolution anticipée*، يعد تطبيقاً للخطأ المربح في المجال العقدي.

## الفصل الثانى

### الرجوع عن الوعد بالتعاقد

34. يعد الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد من المجالات التي تنتشر فيها الأخطاء المربحة أيضاً. فالوعد بالتعاقد ينهض على قيام أحد الأطراف بالتعهد للآخر بإبرام عقد معين في المستقبل، إذا أظهر الموعد له رغبته في التعاقد خلال مدة معينة. والمثال التقليدى للوعد بالتعاقد أن يريد صاحب مصنع شراء قطعة أرض مجاورة لمصنعه ولكن يعوزه المال الكافى لشرائها في الحال، فيحصل على وعد من صاحب الأرض على أن يبيعه إياها بثمن محدد، إذا أراد هو الشراء خلال مدة معينة.

(1) En ce sens, v. G. DE MONCUI, *La faute lucrative*, op. cit., p. 44 et s.

(2) B. RUDDEN et Ph. JUILHARD, « La théorie de la violation efficace », *RID comp.* Vol. 38 N°4, Octobre-décembre 1986. pp. 1015-1041, spéc. pp.1017-1023.

(3) راجع فى الخلاف الفقهي والقضائى حول مسألة الجزاء المترتب على الفسخ بالإرادة المنفردة غير المبرر، ما بين من يرى أن فى إمكان القاضى أن يحكم باستمرار العلاقة العقدية، وبين الحكم بالتعويض، د. محمد حسن قاسم، المقالة السابقة، ص 232، 233. حيث يؤكد على أن الحكم بالتعويض يودى إلى ظهور فكرة الخطأ المربح.



وقد نظم التقنين المدني المصري الوعد بالتعاقد في المادة 101 والتي تقضى بأن: "1-الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها. 2- وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاءه شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد". ومفاد هذا النص أن الوعد بالتعاقد هو في حقيقته عقد، ولكنه ليس العقد المنشود من الطرفين، وإنما هو وسيلة للوصول إلى العقد النهائي. وتبعاً لذلك، يلزم لقيامه توافر الأركان العامة للعقد، وهي الرضاء والمحل والسبب، فضلاً عن توافر شروط خاصة به، تتمثل في ضرورة أن يتضمن الوعد الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد الموعد بإبرامه، والمدة التي يلتزم الواعد بإبرام العقد خلالها إذا ما أعلن الموعد له رغبته في ذلك، وأن يجئ الوعد في الشكل الذي يستلزمه القانون لإبرام العقد الموعد به إذا كان من العقود الشكلية<sup>(1)</sup>.

أما المشرع الفرنسي، فلم ينظم الوعد بالتعاقد بوجه عام، ولكنه نظم الوعد بالبيع في المادة 1589 من التقنين المدني، والتي تنص على أن: "الوعد بالبيع هو بيع عندما يكون هناك رضاء متبادل من الطرفين على الشيء المبيع والثمن".

ولا خلاف على صحة الوعد بالتعاقد في القانون المصري والفرنسي، سواء تمثل في وعد بالبيع أو بالشراء أو وعد متبادل بالبيع والشراء. ولكن ما الأثر المترتب على هذا الوعد؟

يتمثل أثر الوعد، حالة قيامه صحيحاً، في وجوب التزام الواعد بالإبقاء على وعده المدة المحددة لممارسة الموعد له لحقه في الخيار. فإذا ما أظهر الموعد له رغبته في إبرام العقد الموعد به خلال المدة المحددة، وجب على الواعد أن يبر

(1) لمزيد من التفاصيل، راجع: د. عبدالفتاح عبدالباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، بدون ناشر، 1984، فقرة 80-83 ص 178 إلى 183؛ د. عبدالفتاح عبدالباقي، محاضرات في العقود، الجزء الثاني، عقد البيع، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر، ص 86 وما بعدها؛ د. عبدالرازق حسن فرج، عقد البيع، دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى 2003، من ص 88 إلى ص 92.

بوعده، إما إذا انقضت المدة دون أن يبدي الموعود له رغبته فى إبرام العقد  
النهائى، تحلل الواعد من وعده نهائياً.

فإذا أبدى الموعود له رغبته فى التعاقد فى خلال مدة الوعد، ونكل الواعد،  
كان للموعود له أن يلجأ إلى القضاء طالباً تنفيذ الوعد، فيحكم القاضى بإيقاع العقد  
الموعود به، ويقوم حكم القاضى، متى حاز قوة الأمر المقضى به مقام العقد. وهذا  
ما نصت عليه المادة 102 من القانون المدنى المصرى بقولها: «إذا وعد شخص  
بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة  
لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم متى حاز قوة الشيء  
المقضى به مقام العقد».

ومما تجدر ملاحظته أن الواعد يظل خلال مدة الوعد مالكا للشيء محل  
الوعد، ولا يكون للموعود له أى حق عينى عليه وترتيباً على ذلك تكون ثمار  
الشيء ومنتجاته للواعد، وإذا هلك فإنه يهلك على ملكه، أن يتصرف فيه بوصفه  
مالكا، فإذا فعل انتقلت الملكية إلى الغير، والفرض أن هذا الغير حسن النية وبادر  
إلى تسجيل عقده. ومن ثم فلن تكون ثمة جدوى عملية من اللجوء إلى القضاء،  
لأن التنفيذ القهرى لالتزام الواعد، عن طريق الحكم بإيقاع البيع وتسجيله لن ينقل  
الملكية لأنها أصبحت معقودة على رأس شخص آخر غير المالك. وعلى فرض أنه  
تمكن من التسجيل، فإنه فى حالة التنازع بين مشتريين من نفس المالك، فالمفاضلة  
بينهما تكون للأسبق فى التسجيل. بعبارة أخرى، نستطيع القول، إنه إذا تصرف  
الواعد فى الشيء محل الوعد فإنه يكون مخالفاً بالتزام بعمل يثير مسئوليته المدنية،  
ولا يكون للموعود له إلا أن يرجع عليه بالتعويض طبقاً للقواعد العامة فى  
المسئولية العقدية<sup>(1)</sup>.

وهذا هو الحال أيضاً فى فرنسا، حيث استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية  
منذ حكمها الشهير الصادر فى 15 ديسمبر 1993<sup>(2)</sup> على أن جزاء اخلال الواعد

(1) راجع: د. عبدالرازق حسن فرج، المرجع السابق، ص 92.

(2) Cass. civ. 3e, 15 déc. 1993, no 91-10.199, D., 1994, 507, note Benac-Schmidt; D. 1994, Somm. 230, obs., Tournafond; D. 1995, Somm., 87, obs. Anyes.

بتنفيذ التزامه بإتمام العقد الموعود به إذا أبدى الموعود له رغبته في ذلك خلال المدة المتفق عليها، هو التعويض الجابر، ثم أعادت التأكيد على هذا المبدأ بحكم لها في 11 مايو 2011<sup>(1)</sup>. وبرغم هذا القضاء، فلأطراف مطلق الحرية في تضمين الوعد بالبيع شرطاً مفاده أنه في حالة عدم تنفيذ الواعد لوعده، يكون للموعود له أن يطلب من القضاء ايقاع البيع جبراً عنه، فضلاً عن التعويض. ومع ذلك، فهذا الشرط يحتاج كما يرى البعض إلى عناية فائقة في الصياغة حتى يؤدي هذا المعنى، إذ ليس يكفي الاتفاق على أن الوعد نهائياً وبات أو أن الواعد ليس له الحق في الرجوع عن وعده<sup>(2)</sup>.

ومع ذلك فهناك اتجاه فقهي قوى ضد توجه محكمة النقض الفرنسية<sup>(3)</sup>، يرى ضرورة اجبار الواعد قضاء على اتمام عقد البيع. واستجابة لهذا الاتجاه فقد تضمن مشروع تعديل قانون العقود الفرنسي<sup>(4)</sup> نصاً يقضى بإجبار الواعد الذي يرجع عن وعده قبل أن تنتهي المدة المتفق عليها لإعلان الموعود له لرغبته في البيع، على انجاز البيع. ومع ذلك يرى بعض الفقه<sup>(5)</sup> أنه لو تمت الموافقة على

وقد رفضت المحكمة في هذه القضية طلب ايقاع البيع بطريقة جبرية، وجاء في أحد حيثيات حكمها ما نصه:

“Mais attend que M.Y... ayant rétracté sa promesse unilatérale de vente antérieurement à la levée d’option par le bénéficiaire, la cour d’appel, sans avoir à procéder à des recherches que ses constatations rendaient importantes, a exactement retenu qu’aucun contrat de vente ne s’était formé entre les parties en l’absence de rencontre des volontés réciproques de vendre et d’acheter, la demande en réalisation de la vente devait être rejetée”.

(1) Cass. civ. 3e, 11 mai 2011, FS-P+B, no 10-12.875.

(2) V. G. DE MONCUIT, *La faute lucrative*, op. cit., p. 42 et s.

(3) D. MAINGUY, *L’efficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente*, D. 2011, pp. 1460 et ss.

(4) وهذا المشروع قد نشر في 25 فبراير 2015.

(5) M. FABRE-MAGNAN, « De l’inconstitutionnalité de l’exécution force des promesses unilatérales de vente, Dernière plaidoirie avant adoption du projet de réforme du droit des contrats », D. 2015, *Doctr.* pp. 826-828.

هذا النص كما هو فإنه سيكون مشوباً بعدم الدستورية لاعتدائه على مبدأ الحرية التعاقدية والذي يعتبر من المبادئ الدستورية في فرنسا.

وهكذا، نلاحظ أن رجوع الواعد عن وعده قبل انتهاء المدة المحددة للوعد، وتبين موقف الموعود له يسمح بوجود الأخطاء المكسبة. فطبقاً لنظرية التحليل الاقتصادي للقانون، إذا وجد الواعد صفقة أكثر ربحاً أو نفعاً مما اتفق عليه مع الموعود له، فلا شك أنه سيقارن بين التعويض المتوقع الحكم به عليه، والأرباح التي سيحققها من تعاقدته الجديد، فإذا كانت الأرباح تفوق ما سيقضى به عليه من التعويض فسيختار بلا شك عدم تنفيذ الوعد، ومن هنا تظهر فكرة الخطأ المربح، أو الإخلال الفعال بالقانون. والحال كذلك، فإن التعويض الإصلاحي الذي يمنح للموعود له ببيع مال فريد من نوعه لن يكون كافياً مهما كانت قيمته، لأنه سيعادل الضرر دون أن يزيد عنه أو ينقص، حتى ولو اعتبرنا رجوع الواعد الإرادي المتعمد خطأً تدليسياً يفتح المجال أمام تعويض كافة الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة<sup>(1)</sup>.

### الفصل الثالث

#### في قانون حماية المستهلك

35. من المسلم به أن العلاقة التي تربط المهني بالمستهلك تتسم عادة بالاختلال وعدم التوازن بين الحقوق والواجبات. ويرجع السبب في ذلك إلى الوضع الذي يتمتع به المهني من تفوق اقتصادي وقانوني وعلمي، يمكنه من دراسة وبحث كل جوانب شخصية المستهلك المستهدف، بحيث يقوم بعد ذلك بتصميم خطته الاستراتيجية للتعامل معه بشأن ما يقدمه له من منتجات أو خدمات متنوعة، وبحيث يحقق من خلال تلك الاستراتيجية التسويقية، الأرباح التي خطط لها.

وبدهى أن السعى إلى تحقيق الربح ليس أمراً محظوراً في ذاته، غير أن الوسيلة التي تستخدم لتحقيقه قد تكون غير مشروعة ومن ثم يكون الربح غير مشروع. والأمثلة التي يذكرها الفقه على ذلك كثيرة. ففي مجال تقديم المنتجات، قد تقوم بعض الشركات بطرح منتجات متنوعة في الأسواق، ولكن بجودة تقل قليلاً

(1) V. M. FABRE-MAGAN, *art. préc.*, p. 827.

عما تفرضه اللوائح والقوانين، أو تدخل في مكوناتها عناصر صناعية وليست طبيعية دون أن تشير إلى ذلك أو قد تخفض في أوزان بعض المنتجات كزجاجات الخمر والزيت والمياه الغازية، وعبوات السكر والدقيق، وغيرها من المنتجات الغذائية عما هو مدون على مغلقاتها، وهذا الغش الطفيف من شأنه أن يحقق للشركة المنتجة أرباحا طائلة على الرغم من أن الأضرار التي تلحق بالمستهلك قد تكون تافهة وغير محسوسة في معظم الأحيان.

وقد اعتاد الفقه الفرنسي على أن يشير في كتاباته إلى القضية المعروفة بخمور Vins Margnat كمثال يوثق بشكل واضح لبعض من تلك الممارسات غير المشروعة. وكانت وقائع هذه القضية تتمثل في قيام الشركة المنتجة لزجاجات الخمر بانقاص الوزن بمقدار سنتيلتر ونصف عن البيان المدون على الملصق الذي يغلف الزجاجات من الخارج. وقد كشفت القضية أن الشركة المذكورة - بهذه الوسيلة الاحتيالية - تمكنت من بيع مائتي مليون زجاجة في خلال أربع سنوات، وحققت أرباحا غير مشروعة بلغت حوالي أربعة عشر مليون فرنك، بينما لم يخسر كل مستهلك اشترى هذه الزجاجات إلا بعض السنتيمات.

وقد قضت محكمة استئناف Aix-en-Provence<sup>(1)</sup> في 19 يونيو 1979 للمستهلكين المضرورين بمبلغ عشرين ألف فرنك كتعويض عما أصابهم من ضرر، وهو مبلغ زهيد للغاية بالمقارنة بالأرباح التي حققتها الشركة المنتجة لهذه الزجاجات.

وفي مجال تقديم الخدمات، قد لا تقوم - مثلاً - شركة تقديم خدمة الاتصالات الهاتفية، أو شركات النقل بالسكك الحديدية بتوفير الخدمة المتفق عليها في عقد الاشتراك، للمستهلك، متذرة بحالة القوة القاهرة التي أجبرتها على عدم الوفاء

(1) Aix-en-Provence, 19 juin 1979, inédit cité par G. CAS et D. FERRIER, *Traite de droit de la consommation*, PUF, 1986, no 147, v. H. BOUTHINON-DUMAS, « Quel remède au désintérêt économique à agir : l'action de groupe ou les dommages -intérêts punitifs ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, No 28 - juillet -septembre 2011, PP. 151, in *Les recours collectifs, Quels enjeux stratégiques et économiques ? Troisième conférence annuelle de centre européen de droit et d'économie de l'ESSEC*, 28 avril 2011.

بالتزاماتها أو قطع الخدمة عن المشتركين. وإذا كان من المسلم أن القوة القاهرة - حال ثبوتها فعلاً - يترتب عليها إعفاء الشركة من توفير الخدمة محل التعاقد، فهي لا تلزمها، في المقابل، برد مقابل الخدمة للمشارك المتعاقد معها الذي دفع ثمنها ولكنه لم يحصل عليها<sup>(1)</sup>. ولا شك أن احتفاظ الشركة بمقابل الخدمة التي لم تقدم للمستهلك يشكل ربحاً غير مشروع حققته على حساب مصلحة المشترك. وقد تقوم شركة الاتصالات مثلاً بتغيير بنود التعاقد بإرادتها المنفردة على نحو يضر بمصالح المتعاقد معها. وتذكر جمعية UFC- Que choisir كمثال على هذا الفرض، الدعوى التي رفعتها على أحد مشغلي خدمة الهاتف النقال والذي رفع مقابل الاشتراك، من جانب واحد، إلى ثلاثة يورو في الشهر وذلك خلال المدة المبدئية لعقد الاشتراك والتي امتدت لأربعة أشهر. وقد أضر هذا التعديل بحوالي 400 ألف مشترك. وقد حكم على هذا المشغل بمبلغ 1525 يورو على سبيل التعويض للجمعية، و12 يورو لكل واحد من المشتركين الذين انضموا إلى الدعوى<sup>(2)</sup>.

ولكن كيف يشكل سلوك الشركات أو المؤسسات التجارية أو الصناعية - في القوانين السابقة - خطأ مكسباً أو مربحاً؟

في الحالات السابقة، نلاحظ أن هناك العديد من الأشخاص العاديين الذين يصيبهم ضرر متشابه أو متماثل صادر عن نفس الفعل الواحد، وهذا ما يطلق عليه بالضرر المنتشر أو الضرر الذي يصيب قطاع واسع من الجمهور *Dommages de masse*. بيد أن مقدار هذا الضرر يبدو طفيفاً أو تافهاً إذا

(1) H. BOUTHINON-DUMAS, *art. préc.* P. 151.

ويشير هذا المؤلف، إلى أن المستهلك قد يكون ضحية لتواطؤ بين الشركات على ثمن معين كمقابل للخدمة، أو الاتفاق فيما بين الشركات على اقتسام السوق، وهو الأمر الذي يجعل المستهلك تحت رحمة هذه الشركات، ولا يجد خياراً إلا قبول الخدمة بالثمن أو عدم الحصول على الخدمة نهائياً، وهذه الممارسات تحقق ولا شك أرباحاً طائلة لتلك الشركات.

(2) CA Versailles, 16 mai 2002, SA SFR c/ UFC -Que choisir et deux consommateurs; no RG 01/07363, cite par Patricia FOUCHER, « L'action de groupe : vers une consécration ? », *INC Hebdo*, no 1348, 20-26 juin 2005, p. 2.

نظرنا إليه على المستوى الفردى<sup>(1)</sup>. لذا قد يرى المضرور أنه لا جدوى من الناحية الاقتصادية<sup>(2)</sup> فى خوض المعركة القضائية من أجل المطالبة بتعويض هذا الضرر الذى لحق به؛ ذلك أنه إذا قرر إقامة الدعوى القضائية، فإن ما سيحصل عليه من تعويض لن يكفى لجبر كافة النفقات التى تحملها، مثل رسوم إقامة الدعوى القضائية، وأتعاب المحامين، وأعمال الخبرة، ناهيك عن مصروفات الانتقال، ومقابل تعطله عن العمل، فإذا قام المتضرر بعملية حسابية بسيطة بين الفائدة الاقتصادية التى سيحصل عليها من إقامة الدعوى، وكلفة إجراءات التقاضى، فسيكون قراره فى غالب الأحيان - هو عدم المطالبة بالتعويض، أو فى أفضل الأحوال سيقبل تسوية غير مجزية مع الشركة التى سببت له الضرر.

ومن ناحية الشركة، فإنها ستحقق أرباحاً طائلة على نحو غير مشروع، لأنها عمدت قبل أن ترتكب ذلك السلوك المعلوم أخلاقياً، إلى دراسة دقيقة لردة فعل الشخص المستهدف، بمعنى أن الشركة توقعت ألا يرفع المستهلك أو العامل أو غيره دعوى يطالب فيها بالتعويض نظراً لعدم جدواها من الناحية الاقتصادية بالنسبة له، وحتى لو أقدم على ذلك، فإن التعويض الذى سيقضى به القاضى سيكون أقل بكثير مما جنته من مكاسب أو أرباح، لأن التعويض يكون على قدر الضرر الذى أصاب المضرور دون أن يزيد عنه أو ينقص، إعمالاً لمبدأ الجبر الكامل للضرر. وهكذا، يمكننا أن نقرر أن الشركة سيكون لها مصلحة حقيقية فى أن تتعمد إحداث الضرر بالمضرور، لأن الكسب الذى ستحصل عليه فى النهاية سيتجاوز بكثير مبلغ التعويض الذى ستلتزم بدفعه، إذا رفعت عليها الدعوى القضائية. وهنا يكون خطأ الشركة خطأ مريباً *faute lucrative*، يشجع على نمو وازدهار جزء هام من الاقتصاد خارج إطار القانون<sup>(3)</sup>، وهو أمر غير مقبول من

(1) Alain ANZIANI et Laurent BETEILLE, *Rapport d'information*, préc. P. 81.

(2) E. MACKAAY, « L'analyse économique du droit comme outil de la doctrine juridique: la bonne foi et la justice contractuelle », Série scientifique, CIRANO centre interuniversitaire de recherche en analyse des organisations, Montréal, Décembre 2011, 31 pages.

(3) H. BOUTHINON-DUMAS, *art. préc.* P. 152.

وجهة نظر القانون والأخلاق.

وبالإضافة إلى كل ما سبق، فإن شروط التخفيف أو الاعفاء من المسؤولية يمكن أن تكون مصدراً للخطأ المكسب. والمثال الذي يوضح هذا الفرض ما حدث في<sup>(1)</sup> القضية المعروفة بـ *Surbooking* والتي تتلخص في قيام شركة طيران SABENA بعمل حجز لبعض المسافرين على رحلتها المتجهة إلى مدينة Libreville وذلك لتوقيع عقد هناك، وكانت تذاكر السفر مدفوعة ومحموزة مسبقاً. بيد أنه لدى وصول هؤلاء المسافرين إلى المطار فوجئوا برفض الشركة القيام بنقلهم إلى جهة الوصول المتفق عليها بدعوى عدم وجود أماكن شاغرة على متن الطائرة. ولما عرض الأمر على القضاء، لاحظ القاضى أن الشركة قد جازفت مع علمها بعدم قدرتها على تنفيذ التزامها التعاقدى. فى جميع الأحوال. وبدون أن تخطر المتعاقدين معها فى لحظة توقيع العقد بأنه من الممكن ألا تفى بالتزاماتها قبلهم، واعتبرت ذلك من قبيل التدليس بطريق الختمان. ولو كان هناك اقرار لفكرة الخطأ المكسب لسهل ذلك من مهمة المحكمة فى تقدير التعويض<sup>(2)</sup>، لأن ممارسة الشركة المذكورة تضمن لها باستمرار اكتمال عدد المسافرين على رحلاتها، دون ادنى اكرتار لمصلحة من حجز لديها طالما أنها تحتذى خلف شرط الاعفاء من المسؤولية الوارد فى تذكرة السفر، وبالتالي فهى تحقق أرباحاً طائلة، تدفعها إلى عدم تنفيذ التزاماتها العقدية.

(1) CA Paris, 15 September 1992, D. 1993, Jur. p.98, note Ph. DELEBECQUE.

وراجع نص ما جاء فى إحدى حيثيات حكم المحكمة:  
"le choix d'une telle politique [la surréservation], en connaissance du risque qu'elle implique de ne pouvoir assurer l'embarquement de la totalité des passagers ayant réservé dans un vol déterminé, est constitutif d'un dol pour ceux des passagers à l'égard desquels le transporteur s'est mis dans l'impossibilité d'honorer ses obligations contractuelles".

(2) V. J. MAEDEL, art. préc., no 77 ; G. DE MONCUIT, *La faute lucrative*, op. cit., p. 42.



وإزاء هذا الانتشار الواسع للخطأ المكسب في كل المجالات السابقة<sup>(1)</sup>، فإن السؤال الذي يبحث عن إجابة الآن يتمثل في معرفة الأسباب الحقيقية التي تكمن خلف وجود هذا الخطأ وانتشاره في محيط القانون الخاص.

## المبحث الثاني

### أسباب وجود فكرة الخطأ المكسب

#### تمهيد وتقسيم:

36 من المسلم به أن العلاج الصحيح لأي مشكلة يتوقف على معرفة أسبابها الحقيقية. وانطلاقاً من هذا المنطق، يلزم لعلاج مشكلة الأخطاء المكسبة أن نحدد الأسباب التي أدت إلى وجودها وانتشارها في إطار قانوننا الوطني.

ويمكن القول إن السبب الرئيس وراء ظهور الخطأ المكسب يعود إلى قواعد التعويض المقررة في القانون المدني الفرنسي والمصري. فهذه القواعد يهيمن عليها جملة من المبادئ المستقرة في الفقه والقضاء، وعلى رأسها مبدأ التعويض الكامل للضرر، أي أن التعويض يجب أن يكون على قدر الضرر دون زيادة أو نقصان، وذلك إعمالاً للوظيفة الإصلاحية أو التعويضية للمسؤولية المدنية. بيد أن هذه الأخيرة تبدو قاصرة عن استيعاب نتائج الخطأ المكسب، بل لا نبالغ إذا قلنا

(1) ويمكن أن نضيف إلى المجالات التي وردت في المتن مجالا آخرأ يظهر فيه الخطأ المكسب، وهو علاقات العمل، قد لا تدفع بعض الشركات لعمالها ساعات العمل الإضافية، أو قد تقوم بحساب هذه الساعات بطريقة غير صحيحة، وهو ما يسبب للعمال أضرار بالغة، ويسمح للشركة بتوفير مبالغ كبيرة. وهذا ما تؤكدته قضية عمال شركة كارفور Carrefour، حيث لم تأخذ الشركة في اعتبارها لوقت الراحة المخصص لأمناء الصندوق، راجع:

Crim., 15 févr. 2011, Lexbase Hebdo, éd. soc., 3 mars 2011, no 430, chron. S. Tournaux – Crim., 22 nov. 2011, n° 11-80.013, D. 2012. 289, F-P+B). “Le temps de repos obligatoire durant lequel l’exécution du travail était suspendue, ne pouvaient être reconnus comme un temps de travail effectif », tout en ajoutant que « les primes les rémunérant en application de l’article L. 3121-2, alinéa 2, du code du travail, ne constituant pas un complément de salaire de fait », sans toutefois s’en justifier d’aucune mesure”, Cass. Crim., 15 fév. 2011, no 10-87-019, cité par H. BOUTHINON-DUMAS, art. préc. P. 152.

أنها تشجع على انتشار هذه الأخطاء وتكاثرها.

ومن ناحية أخرى، فقد أنكر الفقه في غالبية وكذا القضاء سواء في فرنسا أو في مصر، وذلك بعد صدور التقنين المدني أن يكون للمسئولية المدنية وظيفة عقابية أو رادعة، وهو إنكار ليس له ما يبرره، إذ الواقع العملي للقضاء والتشريع يشهد بالاعتراف الضمني بفكرة العقوبة الخاصة في نطاق القانون المدني الفرنسي والمصري. ولهذا يمكن القول بأن وجود الخطأ المكسب يعود إلى قصور الوظيفة الإصلاحية للمسئولية المدنية، وإنكار الوظيفة العقابية لها في مجازاة التصرفات المعادية للمجتمع.

وبناء على ما سبق، سنبدأ ببحث أسباب قصور الوظيفة التعويضية للمسئولية المدنية (المطلب الأول)، لنرى بعد ذلك الإنكار غير المبرر للوظيفة العقابية للمسئولية المدنية ودورها في غزو الأخطاء المكسبة للقانون الفرنسي والمصري (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### قصور الوظيفة التعويضية للمسئولية المدنية

##### عن استيعاب فكرة الخطأ المكسب

تمهيد وتقسيم:

37- يرجع قصور الوظيفة التعويضية عن استيعاب نتائج الخطأ المكسب إلى هيمنة جملة من المبادئ على مسألة تقدير التعويض، ومن أهمها مبدأ التعويض الكامل للضرر "Le principe dit "de la reparation integrale" أو مبدأ التعادل بين التعويض والضرر. والملازم الطبيعي لهذا المبدأ هو عدم الأخذ في الاعتبار للكسب أو النفع الذي عاد على محدث الضرر من جراء خطئه. وترتيباً على ذلك سيحتفظ المسئول عن الخطأ بالكسب الذي جناه دون وجه حق على حساب المضرور ومن ثم لن يكون ثمة رادع للمسئول عن العودة إلى ارتكاب هذا الخطأ مرات عديدة في المستقبل، وهذا أمر غير مقبول أخلاقياً وقانونياً، فضلاً عن أنه يشجع حقيقة على انتشار وتعدد صور الخطأ المكسب.

وعلى ضوء ما سبق، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين متتاليين، نعرض في أولهما لمبدأ التعويض الكامل للضرر، وملازمه الطبيعي وهو مبدأ عدم الاعتداد بالمنافع أو الأرباح عند حساب الضرر، ونكرس ثانيهما لنظرة نقدية لهذا المبدأ.

## الفرع الأول مبدأ التعويض الكامل للضرر

### الفصل الأول مفهوم المبدأ

38. على الرغم من استقرار الفقه<sup>(1)</sup> والقضاء<sup>(1)</sup>. سواء في فرنسا أو في

(1) راجع : د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - ج 2 - في الالتزامات، المجلد الثاني في الفعل الضار والمسئولية المدنية، القسم الأول، في الأحكام العامة، المرجع السابق، فقرة 193 ص 541 وما بعدها؛ د. أحمد شوقي محمد عبدالرحمن، النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة في الفقه وقضاء النقض المصري والفرنسي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2004، ص 352؛ د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة 2004، ص 487 وما بعدها؛ محمد حسن منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2006، ص 820؛ د. مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 670 وما بعدها؛ د. سامي عبدالله الدريعي، بعض المشكلات التي يثيرها التقدير القضائي للتعويض (تطبيق على حكم محكمة التمييز الكويتية رقم 1993/59 المتعلق بالتعويض القضائي عن الضرر)، مجلة الحقوق الكويت - العدد الرابع السنة 26 ديسمبر 2002 ص 71-102، لاسيما من ص 75-77؛ د. إبراهيم صالح عطية الجبوري، العوامل المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2013، ص 19، راجع أيضا في الفقه الفرنسي:

G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, op. cit., no 57, pp. 111-113 ; Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations, Les mécanismes juridiques des relations économiques*, 6 éd. Litec 1992 nos 277 et ss pp. 337 et s.; S. PORCHY-SIMON, op. cit., nos 808 et ss, p. 390; S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, Thèse Université d'Orléans, 2011, no 319, PP. 285 et s.

وقد عبرت عن هذا المعنى محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها، نذكر على سبيل المثال ما قررته في بعض أحكامها الحديثة في العبارات الآتية:

« La réparation d'un dommage, qui doit être intégrale, ne peut excéder le montant du préjudice » : Cass. 1ère civ., 22 novembre 2007, *Bull. I*, n° 1344 ; *D.* 2008, AJ., p. 17 ; Cass. civ. 2e, 22 janvier 2009, *Bull. II*, n° 26. Cass. Civ. 2e, 9 juillet 1981, *Gaz. Pal.* 1982 .I. 109, note F. Chabas.

مصر . على اعتبار مبدأ التعادل بين التعويض والضرر مبدأ ثابتاً لا يمكن الخروج عليه، إلا أنه لم يتقرر بنص صريح في التقنين المدني الفرنسي ولا القانون المدني المصري. ومع ذلك فهو يستفاد ضمناً من مضمون نص المادتين 1149، 1382 من التقنين المدني الفرنسي، حيث نصت الأولى على أن: "التعويض يشمل، بوجه عام، الخسارة المتحققة والكسب الفائت"<sup>(2)</sup>، وقضت الثانية بأن: "كل عمل أيا كان

. 1989, comm. n° 29 ; *Resp. civ. Ass*) Cass. 1ère civ., 8 novembre 1988, 1( Cass. com., 6 novembre 1990, *Bull. IV*, n° 261 ; Cass. crim., 12 avril 1994, *Bull. crim.*, n° 146.

(1) وهذا ما قرره الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في العديد من الأحكام وبذات العبارات، حتى أصبح ما قرره مبدأ قانونياً مستقراً، بل لا نبالغ إذا قلنا أنه بات يشكل عقيدة لدى الفقه الفرنسي، حيث قضت بأنه :

« Le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu ». cass. Civ. 2e, 28 oct. 1954: *JCP ed. G.* 1955; Cass. Civ. 2e, 23 janv. 2003. *Bull. Civ. II*, no 20; v. aussi, Ch. LAPOYADE DESCHAMPS, « La réparation du préjudice économique pur en droit français », *RID com.* Vol. 50 N°2, Avril-juin 1998. Etude de droit contemporain [Contributions françaises au 15ème Congrès international de droit comparé (Bristol, 26 juillet-1er août 1988)] pp. 367-381. Philippe CASSON « Dommage immobilier et la réparation intégrale » *Petites Affiches*, 25 février 2002 n° 40, P. 5

كما قرره أيضا الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية، راجع:

Cass. Crim. 19 mai 2009, no 08-82.666.

وهذا هو أيضاً موقف محكمة النقض المصرية، راجع على سبيل المثال: نقض مدني جلسة 1994/12/25 مجموعة المكتب الفني (1650/309/2/45)؛ نقض مدني 1995/11/30 مجموعة المكتب الفني (1285/251/2/46) حيث جاء في حكم المحكمة: "أن تقدير التعويض من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع مناط ذلك أن يكون قائماً على أساس سائغ مردوداً إلى عناصره الثابتة بالأوراق ومتكافئاً مع الضرر طالما لا يوجد في القانون نص يلزم باتباع معايير معينة في هذا الصدد..".

(2) L'article 1149 dispose que, « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après ».

يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه<sup>(1)</sup>.

كما يستشف في مصر، من نص المادة 170 من القانون المدني والتي تقضى بأن: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين 221 و222<sup>(2)</sup>،<sup>(3)</sup> مراعيًا في ذلك الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً، فعليه أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير".

ومؤدى مبدأ التعويض الكامل للضرر<sup>(4)</sup> هو ضرورة أن يكون التعويض على قدر الضرر الذي أصاب المضرور أيا كانت طبيعة هذا الضرر مادياً كان أم أدبياً، طالما كان حالاً ومحققاً حتى ولو كان ضرراً مستقبلاً<sup>(5)</sup>، وأياً كان مقداره هذا من جهة. ومن جهة أخرى، يجب ألا يتجاوز التعويض قدر الضرر. فالغاية

(1) L'article 1382 dispose que « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute du quel il est arrivé à le réparer ».

(2) وتنص المادة 221 على أنه: "1- إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره. ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. 2- ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

(3) وتنص المادة 222 على أنه: "1- ويشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء. 2- ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب".

(4) وهذا المبدأ مقرر أيضاً في ضمان الضرر في الفقه الإسلامي، تطبيقاً لقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، وقاعدة "الضرر يزال"، راجع: د. عدنان سرحان، ملاحظات نقدية بشأن الكتابين الأول والثاني المنظمين للالتزامات - الحقوق الشخصية والعقود في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الشريعة والقانون - العدد الثالث والعشرون - ربيع الأول 1426 هـ - مايو 2005 من ص 185-232، وبصفة خاصة ص 211 وما بعدها.

(5) نقض 1977/2/8 مجموعة أحكام النقض السنة 28 ص 395، نقض 1965/6/10 مجموعة أحكام النقض السنة 26 ص 736 مشار إليهما في د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، هامش رقم 1 ص 898.

الأساسية للتعويض . طبقاً لما استقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية<sup>(1)</sup> . هي إعادة المضرور إلى الوضع الذي كان عليه قبل حدوث الضرر، وذلك على نفقة المسئول، ومن ثم إعادة التوازن الذي اختل نتيجة الضرر، دون زيادة أو نقصان. وهذا يفرض على المسئول عن الضرر . طبقاً للعبارة الشهيرة التي يرددها الفقه الفرنسي دائماً . أن يجبر كل الضرر، ولا شيء سوى هذا الضرر<sup>(2)</sup> tout le .dommage, mais rien que le dommage

وكما هو واضح يتفرع عن مبدأ التعويض الكامل، مبدأين أساسيين، هما:

### أولاً - أن التعويض يشمل كل الضرر:

39- يتوجب على المسئول . طبقاً لهذا المبدأ . أن يعرض كامل الأضرار التي لحقت بالمضرور من جراء الفعل الضار، فيشمل التعويض الضرر المادي والضرر الأدبي، شريطة أن يكون الضرر مباشراً، أما الضرر غير المباشر، فلا تعويض عنه لا في المسؤولية العقدية، ولا في المسؤولية التقصيرية، سواء في فرنسا أو في مصر. ويكون الضرر مباشراً، إذا كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فيه. وهو يعتبر كذلك، إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول<sup>(3)</sup>.

كما يشمل التعويض كافة الأضرار سواء أكانت متوقعة Prévisible أم غير متوقعة Imprévisible ، وذلك في نطاق المسؤولية التقصيرية<sup>(4)</sup>، أما في

(1) V. par exemple, Cass. civ., 2e, 7 dec. 1978, Bull. civ., II, no 269; Cass. civ. 2e, 18 janv. 1973, JCP, 1973, II, 17545, note, M. A. ; Cass. civ. 2e, 9 mai 1972, Somm., 167.

(2) A. SERIAUX, *Droit des obligations*, 2e éd, mise à jour, 1998, PUF, no146, p. 550; Ph. MALINVAUD, *op. cit.*, no 277, p.337; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.* no 900, P. 861.

(3) راجع الفقرة الأولى من المادة 221 من القانون المدني المصري . نقض مدني جلسة 11/7/1982، الطعن 1381 لسنة 49 ق؛ نقض مدني جلسة 08-11-1966 - الطعن رقم 0135 لسنة 32 مكتب فني 17 صفحة رقم 1629.

(4) نقض جلسة 2008/1/1، الطعن رقم 17459 لسنة 76 ق؛ نقض 1965/11/11، الطعن 123 لسنة 30 ق.

المسؤولية العقدية، فيقتصر التعويض على الضرر المتوقع في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم<sup>(1)</sup>، وهذا ما قرره صراحة المادة 1150 من التقنين المدني الفرنسي<sup>(2)</sup>، وكذلك الفقرة الثانية من المادة 221 من القانون المدني المصري بقولها: "ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد". ويقاس الضرر المتوقع بمعيار موضوعي لا بمعيار شخصي، أي بمعيار الرجل المعتاد الذي يوجد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين<sup>(3)</sup>.

ولكي يكون التعويض جابراً لكل الضرر، يلزم، فضلاً عن كونه مباشراً، أن يشتمل على عنصرين أساسيين، هما: الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاته<sup>(4)</sup>، دون الاعتداد بطبيعة الخطأ ولا بدرجة جسامته<sup>(5)</sup> ولا بمسلك محدث الضرر

(1) ويبرر الفقه قصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع، بأن " المتعاقدين لم يتعاقدا إلا على ما يتوقعانه من الضرر، فالضرر غير المتوقع لا يدخل في دائرة التعاقد، فلا تعويض عنه إلا إذا كان هناك غش أو ما يعدل الغش من خطأ جسيم - في جانب المدين، فمسؤولية المدنية تتقلب إلى مسؤولية تقصيرية تشمل الضرر غير المتوقع"، راجع: د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول مصادر الالتزام، تحديث وتنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، دار الشروق، 2010، فقرة 452، ص 598 وما بعدها.

(2) Ou il dispose que: « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ».

(3) نقض مدني جلسة 1962/6/30، مجموعة المكتب الفني، السنة 13، ص 716.

(4) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "لما كان التعويض في المسؤولية التقصيرية يشمل كل ضرر مباشر، متوقفاً كان هذا الضرر، أو غير متوقع، ويقوم الضرر المباشر وفقاً للمادة 221/1 من القانون المدني على عنصرين أساسيين هما الخسارة التي لحقت المضرور و الكسب الذي فاته . كان الحكم المطعون فيه قد اقتصر في تقدير التعويض على قيمة البضاعة حسب فواتير الشراء ، مغفلاً في تقديره عنصراً أساسياً من عناصر الضرر المباشر هو ما عساه يكون قد فات الوزارة الطاعنة من كسب، فإنه يكون قد خالف القانون خطأ في تطبيقه". نقض مدني جلسة 1974/11/11 - الطعن رقم 423 لسنة 39 ق ؛ نقض مدني جلسة 1999/6/15 مجموعة المكتب الفني (843/165/2/50)؛ نقض مدني جلسة 1974/11/11، الطعن 423 لسنة 39 ق، ص 25 ص 1210، المستشار عبدالمنعم دسوقي، قضاء النقض في المواد المدنية 1931-1992، الجزء الثاني، بدون ناشر، 1993 قاعدة 2300، ص 866.

(5) إذا كان الأصل في تقدير التعويض أن يكون على قدر الضرر، دون أدنى تأثير لمدى جسامته

وما إذا كان ملوماً أخلاقياً واجتماعياً من عدمه. كما لا يعتد في تقدير التعويض بالمركز المالي للمسئول، فيزداد مقدار التعويض إذا كان ثرياً وينقص إذا كان فقيراً، ولا بمركزه الاجتماعي أو حالته العائلية أو ما إذا كان مؤمناً من مسئولته المدنية من عدمه ولا بأى من ظروفه الشخصية الأخرى، فهو يدفع التعويض بقدر ما أحدث من ضرر<sup>(1)</sup>.

الخطأ على مبلغ التعويض، فقد خرج المشرع على هذا الأصل واعتد بجسامة الخطأ في مجال المسؤولية التقصيرية وذلك في حالتين: الحالة الأولى: إذا اسهم خطأ المضرور، في الضرر الذي أصابه، فهنا يجب أن نميز بين فرضين: الأول، أن يكون أحد الخطأين قد استغرق الآخر. والثاني أن يكون كل خطأ مستقلاً عن الآخر.

ففي الفرض الأول، إذا استغرق أحد الخطأين للآخر، سواء أكان خطأ المضرور أم خطأ المسئول، فإنه لا يعتد إلا بالخطأ المستغرق. ويستغرق أحد الخطأين الآخر في حالتين: الأولى أن يكون أحد الخطأين يفوق الآخر في جسامته، بأن يكون متعمداً، والثانية أن يكون أحد الخطأين نتيجة للخطأ الآخر.

أما الفرض الثاني، وهو حالة استقلال أحد الخطأين عن الخطأ الآخر، فهنا يشترك كل من الخطأين في إحداث الضرر، فيوزع القاضى المسؤولية بينهما بالتساوى، أو على أساس قدر مساهمة كل خطأ في إحداث الضرر. وقد ركزت المادة 216 من التقنين المدنى المصرى ذلك بقولها: "يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بتعويض، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه".

كما يعتد المشرع أيضا بدرجة جسامة الخطأ، عندما يسهم أكثر من خطأ في إحداث الضرر بالغير، كاشتراك خطأ الغير مع خطأ المسئول. فهنا، إذا لم يستغرق أحد الخطأين الآخر، وبقي كل من الخطأين قائما واعتبر سببا منتجا في إحداث الضرر، فيتعدد المسئولون عن الضرر، ويكون كل منهم مسئولاً عنه في مواجهة المضرور، ويقسم التعويض بينهم بالتساوى، إلا إذا حدد القاضى نصيب كل منهم في التعويض بقدر جسامة الخطأ الذى وقع منه. وهذا ما نصت عليه المادة 169 من التقنين المدنى بقولها: "إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوى إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم". لمزيد من التفاصيل: راجع: د. عبدالودود يحيى، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات، المصادر - الأحكام - الإثبات، دار النهضة العربية، 1994، من ص 259 إلى ص 261؛ د. جميل الشرفاوى، المرجع السابق، ص 534 وما بعدها.

(1) راجع: د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة 2004، ص 485 وما بعدها؛ رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 396 وما بعدها؛ د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 1992، ص 432 إلى ص 444.



وإذا كان القاضى لا يعتد بظروف المسئول الشخصية، فإنه - على النقيض من ذلك - يعتد بالظروف الخاصة التى تلابس المضرور، أى مرضه وصحته، فقره وثرأه، حالته العائلية أعزب أو يعول أسرة. "فالتعويض يقاس بمقياس الضرر الذى لحق المضرور بالذات، فيقدر على أساس ذاتى لا على أساس موضوعى"<sup>(1)</sup>.

كما يجب فى تقدير التعويض أن يبين القاضى عناصر الضرر المطلوب عنها التعويض، ومناقشة كل عنصر من هذه العناصر حتى تستطيع محكمة النقض المصرية أن تراقب محكمة الموضوع وتتحقق من كل عنصر أخذته المحكمة فى اعتبارها عند تقدير التعويض تتوافر فيه الشروط القانونية، وأن المحكمة لم تغفل عنصراً من عناصر الضرر الذى يستحق التعويض عنه<sup>(2)</sup>. وتعتبر العناصر المكونة للضرر والتى تدخل فى حساب التعويض من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض<sup>(3)</sup>،<sup>(4)</sup>. أما محكمة النقض الفرنسية فتعفى قضاة الموضوع

(1) انظر: د. عبدالرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الأول مصادر الالتزام، المرجع السابق، فقرة 648، ص 898، فى نفس المعنى، راجع: د. جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1995، ص 542.

(2) راجع: د. سليمان مرقس، الوافى فى شرح القانون المدنى - ج 2 - فى الالتزامات، المجلد الثانى فى الفعل الضار والمسئولية المدنية، القسم الأول، فى الأحكام العامة - الطبعة الخامسة، تنقيح د. حبيب إبراهيم الخليلي، إيرنى للطباعة (مطبعة السلام) 1988، فقرة 192 ص 538.

(3) راجع تطبيقاً لذلك: نقض مدنى جلسة 2005/5/8 الطعن 6927 لسنة 72 ق؛ نقض مدنى جلسة 1997/12/28 الطعن 4861 لسنة 61 ق؛ نقض مدنى جلسة 1990/4/4 مجموعة المكتب الفنى (917/151/1/41)؛ نقض مدنى جلسة 1992/2/28 مجموعة المكتب الفنى (766/158/1/43)؛ نقض مدنى جلسة 1993/4/14 مجموعة المكتب الفنى (104/1158/2/44)؛ نقض مدنى جلسة 1994/12/27 مجموعة المكتب الفنى (1697/317/2/45)؛ نقض مدنى جلسة 1998/5/4 مجموعة المكتب الفنى (388/95/1/49).

(4) راجع تطبيقاً لذلك، ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية من أن "تعيين العناصر المكونة للضرر التى يجب دخولها فى حساب التعويض من مسائل القانون. خضوعها لرقابة محكمة النقض. مؤدى ذلك التزام محكمة الموضوع ببيان عناصر الضرر الذى قضت من أجله بالتعويض": نقض مدنى جلسة 2005/5/8 الطعن 6927 لسنة 72 ق؛ نقض مدنى جلسة 1997/12/28 الطعن 4861 لسنة 61 ق؛ نقض مدنى جلسة 1990/4/4 مجموعة المكتب الفنى (917/151/1/41)؛ نقض مدنى جلسة 1992/2/28 مجموعة المكتب الفنى

من تحديد العناصر التي استندوا إليها في تقدير التعويض. وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن: " القاضى يبرر وجود الضرر بالتقدير الذى يقوم به دون أن يلزم بتحديد العناصر التي اعتمد عليها في حساب مبلغ التعويض"<sup>(1)</sup>.

وليس يلزم أن يقدر القاضى لكل عنصر من عناصر الضرر تعويضا خاصا به، بل يجوز له أن يحكم بتعويض إجمالي عن جميع العناصر دون أن يبين قيمة كل منها على حدة<sup>(2)</sup>. وهو أمر منتقد<sup>(3)</sup>، ذلك أن من شأنه أن يغطى على اغفال القاضى لتعويض أحد العناصر بالرغم من أنه ادخله ضمن عناصر الضرر التي تستحق التعويض، ويفلت في الوقت نفسه من رقابة محكمة النقض.

### ثانيا - أن التعويض لا يتجاوز قدر الضرر:

40. إن منطق مبدأ التعويض الجابر للضرر يقتضى . كما تقدم . تعويض كل الضرر، ولا شيء سوى الضرر. بعبارة مساوية، يجب أن يكون التعويض بقدر الضرر بحيث لا يزيد عنه ولا ينقص؛ ذلك أن كل زيادة في التعويض عن القدر

(766/158/1/43)؛ نقض مدنى جلسة 1993/4/14 مجموعة المكتب الفنى  
(104/1158/2/44)؛ نقض مدنى جلسة 1994/12/27 مجموعة المكتب الفنى  
(1697/317/2/45)؛ نقض مدنى جلسة 1998/5/4 مجموعة المكتب الفنى  
(388/95/1/49).

(1) «Le juge justifie l'existence de dommage par la seule évaluation qu'il en fait sans être tenu de préciser les éléments ayant servi à en déterminer le montant», v. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, op. cit., no62, pp. 126 et s et la jurisprudence citée , marge no 61 et 62.

(2) راجع على سبيل المثال ما قضت به محكمة النقض من أن: "تقدير الحكم بالتعويض عن عناصر الضرر جملة بغير تخصيص بمقدار كل منها لا عيب" نقض مدنى جلسة 1999/6/13، مجموعة المكتب الفنى (830/163/2/50)؛ نقض مدنى جلسة 1995/4/20 مجموعة المكتب الفنى (669/134/1/046).

(3) راجع في انتقاد هذا المسلك في القضاء الكويتى، وهو ما ينسحب على القضاء المصرى أيضا، سامى عبدالله الدريعى، المقالة السابقة، ص 79 - 81. حيث يرى أن هذا التوجه قد يجعلنا نعتقد باننا بصدد تعويض جزافى وليس تعويضا كاملا للضرر، فضلا عن أنه يفضى إلى عدم العدالة لأنه يخفى غفلة القاض ونسيانه لبعض عناصر الضرر فى أثناء تقديره للتعويض.

اللازم لإصلاح أو جبر الضرر تمثل إثراء بلا سبب للمضرور على حساب المسئول عن الخطأ<sup>(1)</sup>. لذا يؤكد الفقه والقضاء في فرنسا ومصر على ضرورة أن يؤدي التعويض فحسب إلى إعادة المضرور لسابق حالته قبل حصول الضرر دون نقص أو زيادة.

وتطبيقاً لذلك، يؤكد الفقه والقضاء في فرنسا<sup>(2)</sup>، والمشرع في مصر وكذلك الفقه<sup>(3)</sup>، على أن التعويض يقدر بقيمته وقت صدور الحكم، بما يسمح للقاضي بأن يأخذ بعين الاعتبار مدى تفاقم الضرر حتى ذلك التاريخ، وكذلك تغير قيمة العملة وما يترتب عليه من تأثير في القوة الشرائية لها. فإذا كان الضرر قابلاً للتغيير في المستقبل فإن القاضي يمكنه أن يقضى بإمكانية تعديله بما يسمح بأن يكون على قدر قيمة الضرر ولا شيء أكثر من ذلك. وفي هذا تقول المادة 170 من القانون المدني المصري: "... فإن لم يتيسر له (القاضي) وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير".

## الفصل الثاني

### النتائج المترتبة على المبدأ

#### أولاً - الاعتماد بجسامة الضرر وليس بجسامة الخطأ:

41. إن النظر لمبدأ الجبر الكامل للضرر بحسبانه تعويضا للمضرور وليس

(1) V. par exemple, Cass. civ., 2e 9 juillet 1981, *Bull. civ.*, II, no 156; Cass. civ. 2e, 14 fév. 1985, *Bull. civ.*, II, no 40; Cass. com., 6 novembre 1990, *Bull. IV*, n° 261 ; Cass. crim., 12 avril 1994, *Bull. crim.*, n° 146

وانظر أيضاً: نقض مدني جلسة 2007/3/15 ، الطعن رقم 10832 لسنة 75 ق؛ نقض مدني جلسة 2009/2/5 الطعن رقم 53 142 ، والطعن رقم 15004 لسنة 76 ق.

(2) V. en ce sens, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, op. cit., nos 67 et s, pp. 138 et ss ; P. JOURDAIN, *Rapport introductif*, préc. no 3; S. PORCHY-SIMON, op. cit., no 810, p. 390.

(3) راجع على سبيل المثال: د. أحمد شوقي محمد عبدالرحمن، المرجع السابق، ص 353.

عقابا للمسئول يفرض على القاضى أن يأخذ فى الاعتبار عند تقدير التعويض  
جسامة الضرر لا جسامة الخطأ. فكل الأخطاء تستوجب . بحسب الأصل . تعويضاً  
واحداً هو التعويض المعادل لقيمة الضرر، لا فرق بين الخطأ العمد والخطأ الجسيم  
والخطأ اليسير<sup>(1)</sup>. فالمبدأ هو وحدة التعويض لأى خطأ. كما أن هذا المبدأ يمنع  
القاضى من مراعاة الظروف الشخصية للمسئول كما سبق أن رأينا.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة استئناف باريس فى حكم لها فى 3 يولييه سنة  
2006 بأنه: ". يجب أن يحسب التعويض اللازم لإصلاح الضرر الذى أصاب  
المضروب طبقاً لمدى الضرر، دون أن يكون لجسامة الخطأ أى تأثير على مقدار  
التعويض". وهو ما أكدته أيضاً محكمة النقض الفرنسية حيث رفضت فى حكم لها  
فى 11 نوفمبر 2013 الحكم بأى مبلغ إضافي فوق التعويض اللازم لجبر الضرر  
الذى لحق المضروب<sup>(2)</sup>.

#### ثانياً - عدم الاعتماد بالكسب الذى يعود على محدث الضرر

42 وينبنى على مبدأ التعويض على قدر الضرر أيضاً ، أنه لا يسوغ أن  
يفيد المضروب من الضرر الذى حل به. فلو أن شخصاً اتلف شيئاً مملوكاً لآخر،  
ما ساع لهذا الأخير المضروب أن يأخذ إلا قيمة شيء قديم مثل المال التالف. وإذا  
لم يتيسر للقاضى أن يعوض المضروب تعويضاً كاملاً إلا بأن يقدم المسئول  
للمضروب شيئاً جديداً بدلاً عن التالف، فإنه يجب على المضروب أن يرد التالف إلى

(1) En ce sens, v. Ph. MALINVAUD, *op. cit.*, no 278, p.337

(2) راجع نص ما جاء بحكم المحكمة:

« Pour la condamner à verser à M. X. la somme complémentaire de  
10 000 euros, l'arrêt retient que la société, en diffusant les œuvres de  
l'auteur sans mentionner son nom, avait "porté atteinte au nom de  
l'intéressé" en application de l' article 9 du Code civil ; en statuant  
ainsi, alors qu'elle avait condamné (cette) société à verser à M. X. la  
somme de 35 000 euros en réparation des atteintes portées à ses  
droits patrimoniaux et moraux d'auteur, la cour d'appel a méconnu  
le principe susvisé et violé, par fausse application, le texte susvisé ».  
*Cass. Ire civ., 11 nov. 2013, n° 13-20.209, F –D.*

المسئول، ولا يلزم بالفرق بين الشيء القديم والجديد<sup>(1)</sup>. وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي باضطراد ومنذ زمن طويل<sup>(2)</sup>.

بيد أنه توجد ثمة حالات عديدة يتحصل فيها المتسبب في الضرر على أرباح أو فوائد طائلة من جراء خطئه. فهل تؤخذ تلك الأرباح أو الفوائد في الاعتبار عند تقدير التعويض أم لا<sup>(3)</sup>.

يقرر الرأي الغالب في الفقه<sup>(4)</sup> أنه لا يجوز للقاضي أن يأخذ في الاعتبار عند تقدير التعويض لقيمة المنفعة أو الربح التي جناها المسئول من جراء خطئه؛ ذلك أن التطبيق الحرفي الدقيق لمبدأ التعويض الكامل للضرر يفرض أن يكون التعويض جابراً لكل الضرر دون زيادة أو نقصان. فإذا سمحنا للمضرور بالحصول على المنفعة التي حققها المسئول، فإن ذلك يؤدي إلى إثرائه على حساب المسئول دون سبب وهذا ما لا يجوز قانوناً.

بينما يرى البعض الآخر من الفقه<sup>(5)</sup>، أن المنفعة التي تعود على محدث الضرر تعد من قبيل الظروف الملازمة للضرر، مما يعنى ضرورة أن يأخذها قاضي الموضوع في اعتباره عند تقديره للتعويض. بل يزيد على ذلك بأن القاضي يعتد بتلك المنفعة حتى في الأحوال التي لم يكن فيها المتضرر قد تمسك صراحة بتلك المنفعة طالما أن لها أصل ثابت في الأوراق المعروضة عليه.

1 ( ) راجع: د. عيد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، فقرة 648، ص 899؛ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1992، فقرة 482، ص 566.

(2) V. par exemple, Cass. civ. 2e, 8 avril 1970, *Bull. civ. II*, no 111 ; Cass. civ. 2e, 16 décembre 1970, *Bull. civ. II*, no 346 ; Cass. civ. 2e, 28 avril 1975, *Bull. civ. II*, no 121; Cass. civ. 3e, 17 avril 1991, *Bull. civ. III*, no 118, p. 68 ; Cass. civ. 2e, 14 juin 1995, *Bull. civ. II*, no 186 ; Cass. civ. 3e, 6 mai 1998, *Bull. civ. III*, no 91.

(3) فقد لاحظ بعض الفقه أن مبالغ التعويض تكون عادة منخفضة بالمقارنة بالأرباح التجارية التي تعود على فاعل الضرر. حول هذه الملاحظة، وفي خصوص الحق في الخصوصية، راجع: د. حسام الدين كامل الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، الحق في الخصوصية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1978، ص 445 وما بعدها.

(4) راجع: د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 446.

(5) د. إبراهيم صالح عطية الجبوري، المرجع السابق، ص 200.

ونحن من جانبنا نرى أن التطبيق الصارم لمبدأ التعادل بين التعويض والضرر يتنافى واعتداد القاضى بالنفع أو الكسب الذى عاد على المسئول عند تقدير التعويض؛ ذلك أن المضرور لا يتضرر من الكسب الذى عاد على المسئول ولكنه يتضرر من الخسارة التى لحقتة<sup>(1)</sup>. فإذا حكم القاضى بمبلغ تعويض كاف لجبر كامل الأضرار التى أصابت المضرور، فلم يعد له بعد ذلك سند قانونى للمطالبة بأى زيادة. فلسنا هنا بصدد أعمال نظرية الإثراء بلا سبب<sup>(2)</sup>، حيث لا تتوافر شروطها المتمثلة فى إثراء فى جانب يقابله افتقار فى جانب آخر، دون أن يتوفر السبب القانونى، فضلا عن أنه لو افترضنا جدلا توفر تلك الشروط فإننا نعتد بأقل القيمتين، قيمة الإثراء، وقيمة الافتقار، وليس بأكثرهما.

وهذا الرأى تؤيده محكمة النقض الفرنسية، حيث قضت صراحة فى حكم لها صادر فى 26 نوفمبر سنة 2003<sup>(3)</sup> بعدم رد المنافع التى حصل عليها محدث الضرر بطريقة غير مشروعة.

## الفرع الثانى

### نظرة نقدية لمبدأ التعويض الكامل للضرر

43. رأينا فيما سبق أن مبدأ التعادل بين التعويض والضرر يعد مبدأ مستقراً ومسلماً به<sup>(4)</sup> من قبل الفقه والقضاء سواء فى فرنسا أو فى مصر. ولكن هل يعنى

1) راجع: د. حسام الدين كامل الأهوانى، المرجع السابق، ص 446.  
2) لمزيد من التفاصيل حول هذه النظرية، راجع: د. جميل الشرقاوى، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 579-594؛ وفى الفقه الفرنسى، راجع: Ph. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, responsabilité civile- Contrat*, éd. Litec, 1998, pp.203-207.

(3) Cass. com., 26 nov. 2003, *societe Alain Manoukian c/ wajsfsisz*, arret no 1662 FS-p.

(4) ولا أحد ينكر أن مبدأ التعادل بين التعويض والضرر لا يضمن فقط للمضرور تعويضا شاملا للضرر الذى ألم به، بل أيضا يتميز بالمرونة وسهولة التوافق مع المعطيات الجديدة فى المجتمع. كذلك فهو يحث القاضى على ضبط التعويض مع الأوضاع الخاصة والتى لا يمكن أن تطبق بشأنها الصيغ الحسابية الجامدة، راجع:

G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, op. cit., no 58 et s, pp. 113 -115.

ذلك أنه بات يشكل عقيدة ومبدأ مقدساً لا يمكن الخروج عليه؟

في حقيقة الأمر لا ننكر أن لمبدأ التعويض الكامل سطوة ونفوذ . على الفقه والقضاء . استمدهما من كونه تعبيراً عن اكتمال تطور الفكر القانوني بالفصل التام بين المسئوليتين المدنية والجنائية<sup>(1)</sup>. ومع ذلك، فإن خروج القضاة على مقتضاه على الرغم من تأكيدهم على الالتزام به، يجعل منه مبدأ نظرياً. ذلك أن مؤدى تقرير محكمة النقض الفرنسية والمصرية<sup>(2)</sup> لسلطة قاضي الموضوع في تقدير التعويض، هو أن يكون له الحق في أن يحكم بتعويض يربو كثيراً على مقدار الضرر الذي لحق بالمضرور بهدف زجر الاتحراف الملووم في مسلك المسئول.

كذلك فإن التطبيق الدقيق لهذا المبدأ وذلك بالاعتداد فقط بالضرر الحقيقي الذي لحق بالضحية، يؤدي إلى حلول غير مرضية من وجهة نظر العدالة الفردية؛ حيث لا يؤخذ بعين الاعتبار لا جسامه الخطأ المرتكب، ولا قدر الأذى الذي يكشف عنه، ولا المنافع التي كان الفاعل يأمل الحصول عليها من وراء مسكه غير المشروع، ولا الحاجات الفعلية للمضرور<sup>(3)</sup>. هذا فضلاً عن أن تطبيقه الفقهي الصارم يصطدم بصعوبات عملية عديدة في كثير من الفروض<sup>(4)</sup>، ففي الكثير من الأضرار لا يصلح التعويض لإعادة المضرور إلى سابق حالته قبل حدوث الضرر، كما هي الحال بالنسبة للأضرار الجسدية، والأضرار الناجمة عن فوات الفرصة، أو الأضرار المترتبة على فقدان أو اتلاف مال فريد من نوعه كإتلاف لوحة فنية نادرة. كما يتأثر تطبيق هذا المبدأ أيضاً بصعوبة تقييم الضرر بمبلغ من النقود، كما هي الحال بالنسبة للضرر الأدبي على نحو ما سوف نراه، ولذلك فإن عودة المضرور

1 ( ) انظر: د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، فقرة 76 ص 150.

(2) راجع على سبيل المثال، نقض مدني جلسة 1996/7/8 مجموعة المكتب الفني (1114/209/2/47)، ص 1667؛ نقض مدني جلسة 1997/12/28 مجموعة المكتب الفني

(1584/295/2/48) ص 1667.

(3) G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, op. cit., no 58-1, pp. 116 et s ; V. P. ROY, *th. préc.*, pp. 89 et s.

(4) V. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, op. cit., no58-1, p. 116 et s ; S. PORCHY-SIMON, *op. cit.*, nos 8 11 et ss, p. 390 et s.

إلى سابق حالته ليست في الحقيقة سوى أمراً متوهماً أو تخمينياً أو تقريبياً<sup>(1)</sup>.

وأخيراً، فإن التقيد بمبدأ التعويض الكامل ليس أمراً متعلقاً بالنظام العام، ومن ثم يمكن الخروج عليه في بعض الفروض، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1 ديسمبر 2010<sup>(2)</sup>، كما أن المشرع خرج عليه في حالات عديدة، منها التحديد الجزافي للتعويض المستحق للمضور، وحالة الفوائد التأخرية، وذلك عندما يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود، معلوم المقدار، ويتأخر المدين في الوفاء به، وفي المسؤولية عن إصابات العمل، إذ يتقاضى العامل تعويضاً جزافياً محددًا طبقاً لأسس معينة ثابتة، وكذلك حالة التعويض الاتفاقي<sup>(3)</sup>.

ولهذا فإن التوجه العام في الفقه الفرنسي هو وجوب إعادة النظر والتفكير في هذا المبدأ لملاحقة التطورات الحديثة في قانون المسؤولية المدنية. وهذا ما تؤكدته الأستاذة Viney بقولها "إذا كانت الغاية من استخلاص المبادئ القانونية وصياغتها هي خدمة العدالة، فإن مؤدى ذلك أنه عندما يظهر قصور أحد المبادئ عن تحقيق تلك الغاية، أو أن التقيد به سيفضي إلى نتائج غير مناسبة، فينبغي تطفيفه أو التخفيف من جموده أو حتى استبعاده نهائياً"<sup>(4)</sup>. وهذه الملاحظة تنطبق على أعمال مبدأ الجبر الكامل للضرر بصدد الأخطاء المكسبة. فكما سبق أن رأينا - يحتفظ المسئول بجزء من العائد المادي الذي عاد عليه من جراء خطئه على الرغم

(1) V. S. DE LUCA, *op. cit.*, p.33.

(2) Cass. civ. Ire 1 déc. 2010 (09-13.303) arrêt n° 1090 ; D. 2011, p. 24, obs. I. GALLMEISTER ; *RTD civ.*, 2011. 122 ; *Rev.crit.DIP*, 2011, P. 93-102, note H. GAUDEMET-TALLON ; B. FAGES, «Peines excessives », *note sous Cass. civ. 1re, 1 déc. 2010, no 09-13.303, RTD civ.*, 2011, pp. 122-126.

(3) راجع: د.محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 813، 814، 815، 816؛ بيرك فارس حسين، ومنار عبدالمحسن عبدالغنى، التعويض والغرامة وطبيعتهما القانونية، دراسة تحليلية مقارنة، جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 6 السنة الثانية، ص102. وفي الفقه الفرنسي،

G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, no60, pp. 124 et s S. DE LUCA, *op. cit.*, p.34.

(4) V. G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civil », *art. préc.*, p.2945.



من الحكم ضده بكامل التعويض، وهو ما يكشف قصور هذا المبدأ وعجزه عن مجازاة تلك الأخطاء. لذا يتعين أن يكون التعويض المقضى به مجهضاً لمسلك الفاعل بحيث يحرمه من المزايا التي كان يخطط لاقتناصها من الضحية<sup>(1)</sup>. إما القول بضرورة معادلة التعويض للضرر فلن تثني مباشر الفعل الضار عن مواصلة نشاطه في المستقبل طالما أنه لم يجد رد الفعل الرادع من قبل القانون<sup>(2)</sup>.

ولكن هل يعرف القانون المدني فكرة الردع؟ الواقع أن الردع من وظيفة القانون الجنائي، ولا يمكن إدخال تلك الفكرة في القانون المدني إلا من خلال نظرية العقوبة المدنية الخاصة<sup>(3)</sup>، والتي تتمثل في عدم الوقوف بالتعويض عن حدود التعويض العادل بل تتجاوزه بهدف عقاب المسئول. غير أن تلك الفكرة لا تزال محل عداء شديد من قبل غالبية الفقه الفرنسي الذي يرى فيها تعبيراً عن النزعة الانتقامية والبربرية التي كانت تتسم بها العقوبة في العصور البدائية. فهل - حقاً - اختفت الوظيفة العقابية من القانون المدني أم لا زالت باقية وما حجم الدور الذي يمكن أن تؤديه في الوقت الحاضر؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه فيما يلي:

(1) راجع: د. يحيى صقر أحمد صقر، الرسالة السابقة، ص 483.

(2) V. P.JOURDAIN, *Rapport introductif*, préc., no 8 ; M. LACROIX, "Attention au gros lot! Richard c. Time Inc.", *Revue du Barreau*, (en ligne) Tome 71, 2012, pp. 147-173, spéc. P. 172.

(3) V. Starck (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Introduction au droit*, 5 e éd. Litec 2000, no 92, p.39.

ولمزيد من التفاصيل حول عوامل انبعاث العقوبة الخاصة، وخصائنها وتطبيقاتها، وذلك من خلال رسالة أيجنى، راجع: د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، فقر 47-69، ص 97-141؛ وحول تطبيق فكرة العقوبة الخاصة في مجال التأمين: راجع: د. محمد شكري سرور، الجزاءات الخاصة في عقد التأمين، دراسة لبطلان الوثيقة ووقف الضمان، رسالة دكتوراه - حقوق القاهرة، 1975؛ د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود "دراسة فقهية قضائية مقارنة"، دار النهضة العربية، 1990، ص 289 وما بعدها؛ د. مصطفى أبو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، رسالة دكتوراه - حقوق القاهرة، 2000، من ص 565 إلى ص 590.

## المطلب الثاني

### إنكار الوظيفة العقابية للمسئولية المدنية

#### (العقوبة الخاصة)

44. يؤكد الفقه الفرنسي أن المسئولية المدنية قد أدت وظائف عديدة على مر العصور، منها الوظيفة العقابية، والوظيفة التعويضية، والوظيفة المعيارية، والوظيفة المانعة أو الوقائية. وقد اختلفت الأهمية النسبية لكل وظيفة تبعاً للعصور والأماكن، ونوع الأخطاء ومع ذلك فلم يثر أى تنازع بينها؛ إذ كانت كل منها تخدم الأخرى بقدر ما<sup>(1)</sup> (الفرع الأول). ومع وضع التقنين المدنى الفرنسى، وتبعاً لذلك استقلال المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية، طغت الوظيفة الاصلاحية للمسئولية المدنية وأصبحت تمثل وظيفتها الأساسية، وعاشت الوظائف الأخرى فى ظلها وعلى نسيان شبه كامل من جانب الفقه على الرغم من أهمية تلك الوظائف لفرض احترام حقوق الغير، ولا سيما الوظيفة العقابية التى يأسف بعض الفقه الفرنسى على غيابها فى القانون المعاصر (الفرع الثانى).

#### الفرع الأول

### تطور وظائف المسئولية المدنية

#### الفصل الأول

### العقوبة الخاصة جزاء للمسئولية بوجه عام

45. فى ظل الشرائع البدائية الأولى لم يكن للمسئولية إلا وظيفة واحدة وهى عقاب المعتدى، فقد كان كل اعتداء يقع على الإنسان فى جسمه أو فى ماله يستتبع رد فعل مماثل له وهو الثأر والانتقام ممن وقع منه الاعتداء. وكان

(1) V MEKKI (Mostapha), «La place du préjudice en droit de la responsabilité civile», 2010, pp. 151-200, spéc. pp. 157-161 disponibles sur internet à l'adresse : [lex.juris.hokudai.ac.jp/gcoe/journal/LPG\\_vol5/5\\_7.pdf](http://lex.juris.hokudai.ac.jp/gcoe/journal/LPG_vol5/5_7.pdf).

راجع أيضاً: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 123 وما بعدها.

المضروب بنفسه أو بمعاونة أفراد قبيلته هو الذى يتولى الثأر والانتقام دون الرجوع إلى أى سلطة. ولم تكن ثمة ضوابط للثأر، حيث كان يتوقف على قوة ومكانة المعتدى عليه والوضع الاجتماعي لقبيلته، وكان المضروب يسرف فى استعمال حقه، الأمر الذى كان يشعل الحروب بين القبائل لسنوات طويلة. لذا توصلت الجماعة إلى نظام التخلي عن المعتدى للتخفيف من مسؤولية الأسرة أو القبيلة، والذى بمقتضاه كانت تعلن الأسرة أو العشيرة تبرأها من المعتدى وتتركه تحت رحمة المعتدى عليه وعشيرته. ثم توصلت الجماعة - مع تقدم الفكر البشرى - إلى الدية وهى عبارة عن مبلغ من المال يتفق عليه المعتدى مع المعتدى عليه وأسرته مقابل شراء حياته ومنع القصاص منه. وكانت الدية فى البداية اختيارية، ثم صارت فيما بعد إجبارية ومحددة القيمة سلفاً بحكم العرف أو القوانين<sup>(1)</sup>.

وعندما قويت السلطة العامة، لم تقتصر على فرض الدية على المعتدى، بل تدخلت لفرض عقوبة باسم المجتمع على بعض الجرائم التى لا يقتصر ضررها على المجنى عليه وحده، بل يتعداه إلى المساس بكيان المجتمع بأسره. وقد ترتب على ثبوت حق المجتمع فى العقاب أن بدأت الدية تظهر كتعويض للمضروب ولكنها ظلت مصطبغة بصبغة العقوبة الجنائية<sup>(2)</sup>.

ولم يتغير الوضع فى ظل القانون الرومانى، وكذلك فى بداية التقنين الفرنسى القديم، حيث كانت المسؤولية المدنية بديلاً عن الثأر وكانت لها صبغة جنائية تخول المجنى عليه الحق فى مطالبة الجانى بغرامة مالية محددة سواء فى الجرائم الخاصة أو فى الجرائم العامة<sup>(3)</sup>.

1) راجع: د. سليمان مرقس، الوافى فى شرح القانون المدنى - ج 2 - فى الالتزامات، المجلد الثانى فى الفعل الضار والمسئولية المدنية، القسم الأول، فى الأحكام العامة، المرجع السابق، فقرة 39 ص 88 وما بعدها؛ د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، فقرة 10 - 16، ص 18-30.

(2) راجع: د. عبدالودود يحيى، المرجع السابق، فقرة 143، ص 229.

(3) لمزيد من التفاصيل حول تطور المسؤولية المدنية فى القانون الرومانى والفرنسى القديم، راجع: د. سليمان مرقس، الوافى فى شرح القانون المدنى - ج 2 - فى الالتزامات، المجلد الثانى فى الفعل الضار والمسئولية المدنية، القسم الأول، فى الأحكام العامة، المرجع السابق، فقرة 46 ص 104 وما بعدها؛ د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 382، 383.

46. ثم حدث التحول عن أفكار القانون الروماني في أوائل القرن الثالث عشر، حيث بدأ التمييز بين الجرائم التي تقع على الأشخاص وجزاؤها عقوبة جنائية، والجرائم التي تقع على الأموال وتخول المضرور حقا مدنيا يتمثل في التعويض عن الضرر. وبذلك بدأ التمييز بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية.

ولكن الاستقلال التام بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية لم يتحقق إلا في القرن السابع عشر بفضل كتابات الفقيه دوما عن القوانين المدنية، حيث أرسى مبدأ عاماً للمسؤولية المدنية الشخصية المؤسسة على الخطأ<sup>(1)</sup>. ومن ثم لم تعد الأفعال التي تثير المسؤولية محددة ومحصورة سلفاً، بل أصبح الشخص ملزماً بتعويض أى ضرر يسببه، وبات جزاء المسؤولية المدنية تعويضاً مدنياً لا يصطبغ بصبغة عقابية<sup>(2)</sup>.

وهكذا تحقق الفصل التام بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية في أواخر عهد القانون الفرنسي القديم، وأصبح يكفي لتحقيق المسؤولية المدنية ارتكاب أى خطأ يسبب ضرر للغير.

## الفصل الثاني

### زوال الوظيفة العقابية وهيمنة الوظيفة التعويضية

47. قنن واضعو التقنين المدني الفرنسي قواعد المسؤولية المدنية كما وردت في كتابات الفقيه دوما وضمونها نص المادة 1382 التي تقرر القاعدة العامة في المسؤولية المدنية القائمة على الخطأ واجب الإثبات، وأن كل خطأ يلزم من وقع منه بالتعويض، والمادة 1383 والتي تقضى بأن المرء لا يسأل عن الضرر

V. P. ROY, *Les dommages exemplaires en droit Québécois, instrument de la revalorisation de la responsabilité civile*, Thèse Montréal, octobre 1995, pp. 25-33.

(1) V. S. PORCHY-SIMON, *op. cit.*, no 546 p. 276.

(2) راجع: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - ج 2 - في الالتزامات، المجلد الثاني في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، في الأحكام العامة، المرجع السابق، فقرة 46 ص 107 وما بعدها؛ د. عبدالودود يحيى، المرجع السابق، ص 229.

الذى يسببه بفعله فحسب بل يسأل أيضا عما سببه بإهماله أو بعدم تبصره. ثم نصوا بعد ذلك على الأحكام الخاصة ببعض أحوال المسؤولية المدنية في المواد من 1384 إلى 1386 .

وقد سار القانون المدني المصري في نهج مطابق للتقنين المدني الفرنسي حيث قرر في المادة 163 مبدأ المسؤولية المدنية القائمة على الخطأ واجب الإثبات، ثم تلى ذلك بالنص على حالات المسؤولية عن عمل الغير<sup>(1)</sup> والمسؤولية الناشئة عن الأشياء<sup>(2)</sup>.

48. وهكذا، بوضع التقنين المدني الفرنسي سنة 1804 تم إرساء قواعد المسؤولية المدنية بصفة نهائية، وأصبحت مستقلة تماما تجاه المسؤولية الجنائية، وأصبح لكل منهما نطاقه الخاص ووظيفته التي يستهدفها<sup>(3)</sup>. فالمسؤولية المدنية تهدف تعويض المضرور والمسؤولية الجنائية تتجه إلى عقاب المسئول على قدر جرمه. ولكن هل يعنى ذلك أن الوظيفة العقابية للمسؤولية المدنية قد اندثرت إلى غير رجعة أم أنها توارت فقط عن أفق الفقه لعدم الحاجة إليها؟

في واقع الأمر، لا أحد ينكر اليوم أن المسؤولية المدنية لم تعد قادرة على تأدية وتحقيق الدور العقابي الرادع الذى كانت تؤديه على مر العصور، وذلك بسبب القواعد القانونية التي تهيمن عليها بعد صدور التقنين المدني الفرنسي والمصري، ولاسيما عدم الاعتداد بدرجة جسامه الخطأ. وكذلك شيوع نظام التأمين من المسؤولية وما استتبعه من تحمل ذمة الغير بعبء الالتزام بدفع التعويض بدلاً من المسئول عن الخطأ<sup>(4)</sup>.

زيادة على ما تقدم، فلئن كانت ثمة حاجة ملحة للردع والعقاب على بعض الأفعال، فإن هناك وسائل أخرى وحلول بعيدة عن المسؤولية المدنية قادرة على

(1) المواد 173، 174، 175 من القانون المدني.

(2) المواد 176، 177، 178 من القانون المدني.

(3) راجع: د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص385؛ د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، من ص 19-30.

(4) V. en même sens, S. PORCHY-SIMON, *op. cit.*, p.296; P. ROY, *th. préc.*, pp.89 et s.

أداء هذا الدور، ونقصد بذلك اللجوء إلى القانون الجنائي الذى يتكفل بزجر وعقاب بعض أنماط السلوك الخطيرة على نحو أكثر فاعلية من قانون المسؤولية المدنية؛ ذلك أن مقدار العقوبة يكون على قدر جسامته الجرم المرتكب، وأن تقرير العقوبة على الفعل بطريقة مسبقة يؤدي إلى استمرارية التهديد بالنسبة لمن يفكر فى اقتراف الجريمة. كما أن القانون الجنائي يتضمن العديد من الجزاءات المختلفة، وتسهر على تطبيقه وتنفيذه الكثير من الأجهزة المختصة الأمر الذى يمكنه من تحقيق وظيفة الردع فى المجتمع<sup>(1)</sup>.

وسبيل القانون الجنائي لتلبية حاجة القانون المدني إلى الردع يكون من خلال اعتبار بعض المخالفات المدنية جرائم ويقرر لها عقوبات محددة. وعلى الرغم من سهولة هذا الطريق وشيوعه، فإنه لا يقدم حلاً كاملاً للحاجة إلى الردع فى القانون المدني، وذلك لأن تطبيق القانون الجنائي قد يؤدي إلى إفلات الشخص من الجزاء بسبب تخلف الإجراءات أو عدم ثبوت القصد الجنائي، أو بسبب العفو العام، كما أن المخالفات المدنية قد يصعب إثباتها لا خفائها من قبل الأطراف المعنية، وعدم وجود مصلحة لهم فى العقاب عليها<sup>(2)</sup>. فضلاً عن أن مبدأ "شرعية الجرائم والعقوبات" يعرقل فاعلية القانون الجنائي فى بعض المجالات، كالمجال الاقتصادى الذى يمثل الأرض الخصبة للأخطاء المربحة، إما بسبب عدم تجريم ارتكاب بعض الأخطاء، وإما بسبب عدم كفاية العقوبات المقررة فى القانون لردع فاعل تلك الأخطاء أو المخالفات<sup>(3)</sup>. ويترتب على هذا الوضع أن المسئول سيفلت من المساءلة الجنائية، وفى نفس الوقت لن يرد ما تحصل عليه من أرباح دون حق، لأنه سيحكم عليه بتعويض معادل بدقة للضرر الذى لحق المضرور.

لهذا فإن الأمر يحتاج كما قلنا سلفاً إلى تحقيق الردع من خلال جزاء ينتمى إلى القانون المدني، وهذا ما دعى الفقه إلى محاولة بعث العقوبة الخاصة من جديد.

1 ( ) حول ضعف دور المسؤولية المدنية عن معاقبة التصرفات المعادية أو المضادة للمجتمع، راجع: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 124، 125.  
(2) راجع: د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 210، 211.  
(3) G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civil », art. préc. , p.2945.

### الغصن الثالث

#### محاولات الفقه لإحياء الوظيفة العقابية

49. يعد ايجيني Huguey أول فقيه فرنسي تصدى لنظرية العقوبة الخاصة وذلك في مؤلف له حمل نفس العنوان في سنة 1904<sup>(1)</sup>، حيث تلقى فيها أفكار أهرينج<sup>(2)</sup>، وكشف عن الاتجاه الشخصي في الجزاء المدني بصفة عامة.

وقد بدأ ايجيني محاولته في احياء فكرة العقوبة الخاصة بذكر العوامل المختلفة التي أدت إلى انبعاثها في القانون المعاصر، وردّها إلى عاملين أساسيين: الأول هو وجود ظروف قانونية وأخلاقية واجتماعية واقتصادية نتيجة للتغيير في الأفكار والعادات والأخلاق يجعل المناخ العام الحالي مماثلاً تماماً للمناخ الذي نشأت فيه العقوبة الخاصة في العصور القديمة.

فبالنسبة للظروف القانونية، يرى ايجيني، أنه ما دامت العقوبة الخاصة تقع على حدود القانون المدني والجنائي، فإنها تتأثر حتماً بما يطرأ على كل منهما من تغيير، وعلاقة كل منهما بالآخر. فالقانون الجنائي استعاد سيطرته على بعض المجالات التي أفلتت من سلطانه، بل واستحدث مجالات أخرى، كما أن التوجه العام فيه هو التخفيض المستمر للعقوبات. إلى جانب ذلك فالقانون الجنائي يقدم المعونة والمساعدة للقانون المدني في فرض جزاءات لبعض أفعاله تكون أخف

## كلية الحقوق

(1) Louis HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1904, cite par P. ROY, *Les dommages exemplaires en droit Québécois, instrument de la revalorisation de la responsabilité civile*, Thèse Université Montréal, octobre 1995, notamment pp. 60-65.

(2) الذي اعترض على تطرف القضاء الألماني في الموضوعية عند تقدير التعويض بحيث يكافئ التعويض الضرر تماماً دون الالتفات إلى درجة جسامة الخطأ، ورأى أن هذا المسلك من جانب الفقه والقضاء نابع عن فهم خاطئ لقواعد القانون الروماني التي يعتقد القضاء أنه يطبقها تطبيقاً حرفياً حيث أشار إلى أن القانون الأخير كان يوازن بين الخطأ والضرر في صورة العقوبة الخاصة المقررة للجرائم الخاصة وأن المهمة الأسمى للعدالة هي تناسب التعويض مع الخطأ، انظر: د. يحيى صقر أحمد صقر، الرسالة السابقة، ص 554، 555.

قسوة من العقوبة العامة وأشد من الجزاء المدنى، وهذه هى العقوبة الخاصة<sup>(1)</sup>.

أما الظروف الأخلاقية والاجتماعية فقد حصرها ايجينى فى الثقة المطلقة للنقود والتي أدت إلى تقرير العقوبة الخاصة كجزء مالى للفعل الضار، والحساسية المفرطة تجاه الاخلال بالحق والتي أدت إلى التأثر بدرجة جسامه الخطأ، وهذان العنصران كما يرى ايجينى يتكرران اليوم<sup>(2)</sup>.

ويقول ايجينى عن الظروف الاقتصادية أن سبب ظهور العقوبة الخاصة قديما يعود إلى نظام المبادلة، ومن ثم فإن حرمان المضرور من منفعة شئيه كان يولد لديه غضباً شديداً لصعوبة ايجاد شئء مماثل، ولا يهدأ هذا الغضب إلا بجزاء شديد عن طريق العقوبة الخاصة، فلما اكتشفت النقود امكن تقييم الضرر بسهولة وحل التعويض محل العقوبة. ويرى أن اكتمال العلاقات الاقتصادية فى العصر الحديث أدى أن نفس الشعور لدى الدائن الذى يغدر به مدينه<sup>(3)</sup>.

أما العامل الثانى الأساسى فيتمثل فى عجز نظام التعويض الجابر للضرر عن توفير الاحترام والحماية لقواعد القانون المدنى وظهور الحاجة الملحة إلى رد فعل رادع ينتسب إلى القانون الخاص، لاسيما فى الحالات التى يحقق فيها الفعل الضار لفاعله منفعة تزيد على التعويض المقضى به لجبر الضرر<sup>(4)</sup>.

وحدد ايجينى للعقوبة الخاصة ثلاثة عناصر مميزة لها عن التعويض وهى:  
عنصر مادى ويتمثل فى عدم ارتباط العقوبة الخاصة بمدى الضرر الحادث فعلا.  
وعنصر أخلاقى يتمثل فى الاعتداد بدرجة جسامه الخطأ فى تقدير التعويض. وعنصر يتعلق بالهدف وهو إحداث جرح جديد لمحدث الضرر يتمثل فى تحقيق الردع<sup>(5)</sup>.

وعلى الرغم من انتقاد الفقه للعقوبة الخاصة كما صاغها ايجينى، بوصفها ارتداد للعقوبة البربرية التى كانت سائدة فى العصور البائدة، فضلا عن أنها تنكر

(1) راجع: د. محمد إبراهيم دسوقى، المرجع السابق فقرة 48 من ص 98 إلى ص 100.

(2) راجع: د. محمد إبراهيم دسوقى، المرجع السابق فقرة 49، ص 100.

(3) انظر: د. محمد إبراهيم دسوقى، المرجع السابق، فقرة 50 ص 101.

(4) انظر: د. محمد إبراهيم دسوقى، المرجع السابق فقرة 51 من ص 101 إلى ص 103.

(5) راجع: د. محمد إبراهيم دسوقى، المرجع السابق، فقرة 52، 53 ص 104-107.



تطور الفكر القانوني، وكذلك اتساع نطاق هذه العقوبة ليعم القانون بالمدنى بأكمله وليس التعويض فقط. وعمومية تطبيقات العقوبة الخاصة، إلا أن محاولة ايجينى قد لفتت الأنظار إلى قصور التقدير الموضوعى للضرر وعجزه عن ملاحقة التطورات الحاصلة في مجال المسؤولية المدنية<sup>(1)</sup>.

50. لذلك جاء بوريس ستارك بعده في سنة 1947 وقرر أن للمسئولية المدنية وظيفه مزدوجة: ضمان Garantie وعقوبة خاصة peine privée<sup>(2)</sup>. وفيما يتعلق بوظيفة الضمان يقول ستارك إن المسؤولية لا ترتبط بالخطأ ولكن بالأضرار التي تصيب الشخص في حقوقه الأساسية في السلامة الجسدية وسلامة أمواله، فهذا الضرر يتوجب تعويضه حتى ولو لم ينسب إلى المسئول عنه أى خطأ، وفي مقابل هذا الضمان يوجد حق الآخرين بالتصرف بحقوقهم حتى ولو أحدثت ضرراً بالغير، فإن هذا الضرر يظل مشروعاً طالما أن ممارسة الحق تمت في الاطار القانونى المسموح به ودون أى تجاوز.

وأما عنصر الخطأ عند ستارك فيؤدى وجوده إلى إعمال وظيفة العقوبة الخاصة. ولكن يلزم في هذا الخطأ حسب ستارك أن يكون متميزاً أو موصوفاً Faute caractérisée. ويقول ستارك إن العقوبة الخاصة لها حد أدنى وهو التعويض الموضوعى المعتدل الذى لا يشمل إلا الخسارة اللاحقة أو القيمة التجارية للشئء التالف أو الايرادات المعتادة لمثل المضرور، ولا يشمل الضرر غير المتوقع في المسؤولية العقدية، كما لا يشمل الضرر الأدبى. ولها حد أقصى وهو التعويض الكامل المقدر تقديراً ذاتياً. ولكن العقوبة الخاصة في نظر ستارك لا يجب

(1) د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق فقرة 54 من ص 107 إلى ص 109.

(2) V. B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile: considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris 1947.

ومما هو جدير بالذكر أننا اعتمدنا في صياغة فكرة ستارك عن العقوبة الخاصة على ما ورد في مؤلف د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 152 إلى 159، وكذلك د. حسن عبدالرحمن قدوس، الحق في التعويض، مقتضياته الغائبة، ومظاهر التطور المعاصر في النظم الوضعية، دار النهضة العربية، 1998، ص 263 إلى 345؛ د. مصطفى العوجى، المرجع السابق، ص وفي الفقه الفرنسى:

G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, 2e éd. LGDJ, 2001, no 4, p. 5.

أن تتجاوز مقدار الضرر او تحقق اثره للمضرور<sup>(1)</sup>.

ويحدد ستارك عناصر العقوبة الخاصة في ثلاثة: الأول يتعلق بالهدف ويتمثل في منع الخطأ الذي كان يمكن تحاشيه، والثاني مادي وهو تكملة تعويض الضمان، والثالث عنصر أدبي يتمثل في ردع الخطأ الثابت المتميز او الموصوف<sup>(2)</sup>.

وقد تعرضت نظرية الضمان كما صورها ستارك لانتقاد الفقه، ولم تحظى باهتمام القضاء ولا بمباركة المشرع.

51. وفي سنة 1995، قامت الأستاذة سوزان كارفال<sup>(3)</sup> بإعادة دراسة نظرية العقوبة الخاصة التي تحققها المسؤولية المدنية من كافة جوانبها، حيث جمعت العديد من الحلول القانونية في القانون الفرنسي وبعض القوانين الأجنبية، وقامت بتحليلها، وانتهت إلى نتيجة هامة مفادها أن تلك الحلول لا يمكن تفسيرها إلا من خلال الوظيفة العقابية للمسؤولية المدنية على الفعل الضار أو المسلك الخاطئ. ولذلك فهي تدافع بشدة عن العقوبة الخاصة، وتنادى بضرورة توسيع نطاق تطبيقها وجعلها وظيفة رسمية للمسؤولية المدنية لاسيما في مجالات الاعتداء على المصالح الاقتصادية، والمساس بالسلامة الجسدية، وبالنسبة للأضرار الأدبية، كما اقترحت نظاماً قانونياً لها يوضح كيفية تحديد مبلغ العقوبة، وطريقة منحه<sup>(4)</sup>.

يخلص مما تقدم أنه على الرغم من تلك المحاولات الفقهية وتأكيد الكثير من

## كلية الحقوق جامعة القاهرة

(1) د. محمد ابراهيم دسوقي المرجع السابق، ص 158-159

(2) د. محمد ابراهيم دسوقي المرجع السابق، ص 159.

G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, op. cit., no 4, p. 5.

(3) S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Bibli. de droit privé, t. 250, Paris, L.G.D.J., 1995, xxi + 417. pages.

وراجع أيضا التعليق على هذه الرسالة من قبل العلامة Andre TUNC، والمنشور في المجلة الدولية للقانون المقارن.

In : *RID Comp.* Vol. 47 N°4, Octobre-décembre 1995. pp. 1046-1047.

(4) هذه المعلومات مقتبسة من:

G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, op. cit., no 4, pp. 5-6.

الفقهاء<sup>(1)</sup> على أن المسؤولية المدنية، وإن كانت لها وظيفة تعويضية بصفة أساسية، فإن ذلك لا يعنى حتماً أنه ليس لها دور زجرى وراذع طالما أن التعويض يثقل الذمة المالية للمسئول، بل أنها تؤدي فضلاً عن ذلك دوراً وقائياً مانعاً؛ فالحكم على المسئول بالتعويض يدفع إلى مزيد من الحيطة والحذر في السلوك. ومع ذلك يبقى هذا الدور العقابي دوراً ثانوياً لم يقننه المشرع بوجه عام، وتتكسر المحاكم على نحو رسمي، وإن استلهمته في التطبيق الواقعي<sup>(2)</sup> على نحو ما سنراه فيما بعد. ولكننا نستطيع القول إن الوظيفة العقابية للمسؤولية المدنية لم تختف بصفة نهائية، بل لا نغالي إن قلنا إنها تشهد اليوم إعادة بعث من جديد، سواء بطريقة صريحة أو ضمنية.

### الفرع الثاني

## عدم وجود مبرر مقبول لإنكار الوظيفة العقابية للمسؤولية المدنية

تقسيم:

52. إن فكرة العقوبة المدنية الخاصة *La peine civile privée* التي تحققها المسؤولية المدنية ليست غريبة عن القضاء الذي يمارسها تحت ستار سلطته المطلقة في تقدير التعويض (الغصن الأول)، ولا عن المشرع. الفرنسي والمصري. الذي أورد، في القانون المدني الفرنسي والمصري، صوراً عديدة لها بهدف عقاب المسئول وليس جبر ضرر المضرور (الغصن الثاني). وهذا مفاده أنه ليس يوجد مبرر مقبول لعدم الاعتراف بالوظيفة العقابية للمسؤولية المدنية وذلك على نحو استثنائي في حالات معينة، يمكن أن نضيف إليها حالة الخطأ المكسب.

# كلية الحقوق جامعة القاهرة

(1) V. S. PORCHY-SIMON, *op. cit.*, no 533, p.273.

د. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 122 وما بعدها.

(2) G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, no 4, p.6.

## الفصل الأول تطبيق القضاء للوظيفة العقابية للمسئولية المدنية على نحو مستمر

### أولاً الاعتداد بجسامة الخطأ فى التقدير القضائى للتعويض:

#### أ) الاعتداد بجسامة الخطأ تحت ستر السلطة التقديرية:

53. إذا كان الأصل أن يراعى القاضى جسامة الضرر لا جسامة الخطأ . كما تقدم . إلا أن الواقع العملى . سواء فى فرنسا أو فى مصر<sup>(1)</sup> . يشهد بأن القاضى لا يمكنه بوصفه إنساناً له مشاعر وأحاسيس أن يمنع نفسه من التأثر بدرجة جسامة خطأ المسئول، ولكنه لا يصرح بذلك فى حيثيات حكمه، بل على النقيض قد يجهر فى بعض الأحيان بأن جسامة الخطأ لا دخل لها فى تقدير مبلغ التعويض<sup>(2)</sup>.

- (1) د. عبدالرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الأول مصادر الالتزام، المرجع السابق، فقرة 648، ص 900 وما بعدها؛ د. سليمان مرقس، الوافى فى شرح القانون المدنى -2- فى الالتزامات - المجلد الرابع - أحكام الالتزام - الطبعة الثانية، دار الكتب القانونية شتات - مصر، المنشورات الحقوقية ببيروت لبنان، 1992، فقرة 93، ص 175؛ د. عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1986، فقرة 482، ص 522 وما بعدها؛ د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، الوجيز فى النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة فى القانونين المصرى واللبنانى، دار النهضة العربية 1983، فقرة 469، ص 359؛ د. جميل الشرفاوى، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثانى، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، 1992، ص 57 وما بعدها؛ محمد حسام محمود لطفى، النظرية العامة للالتزام، المصادر - الأحكام - الإثبات، دراسة تفصيلية فى ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء - القاهرة 2007، ص 280؛ د. عصمت عبدالمجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات - الجزء الأول - منشورات جامعة جيهان الخاصة - أربيل، الطبعة الأولى 2011، ص 625؛ د. عبدالرشيد مأمون، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الثانى أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، 1996، ص 07 وما بعدها.
- (2) راجع: د. عبدالرزاق السنهورى، الوسيط المرجع السابق، ص 901 هامش رقم 1، حيث يشير العلامة المرحوم إلى أن القضاء كان يشير إلى الاعتداد بدرجة جسامة الخطأ وذكر حكم استئناف مختلط فى أول مايو 1902 م 14 ص 278، و9 إبريل 1903 م 15 ص 238، ثم سكت عن التصريح، بل هو يصرح فى بعض الأحيان أن جسامة الخطأ لا دخل لها فى تقدير التعويض، ولا سيما فى مجال التعويض عن الضرر الأدبى. وفى نفس المعنى أيضاً، مع الإشارة إلى ذات الأحكام، راجع: د. سليمان مرقس، الوافى فى شرح القانون المرجع السابق، ص 175.

ويعتد القاضى بجسامة الخطأ من خلال سلطته في تقدير التعويض؛ ذلك أن الثابت قضاء<sup>(1)</sup> أن تحديد الضرر وتقدير مبلغ التعويض الجابر له من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضى الموضوع دون رقابة من محكمة النقض، ما دام لا يوجد في القانون نص يلزم بإتباع معايير معينه في خصوصه، ومادام قد اعتمد في قضاؤه على أساس معقول<sup>(2)</sup> .

(1) V. Cass. crim, 20 janv., 1987, *Bull. crim*, no 26, qui rappelle que "Si les juges du fond apprécient souverainement le préjudice dans la limite des conclusions des parties, ils doivent tenir compte de tous les chefs de dommage, aussi biens matériels que corporels ou moraux....", et Cass. crim. 27 oct. 1987, *Bull. crim.*, no 369; Ass. Plén., 26 mars 1999, *Bull. no 3*.

راجع أيضا على سبيل المثال ما قرره محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها وبيانات موحدة من أن "تقدير الضرر وتقدير التعويض عنه هو من المسائل الواقعية التي تستقل بها محكمة الموضوع دون تعقيب عليها فيه". راجع : نقض مدنى جلسة 1991/5/9 مجموعة المكتب الفنى (379/236/2/41)؛ نقض مدنى جلسة 1994/3/30 مجموعة المكتب الفنى (116/592//1/45)؛ نقض مدنى جلسة 1994/4/27 مجموعة المكتب الفنى (774/146/1/45)؛ نقض مدنى 1995/11/30 مجمعة المكتب الفنى (1285/251/2/46)؛ نقض مدنى جلسة 1997/5/22 مجموعة المكتب الفنى (769/152/1/48) ؛ نقض مدنى جلسة 1958/11/13، الطعن رقم 230، لسنة 24 ق، مكتب فنى 9، ص 677؛ نقض مدنى جلسة 1958/11/6، الطعن رقم 215 لسنة 24 ق، مكتب فنى 9، ص 689.

(2) وهذا ما قرره محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها، نذكر على سبيل المثال: إن محكمة الموضوع متى بينت في حكمها عناصر الضرر المستوجب للتعويض فإن تقدير مبلغ التعويض الجابر لهذا الضرر هو مما تستقل به ما دام لا يوجد في القانون نص يلزم بإتباع معايير معينة في خصوصه ولا تترتب عليها إذا هي قضت بتعويض إجمالي عن أضرار متعددة ما دامت قد ناقشت كل عنصر منها على حده وبينت وجه أحقيه طالب التعويض فيه أو عدم أحقيته. فإذا كان الحكم الابتدائي قد أوضح في أسبابه - التي أقرها الحكم المطعون فيه وأخذ بها - عناصر الضرر الذي لحق المطعون ضدهم بسبب خطأ الطاعنة وبين وجه أحقيتهم في التعويض عن كل عنصر فإن محكمة الاستئناف وقد رأت أن مبلغ التعويض المحكوم به لا يكفي في نظرها لجبر هذه الأضرار فرفعت به إلى مبلغ أكبر لما صرحت به في حكمها من أن هذا المبلغ هو ما تراه مناسباً لجبر تلك الأضرار فإن في هذا الذي ذكرته ما يكفي لتعليق مخالفتها لمحكمة أول درجة في تقدير التعويض . نقض مدنى جلسة 1965/10/28 الطعن بقرة 346 لسنة 30 ق؛ نقض مدنى جلسة 1965/4/29 الطعن بقرة 203 لسنة 30 ق؛ نقض مدنى جلسة 1967/12/28 الطعن بقرة 0310 لسنة 34 مكتب فنى 18 صفحة بقرة 1943 .

وهكذا استطاع القضاء الفرنسي والمصري أن يتستر خلف ستار سلطته المطلقة في تقدير الضرر، ويتحايل على مبدأ التساوي بين التعويض والضرر ويحكم بمبلغ كبير للتعويض دون أن يصرح بأنه أراد زجر أو عقاب المسئول أو أنه اخذ بعين الاعتبار درجة جسامة خطئه.

ومع ذلك فإن الأمر يتعلق بمجرد ممارسة مستترة وخفية من قبل القضاء، وتبعاً لذلك فلا تخضع للرقابة وهو ما يشجع على الانحراف بها من قبل القضاء نفسه<sup>(2)</sup>، فضلاً عما تؤدي إليه من عدم المساواة بين المتقاضين بسبب احتمالات تضارب الأحكام وتباينها من قاضي إلى آخر حسب ممارسته لسلطته التقديرية.

هذا وقد تعرض هذا المسلك من جانب القضاء إلى انتقاد بعض الفقه<sup>(3)</sup> الفرنسي حيث رأه جائراً وغير عادل لكل من المضرور والمسئول معاً. فالمضرور يحرم من جزء من التعويض إذا كان الخطأ يسيراً، ويستفيد إذا كان الخطأ جسيماً. إضافة إلى أنه يحول التعويض المدني من وظيفته الأساسية وهي جبر أو إزالة الضرر إلى عقوبة خاصة. كما أيده جانب آخر من الفقه الذي يرى أن التعويض المدني قد يؤدي وظيفة العقوبة الخاصة وبالتالي يجب أن تتناسب مع درجة جسامة الخطأ حتى تحقق الردع في إطار القانون المدني<sup>(4)</sup>.

ولم تسائر محكمة النقض في فرنسا ومصر<sup>(5)</sup>. قضاة الموضوع في

(1) نقض مدني جلسة 1990/4/4، الطعن 2384 لسنة 54 ق؛ نقض مدني جلسة 1966/5/19 الطعن فقرة 0310 لسنة 32 مكتب فني 17 صفحة فقرة 1201؛ نقض مدني جلسة 1966/11/8 الطعن فقرة 0135 لسنة 32 مكتب فني 17 صفحة فقرة 1629.

(2) G.VINEY, *Rapport de synthèse colloque du 20 novembre 2002 «Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage?»*, *Les Petites Affiches*, n°232, p. 66.

(3) راجع: د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، فقرة 235، ص452 والمراجع المشار إليها في هامش 2.

(4) راجع: د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص453.

(5) راجع على سبيل المثال: نقض مدني جلسة 1994/12/25 مجموعة المكتب الفني (1650/309/2/45)؛ نقض مدني 1995/11/30 مجموعة المكتب الفني (1285/251/2/46) حيث جاء في حكم المحكمة: "أن تقدير التعويض من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع مناط ذلك أن يكون قائماً على أساس سائغ مردوداً إلى

الاعتداد بجسامة خطأ المسئول، بل تشدد على ضرورة أن يكون حساب التعويض على قدر مدى الضرر دون تأثر بجسامة الخطأ، وتنقض الحكم إذا صرح بأنه أقام وزناً لهذا العنصر عند تحديد مبلغ التعويض. ولذلك بقي التناقض قائماً حيث يعدد القاضى بجسامة الخطأ، مع التزامه بالصمت عن التصريح بذلك فى مدونات حكمه خشية التعرض لنقضه من جانب محكمة النقض (1).

ولكن لماذا لا يفصح القضاة عن مراعاتهم لجسامة الخطأ فى تقدير التعويض، إذا كانت المادة 170 من القانون المدنى المصرى، بأن يقدر القاضى التعويض مع مراعاة الظروف الملايئة. فهل جسامة الخطأ من قبيل الظروف الملايئة؟

### (ب) مدى اعتبار جسامة خطأ المسئول من الظروف الملايئة فى مصر:

54. للإجابة عن هذا التساؤل، ينبغى الرجوع إلى تاريخ نص المادة 170 من القانون المدنى لتتلمس إرادة المشرع فى هذا الخصوص. فقد كانت المادة 237 من المشروع التمهيدي للقانون المدنى المصرى، تنص على أن: "يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 299 و300، مراعيًا فى ذلك الظروف وجسامة الخطأ....". وقد وافق مجلس النواب على هذا النص دون تعديل، ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترضت عليه لكونه يحتوى على عناصر لا يعرفها القانون الحالى وهى الظروف وجسامة الخطأ، واستبدلت عبارة "مراعيًا فى ذلك الظروف الملايئة"، بعبارة "مراعيًا فى ذلك الظروف وجسامة الخطأ"، وكانت حجة اللجنة فى ذلك تتمثل فى أن "جسامة الخطأ تدخل فى عموم لفظة الظروف" (2). وقد وافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته اللجنة.

عناصره الثابتة بالأوراق ومتكافئاً مع الضرر طالما لا يوجد فى القانون نص يلزم باتباع معايير معينة فى هذا الصدد..".

(1) T. IVAINER, « Le pouvoir souverain des juges du fond dans l'appréciation des indemnités réparatrices », *D.* 1972, *Chron.* 7.

وانظر فى نفس المعنى: د. أسامة أبو الحسن، المرجع السابق، ص 159.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 3، ص 390-395 مشار إليها فى د. عبدالرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الأول مصادر الالتزام، المرجع السابق، فقرة 648، ص 901 هامش 1؛ وأيضاً د. محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائى والشرط

غير أن نص المادة 170 من التقنين المدنى قد ورد فى باب العمل غير المشروع وليس فى باب آثار الالتزام بوجه عام، وهو ما يفهم منه أن المشرع قصد به أن يقصر تطبيقه على تقدير التعويض فى مجال المسئولية التقصيرية دون غيرها. وهذا من شأنه أن يمايز فى الأثر بين تقدير التعويض للمضروب من عمل غير مشروع وتعويض المضروب من عدم تنفيذ التزام عقدى، وهذا ما يؤدى إلى نتائج قانونية غير مقبولة لا سيما فى حالة فوائد التأخير القانونية<sup>(1)</sup>.

والواقع أن الأعمال التحضيرية تشهد صراحة بأن حذف عبارة "جسامة الخطأ" لم يكن يرجع لكونها لا تشكل أحد عوامل تقدير الضرر التى يضعها القاضى فى حسبانها عند تقدير مبلغ التعويض، وإنما لأنها تندرج ضمن عموم عبارة "الظروف الملايئة" التى وردت فى المادة 170 من القانون المدنى المصرى<sup>(2)</sup>.

ومع ذلك فقد انقسم الفقه المصرى بصدد تفسيره لعبارة الظروف الملايئة التى وردت فى المادة 170، حيث أخذ البعض<sup>(3)</sup> بما ورد فى الأعمال التحضيرية وفسر الظروف الملايئة بأنها تشمل الظروف الشخصية الخاصة بكل من المضروب والمسئول، كما تشمل جسامة الخطأ.

وعلى الرغم من عمومية عبارة "الظروف الملايئة"، والقاعدة فى التفسير

الجزائى والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة، 2001، ص 7، حيث تبنى هذا التوجه وأشار إلى أمثلة لبعض التشريعات التى تعتد بدرجة جسامة الخطأ عند تقدير التعويض، منها المادة 44 سويسرى، و160 بولونى، و107 تونسى، و89 مغربى. كما ورد تأكيد لذلك أيضا فى ص 54.

- (1) د. سليمان مرقس، الوافى فى شرح القانون المدنى، المرجع السابق، ص 176.
- (2) د. سليمان مرقس، الوافى فى شرح القانون المدنى، المرجع السابق، ص 175، 176.
- (3) من أنصار هذا الاتجاه، د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1992، فقرة 482، ص 565؛ د. سليمان مرقس، الوافى فى شرح القانون المدنى - ج 2 - فى الالتزامات، المجلد الثانى فى الفعل الضار والمسئولية المدنية، القسم الأول، فى الأحكام العامة، المرجع السابق، فقرة 194 ص 552 وما بعدها؛ د. أحمد شوقى محمد عبدالرحمن، المرجع السابق، ص 354؛ د. عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص 18؛ د. عصمت عبدالمجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات - الجزء الأول - منشورات جامعة جيهان الخاصة - أربيل، الطبعة الأولى 2011، ص 626؛ د. يحيى صقر أحمد صقر، الرسالة السابقة، ص 481.



أن العام يبقى على عمومته ما لم يوجد ما يخصه وهو ما لم يوجد؛ إلا أننا إذا أمعنا النظر لوجدنا أن النص يتحدث عن تعويض الضرر وليس عقاب الخطأ. لذلك فلو اعتبرنا جدلاً أن المقصود هنا بالظروف الملازمة هي تلك الظروف التي تلابس المضرور والمسئول معاً فكيف نوفقها مع مبدأ التعادل بين التعويض والضرر. فطبقاً لهذا المبدأ الأخير سيقصر القاضى على تعويض الضحية فى حدود ما لحق به من ضرر دون أن يزيد أو أن ينقص عن ذلك حتى ولو اعتد بجسامة الخطأ، ومن ثم فلا نجد فائدة من إدخال هذا العنصر فى تقدير التعويض. فالغرض من الاعتداد بجسامة الخطأ هو ردع وزجر المسئول بزيادة مقدار التعويض عن مدى الضرر الحادث.

فضلاً عن ذلك، فإذا أخذنا بهذا الرأى فكيف يأخذ القاضى فى الحساب لدرجة جسامة الخطأ عند تقدير التعويض وكيف تراقبه محكمة النقض؟ فهذا العنصر لا يقبل التقييم المالى فى ذاته، ولكنه يجعل القاضى يتشدد فى التعويض أو يتخفف فيه. ويقدم بعض الفقه<sup>(1)</sup> حلاً لتلك المشكلة بالقول بأن يذكر القاضى عند تحديد عناصر الضرر أن يشير فى أسباب حكمه إلى أنه أخذ بعين الاعتبار درجة جسامة الخطأ المنسوب إلى محدث الضرر. وهنا تستطيع محكمة النقض أن تبسط رقابتها على عناصر التعويض، أما المقدار المخصص لكل عنصر فهو من إطلاقات قاضى الموضوع دون معقب عليه من المحكمة العليا.

ونحن مع كامل احترامنا لصاحب الرأى المتقدم، فإننا نرى أن الحل الذى قدمه يصعب تطبيقه من الناحية العملية، لأن عناصر الضرر المطلوب التعويض عنها يجب أن تكون واقعية يمكن قياسها، وأن تستجمع شروط الضرر الواجب التعويض. وهذا كله غير متحقق بالنسبة لعنصر جسامة الخطأ، وتبعاً لذلك ستطرحة محكمة النقض إذا عرض عليها إعمالاً لسلطتها فى رقابة قاضى الموضوع عند تحديد العناصر المكونة للضرر الموجب للتعويض.

وأخيراً، فإن استناد أنصار هذا الرأى إلى صراحة الأعمال التحضيرية فى تفسير الظروف الملازمة بأنها تلك التى تلابس المضرور والمسئول مردود عليه

(1) راجع: د. محمد إبراهيم دسوقى، المرجع السابق، فقرة 237، 238، ص 458 وما بعدها.

بأن المستقر فقهاً هو أن الرجوع إلى الأعمال التحضيرية، ينبغي أن يكون بحذر شديد، لكونها غير ملزمة<sup>(1)</sup> ولا تعبر سوى عن محض آراء شخصية لمن تولوا إعداد القانون.

لذلك فنحن نتفق مع ما تتجه إليه غالبية الفقهاء<sup>(2)</sup> من تفسير الظروف الملايئة بتلك التي تلابس المضرور وليس المسئول، ذلك أن التعويض . كما قلنا غير مرة . يقاس على قدر الضرر الذي أصاب المضرور. وهذا هو أيضاً الموقف الثابت للقضاء المصري<sup>(3)</sup>، يؤكد ما قضت به محكمة النقض<sup>(4)</sup> بأنه: "يبين من نصوص المواد 170 و221 و222 من القانون المدني أن الأصل في المساءلة المدنية أن التعويض عموماً يقدر بمقدار الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ ويستوى في ذلك الضرر المادي والضرر الأدبي على أن يراعى القاضى في تقدير التعويض الظروف الملايئة للمضرور دون تخصيص معايير معينة لتقدير التعويض عن الضرر الأدبي". وتطبيقاً لذلك، تعتبر محكمة النقض المصرية أن محكمة الموضوع تكون قد أخطأت في تطبيق القانون عندما تدخل خطأ المسئول ومركزه المالى ضمن العناصر التي تأخذها بعين الاعتبار عند تقدير التعويض.

قصارى القول إذن، أن استعمال قضاة الموضوع لسلطتهم التقديرية فى تحديد مبلغ التعويض لتحويل التعويض الإصلاحي إلى تعويض رادع، وذلك بالأخذ فى الاعتبار لدرجة جسامة الخطأ، وإن شكل حلاً غير مباشر يؤدي إلى استيعاب

(1) من هذا الرأي أيضاً، د. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 162.  
(2) راجع: د. عبدالرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، فقرة 648 ص 898 وما بعدها؛ وكذلك ولكن بطريقة غير مباشرة، د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة 98 ص 432؛ د. أحمد السعيد الزقرد، الاتجاه الحديث لمحكمة النقض المصرية فى تحديد مفهوم الضرر "المادى والأدبى" وانتقال الحق فى التعويض عنه إلى الورثة بمناسبة الحكم الصادر فى 22-2-1994 مقارنة بأحكام التمييز الكويتية، مجلة الحقوق - الكويت، مجلد 20، عدد 2، 1996 ص 231-288، فقرة 15 ص 245.

(3) راجع على سبيل المثال، نقض مدنى جلسة 1972/4/8 الطعن 334 لسنة 36 ق، ص 23 ص 670، المستشار عبدالمنعم دسوقى، قضاء النقض فى المواد المدنية 1931-1992، الجزء الثانى، بدون ناشر، 1993 قاعدة 2299 ص 866.

4 ( ) نقض مدنى جلسة 1972/4/8 - الطعن 334 لسنة 36 ق، ص 23 ص 670.

النتائج المفيدة لبعض الأخطاء المربحة، فإنه يبقى مع ذلك حلاً قاصراً وغير كاف؛ لأن أي جزاء يجب أن يكون منظماً وخاضعاً للرقابة وإلا تحول إلى ضرب من التعسف والتحكم. لذلك فإننا نتساءل مع بعض الفقه عن السبب في عدم تقنين المشرع لعادة القضاة، أو ما يجري في الخفاء، بحيث يحسب التعويض ليس على قدر الضرر فقط ولكن أيضاً على أساس جسامته الخطأ وقيمة الربح الذي عاد على المسئول عن الفعل الضار، وهو ما يقدم حلاً سهلاً وفعالاً لمشكلة الخطأ المكسب<sup>(1)</sup>.

## ثانياً- بعض التطبيقات القضائية للاعتداد بدرجة جسامته الخطأ في تقدير التعويض في فرنسا ومصر:

### أ) تعويض الضرر الأدبي:

55. الضرر الأدبي أو المعنوي *Dommage moral* هو ذلك الضرر الذي يصيب الشخص في مصلحة غير مالية، كالضرر الذي يصيب الشخص في شرفه أو عاطفته أو مشاعره أو معتقداته أو في كرامته واعتباره<sup>(2)</sup>.

وقد أثار مسألة التعويض عن الضرر الأدبي خلافاً في الماضي بين

(1) من هذا الرأي: د. أسامة أبو الحسن، المرجع السابق، ص 161. ومما تجدر الإشارة إليه أن الاستاذ الدكتور حسام الدين كامل الأهواني قد أشار - بصدده المساس بالحقوق في الخصوصية - إلى أن المشرع الأثيوبي نص في المادة 2/39 من القانون المدني على أنه يجوز للقضاة، متى اقتضت العدالة ذلك، أن يلزموا المسئول بالتعويض وذلك في حدود الإثراء الذي عاد عليه من نشر الصورة. المرجع السابق، فقرة 291 ص 448.

(2) بل إن القضاء الفرنسي حكم بالتعويض عن الضرر الأدبي المتمثل في مشاعر الحزن والألم النفسي الشديد الناجم عن نفوق حيوان، راجع على سبيل المثال:

Cass. civ Ire, 16 janv. 1962, D. 1962, 199, note R. RODIERE ; RTD civ. 1962. 316, obs. A. TUNC (mort d'une jumet, préjudice d'affection)

راجع: نقض مدني جلسة 1990/3/15، مجموعة المكتب الفني (762/127/1/41) الفهرس العشري الخامس، الجزء الثاني، ص 1650. وبخصوص التعويض عن الضرر الأدبي المرتد، راجع: نقض مدني جلسة 1996/4/21 مجموعة المكتب الفني (685/128/1/47) نفس المرجع، ص 1651.

الفقهاء<sup>(1)</sup>، فمنهم من أجازهم ومنهم من رفضه. واستند الرأي المعارض إلى حجج عديدة، أهمها: أن هذا الضرر بوصفه اعتداء على شخص الانسان وليس على ذمته المالية، فهو لا يقبل التقويم بالنقود، فمن يفقد ابن عزيز لديه، أو عضو من جسمه، أو يتم التشهير به، أو يتعرض لاعتداء على اعتباراته الأدبية، لا يمكن أن نقوم ما يقاسيه من ألم وحسرة أو تحقير في نظر الناس بمبلغ من النقود، فكل تلك الأمور لا ثمن لها أمام القضاء<sup>(2)</sup>، وحتى على فرض قبوله للتقييم، فإنه من الصعوبة بمكان تقدير مداه لاختلاف مشاعر الأشخاص وتباين عواطفهم الأمر الذي يجعل من العسير الوصول إلى تعويض مالى عادل عن هذا الضرر. كما يستند هذا الرأي إلى أن التعويض عن الضرر الأدبي مما يتنافى مع قواعد الأخلاق التي تأبى أن ينزل الشخص شرفه واعتباره وعواطفه منزلة الأشياء المادية<sup>(3)</sup>.

أما الفقه الذى يرى جواز التعويض عن الضرر الأدبي فقد استند إلى اطلاق عبارة المادة 1382 من التقنين المدنى الفرنسى والتي تقضى بوجود التعويض عن كل فعل سبب ضرراً للغير دون تمييز بين الضرر المادى والضرر الأدبى، وبذلك قضت محكمة النقض الفرنسية لأول مرة بتعويض الضرر الأدبى بحكم لها فى 15 يناير سنة 1833<sup>(4)</sup>.

بيد أن ذلك الخلاف الذى استمر رديحاً طويلاً من الزمان لم يعد موجوداً الآن؛

- كلية الحقوق  
جامعة القاهرة
- 1) راجع حول عرض هذا الخلاف: د. مصطفى العوجى، المرجع السابق، ص 166 وما بعدها؛ د. هانى سليمان الطعيمات، الضرر المعنوى بين العقوبة والتعويض، دراسة فقهية مقارنة، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، الأردن، المجلد الثالث عشر، العدد الثامن، 1998 من ص 47 إلى ص 85.
- 2) G. RIPERT, "Le prix de la douleur", *D.* 1948, *Chron.* 1.  
وراجع أيضاً: د. فواز صالح، التعويض عن الضرر الأدبى الناجم عن جرم، دراسة مقارنة، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - سوريا - المجلد 22 - العدد الثانى 2006 من ص 273 - 295، لاسيما ص 276.
- 3) F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.* no 712, PP. 690 et ss.
- 4) د. هانى سليمان الطعيمات، المقالة السابقة، ص 53.

إذ استقر الفقه<sup>(1)</sup> والقضاء في فرنسا ومصر<sup>(2)</sup> على تعويض الضرر الأدبي<sup>(3)</sup>، وقد أقر القانون المدني المصري ذلك بنصه في الفقرة الأولى من المادة 222 على أن: "يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب به الدائن أمام القضاء".

وإذا كان الفقه والقضاء قد استقرا على تعويض الضرر الأدبي، إلا أن هذا التعويض لا يمنح للمضروب . في الواقع . لجبر أو إزالة ما نزل به من ضرر، بل يتجه إلى إرضاء نفسه وتطبيب خاطره ورد اعتباره أمام الناس<sup>(4)</sup>.

ولا شك أن القاضى يلقى صعوبة بالغة عند تقدير التعويض عن الضرر الأدبي حيث لا يستطيع أن يتخلل نفسية المضروب ليعرف ما يعانیه من حسرة وألم من جراء خطأ المسئول، ولذا فلا سبيل أمامه من أن يضع نفسه هو مكان

1) ( V. par exemple, A. SERIAUX, *op. cit.*, no 146, p.552; A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 3 éd. 1991, Montchrestien, no 515, p. 279.

وفي الفقه المصري، راجع على سبيل المثال: د. عبدالودود يحيى، المرجع السابق، ص 254 وما بعدها؛ د. محمد حسام محمود لطفى، المرجع السابق، ص 264 وما بعدها.  
2) حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن: النص في الفقرة الأولى من المادة 222 من القانون المدني على أن يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ... " وفي الفقرة الثانية على أنه " ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب" يدل على أن المشرع أجاز تعويض الضرر الأدبي بالمعنى السابق بيانه دون تخصيص ثم قيد هذا الحق من حيث مستحقه فقصره في حالة الوفاة على الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية، وهو تحديد لأشخاص من يحق لهم التعويض عن الضرر الأدبي وليس تحديد الحالات وأسباب استحقاقه، وهو ما ينطبق بدوره - ومن باب أولى - في تحديد المستحقين للتعويض عن هذا الضرر في حالة الإصابة. نقض مدنى جلسة 1994/2/22، الطعن رقم 3517 لسنة 62 مكتب فنى 40 صفحة رقم 5. راجع أيضاً: نقض مدنى جلسة 1981/4/1 الطعن رقم 703 لسنة 43، مكتب فنى 32، ص 1023؛ نقض مدنى جلسة 1966/3/22، الطعن رقم 381 لسنة 31، مكتب فنى 17، ص 636.

3) د. عبدالودود يحيى، المرجع السابق، فقرة 158 ص 255.  
4) في هذا المعنى راجع: د. أحمد السعيد الزقرد، المقالة السابقة، فقرة 33، ص 261؛ د. فواز صالح، المقال السابق، ص 281؛ د. أحمد شوقي محمد عبدالرحمن، المرجع السابق، ص 334. ونفس المعنى في الفقه الفرنسي:

F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.* no 712, PP. 690 et ss.

المضروب ليقدر التعويض بناء على ما يشعر به من نفور تجاه سلوك المسئول ومدى جسامة خطأه، ومن ثم يحكم بمبلغ تحكمي عادة ما يتجاوز الضرر ليعاقب خطأ المسئول<sup>(1)</sup>. ومن المسلم به أن كل زيادة في مبلغ التعويض عن مدى الضرر الذي حاق بالمضروب يمثل عقوبة خاصة.

ومع ذلك فقد انتقد بعض الفقه الفرنسي اعتبار التعويض عن الضرر الأدبي من قبيل العقوبة الخاصة، وذلك في الحالة التي يكون المسئول عن الضرر مؤمناً ضد مسئوليته القانونية حيث ستتحمل شركة التأمين بدفع التعويض وهذا يتنافى مع مبدأ شخصية العقوبة، كما أن العقوبة تفترض الخطأ، ومن المسلم به أن التعويض عن الضرر الأدبي يكون أيضاً في حالات المسئولية بدون خطأ<sup>(2)</sup>.

الخلاصة، أن طبيعة الضرر الأدبي واستعصائه على التقييم النقدي تفرض على القاضى أن يزيد مقدار التعويض المحكوم به على محدث الضرر، وهنا يؤدي التعويض دور العقوبة المدنية الخاصة<sup>(3)</sup>.

#### (ب) حالة اليانصيب الدعائي أو الإعلاني:

56. رغبة في جذب المزيد من العملاء، ومن ثم زيادة أرقام مبيعاتها، تعتمد الكثير من الشركات التجارية إلى اتباع سياسة تجارية دعائية تهدف إلى خداع المستهلك من خلال إرسال رسائل تحثه بها على التعاقد، من خلال خلق أمل خادع في الفوز بكسب معين. وقد تصدى القضاء الفرنسي لبعض تلك الممارسات في القضية المعروفة بمنظّمى اليانصيب الدعائي<sup>(4)</sup> Loteries publicitaires، حيث سمح للمستهلك المضروب بإقامة دعوى قضائية للمطالبة بتسليم الكسب الموعود به على أساس شبه العقد. وهذا ما قضت به الغرفة المختلطة لمحكمة

(1) د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، فقرة 245، ص 470.

(2) راجع في عرض هذا الانتقاد: د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، فقرة 246، ص 471 وما بعدها.

(3) V. Ph. MALINVAUD, *op. cit.*, no 278, p.337; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.* no 712, P. 691 et ss.

(4) E. PETIT, « Loteries publicitaires: nouveau régime issu de la loi du 20 décembre 2014 », *D.* 2015, no 7, P. 373.

النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 6 سبتمبر سنة 2002 (1).

ولكن هل يمثل شبه العقد (2) Quasi-contrat الأساس المناسب لدعوى المستهلك ضحية اليانصيب الإعلاني؟ في الواقع يرى الفقه الفرنسي (3) أن هذا الأساس لا يبدو ملائماً إلى حد كبير؛ ذلك أنه لا يوجد ثمة فعل نافع للغير يتمثل في إرسال خطاب يعلن فيه فوزه بكسب زائف، كما لا يوجد أي انتقال لقيمة مالية من ذمة إلى أخرى، الأمر الذي يستتبع رد تلك القيمة. ولذلك فإن قواعد المسؤولية المدنية هي التي تشكل الأساس المناسب في حالة اليانصيب الإعلاني. إن منظم اليانصيب بقيامه بإرسال الرسائل الدعائية التي يعلن فيها كسب شخص معين لجائزة أو مبلغ مالي دون أن يؤكد احتمالية هذا الكسب، فهو يمارس نوعاً من الخداع أو التفرير للمرسل إليه لحثه على المزيد من الشراء، وهذا السلوك يُعد مسلكاً شائناً وغير مشروع، يسبب ضرراً للمستهلك، يوجب على فاعله تعويض هذا الضرر.

وأياً ما كان وجه الرأي في الأساس القانوني الذي اعتمده محكمة النقض الفرنسية (4)، فإن الهدف الذي كان يحركها هو مجازاة السلوك المستوجب للعقاب

(1) Cass. mixte, 6 sept. 2002, Bull. no 4; D. HOUTCIEFF, "Loteries publicitaires : les promesses engagent aussi ceux qui y laissent croire", note sous Cass. ch. mixte, 6 septembre 2002, 2 arrêts, Petites Affiches, 24 octobre 2002 n° 213, P. 16. D. MAZEAUD, note sous Cass. mixte, 6 sept 2002, D., 2002.II.2963.

(2) V. article 1371 qui dispose que « Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties ».

(3) V. M.G. DI STEFANO, op. cit., p. 21; G. MONCUIT, op. cit., p. 50.  
(4) يصف بعض الفقه الفرنسي، موقف محكمة النقض من تأسيس حكمها على أساس شبه العقد، بالجرأة؛ لأنها تمكنت من استعمال هذا الأساس كوسيلة لمجازاة الوعود التي لا يتم الوفاء بها، على الرغم من أنه في الأصل ليس مخصصاً لذلك.

«Traditionnellement appréhende comme un mécanisme de compensation ou de restitution en faveur de l'auteur d'un fait profitable à autrui, il constitue désormais aussi une technique de sanction des promesses sans lendemain». D. MAZEAUD, note sous Cass. mixte, 6 sept 2002, D., 2002.II.2963.

من قبل منظمى اليانصيب الإعلاني، وذلك بإلزامهم ليس فقط بالتعويض على قدر الضرر، بل أيضا بالأخذ في الاعتبار لمدى جسامته الخطأ المرتكب من قبلهم.

وهكذا، نرى أن القضاء الفرنسي، تحت ستار سلطته في تقدير الضرر، قد تمكن من زيادة مقدار التعويض بهدف زجر المخالف وردع غيره من أن يحدو حذوه في المستقبل. بعبارة أخرى، فهو يفرض على المسئول نوعاً من العقوبة الخاصة<sup>(1)</sup>.

## الفصل الثاني

### الاعتراف التشريعي شبه الرسمي بالوظيفة العقابية للمسئولية المدنية

57. تضمن التقنين المدني<sup>(2)</sup> الفرنسي والمصري العديد من تطبيقات فكرة العقوبة الخاصة<sup>(3)</sup>، ولكننا سنقتصر على عرض أهم تطبيقين لها وهما، الغرامة التهديدية والشرط الجزائي. ولن نعرض هنا لدراسة كل ما يثيره هذان التطبيقان من مسائل، بل سنقتصر فقط على محاولة إبراز الطابع العقابي لهما.

### أولاً الصفة العقابية للغرامة التهديدية:

(1) D. HOUTCIEFF, *note sous* Cass. ch. mixte, 6 septembre 2002, *préc.*, P. 16.

(2) ومما تجدر الإشارة إليه أن بعض القوانين الأجنبية قد نصت صراحة على العقوبة المدنية ولكنها تفاوتت في المجال الذي خصصته لها. فقد تبنتها النرويج بالنسبة للأضرار غير الاقتصادية فقط، ونص عليها القانون المدني البرازيلي بالنسبة لبعض انتهاكات حقوق الشخصية، راجع:

G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, op. cit., no 5, pp. 6 et s.

3 ( ) حيث تتعدد تطبيقاتها ليس فقط في نطاق القانون المدني، وإنما تعدته لتشمل مجالات عديدة في القانون الخاص، بل وفي المعاهدات الدولية الخاصة بالنقل البحري والبري والجوى، لمزيد من التفاصيل حول تطبيقات العقوبة الخاصة، راجع: د. يحيى صقر أحمد صقر، الرسالة السابقة، من ص 562 إلى ص 575. راجع في الفقه الفرنسي أيضا:

F.TERRE, *op. cit.*, no 611 p. 575.



58. يعرف الفقه الفرنسي<sup>(1)</sup> والمصري<sup>(2)</sup> الغرامة التهديدية أو التهديد المالي *L'astreinte* بأنها عبارة عن وسيلة غير مباشرة للضغط على المدين الذي يمتنع عن تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً عندما لا يكون تنفيذ ذلك الالتزام ممكناً أو ملائماً إلا بتدخله شخصياً، يستخدمها القاضى لحث المدين على تنفيذ التزامه، وذلك بالحكم عليه بتنفيذ هذا الالتزام في مدة محددة وبفرض غرامة تهديدية عليه عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو سنة أو أى وحدة زمنية معينة، يتأخر فيها عن تنفيذ التزامه.

وحتى تؤدي الغرامة التهديدية وظيفتها في كسر عناد المدين وحمله على التنفيذ العيني للالتزام، يجب أن يراعى القاضى عند فرضها أن تكون أكبر من قدرته المالية. ومن هنا نلاحظ أن القاضى يبالغ في مقدار الغرامة التهديدية، حتى يرى تأثيرها في نفسية المدين، وما إذا كانت ستؤدي إلى خضوعه وتنفيذ التزامه أم أنه سيستمر في إصراره وعناده.

وتجدر الإشارة إلى أن الغرامة التهديدية أو التهديد المالي هي من خلق القضاء الفرنسي، ابتدعها دون سند قانوني صريح وهو الأمر الذي عرضها لانتقادات شديدة من جانب الفقه، ثم تدخل المشرع وقنن ما انتهى إليه القضاء وذلك بموجب القانون الصادر في 5 يوليو 1972 والذي حل محله القانون الصادر في 9 يولييه 1991<sup>(3)</sup>.

وقد سلك القضاء المصري نفس مسلك القضاء الفرنسي، حيث ابتدع الغرامة التهديدية وطبقها دون سند قانوني في ظل القانون المدني القديم. ومع صدور

(1) F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, no 1120, P. 1044; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, no 6-5, p. 13.

(2) راجع على سبيل المثال: د. عبد المنعم البدر اوى، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، آثاره، وأوصافه، انتقاله، انقضاؤه، بدون ناشر، 1989، فقرة 22 ص 38 وما بعدها؛ د. أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، مطبعة المعرفة، بدون سنة نشر، فقرة 23 ص 43؛ د. جلال محمد إبراهيم، أحكام الالتزام، بدون ناشر، 1997، فقرة 17 ص 42 وما بعدها.

(3) G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, no 6-5, p.13.

القانون المدنى الجديد سنة 1948 فقد قنن المشرع الاجتهاد القضائى فى المادتين 213 و214<sup>(1)</sup>، وأصبح للغرامة التهديدية أساس قانونى واضح وهو الأمر الذى قطع كل منازعة فى مشروعيتها.

والغرامة التهديدية التى يحكم بها القاضى على المدين المماطل قد تكون مؤقتة *Astreinte provisoire*<sup>(2)</sup>، أى يكون للقاضى كامل الحرية فى إعادة النظر فى المبلغ النهائى الذى يحكم به على المدين عند التصفية النهائية لها؛ فالقاضى ليس ملزماً بالحكم على المدين بالمبلغ الذى يترتب عن كامل مدة التأخير محسوبة على أساس الوحدة الزمنية كما حددها فى الحكم، بل يجوز له أن يخفضه، أو ألا يحكم بها إذا تبين له خضوع المدين ومسارحته إلى تنفيذ التزامه.

وقد تكون الغرامة التهديدية قطعية *Astreinte definitive*، أى محددة بمبلغ نهائى يقدره القاضى ولا يجوز له إعادة النظر فيه، أو إجراء أى تعديل على مقداره. بعبارة أخرى، يقتصر دور القاضى بصدد هذا النوع من الغرامة التهديدية

(1) حيث نصت المادة 213 مدنى مصرى على أنه: "إذا كان تنفيذ الالتزام عينياً غير ممكن أو ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك. 2- فإذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة". وتنص المادة 214 من ذات القانون على أنه: "إذا تم التنفيذ العينى أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين مراعيًا فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن، والعنت الذى بدأ به المدين".

(2) لمزيد من التفاصيل حول الغرامة التهديدية المؤقتة والقطعية، راجع على وجه الخصوص:  
F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, nos 1126-1127, P P. 1050-1053; F. TERRE, *Introduction générale au droit*, 4 éd. Dalloz, 1998, no 610, p.574.

د. بخت محمد بخت على، الغرامة التهديدية أمام القضاء المدنى، الجوانب الموضوعية والإجرائية، دراسة تحليلية مقارنة فى فكرة الحكم التهديدى، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص 42-52؛ منال قاسم خصاونة، النظام القانونى للغرامة التهديدية، التهديد المالى، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، 2010، ص 31-34؛ د. على عبد الحميد تركى، نظام الغرامة التهديدية كوسيلة لضمان تنفيذ الاحكام القضائية، دراسة فى القانون الفرنسى، مجلة الأمن والقانون - اكااديمية شرطة دبي، الامارات، مجلد 200، عدد 1، 2012 من ص 62-234 (المبحث الثانى حول الغرامة المؤقتة) من ص 139-234، والعدد الثانى (المبحث الثالث حول الغرامة النهائية 279-307).

على القيام بحساب مبلغ الغرامة على أساس مدد التأخير التي انقضت، ولا يجوز للقاضي الرجوع فيها بالتعديل أو الإلغاء إلا لسبب أجنبي، وهذا ما نصت عليه المادة 36 من قانون التنفيذ الفرنسي الجديد الصادر سنة 1991 بقولها: "تلغى الغرامة الوقتية أو القطعية كلياً أو جزئياً إذا ثبت أن عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التأخير في التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي"<sup>(1)</sup>.

هذا، وقد أخذ المشرع الفرنسي بكلا النوعين من الغرامة التهديدية، وذلك على خلاف المشرع المصري الذي لم يقنن إلا الغرامة التهديدية المؤقتة، وكان دافعه إلى ذلك هو ما يترتب على عدم إعادة النظر في مقدار الغرامة التهديدية القطعية من احتمالية الحكم على المدين بمبلغ كبير لا يتناسب وقدر الضرر الذي لحق بالدائن، وهو ما يؤدي إلى إثراء الدائن على نحو غير عادل.

ويتميز الحكم بالغرامة التهديدية بالخصائص الآتية:<sup>(2)</sup> 1. أنه وسيلة تهديدية Comminatoire يقصد بها التغلب على ممانعة المدين وإصراره على عدم تنفيذ التزامه، ولذا يكون تقدير القاضي لمبلغها تحكيميا لا ينظر فيه إلى الضرر الذي أصاب الدائن، بل يراعى مركز المدين المالي ومدى قدرته على الاستمرار في الامتناع عن التنفيذ.

2. أنه حكم وقتي Provisoire مصيره إلى التصفية تبعاً للموقف النهائي للمدين، إما بالوفاء بالالتزام، وإما بالإصرار على التخلف.

3. أنه حكم لا يجوز حجية الأمر المقضي، إذ يجوز للقاضي إعادة النظر فيه وفقاً لموقف المدين كما قلنا، وبالتالي لا يعتبر مبلغ الغرامة التهديدية ديناً محققاً يجوز

(1) راجع في انتقاد التمييز بين النوعين من الغرامة قبل التصفية:

G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, op. cit., no 6-5, p.14.

(2) راجع في الفقه المصري على سبيل المثال: د. جلال على العدوي، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية، 1986، فقرة 199، من ص 166 إلى ص 168؛ د. سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2005، فقرة 130، ص 241، وما بعدها؛ د. أحمد سلامه، المرجع السابق، فقرة 25، ص 45 وما بعدها.

التنفيذ بالحكم الصادر به على أموال المدين، بل يجب انتظار التصفية النهائية.

وقد ثار الخلاف في الفقه والقضاء الفرنسي حول الطبيعة القانونية للغرامة التهديدية، حيث ذهب جانب من الفقه يسانده بعض القضاء الفرنسي إلى أن الغرامة التهديدية هي عبارة عن تعويض. ويستند هذا الفقه إلى أن الغاية من الحكم على المدين بالغرامة هي جبر الضرر الذي لحق بالدائن من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره في هذا التنفيذ. وقد تأكد هذا الرأي، من جهة، بظهور الغرامة التهديدية القطعية والتي اعتبرها القضاء الفرنسي بمثابة تعويض، ومن جهة أخرى، بصدر قانون 21 يولييه سنة 1949 والذي نص على استخدام الغرامة التهديدية لحمل شاغلي الأماكن المؤجرة بدون وجه حق على القيام بإخلائها، على أن يراعى ألا تتجاوز الغرامة قيمة الضرر الذي حل بالمؤجر المحكوم لصالحه بالغرامة<sup>(1)</sup>، وهذا ما يفهم منه أن الغرامة ليست سوى تعويض يخضع لمبدأ التعادل، كما أن محكمة النقض الفرنسية كانت تؤيد هذا الرأي قبل سنة 1959 حيث كانت تقرر أن المبلغ المحكوم به كغرامة تهديدية يتم تحديده وفقاً لعناصر الضرر الواقع فعلاً، أي أن المبلغ النهائي بعد التصفية هو بمثابة تعويض.

وقد تعرض هذا الرأي للانتقاد من جانب الفقه<sup>(2)</sup>، ذلك أن الغرض من الغرامة التهديدية يختلف عن الغرض من التعويض. فهذا الأخير يستهدف إصلاح الضرر، فيما تتجه الغرامة التهديدية إلى الضغط على إرادة المدين وإكراهه بهدف حمله على الإذعان لتنفيذ الحكم بإلزامه بتنفيذ التزامه عيناً. كما أن التعويض يفترض للحكم به حصول ضرر للدائن، بينما لا ترتبط الغرامة التهديدية بحصول هذا الضرر، بل هي تفرض من قبل حصول الضرر، أو صيرورته محقق الوقوع<sup>(3)</sup>. كما تختلف الغرامة

(1) L.21 juill.1949 relative aux expulsions, prévoit que « Le montant de l'astreinte une fois liquidée ne pourra excéder la somme compensatrice du préjudice effectivement cause ».

(2) راجع في عرض هذا الرأي وفي الرد عليه: د. بخيت محمد بخيت على، المرجع السابق، رقم 32 ص 54 وما بعدها.

(3) راجع في ذلك: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، فقرة 68 ص 127؛ د. عيد المنعم البدر اوى، المرجع السابق، فقرة 27 ص 44 وما بعدها، ولكنه لم يعتبرها نوعاً من العقوبة الخاصة.

عن التعويض من حيث تحديد المبلغ المحكوم به، فلا تناسب بين هذا المبلغ وبين الضرر الحادث<sup>(1)</sup>.

واتجه رأى آخر في الفقه<sup>(2)</sup> والقضاء، إلى أن الغرامة التهديدية مستقلة عن التعويض، فهي بمثابة نوع من العقوبة الخاصة *Peine privée* تهدف إلى مجازاة سلوك المدين تجاه الدائن، فالقاضي يحكم بالغرامة لتهديد المدين وحمله على تنفيذ التزامه، فإذا نفذ المحكوم عليه بالغرامة ما حكم به، يكون التهديد بالجزاء قد أنتج أثره وينتهي الأمر عند هذا الحد، أما إذا استمر المدين في عناده ومقاومته تحول مجرد التهديد بالجزاء إلى عقوبة خاصة توقع عليه لعدم التنفيذ.

وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية منذ حكمها الشهير في 20 أكتوبر 1959<sup>(3)</sup> حيث قررت فيه أن: "الغرامة التهديدية الوقتية هي بمثابة وسيلة إكراه لكسر عناد المدين المماطل وإجباره على تنفيذ الحكم الصادر في مواجهته، ولا تعتبر الغرامة من قبيل التعويض عن الضرر الناشئ عن التأخير في التنفيذ، ويتم تصفيتها وتعيين مقدارها طبقاً لجسامة خطأ المدين ومركزه المالى". وهذا الحكم يبين بوضوح استقلال الغرامة التهديدية عن التعويض.

وحسماً لأي خلاف حول الطبيعة القانونية للغرامة التهديدية، فقد نص المشرع الفرنسي صراحة على مبدأ استقلال الغرامة التهديدية عن التعويض وذلك في المادة السادسة من تعديل قانون الإجراءات الصادر في سنة 1972، والمادة 34 من القانون الصادر في سنة 1991<sup>(4)</sup>، ولكنه كرس بهذا النص الطبيعة المزدوجة للغرامة، فهي قبل التصفية، إجراء تهديدي، وتصيح عند التصفية عقوبة

(1) د. جلال على العدوى، المرجع السابق، فقرة 200، ص 168.

(2) F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, no 1122, P. 1046.

من هذا الرأى أيضاً: د. سليمان مرقس، الوافى في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 138. عكس ذلك: د. عبدالرزاق السنهورى، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثانى نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات - آثار الالتزام، تحديث وتنقيح المستشار أحمد مدحت المراغى، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2010، فقرة 453 ص 768.

(3) Cass. civ. 20 oct. 1959, D. 1959. 537, note HOLLEAUX.

(4) "Elle est indépendante des dommages et intérêts".

خاصة حقيقية<sup>(1)</sup>. وهذا ما أكدته المادة 36 من القانون الصادر فى سنة 1991 من أنه عند تصفية الغرامة يجب الأخذ فى الاعتبار سلوك الصادر ضده الأمر بالغرامة والصعوبات التى واجهها فى التنفيذ<sup>(2)</sup>.

أما المشرع المصرى فقد نص فى المادة 214 من القانون المدنى على أنه: "إذا تم التنفيذ العيى، أو أصر المدين على رفض التنفيذ، حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين، مراعى فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين". وهكذا يتضح لنا أن عناصر الغرامة التهديدية عند التصفية النهائية تتمثل فى عنصرين: الضرر الذى لحق بالدائن، والعنت الذى بدا من المدين.

وإذا كان المشرع المصرى قد استعمل عبارة "حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين"، مما يقطع باعتبار الغرامة التهديدية بعد التصفية من قبيل التعويض<sup>(3)</sup>، إلا أننا نلاحظ اختلاف عناصر هذا التعويض عما هو مقرر وفقاً للقواعد العامة، حيث يدخل القاضى فى اعتباره ما لحق الدائن من خسارة متحققة ومن كسب فائت فضلاً عن مقدار العنت الذى بدا من المدين فى عدم امتثاله للتنفيذ رغم التهديد المالى له. وتبعاً لذلك فلن يقتصر التعويض الذى يقضى به القاضى للدائن على مقدار الضرر الذى أصابه من جراء عنت المدين، بل يتجاوز

(1) G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, op. cit., no 6-5, p.17.

ويترتب على اعتبار الغرامة التهديدية بعد التصفية عقوبة خاصة، أنها لا تقبل التأمين ضدها.

(2) V. L'article 36 de la loi de 1991 dispose que: "Le montant de l'astreinte provisoire est liquidée en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter".

(3) راجع: د. سمير عبدالسيد تناغو، المرجع السابق، فقرة 131، ص 242، وما بعدها؛ د. عبدالفتاح عبدالباقي، دروس أحكام الالتزام، آثار الالتزام - أوصاف الالتزام - انتقال الالتزام - انقضاء الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى، 1992 المرجع السابق، فقرة 32، ص 40 وما بعدها، حيث يعتبر "أن العنت بذاته يعتبر خطأ تقصيرياً من شأنه أن يرتب للدائن ضرراً مستقلاً عن ذاك الناشئ عن الإخلال بأصل حقه، وهو ضرر أدبى يتمثل فى الضيق الذى يلحقه من عناد مدينه" هامش رقم 1، ص 41.

ليأخذ في اعتباره مدى العنت الذي أبداه المدين<sup>(1)</sup>. والحال كذلك، فإن هذا العنت الذي أبداه المدين لا صلة له بالضرر الذي لحق الدائن، وإنما يتصل بجسامة الخطأ الذي وقع من المدين<sup>(2)</sup>. فالمبدأ المستقر هو أن التعويض يقاس بمدى الضرر وليس بجسامة الخطأ.

لذلك فنحن نعتقد مع كثير من الفقه المصري<sup>(3)</sup> أن صياغة المادة 214 من

(1) ويرى بعض الفقه أن مراعاة القاضى للعنت الذي أبداه المدين يمثل اعتدادا بجسامة الخطأ مما يدخل في عموم اصطلاح الظروف الملايئة، راجع: منال قاسم خصاونة، المرجع السابق، ص 124 وما بعدها.

(2) د.جلال على العدوى، المرجع السابق، فقرة 200، ص 169.

(3) انظر: د. جميل الشرفاوى، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثانى، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، 1992، ص 46 حيث يرى أنها نوع من الغرامة الخاصة ولا يمكن أن توصف بأنها تعويض طالما زادت عن قدر الضرر، ص 46؛ د. محمد حسام محمود لطفى، النظرية العامة للالتزام، المصادر - الأحكام - الإثبات، دراسة تفصيلية فى ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء - القاهرة 2007، ص 28؛ د. أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة 26، ص 46 وما بعدها حيث يقول: "إن التعويض الذى سبقضى به على المدين فى هذه الحالة سيزيد عما أصاب الدائن من ضرر، وتكون الزيادة جزاء على تعنت المدين الذى لم يمثل لأمر القاضى"؛ د. جلال على العدوى، المرجع السابق، فقرة 200، ص 169. وانظر أيضاً: د. محمد لبيب شنب، الوجيز فى نظرية الالتزام، الإثبات - أحكام الالتزام، 1994، فقرة 220، ص 206، 207 مشار إليه فى د. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 155 هامش رقم 237؛ د. سامى عبدالله الدريعى، بعض المشكلات التى يثيرها التقدير القضائى للتعويض (تعليق على حكم محكمة التمييز الكويتية رقم 1993/59 المتعلق بالتعويض القضائى عن الضرر)، مجلة الحقوق الكويت - العدد الرابع السنة 26 ديسمبر 2002 ص 71-102، وبخاصة ص 87؛ د. عبدالسميع عبدالوهاب أبو الخير، أحكام الالتزام فى قانون المعاملات المدنية الإماراتى الاتحادي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى، مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة، 2002، ص 234، هامش 1، حيث ذكر صراحة أن نص المادة 385 من قانون المعاملات المدنية الإماراتى أدخلت فكرة العقوبة الخاصة. والجدير بالذكر أن تلك المادة تتضمن عبارة "والعنت الذى بدأ من المدين" كما هى الحال فى النص الوارد بشأن الغرامة التهديدية فى القانون المصرى. وراجع أيضاً: د. على عبدالحميد تركى، المقالة السابقة، ص 138، حيث يرى أنها جزاء خاص. وعلى ما نعتقد أنه يقصد بمصطلح الجزاء هنا العقوبة.

ويرفض البعض اعتبار الغرامة التهديدية عقوبة خاصة لأنه "يعد أمر غير مألوف فى نطاق آثار التصفية، وعلى اعتبار أن اللجوء إليها يعد أمر سابق على استخدام طرق التنفيذ الجبرى.." ويعتبرها وسيلة إجبار غير مباشرة، راجع: د. بخت محمد بخت على، المرجع السابق، ص 58 وما بعدها. وفى القانون الإماراتى، راجع: د. عدنان سرحان، ملاحظات نقدية بشأن الكتابين الأول والثانى المنظمين للالتزامات - الحقوق الشخصية والعقود فى قانون المعاملات المدنية لدولة

القانون المدنى غير دقيقة، وأن ما يقدره القاضى . عند تصفيته لمبلغ الغرامة التهديدية . من جزاء للعت الذى أبداه المدين يجعل من الغرامة النهائية صورة من صور العقوبة الخاصة بالمعنى الحقيقى فى القانون المدنى؛ فهى عقوبة لأنها تحمل طابع التهديد والإرهاب للمدين وهو أحد أهداف العقوبة بصفة عامة؛ ذلك أن المدين إذا كان يعلم من البداية أن مصير الحكم بالغرامة التهديدية إلى زوال، وأنه لن يحكم عليه عند عدم التنفيذ إلا بتعويض يساوى الضرر طبقاً للقواعد العامة، فلن تكون ثمة جدوى من الغرامة التهديدية، وستفقد بالتالى قيمتها الذاتية وعلو وجودها فى القانون. أما إذا كان يعلم أنه فى حالة عناده وإصراره على عدم التنفيذ سيدفع مبالغ إضافية إلى جانب مبلغ التعويض الأسمى، فإن ذلك سيحدث تخويفاً وتهديداً له يجعله يفكر فى عواقب موقفه، وهذا الأثر هو ما تحققه أيضاً العقوبة العامة.

كما أن العقوبة الخاصة هنا مقررة بنص تشريعى وبالتالى يلتزم القاضى بتوقيعها متى طلب الدائن منه ذلك، "أى ان القاضى يعتبر مخالفاً للقانون إذا صرح فى حكمه بأنه يقتصر على تقدير ما أصاب الدائن من ضرر ولا يقدر ما أبداه المدين من عنت"<sup>(1)</sup>.

أما كون العقوبة "خاصة" فذلك لأن المبلغ المحكوم به على المدين الممتنع عن التنفيذ يذهب إلى ذمة الدائن<sup>(2)</sup> ولا يدخل فى خزينة الدولة كالعقوبة الجنائية المحكوم بها كعقوبة عامة.

إلى جانب الغرامة التهديدية، يمثل الاعتراف بصحة الشرط الجزائى المقرر بالمادة 1152 من التقنين المدنى الفرنسى، كما تقول الأستاذة فينى "تسامح فعلى

الإمارات العربية المتحدة ، مجلة الشريعة والقانون - العدد الثالث والعشرون - ربيع الأول 1426 هـ - مايو 2005 من ص 185-232، وبصفة خاصة ص 210 وما بعدها.

(1) انظر: د. سليمان مرقس، الوافى فى شرح القانون المدنى، المرجع السابق، ص 138.  
(2) V. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, no 1122, P. 1046; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, no 6-5, p.18.

راجع فى الفقه المصرى، د. عبدالمنعم البدرأوى، المرجع السابق، فقرة 58 ص 81.



تجاه الوظيفة الرادعة للتعويض<sup>(1)</sup>. فهل حقا يعد الشرط الجزائي من تطبيقات العقوبة الخاصة في القانون الفرنسي والمصري. هذا ما سنراه بالتفصيل فيما يلي:

### ثانياً - الصفة العقابية للشرط الجزائي:

59. والشرط الجزائي *La clause pénale* <sup>(2)</sup> عبارة عن تقدير اتفاقي مسبق للتعويض الذي يستحقه الدائن في حالة امتناع المدين عن تنفيذ التزامه أو التأخر في هذا التنفيذ<sup>(3)</sup>. فإذا كان الأصل، أن يتولى القاضى تقدير التعويض المستحق على المدين، إلا أنه قد يعمد الطرفان (الدائن والمدين) إلى الاتفاق على تحديد التعويض بدلاً من القاضى. وسمى بالشرط الجزائي لأنه يظهر عادة ضمن شروط العقد، ويتضمن الجزاء الذي يتحمل به المدين عند إخلاله بتنفيذ التزامه<sup>(4)</sup>.

وإذا كانت الغاية الأساسية التي يسعى إليها المتعاقدان من وراء الاتفاق على الشرط الجزائي<sup>(5)</sup> هي تحديد مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن عند إخلال

(1) G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, op. cit., no 6-4, p.11.

(2) V. L'article 1226 du code civil français qui dispose que : « *La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* ». Et sur l'ensemble de la question v. D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Bib. de droit privé, tome 223, LGDJ, préface de François CHABAS 447 pages.

(3) F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, no 621, P. 604. وراجع في الفقه المصري، على سبيل المثال: د. أحمد سلامون المرجع السابق، فقرة 33، ص 55 وما بعدها؛ د. عبدالفتاح عبدالباقي، دروس أحكام الالتزام، المرجع السابق، فقرة 53، ص 63 وما بعدها.

(4) راجع: د. عبدالفتاح عبدالباقي، دروس أحكام الالتزام، المرجع السابق، فقرة 53، ص 63؛ وراجع أيضاً: د. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 36 وما بعدها.

(5) راجع: د. زكى الدين شعبان، الشرط الجزائي في الشريعة والقانون، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، مجلد 1، عدد 2، 1977، من ص 119 إلى ص 140، بصفة خاصة ص 126 وما بعدها؛ د. محمد أحمد بكر، الشرط الجزائي دراسة مقارنة بين "الشريعة الإسلامية والقانون المدني"، مجلة الشريعة والقانون - جامعة الأزهر - أسبوط - عدد 18، جزء 6 سنة 2006، من ص 1 إلى ص 166، وبصفة خاصة ص 26 وما بعدها.

V. aussi, M.G.DI STEFANO, *op. cit.*, p. 23.

المدين بتنفيذ التزامه سواء تمثل هذا الإخلال في عدم التنقيذ أصلاً، أو تمثل في مجرد التأخر فيه، ويكون من أثره اعتبار الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين ولا يكلف الدائن بعبء إثباته<sup>(1)</sup>، كما يجنب المدين الالتجاء إلى القضاء، وتدخل الخبرة لتقدير التعويض، فإنه له غايات أخرى<sup>(2)</sup>، أهمها أنه وسيلة فعالة لضمان تنفيذ العقد من خلال التهديد الذي يستشعره المدين إذا علم بأنه إذا لم يتم بتنفيذ التزامه أو تأخر في التنفيذ سيلزم بالمبلغ المتفق عليه في الشرط<sup>(3)</sup>.

والأصل أنه إذا ما تحققت شروط الشرط الجزائي - خطأ، ضرر، وعلاقة سببية فضلاً عن الإعذار - تعين على القاضى الحكم بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان. غير أنه استثناء من هذا الأصل، أجاز المشرع الفرنسي<sup>(4)</sup> والمصرى للقاضى تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض أو بالزيادة. ولا يجوز حرمان القاضى من هذه السلطة الممنوحة له باتفاق المتعاقدين؛ وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثالثة من المادة 224 من القانون المدنى المصرى.

وطبقاً للمادة 224 من القانون المدنى المصرى يجوز للقاضى تخفيض

(1) نقض جلسة 1993/12/29 مجموعة المكتب الفنى (572/386/3/44) ( الفهرس العشرى الخامس، موجزات القواعد القانونية، رقم 5804، ص 1693. وأيضا: نقض مدنى جلسة 1973/4/21 - الطعن رقم 0011 لسنة 37 مكتب فنى 24 صفحة رقم 649 ، حيث جاء فيه أن: "اتفاق الطرفين مقدماً - فى عقد العمل - على التعويض الذى يستحقه المطعون ضده إذا تقاعست الطاعنة عن تنفيذ العقد أو ألغته قبل نهاية مدته ، فإن تحقق هذا الشرط يجعل الضرر واقعاً فى تقدير المتعاقدين ، فلا يكلف المطعون ضده بإثباته و يتعين على الطاعنة إذا ادعت أن المطعون ضده لم يلحقه أى ضرر أو أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة أن تثبت ادعاءها إعمالاً لأحكام الشرط الجزائى". راجع أيضاً نقض مدنى جلسة 1973-12-18- الطعن رقم 0026 لسنة 38 مكتب فنى 24 صفحة رقم 1274.

(2) فقد يقصد منه الاعفاء أو التخفيف من المسئولية العقدية للمدين، فى حالة ما إذا كان المبلغ المتفق عليه يقل كثيراً عن قيمة الضرر المتوقع حصوله.

(3) حول الغاية المزدوجة للشرط الجزائى تقدير للتعويض و ضمان لتنفيذ العقد، راجع:

Cass. Civ. 1re , 3 janv. 1985, *Bull. civ.*, I, no 4; Cass. Com, 29 janv. 1991, *Bull. civ.*, IV, no 43; Cass. Civ 1re 3 janv., 1995, *Bull.*, *civ.*, I, no 4; M. G. DI STEFANO, *op. cit.*, p. 23.

(4) حيث تناولت المادة 1152 من التقنين المدنى الفرنسى تخفيض القاضى للشرط الجزائى المبالغ فيه، والمادة 2262 التخفيض فى حالة التنفيذ الجزئى للالتزام.

الشرط الجزائي في حالتين<sup>(1)</sup>: الأولى: إذا قام المدين بتنفيذ الالتزام الأصلي في جزء منه. في هذه الحالة تقتضى العدالة أن يقوم القاضى بتخفيض الشرط الجزائي بنسبة تعادل الجزء الذى تم تنفيذه، ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئى على المدين<sup>(2)</sup>، وهذا ما قرره محكمة النقض المصرية<sup>(3)</sup>.

أما الحالة الثانية التى يجوز فيها للقاضى تخفيض الشرط الجزائى، فهى حالة ما إذا كان الشرط مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة<sup>(4)</sup>. ويبرر الفقه<sup>(5)</sup> هذا الاستثناء بأنه إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود، فقد يكون الغرض من الشرط الجزائى الفاحش إخفاء فوائد ربوية، وبالتالي يتعين تخفيضها إلى الحد القانونى. أما إذا كان محل الالتزام شئ آخر غير النقود، فقد يكون المراد من المبالغة فى الشرط الجزائى هو الاتفاق على شرط تهديدى، وبالتالي يأخذ حكم الغرامة

(1) مدنى جلسة 1996/12/7 مجموعة المكتب الفنى (1479/269/2/47) الفهرس العشرى الخامس، موجزات القواعد القانونية، رقم 5690، ص 1668.

(2) "وتقدير ما إذا كان الشرط يحتاج إلى تعديل بالزيادة أو التخفيض من سلطة قاضى الموضوع، ولكن يتوجب عليه أن يبين فى حكمه لماذا يعتبر مبلغ الشرط مبالغاً فيه بدرجة كبيرة أو تافهاً". راجع تطبيقاً لذلك فى القضاء الفرنسى:

Ch. Mixte 20 janvier 1978, Bull. civ., no 1; Cass. civ. 3e, 26 avril 1978, Bull. civ., III, no 160; Cass. com., 13 mars 1979, Bull. civ., IV no 99.

(3) حيث قضت بأنه: "إذا كان الثابت من وقائع النزاع أن المدين "البائع" قد نفذ بعض الأعمال التى التزم بها و تخلف عن توريد باقى الأقطان المتفق عليها للمشتري فإن تقصيره فى هذا الشأن يكون تقصيراً جزئياً يبيح للقاضى - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن يخفض التعويض المتفق عليه إلى الحد الذى يتناسب مع مقدار الضرر الحقيقى الذى لحق الدائن مما يدخل تقديره فى سلطان محكمة الموضوع"، نقض مدنى جلسة 1962/12/27 - الطعن رقم 0339 لسنة 27 مكتب فنى 13 صفحة رقم 1238 0

(4) V. L'article 1152 du code civil français qui dispose que « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ».

(5) د. جلال على العدوى، المرجع السابق، فقرة 176، ص 146-147؛ د. زكى الدين شعبان، المقالة السابقة، ص 132، 133؛ د. محمد أحمد بكر، المقالة السابقة، ص 132 وما بعدها.

التهديدية، ويتعين على القاضى أن إعادة النظر فيه، وتقديره وفقاً لقواعد التعويض. وقد تفسر المبالغة على أساس وقوع المتعاقدين فى غلط فى التقدير، أو على أساس ممارسة الدائن لضغط دفع المدين إلى قبول الشرط، وفى كلتا الحالتين يتعين انقاصه. بيد أن سلطة القاضى فى التخفيض لا تنصرف إلا إلى حالة المبالغة الفاحشة فى مقدار الشرط الجزائى والتي يتعين على المدين إقامة الدليل عليها، أما إذا كانت الزيادة يسيرة فلا يجوز للقاضى المساس بقيمة الشرط الجزائى احتراماً لما ارتضته ارادة الطرفين.

ولكن التساؤل يثور حول القدر الذى يخفضه القاضى من مبلغ الشرط الجزائى<sup>(1)</sup>. هل يخفضه ليجعله مساوياً تماماً لقدر الضرر الذى لحق الدائن، أم يخفضه كما يراه هو وفقاً لتقديره حسب الظروف والملابسات أم يجعله متناسباً مع مدى الضرر؟ فى الواقع اتجه كثير من الفقه المصرى إلى أن القاضى يقتصر عند تخفيض الشرط الجزائى على مجرد إزالة المبالغة من الشرط الجزائى<sup>(2)</sup>، ولكنه لا يصل به بعد التخفيض إلى قدر الضرر الحقيقى، فهو يجعل الشرط متناسباً ومعقولاً مع الضرر وليس مساوياً له على نحو دقيق، وهو ما يعنى أنه يمكن أن يزيد مقدار التعويض على مدى الضرر، وهذه الزيادة تمثل العقوبة الخاصة بجانب التعويض.

وهذا هو أيضاً موقف الفقه الفرنسى<sup>(3)</sup> حيث يفسر تعديل الشرط الجزائى من

(1) لمزيد من التفاصيل حول موقف الفقه من الطريقة التى يجب أن ستعملها القاضى فى تقديره لرفع درجة المبالغة من الشرط الجزائى، راجع: د. فوزية عبدالعزيز طه الشامرى، اتفاقات المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بين قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة والقانون المصرى، رسالة دكتوراه القاهرة، 2000، 213-215.

(2) راجع على سبيل المثال: د. عبدالفتاح عبدالباقي، دروس أحكام الالتزام، المرجع السابق، فقرة 57، ص 70؛ د. جميل الشرقاوى، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثانى، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 66؛ د. أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة 34، ص 58؛ راجع: د. محمد أحمد بكر، المقالة السابقة، ص 135.

(3) Sur la nature de peine privée de la clause pénale, v. notamment : D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, L.G.D.J. 1992, spéc. nos 555 et s., p. 319 et s ; Pierre VOIRIN et Gilles GOUBEAUX, *Droit civil, Personnes – Famille- Incapacité – Biens- Suretés*, tome 1, 27 éd. 19, LGDJ, 1999, no 997 pp.473 et s. ; A. BENABENT, *op. cit.*, no 319, p.171.

قبل القاضي في حالة المبالغة الفاحشة *manifestement excessives* بأنه عقوبة معقولة يحددها القاضي على ضوء درجة جسامة خطأ المدين. ويضيف أن تعديل الشرط الجزائي يمثل عقوبة حقيقية تجازى عدم التنفيذ غير المشروع، ومن هذا المنطلق، فإن مبلغ العقوبة بعد التعديل يجب بالضرورة أن يتجاوز مقدار الضرر الفعلي الذي وقع للدائن<sup>(1)</sup>.

وإذا كانت نصوص القانون المدني المصري تقطع في ظاهرها باعتبار الشرط الجزائي تعويض اتفاقي، الأمر الذي يقتضى بدهاة خضوعه لأحكام الاتفاق من حيث شروطه وآثاره وقاعدة أن العقد شريعة العاقدين، فإن ذلك لا يمنع أنه يعد - بطريقة غير مباشرة - سلاحاً رادعاً يهدد المدين ويحمله على تنفيذ التزامه<sup>(2)</sup>. وتبعاً لذلك يكون له طابعاً مزدوجاً: تعويض وعقوبة الخاصة معاً، وذلك بعد صدور حكم قضائي. وهذا التكييف يتميز بكونه يوفق من ناحية بين حالة ما إذا كان الشرط الجزائي أكبر من قيمة الضرر، حيث يكون له هنا طابع الجزاء، كما أنه يفسر استحقاقه دون حاجة إلى قيام الدائن بإثبات الضرر طالما أن المدين لم يثبت عدم

عكس ذلك في الفقه المصري د. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 156، هامش 238. حيث ينفي صفة العقوبة الخاصة عن الشرط الجزائي، استناداً إلى ضرورة الربط بين الشرط الجزائي وحصول الضرر، راجع: ص 157 (الهامش)؛ د. سمير عبدالسيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2005، فقرة 135، ص 249، حيث يشير صراحة إلى أن "الشرط الجزائي ليس فيه فكرة الجزاء أو العقوبة على النحو الذي قد يوحي به اسمه".

(1) D. MAZEAUD, *op. cit.*, no 624, p. 355.

ويرى بعض الفقه أن الشرط الجزائي الذي يرد في التصرفات التي تتم على سبيل التبرع، كالهبة والوصية، يكون له طابع التهديد كالعقوبة الحقيقية : انظر:

F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, no 622, P. 605.

(2) راجع: د. جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 66؛ د. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 71؛ د. جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 96، ولكنه لم يصرح بان للشرط الجزائي صفة العقوبة الخاصة. د. فوزية عبدالعزيز طه الشامري، الرسالة السابقة، ص 215؛ عكس ذلك د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات - آثار الالتزام، فقرة 495، ص 818؛ د. عبدالفتاح عبدالباقي، دروس أحكام الالتزام، المرجع السابق، حيث يرى أن الشرط الجزائي "ليس إجراء تهديدياً، وليس عقوبة" فقرة 57، ص 69.

وقوعه، وهذا ما يفسر فكرة العقد والتعويض التي يتضمنها الشرط الجزائي<sup>(1)</sup>.

كما يجوز للقاضي طبقاً لنص المادة 225 من القانون المدنى المصرى أن يزيد قيمة الشرط الجزائى، إذا كان تافهاً، وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً. فالشرط الجزائى الذى يقل عما حل بالدائن من ضرر يعتبر بمثابة اتفاق على التخفيف من المسئولية العقدية، وهو . كأصل عام . أمر مشروع، مالم يكن هناك غش من المدين أو كان خطأه جسيماً، فيكون الاتفاق باطلاً، ويتعين على القاضى أن يقدر التعويض وفقاً للقواعد العامة<sup>(2)</sup>. وهنا لكى يقدر القاضى التعويض فلا بد من أن يراعى جسامه الخطأ وغش المدين، وهو ما يفضى بالضرورة إلى زيادة قدر التعويض عن مدى الضرر، لردع المدين الذى ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً.

الخلاصة إذن، أن اعتراف المشرع الفرنسى والمصرى للغرامة التهديدية والشرط الجزائى بدور عقابى يعنى إمكانية اللجوء إلى نظرية العقوبة الخاصة كوسيلة ملائمة لمعاقبة بعض أنماط السلوك التى لا يفلح مبدأ المساواة أو التكافؤ بين التعويض والضرر فى مجازاتها على نحو فعال وراذع، فلماذا يختلف الأمر إذن بالنسبة لحالة الخطأ المكسب؟

#### خاتمة الفصل الأول:

60. فى ختام هذا الفصل، يمكننا أن نقرر أن الخطأ المكسب بات اليوم يشكل مشكلة حقيقية بالنسبة للقانون الفرنسى والمصرى، يرجع سببها الأساسى إلى عدم كفاية قواعد المسئولية المدنية التى يهيم عليها مبدأ التعويض الكامل. فمباشر الخطأ يعلم مسبقاً علماً يقينياً أنه لو حكم عليه بالتعويض لصالح الضحية فسيكون ذلك على قدر الضرر وليس على أساس الأرباح التى جناها، ومن ثم فهو يجد الدافع للاستمرار فى ممارسة أنشطته الضارة بالغير وهو فى مأمن تام من

(1) راجع : د. سليمان مرقس، الوافى فى شرح القانون المدنى، المرجع السابق، فقرة 95 ص180.

2 ( ) راجع: د. عبدالودود يحيى، المرجع السابق، ص 421.

المساءلة القانونية<sup>(1)</sup>. وهنا نلاحظ أن القانون لا يكتفى فقط بعجزه عن ردع تلك الأخطاء المكسبة، بل يشجع أيضاً على ارتكابها، وهو أمر، ولا شك، خطير للغاية لأنه يجسد في الواقع انتفاء وجود القانون ذاته. لهذا فإن الحل الوحيد يكمن في ضرورة تشديد الجزاء على مرتكب هذا النوع من الخطأ شريطة أن يظل الجزاء منتسباً إلى القانون الخاص وليس إلى القانون الجنائي؟ ولكن ما الجزاء الملائم لمنع الأخطاء المكسبة؟ هذا ما سنراه في الفصل الثاني.



# كلية الحقوق جامعة القاهرة

(1) En ce sens, v. P. LE MORE, « 3 Questions récentes développements de la réparation au titre d'un préjudice commercial », *JCP éd. E.* No 16 – 18 avril 2013 PP. 5 et s.

## الفصل الثاني

### في الأثر المترتب على وجود فكرة الخطأ المكسب

#### تمهيد وتقسيم:

61. رأينا في الفصل السابق أن فكرة الخطأ المكسب باتت موجودة في نطاق القانون الخاص، وتعددت تطبيقاتها في مجال الحقوق الملازمة للشخصية، وحقوق الملكية الفكرية وحقوق الاستهلاك وغيرها من المجالات الأخرى. وإزاء هذا الانتشار الواسع للأخطاء المكسبة وعجز القانون عن معاقبتها، يبدو من اللازم البحث عن علاج فعال لمواجهةها. فالخطأ المكسب لا يقتصر فقط على إهدار فعالية القانون، بل هو يجسد أيضاً نفى وجوده من الأصل<sup>(1)</sup>.

لهذا السبب ثار الجدل في الفقه الفرنسي حول مختلف وسائل الجزاء التي يمكن تصورها لمجازاة هذا الخطأ على نحو رادع وفعال. وهذا الجزاء لن يكون كذلك إلا إذا كان كما قالت الأستاذة فيني "أخف في قسوته من الجزاء الجنائي، وأشد رداً من الجزاء المدني"<sup>(2)</sup>. بعبارة أخرى، هذا الخطأ يستوجب جزاء لا يقتصر على الأخذ في الاعتبار للأرباح التي جناها المسئول من وراء فعله الضار، وإنما يعتد أيضاً بمدى الأذى الذي ينطوي عليه مسلكه.

وقد اختلف الفقه حول الجزاء الأكثر ملاءمة لمجابهة ظاهرة الأخطاء المكسبة، حيث اقترح مشروع الأستاذ Catala "كاتالا" تكريس التعويض العقابي على نحو رسمي في التقنين المدني الفرنسي، بينما دافع بعض الشراح عن فائدة

(1) V. M.G. DI STEFANO, *op. cit.*, p. 31.

(2) V. G.VINEY, *Rapport de synthèse colloque du 20 novembre 2002 «Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage?»*, *Les Petites Affiches*, n°232, p. 66. Ou elle dit que il existe en droit interne un " besoin d'une sanction qui ne soit pas enfermée dans le cadre rigide du droit pénal et qui ne prenne pas seulement en compte le besoin d'indemnisation de la victime, mais aussi le profit tire par l'auteur de son acte ainsi que la nocivité de son comportement".



جزاء أخرى، كالتعويض الاستردادي، والغرامة المدنية، ونادى البعض الثالث بالجوء إلى الدعوى الجماعية. وكل من هذه الوسائل المختلفة له مزاياه وعيوبه، كما سنرى بالتفصيل.

وبناء على ما تقدم، سنوزع الدراسة في هذا الفصل على مبحثين؛ على النحو التالي:

المبحث الأول: التعويض العقابي كجزء أساسي للخطأ المكسب.

المبحث الثاني: الحلول الأخرى المنافسة للتعويض العقابي.

## المبحث الأول

### التعويض العقابي كجزء أساسي للخطأ المكسب

**تمهيد وتقسيم: في نشأة فكرة التعويض العقابي، ونطورها:**

62. التعويض العقابي<sup>(1)</sup> Dommages-interets punitifs أو التعويض الرادع أو الاتعاضى Dommages exemplaires أو التعويض الجزائي أو الانتقامي، كلها مترادفات لمضمون واحد هو أن التعويض لا يهدف . كما هو مستقر ومعلوم . إلى جبر الضرر الذي لحق المضرور من فعل الغير، بل يتجه إلى معاقبة سلوك مؤثم من الناحية الأخلاقية<sup>(2)</sup>، ولذلك يراعى عند تقديره ليس فقط مدى الضرر الحقيقي الواجب إصلاحه، بل أيضا مدى جسامة خطأ محدث الضرر والذي يجب معاقبته وزجره عليه وردعه . وغيره . من أن يعود إلى ارتكابه مرة

1() ويطلق على هذا التعويض في النظام الإنجليزي punitive damage أو exemplary damage، كما يطلق عليه عموما التعويض التكميري retributory أو الانتقامي vindictive، راجع: د. عدنان أحمد ولي، التعويض العقابي والتأمين، "مفهوم التعويض العقابي وجواز التأمين عليه"، رسالة التأمين - السنة الخامسة - العدد الأول - كانون الثاني - شباط 2002، ص 14.

2() Douglas G. HARKIM, *BMW of North America, Inc. v. Gore: A Trial Judge's Guide to Jury Instructions*, University of Nevada Reno A thesis submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of Master of Judicial Studies and Judicial Review of Punitive Damage Awards, December, 1999, p. 5.

أخرى، وذلك عن طريق زيادة مقدار التعويض<sup>(1)</sup>.

وفكرة التعويض العقابي تعد قديمة قدم الإنسانية؛ فقد وجدت في مدونة حمورابي، وغيرها من المدونات القديمة كمدونة مانو<sup>(2)</sup>، كما يرى البعض أنها تمتد بجذورها إلى القانون الروماني، وذلك مع نشأة جريمة الإكراه، والتي كانت عقوبتها تتمثل في شكل تعويض الضرر الذي أُلْمَ بالمضروب، فضلاً عن الحكم بتعويض إضافي يقدر بأربعة أمثال مبلغ التعويض المحكوم به لصالح ضحية الإكراه<sup>(3)</sup>.

بيد أن الميلاد الحقيقي لفكرة التعويض العقابي كان في بلاد القانون العام Common law، حيث ظهرت في إنجلترا في نهاية القرن الثامن عشر الميلادي وكانت عبارة عن جزاء مالى يقرر لمواجهة بعض أنماط السلوك غير المشروع<sup>(4)</sup>، وكانت الغاية من التعويض العقابي هي عقاب المسئول الذي ارتكب خطأ عمدياً أو جسيماً أو غير مغتفر، وزجره وردعه ومنعه من معاودة اقتراف مثل هذا السلوك

1 ( ) راجع: د. بيرك فارس حسين، ومنار عبدالمحسن عبدالغنى، المقالة السابقة، ص 26؛ د. يحيى صقر أحمد صقر، حماية حقوق الشخصية في إطار المسئولية التصديرية، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة، 2006، ص 544، 545، حيث أشار إلى تعريف التعويض العقابي في مشروع القانون الذى أعدته لجنة توحيد القوانين للعرض على اللجنة التنفيذية فى سنة 1994، بأنه: "حكم بمبلغ من النقود يحكم به للمدعى وحده منفرداً لعقاب أو ردع المدعى عليه أو ردع الآخرين". كما يشير إلى أنه لم يكن تعويضاً لجبر الضرر، وإنما كان غرامة خاصة يفرضها المحلفون لعقاب مرتكب الفعل الضار على سوء سلوكه وردع غيره من أن يسلك نفس مسلكه فى المستقبل. راجع فى الفقه الفرنسى:

M. NUSSENBAUM, "L'appréciation du préjudice", art. préc., p. 79.

(2) V Luis Ernesto Aguirre VILLARREAL, *Integration of punitive damages into countries with a civil law system : Mexico, s Case: a dissertation submitted on the first day of july of 2008 to the Tulane Law School*, pp. 1 et s.

(3) راجع: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، فكرة التعويض العقابي، دار النهضة العربية، 2003، ص 13. وتجدر الإشارة إلى أن البحث عالج الفكرة بصفة أساسية فى قانون مقاطعة Québec فى كندا، حيث خصص سيادته الصفحات من 11 إلى 113 لوضع فكرة التعويض العقابي فى هذا القانون، ثم عرض فى الصفحات من 115 إلى 156 للفكرة على ضوء وظيفة المسئولية المدنية التعويضية ومحاولة إحياء الوظيفة الردعية لها.

الشائن في المستقبل<sup>(1)</sup>.

ومن إنجلترا، هاجرت الفكرة إلى الولايات المتحدة الأمريكية وتجذرت في نظامها القانوني، ولكنها طبقت بمرونة أكثر مما هي عليه في القانون الإنجليزي. كما نجد هذه الفكرة أيضاً في المكسيك والبرازيل<sup>(2)</sup> وأستراليا ونيوزلندا، وفي جنوب أفريقيا وكندا<sup>(3)</sup>، على الرغم من أن هذه الأخيرة يوجد بها إقليم لا يتبع عائلة القانون العام، ولكنه ينتمي إلى مدرسة القانون المدني وهو إقليم Québec. كما كرس في الصين على نحو رسمي بموجب القانون الصادر في سنة 2009 بشأن سلامة المنتجات الغذائية وحماية المستهلكين<sup>(4)</sup>.

ومما تجدر الإشارة إليه أن بشائر ظهور فكرة التعويض العقابي بدأت تلوح في الأفق القريب في البلاد ذات التقاليد الرومانية. ففي فرنسا<sup>(5)</sup>، ظهرت مؤخراً

(1) V. D. CALCIU, « Les dommages et intérêts punitifs », mémoire de fin d'études réalisé sous la direction du professeur Denis Mazeaud. Université Paris II « Panthéon Assas », master 2 « droit privé général », p.1.

(2) Pour plus de détails sur la notion de dommages et intérêts punitifs en droit brésilien, v. J. MARTINS-COSTA et M. SOUZA PARGENDLER, « Us et abus de la fonction punitive (Dommages-intérêts punitifs et le droit brésilien) », *RID comp*, 4-2006, PP.1145-1184.

(3) Camille GAUFFRET-SPINOSI, « Les dommages-intérêts dans les systèmes de droit étrangers », *Les petites Affiches*, 20 novembre 2002, no 232, P.8.

(4) حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 96 من القانون الصادر سنة 2009 بشأن سلامة المنتجات الغذائية على أن للمستهلك الحق، فضلاً عن تعويض الضرر الفعلي، أن يطلب تعويضاً مقداره عشرة أضعاف الثمن الذي اشترى به المنتج الذي لا يتضمن معايير سلامة المنتجات الغذائية. راجع:

Bin LI, « Les dommages-intérêts punitifs dans la loi chinoise de 2009 sur la sécurité des denrées alimentaires : Quelle attente, quelle effectivité ? », 16 novembre 2011.

(5) وتجدر الإشارة إلى أنه في سنة 1982 تم إجراء استقصاء للرأي في فرنسا حول فكرة التعويض العقابي، أظهرت نتائجه أن حوالي 71% من الفرنسيين - ممن شملهم

محاولات فقهية وطرحت على الساحة القانونية مشروعات قوانين تعمد إلى تضمين التقنين المدنى نصاً بشأن التعويض العقابى. بل إن الفكرة نفسها قد حظيت بموافقة المشرع الدستورى المصرى وذلك بالإشارة إليها تحت مصطلح التعويض الجزائى، وذلك فى الدستور المصرى الجديد الصادر سنة 2014.

ولا جدال فى أن فكرة التعويض العقابى تعد فكرة غريبة وشاذة عن الأفكار التقليدية للمسئولية المدنية فى التشريع الفرنسى والمصرى على السواء، ولذا كان طبيعياً أن يحتدم الخلاف ويثور الجدل بشأنها بين مؤيد لها ومعارض. فبعض الفقه التقليدى الفرنسى والمصرى يرى أن التعويض الجزائى يتصادم مع المبادئ التى تهيمن على قانون المسئولية المدنية، كما رأينا فى الفصل الأول، ومن أهمها مبدأ التعويض الكامل للضرر، بينما يتجه جانب كبير من الفقه إلى تأييد الفكرة، نظراً لفوائدها لاسيما فى مجالات الخطأ المربح.

وللحكم على مدى فائدة الاعتراف بفكرة التعويض العقابى فى النظام القانونى الفرنسى والمصرى، نرى من الملائم أن نعرض لكيفية ومجال أعمال هذه الفكرة فى بعض البلاد التى نشأت بها، ونقصد بذلك بلاد القانون العام، وهى إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية، وكذلك فى مقاطعة كيبيك، لحسن تفهمها والوقوف على أهم مزاياها وعيوبها للاستفادة. ما أمكن. من الفقه والقضاء والتشريع حول هذه المسألة؛ إذا ما نجحنا فى إدخالها فى نظامنا القانونى.

وهكذا، نوزع الدراسة فى هذا المبحث على ثلاثة مطالب؛ على النحو التالى:  
المطلب الأول: التعويض العقابى فى بعض الأنظمة القانونية الأجنبية.

الاستقصاء - يؤيدون ضرورة مراعاة القاضى لدرجة جسامة الخطأ عند تقدير التعويض الواجب للمضرور. مشار إليه فى :

Ch. LAPOYADE DESCHAMPS, « La réparation du préjudice économique pur en droit français », *art. préc.*, P. 370.

بيد أن القضاء كان يسير على خلاف ذلك، راجع على سبيل المثال:

CA Paris, 26 avril 1983, *D.* 1983.376 : « les dommages et intérêts sont destinés à réparer le préjudice subi et ne doivent pas varier en fonction de la gravité de la faute commise ».

المطلب الثاني: العقوبات التي تعترض إدخال فكرة التعويض العقابي في النظام القانوني الفرنسي والمصري.

المطلب الثالث: محاولة إدخال التعويض العقابي في النظام القانوني الفرنسي والمصري.

### المطلب الأول

#### التعويض العقابي في بعض الأنظمة القانونية الأجنبية

تقسيم:

63. رأينا آنفاً، أن بلاد القانون العام Common Law تعد "التربة الخصبة"<sup>(1)</sup> *terreau favorable* التي نبتت فيها فكرة التعويض العقابي وتطورت على نحو كبير، ولما كان مقام البحث لا يتسع لعرض هذه الفكرة في كل أنظمة القانون العام، فإننا سنقتصر على دراستها في إنجلترا بوصفها مهد التعويض العقابي، وأمريكا باعتبارها الدولة التي اشتهرت به (الفرع الأول)، ثم نعرض للفكرة في قانون مقاطعة كيبيك بكندا، ذلك أن نجاح الفكرة فيها، من شأنه أن يشجع على الاستفادة من هذا النموذج في فرنسا وفي مصر لاسيما وأنها تنتسب "روحياً" إلى دول القانون المدني (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### التعويض العقابي في النظام الأنجلوأمريكي

64. من المسلم به أن دول القانون العام تعترف للتعويض بوظيفة إصلاحية أساسية تتمثل في إزالة أو جبر الأضرار التي تلحق بالضرور، ولكنها تقر له فضلاً عن ذلك بوظيفة ردعية وهي عقاب محدث الضرر وزجره وردع غيره من أن

(1) هذا التعبير مقتبس من:

V. C. JAUFFRET-SPINOSI, « Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers », *Les petites Affiches*, 20 novembre 2002, no 232, p. 8 et ss.

يسلك سبيل المخالفة مرة أخرى في المستقبل<sup>(1)</sup>.

وبرغم الإقرار التشريعي والفقهى والقضائي لمبدأ التعويض العقابي في النظام القانوني الأنجلوأمريكي، إلا أن ذلك لا يعنى وحدة الفكرة في الدول المنتمية لهذا النظام؛ حيث تختلف مجالات تطبيق هذا التعويض اتساعاً وضيقتاً من دولة إلى أخرى على نحو ما سوف نراه. وسنقتصر في عرضنا للتعويض العقابي على كل من إنجلترا<sup>(2)</sup> والولايات المتحدة الأمريكية، باعتبارهما يمثلان أهم الدول المنتمية إلى هذا النظام

وعلى ضوء ما سبق، سنقسم هذا الفرع إلى غصنين نعرض في أولهما لمبدأ الاعتراف بالتعويض العقابي، ونخصص ثانيهما لنطاق تطبيقه.

### الغصن الأول

#### الاعتراف بمبدأ التعويض العقابي

#### في النظام القانوني الإنجليزي والأمريكي

65. يعزى الفقه السبب في تبني دول النظام الأنجلو أمريكي للتعويض العقابي إلى ما يتميز به هذا النظام القانوني من خصوصية<sup>(3)</sup>، يأتي في مقدمتها،

(1) Luis Ernesto Aguirre VILLARREAL, *op. cit.*, p. 12 et s. ou on lit que : « Punitive damages are damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future ».

(2) وتجدر الإشارة إلى أنه يوجد إلى جانب التعويض الاتعاضى في المملكة المتحدة نوع آخر من التعويض يطلق عليه التعويض المشدد وهو عبارة عن مبلغ كبير من المال يمنح للمدعى عندما تكون دوافع وسلوك المدعى عليه في ارتكاب الفعل الضار تؤدي إلى شدة تفاقم الضرر الذي يؤدي إلى إصابة المدعى، راجع: يحيى صقر أحمد صقر، الرسالة السابقة، ص 545، وص 586-593.

(3) R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Précis Dalloz, 11 e éd. 2002, PP. 246 et ss ; v. aussi, D. CALCIU, *mémoire préc.*, P.3. وراجع أيضاً في الفقه المصري، د. محمد حسين منصور، القانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، 2010، من ص 204 إلى ص 209.

أنه قانون قضائي النشأة ؛ فقد تكون من خلال نظام السوابق القضائية التي اتسم بها القانون الإنجليزي القديم الذي يمثل أساس القانون الأنجلو أمريكي بصفة عامة. فلا يتضمن هذا الأخير مبدأ عاماً ينتظم المسؤولية المدنية، كما لا ينضوي على نص خاص يعرف التعويض، ويبين وظيفته، ويحدد عناصره ومعياري تقديره، كما هي الحال في النظام القانوني الفرنسي والمصري.

وإذا كان القانون الأنجلو أمريكي لا يقرر المسؤولية المدنية في إطار مبدأ عام، إلا أنه يرتبها في حالات معينة ولأضرار محددة تحكمها قواعد خاصة من خلال دعاوى معروفة، وهي دعوى التعدي المعروفة باسم trespass والتي تحمي الأضرار المباشرة التي تقع على الشخص أو ممتلكاته، ودعوى حماية الأضرار غير المباشرة والمعروفة باسم دعوى شبه التعدي trespass in the case والتي تخص الأضرار التي لا تحميها الدعوى السابقة، ثم ظهرت دعوى الإهمال negligence لحماية المضررين من الأضرار التي تصيبهم عن طريق الإهمال من جراء استخدام الآلات وقاطرات السكك الحديدية، وعجز دعوى التعدي وشبه التعدي عن حماية المضررين من تلك الأضرار. وهكذا يبين لنا أنه بهذه الأنواع الثلاثة من الدعاوى توفرت للمضرور الحماية من الأضرار العمدية والأضرار غير العمدية<sup>(1)</sup>.

كذلك، يتميز نظام القانون الأنجلو أمريكي بخصوصية نظام التقاضي، حيث يشكل فيه نظام المحلفين جزءاً أساسياً<sup>(2)</sup>. فهئية المحلفين تختص عادة بنظر دعاوى التعويض، وفي غالب الأحوال يحكم هؤلاء بمبالغ مالية ضخمة بسبب تعاطفهم وميلهم النفسي تجاه حالة المضرور الذي لحقه الضرر. لذا يعزى بعض الفقه إلى المحلفين سبب ظهور التعويض العقابي<sup>(3)</sup>. فضلاً عن ذلك، فلا يعرف نظام الإجراءات الجنائية في إنجلترا وجود الدعوى المدنية التابعة للدعوى العمومية، فالقاضي الجنائي لا يحكم إلا بعقوبات جنائية. ولذا على المدعي بالحق

(1) راجع: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، دار النهضة العربية، 1980، فقرة 69، 68، 70، 71 وما بعدها، ص 95-101.

(2) لاسيما في المجال الجنائي أما في المدني فهو أمر استثنائي، راجع: د. محمد حسين منصور، القانون المقارن، المرجع السابق، ص 205.

(3) D. CALCIU, *Mémoire préc.* P.3.

المدنى أن يرفع دعواه للمطالبة بالتعويض أمام القضاء المدنى. وإزاء صعوبة ملاحقة المسئول عن الضرر أمام القاضى الجنائى، فإن هذا الأخير يلجأ إلى الحكم بالتعويض الإصلاحي، ويزيد عليه الحكم بتعويض خاص لعقاب المسئول إن كان سلوكه مستوجبا للوم والذم.

بالإضافة إلى كل ما سبق، وبخصوص الوضع فى الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(1)</sup>، فإن القاضى الأمريكى لا يتقيد فى حكمه بتطبيق النص القانونى تطبيقاً حرفياً، وإنما يسعى بحكمه نحو تحقيق غايات أخرى؛ فالقانون له وظيفة تهييبية وتعليمية، وهو إرادة تقدم، ومصالحة اقتصادية لا يجب إغفالها. فالتحليل الاقتصادى للقانون يمكن أن يؤثر على قرار القاضى. والحال كذلك، فالتعويض العقابى من وظائفه تحقيق المنع من طريق الردع، ومن ثم فله مظهر تعليمى واقتصادى<sup>(2)</sup>. ولذلك يمكن القول إن الطريقة التى يحكم بها القاضى الأمريكى سهلت غرس التعويض العقابى فى هذا البلد.

وهكذا يتضح لنا أن خصوصية النظام القانونى الأنجلو أمريكى ساعدت على تقبل فكرة التعويض العقابى وتطورها على نحو واسع، ومع ذلك فإن نطاق تطبيق هذه الفكرة يختلف فى إنجلترا عنه فى الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(3)</sup>، كما سنرى حالاً.

## الفصل الثانى

### نطاق تطبيق التعويض العقابى فى النظام القانونى الإنجليزى والأمريكى

#### أولاً: فى النظام القانونى الإنجليزى:

66. كان القضاء الإنجليزى . قبل سنة 1964 . يحكم بالتعويض العقابى

(1) لمزيد من التفاصيل حول القانون الأمريكى من حيث طبيعته وسماته، ومصادره، راجع: د. محمد حسين منصور، القانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، 2010، من ص 235 إلى 240.

(2) V. C. JAUFFRET-SPINOSI, *art. préc.*, p.8 et s.

(3) V. C. JAUFFRET-SPINOSI, *art. préc.*, p.8 et s.



بالنسبة لغالبية الأضرار<sup>(1)</sup>، كالتعدى على الغير أو التهديد بالتعدى أو المضايقات الخاصة، أو الاعتداء على حقوق المؤلف، أو القذف والتشهير بحق الغير. وكما هو واضح فإن هذه الأضرار ليست أضراراً عادية، بل هي أضرار تتسم بنية الإيذاء والخبث، أو تقترن بسوء النية أو التعمد أو الجور والتحكم، أو تستوجب العقاب بشدة، أو تقترن بعيب مقصود أو استهتار وعدم المبالاة بمصالح الغير<sup>(2)</sup>.

وتعد القضية المعروفة بـ *Cassel & Coltd v Broome* من أهم تطبيقات القضاء لفكرة التعويض العقابي<sup>(3)</sup>. وتتلخص وقائع هذه القضية في قيام مؤلف كتاب *La destruction du convoy PQ17* ويدعى *Irving*، بسرد تفاصيل كارثة بحرية مروعة وقعت أثناء الحرب العالمية الثانية، غرق فيها أسطول من السفن التجارية، وخلفت وراءها موت حوالي مائة شخص. وجه المؤلف، في هذا الكتاب، انتقادات حادة ولاذعة لموقف القبطان *Broome* والذي كأن يأمر السفينة التي كانت ترافق الأسطول التجاري، حيث وصفه بأنه كان يفتقد اليقظة والحرص والكفاءة، ولم يكن يكثرث بمصير السفن التجارية، واعتبره المسئول الأول عن فقدان ثلثي سفن الأسطول. وقد كان مؤلف الكتاب على دراية تامة بما يحتويه من مقاطع تنطوي على مزاعم تشهيرية وتهم خطيرة خاصة بسلوك المدعى. وعندما علم القبطان *Broome* بذلك، أخطر مؤلف الكتاب بأنه سيلجأ إلى القضاء إذا قرر

(1) V. C. JAUFFRET-SPINOSI, *art. préc.*, p.8 et s.

(2) نذكر تطبيقاً لذلك القضية التي وقعت في سنة 1763 والتي قامت فيها الحكومة البريطانية بإصدار مذكرة قبض على رئيس تحرير إحدى الصحف وكل من تولى طبعاها بسبب مقال نشر ضد الحكومة، ولم تكن مذكرة الاعتقال تتضمن أسماء معينة. ولما أقيمت الدعوى بالتعويض نتيجة انتهاك حرمة ملك الغير، قضى للمدعى بتعويض مقداره ألف جنيه إسترليني لعدم قانونية مذكرة القبض. وهذا المبلغ كان مبالغاً فيه لأن الغرض منه لم يكن جبر الضرر الذي أصاب المدعى، وإنما كان عقوبة للجاني لردعه من إتيان هذا السلوك في المستقبل. كما نشير إلى القضية المعروفة بـ *Benson v Frederick* سنة 1766، والتي تتلخص وقائعها في أن ضابطاً في الجيش الإنجليزي أمر بجلد أحد الجنود، ونتيجة لذلك حكم عليه لصالح هذا الجندي بمبلغ مائة وخمسون جنيه إسترليني كتعويض، ولما طعن الضابط على الحكم بسبب المغالاة في تقدير مبلغ التعويض، رفض طعنه على سند من أنه تصرف على نحو تحكيمي حينما أمر بجلد الجندي لمجرد أن ضابطاً زميلاً له قد أغاظه عندما منح الجندي المذكور أجازته، مشار اليهماء لدى، د. عدنان أحمد ولي، المقالة السابقة، ص 14.

(3) *Cassel & Coltd v Boome* (1972 A.C. 1027) cite par

نشره. طلب المؤلف من أحد الناشرين نشر الكتاب ولكنه رفض، فلجأ إلى ناشر آخر، وافق على نشر الكتاب على حالته؛ بالرغم من إخطار القبطان Broome له بوجود مقاطع تشهيريته به في الكتاب.

وبمجرد نشر الكتاب، بادر القبطان Broome إلى رفع دعوى مسئولية مدنية اختصم فيها المؤلف والناشر معا. وأكد في صحيفة دعواه أن: "المدعى عليهم قاموا بحساب الأرباح التي سيحققها توزيع الكتاب الذي يحتوي على مقاطع تشهير ووجدوا أنها تتجاوز على وجه الاحتمال أى تعويض نقدي متوقع الحكم به"، وتبعاً لذلك طالب بمنحه تعويضا عقابيا. وعندما عرضت القضية على هيئة المحلفين، رأت أن بعض مقاطع الكتاب محل النزاع تضمنت حقيقة قذفاً وتشهيراً بحق القبطان Broome ، وأن كلام المؤلف يفتقد الدقة ويجافى الحقيقة، ومن ثم أصدر المحلفون قراراً بأن يدفع المدعى عليهم للمدعى مبلغاً مقداره أربعين ألف جنيه، منها 15000 جنيه كتعويض إصلاحي لجبر الضرر، و25000 جنيه على سبيل التعويض العقابي. ولما عرض القرار على مجلس اللوردات، أقره كما هو ولم يعدله بعد أن طبق عليه المبادئ المستخلصة من قضية *Rookes v Barnard* .

بيد أنه منذ حكم مجلس اللوردات في سنة 1964 في قضية *Rookes v Barnard*، فقد تم تقييد نطاق تطبيق التعويض العقابي في القانون الإنجليزي إلى حد كبير؛ حيث اعتبر اللورد Devlin، أن التعويض العقابي يمثل فكرة شاذة، ومع ذلك فقد أصبحت متجذرة في النظام الإنجليزي، على نحو لا يمكن معه لحكم قضائي أن يشكك في حقيقة وجودها. ولكنه رأى، مع ذلك، ضرورة تقييد نطاق تطبيق التعويض العقابي وقصره على الحالات الآتية<sup>(1)</sup>:

الحالة الأولى: وتشمل التصرفات الجائرة أو التحكيمية أو غير الدستورية التي تقع من موظفي الحكومة. وقد فسر مجلس اللوردات موظفي الحكومة على نحو واسع بحيث لا يقتصر فقط على موظفي التاج بل يشمل كل من يمارس

(1) راجع: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 15، حيث أشار إلى حالة أخرى وهي التصرفات التي تتم لأغراض شخصية، ولكنه لم يذكر الحالة الثانية في المتن. وانظر أيضا: د. يحيى صقر أحمد صقر، الرسالة السابقة، ص 577-582.

وظائف حكومية كرجال الشرطة وموظفي الحكم المحلي. ولكن يظل القيد خاص بموظفي الحكومة فقط ولا يمتد إلى ذات الأعمال التحكيمية أو الجائرة أو غير الدستورية التي تقع من الأشخاص الخاصة<sup>(1)</sup>.

الحالة الثانية: وتضوى الفروض التي يستهدف فيها سلوك محدث الضرر تحقيق أرباح بقدر يتجاوز مبلغ التعويض الذي يمكن دفعه إلى المضرور. ويندرج في إطار هذه الحالة فرض الخطأ المربح. ومن أكثر القضايا التي تعبر عن هذه الحالة قضية *Broome v. Cassell*

أما الحالة الثالثة: فتتضمن كل الحالات التي ينص فيها القانون صراحة على منح التعويض العقابي. مثال ذلك قانون حماية النشر، والتصميم وبراءة الاختراع لسنة 1988<sup>(2)</sup>.

ولكن هل يفهم من الحكم السابق أن نطاق تطبيق التعويض العقابي يقتصر على الأضرار التي تقع في نطاق إحدى هذه الطوائف الثلاث سواء حدثت قبل سنة 1964 أو وقعت بعدها أم ينحصر فحسب على الأضرار التي كانت قبل هذا التاريخ وتندرج ضمن الطوائف المذكورة؟

جاءت الإجابة عن هذا التساؤل في حكم محكمة الاستئناف في سنة 1993 في قضية *AB v South West Water Services*، حيث قرر صراحة أنه ينبغي للحكم بتعويض عقابي على المدعى عليه أن يثبت المدعى أن سبب دعواه كان واحداً من الأفعال الضارة التي حكم فيها بتعويض عقابي قبل قضية *Brookes v. Bernard* سنة 1964، فضلاً عن ضرورة أن يدخل هذا الفعل في نطاق الحالات الثلاث التي ذكرها اللورد ديفلن<sup>(3)</sup>.

(1) وقد انتقد البعض هذه التفرقة لكونها تقوم على أساس غير منطقي، حيث يرى أن هذه الأعمال قد تصدر عن موظفي مشروعات اقتصادية عملاقة ويمكن أن تسبب أضراراً أكبر مما يسببها فعل الموظف الحكومي. ولكن من يؤيد التفرقة يرى أن هناك أهدافاً عملية لفرض التعويض العقابي على موظفي الدولة، لأن تمويلهم يكون من خلال الميزانية العامة. ولذلك ظلت المحاكم الإنجليزية تطبق هذه التفرقة، راجع: د. يحيى صقر أحمد صقر، الرسالة السابقة، ص 579.

(2) المادة 2/27، 3/229.

(3) Cité par S. DE LUCA, *op. cit.*, p. 25.

وما نعتقده صواباً من وجهة نظراً، وكما يرى بعض الفقه<sup>(1)</sup>، أن التفسير الذى تبناه مجلس اللوردات، لا يستند إلى منطق مقبول، ويؤدى حتماً إلى حلول تحكمية؛ حيث يحكم بتعويض عقابى عن أحد الأفعال الضارة لمجرد أنه وقع صدفة قبل سنة 1964، ولا يعوض عن نفس الفعل الضار إذا وقع بعد هذا التاريخ حتى ولو كان يدخل ضمن الفئات الثلاث السابقة التى حددها اللورد ديفلن.

وفضلاً عن ضرورة وقوع الفعل الضار ضمن حالة من الحالات الثلاث التى أشار إليها اللورد ديفلن، وأن يكون من بين الحالات التى حكم فيها بتعويض عقابى قبل عام 1964، فقد أضاف اللورد ديفلن ثلاثة اعتبارات أخرى يجب مراعاتها عند الحكم بالتعويض العقابى<sup>(2)</sup>. الأول: ضرورة أن يكون المضرور ضحية مباشرة للسلوك الموجب للمسئولية عن الفعل الضار. الثانى: أن يتم استخدام هذه الصلاحية في نطاق ضيق، أى لا يقضى بالتعويض العقابى إلا إذا رأى القاضى أن منح التعويض الجابر للضرر ليس كافياً لعقاب وردع المدعى عليه<sup>(3)</sup>. الثالث: حتمية أن يؤخذ في الحسبان، عند تقدير مبلغ التعويض العقابى سلوك كل من المدعى عليه والمدعى. وفى هذا الاعتبار يجب تحديد مبلغ التعويض على أساس جسامه سلوك المدعى عليه.

ونظراً لتضييق نطاق تطبيق التعويض العقابى في القانون الإنجليزي، شكلت سنة 1997 لجنة لدراسة الموضوع عرفت بـ<sup>(4)</sup> Commission Law تمهيداً

(1) V. C. JAUFFRET-SPINOSI, *art. préc.*, p.8 et s.

(2) راجع: د. يحيى صقر أحمد صقر، الرسالة السابقة، ص 584.

(3) G. DE MONCUI, *La faute lucrative, Mémoire préc.*, p.77.

(4) Report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages (1997) ; Law Com., no 247. P. 184 et s.

راجع التوصيات التى انتهت اليها اللجنة، فى لغتها الأصلية، فيما يلى:

We recommend that:

(15) exemplary damages should be retained.

(16) our draft Bill should reflect our preference for the term 'punitive damages' rather than 'exemplary damages'. (Draft Bill, clause 1(2))

لإصدار تشريع جديد ينظم هذا النوع من التعويض، اقترحت تلك اللجنة عدة توصيات، منها استخدام اصطلاح **punitive damage**، بدلاً من اصطلاح **exemplary damage**، وأن يكون منح هذا التعويض من اختصاص القضاء وليس هيئة المحلفين، وأن ترفع القيود التي فرضت على التعويض العقابي بحكم *Rookes v Barnard*.

ورغم هذا التوسع الأخير في نطاق التعويض العقابي في إنجلترا، فإنه يظل، مع ذلك، محدوداً ويظل مبلغه معقولاً بالمقارنة بالوضع في الولايات المتحدة الأمريكية.

### ثانياً: في النظام القانوني الأمريكي:

67. وعلى الرغم من وحدة فكرة التعويض العقابي في كل من إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية، كما أشرنا سلفاً، إلا أن الفكرة حظيت بنطاق تطبيق أوسع بكثير عما هي عليه في إنجلترا؛ حيث تطبق بصفة أساسية في المجال التقصيري وبنص القانون في مجال المنافسة، وكذلك بخصوص الدعاوى التي يرفعها المضرور من المنتجات الخطرة<sup>(1)</sup>.

ولئن كان القانون الأمريكي بوجه عام قد أقر صراحة فكرة التعويض العقابي، فإن تطبيقها يعتمد على قانون كل ولاية، وتبعاً لذلك فهي تطبق بطريقة مختلفة في داخل هذا البلد. ففي بعض الولايات يتحدد التعويض العقابي بنص القانون، وفي

(17) the judge, and not a jury, should determine whether punitive damages should be awarded, and if so, what their amount should be.

(Draft Bill, clause 2)

(18) punitive damages may only be awarded where in committing a wrong, or in conduct subsequent to the wrong, the defendant deliberately and outrageously disregarded the plaintiff's rights; (Draft Bill, clause 3(6); for 'conduct' see clause 15(3)); and the narrower 'categories' test of *Rookes v Barnard* should be rejected.

(Draft Bill, clause 3(9)) 185

(19) the 'cause of action' test of *AB v South West Water Services Ltd* should be abandoned;

(1) D. CALCIU, *Mémoire préc.* P.4.

ولايات أخرى يترك لسلطة القاضى التقديرية والمحلّفين<sup>(1)</sup>. كما تختلف أوصاف الفعل الضار الذى يفسح المجال لتطبيق التعويض العقابى باختلاف تشريعات الولايات المختلفة، ولكنها لا تخرج فى النهاية عن الأوصاف التالية<sup>(2)</sup>: الطيش، عدم الاكتراث أو اللامبالاة، أو الاستخفاف أو نية الإيذاء المسبقة، وكذلك فحش وفضاعة السلوك والاحتيال.

ومن أهم تطبيقات القضاء الأمريكى لفكرة التعويض العقابى، نشير إلى القضية الشهيرة<sup>(3)</sup> *Grimshaw v Ford Motor co* فى هذه القضية، تم إخطار شركة "فورد" للسيارات بعيب فى أحد موديلات أو طرازات سياراتها، يتمثل فى وجود خزان الوقود فى مؤخرة السيارة، مما يؤدى إلى اشتعال النيران فى السيارة فى حالة صدمها من الخلف. بيد أن الشركة لم تعد إلى إجراء أى تعديل على تصميم موقع خزان الوقود، بعد أن قامت بحساب تكلفة إجراء هذا التعديل، وتبين لها أنها ستتجاوز بكثير المبالغ التى يمكن أن تلزم بها فى حالة رفع دعاوى قضائية ضدها. وبعد وقوع حادث ترتب عليه انفجار إحدى السيارات واحتراقها، ووفاة ثلاثة أشخاص، رفعت دعوى على الشركة، انتهت بالحكم عليها بالتعويض لصالح ورثة المضرورين بمبلغ أثنى عشر مليون دولار ونصف كتعويض عقابى، فضلاً عن التعويض الجابر للضرر بمبلغ ثلاثة ملايين دولار. وفى الاستئناف، تم تخفيض مبلغ التعويض العقابى إلى ثلاثة ملايين دولار ونصف.

ويعود السبب فى ضخامة مبلغ التعويض العقابى، فى القضية السابقة، إلى اعتبار المحلّفين سلوك شركة فورد سلوكاً متعمداً تم بعدم اكتراث واع بالنتائج

(1) A. PONS, *A propos de la notion de dommages et intérêts punitifs en droit français et américain*, disponibles sur internet à l'adresse : <http://m2bde.uparis10.fr/node/2404?destination=node%2F2404.p.1et.s>.

(2) لمزيد من التفاصيل حول هذه الأوصاف، راجع: د. يحيى صقر أحمد صقر، الرسالة السابقة، ص 597-606.

(3) *Grimshaw v Ford Motor co (117 Cal. Repr 348 Ccal 1981)*; J. MARTINS-COSTA et M. SOUZA PARGENDLER, *art. préc.*, p.1163.

وحول هذه القضية أيضاً، راجع: د. يحيى صقر أحمد صقر، الرسالة السابقة، ص 604 وما بعدها.

الممكنة مما يستوجب العقاب بشدة، لأنها لكي توفر خمسة عشر دولاراً في كل سيارة مصنعة، قامت بوضع الخزان في مكان غير مناسب، وهي تعلم أنه يشكل خطورة بالغة على حياة المستخدمين، كما لم تقم بإجراء التعديلات اللازمة على تصميم موقع خزان الوقود لأنها ستكلفها أكثر مما قد يحكم به ضدها من تعويض.

بيد أن القانون الأمريكي، في مجال المسؤولية الناشئة عن الأشياء الخطرة، تولى عن استلزام إثبات الخطأ العمد للمدعى عليه حتى لا يعطل ذلك منح التعويض العقابي للمضرورين، وبات يكفي بمجرد إثبات أن سلوك المدعى عليه قد عرض حياة الغير للخطر، حتى ولو لم يكن متعمداً. ولا شك أن هذا التخفيف من شروط منح التعويض العقابي يفسر بترحيب المشرع ومباركته لهذا النوع من التعويض<sup>(1)</sup>.

وعلى الرغم من اعتراف القانون الأمريكي بالتعويض العقابي في الكثير من الولايات<sup>(2)</sup>، إلا أن وضعه موضع التطبيق العملي شابه الكثير من التجاوزات والمبالغ في المبالغ الممنوحة على سبيل التعويض الأمر الذي دفع أعداء هذه الفكرة إلى إثارة مسألة عدم دستورتها؛ واستندوا في ذلك على أنها تخالف ثلاثة تعديلات للدستور الأمريكي<sup>(3)</sup>. ففكرة التعويض العقابي، من وجهة نظر هذا الرأي، تخالف التعديل الثالث عندما يشكل الفعل مخالفة مدنية وجريمة جنائية في وقت واحد، حيث يتعرض المسئول للعقاب مرتين عن نفس الفعل. كما تخالف التعديل الثامن<sup>(4)</sup>، والذي يحظر العقوبات المبالغ فيها، والحال كذلك فإن التعويض العقابي

(1) V. G. DE MONCUIT, *La faute lucrative, Mémoire préc.*, p. 80.

(2) وذلك باستثناء بعض الولايات، مثل ولاية نبراسكا حيث لا يسمح قانونها المحلي بمنح التعويض العقابي، وولاية واشنطن التي لا تقره إلا إذا نص عليه صراحة تشريع، أما معظم الولايات الأمريكية فهي تطلق منح هذا التعويض في مجالات مختلفة راجع: د. يحيى صقر أحمد صقر، الرسالة السابقة، ص 595.

H. GAUDEMET-TALLON, *note sous Cass. Civ., 1re déc. 2010 ; Rev.crit.DIP, 2011, p. 97.*

(3) لمزيد من التفاصيل حول شبهات عدم دستورية التعويض العقابي في الولايات المتحدة، راجع:

Luis Ernesto Aguirre VILLARREAL, *op. cit.*, pp. 74-85.

(4) Amendment VIII, U.S. Constitution: "Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted"

يشبه الغرامة ذات المبالغ المرتفعة، وكذلك التعديل الرابع عشر<sup>(1)</sup> والذي يحظر على الولايات أن تحرم الفرد من حياته أو حريته أو أمواله دون أن تكفل له الضمانات الأساسية للدعوى الجنائية، وهو ما لا يحدث في التعويض العقابي حيث يمنح في ظل غياب تلك الضمانات. وإذا كان التمسك بالتعديل الثامن قد رفض على أساس أن التعويض العقابي عقوبة مدنية، إلا أن المحكمة العليا قضت بعدم دستورية المبالغة أو المغالاة في مبالغ التعويض العقابي مما جعل الولايات المتحدة الأمريكية تشتهر بما يعرف "بصناعة التعويضات المليونية".

ولذلك تدخلت المحكمة في قضية *Gore v BMW of North America, inc* في 20 مايو 1996<sup>2</sup> وتبنت بعض المعايير لإرساء مبدأ التناسبية، وفرضت على المحاكم الأخذ في الاعتبار ثلاثة توجيهات عند تحديد مبلغ التعويض العقابي في كل القضايا المستقبلية، وهي: أولاً: درجة الاستياء من سلوك المدعى عليه. ثانياً: التناسب بين مبلغ التعويض الإصلاحي ومبلغ التعويض العقابي. ثالثاً: المقارنة بين التعويض العقابي الممنوح من قبل المحلفين والغرامات المدنية المقررة أو المفروضة في الحالات المماثلة<sup>(3)</sup>. ثم أعادت المحكمة التأكيد على ضرورة التناسبية بتقريرها أن مبلغ

(1) Amendment XIV, U.S. Constitution: [Section 1] "All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws".

(2) *Gore v BMW of North America, inc, du 20 mai 1996, 517 US 559, 119 S Ct. 1589; H. GAUDEMET-TALLON, note sous Cass. Civ., 1re dec. 2010 ; Rev.crit.DIP, 2011, spec, p. 96.*

(3) ولتقرير مدى الاستياء من سلوك المدعى عليه، يتوجب على القاضي أن يراعى ما يلي:  
1- ما إذا كان الضرر الواقع على المضرور ضرر جسدي أو اقتصادي. 2- ما إذا كان الضرر قد وقع بإهمال أم لا. 3- ما إذا كان الضرر نتيجة فعل أو سلوك متعمد أم مرتكب بالغش أم مجرد حادث عرضي. 4- ما إذا كان السلوك قد تكرر أم حدث عرضي. 5- المقدرة المالية للمدعى عليه. راجع:



التعويض العقابي لا يجب أن يتجاوز عشرة أضعاف مبلغ التعويض الجابر وذلك في حكمها الصادر في 7 أبريل سنة 2003<sup>(1)</sup>. السؤال هو: هل أدت تلك التوجيهات السابقة إلى الحد من المبالغة في تقدير مقدار التعويض العقابي؟

لا نستطيع أن نجيب عن هذا السؤال إلا بالنفي؛ فلازل الوضع حتى الآن يحتاج إلى مزيد من تقييد سلطة المحلفين في منح التعويض العقابي. آية ذلك ما قضت به محكمة<sup>(2)</sup> Oregon من معاقبة Philip Morris وهو مصنع السجائر المشهور بدفع بمبلغ 800 ألف دولار كتعويض جابر للضرر ومبلغ 79.5 مليون دولار كتعويض عقابي لأرملة أحد المتوفين بسبب سرطان الرئة من جراء التدخين، وقد أخذت عليه المحكمة أنه عرض حياة الغير للخطر على نحو متعمد، حيث لم يحم بعامل المستهلك عما وضعه من إضافات على التبغ من شأنها أن تشجع على تعود واعتماد المستهلك على تدخين هذا النوع من السجائر، وقيامه أيضا بتنظيم حملة إعلانية للترويج للسجائر light "لايت" بالتأكيد على أنها أقل ضرراً من غيرها. وبمقارنة بسيطة بين المبالغ الممنوحة يتضح لنا أنه لا توجد تناسبية البتة بين التعويض الإصلاحي والعقابي حيث يصل الأخير إلى حوالي مائة مرة مقدار التعويض الجابر<sup>(3)</sup>.

J. MARTINS-COSTA et M. SOUZA PARGENDLER, *art. préc.*, p.1162; H. GAUDEMET-TALLON, *note* sous Cass. Civ., 1re déc. 2010 ; *Rev.crit.DIP*, 2011, p. 101.v. aussi, G. DE MONCUIT, *La faute lucrative, Mémoire préc.*, p. 83.

(1) State Farm Mutual Automobile Insurance Co v. Campbelle, du 7 avril 2003, 538 US 408, 123 S CT, 1513, in H. GAUDEMET-TALLON, *note* sous Cass. Civ., 1re déc. 2010 ; *Rev.crit.DIP*, 2011, p. 96.

(2) U.S supreme Court, philipp Moris USA v. Williams, 20 fév. 2007, cite par G. DE MONCUIT, *La faute lucrative, Mémoire préc.*, p. 83.

(3) ولما طعن على هذا الحكم أمام المحكمة العليا الأمريكية فقد قضت في 20 فبراير 2007 بنقض الحكم مؤسسة قضاءها على أن المحكمة أخذت في اعتبارها عند تقدير التعويض العقابي للضرر الواقع على أشخاص لم يكونوا طرفاً في الدعوى، وهو أمر غير دستوري. ولم تتعرض المحكمة للمبالغة في مقدار التعويض. ولما نظرت المحكمة العليا Oregon في الدعوى في 31 يناير 2008 أصرت على حكمها القديم، ولم تغير من مقدار مبلغ التعويض شيئاً. مشار إليه في:

D. CALCIU, *mémoire préc.* P.5.

يبقى أن نشير في النهاية إلى أن العديد من تشريعات الولايات المتحدة الأمريكية تمنع التأمين على التعويض العقابي، وقد بلغ عدد هذه الولايات حوالي 18 ولاية منها كاليفورنيا ونيويورك؛ ذلك أن التأمين ضد هذا التعويض يتعارض مع المصلحة العامة، ويجعل العقوبة لا محل لها لأن المسئول لن يشعر بوطأة التعويض، ومن ثم لن يرتدع في المستقبل عن سلوك سبيل المخالفة مرة أخرى.

ومع ذلك تجيز بعض تشريعات الولايات الأخرى، التأمين ضد التعويض العقابي: مثل لويزيانا وفيرجينيا والاسكا، ولكنها تستلزم لجواز التأمين ألا يكون هذا التعويض مترتب عن جرم خطأ عمدى<sup>(1)</sup>.

نخلص مما سبق إلى أن فكرة التعويض العقابي جيدة في ذاتها وتحظى من حيث المبدأ بإقرار التشريع والفقهاء والقضاء في كثير من الولايات الأمريكية<sup>(2)</sup>، ولكن العيب فيها يتعلق بطريقة التطبيق حيث نلمس مبالغة كبيرة في حساب مبلغ التعويض، على الرغم من توجيهات المحكمة العليا، حيث تظل هذه الدولة مشهورة بمنح تعويضات مليونية، وهو أمر له خطورته في الواقع العملي لأن من شأنه أن يؤدي إلى نتائج عكسية تتمثل في زيادة تكلفة إنتاج السلع والخدمات، واحجام بعض المؤسسات الصناعية عن اقتحام بعض المجالات الحيوية خشية التعرض للحكم عليها بالتعويض العقابي<sup>(3)</sup>.

لذلك يجب توخي منتهى الحيطة والحذر عند استلزام فكرة هذا التعويض والعمل على تفادي هذا النقد الذي يوجه دائما للنموذج الأمريكي في منح التعويض العقابي. فهل نجح المشرع في مقاطعة كيبيك بكندا في تأطير نظام التعويض

(1) Vladimir ROSTAN D'ANCEZUNE, *art. préc.*, P. 51.

وانظر أيضا: د. عدنان أحمد ولي، التعويض العقابي والتأمين "مفهوم التعويض العقابي وجواز التأمين عليه"، رسالة التأمين، السنة الخامسة - العدد الأول - كانون الثاني - شباط 2003، ص 14-17، وبصفة خاصة ص 17.

(2) ومع ذلك يشير بعض الفقهاء إلى أن التعويض العقابي لا يشكل إلا نسبة 6% من القضايا في الولايات المتحدة الأمريكية ولا سيما في الإطار التقصيري. راجع:

M. NUSSENBAUM, "L'appréciation du préjudice", *art. préc.*, p. 79.

(3) A. PONS, *op. cit.*, p. 2; v. également, Douglas G. HARKIM, *op. cit.*, p.5.

العقابي على نحو مقبول ومعقول ومختلف عن نظيره الأمريكي؟ هذا ما سنراه فيما يلي:

## الفرع الثاني

### التعويض العقابي في قانون مقاطعة كيبيك

68. تأثر القانون المدني الجديد لمقاطعة كيبيك بالقانون المدني الفرنسي، حيث استلهم روحه دون نصوصه وهياكله. ولكنه استفاد أيضا من القانون الأمريكي، والكندي في تجربته مع التعويض العقابي، بيد أنه نجح بامتياز في وضع نظام محدد ودقيق للتعويض العقابي على نحو يتجنب به سلبياته في النظام الأمريكي. لذا نرى أن نعرض أولا لمبدأ إقرار التعويض العقابي في التشريع والقضاء والفقه وشروط منحه (الفرع الأول)، ثم قواعد تقديره (الفرع الثاني).

## الفصل الأول

### إقرار فكرة التعويض العقابي وشروطها

#### أولاً: إقرار التعويض العقابي:

69. ظهرت فكرة التعويض العقابي في كندا في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، حيث أقرتها بعض المحاكم الكندية في الحالات التي كان يتسم فيها سلوك الفاعل بالميل إلى الإيذاء أو يكون مشوباً بسوء النية والخروج عن السلوك المألوف في المجتمع. وقد رفضت محاكم أخرى الاعتراف بهذه الفكرة، وكان على رأس هذه المحاكم محكمة استئناف كيبيك، والمحكمة العليا الكندية<sup>(1)</sup>. فقد قررت هذه الأخيرة في سنة 1955، أن "القانون المدني لمقاطعة كيبيك لا يعرف التعويض العقابي أو الرادع". وعلى خلاف القضاء، فقد اعترف بها المشرع في مقاطعة كيبيك صراحة في

(1) *Chaput c. Romain*, que « la loi de Québec ne connait pas [le] droit à des dommages punitifs ou exemplaires », *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834 cite par Mélanie SAMSON, « Les dommages punitifs en droit québécois : Tradition, évolution et ... révolution ? », (2012) 42, R.D.U.S. PP. 159-201, spéc. P. 164.

تشريعات عديدة؛ حيث كرسها لأول مرة بالتشريع الصادر في سنة 1898 بشأن الشركة الملكية للكهرباء، ثم في نطاق قانون حماية الأشجار والصادر في سنة 1929<sup>(1)</sup>، ثم في سنة 1972 مع صدور ميثاق حقوق وحرقات الأشخاص والذي نص صراحة على أن كل اعتداء غير مشروع وعمدى على الحقوق والحرقات التي يضمنها هذا الميثاق يجيز للشخص طلب التعويض الرادع. ثم تبع ذلك بإقرار الفكرة في قانون حماية المستهلك، حيث نص على إمكانية الحكم بتعويض عقابي على التاجر أو الصانع الذي يخل بأحد الالتزامات التي يفرضها عليه القانون. وتوالت التشريعات الخاصة التي تنص على إمكانية اللجوء إلى التعويض العقابي، ومع ذلك فلم يتقرر هذا الجزاء بقاعدة عامة، بل ظل قاصرا على الحالات التي ورد بشأنها نص خاص<sup>(2)</sup>.

ومن ناحية أخرى، فقد أقر القانون المدني الجديد لمقاطعة كيبك التعويض العقابي، في المادة 1621 والتي تقضى بأنه: "عندما ينص التشريع على منح تعويض عقابي، فلا يجوز أن يتجاوز هذا التعويض، في قيمته، القدر الكافي لتحقيق وظيفته الرادعة.....".

وكما هو واضح، فلم يفعل القانون المدني أكثر من تأكيده على مسألة توطين فكرة التعويض العقابي، ولم يخلق قاعدة عامة لتأسيس هذه الفكرة؛ إذ ظل الأمر مرتبط بوجود تشريع خاص ينص على منح هذا النوع من التعويض، ثم وضع بعض المعايير التي يستهدى بها القاضى في سبيل تقديره. وسنحاول فيما يلي، تحديد شروط التعويض العقابي، وطريقة تقديره.

(1) « toute personne qui détruit ou endommage un arbre, arbuste ou arbrisseau, ou un taillis sans avoir obtenu l'autorisation du ministre de l'Environnement, à moins que le consentement n'ait été préalablement donné par le propriétaire, est tenue de verser à ce dernier, en sus des dommages réels, des dommages et intérêts punitifs d'un montant n'excédant pas 200\$ pour chaque arbre, arbuste, arbrisseau ou taillis ainsi détruit ou endommagé ».

(2) V. Pauline ROY, *Les dommages exemplaires en droit Québécois, instrument de la revalorisation de la responsabilité civile*, Thèse Montréal, octobre 1995, P. 1 et ss.

### ثانياً: شروط الحكم بالتعويض العقابي:

#### أ) وجود نص تشريعي يقرر منح التعويض العقابي:

70. نص القانون المدني الجديد لمقاطعة كيبيك في الفقرة الأولى من المادة 1621 صراحة على أنه يلزم للحكم بالتعويض العقابي أن يوجد تشريع خاص يسمح باللجوء إلى هذا الطريق. ومؤدى هذا النص، أن منح التعويض العقابي يجب أن يستند إلى نص تشريعي محدد، "فلا تعويض عقابي إلا بنص"<sup>(1)</sup>، وهذا من شأنه أن يفرض على القضاة التزام مهني بالبحث في الواقعة المعروضة عليهم لمعرفة ما إذا كانت تدخل في نطاق تطبيق قانون يقرر التعويض العقابي من عدمه، فإذا ما تثبت القاضي من ذلك حكم بالتعويض العقابي للمضرور، إما إذا لم يجد سند تشريعي، تعين عليه رفض منح التعويض الرادع للمضرور<sup>(2)</sup>. كما يتعين على القاضي أن يتأكد من أن مسلك المدعى عليه يستوجب مجازاته بالحكم عليه بهذا التعويض.

#### ب) وجود تصرف أو سلوك تتوجب مجازاته بالتعويض العقابي:

71. رأينا فيما سبق أن قانون مقاطعة كيبيك لم يقرر قاعدة عامة لمنح التعويض العقابي، وإنما يقرره بموجب تشريعات خاصة. وتبعاً لذلك فكل تشريع يحدد أنماط السلوك المستوجبة الحكم بتعويض رادع، فمثلاً قانون حماية المستهلك يمنح للمضرور الحق في المطالبة بتعويض عقابي عند إخلال التاجر بالتزاماته المقررة في هذا القانون، وقانون المستأجرين يقرر هذا الجزاء في حالة تعرض المستأجر للتمييز أو التعرض له من قبل المؤجر.

(1) Marieve LACROIX, "Attention au gros lot! Richard c. Time Inc.", *Revue du Barreau*, (en ligne) Tome 71, 2012, PP. 147-173, spéc. P. 163.

(2) Maria Grazia DI STEFANO, *Les dommages-intérêts punitifs en droit français et italien*, Master 2 recherche, sous la direction de Mme le professeur Rose -Noëlle SCHUTZ, Université de Poitiers, accessible sur le site suivant : [droit.univ-poitiers.fr/.../Maria-Grazia\\_Memoire\\_definiti](http://droit.univ-poitiers.fr/.../Maria-Grazia_Memoire_definiti), PP. 47 et 48.

وعلى ما يبدو فإن المشرع يقرر التعويض العقابي لمجازاة تصرفات تتسم بدرجة معينة من الخطورة وسوء النية أو العمد أو العدوانية والتعسف والتحكم. وهذا ما يتأكد لنا مما تقضى به الفقرة الثانية من المادة 49 من ميثاق حقوق وحرىات الأفراد في مقاطعة كيبك بقولها: "ويجوز للمحكمة، علاوة على ذلك، في حالة الاعتداء غير المشروع والعمدى أن تحكم على المعتدى بتعويض رادع". فما المقصود بالاعتداء غير المشروع أو العمدى الذى يفتح المجال للحكم بالتعويض العقابى؟

في حقيقة الأمر، يعد الاعتداء غير مشروع إذا وقع من الشخص دون وجود ما يبرره طبقاً لقواعد السلوك المقررة قانوناً أو بالواجب العام بحسن السلوك والذى يتبناه شخص متبصر وحذر، وهذا ما قرره المحكمة العليا الكندية. وعلى ذلك يمثل الانتهاك الواقع على أحد الحقوق التى يضمنها هذا الميثاق خطأ مدنياً يبرر التعويض العقابى. أما الاعتداء العمدى، فهو الذى يقع من شخص يريد الفعل ويريد النتيجة المترتبة على فعله وهى الإضرار بالغير، أى تتوافر لديه نية إيقاع الأذى بالغير. وتبعاً لذلك فلا يمثل مجرد الإهمال أو حتى الخطأ الجسيم، اعتداء عمدياً.

ولكن هل توفر تلك الشروط يجعل للمضروب الحق حتماً في الحصول على تعويض رادع؟ لا نستطيع أن نجيب عن هذا السؤال إلا بالنفى؛ فمنح التعويض العقابى حتى مع توفر الشروط الواجبة لمنحه لا يتم بطريقة تلقائية، بل يظل لقاضى الموضوع مطلق السلطة التقديرية في تحديد ما إذا كان منح التعويض العقابى يعد أمراً مناسباً من عدمه. بل يظل له مطلق السلطة التقديرية في تعيين مبلغ التعويض الذى يقضى به لصالح المضروب<sup>(1)</sup>. والسؤال هو: ما هى معايير تقدير التعويض العقابى؟

(1) M. G. DI STEFANO, *op. cit.*, P.49.

## الفصل الثاني

### أحكام التعويض العقابي

#### أولاً قواعد تقدير مبلغ التعويض:

72. إذا نص التشريع الخاص على اللجوء إلى التعويض العقابي، ولم يعين طريقة تقديره على نحو محدد وواضح، وهذا هو الوضع الغالب، فإنه ينبغي تطبيق المعايير التي نصت عليها المادة 1621 من التقنين المدني لمقاطعة كيبك. حيث جاء فيها: "... ويؤخذ في الاعتبار عند تقديره (التعويض العقابي)، كل الظروف الخاصة، ولاسيما جسامة خطأ المدين، ومركزه المالي أو مدى التعويض الذي سبق أن ألزم به تجاه الدائن، كما يراعى عند الاقتضاء، ما إذا كان شخص من الغير سيتحمل كلياً أو جزئياً بعبء الوفاء بالتعويض".

وطبقاً لهذا النص، يخضع تقدير قيمة التعويض العقابي لسلطة قاضي الموضوع، وفي سبيل قيامه بهذه المهمة يستعين القاضي بجملة من العوامل التي تؤثر في تحديد مقدار المبلغ الذي يحكم به<sup>(1)</sup>. يأتي على رأس العوامل المؤثرة في

(1) لمزيد من التفاصيل، راجع: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 96 إلى ص 105. وحول التوجيهات التي يجب أن يتأكد القاضي من المام المحلفين بها قبل الحكم بالتعويض العقابي، نفس المرجع السابق، ص 93 وما بعدها، وانظر أيضاً:

1) Les dommages-intérêts punitifs sont vraiment l'exception et non la règle. (2) Ils sont accordés seulement si le défendeur a eu une conduite malveillante, arbitraire ou extrêmement répréhensible, qui déroge nettement aux normes ordinaires de bonne conduite. (3) Lorsqu'ils sont accordés, leur quantum doit être raisonnablement proportionné, eu égard à des facteurs comme le préjudice causé, la gravité de la conduite répréhensible, la vulnérabilité relative du demandeur et les avantages ou bénéfices tirés par le défendeur, (4) ainsi qu'aux autres amendes ou sanctions infligées à ce dernier par suite de la conduite répréhensible en cause. (5) En règle générale, des dommages-intérêts punitifs sont accordés seulement lorsque la conduite répréhensible resterait autrement impunie ou lorsque les autres sanctions ne permettent pas ou ne permettraient probablement pas de réaliser les objectifs de châtement, dissuasion

مقدار التعويض مدى جسامة خطأ المسئول<sup>(1)</sup>، والمركز المالي له من حيث مصادره المالية ومقدرته الاقتصادية والأرباح التي جناها من وراء فعلته، كما يراعى القاضى أثر السلوك الذى وقع من المسئول على المضرور، والمبلغ الممنوح له كتعويض إصلاحي، بالإضافة إلى ذلك سيتأثر تقدير القاضى بالعقوبات التى سبق وحكم بها على المدين، وبما إذا كان ثمة شخص من الغير سيتحمل كلياً أو جزئياً بعبء التعويض، كشركة تأمين مثلاً، كما يمكن أن يراعى القاضى عدد المضرورين المحتملين من خطأ المسئول<sup>(2)</sup>.

et dénonciation. (6) L'objectif de ces dommages-intérêts n'est pas d'indemniser le demandeur, mais (7) de punir le défendeur comme il le mérite (châtiment), de le décourager- lui et autrui - d'agir ainsi à l'avenir (dissuasion) et d'exprimer la condamnation de l'ensemble de la collectivité à l'égard des événements (dénonciation). (8) Ils sont accordés seulement lorsque les dommages intérêts compensatoires, qui ont dans une certaine mesure un caractère punitif, ne permettent pas de réaliser ces objectifs. (9) Leur quantum ne doit pas dépasser la somme nécessaire pour réaliser rationnellement leur objectif. (10) Bien que l'État soit généralement le bénéficiaire des amendes ou sanctions infligées pour cause de conduite répréhensible, les dommages intérêts punitifs constituent pour le demandeur un « profit inattendu » qui s'ajoute aux dommages-intérêts compensatoires. (11) Dans notre système de justice, les juges et les jurys estiment que des dommages-intérêts punitifs modérés sont généralement suffisants, puisqu'ils entraînent inévitablement une stigmatisation sociale. S. BEAULAC, *art. préc.*, pp. 772 et 673.

1() ومن العوامل التى تؤثر فى مدى جسامة سلوك المدعى عليه، "وهى أن يكون المدعى عليه متعمداً للسلوك المستوجب للعقاب ومصراً عليه، نية المدعى عليه ودوافعه من وراء السلوك، استمرار السلوك غير المقبول للمدعى عليه لمدة طويلة، ثبوت أن المدعى عليه كان راضياً عن سلوكه أو انه حاول التستر عليه، كون المدعى عليه عالماً بخطأ تصرفاته أم لا، حصول المدعى عليه على ربح من وراء سلوكه المستوجب للعقاب أم لا، أن يكون المدعى عليه عالماً بأن سلوكه المستوجب للعقاب يمثل اعتداءً على مصلحة يعلق عليها المدعى أهمية كبرى"، د. أسامة أبو الحسن، المرجع السابق، ص 97.

(2) Marieve LACROIX, "Attention au gros lot! Richard c. Time Inc.", *Revue du Barreau*, (en ligne) Tome 71, 2012, PP. 147-173, spéc. P. 167 et 168.



بيد أنه يلاحظ أن قضاة الموضوع يميلون . بالرغم من العناصر السابقة، إلى تحديد مبلغ التعويض بطريقة مختصرة، وبدون العناية بتسبيب خاص، مستعملين في ذلك سلطتهم التقديرية بطريقة تحكيمية<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: تخصيص مبلغ التعويض العقابي:

73. وبعد تحديد مبلغ التعويض العقابي، فإن التساؤل يثور حول تحديد شخص المستفيد منه. وعلى ما يبدو فإن القضاء في مقاطعة كيبيك يقضى بهذا النوع من التعويض للمضروب وحده، ولا يخصص أى جزء منه للخزينة العامة<sup>(2)</sup>، وهو ما قد يؤدي إلى إثراء المتضرر على نحو غير مشروع على حساب المسئول. وهذه تشكل نقطة ضعف في النظام القانوني للتعويض العقابي طبقاً لما هو مقرر في مقاطعة كيبيك.

### ثالثاً: مدى إمكانية الحكم بالتعويض العقابي على نحو مستقل:

74. وفي النهاية تجدر الإشارة إلى أن التعويض العقابي بسعيه نحو عقاب وردع المسئول وبوصفه أيضاً تعبير من المحكمة عن استنكارها لسلوك المخالف المعلوم اجتماعياً، فهو لا يتمتع باستقلال عن التعويض الإصلاحي، بل يحكم به إلى جانبه. ومع ذلك فهناك توجه قضائي تقوده المحكمة العليا الكندية نحو الحكم بالتعويض العقابي على نحو مستقل دون أن يسبقه حكم بالتعويض الجابر، وقد تأكد هذا التوجه بحكمها في قضية *De Montigny*، حيث قضت بالتعويض العقابي على نحو مستقل، وعلى الرغم من موت المسئول عن الضرر، وبررت المحكمة ذلك بالقول إن التعويض العقابي من غاياته إعلان هيئة المحكمة

(1) Maria Grazia DI STEFANO, *op. cit.*, P.51.

(2) *Bien que l'État soit généralement le bénéficiaire des amendes ou sanctions infligées pour cause de conduite répréhensible, les dommages intérêts punitifs constituent pour le demandeur un « profit inattendu » qui s'ajoute aux dommages-intérêts compensatoires. (II) Dans notre système de justice, les juges et les jurys estiment que des dommages-intérêts punitifs modérés sont généralement suffisants, puisqu'ils entraînent inévitablement une stigmatisation sociale. S. BEAULAC, art. préc., pp. 772 et 673.*

للجمهور عن استنكارها وعدم موافقتها على السلوك الذي اقترفه المسئول<sup>(1)</sup>. وقد تأكد هذا التوجه في قضية *Richard v Time Inc*، في 28 فبراير سنة 2012<sup>(2)</sup> وكانت بخصوص نزاع خاص بقانون الاستهلاك، يتمثل في قيام *Time Inc et Time Consumer Marketing Inc* بتنظيم يانصيب إعلاني بهدف حث الجمهور على الاشتراك في الجريدة. وقد اشترك *Richard* في هذا اليانصيب وأرسلت له الجهة المنظمة وثائق فهم منها انه الفائز بالجائزة الكبرى. في هذه القضية حكمت المحكمة العليا لهذا المستهلك بمبلغ 16 الف دولار كندى منها 15 الف كتعويض عقابي للمسئول بسبب سلوكه المستوجب للعقاب وهو ممارسة أفعال تجارية يحظرها قانون الاستهلاك.

نخلص مما سبق، أن المشرع في إقليم كيبك قد حدد على نحو دقيق الاطار القانوني للتعويض العقابي بحيث تجنب إلى حد كبير الشطط الذي يتسم به هذا النظام في الولايات المتحدة الأمريكية، فعلى عكس التطبيق السائد في هذه الأخيرة حيث تكون الأرقام التي يحكم بها المحلفون فلكية فإن محاكم كيبك كانت أكثر تحفظاً<sup>(3)</sup>. ولكن يأخذ عليه الفقه، مع ذلك، أنه لم يقرر هذا الجزء في نطاق المسؤولية المدنية وفي اطار قواعد عامة دون الاستناد إلى نص تشريعي يقرر منحه. ونحن من جانبنا لا نساير هذا الرأي، ونتفق مع توجه المشرع في مقاطعة كيبك في تقرير التعويض العقابي بنصوص تشريعية خاصة لمواجهة فروض معينة لا يفلح التعويض المعادل للضرر في مواجهتها بحيث يظل هذا التعويض اختياريًا للقاضي، وتظل للمسئولية المدنية وظيفة إصلاحية بصفة أساسية وردعية بصفة استثنائية. ومع ذلك فإن نجاح المشرع في مقاطعة كيبك في تكريس التعويض العقابي

(1) *De Montigny c. Brossard (Succession)*, [2010] 3 R.C.S. 64 cité par, Mélanie SAMSON, art. préc. PP. 181-187.

(2) Marieve LACROIX, "Attention au gros lot! Richard c. Time Inc.", *Revue du Barreau*, (en ligne) Tome 71, 2012, PP. 147-173. P. 151 et ss.

(3) "حيث تقع مبالغ التعويض بين ألف وعشرة آلاف دولار وأحياناً قليلة بين عشرة وخمس وعشرين ألف دولار، أما في الحالات الاستثنائية فهي تزيد على المليون دولار"، راجع: د. يحيى صقر أحمد صقر، الرسالة السابقة، ص 621.

منذ فترة طويلة، يؤكد على إمكانية انتقاله<sup>(1)</sup> وغرسه في النظام القانوني الفرنسي والمصري، سيما وأن هذا النظام ينتمي بروحه إلى مدرسة القانون المدني. فهل حقا يمكن استقبال هذه الفكرة في القانون الفرنسي وفي تشريعنا المصري أم توجد عقبات في سبيل ذلك؟ هذا ما سنحاول بحثه فيما يلي.

## المطلب الثاني

### العقبات التي تعترض استقبال فكرة التعويض العقابي

#### في النظام القانوني الفرنسي والمصري

##### تمهيد وتقسيم:

75. ثار الجدل عنيفا في الفقه الفرنسي حول التعويض العقابي بين مؤيد ومعارض له. حيث يأخذ عليه جانب من الفقه أنه جزاء يقع على حدود القانون المدني والجنائي، وأنه يتجاوز قدر الضرر الواقع على المضرور يؤدي إلى إثراء هذا الأخير بلا مبرر مشروع، وأنه يتنافر مع مبدأ التعويض الكامل للضرر وهو مبدأ راسخ في الفقه والقضاء الفرنسي والمصري، وأنه يعتد في حسابه بجسامة الخطأ وليس الضرر.

ولما كنا قد تعرضنا للاعتراضين الأخيرين في الفصل الأول، فإننا سنقتصر هنا في فرعين متتاليين على عرض الاعتراضين الآخرين وهما: الخلط بين القانون المدني والقانون الجنائي (الفرع الأول)، وخطر إثراء المضرور بلا سبب (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول

##### الخلط بين وظيفة القانون المدني والقانون الجنائي

76. لقد بات في حكم التقليد المستقر. سواء في فرنسا أو في مصر. أن يسند إلى القانون المدني تنظيم المصالح الفردية، بينما يخصص القانون الجنائي لحماية المصلحة العامة. ويهدف القانون المدني إلى تقويم كل إخلال بالقواعد القانونية التي تنظم علاقة الفرد بغيره من الأفراد، ووسيلته في ذلك هي منع وقوع

(1) Eric AGOSTINI, "La circulation des modèles juridiques", *RID comp.* vol.42, no 2, Avril-Juin 1990, PP. 461-467.

المخالفة لقواعده القانونية، أو إزالة آثار هذه المخالفة إن وقعت بإعادة الحال إلى ما كانت عليه أو بالتعويض. أما القانون الجنائي فيهدف إلى حماية الكيان الاجتماعي وذلك بردع المخالف وتهديد غيره من تكرار المخالفة في المستقبل<sup>(1)</sup>.

ويترتب على ذلك أن تختلف المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية في أهدافها وأحكامها، فالأولى تهدف إلى جبر الضرر ويتمثل الجزاء في تعويض يقدر بحسب الأصل على قدر الضرر دون أي اعتبار لجسامة الخطأ، فالتعويض المدني ليس عقوبة<sup>(2)</sup>، أما المسؤولية الجنائية فهي تهدف إلى زجر المخالف وردعه ويتمثل الجزاء في عقوبة أو معاناة تفرض على المخالف في ماله أو حريته أو شرفه، وتقدر بمدى جسامة الفعل المخالف وما ترتب عليه من زعزعة أمن واستقرار الكيان الاجتماعي.

ويترتب على اختلاف الجزاء المدني عن الجزاء الجنائي أن المضرور أو نائبه هو الذي يباشر الدعوى المدنية أمام القضاء للمطالبة بتعويض الضرر الذي لحق به، فيما تتولى النيابة العامة تمثيل المجتمع في مباشرة الدعوى الجنائية للقصاص من الجاني. وهكذا يقتصر دور الفرد إزاء الفعل الضار على المطالبة بالتعويض فقط أو التنازل عنه لكونه حقاً خاصاً به، ولا يسوغ له أن يطالب بعقاب المخطئ، حيث يعود ذلك إلى السلطة العامة ممثلة في النيابة العامة<sup>(3)</sup>.

ويرى أعداء التعويض العقابي أنه جزء مختلط أو "هجين" hybride يقع على الحدود بين القانون الجنائي والقانون المدني mi-pénale mi-civile .  
والحال كذلك، فإن إدخال هذا الجزاء في قانون المسؤولية المدنية الفرنسي والمصري يثير الخلط بين وظيفة كل من القانونين. ويرى هؤلاء أن الحكم بالتعويض

(1) راجع : د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 203، 204.

(2) V. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.* no 678, P. 657;  
S. PROCHY-SIMON, *op. cit.*, no533, p. 273.

(3) انظر: د. إبراهيم صالح عطية الجبوري، المرجع السابق، ص 20-22. وراجع في استبعاد التعويض العقابي من دائرة الجزاءات الجنائية نهائياً:

J. ORTSCHIEDT, "Les dommages et intérêts punitifs en droit de l'arbitrage international", *Petites Affiches*, 20 novembre 2002 n° 232, P. 17, no 10.

العقابي في إطار دعوى مدنية يحول المسؤولية المدنية إلى مسؤولية شبه جنائية *parapénale*<sup>(1)</sup>، ويمكن أن يشكل بالتالي تكراراً للعقوبة إذا كان الفعل ذاته مشكلاً في نفس الوقت لجريمة جنائية.

كذلك فإن حكم القاضى المدنى بالتعويض العقابى فى إطار دعوى مدنية يفرض عليه أن يوفر للمدعى عليه جميع الضمانات الدستورية التى تكفل للمتهم فى إطار الدعوى الجنائية، ومنها مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات<sup>(2)</sup>، ومبدأ التناسب بين الجريمة والعقوبة المقررة لها<sup>(3)</sup>. وهذا ما قرره المجلس الدستورى الفرنسى من

(1) R. MESA, « La consécration d'une responsabilité civile punitive: une solution au problème des fautes lucratives? », *Gaz. Pal.*, 21 novembre 2009, no 325, p. 15 ; P. JOURDAIN, *Rapport préc.*, no 11.

حيث يتساءل عما إذا كان من المناسب أن يمنح التعويض العقابى فى إطار دعوى تكميلية خاصة ومتميزة عن دعوى المسؤولية المدنية، تخضع لضوابط وشروط خاصة بها.

(2) حيث تقضى المادة 95 من الدستور المصرى الجديد الصادر سنة 2014 "العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون". ولمزيد من التفاصيل حول مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، والجدل الذى ثار بشأنه، راجع: د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى، 1991/1990، ص 24-27.

(3) لمزيد من التفاصيل حول مبدأ التناسب، راجع على وجه الخصوص:

D. FOUSSARD, « La sanction et le principe de proportion : éléments pour une problématique », *Justice & Cassation*, 2005, PP. 93-105.

وقد قضت المحكمة الدستورية المصرية بأن شرعية الجزاء – جنائياً أو مدنياً أو تأديبياً - مناطها أن يكون متناسباً مع الأفعال التى أثمها المشرع، أو حظرها أو قيد مباشرتها، وأن الأصل فى العقوبة هو معقوليتها، فلا يكون التدخل بها إلا بقدر لزومها، بما مؤداه أن الجزاء لا يكون مبرراً إلا إذا كان مفيداً من وجهة اجتماعية، فإن كان مجاوزاً لتلك الحدود التى لا يكون معها ضرورياً، غداً مخالفاً للدستور. وأكدت المحكمة الدستورية المصرية هذا المبدأ قائلة بأن الأصل فى العقوبة هو معقوليتها، فكلما كان الجزاء الجنائى بغياً أو عاتياً، أو كان متصللاً بأفعال لا يسوغ تجريمها، أو مجافياً بصورة ظاهرة للحدود التى يكون معها متناسباً مع خطورة الأفعال التى أثمها المشرع، فإنه يفقد مبررات وجوده ويصبح تقييده للحرية الشخصية اعتسافاً. دستورية عليا فى (4)، 1997، العدد 15، 2-3 قضائية، الجريدة الرسمية فى 16 مجموعة أحكام الدستورية العليا ج 8 قاعدة رقم 17 ص 214. 21 دستورية عليا فى 3 يونيه عام 2000 فى القضية رقم 21 لسنة 20 قضائية " دستورية "؛ دستورية عليا فى 2 يونيه عام 2001 فى القضية رقم 114 لسنة 21 قضائية " دستورية "، الجريدة الرسمية، العدد 24 فى 14 يونيه 2001.

أن كل جزاء له طابع عقابي يجب أن تتوفر له الضمانات المنصوص عليها في المادة الثامنة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، وأيضاً قرره الدستور المصري الجديد الصادر سنة 2014. وهكذا يلزم أن تحدد الحالات التي يحكم فيها بالتعويض العقابي، وأن يكون مبلغه مقدراً على أساس جسامته الخطأ، وهو ما يجعل من العسير الحكم بمبلغ مرتفع إذا كان خطأ الفاعل يسيراً على الرغم من كونه مريباً على نحو كبير<sup>(1)</sup>.

ومع ذلك، فكل تلك الاعتراضات السابقة يمكن الرد عليها. فالقول بالفصل بين القانون الجنائي والقانون المدني مردود عليه بأنه ليس فصلاً تاماً ومطلقاً<sup>(2)</sup>، ففي بعض الأحيان يحدث تداخل وتكامل في مجال تطبيق كل من القانونين. فاختصاص القانون المدني بوظيفة المنع، أو التعويض، وإسناد وظيفة الردع للقانون الجنائي، ما هو إلا تقسيم نظري من جانب الفقه؛ فالقانون الجنائي قد يتدخل لمساعدة القانون المدني في توفير الاحترام الكافي لقواعده من خلال اعتبار بعض المخالفات المدنية جرائم جنائية، فضلاً عن وظيفة الردع ليست غائبة عن القانون المدني، إذ تتحقق بطريق غير مباشر من خلال تردد المدعى عليه قبل إقدامه على ارتكاب المخالفة<sup>(3)</sup>. ومع ذلك يجب الاعتراف بأن هذا الردع ليس كافياً لا سيما في فروض معينة يكون فيها الفعل مشوباً بنية الإيذاء أو الخبث أو سوء النية أو العمد.

من ناحية أخرى، فإن الضمانات المقررة في الدعوى المدنية ليست بعيدة عن تلك الضمانات المقررة في الدعوى الجنائية، حيث إن هذه الضمانات ولاسيما الأساسية ورد النص عليها في الدستور الفرنسي والمصري<sup>(4)</sup> وفي مواثيق حقوق

(1) V. S. DE LUCA, *op. cit.*, p.36.

(2) فلم يعد مقبولاً القول بأن القانون المدني هو الوسيلة الحصرية لتعويض المضرور، والقانون الجنائي هو الأداة الوحيدة لتحقيق الزجر والردع وضمان السلم الاجتماعي، راجع:

P. ROY, *Th. préc.*, p. 152.

(3) لمزيد من التفاصيل حول العلاقة بين الجزاء المدني والجزاء الجنائي، راجع: د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 204-214.

(4) حيث تنص المادة 96 على أن: "المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة، تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه. وينظم القانون استئناف الأحكام الصادرة في الجنايات. وتوفر الدولة الحماية للمجنى عليهم والشهود والمتهمين والمبلغين عند الاقتضاء، وفقاً للقانون".

الإنسان، وهي تنطبق في الإجراءات القضائية سواء أمام القضاء المدني أو القضاء الجنائي. الدليل على ذلك أن المضرور . في التشريع الفرنسي والمصري . من فعل يشكل جريمة جنائية يكون بالخيار بين أن يدعى مدنيا بالتعويض أمام القضاء الجنائي، أو يرفع دعواه أمام القضاء المدني. صحيح أن الأمر يتعلق بحالة استثنائية لتبعية الدعوى المدنية للدعوى الجنائية تمارس بشروط وضوابط محددة<sup>(1)</sup>، ولكنها تثبت أن الدعوى المدنية بالتعويض المدني تخضع لذات الإجراءات الجنائية أمام القاضى الجنائي. بل في بعض الأحيان يكون للمضرور الادعاء المباشر أمام القضاء الجنائي<sup>(2)</sup>.

وأخيراً، فإن القول بأن التعويض العقابي يحول المسؤولية المدنية إلى مسؤولية شبه جنائية، قول غير صحيح على إطلاقه؛ ذلك أنه إذا كانت الوظيفة الأساسية للمسؤولية المدنية هي وظيفة إصلاحية تعنى بإعادة المضرور لما كان عليه وضعه قبل وقوع الضرر، فلا ننسى مع ذلك أن لها وظيفة أخرى ثانوية، وهي الوظيفة الرادعة<sup>(3)</sup>، ولكنها ترجعت إلى الخلف أمام هيمنة الوظيفة التعويضية كما سبق أن رأينا في الفصل الأول. ونحن نشهد اليوم في فرنسا على وجه الخصوص محاولات فقهية عديدة لإعادة بعث الوظيفة العقابية للمسؤولية المدنية. بعبارة أخرى، يمكن القول أن وظيفة العقاب ليست غريبة عن المسؤولية المدنية، بل كانت في فترة من فترات التاريخ هي الوظيفة الوحيدة للمسؤولية. لذلك فالمسؤولية المدنية لها وظيفة مزدوجة تعويضية وردعية.

(1) لمزيد من التفاصيل حول تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجنائية، راجع: د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 2007-2006، ص 349-477؛ د. فوزية عبدالستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ، ص 214-244.

(2) حيث تنص المادة 11 من الدستور المصري الجديد الصادر سنة 2014: "كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين، وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور والقانون، جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم وللضرور إقامة الدعوى الجنائية بالطريق المباشر. وتكفل الدولة تعويضا عادلا لمن وقع عليه الاعتداء، ولللمجلس القومى لحقوق الإنسان إبلاغ النيابة عن أى انتهاك لهذه الحقوق، وله أن يتدخل في الدعوى المدنية منضمماً إلي المضرور بناء علي طلبه، وذلك كله على الوجه المبين بالقانون".

(3) S. PROCHY-SIMON, *op. cit.*, no533, p. 273.

هذا عن الاعتراض الأول. فماذا عن خطر إثراء المضرور دون سبب؟

### الفرع الثاني

#### خطر إثراء المضرور بلا سبب على حساب المسئول

77. يأخذ المناهضون لفكرة التعويض العقابي عليها أيضا أنها تؤدي إلى إثراء المضرور على حساب المسئول عن الفعل الضار بلا سبب، وهو ما تستنكره العدالة ويأباه القانون<sup>(1)</sup>. ولا شك أن هذا النقد في محله، فمن يتابع الأحكام القضائية التي تقضى بالتعويض العقابي وبخاصة في الولايات المتحدة يلحظ على الفور أنها تقضى بمبالغ تتجاوز بكثير مقدار الضرر الفعلي الذي وقع على المضرور. ومن ثم فإن مقدار الزيادة عن القدر الواجب لجبر الضرر الذي أصاب المضرور يمثل إثراء دون سبب. وفي المقابل، فإن الإبقاء على هذه الزيادة لدى المسئول يعد أمراً صادماً من الناحية الأخلاقية، لاسيما في مجال الأخطاء المربحة<sup>(2)</sup>.

ويبرر بعض الفقه انتفاء الأثر بالقول إن طبيعة الخطأ المكسب والذي يرتكبه فاعله عن قصد وتعمد يرتب مسئوليته المدنية على نحو موسع، ومن ثم يستحق المعتدى عليه مبلغاً إضافياً نظراً لأهمية الضرر الذي يصيبه. فإثراء المضرور لن يكون إثراء غير مبرر، حيث يجد سببه في ذلك الخطأ الإرادي والوظيفية العقابية التي يؤديها هذا التعويض<sup>(3)</sup>. ويرد على ذلك بعض الفقه - بحق - أن هذا الرأي يمثل في الحقيقة تطبيقاً لمبدأ أن التعويض يكون على قدر الضرر، "ويزداد مبلغ التعويض بحسب جسامته الضرر، ففارق كبير بين إعطاء تعويض لا

(1) G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civil », *art. préc.*, p.2946.

وحول فكرة الإثراء بلا سبب بصفة عامة، راجع:

F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, nos 1062 et ss, PP. 998 et ss.

(2) ويرى بعض الفقه أنه من الملائم الحديث - بصدد التعويض العقابي - عن إثراء مبالغ فيه وليس إثراء بلا سبب. راجع:

V. G. DE MONCUIT, *La faute lucrative, Mémoire préc.*, p.108.

(3) V. J. ORTSCHIEDT, *art. préc.*, no 18 ; S. DE LUCA, *op. cit.*, p.35.



يقابله ضرر وإعطاء تعويض كبير لأن الضرر جسيم"<sup>(1)</sup>.

ونحن نعتقد أن الاعتراض على التعويض العقابي بأنه يؤدي إلى إثراء الضحية، هو اعتراض حقيقي حيث يحصل المضرور على أكثر مما يستحق وبالتالي فهو يستفيد من الاعتداء عليه<sup>(2)</sup>، ولكن لا ينبغي المبالغة فيه؛ ذلك أن المضرور يتحمل تكاليف باهظة في سبيل إثبات الفعل الضار المستوجب للحكم بالتعويض العقابي، وكذلك المصروفات القضائية وأتعاب المحاماة<sup>(3)</sup>، كما يتحمل وحده مخاطر خسارة دعواه؛ الأمر الذي يؤدي في النهاية إلى أن يكون المبلغ الذي يدخل ذمة المضرور معقولا ومناسبا لردع سلوك المتسبب في الضرر. وإذا افترضنا بعد ذلك أن المبلغ ما زال مبالغاً فيه، فيمكن في هذه الحالة أن يخصص جزء منه لصالح مؤسسة عامة أو خاصة حسبما يرى المشرع على نحو يزيل تلك المبالغة. فالمهم في النهاية أن يحصل المضرور على مبلغ تعويض كاف لحثه على إقامة الدعوى أمام القضاء ضد مرتكب الخطأ المقصود والمتعمد، كالخطأ المريح.

وهكذا يتضح لنا مما سبق، أن الاعتراضات التي تقف في سبيل إقرار فكرة التعويض العقابي في النظام القانوني الفرنسي والمصري، لا تمثل عقبة حقيقية يتعذر تجاوزها أو التغلب عليها. فمبدأ الجبر الكامل للضرر، كما رأينا سلفاً، هو مبدأ نظري ضعيف ولا يتعلق بالنظام العام، لذا رأينا فيما سبق أنه ترد عليه العديد من الاستثناء التشريعية والقضائية.

كذلك فإن الاعتراض المنصب على الخلط بين وظيفة الجزاء الجنائي والجزاء المدني المترتب على تطبيق التعويض العقابي يمكن تجاوزه بإحياء الوظيفة العقابية للمسئولية المدنية، وهو أمر غير مستهجن لا سيما إذا كانت الظروف القانونية والاجتماعية والاقتصادية للمجتمع تبرر ذلك. أما الاعتراض المتعلق بخطر إثراء

(1) راجع: د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، فقرة 291 ص 450.

(2) راجع: د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، فقرة 291 ص 450.

(3) M. NUSSENBAUM, "L'appréciation du préjudice", art. préc., p. 80.

ومما هو جديد بالذكر أن النظام القضائي في الولايات المتحدة يختلف - عن النظام القضائي الفرنسي والمصري - حيث يتحمل المدعى بمصروفات التقاضي.

ضحية الضرر على حساب المسئول عن الفعل الضار، فمردود عليه . كما تقدم .  
بتخصيص جزء من مبلغ التعويض لأحد صناديق الضمان أو حتى للخزانة العامة  
نفسها .

### المطلب الثالث

#### محاولة إدخال فكرة التعويض العقابي

#### في النظام القانوني الفرنسي والمصري

78. رأينا فيما سبق، أن جانباً كبيراً من الفقه الفرنسي ينادى بالاعتراف  
الرسمي بفكرة التعويض العقابي، نظراً لفائدتها في مكافحة الأخطاء المكسبة، حيث  
تسد فراغاً حقيقياً في القانون الوضعي نظراً لعدم وجود أى آلية تسمح باسترداد أو  
مصادرة الأرباح التي جناها الفاعل دون حق<sup>(1)</sup>. ولذا، فقد تضمن مشروع الأستاذ  
"كاتالا" نصاً يتضمن التنظيم القانوني لهذا التعويض. كما أن المشرع الدستوري  
المصري، قد أشار إليها صراحة في مجال الملكية الفكرية، ولكن دون أى تفصيل  
(الفرع الثاني). ويبدو أن القضاء الفرنسي قد اعترف بهذه الفكرة على نحو ضمني،  
ويمكن أن يكون ذلك أيضاً هو موقف القضاء المصري (الفرع الأول).

### الفرع الأول

#### الاعتراف القضائي الضمني بفكرة التعويض العقابي

#### في فرنسا ومصر

79. على الرغم من عدم الاعتراف الرسمي بفكرة التعويض العقابي في  
فرنسا<sup>(2)</sup>، وعدم وضوح فكرتها في مصر حيث وردت . كما قلنا . في سياق نص

(1) En ce sens, v. G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du  
droit de la responsabilité civile », *art. préc.*, p.2947.

(2) بل إن المحكمة الأوروبية قد قضت بالتعويض العقابي لأحد رعايا الدولة الفرنسية، وقد صرح  
أحد قضاة المحكمة بذلك، وأكد على أنه إذا كان التعويض العقابي منتقداً في الماضي، فإن له  
الآن دور بارز وأهمية بالغة في ضمان وكفالة حقوق الأفراد، راجع نص ما قاله:

دستوري يخاطب المشرع، فقد يعرض . في ظل عولمة التبادلات التجارية، أن يحصل أحد الأشخاص على حكم بالتعويض العقابي في دولة يعترف نظامها القانوني بهذا التعويض، أو يحصل على حكم تحكيم بالتعويض العقابي<sup>(1)</sup>، ويريد أن ينفذ الحكم الأجنبي أو حكم التحكيم في بلد آخر لا يعترف بهذا التعويض. وهذه هي الحال في فرنسا ومصر، فهل يمكن لمن صدر لصالحه الحكم الحصول على أمر بتنفيذه؟ للإجابة عن هذا التساؤل سنعرض أولاً للوضع في فرنسا (الفصل الأول)، ثم للوضع في مصر (الفصل الثاني).

## الفصل الأول

### موقف القضاء الفرنسي

#### استقبال محكمة النقض الفرنسية للتعويض العقابي

80. تعرضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1 ديسمبر 2010 لمسألة طلب تنفيذ حكم قضائي صادر عن القضاء الأمريكي بالتعويض

le juge Pinto de Albuquerque affirme « je suis d'accord avec la chambre pour octroyer des dommages-intérêts punitifs d'un montant de 50 000 euros en plus des prestations et indemnités que le requérant a déjà reçues de tiers », v. Christophe QUEZEL-AMBRUNAZ, "Des dommages et intérêts octroyés par la Cour européenne des droits de l'homme", *RDLF* 2014, *chron.* n°05.

(1) لا أحد ينكر أن التحكيم الدولي يشكل في غالب الأحوال أحد العناصر الهامة لإدخال قواعد قانونية أجنبية في النظام القانوني الوطني، طالما أن حكم التحكيم يكرس حلولاً قد تشكل تطبيقاً لقواعد قانونية غير معروفة في البلد المطلوب تنفيذ الحكم فيه. وبشأن التعويض العقابي، فإن المحكم قد يحكم به إما تطبيقاً للقانون المتفق عليه بين الأطراف، وإما تطبيقاً لأحد القوانين التي تقر هذا التعويض، وإما أن يطبقه من تلقاء نفسه دون سند لأنه يرى أن سلوك أحد أطراف النزاع غير أخلاقي أو غير مشروع مما يستوجب العقاب بفرض التعويض العقابي عليه. لمزيد من التفاصيل حول فكرة التعويض العقابي في مجال التحكيم الدولي، راجع:

J. ORTSCHIEDT, "Les dommages et intérêts punitifs en droit de l'arbitrage international", *Petites Affiches*, 20 novembre 2002 n° 232, P. 17, nos 1et ss.

العقابي داخل الإقليم الفرنسى، ونظراً لأهمية هذا الحكم، نرى من الملائم أن نعرض لوقائع الدعوى والمراحل التى مرت بها (أولاً)، لنرى التوجيهات التى أوردها الحكم (ثانياً) وتقديرنا له (ثالثاً).

### أولاً - عرض وقائع الدعوى بمراحلها المختلفة:

81. تتلخص وقائع الدعوى التى تعرضت فيها محكمة النقض الفرنسية لفكرة التعويض العقابي فى أنه فى سنة 1999 أبرم زوجان أمريكيان مع شركة فرنسية يطلق عليها Fountaine Pajot عقد مقابولة لتصميم وبناء مركب بحري ثنائى الهيكل catamaran. وبعد انتهاء الشركة من بناء المركب، وقبل تسليمه للزوجين، وفى نهاية ديسمبر 1999، ضربت عاصفة قوية جداً فرنسا تسببت فى إصابة المركب ببعض الأضرار المادية. قامت الشركة بإصلاح تلك الأضرار، وتسليم المركب للزوجين فى ميامى فى سنة 2000، دون أن تفصح للمشتريين بأى شيء عما لحقه من أضرار بسبب العاصفة. وبعد تمام التسليم، اكتشف الزوجان بعض العيوب فى الترميمات التى أجرتها الشركة على المركب نتيجة لتضرره من جراء العاصفة والتى من شأنها، حسب ادعاءاتهما - أن تؤثر على استعمال المركب، وقد تعرض حياتهما للخطر. لذا أقاما دعوى أمام القضاء الأمريكى للمطالبة بالتعويض.

وفى 26 فبراير سنة 2003 قضت المحكمة العليا فى ولاية كاليفورنيا، بالزام الشركة الفرنسية بأن تدفع للزوجين مبلغ إجمالى وقدره USD 3 253 734,45 دولار تتوزع إلى USD 1 391 650,12 دولار لإصلاح المركب، USD 402 084,33 دولار مقابل مصاريف المحاماة، USD 1 460 000 دولار كتعويض عقابي<sup>(1)</sup>.

أقام الزوجان دعوى لطلب تنفيذ الحكم الأمريكى أمام القضاء الفرنسى. حيث رفض قضاء الدرجة الأولى والثانية ممثلاً فى المحكمة الابتدائية ومحكمة استئناف Poitiers، طلب تنفيذ الحكم على سند من القول بعدم اختصاص القاضى الأمريكى. طعن الزوجان فى الحكم الصادر من محكمة الاستئناف أمام محكمة

(1) Superior Court of California, County of Alameda, Peter X & Julie Yv Fountaine Pajot, 26 February 2003, no 837722-1.

النقض الفرنسية<sup>(1)</sup>، حيث نقضت الحكم وأعدت القضية مرة أخرى إلى محكمة استئناف Poitiers لتتنظرها بتشكيل مغاير. وبحكمها الصادر في 26 فبراير سنة 2009<sup>(2)</sup> رفضت محكمة استئناف Poitiers للمرة الثانية تنفيذ الحكم الصادر من القضاء الأمريكي، ولكنها أسست الرفض، هذه المرة، على أساس أن التعويض العقابي المقضى به من قبل القضاء الأمريكي يتعارض مع فكرة النظام العام الدولي الفرنسي؛ مفسرة ذلك بالقول إن مبلغ التعويض يتجاوز الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، ويؤدي إلى إثراء المضرور دون سبب.

تم الطعن بالنقض مرة أخرى في حكم محكمة استئناف Poitiers، وهنا تصدت محكمة النقض للحكم في الموضوع حيث رفضت الدائرة المدنية الأولى في 1 ديسمبر سنة 2010<sup>(3)</sup> حكم محكمة استئناف بواتييه، وجاء في إحدى حيثيات حكمها أنه: "إذا كان الحكم بالتعويض العقابي ليس مناقضاً، في حد ذاته، للنظام العام الدولي الفرنسي، فإن الأمر على خلاف ذلك عندما يكون المبلغ الممنوح غير متناسب مع الضرر الواقع فعلاً، ومع الإخلال بالالتزامات العقدية للمدين"<sup>(4)</sup>.

ونظراً لما يتسم به هذا الحكم من جرأة واضحة، فإننا نرى من المناسب أن نتوقف عند التوجيهات التي تضمنها ونخصها بشيء من التفصيل على النحو التالي:

- (1) Cass. civ. 1re, 22 mai 2007, pourvoi n° 05 20.473
- (2) CA Poitiers, 26 fév. 2009, RG no 07/02404, *Dalloz jurisprudence*, cite par I. GALLMEISTER, *D.*, 2011, *obs.*, p. 24.
- (3) Cass. civ. 1re 1 déc. 2010 (09-13.303) arrêt n° 1090 –M. Charruault, prés., SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Dlaporte, Briard et Triche, av.; *D.* 2011, p. 24, *obs.* I. GALLMEISTER ; *RTD civ.*, 2011. 122 ; *Rev.crit.DIP*, 2011, pp. 93-102, *note* H. GAUDEMET-TALLON ; B. FAGES, «Peines excessives », *note sous* Cass. civ. 1re, 1 déc. 2010, no 09-13.303, *RTD civ.*, 2011, pp. 122-126 .
- (4) « Si le principe, d'une condamnation a des dommages-intérêts punitifs n'est pas en soi, contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur », Cass. civ. 1re 1 déc. 2010, no 09-13.303. arrêt n° 1090 .

### ثانياً - التوجيهات المستخلصة من حكم محكمة النقض:

#### (أ) عدم تناقض التعويض العقابي في ذاته مع النظام العام:

82. إن مجرد نظر القضاء الفرنسي لطلب تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي، يؤكد على الصفة المدنية لجزاء التعويض العقابي؛ ذلك أن المستقر عليه قضاء هو أن الأحكام الجنائية الصادرة من المحاكم الأجنبية لا تقبل التنفيذ في الأراضي الفرنسية<sup>(1)</sup>. ومما يعزز اليقين بأن جزاء التعويض العقابي ينتمي إلى القانون المدني، أن طلب التعويض قدم من المضرور، ولم يقدم من النيابة العامة. ونتيجة لذلك، فقد رأى القضاء الفرنسي أن الحكم الأجنبي يقبل التنفيذ في الإقليم الفرنسي.

فإذا ما فرغ القاضى من بحث مسألة مدى قابلية الحكم الأجنبي للتنفيذ داخل الدولة، فإنه يبدأ في التحقق مما إذا كان سيمنحه التنفيذ من عدمه. ولأجل ذلك يتوجب عليه أن يتحقق من توافر ثلاثة شروط: وهي الاختصاص غير المباشر للقاضى، ثم التوافق مع النظام العام الدولى الموضوعى والإجرائى، وأخيراً غياب الغش نحو القانون<sup>(2)</sup>.

وقد كان مثار النزاع فى القضية التى نظرتها محكمة النقض الفرنسية، هو مدى توافق التعويض العقابى مع فكرة النظام العام. وقد أجابت المحكمة بصراحة وبوضوح بأن فكرة التعويض العقابى لا تتناقض فى ذاتها مع النظام العام الدولى الفرنسى. ولا شك أن إقرار محكمة النقض الفرنسية لمبدأ الحكم بالتعويض العقابى

(1) V. Vladimir ROSTAN D'ANCEZUNE, *art. préc.* P. 52 .

(2) D. GUTMANN, *Droit international privé*, 3e éd. Dalloz. 2002, nos 320-326, pp. 263-267. Les conditions d'efficacité des jugements étrangers sont ; « La compétence du tribunal étranger – L'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit- La conformité à l'ordre public international – L'absence de fraude à la loi » ; v. aussi, Y. GUILLOTTE, « Exequatur et dommages et intérêts punitifs prononcés par une juridiction américaine », janvier 2011, étude disponibles sur internet à l'adresse : [www.soulier-avocats.com/.../Soulier\\_YG\\_exequeratur\\_pu, pp. 1-4.](http://www.soulier-avocats.com/.../Soulier_YG_exequeratur_pu_pp.1-4)

يعنى أن مبلغ التعويض يمكن ألا يرتبط بالضرر الواقع. وهذا ما يفهم منه أن مبدأ الجبر الكامل للضرر لا يندرج ضمن مكونات النظام العام الدولي الفرنسي<sup>(1)</sup>. فكيف يمكن . كما يقول البعض . لمبدأ وجوده محل شك على المستوى الداخلي أن يدخل في دائرة المبادئ ذات القيمة الأساسية في النظام القانوني الفرنسي<sup>(2)</sup>. وهذا ما عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية<sup>(3)</sup>.

ولئن كان مبدأ التعويض العقابي في حد ذاته لا يعتبر مخالفاً للنظام العام، فإن عدم تناسب المبلغ المحكوم به مع مقدار الضرر الذي لحق بالمضروب يتصادم مع النظام العام.

### (ب) تناقض التعويض العقابي المبالغ فيه مع النظام العام:

83. اعتبرت محكمة النقض في هذا الحكم أن التعويض العقابي المبالغ فيه لدرجة كبيرة مخالفاً للنظام العام، واشترطت أن يكون مبلغه متناسباً مع الضرر. بيد أن المحكمة لم تتبع معايير ملائمة ومناسبة في هذا الصدد؛ حيث يشير الحكم إلى أن مبلغ التعويض العقابي لا يجب أن يكون غير متناسب مع الضرر الحاصل. وهذه الإشارة غير ملائمة لأن الهدف من التعويض العقابي يختلف عن هدف التعويض الجابر للضرر، حيث يهدف إلى مجازاة أو عقاب سلوك مستوجب بشدة للذم واللوم، وليس مجرد جبر أو إصلاح الضرر الذي لحق بالمضروب، فلا علاقة للتعويض العقابي بالضرر، بل هو يركز على سلوك المسئول المنسوب إليه الخطأ<sup>(4)</sup>. والحال

(1) V. notamment : Cass. crim., 16 juin 1993, *Bull. crim.*, no 214, p. 537, qui relève que «n'est pas contraire à l'ordre public, au sens du droit international privé, l'exclusion par la loi étrangère de la réparation intégrale du préjudice et notamment celle du préjudice moral». Et v. aussi, J. ORTSCHIEDT, *art. prec.*, no 19.

(2) François-Xavier LICARI, "La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public internationale : une décision en trompe-l'œil de la Cour de cassation ?", *note sous Cass. 1re civ. 1er déc.*, 2010, *D.* 2011, pp. 423-427. spéc. P. 425.

(3) Cass. civ. 1re , 15 déc. 1969 : *Bull. civ.*, I, no 393.

(4) François-Xavier LICARI, *note sous Cass. 1re civ. 1er décembre 2010, D.* 2011, P. 426 ; v. aussi et en même sens, S. DE LUCA, *op. cit.*, p.60.

كذلك، فالقضاء الأمريكي يستند إلى معايير محددة عند تقدير التعويض، وهي درجة جسامة السلوك غير المشروع للمدعى عليه، والتناسب مع مجموع التعويضات الممنوحة، والجزاءات المدنية والجنائية المحكوم بها لسلوك مماثل.

ومن ناحية أخرى، لم تتعرض المحكمة، في هذه القضية، لمدى جسامة سلوك البائع، على الرغم من أنه لا يعتبر من قبيل عدم التنفيذ العادي للالتزام التعاقدى، ولكنه يشكل في حقيقة الأمر خطأً تدليسياً، يفترض إرادة حرة متبصرة في الإخلال بالعقد مع إدراك لتحقق وقوع الضرر، بل هو من قبيل عدم الأمانة الواضح واستهانة بحياة المشتري؛ فالبائع. في هذه القضية. كان سلوكه يتسم بالخطورة الظاهرة، حيث لم يتردد. بإخفاء الإصلاحات التي أجراها على المركب. في تعريف حياة الزوجين للخطر. وهنا لا نعرف حقيقة كيف تعتبر محكمة النقض الفرنسية التعويض العقابي مبالغاً فيه بدرجة غير معقولة، دون أن تسبب حكمها تسبباً كافياً.

### ثالثاً - تقييم حكم محكمة النقض:

84. لا شك في أهمية هذا الحكم من الناحية القانونية لأنه يعد بمثابة تصريح مرور لفكرة التعويض العقابي إلى داخل النظام القانوني الفرنسي<sup>(1)</sup>. فمحكمة النقض، وإن لم تخف تأثرها بالجدل الدائر في أوساط الفقه الفرنسي حول هذه الفكرة، وانحيازها للرأى المؤيد لها، إلا أنها استلزمت للاعتراف بالتعويض العقابي أن يكون مبالغاً متناسباً proportionné وغير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة<sup>(2)</sup>.

ومع ذلك، فإن حكم محكمة النقض بتأييد حكم محكمة الاستئناف برفض طلب الأمر بتنفيذ الحكم الأمريكي يؤدي إلى نتائج غريبة وظالمة من الناحية

(1) B. FAGES, *note préc.*, p. 124 ou il dit que "Ainsi l'allergie de notre système aux dommages-intérêts punitifs n'est-elle pas total".

(2) Stéphanie DE LUCA, *Quelle place en droit français pour les dommages et intérêts à titre punitifs ? Analyse des perspectives et problèmes à travers une étude des droits anglais et américain*, Université Panthéon - Assa Paris II Magistère Juriste d'Affaires - DJCE, Master II Droit des affaires 2011 -2012. P. 57, disponibles sur internet à l'adresse:



العملية، لأنه - من جهة - يترك السلوك الجائر والمشوب بالغش وسوء النية من جانب المسئول عن الضرر دون جزاء، ومن جهة أخرى، فهو يستبعد تعويض الضرر الحاصل فعلاً للمضروب. وإذا كنا نتفهم مبررات رفض المحكمة لطلب تنفيذ الحكم الأمريكي في الشق الخاص بتقرير التعويض العقابي للمضروب، استناداً إلى عدم تكريس القانون الفرنسي حتى الآن لهذه الفكرة، فإن رفض المحكمة القاطع والكامل لطلب تنفيذ الحكم الأمريكي يبدو غير مبرر وغير مفهوم، بل ويفتقد لأدنى مبادئ العدالة؛ لأن المحكمة بذلك تكون قد طرحت جانباً جملة الحلول التي قضى بها الحكم الأمريكي، ومن بينها التعويض الجابر للضرر الذي لحق الزوجين، وهذا التعويض يعترف به القانون الفرنسي ويقره، ولا أحد يشكك في شرعيته<sup>(1)</sup>.

وقد يرد البعض على ذلك بالقول بأن الحكم القضائي الصادر عن محاكم كاليفورنيا بالتعويض الجابر للضرر والتعويض العقابي يشكل وحدة واحدة، ومن ثم فهو إما أن ينفذ كلياً أو يرفض كلياً. ولكننا نعتقد على خلاف ذلك ونرى مع بعض الفقهاء<sup>(2)</sup> أن قواعد العدالة، ومراعاة مصلحة التجارة الدولية تقتضى ضرورة البحث عن حل وسط يتمثل في الاعتراف بتنفيذ الحكم الأجنبي تنفيذاً جزئياً، وهو أمر مقبول ومشروع، طالما أن الأمر لا ينطوي على تعديل للحكم الأجنبي في موضوعه<sup>(3)</sup>.

وهكذا، ومن خلال هذا الحل التوفيقى، فإننا وإن لم ننجح في مجازاة مسلك البائع المستوجب بشدة للعقاب، فعلى الأقل حصل البائع على تعويض يجبر الضرر الذي لحقه فعلاً<sup>(4)</sup>. هذا عن موقف القضاء

(1) En ce sens, v. H. GAUDEMET-TALLON, *note sous Cass. Civ.*, 1re déc. 2010; *Rev.crit.DIP*, 2011, p. 102; Y. GUILLOTTE, *art. préc.*, p.3.

(2) François-Xavier LICARI, *note sous Cass. 1re civ. 1er décembre 2010, D. 2011, P. 427.*

(3) حيث يشير المؤلف إلى قضية خاصة بالتبني على المستوى الدولي، قررت فيها المحكمة أنه ليس من سلطة قاضي التنفيذ أن يعيد تقييم مصلحة الطفل من جديد.

François-Xavier LICARI, *note sous Cass. 1re civ. 1er déc. 2010, D. 2011, P. 427.*

(4) وعلى نقيض موقف القضاء الفرنسي، الذي يتسم بالجرأة، فقد رفض القضاء الألماني، والقضاء الإيطالي، ولا يزال، طلب تنفيذ الأحكام الأجنبية التي تفرض التعويض العقابي على محدث الضرر، راجع:

الفرنسي<sup>(1)</sup>، فماذا عن موقف القضاء المصري؟

## الفصل الثاني

### موقف القضاء المصري

85. لم تثر حتى الآن . فى مصر . مسألة طلب تنفيذ حكم أجنبى أو حكم تحكيم بالتعويض العقابى، ولكن سنفترض أن أحد رعايا دولة أجنبية قد تحصل على حكم من محاكم بلده بالتعويض العقابى، وأراد تنفيذه فى مصر، فما هى الإجراءات الواجب اتباعها، وهل سيمنح القاضى المصرى هذا الحكم أمراً بالتنفيذ؟

نظم المشرع المصرى دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى فى المادة 297 من قانون المرافعات والتي تقضى بأن: " يقدم طلب الأمر بالتنفيذ إلى المحاكم الابتدائية التى يراد التنفيذ فى دائرتها وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى". ويسرى ذلك أيضاً بالنسبة لتنفيذ أحكام المحكمين<sup>(2)</sup>.

وطبقاً لهذا النص، يتوجب على من صدر الحكم لصالحه أن يرفع دعوى أمام المحكمة الابتدائية التى يراد تنفيذ الحكم الأجنبى فى دائرتها وذلك بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة. وبدهى أن الدعوى ترفع على الخصم فى الدعوى الأصلية، لأن محل التنفيذ هو الحكم الأجنبى.

فإذا ما رفعت الدعوى بالطريق الصحيح، فإنه يتوجب على القاضى المطلوب منه الأمر بالتنفيذ أن يتحقق من تلقاء نفسه، أو بمعاونة الخصم الذى صدر الحكم لصالحه، من توافر الشروط المطلوبة لتنفيذ الحكم الأجنبى. وهذا ما يتفق ونص المادة 298 من قانون المرافعات وهو ما عليه أيضاً الفقه المصرى<sup>(3)</sup>. ولكن ما

Alain ANZIANI et Laurent BETEILLE, *Rapport d'information, préc.*, P.84.

(1) ومما تجدر الإشارة إليه أن التعويض العقابى لا يتنافى كذلك مع النظام العام الاتحادي، طالما أنه ليس مبالغاً فيه.

(2) راجع المادة 199 من قانون المرافعات المصرى.

(3) راجع: د. فؤاد عبدالمنعم رياض، ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، دار النهضة العربية، 1993، ص 439 وما بعدها.

الشروط التي يجب توفرها للأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي؟

حددت المادة 298 من قانون المرافعات الشروط الواجب توفرها للاعتراف بالحكم الأجنبي وتنفيذه في مصر. وتتمثل هذه الشروط فيما يلي<sup>(1)</sup>:

1. أن يكون الحكم الأجنبي المراد الاعتراف به وتنفيذه في مصر قد صدر من محكمة أجنبية مختصة طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها. ومفاد ذلك أنه لا يلزم أن يتحقق القاضي الوطني من أن المحكمة التي أصدرت الحكم مختصة نوعياً ومحلياً طبقاً لقواعد الاختصاص الداخلي<sup>(2)</sup>. بيد أن المشرع المصري قد أورد قيوداً هاماً مفاده أنه يتعين ألا تكون محاكم الجمهورية مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم الأجنبي وفقاً لقواعد الاختصاص القضائي الداخلي. ولما كان من المتصور أن يثبت الاختصاص بالمنازعة لمحاكم أكثر من دولة في نفس الوقت وهو ما قد ينتج عنه أحياناً أن يكون الحكم الأجنبي الصادر من محكمة أجنبية مختصة وفقاً لقانون الدولة التي تتبعها يعد أيضاً صادراً في منازعة تختص بها المحاكم المصرية وفقاً لقواعد الاختصاص الدولي، فإن الأمر يحتاج إلى حل لتلافي هذا التزاحم في الاختصاص<sup>(3)</sup>.

1 ( ) لمزيد من التفاصيل حول شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، راجع: د. فؤاد عبدالمنعم رياض، ود. سامية راشد المرجع السابق، من ص 412-436؛ د. أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن - قواعد الإسناد في القانون المصري - قواعد الاختصاص القضائي - آثار الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى دار النهضة العربية 2009، ص 755\_799.

2 ( ) وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها: " مفاد المادة 298/1 من قانون المرافعات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه يشترط ضمن ما يشترط لتنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبي أن تكون المحكمة التي أصدرته مختصة بإصداره و أن تحديد هذا الاختصاص إنما يكون وفقاً لقانون الدولة التي صدر فيها الحكم وأن العبرة في ذلك هي بقواعد الاختصاص القضائي الدولي دون تدخل من جانب المحكمة المطلوب منها إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي في قواعد الاختصاص الداخلي للتحقق من أن المحكمة التي أصدرته كانت مختصة نوعياً أو محلياً بنظر النزاع. " نقض جلسة 1990/2/27- الطعن رقم 0126 لسنة 58 مكتب فني 41 صفحة رقم 619 .

3 ( ) راجع حول هذه المسألة، وعرض الحلول الفقهية لها: د. صالح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص 212-214.

ولذلك فقد اقترح الفقه المصرى وأيدته فى ذلك محكمة النقض المصرية التفرقة بين الاختصاص المانع والاختصاص المشترك<sup>(1)</sup>، فإذا كانت المحاكم المصرية مختصة اختصاصاً مانعاً، كأن كانت المنازعة خاصة بعقار موجود فى مصر مثلاً، فلا يقبل طلب تنفيذ الحكم، لأن العلاقة أكثر ارتباطاً بالقانون المصرى منها إلى القانون الأجنبى. أما إذا كان الاختصاص مشتركاً، بمعنى أن اختصاص المحكمة الأجنبية يقوم على رابطة لا تقل وثوقاً عن الرابطة التى تربط النزاع بالإقليم المصرى، فإن ذلك لا يحول دون الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى.

2- أن يكون الخصوم فى الدعوى التى صدر فيها الحكم الأجنبى قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلاً صحيحاً<sup>(2)</sup>. ويرى بعض الفقه أن المقصود بذلك "هو سلامة الإجراءات المتبعة بشأن الدعوى التى صدر فيها الحكم الأجنبى واحترام حقوق

(1) حيث جاء فى حكم لها أنه: "إذ كان النص فى الفقرتين الأولى والرابعة من المادة 298 من قانون المرافعات المصرى على أنه: "لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتى:

1- أن المحاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التى صدر فيها الحكم أو الأمر، وأن المحاكم الأجنبية التى أصدرته مختصة بها طبقاً لقواعد الاختصاص القضائى الدولى المقررة فى قانونها. 2- ..... 3- .....

4- أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم الجمهورية..... " يدل على أن المقصود بشرط عدم اختصاص المحاكم المصرية بنظر المنازعة لجواز الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى هو الاختصاص المانع أو الاختصاص الانفرادى أى فى الحالة التى يكون فيها الاختصاص بنظر النزاع قاصراً على المحاكم الوطنية. أما إذا كانت المحاكم الأجنبية مختصة بنظر النزاع طبقاً لقواعد الاختصاص الدولى المقررة فى قانونها إلى جانب المحاكم الوطنية وهو ما يعرف بالاختصاص المشترك فلا يحول دون الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى طالما لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم الوطنية." نقض جلسة 1990/11/28 - الطعن رقم 1136 لسنة 54 مكتب فنى 41 صفحة رقم 815.

(2) انظر: نقض جلسة 1988/12/2 - الطعن رقم 1925 لسنة 53 مكتب فنى 39 صفحة رقم 1371. حيث جاء فيه: "وأنه ليس من شروط إجابة طلب الأمر بالتنفيذ التحقق من إعلان الدعوى التى قضى فيها بتسليم نسخة تنفيذية ثانية منه ولا التحقق من إعلان الحكم الصادر فى تلك الدعوى - الذى يكون قد تم تنفيذه فعلاً بتسليم تلك النسخة لطالبيها - ولما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه على ما أورده بمدوناته من أن "المستأنف عليها - المطعون ضدها - لم تعلن بصحيفة طلب النسخة التنفيذية الثانية ولا بالحكم الصادر فى تلك الدعوى" فإنه يكون قد خالف القانون و أخطأ فى تطبيقه و حجب نفسه بذلك عن بحث باقى شروط التنفيذ".

الدفاع، وليس فقط تكليف الخصوم بالحضور وتمثيلهم في الدعوى<sup>(1)</sup>.

3- أن يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه قد حاز قوة الأمر المقضى طبقاً لقانون المحكمة التي أصدرته، أي أن يكون الحكم قد استنفذ طرق الطعن العادية وأصبح نهائياً، حتى ولم يكن باتاً.

4- ألا يتعارض الحكم المراد الاعتراف به وتنفيذه في مصر مع حكم سبق صدوره من محاكم الجمهورية<sup>(2)</sup>. وهذا الشرط بديهي، حيث إنه إذا حسمت المحاكم المصرية ذات النزاع بحكم قضائي، فإنه يجوز حجبية الشيء المقضى ولا يجوز التعرض لهذا الحجبية من طريق الاعتراف بالحكم الأجنبي وإلا كان ذلك مخالفاً للنظام العام.

5- ألا يتضمن الحكم الأجنبي المراد تنفيذه ما يخالف النظام العام أو الآداب في مصر.

6- ضرورة توافر مبدأ المعاملة بالمثل أو التبادل. وقد أخذ المشرع المصري بهذا المبدأ في المادة 296 من قانون المرافعات<sup>(3)</sup>، وعلى ذلك يتعين أن تعامل الأحكام الأجنبية في مصر ذات المعاملة التي تعامل بها الأحكام المصرية في البلد الأجنبي الذي أصدر الحكم المراد تنفيذه في مصر.

إذا تحقق القاضى من توافر الشروط السابقة فإنه يشمل الحكم بالأمر بالتنفيذ، وإذا لم تتوافر تلك الشروط تعين عليه الامتناع عن إصدار هذا الأمر.

وبتطبيق الشروط السابقة على التعويض العقابي، فإننا نلاحظ أن الشرط

(1) راجع: د. فؤاد عبدالمنعم رياض، ود. سامية راشد، المرجع السابق، ص 428.  
(2) لزيد من التفاصيل حول هذا الشرط، راجع: د. صالح جاد المنزلاوي، المرجع السابق، ص 218-222.

(3) حيث نصت على أن: "الأحكام والأوامر الصادرة من بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر المصرية فيه". وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "..... واكتفى المشرع في هذا الصدد بالتبادل التشريعي ولم يشترط التبادل الدبلوماسي الذي يتقرر بنص في معاهدة أو اتفاقية، ويجب على المحكمة أن تحقق من توافر شرط التبادل التشريعي من تلقاء نفسها".

الذى قد يثير بعض الإشكالات هو ذلك المتعلق بإمكان أن يحتج على الحكم الأجنبي القاضى بالتعويض الجزائى بأنه مخالف للنظام العام والآداب فى مصر، تأسيساً على أن القانون المصرى لا يعرف هذا التعويض، وأنه جزء مختلط. كما يدعى البعض . يلغى الحدود الفاصلة بين وظيفة الجزاء المدنى ووظيفة الجزاء الجنائى. ولكننا لا نعتقد فى أن التعويض الجزائى يصطدم مع المبادئ التى تقوم عليها المصالح العليا فى البلاد؛ حيث إنه يتعلق بمصلحة الخصوم وحدهم. كما أن القضاء المصرى على الرغم من تطبيقه لمبدأ التعويض المعادل للضرر، فإنه فى بعض الأحيان يعتقد بمدى جسامته خطأ المسئول وينزع إلى زيادة مبلغ التعويض عن مدى الضرر لمعاقبة المخطئ. هذا فضلاً عن أن المشرع الدستورى قد اعترف صراحة بفكرة التعويض الجزائى فى المجال الأدبى والفنى. وترتيباً على ما تقدم نستطيع أن نقرر أن فكرة التعويض الجزائى فى ذاتها . وكما هى الحال فى القضاء الفرنسى . لا تتنافر مع مقتضيات النظام العام المصرى شريطة أن يكون المبلغ متناسباً مع التعويض الجابر للضرر وليس مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة.

### الفرع الثانى

#### الاعتراف الصريح بفكرة التعويض العقابى

##### فى فرنسا ومصر

##### الخصن الأول

#### الاعتراف بفكرة التعويض العقابى فى فرنسا

##### من خلال مشروع الأستاذ كاتالا

86. لا أحد ينكر اليوم، أن العقلية القانونية الفرنسية شهدت فى السنوات الأخيرة تطوراً ملحوظاً تجاه فكرة التعويض العقابى؛ فبعد أن كان جانباً كبيراً من الفقه والقضاء . كما رأينا سلفاً . ينظر إليها على أنها فكرة غريبة وشاذة عن مبادئ المسؤولية المدنية، بات أكثر الفقهاء يرى فيها نظاماً فعالاً ومفيداً لردع بعض أنماط السلوك غير الأخلاقية، لاسيما الأخطاء المربحة. لذا بدأ التفكير فى محاولة استجلابها وعرسها فى القانون الفرنسى.

وقد جاءت أول محاولة لاستقبال هذه الفكرة من خلال المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات، وقانون التقادم والذي يعرف بمشروع الأستاذ Pierre Catala حيث تضمن نصاً بشأن التعويض العقابي، وهو نص المادة 1371<sup>(1)</sup>، ثم تلاها محاولة الأستاذان Beteille et Anziani حيث دافعا في تقريرهما الذي سجل في رئاسة مجلس الشيوخ في سنة 2009 عن هذا التعويض باعتباره نوعاً من التجديد والتحديث الملائم بالنسبة لبعض منازعات المسؤولية المدنية ليجعلها متوافقة مع مقتضيات عصرنا<sup>(2)</sup>، وبصفة خاصة تلك المنازعات التي تقوم في أساسها على ارتكاب أخطاء مريحة لفاعليها.

وسنحاول أن نبحث شروط منح التعويض العقابي، وطريقة تقديره وفقاً لما قرره هذا المشروع، وذلك على التفصيل التالي:

#### **أولاً: شروط منح التعويض العقابي:**

87. حدد المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات، وقانون التقادم في فرنسا شروط إعمال التعويض العقابي، حيث نصت المادة 1371 على أنه: "يمكن الحكم على فاعل الخطأ ظاهر العمد، ولاسيما الخطأ المكسب بتعويض عقابي، فضلاً عن التعويض الإصلاحي، ويمكن للقاضي أن يفيد بجزء منه الخزينة العامة. ويجب تسبب الحكم بمنح هذا التعويض تسبباً خاصاً، وأن يتميز مبلغه عن

- كلية الحقوق**
- (1) La proposition d'article 1371 prévoit que : « L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables ».
  - (2) G. VINEY, Exposé des motifs sous-titre III "De la responsabilité civile", (art.1340 à 1386 projet CATALA).

التعويضات الأخرى التي تمنح للمضرور. والتعويض العقابي لا يقبل التأمين<sup>(1)</sup>.

وطبقاً لهذا النص، يستطيع القاضى أن يحكم بالتعويض العقابي إذا ارتكب الشخص خطأ ظاهر العمد *faute manifestement délibérée*، بيد أن فكرة الخطأ ظاهر العمد جاءت غامضة وغير واضحة المعالم، كما سبق أن رأينا. فضلاً عن ذلك فقد جعل النص من الخطأ المكسب<sup>(2)</sup> مثالا بين أمثلة أخرى للخطأ ظاهر العمد حينما استعمل عبارة *notamment*، أى على وجه الخصوص. وهذا ما جعل البعض يرى - وبحق - أن الخطأ المقصود فى النص يقع على الحدود بين خطأ الإهمال البسيط وخطأ العمد<sup>(3)</sup>. فى الواقع نحن نعتقد أن صياغة النص جاءت معيبة، وكان ينبغى تحديد المقصود بطبيعة الخطأ، وأن يقصره على الخطأ العمد الذى ينتج عن تصميم داخلى وتفكير ناضج من قبل الفاعل يظهر إدراكه وتوجهه نحو النتائج المترتبة على فعله، وهى الحصول على أرباح أو منافع على حساب المضرور دون وجه حق.

**ثانياً: أحكام التعويض العقابي:**

**(أ) معايير تقدير التعويض:**

88. من الملاحظ على المشروع أنه لم يجعل الحكم بالتعويض العقابي التزاماً على القاضى كما هى الحال بالنسبة للتعويض الجابر للضرر، ولكنه جعله أمراً اختيارياً له أو هو مجرد مكنة، وذلك وفقاً لظروف كل حالة على حدة. فإذا وجد

(1) Art. 1371 « L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables ».

(2) L.BETEILLE et A. ANZIANI, « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires », *D.*, 2009, p.2328.

(3) M.G. DI STEFANO, *Mémoire préc.*, p. 57.



القاضي أن مسلك الفاعل يستوجب العقاب، وأن التعويض الجابر لا يكفي، حكم عليه بالتعويض العقابي. بعبارة أخرى، يخضع الحكم بهذا التعويض للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فله الحرية في أن يقضى به من عدمه، كما له الحرية في تحديد مدها. ولكن ما هي المعايير التي يستهدى بها القاضي في سبيل تقدير هذا التعويض؟

لم يتضمن المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات وقانون التقادم الذي قدمه الأستاذ "كاتالا" أي معيار لتقدير التعويض العقابي، وهو أمر من شأنه أن يحدث تضارباً في الأحكام القضائية. وفي هذا الصدد فإننا نطرح التساؤلات التالية: هل يحدد القاضي مبلغ التعويض العقابي على ضوء المنافع التي حصل عليها المسؤول؟ أم يجب أن يراعى أيضاً درجة جسامته الخطأ، وكذلك المقدرة المالية للمدعى عليه؟ والجزاءات الأخرى الموقعة عن ذات الفعل الضار؟

في الواقع، إذا أقرت المادة 1371 من المشروع كما هي بدون تعديل، فإنه يمكن للقاضي الفرنسي أن يستهدى، في سبيل تقديره لمبلغ التعويض العقابي، بالمعايير التي نص عليها القانون المدني لمقاطعة الكيبك، والتي تتمثل، كما سبق أن رأينا، في ضرورة اعتداد القاضي في سبيل تقديره للتعويض العقابي، بمدى جسامته خطأ المدعى عليه، والأرباح التي جناها، وكذلك وضعه المالي، والجزاءات الأخرى التي وقعت على المدعى عليه. بيد أنه يتوجب على القاضي في جميع الأحوال ألا يتجاوز في تقديره للتعويض العقابي، على ضوء تلك المعايير، ما هو لازم وضروري لتحقيق وظيفة الردع.

والأمر الغريب في الواقع أنه على الرغم من خلو النص المقترح في المشروع من أي معيار لتقدير التعويض العقابي، فإنه يلزم القاضي بتسبب حكمه بالتعويض. فالمسلم به أن التسبب يمكن محكمة النقض من الرقابة على الطريقة المتبعة من القاضي في تقدير التعويض. ولا نفهم هذا الالتزام. كما يقول البعض<sup>(1)</sup>. إلا بما ينطوي عليه التسبب من بث الثقة والطمأنينة في نفس المحكوم عليه

(1) V. S. DE LUCA, *op. cit.*, p. 63.

وحول ضرورة تسبب الأحكام بصفة عامة، راجع: د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، بدون ناشر، 1988، فقرة 449، ص 610 وما بعدها.

فيعرف على أى أساس حكم عليه بالتعويض، فضلا عن أن تسبب الحكم يضمن حيدة القاضى وعدم تحيزه، كما يحمله على العناية بحكمه والتفكير فيه على نحو تفضى الحيثيات التى أوردها إلى ما انتهى اليه، وهو أمر مهم ، ولا شك، بالنسبة لحسن سير العدالة.

وتجدر الإشارة إلى أن الاقتراح بقانون المقدم من عضو مجلس الشيوخ الفرنسى Beteille، يقضى بعدم ترك مسألة الحكم بالتعويض العقابى لتقدير القاضى، بل يقترح ضرورة أن يكون ذلك بموجب نص خاص كما هو الوضع فى قانون كيبك، كما يقترح ألا يتجاوز مداه ضعف مقدار التعويض الجابر للضرر<sup>(1)</sup>. وهذا الاقتراح يستجيب لتخوف العديد من الجهات من خطر تفجر المنازعات أملا فى الحصول على مبالغ تعويض كبيرة. ولكننا لا نتفق مع هذه الوجهة من النظر، لأن فرض سقف أو حد أقصى لا يتجاوزه التعويض العقابى يقلل من فاعليته كجزاء لمنع الأخطاء المكسبة، ونرى ضرورة أن يراعى القاضى التناسب والاعتدال بين مقدار التعويض الإصلاحي والتعويض العقابى، بحيث لا يتجاوز الغرض من هذا الأخير القدر اللازم لمجازاة فاعل السلوك المستوجب بشدة للوم والذم.

على أى حال، إذا ما فرغ القاضى من مهمة تحديد مبلغ التعويض العقابى، فيجب البحث عن الدائن والمدين بهذا التعويض.

#### (ب) المسئول والمستفيد من مبلغ التعويض:

89. من السهولة بمكان تحديد المسئول عن دفع قيمة التعويض العقابى، وهو الشخص الذى ارتكب خطأ متعمدا، أو خطأ مكسبا بالمعنى السابق بيانه. فهذا الشخص هو الذى يستحق العقاب.

(1) اقترح واضعو هذا المشروع إضافة فقرة إلى المادة 1386-25 من التقنين المدنى الفرنسى تقضى بأنه: " فى الحالات التى ينص عليها القانون صراحة، عندما ينتج الضرر عن خطأ تقصيرى أو عن عدم تنفيذ للعقد ارتكب على نحو إرادى وأفضى إلى إثراء فاعله على نحو لا يترتب على التعويض محو هذا الإثراء، يمكن للقاضى أن يحكم ، بقرار مسبب، على فاعل الضرر، فضلا عن التعويض طبقا للمادة 1386-22، بتعويض عقابى لا يزيد مبلغه عن ضعف مبلغ التعويض الإصلاحي".

أما الشخص الذي يخصص له هذا التعويض، فهو من أصابه ضرر من مسلك الفاعل، وهذا ما عليه الحال في الأنظمة القانونية التي تعترف بالتعويض العقابي كإنجلترا وأمريكا وكندا.

ولا جدال أن تخصيص مبلغ التعويض العقابي للمضروب سيؤدي إلى حثه وتشجيعه على المطالبة به أمام القضاء، وبخاصة في الحالة التي لا يصيبه من خطأ الفاعل إلا ضرر يسير، وهو ما يحقق ميزة أكيدة في مكافحة الأخطاء المربحة. ولكن، في المقابل، ستؤدي ضخامة مبالغ التعويض الممنوحة إلى تزايد النزاعات، ومن ثم تكديس القضايا أمام المحاكم، بل لا نبالغ إذا قلنا أننا سنفتح بذلك الباب على مصراعيه لما يعرف "بتجارة التعويضات" على النمط الأمريكي.

أضف إلى ما سبق، أن منح التعويض العقابي للمضروب، لاسيما عندما يكون مبالغاً فيه، فضلاً عن التعويض الإصلاحي، سيؤدي كما أكدنا غير مرة، إلى إثراء لضحية الضرر بلا سبب، وذلك بمنحه ميزة دون وجه حق وقد يكون من شأنها التأثير بالسلب على أشخاص آخرين لا دخل لهم بالخطأ الذي سبب الضرر له. ففي مجال المنافسة غير المشروعة، مثلاً، يترتب على منح التعويض العقابي لأحد المضروبين تدعيم وتقوية مركزه المالي ووضعيته في السوق. وهذا ما يفضي إلى الإضرار بالمنافسين الآخرين الذي لا علاقة مباشرة بينهم وبين الفعل الضار. ويرد على ذلك بعض الفقه بالقول بأنه لا ينبغي المبالغة في هذا النقد، ذلك أن مصاريف مباشرة الدعوى القضائية تبدد جزءاً كبيراً من الأرباح التي جناها المسؤول عن الفعل الضار<sup>(1)</sup>.

وحتى لا يثرى المضروب على حساب المسؤول عن الضرر دون سبب، فقد خولت المادة 1371 من مشروع الأستاذ كاتالا القاضي إمكانية تخصيص جزء من مبلغ التعويض العقابي لخزينة الدولة<sup>(2)</sup>. وهذا الحل، وإن كان يؤدي إلى تخفيف

(1) V. G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civil », *art. préc.*, p.2945.

(2) Article 1371 de l'avant-projet de réforme Catala : « L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages et intérêts compensatoires,

إثراء الضحية بلا سبب، فإنه لم يحدد قيمة الجزء الذى يؤول إلى خزينة الدولة، ولا المعيار الذى يستند إليه القاضى فى تحديد هذا الجزء، وهو ما يعنى أن الأمر متروك لمطلق تقدير القاضى الأمر الذى يخشى منه اختلاف التقدير من قاضى إلى آخر. لذا يلزم النص على معايير محددة وواضحة لتحديد الجزء من مبلغ التعويض الذى يخصص لصالح الخزينة العامة.

وينتقد بعض الفقه نص المشروع ويرى أن منح الخزينة العامة جزءا من التعويض العقابى يؤدى إلى تشويه وجه فكرة التعويض العقابى كما هى معروفة فى الأنظمة القانونية الأجنبية التى نقلت منها<sup>(1)</sup> ويخلط بينها وبين الجزاءات المالية الأخرى التى يحكم بها القاضى الجنائى أو الإدارى حيث تؤول كل المبالغ المحكوم بها إلى خزينة الدولة.

ومن جانبنا فإننا نتساءل عن الأساس القانونى لمنح الخزينة العامة جزء من مبلغ التعويض العقابى؟ هل الفعل الضار الذى أصاب المضرور، أصاب الكيان الاجتماعى أيضا؟ وإذا كانت الإجابة بالإيجاب، فإن المستقر عليه قانونا أن يخصص المبلغ كله وليس جزءا منه لخزينة الدولة.

وإزاء الانتقادات الموجهة إلى فكرة تخصيص جزء من التعويض العقابى للخزينة العامة، اقترح بعض الفقه أن يمنح جزء من التعويض العقابى للمضرور والجزء الآخر لأحد صناديق الضمان<sup>(2)</sup>. وعلى الرغم من أن هذا الاقتراح يتميز بأنه

à des dommages et intérêts punitifs, dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor Public ».

(1) Contr.V. G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civil », *art. préc.*, p.2945.

حيث ترى أن الحل السابق لا يتناقض بصفة جوهرية مع مبدأ التعويض العقابى.

(2) Article 1386-25 du Code Civil issu de la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile présentée par le sénateur Béteille et enregistrée à la présidence du Sénat le 9 juillet 2010 : « Les dommages et intérêts punitifs sont, dans la proportion que le juge détermine, versés respectivement à la victime et à un fonds d'indemnisation dont l'objet est de réparer des dommages similaires à celui subi par la victime ».

يساهم في تجريد المسئول من الأرباح التي جناها بغير وجه حق، دون أن يترتب على ذلك إثراء للمضروب دون سبب، إلا أنه منتقد من عدة نواح<sup>(1)</sup>: أولاً: إن منح التعويض لصندوق الضمان ينزع عنه صفة العقوبة الخاصة، طالما أنه لا يفيد في مجموعه المضروب من الخطأ المكسب. ثانياً: عدم تحديد صندوق الضمان الذي يستحق أن يخصص له جزء من التعويض العقابي، ولا مقدار الجزء الذي سيمنحه القاضى له. ثالثاً: أن هذا الاقتراح يتجاهل حقيقة واضحة ومعلومة وهي أن كل الأضرار لا يخصص لها صندوق ضمان للمضروبين.

ولا شك أن هذا النقد مردود عليه، حيث ستترك للمشرع عناية إنشاء صندوق الضمان، أما تخصيص الصندوق المستفيد من مبلغ التعويض فيتم على حسب طبيعة ونوع الضرر المراد إصلاحه أو حتى ضرر مشابه له، أما عن مقدار هذا الجزء، فسيخضع لمطلق السلطة التقديرية لقاضى الموضوع، وذلك على ضوء وملاسات كل حالة على حدة، وهذا الحل نراه مقبولاً ويحتفظ للتعويض العقابي بمظهره المعروف به.

### (ج) التأمين ضد احتمالات التعويض العقابي:

90. بدهى أنه من غير السائغ قانوناً التأمين ضد التعويض العقابي إذا ما قدر له أن يتخذ مكاناً في النظام القانوني الفرنسي؛ ذلك أن التعويض العقابي هو بمثابة عقوبة خاصة تستهدف زجر وردع المخالف الذي ارتكب خطأ إرادياً متبصراً ومتعمداً، وبالتالي فإن القول بجواز التأمين ضد هذا التعويض قد ينفى عنه تلك الغاية العقابية التي يرمى إلي تحقيقها؛ ذلك أن مرتكب الخطأ لن يتحمل في ذمته بعبء التعويض المترتب على فعله الضار، بل ستتحمله مكانه شركة التأمين<sup>(2)</sup>. كذلك، فإن القول بإمكانية التأمين عن احتمالات التعويض العقابي يتنافى مع أساسيات التأمين والتي تشترط في الخطر المؤمن منه أن يكون محتملاً ويقع

(1) V., S. DE LUCA, *op. cit.*, p.71.

(2) M. NUSSENBAUM, "L'appréciation du préjudice", *art. préc.* p. 81; Vladimir ROSTAN D'ANCEZUNE, *art. préc.* P. 53.

مصادفة. كما يتعارض أيضا، مع ما تنص عليه المادة (1) L.113-1 من قانون التأمين الفرنسي من حظر التأمين ضد الخطأ المتعمد، وهذه هي حال الخطأ المكسب كما سبق أن رأينا.

ولذلك نص مشروع القانون المقدم من الأستاذ Catala "كاتالا" على عدم جواز التأمين من التعويض العقابي. ومع ذلك فإن أنصار نظرية التحليل الاقتصادي للقانون يرون إمكانية التأمين ضد احتمالات التعويض العقابي؛ فالتحليل الاقتصادي لا يراعى البعد الأخلاقي. فالتأمين لا يؤثر على حق الضحية المضرور في التعويض، بل على النقيض هو يزيد من ملاءة المستأمن ويساره، وهو ما يصب في النهاية في مصلحة المضرور. ويرد أنصار التحليل الاقتصادي على الادعاء بأن التأمين من التعويض العقابي يخلع عنه وظيفته الجزئية بالقول بأنه يمكن تحقيق تلك الوظيفة من طريق زيادة قسط التأمين مقابل تغطية هذا الخطر<sup>(2)</sup>.

وما نعتده صواباً هو استحالة التأمين من هذا التعويض، لأنه فضلاً عن الاعتبارات السابقة، فهو يؤدي إلى فاعلية التعويض العقابي في ردع بعض مظاهر السلوك الخطيرة المعادية للمجتمع، كما يزيد من إحساس الشخص بالمسئولية فيراعى اليقظة والحيطه في مسلكه. أضف إلى ذلك أن التعويض العقابي هو بمثابة عقوبة تفرض على المسئول، ومن ثم تخضع لمبدأ تفريد العقاب، ولا يجوز تحميل الغير بها<sup>(3)</sup>.

ومع ذلك فإننا نتفق مع بعض الفقه<sup>(4)</sup> في القول بإمكانية التأمين ضد

(1) V. L'article L. 113-1 du Code des assurances prévoit que « L'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré dans le but de provoquer le dommage tel qu'il ait survénu ».

(2) V. M. NUSSENBAUM, "L'appréciation du préjudice", art. préc. p.81.

وحول التحليل الاقتصادي للتعويض العقابي، راجع: د. يحيى صقر محمد صقر، الرسالة السابقة، ص 660-671.

(3) V. M.G. DI STEFANO, *Mémoire préc.* p. 58.

(4) راجع لمزيد من التفاصيل: د. عدنان أحمد ولي، المقالة السابقة، ص 16. وقد أشار المؤلف إلى حجة أخرى مفادها أن منع التأمين ضد خطر التعويض العقابي من شأنه أن يدفع المتبوعين إلى ممارسة عناية أكبر في اختيار تابعيهم ومراقبتهم.

احتمالات التعويض العقابي في حالات المسؤولية عن فعل الغير؛ ذلك أن المسئول هنا لم يرتكب خطأ شخصياً يستوجب اللوم عليه، بل هو مجرد مسئول مدني عن فعل اقترفه الغير، ومن ثم فهو لا يستحق العقاب الذي يرمى اليه هذا التعويض.

### تعقيب على فكرة التعويض العقابي وفقاً لمشروع الأستاذ كاتالا:

91. يأخذ الفقه الفرنسي على فكرة التعويض العقابي أنها تمنح المضرورة ميزة غير مستحقة له، وأنها تحكيمية في مبلغها. ولذا يشدد الفقه الفرنسي في مجموعته على ضرورة أن يتجنب المشرع في حالة تكريسه للتعويض العقابي - السلبيات التي يعرفها هذا النوع من التعويض في القانون الأمريكي من تزايد وتيرة النزاعات *surlitigation*، كما يلزم أن يتفادى التعويضات الفلكية التي يشتهر بها نظام التعويضات الأمريكي، ونحدث إذا عما يعرف "بأمركة التعويض"<sup>(1)</sup>.

(1) صوفيا شيللر، فرضية أمركة قانون المسؤولية، مقالة في مؤلف يحتوي على مجموعة من المقالات والدراسات التي نشرت تحت إشراف فرانسوا تريه، أمركة القانون، ترجمة د. محمد وطفه، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2008، ص 295-335. حيث أشارت المؤلفة إلى بعض القضايا التي عرضت على القضاء الأمريكي وقضى فيها بتعويضات ضخمة جداً. نذكر منها الحكم على جنرال موتورز بالتعويض لصالح مستخدم سيارتها من المصابين في يوليو سنة 1999 بمبلغ 4.9 مليار دولار. وأيضاً ما حصلت عليه إحدى عملاء محلات ماكدونالدز الشهير من تعويض مقداره مليون دولار بسبب سقوط فنجان من القهوة على ساقها سبب لها بعض الحروق من الدرجة الثانية، حيث أثبت الخبراء أن القهوة التي يقدمها مكدونالدز لعماله كانت أكثر سخونة من قهوة كل منافسيه، وأن هذا الفرق كان مهماً جداً وأن حرارة القهوة كانت بالتالي مرتفعة جداً بالنسبة لمن تتم خدمتهم من الزبائن. وأخيراً، حكم على مصنعى السجائر الأمريكيين بدفع 145 مليار دولار تعويضاً عن الضرر الذي أصاب مدخني ولاية فلوريدا وحدها من جراء التدخين، راجع ص 298.

وفي قضية تتلخص وقائعها في قيام أحد الأشخاص بشراء سيارة "برلينيه" عن طريق وكيل أمريكي. ولما وقع لهذه السيارة بعض الخدوش أثناء عملية النقل، قام الفرع الأمريكي الوكيل بإعادة طلاء هيكل السيارة. فرفع المشتري دعوى للمطالبة بالتعويض وبعد تداول القضية أمام درجات القضاء المختلفة، قضت المحكمة العليا الأمريكية بأن الحكم بمبلغ 4 آلاف دولار على سبيل التعويض يعد أمراً مبرراً، فيما أن الحكم بمبلغ 2000000 دولار كتعويض عقابي هو أمر مبالغ فيه؛ لأنه يعادل حوالى 500 مرة مبلغ الضرر الواقع، راجع:

Pierre VERON et Stanislas ROUX-VAILLARD, "Les dommages-intérêts pour contrefaçon de brevet en droit américain", *RLDI*, mars 2006, no 14, PP. 67-74, spéc. P. 67.

والحق يقال إن تحكم القضاة وإفراطهم في منح التعويض العقابي في الولايات المتحدة الأمريكية يرجع إلى خصوصية النظام القضائي لديهم، فضلاً عن أن التوجه الحديث من قبل الفقه والمحكمة العليا هو انتقاد هذه الممارسات من قبل القضاة.

وهكذا يمكن القول إن ضخامة المبالغ التي يقضى بها على سبيل التعويض العقابي تشكل خصوصية في النظام القانوني الأمريكي بسبب وجود نظام المحلفين الذين يميلون من الناحية النفسية إلى جانب المضرور، وهو ما لا نظير له في النظام الفرنسي حيث يتولى القضاة تحديد مبالغ التعويض المحكوم بها<sup>(1)</sup>، كما أن المبالغة غير المبررة في قدر التعويض العقابي ليست موجودة، في بعض الأنظمة الأخرى حتى المنتمية إلى ذات العائلة القانونية، كإنجلترا وكندا على سبيل المثال<sup>(2)</sup>.

ومع ذلك، فهذا الواقع العملي في الولايات المتحدة الأمريكية يدفعنا إلى التنبيه بضرورة أن يراعى قضاة الموضوع في فرنسا الاعتدال والتناسبية بصدد تقدير هذا النوع من التعويض، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر سنة 2010 على الرغم من عدم إقرار هذا التعويض في فرنسا على نحو رسمي حتى الآن.

ولا نخفي تخوفنا من أن يؤدي إقرار التعويض العقابي إلى حث المحامين وتحريضهم على إقامة دعاوى أمام القضاء أملاً في الحصول على تعويضات ضخمة على غرار النموذج الأمريكي.

## كلية الحقوق جامعة القاهرة

- (1) M. FABRE-MAGNAN, " Le dommage existentiel", *D.*, 2010, *chron.* P. 2376.
- (2) V. G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civil », *art. préc.*, p.2945.



## الفصل الثاني

### الاعتراف الصريح بمبدأ التعويض العقابي

#### في مصر من خلال النص الدستوري

92. لا شك أن فكرة التعويض العقابي هي فكرة غريبة عن الفقه والقضاء والتشريع في مصر؛ فالمبدأ الراسخ لدينا هو مبدأ التعويض على قدر الضرر. ومع ذلك، فقد أشار بعض الفقه إلى هذه الفكرة تحت اصطلاح التعويض الجزائي أو الانتقامي<sup>(1)</sup> أو التعويض العقابي<sup>(2)</sup> وهو بصدد إجراء الدراسة المقارنة لاسيما في مجال الحق في الخصوصية. ولكنه كان ينتهي إلى عدم قبول هذه الفكرة في إطار نظامنا القانوني.

إلا أنه بصدور الدستور المصري الجديد في سنة 2014، حظيت هذه الفكرة بمباركة المشرع، وخصها بالذكر تحت اصطلاح "التعويض الجزائي"، وذلك بمناسبة تناول الأعمال الفنية والأدبية والفكرية، وحظر رفع أو تحريك الدعاوى القضائية لوقفها أو مصادرتها أو ضد مبدعيها، حيث نصت المادة 67 على أن: "حرية الإبداع الفني والأدبي مكفولة، وتلتزم الدولة بالنهوض بالفنون والآداب، ورعاية المبدعين وحماية إبداعاتهم، وتوفير وسائل التشجيع اللازمة لذلك. ولا يجوز رفع أو تحريك الدعاوى لوقف أو مصادرة الأعمال الفنية والأدبية والفكرية أو ضد مبدعيها إلا عن طريق النيابة العامة، ولا توقع عقوبة سالبة للحرية في الجرائم التي ترتكب بسبب علانية المنتج الفني أو الأدبي أو الفكري، أما الجرائم المتعلقة بالتحريض على العنف أو التمييز بين المواطنين أو الطعن في أعراض الأفراد، فيحدد القانون عقوباتها.

وللمحكمة في هذه الأحوال إلزام المحكوم عليه بتعويض جزائي للمضروور من الجريمة، إضافة إلى التعويضات الأصلية المستحقة له عما لحقه من أضرار منها،

(1) د. حسام الدين كامل الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، الحق في الخصوصية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1978 فقرة 291 ص 449، حيث عرض للفكرة بمناسبة بحث سيادته لتقدير التعويض الناشئ عن المساس بحق الشخص في الخصوصية.

(2) د. أسامة أبو الحسن، المرجع السابق،

وذلك كله وفقا للقانون".

وهكذا، وطبقاً للفقرة الأخيرة من هذا النص، يكرس المشرع الدستوري فكرة التعويض العقابي، ويجعل لها مكاناً في نظاماً القانوني. ومع ذلك، فإن استقبال هذه الفكرة الجديدة في اطار القانون المصري من شأنه أن يثير العديد من التساؤلات القانونية، أهمها: هل يقتصر مجال تطبيقها على الملكية الأدبية والفنية كما ورد في النص الدستوري، أم يمكن أن يمتد إلى مجالات أخرى؟ وما مقدار هذا التعويض؟ وما العناصر التي يمكن للقاضي أن يستند إليها في سبيل تقدير مبلغه؟ ومن المستفيد منه؟ وهل يمكن التأمين ضد احتمالات الحكم به أم لا؟ ومن الطبيعي ألا يجيب النص الدستوري على تلك التساؤلات حيث أحال الفكرة برمتها إلى القانون.

وهنا نستطيع أن نقرر أن المجال الأول الذي يلتزم فيه المشرع العادي بإعمال التعويض الجزائي، هو مجال الملكية الأدبية والفنية حيث ورد النص عليها في الدستور. ولكن ذلك ليس معناه استبعادها من المجالات الأخرى التي تبرز فيها فائدة هذا الجزاء، لاسيما في حالات الخطأ المربح الناتج عن الاعتداء على حقوق الشخصية من قبل وسائل الإعلام التقليدية والإلكترونية، والمنافسة غير المشروعة، والاعتداء على البيئة، وغيرها. ذلك أن المشرع العادي يستطيع أن يتدخل في تلك المجالات طالما أن الجزاء الذي سيقدره لن يكون مخالفاً للدستور طالما أن الفكرة دخلت في اطار نظامنا الوطني.

وعلى ما يبدو، فإن النموذج القانوني للتعويض العقابي في مقاطعة كيبك هو المناسب لنا في مصر؛ حيث تكون حالات التعويض العقابي مقررّة بنص تشريعي خاص، بدأه المشرع الدستوري بحالة الملكية الفنية والأدبية، وترك المجال للمشرع العادي ليقرره في المجالات الأخرى. وهنا ينبغي على المشرع أن يبين الحالات التي تقتضى تطبيق التعويض العقابي فضلا عن التعويض العادي، كما ينبغي عليه أن يعين عناصر تقدير هذا التعويض، وهي مدى جسامته خطأ المسؤول عن الضرر، والمنفعة التي عادت عليه من وراء الفعل الضار والمقدرة المالية له، والجزاءات الأخرى الموقعة عن ذات الفعل. ويجب على المشرع أن يؤكد على

مسألة عدم إثراء المعتدى عليه على نحو مبالغ فيه، ومن ثم يمكن أن ينص على إمكانية أن يخصص القاضى جزءاً من التعويض لأحد صناديق الضمان كما هي الحال في كيبك. وأخيراً، يجب أن يكون مبلغ التعويض العقابى مستقلاً عن مبلغ التعويض الجابر للضرر، وهو ما يعنى أن الأول يهدف إلى عقاب المسئول، والآخر إلى جبر الضرر الذى لحقه، ومن ثم يجب ألا يتجاوز القدر اللازم لتحقيق تلك الغاية.

ولكن هل من الملائم أن نقرر هذا الجزء في اطار قواعد المسؤولية المدنية؟

لقد أجاب بعض الفقه المصرى<sup>(1)</sup> على ذلك بالإيجاب واقترح أن يضاف إلى نص المادة 221 من التقنين المدنى فقرة ثالثة يجرى نصها على النحو التالى: "ويجوز الحكم على المدين، علاوة على التعويض المنصوص عليه في الفقرة الأولى من هذه المادة، إذا كان سلوكه متعمداً أو مشوباً بخطأ جسيم، بتعويض أضافى، يراعى في تقديره كافة الظروف التى تجعله كفيلاً بعقاب المدين وردعه هو وغيره عن العود لمثل هذا السلوك.

ويجوز أن يخصص القاضى الجزء الذى يراه مناسباً من هذا التعويض لأحد الأشخاص المعنوية العامة أو الخاصة التى لا تهدف إلى تحقيق الربح، وذلك إذا شكل سلوكه اعتداء على مصلحة اجتماعية يساهم الشخص المعنوى في تحقيقها أو الدفاع عنها".

هذا الاقتراح له مزايا عديدة من أهمها أنه يضع القاعدة العامة في إطار قواعد المسؤولية المدنية، ومن ثم فهو يصبغ الجزء بالطابع المدنى بعيداً عن أى آثار جنائية كما هي الحال في النظام الأنجلو أمريكى، فضلاً عن أنه ترك الأمر لسلطة قاضى الموضوع في تقديره على ضوء جميع الظروف التى تجعله يحقق هدفه في ردع المخالف. كما وضع حلاً لمشكلة إثراء الضحية بدون سبب، حيث أجاز للقاضى أن يخصص جزء منه لمؤسسة عامة أو خاصة، كما أنه وضع له حداً وهو التناسبية.

إن الهدف من التعويض العقابى، كما رأينا آنفاً، هو زجر وردع من ارتكب

(1) يعود هذا الاقتراح للأستاذ الدكتور أسامة أبو الحسن، المرجع السابق، ص 163.

سلوكاً ملاماً من الناحية الأخلاقية، وليس الهدف منه جبر الضرر الذى لحق بالمضرور. ومن ثم فإن جواز التأمين ضد هذا التعويض يهدم الغاية منه وهو مجازاة من ارتكب خطأ موصوفاً. كما أنه يتناقض والمبادئ التى يقوم عليها نظام التأمين نفسه الذى يحظر التأمين من الخطأ العمدى.

وما نراه صواباً، أنه لا يجوز التأمين من التعويض العقابى، لأنه يتعارض مع مبادئ التأمين فى القانون المصرى والتى تستلزم فى الخطر أن يكون محتملاً<sup>(1)</sup>، فضلاً عن عدم جواز التأمين ضد الخطر العمدى وهو ما يتصف به الخطأ المربح الذى يترتب التعويض العقابى كجزء عنه<sup>(2)</sup>.

**الخلاصة:** أن النص الدستورى وإن لم يتضمن سوى الإشارة إلى اصطلاح التعويض الجزائى، إلا أنه يفتح الباب ولو جزئياً أمام استقبال هذه الفكرة وتوطينها فى النظام القانونى المصرى. ولا شك فى أهمية هذه الفكرة لاسيما فى مجالات الخطأ المربح الناجم عن التطورات الاقتصادية والتكنولوجية التى تشهدها البلاد. لذا نهيب بالمشروع العادى أن يتدخل فى أقرب فرصة لتنظيمها على نحو مفصل، ونقترح أن يستلهم تجربة المشروع فى إقليم كيبك الكندى، فهى أكثر ملاءمة لمبادئ قانوننا الوطنى.

(1) لمزيد من التفاصيل حول شروط الخطر المؤمن منه، راجع: د. محمد حسام محمود لطفى، الأحكام العامة لعقد التأمين، دراسة مقارنة بين القانونين المصرى والفرنسى، الطبعة الثانية، القاهرة 2001، ص 143-152.

(2) راجع: د. محمود عبدالرحمن محمد، عقد التأمين، النظرية العامة للتأمين، الطبعة الأولى 1997، دار النهضة العربية، ص 134 وما بعدها. وعلى الرغم من أن المشروع المصرى لم يورد نصاً عاماً بعدم جواز التأمين من الخطأ العمدى للمؤمن له، ولكنه اكتفى بالنص عليه فى حالة التأمين من الحريق والتأمين على الحياة، حيث نصت المادة 768 مدنى على أنه: "يكون المؤمن مسئولاً عن الأضرار الناشئة عن خطأ المؤمن له غير العمدي..... أما الخسائر والأضرار التى يحدثها المؤمن له عمداً أو غشاً، فلا يكون المؤمن مسئولاً عنها ولو اتفق على غير ذلك"، وقد اتفق الفقه على أن حكم هذا النص ينطبق على كافة أنواع التأمين دون استثناء. راجع: د. محمود عبدالرحمن محمد، المرجع السابق، ص 134 والمراجع المشار إليها فى هامش رقم 2.

## المبحث الثاني

### الحلول الأخرى المنافسة للتعويض العقابي

#### تمهيد وتقسيم:

93. أكدنا فيما سبق أن مجرد تعويض الضرر الناجم عن الأخطاء المربحة لا يبدو جزءاً كافياً لمنع تلك الأخطاء أو الحد من انتشارها، لذا بحثنا عن جزء أكثر فاعلية وملاءمة، ووجدنا هذا الجزء في التعويض العقابي، ولكننا رأينا، أن هذه الفكرة ما تزال في حاجة إلى المزيد من الإيضاح والتحديد سواء في فرنسا أو في مصر. لذا فإن السؤال الذي يطرح نفسه الآن هو: ألا توجد جزاءات أخرى يمكنها أن تؤدي ذات الوظيفة التي يقوم بها التعويض العقابي؟ أليست الغرامة المدنية *Amende civile* تعد معادلاً وظيفياً مناسباً للتعويض العقابي، ألا يمكن أن يستوعب التعويض الاستردادي الأرباح التي عادت على المسئول من جراء الخطأ المكسب؟ وعلى فرض عدم كفاية تلك الجزاءات، أليس في تسهيل حصول المضرور على التعويض من خلال تكريس الدعوى الجماعية وسيلة فعالة لثنى مرتكب الخطأ المكسب وردة عن معاودة ارتكاب الخطأ مرة أخرى في المستقبل<sup>(1)</sup>.

وفي ضوء هذه التساؤلات، سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب؛ وذلك

على النحو التالي:

1 ( ) كما تعد الدعوى المستعجلة التي قررها المشرع الفرنسي، والمشرع المصري في بعض الحالات، كالاكتفاء على الحقوق الملازمة للشخصية، كحرمة الحياة الخاصة، وسيلة فعالة لمواجهة الخطأ المكسب في هذا المجال. بيد أن هذه الدعوى على الرغم من فائدتها التي لا تنكر إلا أنها تحتاج إلى تعميم نطاق تطبيقها في فرنسا، ومع ذلك فهي لا تستهدف إلا محاربة الأخطاء المكسبة في المستقبل فقط، لأنها - وبحسب طبيعتها - تؤدي إلى وقف الأنشطة الضارة التي يباشرها المسئول عن الضرر، وتترك الأرباح التي جناها في الماضي دون رد وهو ما يمثل له كسباً أو ربحاً غير مشروع، راجع:

G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *art. préc.*, p.2945.

كما يقترح بعض الفقه أن يكون جزء الخطأ المربح هو التعويض متعدد العناصر، وذلك بأخذ عنصر الفوائد والأرباح عند تقدير التعويض. راجع:

J. MEADEL, *art. préc.*, nos 27 et 28.

المطلب الأول: الغرامة المدنية، كوسيلة بديلة لاستيعاب الخطأ المكسب.

المطلب الثاني: التعويض الاستردادي، كوسيلة بديلة لاستيعاب الخطأ المكسب.

المطلب الثالث: الدعوى الجماعية، كوسيلة بديلة لاستيعاب الخطأ المكسب.

### المطلب الأول

#### الغرامة المدنية، كوسيلة بديلة لاستيعاب الخطأ المكسب

94. يلزمنا لمعرفة ما إذا كانت الغرامة المدنية تشكل البديل المثالي للتعويض العقابي من عدمه (الفرع الثاني)، أن نبدأ بتعريفها والتمثيل لها ببعض الحالات (الفرع الأول).

### الفرع الأول

#### تعريف الغرامة المدنية، وبعض الأمثلة لها

95. يقصد بالغرامة المدنية، تلك الغرامة التي تقرها نصوص مدنية لأفعال لا تشكل جرائم جنائية، ويحكم بها القضاء المدني<sup>(1)</sup>. وهي تتميز عن الغرامة الجنائية والتي هي عبارة عن الزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزانة الحكومة المبلغ المقرر فى الحكم، ولا يجوز أن تقل عن مبلغ معين يحدده القانون<sup>(2)</sup>، وكذلك الغرامة الإدارية، التي يقضى بها القضاء الإداري، أو سلطة إدارية مستقلة.

ويتضمن القانون الفرنسى العديد من الفروض التي ينص فيها على جزاء الغرامة المدنية، نذكر منها الغرامة التي تفرض كجزاء للإخلال بالأعباء أو الالتزامات العامة أو المهنية الملقاة على عاتق بعض الأشخاص، مثل الغرامة

(1) Sur l'ensemble de la question. M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile est-elle un substitute satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs? », *Les petites Affiches*, 20 novembre 2002, no 232, p. 36 et ss, spéc. no 4 ; V. DELAPORTE, "Les sanctions en droit français et communautaire de la concurrence", *Justice & Cassation*, 2005, P. 44.

(2) راجع: المادة 22 من قانون العقوبات المصرى رقم 58 لسنة 1936، والتي استلزمت ألا يقل المبلغ عن خمسة قروش مصرية فى أى حال من الأحوال.

التي تفرض على المخالفات التي تقع من أمور الحالة المدنية<sup>(1)</sup>، وكذلك الغرامات التي تفرض نتيجة عدم احترام الوصى لأعباء نظام الوصاية<sup>(2)</sup>، وأيضا الغرامة التي يحكم بها على الشاهد الذي لا يحترم التزاماته، وكذلك جميع الغرامات التي يقرها قانون الإجراءات المدنية على من يتعسف في استعمال حق التقاضي، بالإضافة إلى الحكم بالتعويض<sup>(3)</sup>. وكذلك الغرامات المقررة في قانون البناء كجزاء لمن يُغير الغرض المخصص له العقار، كأن يقوم بتغييره الغرض من الاستعمال السكنى إلى الاستعمال التجاري دون الحصول على الترخيص اللازم<sup>(4)</sup>.

ولا يختلف الوضع في تشريعنا المصري عما رأيناه في القانون الفرنسي، حيث تضمن هو الآخر الكثير من الفروض المماثلة لتلك الواردة في القانون الفرنسي، التي يقرر بشأنها الغرامة المدنية، من أبرزها الغرامة التي تفرض على الشاهد الذي يتخلف عن الحضور أمام المحكمة بعد تكليفه تكليفا صحيحا (مادة 76 من قانون الإثبات)، وكذلك الغرامات التي ورد النص عليها في قانون المرافعات المدنية بعد تعديله بالقانون رقم 18 لسنة 1999<sup>(5)</sup>، والغرامة

(1) فالمادة 50 من القانون المدني الفرنسي تفرض غرامة من 3 إلى 30 يورو، راجع النص الأصلي:

« Toute contravention aux articles précédents, de la part des fonctionnaires y dénommés, sera poursuivie devant le tribunal de grande instance, et punie d'une amende de 3 à 30 euros ».

(2) المواد 395، 412، 413 من التقنين المدني الفرنسي والتي تحيل إلى المادة 1230 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

(3) راجع المواد 1-32، 559، 581، 682 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والتي تقرر غرامة مقدارها 3 آلاف يورو. ولمزيد من التفاصيل، انظر:

A. PERDRIAU, « L'amende civil d'appel », *Les Petites Affiches*, 18 novembre 1999 n° 230, P. 4.

(4) Art. L.631-7 et L. 651-2 du Code de la construction.

(5) قانون رقم 18 لسنة 1999 بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية وقانون الرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية، منشور بالجريدة الرسمية - العدد 19 مكرر (أ) في 17 مايو سنة 1999.

(6) ومنها الحكم بالغرامة على طالب الإعلان إذا تعدد ذكر موطن غير صحيح للمعلن إليه بقصد وصول الإعلان إليه والتي لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز أربع مائة جنيه (المادة 14 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري)، والغرامة على من يتخلف من الخصوم عن إيداع المستندات أو عن القيام بأى إجراء من إجراءات المرافعات في الميعاد الذي حددته المحكمة والتي لا تقل عن عشرين جنيه ولا تزيد عن مائتي جنيه (م.99)، والغرامة على الخصم الذي يتخذ إجراء أو يبدي طلبا أو دفعا أو دفاعا

المنصوص عليها في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية والتي يحكم بها على الخبير الذي يتأخر في إنجاز مأموريته المكلف بها من قبل المحكمة.

في كل تلك الفروض السابقة، سواء في القانون الفرنسي أو في القانون المصري، لا يبدو لنا أن الفعل محل المخالفة يشكل خطورة كافية على الأمن الجماعي لكي يجعل منه المشرع جريمة جنائية، لذا قرر له جزاء الغرامة المدنية. كما لا يقتنص المخالف منفعة أو فائدة غير مشروعة من جراء المخالفة، فضلا عن أن مبلغها يكون بسيطا في العادة، ومن ثم فلا تشكل جزاء لخطأ مريح أو مكسب، بل قصد منها حقيقة حث المسئول على تنفيذ الالتزام المفروض عليه، أو عدم التعسف في استعمال حق التقاضي، لذا نلاحظ أن مبالغ هذه الغرامات بسيطة إلى حد بعيد<sup>(1)</sup>.

ومع ذلك، فقد استحدث المشرع الفرنسي حالة قرر بشأنها الغرامة المدنية، بغية مجازاة الخطأ المكسب، وهي الغرامة المنصوص عليها بالقانون 15 مايو 2001 والتي أدرجت في المادة III 6-442L من قانون التجارة، كجزء على بعض الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة. بمقتضى هذه المادة، لوزير الاقتصاد، والنائب العام وكل شخص له مصلحة، أن يطلب من القضاء المختص الحكم بغرامة مدنية لا تتجاوز 2 مليون يورو إضافة إلى تعويض الضرر الواقع في إطار دعوى وقف الممارسات غير المشروعة المقيدة لحرية المنافسة.

وتكشف هذه المادة، ومن خلال ضخامة مبلغ الغرامة الذي يضاف إلى مبلغ التعويض الإصلاحي، عن إرادة المشرع الفرنسي في معاقبة سلوك الشخص الذي

بسوء نية، والتي لا تقل عن أربعين جنيه ولا تجاوز أربع مائة جنيه (188)، والغرامة التي يحكم بها على المدعي إذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لغياب في صفة المدعي عليه قائم على أساس والتي لا تقل عن خمسين جنيهها ولا تجاوز مائتي جنيه (م.115)، والغرامة على طالب الرد عند رفض الطلب أو سقوط الحق فيه أو عدم قبوله أو إثبات التنازل عنه والتي لا تقل عن مائتي جنيه ولا تزيد على ألفي جنيه، وإذا كان الرد مبني على الوجه الرابع من المادة 148، أي على أن بين القاضي وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل ورفض طلب الرد جاز إبلاغ الغرامة إلى ثلاثة آلاف جنيه (2/159) والغرامة التي تحكم بها المحكمة عند عدم جواز المخاصمة أو رفضها والتي لا تقل عن مائتي جنيه ولا تزيد على ألفي جنيه (م.499)

(1) V. M. BEHAR-TOUCHAIS, *art. préc.*, no 6.



يحصل أو يحاول الحصول على ميزة لا يقابلها خدمة حقيقية يقدمها للطرف الآخر، وذلك بتجريد المخطئ من المنفعة أو الفائدة التي تعود عليه من وراء خطئه، وهو ما تكشف عنه الأعمال التحضيرية للقانون<sup>(1)</sup>. والسؤال الذي يطرح نفسه هنا: ليست الغرامة المدنية التي تفرض إلى جانب التعويض الجابر للضرر، أفضل من اللجوء إلى فكرة غريبة عن أفكار نظامنا القانوني وكذلك القانون الفرنسي. بعبارة أخرى، هل تشكل الغرامة المدنية البديل المثالي للتعويض العقابي في الفروض التي يظهر فيها الخطأ المكسب؟

## الفرع الثاني

### مدى اعتبار الغرامة المدنية بديلا ماليا للتعويض العقابي

96. تقتضى الإجابة عن هذا التساؤل أن نبدأ بمقارنة الغرامة المدنية بالغرامة الجنائية المقررة كعقوبة لبعض الجرائم، حتى يتسنى لنا الخيار بينهما، فإذا ما وقع الاختيار لصالح الغرامة المدنية، فينبغي أن نقارنها بالتعويض العقابي لنقرر، في النهاية، ما إذا كانت تشكل بديلا مناسباً له أم لا.

### أولاً مقارنة الغرامة المدنية بالغرامة الجنائية:

97. يؤكد الفقه الفرنسي<sup>(2)</sup> على أن الغرامة المدنية تتفوق على الغرامة الجنائية من حيث إنها تجازى عن نحو أقل شدة وقسوة، ولكن بكثير من المرونة، بعض أنماط السلوك التي لا ترتقى في خطورتها إلى مرتبة الجرائم التي يتوجب إخضاعها للجزاءات القاسية المقررة في القانون الجنائي. فالغرامة المدنية يحكم بها القضاء المدني أو التجاري؛ وبالتالي يطبق بشأنها قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية وليس أحكام الإجراءات الجنائية والتي يرد عليها البطلان كثيرا. ومن جهة أخرى، فإن الغرامة المدنية بطبيعتها المزدوجة، الجزية والتعويضية، تتفوق على الغرامة الجنائية من حيث إنها تخضع لمبادئ القانون المدني<sup>(3)</sup>،

(1) V. M. BEHAR-TOUCHAIS, *art. préc.*, no 6.

(2) V. M. BEHAR-TOUCHAIS, *art. préc.*, no 9.

(3) V. CA. Nîmes, 25 fév. 2010, *Dalloz actualité*, 6 avr. 2010, obs. E. Chevrier ou elle avait jugé que « l'amende civile (.....), par sa

"القاعدة أن الإجراءات تتبع الاختصاص"<sup>(1)</sup>، سيما عندما يكون مبلغها بسيطاً، وليس لمبادئ القانون الجنائي التي تكفل للمحكوم ضده ضمانات هامة؛ أهمها مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، والتفسير الضيق لنصوص التجريم<sup>(2)</sup>، ومبدأ شخصية العقوبة<sup>(3)</sup>، كما لا يطبق بشأنها قاعدة أن الجنائي يوقف المدني، وهو الأمر الذي يترتب عليه ضياع الوقت على صاحب المصلحة انتظاراً للفصل في الدعوى الجنائية<sup>(4)</sup>.

من كل ما سبق، فإننا نلاحظ أفضلية للغرامة المدنية على الغرامة الجنائية، لاسيما بصدد الأفعال التي تستوجب العقاب ولكنها لا تدخل في نطاق القانون الجنائي. فهل تشكل إذن بديلاً عن التعويض العقابي؟

### ثانياً - مقارنة الغرامة المدنية بالتعويض العقابي:

98. رأينا آنفاً، أن التعويض العقابي يتميز بأنه يتجاوز في قيمته كثيراً مدى الضرر الذي لحق بالمضروب، وأن الهدف منه ليس جبر الضرر ولكن عقاب المسئول. وهذا ما لا يتوفر في الغرامة المدنية التي يكون مقدارها بسيطاً؛ لأنها لا تشكل جزاء رادعاً للمخالف على نحو كاف. بيد أن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للغرامة المدنية ذات المبالغ الضخمة، كالغرامة المنصوص عليها بالنسبة للتصرفات المقيدة للمنافسة الحرة والتي يبلغ مقدارها 2 مليون يورو. فلا شك في أن هذه الغرامة يكون لها نفس الأثر الرادع أو الزجرى الذي يحققه التعويض العقابي؛ ذلك أن الشركة التي ترتكب إحدى الممارسات المقيدة لحرية المنافسة

double nature répressive et indemnitaire et par son objet, n'était pas une sanction pénale soumise aux règles protectrices du code pénal ».

- (1) د. فوزية عبدالستار، المرجع السابق، فقرة 200، ص 221.  
(2) حول تفسير قواعد قانون العقوبات، راجع: د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، 1989، ص 60-69، وعلى وجه الخصوص فقرة 33 ص 67.

- (3) V. CA. Nîmes, 25 févr. 2010, *Dalloz actualité*, 6 avr. 2010, obs. E. Chevrier ; *RJDA* 2010, n° 682 ; V. aussi Nîmes, 10 mars 2011, RG n°08/04995, *RDLC* 2011, n° 3, p. 140, obs. Chagny.  
(4) V. M. BEHAR-TOUCHAIS, *art. préc.*, nos 9-11; S. DE LUCA, *op. cit.*, p. 48.

المنصوص عليها، ستلتزم برد كل الأرباح التي عادت عليها من وراء سلوكها، وهذا يشكل جزءاً زاجراً لها، كما أن أي شركة أو مؤسسة أخرى ستفكر في سلوك سبيل المخالفة في المستقبل ستتعرض لنفس الجزاء، ومن ثم فلن تجد فائدة في ارتكاب المخالفة، وهو ما يحقق في الواقع الوقاية والمنع للمخالفات المدنية<sup>(1)</sup>.

كما تتفق الغرامة المدنية مع التعويض العقابي في مسألة عدم جواز التأمين من المسؤولية عن دفعها؛ فمما لا شك فيه أن عقوبة الغرامة، أيا كانت طبيعتها جنائية أو مدنية أو إدارية لا تكون موضوعاً للتأمين، حتى يشعر بها المسئول في ذمته المالية وتحقق بالتالي وظيفة التهديد والردع له ولغيره. هذا بالإضافة إلى أن التأمين منها يخالف النظام العام والآداب. ومن هنا يمكننا القول إن الغرامة المدنية تحقق نفس الآثار الإيجابية للتعويض العقابي، وتتفوق عليه في أنها لا تنضوي على آثاره السلبية<sup>(2)</sup>.

فالغرامة المدنية تفضل التعويض العقابي من ناحيتين<sup>(3)</sup>: الأولى أنها نظام قانوني معروف في التشريع الفرنسي والمصري، وغيرهما من التشريعات المقارنة، وتدرج بسهولة فيهما دون أن تؤثر في الهياكل والمبادئ التقليدية لهذين التشريعين، ولا سيما مبدأ التعويض الكامل للضرر. فالغرامة المدنية لا تتنافر مع ذلك المبدأ ولكنها تضاف إليه، وتتكامل معه بانسجام تام، دون أي صعوبات؛ فتكون الغرامة لعقاب المسئول، والتعويض لجبر الضرر الذي لحق المضرور، ومن ثم لن يكون تمة خلط بين الجزاء المدني والجزاء الجنائي<sup>(4)</sup>.

هذا فضلاً عن أن مبلغ الغرامة المدنية يؤول إلى خزينة الدولة، على خلاف التعويض العقابي الذي يخصص بكامله للضحية، وهذا يشكل ميزة أساسية للغرامة المدنية لكونها لا تؤدي إلى إثراء الضحية على حساب المسئول دون سبب، وهذه

(1) V. M. BEHAR-TOUCHAIS, *art. préc.*, no 16; C. SINLEZ, *th. préc.*, no 195, p.131.

(2) V. P. JOURDAIN, *Rapport préc.*, no 11; M. BEHAR-TOUCHAIS, *art. préc.*, no 18.

(3) V. M. BEHAR-TOUCHAIS, *art. préc.*, nos 21-23.

(4) V. P. JOURDAIN, *Rapport préc.*, no 11.

مشكلة حقيقية فى التعويض العقابى<sup>(1)</sup>. فهذا الأخير بحصوله على التعويض ولو بصفة جزئية، يجد نفسه فى وضع متميز لاسيما فى مجالات معينة كالمنافسة غير المشروعة، ومن هنا فإن الغير يتضرر من هذا التعويض وليس المسئول.

غير أنه لا ينبغى المبالغة والتهويل فى هذا النقد؛ حيث إنه لا ينطبق فى جميع حالات الخطأ المربح، فمثلا فى مجال الاعتداء على حقوق الشخصية لا يترتب على منح التعويض للضحية ضرر بالنسبة للغير<sup>(2)</sup>. بالإضافة إلى كل ما سبق، فإن المحكوم عليه بالغرامة المدنية لا يترك لتحكم القاضى، حيث يكون مبلغها محدداً فى حده الأقصى<sup>(3)</sup>.

ورغم تفوق الغرامة المدنية على التعويض العقابى، إلا أن هذا لا يمنع من أن لها مثالب كثيرة يجب أن نأخذها بعين الاعتبار قبل أن نقرر ما إذا كانت تنفع بديلا للتعويض العقابى من عدمه.

### ثالثا - سلبيات الغرامة المدنية:

99. مما لا شك فيه أن الغرامة المدنية التى يطبقها القضاء المدنى أو التجارى لأفعال لا تشكل جرائم جنائية، "ليست فى جوهرها مدنية، بل هى كذلك بإرادة المشرع"<sup>(4)</sup>. فالغرامة المدنية، كالعقوبة الجنائية، عبارة عن مبلغ من النقود يفرض على المحكوم عليه لصالح الخزنة العامة. ومن هنا فإن استحداث غرامة مدنية من قبل المشرع بدلاً من الغرامة الجنائية من شأنه أن يعرض المحكوم عليه لمخاطر عديدة؛ أهمها عدم التحديد الدقيق والقاطع للأفعال المؤثمة، فعلى سبيل المثال، نلاحظ أن مظاهر السلوك المستوجب تطبيق هذه الغرامة التى قد يصل مقدارها إلى 2 مليون يورو والمنصوص عليها فى المادة 442-6 من قانون التجارة الفرنسى، ليست محددة على نحو كاف<sup>(5)</sup>. ومن المسلم به فى فرنسا أن

(1) G. VINEY, *Rapport préc.*, ; P. JOURDAIN, *Rapport préc.*, no 11.

(2) V. S. DE LUCA, *op. cit.*, p. 49.

(3) G. VINEY, *Rapport préc.*,

(4) V. M. BEHAR-TOUCHAIS, *art. préc.*, no 24.

(5) جدير بالذكر أن هذه المادة عدلت بالقانون الصادر فى 4 أغسطس 2008، حيث قرر أن مبلغ الغرامة يمكن أن يصل إلى ثلاثة أضعاف المبلغ الذى دفع دون وجه حق، راجع:

العقوبات الجزائية حتى ولو كانت خارج نطاق القانون الجنائي يجب أن تخضع، طبقاً للمادتين 8 و 9 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في سنة 1789، لمبدأ الشرعية ويكفل للمحكوم عليه كافة الضمانات القانونية المقررة<sup>(1)</sup>. وبخصوص المادة السابقة، فقد قضى المجلس الدستوري الفرنسي<sup>(2)</sup> بدستوريتها على الرغم من كون صور السلوك والأفعال المعاقب عليها غير محددة على نحو واضح وكاف. علاوة على ذلك فإن المحكوم عليه لا يستفيد من ضمانات التفسير الضيق لنصوص التجريم<sup>(3)</sup>، ناهيك عن خطر انعدام أعمال قرينة البراءة بالنسبة للمحكوم عليه.

ومن ناحية الضحية كذلك، فإن الخطر يتمثل في حرمانه من المطالبة بتوقيع الغرامة المدنية على المخالف لأن المستفيد منها هو الخزينة العامة، ولذا فلن يكون ثمة دافع له على المطالبة بها ما لم يكن ذلك في إطار المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه<sup>(4)</sup>. لهذا يقترح بعض الفقهاء أن يمنح المضرور حق الشكوى، كما هو الحال في الشكوى التي يتقدم بها المضرور أمام اللجنة الأوروبية وأمام مجلس المنافسة. ومع ذلك فهو يعود ويعترف بصعوبة ذلك في المجال المدني لافتقار الضحية إلى المصلحة، لأنه ليس له حق في أن يعاقب

C. SINLEZ, *th. préc.*, no 194, p.130.

(1) V. Cass. Com. 21 janv. 2014, FS-P+B+R, n° 12-29.166, *Dalloz actualité*, 3 fév. 2014, obs. E. Chevrier.

وكانت وقائع هذه الدعوى تتعلق باندماج مؤسسة تجارية في مؤسسة أخرى، وكان القضاء قد حكم على المؤسسة المندمجة بالغرامة المدنية، ورفضت الأخرى دفعها على سند من أن العقوبة شخصية، وهو ما رفضته محكمة النقض مؤكدة عدم تطبيق ذلك المبدأ في المجال الاقتصادي.

(2) Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC, *Dalloz actualité*, 19 janv. 2011, obs. E. Chevrier ; *D.* 2011. 415, note Y. Picod ; *AJ pénal* 2011. 191, obs. J.-B. Perrier ; *RTD civ.* 2011. 121, obs. B. Fages ; *RTD com.* 2011. 655, obs. B. Bouloc ; *Constitutions* 2011. 85, note E. Daoud et J. Cheval ; *RJDA* 2011, n° 656 ; *RLC* avr. Juin 2011. 41, note M. Béhar-Touchais.

(3) V. A. COURT DE FONTMICHEL, *art. préc.*, p. 746.

(4) C. SINLEZ, *th. préc.*, no 195, p.131.

المذنب بالغرامة المدنية<sup>(1)</sup>.

### رأينا الخاص:

100. نحن نتفق مع الفقه الفرنسي<sup>(2)</sup> فيما ذهب إليه من أن الغرامة المدنية تشكل بديلاً لفكرة التعويض العقابي، سيما إذا كان مبلغها زاجراً للمخالف ورادعاً لغيره من أن يحدو حذوه في المستقبل، ولكننا لا نرى فيها البديل المثالي للتعويض العقابي، وذلك للأسباب التالية:

1. إن الغرامة المدنية تحتاج إلى نص قانوني في كل حالة على حدة يحدد الفعل المؤثم ومقدار الغرامة المقررة له، وهذا من شأنه من ناحية أن يجعل النص قاصراً عن استيعاب ما يستجد من صور للأخطاء المكسبة أو المربحة التي تتفتق عنها قريحة الشركات العاملة في الميدان الاقتصادي. حقا يمكن أن يعدد المشرع النصوص التي تفرض الغرامة كجزء لبعض الأفعال، ولكن لن يكون لذلك من أثر إلا بالنسبة للمستقبل وهو ما يخفف من أثرها المانع<sup>(3)</sup>.

2. إن تحديد مبلغ الغرامة يجعل الجزاء متوقفاً على نحو مسبق بالنسبة للمخالف وبخاصة إذا كان من الشركات العملاقة التي يمكنها أن تبالغ في الأرباح بغرض تغطية تكلفة الجزاء، بحيث لا تمثل فيه الغرامة إلا نقطة في محيط الأرباح التي عادت عليها من جراء فعلها المربح، فالأمر سيتوقف في النهاية على المقدرة المالية للمخالف<sup>(4)</sup>.

3. إن الغرامة المدنية التي يكون مبلغها كبيراً على الرغم من اعتبارها مدنية، فلا يخفى على أحد أنها تعد في جوهرها بمثابة عقوبة *peine*، وبالتالي فهي تحرم المضرور والمسئول من الضمانات الدستورية الأساسية المقررة للمدعى عليه أمام

(1) V. M. BEHAR-TOUCHAIS, *art. préc.*, no 33.

(2) V. P. JOURDAIN, *Rapport préc.*, no 11 ; DELAPORTE, *art. préc.*, P. 44.

(3) V. A. COURT DE FONTMICHEL, *art. préc.*, p. 746.

(4) V. D. FASQUELLE, « Exposé introductif sur la concurrence déloyale : Amendes civiles ou dommages punitifs », p. 16. disponible sur le site <http://www.creda.ccp.fr>; S. DE LUCA, *op. cit.*, p. 48.

القضاء الجنائي.

ولهذا إذا كان لنا أن نختار بين الغرامة المدنية والتعويض العقابي، فإننا سنختار . بلا تردد . هذا الأخير، لأن مبلغه سيؤول على الأقل في جزء منه للمضرور، ومن ثم يشكل حافزاً له على المطالبة باقتضائه أمام القضاء، على خلاف الغرامة المدنية التي تدخل خزينة الدولة. ولكننا نستلزم أن ينظم التعويض العقابي على نحو دقيق يحدد شروطه ونطاقه، بحيث نتجنب الانحرافات التي كشفنا عنها في القانون الأمريكي، ولاسيما المبالغة المفرطة في مقداره.

## المطلب الثاني

### التعويض الاستردادي، كوسيلة لاستيعاب الخطأ المكسب

تمهيد وتقسيم:

101. رأينا أن التطبيق الدقيق لمبدأ التعويض الكامل للضرر أظهر قصوره الواضح في استيعاب نتائج الخطأ المكسب؛ ذلك أنه يسمح للمسئول المنسوب إليه الخطأ بالاحتفاظ بهامش من الربح حتى بعد توقيع الجزاء عليه. من هنا يبدو من الضروري البحث عن جزاء تكميلي ينصب مباشرة على النتيجة الضارة للخطأ المكسب والمتمثلة في الربح أو التوفير في النفقات أو الإثراء بوجه عام. هذا الجزاء يتمثل حسب الفقه الفرنسي<sup>(1)</sup> في تكريس مبدأ التعويض الاستردادي، أو الرد الكامل للأرباح غير المشروعة *Le principe de restitution integrale des profits illicites*. فهل يعتبر هذا الجزاء ملائماً وفعالاً لاستيعاب نتائج الخطأ المربح؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي منا أن نحدد نظامه القانوني في فرع أول، لنرى بعد ذلك في فرع ثان مدى فاعليته وملاءمته.

(1) R. MESA, "Le droit de la concurrence déloyale et du parasitisme économique confronté à la problématique de la faute lucrative", *Concurrence* no 2- 2013, *doctr.* pp. 49-55, spéc. pp. 53 et s.

## الفرع الأول

### نظام التعويض الاستردادي

102. اقترح الأستاذان L.Beteille et R. Yung فى تقريرهما المودع فى 9 فبراير سنة 2011 ، وكذلك بعض المشروعات التمهيديّة لتعديل قانون المسؤولية المدنيّة<sup>(1)</sup>، إلزام فاعل الخطأ المربح بالرد الكامل للأرباح التي جناها على نحو غير مشروع من جراء فعله الضار. ويعمل هذا المبدأ من خلال إطار مماثل تماماً لمبدأ الجبر الكامل للأضرار فى نطاق المسؤولية المدنيّة، فإذا كان هذا المبدأ يعيد المضرور إلى الوضع السابق على حصول الضرر، فإن مبدأ الرد الكامل للمنافع يعيد المسئول إلى الوضع الذى كان عليه قبل ارتكاب الخطأ. وهكذا نلاحظ أن مبدأ الرد الكامل أو ما يطلق عليه الفقه التعويض الاستردادي له مدى واسع ومماثل لمبدأ التعويض الكامل للضرر، ويمكن أن يستوعب كافة الأخطاء المربحة المحددة والمعروفة الآن، أو تلك التي سيفرزها الواقع العملى فى المستقبل<sup>(2)</sup>.

ويقترح الفقه<sup>(3)</sup> أن يتم إعمال مبدأ الرد الكامل على نحو بسيط وميسر، بحيث يكفى لإعماله ثبوت ارتكاب المسئول لخطأ تولد عنه ربح أو إثراء على نحو غير مشروع، بقطع النظر عن طبيعة هذا الربح، ودون أدنى اعتبار لطبيعة الخطأ، فقد يكون عمدياً أو خطأ بالإهمال وعدم التبصر<sup>(4)</sup>؛ فههدف الجزاء موجه نحو المنافع أو المزايا أو الأرباح التي حققها المسئول من وراء سلوكه، والتي يتوجب عليه ردها للضحية كاملة. دون زيادة أو نقصان. والسؤال الأساسى والجوهري الآن

(1) L'article 54 du projet Terré dispose : "Lorsque l'auteur du dommage aura commis intentionnellement une faute lucrative, le juge aura faculté d'accorder, par une décision spécialement motivée, le montant du profit retiré par le défendeur plutôt que la réparation du préjudice subi par le demandeur...".

(2) V. en même sens, S. DE LUCA, *op. cit.* p. 44.

(3) V. R. MESA, « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », *D.*, 2012, *doctr.* pp. 2754-2759.

(4) V. en même sens, S. DE LUCA, *op. cit.* p. 44.



هو : كيف يمكن تقدير هذه المنافع أو الأرباح حتى نلزم المسئول بردها كاملة ؟

### أولا - كيفية تقدير مبلغ التعويض:

103. يرى بعض الفقه الفرنسي، أن تقدير التعويض الاستردادي إما أن يتولاه المشرع بنفسه، وإما أن يقوم به القاضى.

وفيما يتعلق بالتقدير التشريعي<sup>(1)</sup> للتعويض الاستردادي ، فيلزم فيه من ناحية ألا يزيد ما يلتزم برده المسئول عما تحصل عليه من أرباح، كما يلزم ألا يقل المبلغ عما جناه. بعبارة أخرى، يلتزم المسئول برد كافة الأرباح التى حققها من جراء خطئه المربح دون نقص أو زيادة.

أما التقدير القضائي لمبلغ التعويض الاستردادي، فيخضع لنفس المبادئ التى تحكم تقدير التعويض الإصلاحي<sup>(2)</sup>، أى أن يخضع تقدير التعويض لسلطة قاضى الموضوع، دون رقابة عليه من محكمة النقض، إلا فيما يتعلق بالعناصر التى أخذها القاضى فى الحسبان عند تقدير التعويض.

كذلك . وكما هى الحال فى التعويض الإصلاحي . لا يعتد القاضى عند تقدير مبلغ التعويض الاستردادي بمدى جسامه خطأ المسئول. لأن الغاية الأساسية لهذا التعويض تتمثل فى غاية واحدة وهى إعادة المخطئ إلى الحالة التى كان عليها قبل وقوع الخطأ. أما الاعتداد بجسامه الخطأ، فمن شأنه أن يحول هذا التعويض إلى عقوبة خاصة.

وأخيراً، يتعين على القاضى أن يراعى التكافؤ بين النتائج المفيدة للخطأ المربح والتعويض الملزم برده المسئول. بعبارة أخرى يجب أن يراعى القاضى التوازن بين التعويض الجابر للضرر والتعويض الردى. وهذا ما يفرض أيضاً على القاضى ألا يحكم بتعويض جزافى ؛ لأنه إما أن يكون أقل من الأرباح التى عادت على المسئول أو يزيد عليها، وهذا ما يتعارض مع مبدأ الرد الكامل كما يقترحه الفقه الفرنسي.

(1) V. R. MESA, « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », art. préc., p.2755.

(2) V. R. MESA, « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », art. préc., p.2756.

### ثانياً: تحديد شخص المسئول والمستفيد من مبلغ التعويض:

104. لكي يحقق الجزاء وظيفته في المنع والردع، ينبغي أن يفرض على المسئول نفسه، وعلى نحو يجرده من كل إمكانية للإثراء دون وجه حق على حساب المضرور. لذا تقترح مشروعات القوانين المقدمة في هذا الشأن مشروع الأستاذ تيريه<sup>(1)</sup>. ضرورة ألا يكون التعويض الاستردادي محلاً للتأمين عليه، وإلا ترتب على ذلك أن يفقد الجزاء صفته الردعية، فضلاً عن إشاعة الشعور بعدم المسئولية لدى المسئول.

وغنى عن البيان - وكما رأينا سلفاً - ان الخطأ المربح هو خطأ إرادي متعمد ومتفكر، ومن ثم فهو يدخل في نطاق الاستبعاد القانوني من مجال التأمين عليه طبقاً لنص المادة L113-1 من تقنين التأمين الفرنسي.

ويرى بعض الفقه هنا، أن التحليل الاقتصادي، يختلف عن التحليل القانوني، حيث يرى إمكانية التأمين ضد المسئولية عن رد الأرباح غير المشروعة، مع كفاية تحقيق الردع. كما قلنا سلفاً - من خلال زيادة أقساط التأمين، ومن ثم فإن المسئول حتى ولو كان مؤمناً ضد مسئوليته فإنه سيتحمل في النهاية في ذمته المالية بعبء الرد في صورة الأقساط الملزم بدفعها لشركة التأمين<sup>(2)</sup>.

أما المستفيد من مبلغ التعويض الاستردادي، فهو بدون أدنى شك الضحية المضرور من جراء الخطأ المربح، وهذا أيضاً هو ما اقترحه مشروع الأستاذ تيريه حول تعديل قانون المسئولية المدنية. بيد أن التساؤل الذي يثور هنا، هو على أي أساس يستحق المضرور هذا التعويض، لأن مبدأ الجبر الكامل للضرر أدى وظيفته في إعادته إلى الوضع الذي كان عليه قبل وقوع الضرر، وأي زيادة تمثل إثراء على حساب المسئول دون سبب.

(1) L'article 54 du projet Terré dispose : «..... La part excédant la somme qu'aurait reçue le demandeur au titre des dommages-intérêts compensatoires ne peut être couverte par une assurance de responsabilité ».

(2) M. NUSSENBAUM, "L'appréciation du préjudice", art. préc. p. 81.

ولذا فقد اقترح بعض الفقه الفرنسي<sup>(1)</sup> ضرورة ألا يخصص هذا التعويض للمضرور، ويرى أن الحل الأمثل يتمثل في رصد مبلغ التعويض لصالح أحد صناديق الضمان التي يتولى المشرع إنشائها لهذا الغرض، فيما اقترح البعض الآخر<sup>(2)</sup> أن يخصص جزء من التعويض للخزانة العامة.

ونحن نعتقد أنه يلزم تخصيص مبلغ التعويض الاستردادي للضحية، لكي نشجعه على كشف هذه الأخطاء لأنه ستكون له مصلحة مشروعة وأكددة في ذلك. أما فيما يتعلق بإثراء المضرور دون سبب، فهو امر غير دقيق، حيث إن السبب القانوني للإثراء موجود ويتمثل في الفعل الضار الانتهازي من جانب المسئول، ولكن يتعين مع ذلك، ألا يكون الإثراء مبالغاً فيه على نحو غير معقول.

فإذا كان الإثراء مبالغاً فيه بدرجة فاحشة، فإننا ننضم إلى رأى الفقه في ضرورة أن يخصص جزء منه فقط لصالح أحد صناديق الضمان التي تتولى تعويض الضرر الناتج عن الخطأ الذى أصاب المضرور. أما تخصيص جزء من التعويض لصالح الخزانة العامة فمن شأنه أن يثير الخط بينه وبين الغرامة الجنائية.

## الفرع الثانى

### تقييم نظام التعويض الاستردادى

105. لاجدال فى أن تكريس مبدأ الرد الكامل للأرباح التى حققها المسئول عن الخطأ المكسب فى اطار قواعد المسؤولية المدنية هو أمر له أهميته، من حيث إنه يعمل بنفس آلية مبدأ الجبر الكامل للضرر، كما أنه يطبق جنباً إلى جنب معه، ولا يؤدي تطبيقه، على خلاف جزاء التعويض العقابى، إلى تشويه وجه المسؤولية المدنية، فضلاً عن أنه يمكن أن يجتمع مع بعض الجزاءات الأخرى المدنية أو

(1) R. MESA, "Le droit de la concurrence déloyale et du parasitisme économique confronté à la problématique de la faute lucrative", *art. préc.*, p. 54 ; V. R. MESA, « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », *art. préc.*, p.2757.

(2) V. G. DE MONCUIT, *La faute lucrative, Mémoire préc.*, p. 62.

الجنائية<sup>(1)</sup>.

ومع ذلك، فإننا نعتقد مع بعض الفقه، أن هذا الجزاء يفتقد إلى الفاعلية والملاءمة لمجابهة الخطأ المربح هذا من جهة، فضلا عن صعوبة تطبيقه في الواقع العملي من جهة أخرى.

فعدم فاعلية هذا الجزاء تتأتى من عجزه عن تحقيق وظيفة الردع الكافي للمسئول عن الخطأ المكسب<sup>(2)</sup>. فإذا كان صحيحاً، أن رد الأرباح التي جناها الفاعل دون وجه حق له طابع . كأى جزاء قانونى . عقابى إلى حد ما، إلا أنه يبدو غير كاف لزرع المخطئ وتحويله مستقبلا عن العودة لسلوك سبيل المخالفة مرة أخرى؛ ذلك لأنه سيكون أمام أمرين، فهو إما أن يرتكب المخالفة ويفلت بأثارها القانونية، وإما أن يلحقه الجزاء فيلزم فقط برد الأرباح أو المنافع التي حققها من جراء خطئه، وفي كلتا الحالتين فهو لم ولن يخسر شيئا، أو كما يقول البعض، "فالمسئول عن الضرر يكون في وضع الربح دائما"<sup>(3)</sup>.

أما عن صعوبة تطبيقه في الواقع العملي فتجئ من أن محور هذا الجزاء ينصب على استرداد الأرباح أو المنافع التي تحصل عليها فاعل الضرر دون وجه حق. وهذا يوجب على القاضى، بداهة، أن يبدأ بالبحث عن هذه المنافع أو الأرباح، ثم يحددها تحديداً كافياً لكي يلزم المسئول بردها إلى المضرور. والحال كذلك، وبخصوص الخطأ المكسب الذي يزدهر بوضوح في ميدان النشاط الاقتصادي فإن هذه المهمة تبدو بحق معقدة، وصعبة<sup>(4)</sup>. ففيما يتعلق بمجال المنافسة غير المشروعة، وهو من أهم مجالات الخطأ المربح، كما سبق أن رأينا، فإن الضرر الذي يصيب المضرور يكون من طبيعة اقتصادية محضة *de nature pur*

(1) V. R. MESA, « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », *art. préc.*, pp.2758 et s.

(2) V. en même sens, S. DE LUCA, *op. cit.*, p. 45.

(3) V. en même sens, G. MONCUIT, *op. cit.*, p. 98.

(4) V. en même sens, M. NUSSENBAUM, "L'appréciation du préjudice", *art. préc.*, p. 83.; G. MONCUIT, *op. cit.*, pp. 100 et s.

*economique*، حيث يتمثل في فقدان المنافس لحصة في السوق، أو هامش من أرقام المبيعات، أو فقدان العملاء، أو تناقص قيمة العلامة التجارية الخاصة به في نظر العملاء، كل هذه العناصر تبدو صعبة التقييم من الناحية المالية. ومع ذلك، فإن الأمر ليس مستحيلاً مطلقاً<sup>1</sup>، ذلك أن القاضى يمكنه في هذه الحالة أن يستعين بالخبراء في هذا المجال لكي يتمكن من تقدير الضرر، ومن ثم الأرباح المقابلة له.

وعلى فرض أننا تمكنا من تجاوز تلك الصعوبة، فلا ننكر أن مرتكب الخطأ المربح وهو خطأ يتسم بسوء النية الواضح وبالانتهازية المؤكدة، فإن فاعله قد يبالغ في ستر أو إخفاء الأرباح، وهنا تأتي صعوبة أخرى في سبيل القاضى لاكتشاف هذه الأرباح والتحقق من أنها لم تتأت من نشاط المسئول.

أخيراً، وكما هي الحال في تعويض الضرر غير المالى، فإن القاضى - نظراً لصعوبة تقدير الضرر - قد يفرض مبلغاً تحكيمياً لجبر ضرر المضرور، وهو ما يفرض بالضرورة إلى عدم الأمان القانونى.

وإزاء تلك المآخذ التى يأخذها الفقه على فكرة التعويض الاستردادى، يبدو لنا أن هذا الجزاء لم يفلح فى أن يقدم علاجاً بديلاً عن التعويض العقابى. فهذا الأخير بالرغم من الاعتراضات التى تقف فى سبيل إقراره، إلا أن له أهميته كجزاء رادع وفعال لمواجهة مشكلة الأخطاء المربحة فى القانون الخاص؛ فهو يرد من جهة المنافع التى عادت على المسئول عن الضرر، ومن جهة أخرى قد يزيد عليها ليحقق وظيفة الردع للمخطئ ولغيره من أن يحذو حذوه<sup>(2)</sup>.

إلى جانب الجزاءات السابقة، يمكن اللجوء إلى وسيلة الدعوى الجماعية، بغرض إتاحة الفرصة أمام أكبر عدد ممكن من المضرورين بأضرار تافهة فى

(1) V. en ce sens, P. LE MORE, " 3 Questions récents développements de la réparation au titre d'un préjudice commercial", *JCP éd. E.* No 16 – 18 avril 2013 PP. 5 et s.

(2) DE MONCUIT (Godefroy), «La faute lucrative en droit de la concurrence : un parasite économique », *art. préc.*, p. 26; G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civil », *art. préc.* , p.2951.

مجالات عديدة للمطالبة بالتعويض وذلك على نحو يؤدي فيه زيادة أعداد المطالبين بالتعويض إلى امتصاص جزء كبير من الأرباح التي حققها المسئول عن الخطأ بغير حق. فهل تحقق فعلاً تلك الدعوى الوظيفية العقابية للمسئولية المدنية على نحو فعال؟ وهل يمكن إدخالها في القانون المصري، كما فعل المشرع الفرنسي؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه فيما يلي:

### المطلب الثالث

#### الدعوى الجماعية، كوسيلة بديلة لاستيعاب الخطأ المكتسب

#### Class action ou Action de groupe

106. الدعوى الجماعية، بوجه عام، هي عبارة عن وسيلة تسمح لشخص طبيعي أو اعتباري أن يرفع الدعوى أمام القضاء نيابة عن جماعة من الأشخاص للمطالبة بتعويضهم عما لحق بهم من ضرر فردي مشترك ناجم عن مصدر واحد<sup>(1)</sup>.

وقد نشأت هذه الدعوى في الولايات المتحدة الأمريكية في القرن التاسع عشر تحت تسمية *class action*<sup>(2)</sup> ولكنها انتشرت في العديد من الدول ذات التقاليد القانونية المختلفة؛ فقد ظهرت في كندا والبرازيل<sup>(3)</sup>، وفي إنجلترا، وألمانيا

(1) S. GUINCHARD, «L'action de groupe en procédure civile française», *RID comp.* Vol 42, No 2 Avril-juin 1990, PP. 599-635, spéc. P. 600.

(2) J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 5e éd. Dalloz, 2000, no 561, P. 583.

وقد اختلف الفقه في تاريخ تفتينها، حيث يشير البعض إلى أنها مقتنة منذ عام 1912، راجع: V. F. BRUNET, A. DUPUIS et É. PAROCHE, "L'action de groupe: l'indemnisation des consommateurs favorisée au détriment de la détection des cartels?", *D.*, 2014, *chron.* p.1600.

فيما يشير البعض الآخر إلى أنها مقتنة منذ 1966.

(3) Pour plus d'informations, v. M.-L. CARTIER-MARRAUD, « Class action : L'exemple du Brésil », *Les petites affiches*, 25 mars 2014, No 60, pp. 9-12.

والسويد وإسبانيا، والبرتغال، وغيرها من الدول. وعلى الرغم من وحدة المبادئ التي تنهض عليها الدعوى الجماعية إلا أن كل دولة قد ادخلتها في تشريعاتها وفقاً لنموذج خاص ينسجم مع أحكام نظامها القانوني، وتحت تسمية خاصة تُعرف بها؛ ففي مقاطعة الكيبك يطلق عليها "الطلب الجماعي" *Recours collectif*، وتسمى بـ "دعوى المجموعة" *Action de groupe* في إنجلترا، و "الدعوى الشعبية" *Action populaire* في البرتغال<sup>(1)</sup>.

ونرى من المناسب، قبل أن نبث كيفية استيعاب الدعوى الجماعية لنتائج الخطأ المكسب (الفرع الثالث)، أن نعرض في البداية لوصف عام لهذه الدعوى في القانون المقارن (الفرع الأول)، ثم نرى بعد ذلك العقبات التي تعترض استقبالها في القانون الفرنسي والمصري، وكيفية التغلب عليها، مع تفصيل النموذج الفرنسي الذي استحدثه المشرع (الفرع الثاني)، وذلك على التفصيل التالي:

### الفرع الأول

#### الدعوى الجماعية في القانون المقارن

##### الفصل الأول

#### الدعوى الجماعية في الولايات المتحدة الأمريكية

107. لا شك أن الدعوى الجماعية تعد وسيلة أو آلية إجرائية بسيطة تمكن المضرور أياً كانت قدرته المالية من ممارسة حقه الطبيعي في الالتجاء إلى القضاء؛ فهي تتيح لمجموعة من الأشخاص أن يتجمعوا في إطار دعوى واحدة يرفعها باسمهم شخص طبيعي أو اعتباري للمطالبة بتعويض ما نزل بهم من ضرر مشترك، وهو ما يؤدي إلى توفير في الوقت والجهد والنفقات، فضلاً عن تخفيف عبء القضايا على

(1) G. CERUTTI, et M. GUILLAUME, *Rapport sur l'action de groupe*, rapport remis le 16 décembre 2005, au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, et au ministre de la justice, Garde des sceaux, 71 pages, notamment p. 6. disponible sur le site: [www.presse.justice.gouv.fr/.../1\\_rappactiondegroupe](http://www.presse.justice.gouv.fr/.../1_rappactiondegroupe).

المحاكم. لذلك فقد شهدت هذه الدعوى تطبيقاً واسعاً في مجالات عديدة كثيرة<sup>(1)</sup>، كالاستهلاك، والبيئة، والبورصة، والمنافسة غير المشروعة، والصحة، والعمل، والاعتداء على الحقوق الأساسية، وغيرها من المجالات الأخرى.

وتبدأ الدعوى الجماعية سواء بقيام أحد المضرورين أو مجموعة من المضرورين من ضرر متماثل ومشارك من نفس الفعل الضار باللجوء بتوكيل أحد مكاتب المحاماة، لديه المقدرة المالية على تحمل تكاليف رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتعويض لصالحهم جميعاً، أو بقيام هذا المكتب بنفسه عندما يعلم بوقوع فعل ضار بقطاع عريض من الجمهور<sup>(2)</sup> *Dommages de masse* بأخذ المبادرة برفع الدعوى أمام القضاء. وقد تقوم بذلك إحدى الجمعيات المعتمدة قانوناً لحماية مصالح المستهلكين، دون حاجة لأن يكون لديها توكيل خاص بذلك، ودون أن تحدد هوية المضرورين أو عددهم.

وفي كلتا الحالتين، تتولى المحكمة المختصة في مرحلة أولى التحقق من توفر شروط قبول الدعوى والمقررة بالقاعدة 23 من قانون الاجراءات المدنية الفيدرالية<sup>(3)</sup>، ويكون للقاضي في هذه المرحلة سلطة تقديرية واسعة في قبول

(1) V. O. AKYUREK et C. de PERTHUIS, "L'action collective à la française: étude de droit compare entre le droit français et le droit américain", *Les petites affiches*, 25 mars 2014, No 60, pp. 21-23.

(2) ويقصد بهذا الضرر الاعتداء الذي يقع على الأشخاص أو الأموال، أو البيئة، ويصيب عدداً كبيراً من الضحايا بمناسبة فعل ضار واحد، أو مجموعة أفعال ضارة يكون لها مصدر مشترك، لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع، راجع:

Anne GUEGAN-LECUYER, «Incertitude et causalité dans la perspective des dommages de masse», p. 1 et disponible sur [www.courcassation.fr](http://www.courcassation.fr); le même auteur, *Dommages de masse et responsabilité civile*, Bibl. dr. privé, préface de P. JOURDAIN, Paris, 2006

(3) وتستلزم تلك القاعدة لقبول الدعوى الجماعية، أن يكون عدد المضرورين كبيرة للغاية بحيث يبدو مستحيلاً من ناحية التنظيم القضائي أن نتيح لكل مضرور الحق في رفع الدعوى بصفة فردية، وأن يجمع المضرورين مسألة قانونية أو واقعية مشتركة، وأن تكون طلبات المضرورين ووسائل دفاعهم متماثلة، وأن يكون الممثل قادراً على حماية المصالح المشتركة للمضرورين. راجع:



الدعوى أو رفضها. فإذا ما انتهى إلى قبول الدعوى والحكم بمسئولية محدث الضرر، تأتي المرحلة الثانية وتتمثل في قيام ممثل المجموعة . شخصاً كان أو جمعية . باتخاذ اجراءات إعلان الحكم للمضرورين المعنيين أو المحتملين بالطريقة المناسبة التي يحددها الحكم القضائي، وهنا تبدأ عملية تكوين المجموعة أو Groupe من كل شخص يعبر صراحة عن إرادته في الانضمام إلى المجموعة أو يسكت عن ذلك، فالسكوت يعنى القبول، طالما أنه لم يعبر عن إرادته صراحة في رفض تمثيله في الدعوى والاشتراك في المجموعة، وذلك وفقاً لآلية تعرف ب(1) opt.out، أو الرضاء الضمني أو المفترض. ويجب على المضرور الذي لا يرغب في الانضمام إلى المجموعة أن يعلن اختياره بذلك حتى لا يكون الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه، ويمكنه بالتالي أن يمارس حقه في مباشرة الدعوى الفردية وفقاً للإجراءات المعتادة للمطالبة بتعويض ما نزل به من ضرر(2)،(3).

وتوجه إلى الدعوى الجماعية الأمريكية انتقادات عديدة من قبل الفقه، أهمها أنها تمثل وسيلة لتربح المحامين، حيث لا تتناسب أتعابهم في أغلب الاحوال مع ما يحصل عليه المضرورين أنفسهم من تعويض، وأن الحكم الذي يصدر في الدعوى يحوز حجية الشيء المحكوم فيه بحيث إذا فشلت الدعوى فلا يجوز لأي عضو من أعضاء المجموعة أن يرفع دعوى فردية للمطالبة بالتعويض بعد ذلك،

DOSSIER :L'introduction en droit francais des class actions, *In actualités de droit de la consommation* 2005/5 Sous la Direction de Daniel Mainguy, Professeur à la faculté de droit de Montpellier, Centre du droit de la consommation et du marché (CDCM) Disponible sur : [www.assoune.eu/documents/class-action.pdf](http://www.assoune.eu/documents/class-action.pdf). 37 pages, spec., p. 3-5.

تمت الزيارة 2015/6/25

- (1) M. BACACHE, "Action de groupe et responsabilité civile", *RTD civ.* avril-juin -2- 2014, p.450.
- (2) J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *op. cit.*, no 561, P. 583.
- (3) B. EDERY, *L'Action de Groupe est-elle une Procédure Adaptée à la Responsabilité du fait des Produits Médicaux aux Etats-Unis?*, Institut de droit comparé, Faculté en droit Université de McGill, Montréal, Août 2004. PP. 5 et s.

هذا فضلاً عن أن التعويض المحكوم بها يكون عادة مبالغ فيه على نحو ملحوظ وهو ما يهدد الشركات والمؤسسات التجارية والصناعية ويعرضها للابتزاز من قبل أشخاص تتعسف في استعمال حق التقاضي<sup>(1)</sup>.

وعلى الرغم من صحة بعض هذه الاعتراضات إلا أنه يمكن الرد عليها بالقول إنها لا تخص الدعوى الجماعية في ذاتها بل بالنظام الأمريكي نفسه<sup>(2)</sup> حيث لا يحظر على المحامي الاتفاق مع موكله على أن يكون مقابل أتعابه عبارة عن نسبة مئوية معينة من مبلغ التعويض المحتمل الحصول عليه، وأنه يقر بفكرة التعويض العقابي مما يؤدي إلى المبالغة في مبالغ التعويض التي يحكم بها للمضروبين<sup>(3)</sup>.

وعلى الرغم مما وجه إلى الدعوى الأمريكية من انتقادات، إلا أن أحداً لم يشكك في حقيقة ترسخها في الثقافة القانونية الأمريكية، وفي تأثيرها في بعض تشريعات الدول الأوروبية<sup>(4)</sup>، حيث تبنت هولندا والبرتغال نفس النموذج الأمريكي الذي يعتمد على آلية الرضاء المفترض أو ما يطلق عليها opt-out. أما الدول الأخرى، فقد تبنت نظام الرضاء الصريح opt-in بالانضمام إلى المجموعة حتى

(1) V. O. AKYUREK et C. de PERTHUIS, *art. préc.*, p.23; V. N. MOLFESSIS, "L'exorbitance de l'action de groupe a la française", *D.* 2014, *chron.* p. 947; O. AKYUREK, "La class action enfin adoptée!", *Les petites affiches*, 25 mars 2014, No 60, p.3.

(2) L. BETEILLE et R.YUNG, *L'action de groupe a la française : parachever la protection des consommateurs*, Rapport d'information no 499, déposé le 26 mai 2010 au Senat, disponible sur le site suivant : [http://www.senat.fr/lc/lc206/lc206\\_mono.html](http://www.senat.fr/lc/lc206/lc206_mono.html)

(3) Y. UTZSCHNEIDER et C. MUSSI, « L'action de groupe en droit de la concurrence, Une intention louable a la mise en œuvre complexe », *AJCA*, Aout- septembre 2014, P.222.

وهذا ما جعل أصحاب الحقوق من ضحايا حادث الطيران T.W.A في 8 أكتوبر سنة 1999 يعبرون عن أنهم أحرزوا نصراً مؤزراً لمجرد قبول إحدى المحاكم الأمريكية النظر في ملف الدعوى بهم، راجع : صوفيا شيللر، المقالة السابقة، ص 298.

(4) لمزيد من التفاصيل، راجع الدراسة المنشورة على الموقع الرسمي لمجلس الشيوخ الفرنسي على شبكة الانترنت، بعنوان:

يكون في مكنة المضرور الاستفادة من الحكم الصادر بالزام المهني بالتعويض<sup>(1)</sup>، وذلك على التفصيل التالي:

## الفصل الثاني

### الدعوى الجماعية في الدول الأوروبية

108. تبنت العديد من الدول الأوروبية صيغة أو أخرى للدعوى الجماعية، بعضها استلهم في تكوين المجموعة آلية الرضاء المفترض، وبعضها الآخر أخذ بآلية الرضاء الصريح. ولما كان المقام لا يتسع لعرض تفاصيل تلك الدعوى في كل الدول الأوروبية<sup>(2)</sup>، فإننا سنعرض الخطوط العريضة لهذه الدعوى في بعض البلدان، على النحو التالي<sup>(3)</sup>:

ادخلت الدعوى الجماعية في إسبانيا، بموجب القانون الصادر سنة 2000، والمعدل في سنة 2007. وقد قصر هذا القانون نطاق الدعوى على قانون الاستهلاك فحسب، ومنح الحق في مباشرة الدعوى سواء لجمعية معنية بالدفاع عن مصالح المستهلكين أو لأحد الأشخاص الطبيعية يكون له مصلحة في رفع الدعوى وتمثيل مجموعة من المضرورين. ويكون للمضرورين من المستهلكين أن ينضموا إلى المجموعة من خلال آلية الرضاء الصريح *opt-in*. ولا يسمح القانون الإسباني بتمويل هذه الدعوى من قبل الغير، ولكن الواقع العملي على خلاف ذلك<sup>(4)</sup>.

(1) O. AKYUREK, "La class action enfin adoptée!", *Les petites affiches*, 25 mars 2014, No 60, p.3.

(2) L. BETEILLE et R. YUNG, *Rapport d'information* no 499.

(3) لمزيد من التفاصيل حول وضع الدعوى الجماعية في العديد من الدول، راجع:

DOSSIER: L'introduction en droit français des class actions, *In actualités de droit de la consommation* 2005/5 Sous la Direction de Daniel Mainguy, Professeur à la faculté de droit de Montpellier, Centre du droit de la consommation et du marché (CDCM) Disponible sur : [www.assoune.eu/documents/class-action.pdf](http://www.assoune.eu/documents/class-action.pdf). pp.3-14.

(4) V. Y. UTZSCHNEIDER et C. MUSSI, *art. préc.*, p. 223.

كما ادخلت البرتغال أيضا الدعوى الجماعية فى نظامها القانونى بمقتضى قانون صادر فى 31 أغسطس سنة 1995 والمكمل بقانون صادر سنة 2005، ولم يقيد هذا القانون نطاق تطبيق الدعوى بمجال معين، كما أتاح إمكانية إقامة الدعوى أمام القضاء للأشخاص الطبيعية أو للأشخاص الاعتبارية الخاصة كالجمعيات والمؤسسات التى لا تستهدف الربح، وكذلك لجهة تعيينها السلطة العامة. وعلى خلاف غالبية الدول الأوروبية فقد تبنت البرتغال آلية الرضاء المفترض opt.- out . ويقرر القانون مرحلة لقبول الدعوى، وكذلك إمكانية الخروج منها والسكوت يعنى قبولاً. والحكم الذى يصدر فى الموضوع يلزم أعضاء المجموعة اللذين يمكنهم بعد ذلك الإفادة من الحكم فى خلال مدة معينة<sup>(1)</sup>.

وفى السويد، تم تقنين الدعوى بموجب قانون دخل حيز التنفيذ فى 1 يناير سنة 2003، وهى دعوى على غرار النموذج الأمريكى. ويمنح القانون الحق فى رفع هذه الدعوى للأشخاص الطبيعية، أو الاشخاص الاعتبارية الخاصة التى لا تسعى إلى تحقيق الربح، والأشخاص الاعتبارية العامة المعينة من قبل الحكومة.

وأخيراً فى الدنمارك، توجد الدعوى الجماعية بموجب قانون صادر سنة 2008. وقد جعل هذا القانون نطاق هذه الدعوى متاحاً لكافة المجالات، وتقام الدعوى من قبل أحد الأشخاص، أو جمعية أو هيئة عامة، ويمكن لكل متضرر أن ينضم إلى الدعوى من خلال آلية الرضاء الصريح، أو من خلال آلية الرضاء الضمنى إذا رأى القاضى ذلك<sup>(2)</sup>.

يبقى من بعد ما تقدم الإشارة إلى أن هذه الدعوى مرشحة للانتشار فى كافة دول الاتحاد الأوروبى، وهو ما يتأكد لنا من مطالعة جملة الاقتراحات التى قدمتها المفوضية الأوروبية بشأن الطلب أو الدعوى الجماعية *Recours collectifs* فى 11 يونيه 2013، حيث كشفت المفوضية عن وجود العديد من الصور التى تتخذها الدعوى، وذكرت الدول الأعضاء بقرار الاتحاد الأوروبى الصادر فى 2

(1) V. Y. UTZSCHNEIDER et C. MUSSI, *art. préc.*, P. 224.

(2) V. Y. UTZSCHNEIDER et C. MUSSI, *art. préc.*, P. 223.

فبراير 2012 بضرورة مراعاة التقاليد القانونية المختلفة لدول الاتحاد<sup>(1)</sup>. وبالتالي فقد شعرت فرنسا بأنها في حاجة ملحة لإدخال صورة للدعوى الجماعية في نظامها القانوني تراعى المبادئ الإجرائية المقررة في نظامها القضائي.

## الفرع الثاني

### الدعوى الجماعية في فرنسا ومصر

#### الفصل الأول

### إدخال الدعوى الجماعية الأمريكية في فرنسا ومصر

#### أولاً - عدم كفاية الوسائل البديلة للدعوى الجماعية:

109. إذا كانت الدعوى الجماعية من خصوصيات النظام القضائي الأمريكي، فإن التساؤل يثور حول ما إذا كان القانون الفرنسي والمصري يتضمن وسيلة أو وسائل يمكن أن تتيح للمضروبين من ضرر مشترك رفع الدعوى بصورة جماعية؟ بعبارة أخرى هل يسمح القانون لجمعيات حماية المستهلك أن تمارس صورة للدعوى القضائية نيابة عن جماعة من المضروبين؟ في حقيقة الأمر يختلف الوضع في القانون الفرنسي عن الوضع في القانون المصري.

ففي القانون المصري، يجوز لجمعيات حماية المستهلك أن ترفع الدعوى القضائية للمطالبة بحق خاص لها كشخص اعتباري له ذمة مالية مستقلة، وذلك تطبيقاً لنص المادة الثالثة من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم 81 لسنة 1996<sup>(2)</sup> والتي تقضى بأنه: "لا تقبل أى دعوى كما لا يقبل أى طلب أو دفع استناداً لأحكام هذا القانون أو أى قانون آخر، لا تكون لصاحبه فيه مصلحة شخصية

(1) Recommandation de la commission relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les Etats membres en cas de violation de droits confères par le droit de l'Union, Bruxelles 2013 pp. 1-13. V. aussi, N. MOLFESSIS, *art. préc.*, p.948.

(2) والذي عدل أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 13 لسنة 1968- الجريدة الرسمية العدد 19 (مكرر) في 22 ما يو سنة 1996.

ومباشرة وقائمة يقرها القانون". ولكن هل يسوغ لهذه الجمعيات أن ترفع الدعاوى للدفاع عن حقوق أحد أعضائها أو للدفاع عن المصالح المشتركة لجماعة المستهلكين؟ في الواقع لا يجوز للجمعية أن ترفع الدعوى للمطالبة بحقوق أحد أعضائها، لأنه لا صفة قانونية لها في ذلك، ولكنها تستطيع أن ترفع الدعوى للدفاع عن المصالح المشتركة لأعضائها<sup>(1)</sup>. وهذا ما تقرره المادة 23 من قانون حماية المستهلك<sup>(2)</sup> بقولها: "مع عدم الإخلال باختصاص الجمعيات التي تنشأ لحماية المستهلك طبقاً لقانون الجمعيات الأهلية يكون لها الاختصاصات التالية: (أ) حق مباشرة الدعاوى التي تتعلق بمصالح المستهلكين أو التدخل فيها.....". وتبعاً لذلك، تستطيع جمعيات حماية المستهلك في حالة وقوع ضرر لعدد من المستهلكين أن ترفع دعوى للمطالبة بحقوقهم، ولكن نتيجة هذه الدعوى ستكون لفائدة الجمعية وليس لمصلحة المستهلكين، وهو أمر لا جدوى مباشرة منه بالنسبة للمستهلك، ولذا قلما يشرع هذا الأخير في سلوك هذا الطريق. فضلاً عن ذلك فإن تلك الدعوى التي ترفعها الجمعية ليست في حقيقتها دعوى جماعية بالمعنى الدقيق.

أما في فرنسا، فقد كان قانون الاستهلاك الفرنسي يتضمن آليتين تسمحان لجمعيات حماية المستهلكين برفع الدعوى القضائية على نحو جماعي. الأولى تعطي الإمكانية للجمعيات برفع دعوى المسؤولية باسم المجموعة نفسها، دفاعاً عن المصالح الجماعية التي تمثلها الجمعية. ولكن كانت الجمعية التي ترفع الدعوى القضائية هي التي تستفيد من الحكم بالتعويض في حالة نجاحها، وليس المضرور.

أما الوسيلة الثانية فهي دعوى التمثيل المشترك أو الزوجي<sup>(3)</sup> L'action en

(1) لمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة بصفة عامة، راجع: د. أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 206 إلى ص 209.

(2) قانون رقم 67 لسنة 2006 بإصدار قانون حماية المستهلك المصري.

(3) J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *op. cit.*, no 560, PP. 581 et s ; A-L.VINCENT et H. de ROUX, « Les actions de groupe, une réforme nécessaire au regard des lacunes des procédures alternatives prévues par le droit français », *Les petites affiches*, 25 mars 2014, No 60. Pp. 14-16, notamment p. 14 et s ; N. MOLFESSIS, *art. préc.*, p.947

representation conjointe والتي استحدثها المشرع بموجب القانون الصادر في 18 يناير 1992، وأدمجت النصوص التي تحكمها في قانون الاستهلاك في المواد من L.422-1 إلى L.422-3. وتمارس هذه الدعوى في حالة ما إذا "تعرض عدة مستهلكين من الأشخاص الطبيعية، معروفى الهوية، لأضرار فردية، ناتجة عن فعل مهني واحد، وتكون ذات مصدر مشترك"، فتقوم جمعية معتمدة بتمثيل المستهلكين المتضررين في المطالبة بتعويض الأضرار التي أصابتهم.

وكان يشترط لقبول هذه الدعوى ضرورة أن تحصل الجمعية المعتمدة على توكيل مكتوب من اثنين على الأقل من المستهلكين. وكان يحق للجمعية . إذا أرادت الحصول على عدد أكبر من الوكالات . أن توجه نداء عاماً للمستهلكين المضرورين عن طريق الصحافة المكتوبة وحسب، ولم يكن يسوغ لها اللجوء إلى وسائل الإذاعة والتلفزيون حماية لصورة مؤسسة المهني من التشويه والدمار في وقت لم تثبت بعد مسئوليتها بحكم قضائي. وكانت التعويضات التي تحصل عليها الجمعية تخصص لصالح المستهلكين الذين قامت بتمثيلهم فقط، وإذا خسرت الدعوى فإن هؤلاء المستهلكين هم الذين يتحملون مصاريفها دون أن يحصلوا على شيء، فضلاً عن فقدهم حق مباشرة الدعوى الفردية بأنفسهم.

بيد أن استلزام القانون لتحديد هوية المستهلكين، وبطء إجراءات الحصول على التوكيلات اللازمة، فضلاً عن كلفتها الكبيرة، جعل ممارسة هذه الدعوى من الناحية العملية أمراً شبه مستحيل في العديد من الحالات. كما أن حظر الإعلان عن الدعوى عبر وسائل الإعلام السمعية والبصرية كان من نتائجه عدم معرفة أغلبية المضرورين بوجود تلك الدعوى ومن ثم عدم انضمامهم إليها<sup>(1)</sup>. كل ذلك ساهم من الناحية العملية في فشل هذه الدعوى.

## كلية الحقوق جامعة القاهرة

وانظر أيضاً: د. محمد بودالي، المرجع السابق، ص 682 وما بعدها. هذا وقد أدمجت النصوص التي تضمنها هذا القانون في قانون الاستهلاك في المواد من ل 1-442 إلى ل 3-442 والتي أكملت بالمواد ر 1-442 إلى ر 10-442.

- (1) V. N MOLFESSIS, "L'exorbitance de l'action de groupe a la française", D. 2014, chron. p. 947 ; A-L.VINCENT et H. de ROUX, art. préc., p. 15.

ونتيجة لفشل دعوى التمثيل في أداء الدور المنوط بها من قبل المشرع، فقد تتابعت التقارير والتوصيات والاقتراحات بمشروعات القوانين بهدف إدخال صورة حقيقية للدعوى الجماعية تتفق مع مبادئ القانون الفرنسي وتتعد عما هي عليه في القانون الأمريكي<sup>(1)</sup>. بيد أنه كان يقف في سبيل ذلك عقبات قانونية كثيرة.

### ثانياً - عدم إمكان نقل الدعوى الجماعية وفقاً للنموذج الأمريكي في النظام القانوني الفرنسي والمصري:

يقف في سبيل إدخال الدعوى الجماعية وفقاً لآلية opt-out في النظام القانوني الفرنسي والمصري العديد من العقبات القانونية، يمكن إجمالها فيما يلي<sup>(2)</sup>:

فمن ناحية أولى، تتعارض الدعوى الجماعية مع المبادئ الأساسية التي تحكم سير الدعوى في القانون الفرنسي والمصري. ومن أول هذه المبادئ مبدأ *nul ne plaide par procureur*، ومفاده أنه يتوجب على من يمثل الغير في إقامة الدعوى أن يحصل على موافقته الصريحة على ذلك، وهو ما يثبت في الواقع العملي من خلال الوكالة التي تحرر لصالح المحامين<sup>(3)</sup>. والحال هذه، فإن الدعوى

1) نذكر منها، اقتراح Stasi في سنة 1985، تقرير لجنة إعادة صياغة قانون الاستهلاك، ولجنة تسوية منازعات الاستهلاك سنة 1990، والتي ترأسهما الأستاذ Calai-auloy، تقرير Chatel عن *recours collectif soigneusement encadre* سنة 2003، وتقرير cerutti et guillaume سنة 2005، وتقرير Coulon سنة 2008، Jung et Beteille سنة 2010، راجع:

N. MOLFESSIS, *art. préc.*, p. 947.

(2) DOSSIER :L'introduction en droit francais des class actions, *In actualités de droit de la consommation 2005/5* Sous la Direction de Daniel Mainguy, Professeur à la faculté de droit de Montpellier, Centre du droit de la consommation et du marché (CDCM) Disponible sur : [www.assoune.eu/documents/class-action.pdf](http://www.assoune.eu/documents/class-action.pdf). pp.21-27.

(3) وقد رفعت دعوى أمام المجلس الدستوري الفرنسي تطالب بعدم دستورية قانون 17 مارس 2014 بشأن الاستهلاك، ولكن المجلس الدستوري قضى بدستورية كامل نصوص هذا القانون، راجع:



الجماعية كما رأينا ترفع من خلال أحد المحامين، أو بعض المضرورين، دون أن يكون لديه لا أسماء الأشخاص الذين ترفع لحسابهم الدعوى، ولا حتى توكيل، وهذا يمثل، بلا شك، انتهاكاً واضحاً للحرية الشخصية للمضرور ومخالفة لحقه الدستوري في تقرير الالتجاء أو عدم الالتجاء إلى القضاء<sup>(1)</sup>.

كما تتعارض، من ناحية ثانية، مع مبدأ المواجهة بين الخصوم، *Le principe du condictoire*؛ والذي مفاده أن الدفاع يجب أن يعرف خصومه، وهو أمر غير متحقق في حالة النموذج الأمريكي للدعوى الجماعية حيث لا يعرف المدعى عليه أشخاص أعضاء المجموعة التي يمثلها المحامي في الدعوى المقامة ضده<sup>(2)</sup>، وتبعاً لذلك فلا يمكنه أن يتمسك بحقه في الدفاع ضد كل واحد من المضرورين، ويفند حججه وعلى الأخص فيما يتعلق بتقدير التعويض عن الضرر الذي لحق به.

وأخيراً، ومن ناحية ثالثة، تصطدم الدعوى الجماعية بمبدأ نسبية أثر الأحكام القضائية. فالحكم الذي يصدر في الدعوى سواء بقبول طلب التعويض أو رفضه يكون حجة على كافة المضرورين الذين انضموا فعلاً إلى المجموعة أو أولئك الذين لم ينضموا إليها، بل وحتى من لم يعلموا بها أصلاً، ومن ثم فلا يكون لاحد من هؤلاء أن يرفع دعوى فردية بعد ذلك للمطالبة بالتعويض.

بيد أن كل هذه الاعتراضات تبدو لنا نسبية ويمكن تجاوزها وذلك بتبني آلية الرضاء الصريح *opt-in* وليس الرضاء الضمني *opt-out* التي تبناها المشرع الأمريكي. فطبقاً لهذه الآلية يمكن لإحدى الجمعيات المعتمدة من قبل الدولة أو بعض المضرورين أن يلجأ عن طريق أحد المحامين برفع دعوى يطالب بالضرر الذي لحق به، فإذا ما تقررت مسؤولية المدعى عليه، يكون للقاضي أن يأمر بإجراءات الاعلان لانضمام كل من أصابه ضرر مماثل ناجم عن نفس المصدر الذي أصاب المضرور الذي مثلته الجمعية، ولا يكون لمن لم ينضم أن يستفيد من التعويض، وفي المقابل يكون له الحق في رفع دعوى شخصية بعيداً عن

Cons.. const., 13 mars 2014, no 2014-690 DC, *AJDA* 2014, p.589.

(1) V. M. BACACHE, *art. préc.*, p.450 ; E. CLAUDEL, *art. préc.*, p.342.

(2) V. M. BACACHE, *art. préc.*, p.451.

المجموعة<sup>(1)</sup>. وبذلك نتجاوز العقبة المتمثلة في أنه لا يجوز لشخص أن يقيم الدعوى دون علم من قبل صاحب المصلحة، وأيضا مبدأ نسبية أثر الحكم القضائي. أما فيما يتعلق بمبدأ المواجهة، فهو متحقق فيما يتعلق بحق المهني حتى صدور الحكم بإلزامه بالتعويض ومعرفته بكل أعضاء المجموعة أن ينازع أحد المضرورين لوجود سبب معين يمكنه أن يدفع به في مواجهته، وهنا يكون على القاضي أن يفصل في هذه المنازعة.

ولقد استطاع المشرع الفرنسي أن يتبنى صورة للدعوى الجماعية تتفق والمبادئ التي تحكم الدعوى القضائية وذلك بالقانون الصادر في 17 مارس 2014<sup>(2)</sup>، حيث استحدث دعوى مبتكرة لها خصوصيتها في ذاتها وفي إجراءاتها<sup>(3)</sup> وصفها بعض الفقه الفرنسي بأنها "لا تنتمي إلى أي نموذج قانوني معروف" أو أنها "غير معروفة قانونا" *Un ovni juridique*، بينما وصفها البعض الآخر بأنها "غريبة"<sup>(4)</sup> *Une curiosité*، وقال عنها البعض الثالث أنها دعوى *sur-*<sup>(5)</sup> "mesure". وسنحاول بحث هذه الدعوى التي أرادها المشرع الفرنسي أن تكون

(1) J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *op. cit.*, no 561, P. 583.

(2) Loi no 2014-334 du 17 mars 2014 relative à la consommation (JO 18 mars 2014, p. 5400, Entrée en vigueur le 1er oct. 2014).

هذا وقد أثرت شبهات حول عدم دستورية هذا القانون، وقد تصدى لها المجلس الدستوري الفرنسي وقضى بدستورية أحكام هذا القانون، راجع

*AJDA*, 2014, p. 589.

(3) V. V. LASSERRE et P. LE MORE, «Premières observations sur la mise en œuvre de l'action de groupe en matière de consommation (D. no 2014-1081, 24 sept. 2014)», *Contrats, Concurrence, Consommation*, No 11, novembre 2014, étude, pp. 6 et ss.

هذا، وقد ادخلت تلك الدعوى في الفصل الثالث من الباب الثاني في المواد من L.423-1 a L.423-25 من تفتين الاستهلاك الفرنسي.

(4) وردت تلك الأوصاف لدى:

E. CLAUDEL, "Action de groupe et autres dispositions concurrence de la consommation", *RTD com.* Avril-juin 2014, *chron.* pp. 339-354, spéc. p. 340.

(5) O. AKYUREK, "La class action enfin adoptée!", *Les petites affiches*, 25 mars 2014, No 60, p.3.

نموذجاً لصور جديدة من الدعاوى الجماعية سيقورها في المستقبل في مجالات أخرى، كالصحة، والبيئة، وغيرها.

## الفصل الثاني

### خصوصية النموذج الفرنسي للدعوى الجماعية

110. قلنا حالياً، إن المشرع الفرنسي لم يكرس الدعوى الجماعية في فرنسا إلا مؤخراً، بصدور قانون Hamon في 17 مارس سنة 2014 بشأن الاستهلاك والذي دخل حيز النفاذ في 1 أكتوبر 2014، ولكنها جاءت تحت شكل مختلف وحديث، يرمى المشرع من خلالها إلى تلافى سلبيات الدعوى الجماعية كما هي معروفه في القانون الأمريكي، لذا عمد إلى حصر نطاق تطبيق الدعوى من طريق تحديد شروط قبولها (أولاً)، من ناحية، ومن حيث إجراءاتها من ناحية أخرى (ثانياً).

#### أولاً: خصوصية الدعوى من حيث شروط قبولها:

111. حدد المشرع الفرنسي نطاق تطبيق الدعوى الجماعية، وذلك بتقييد المجالات التي تستخدم فيها، وتحديد الأشخاص المخولين قانوناً صفة مباشرتها<sup>(1)</sup>.

#### أ) نطاق تطبيق الدعوى:

112. حدد قانون "هامون" نطاق تطبيق الدعوى الجماعية من حيث المضرورين اللذين يستفيدون منها، ومن حيث الخطأ المفضى للضرر، ومن حيث طبيعة الضرر الحاصل.

#### 1. من حيث المضرورين:

113. قصر المشرع الفرنسي نطاق تطبيق الدعوى الجماعية على طائفة محددة من الضحايا، وهم من ينطبق عليهم وصف المستهلك. ونظراً لتعدد مفاهيم المستهلك بتعدد مجالات الحماية في قانون الاستهلاك، فقد عمد المشرع إلى تعريف المستهلك في المادة الثالثة من القانون بأنه: "كل شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تدخل في إطار نشاطه التجاري أو الصناعي، أو الحرفي أو الحر". وبهذا التعريف فقد استبعد

(1) V. M. BACACHE, *art. préc.*, pp.454 et s ; V. RREBEYROL, *art. préc.*, pp.942 et s.

المشروع من نطاق الدعوى الجماعية الأشخاص الاعتبارية، وهو ما يتفق مع موقف القانون الأوروبي<sup>(1)</sup>، والتوجهات القضائية الحديثة في تعريف المستهلك<sup>(2)</sup>، ولكنه يخالف ما أوصت به اللجنة الأوروبية من إتاحة طريق الطلب أو الطعن الجماعي **Recours collectif** أمام تلك الأشخاص<sup>(3)</sup>.

ولا يقتصر القانون على تقييد الدعوى بالمستهلك المضرور فقط، بل يلزم أن يكون هذا المستهلك هو المتعاقد مع المسئول، أو على الأقل تعاقد مع شخص تعاقد مع هذا المسئول في إطار سلسلة تعاقدية، وليس من الغير الأجنبي عن هذه العلاقة<sup>(4)</sup>.

## 2. من حيث طبيعة الخطأ:

114. قيد القانون نطاق الدعوى أيضا من حيث طبيعة الخطأ المنشئ للضرر الذي يصيب عدد كبير من المضرورين، فقصره على الإخلال الواقع بمناسبة بيع مال أو تقديم خدمة، وفي الممارسة المضادة للمنافسة المشروعة. فالمسئولية المدنية للمهني تنهض على أساس الخطأ المحصور في الحالتين السابقتين.

## 3. من حيث طبيعة الضرر الواقع:

115. كما يتقيد نطاق تطبيق الدعوى الجماعية أيضا بطبيعة الضرر الواقع والمراد تعويضه، حيث نصت المادة ل. 1-423 من تقنين الاستهلاك على أنه: "لا تقوم الدعوى الجماعية إلا على الأضرار المالية الناجمة عن المساس المادي أو الاعتداء المادي الذي يصيب المستهلك". فطبقاً لهذا النص، لا يعوض المستهلك إلا عن الأضرار المالية **préjudices patrimoniaux**، أي الأضرار الناجمة عن

(1) "وهو كل شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تدخل في إطار نشاطه المهني"، راجع: Art.2 dir 2011/83/UE du 25 oct. 2001 relative aux droits des consommateurs.

(2) V. par exemple: Cass. 1ère civ. 4 juin 2014, no 13-13-779(no632Fs-P+B+1)-Union federalw des consommateurs de l, Isère Que Choisir (UfC38) c/Foncia Ales-Dauphine (Ste), *AJDI*, 2015, obs. D. TOMASIN ; Cass. 1ère civ., 2 avr. 2009, no 08-11-231 ; *JCP* 2009, 238, note G. PAISANT.

(3) Art. 3 Recomm. Commission.

(4) V. M. BACACHE, *art. préc.*, p. 454.

المساس بمصالحه المالية أو الاقتصادية. وبالتالي يخرج عن نطاق الدعوى تعويض الأضرار غير المالية سواء أكانت تلك الأضرار أدبية بحتة كالاعتداء على الحقوق الملازمة لشخصية المستهلك أم كانت ناتجة عن ضرر جسدي، كالألام التي يشعر بها نتيجة الإصابة أو التشوه الخلقي<sup>(1)</sup>. ويبدو أن السبب في استبعاد تلك الأضرار من نطاق الدعوى الجماعية، هو ارتباطها بشخص من وقعت عليه، ومن ثم يستلزم تقديرها حضور المضرور بنفسه أمام القاضي، وهو ما يناقض منطق الدعوى الجماعية وفلسفتها. ولكن ليس معنى ذلك أن تلك الأضرار غير قابلة للتعويض، وإنما وسيلة تعويضها الوحيدة هي إقامة دعوى فردية بالإجراءات المعتادة لرفع دعاوى أمام القضاء<sup>(2)</sup>.

ويلزم أخيراً، أن يكون الضرر المالي قد أصاب مجموعة من المستهلكين في نفس الوضع أو في وضع متشابه، وهذا الأمر يبدو لنا بديهياً؛ نظراً لكون العقد الذي يجمع المهني بالمستهلكين هو - في غالب الأحوال - عقد إذعان نموذجي ينطوي على شروط نمطية موحدة تفرض على الكافة.

وقد ركزت المواد ل. 1-423 وما بعدها من تقنين الاستهلاك الأحكام السابقة بقولها: "لجمعية الدفاع عن المستهلكين والممثلة والمقبولة على المستوى الوطني تطبيقاً للمادة 1-411، أن تقيم دعوى أمام القضاء المدني بغرض الحصول على تعويض الضرر الفردي الذي أصاب مستهلكين في نفس الوضع أو في وضع مشابه، ويكون مصدر الضرر الذي أصابهم مشترك هو الخطأ أو الإخلال الواقع من نفس المهني بالتزاماته القانونية أو التعاقدية وذلك في فرضين: بمناسبة بيع أموال أو تقديم خدمات؛ وعندما تتولد هذه الأضرار من ممارسات ضد المنافسة

(1) M. BACACHE, *art. préc.*, p.456.

(2) L. BETEILLE et R.YUNG, *Rapport d'information* no 499 ; F. BRUNET, A. DUPUIS, et E. PAROCHE, *art. préc.*, p. 1601; M. BACACHE, *art. préc.*, p.459 ; C. HABIBI, et C. PHILIBERT, *art. préc.*, p. 18.

ولكى يتمكن المضرور من رفع دعوى فردية للمطالبة بالتعويض فقد نصت المادة -L.423- من تقنين الاستهلاك بعد التعديل على أن يقف سريان تقادم الدعاوى الفردية بتعويض الضرر الناجم عن الإخلال الثابت بالحكم، ولا تبدأ في السريان إلا في مدة لا تقل عن ستة أشهر من التاريخ الذي أصبح الحكم في الدعوى الجماعية نهائياً.

في معنى المادة 101، 102 من اتفاقية عمل الاتحاد الأوروبي. ولا يمكن للدعوى الجماعية أن تنصب سوى على تعويض الضرر المالى الذى ينتج عن المساس المادي الذى يصيب المستهلكين".

نستخلص من كل ما سبق، أن المشرع الفرنسى ضيق كثيراً من نطاق الدعوى الجماعية، بالمقارنة بالوضع فى القوانين الأخرى، حيث أخرج من مجالها، الأضرار المالية التى تصيب الشخص نتيجة استهلاك منتجات طبية أو صحية معيبة على الرغم من كثرتها، ويكفى أن نشير إلى فضائح الدم الملوث، ولقاح التهاب الكبدى الوبائى B... إلخ. كما استبعد من نطاقها أيضاً كافة الأضرار الجسدية أيا كان مصدرها، سواء أكان استهلاك منتجات غذائية، كحالة اللحوم الملوثة بفيروس أو بكتريا، أم كان مصدرها تلوث البيئة نفسها كحالة ضحايا *amiante*<sup>(1)</sup>.

ومع ذلك، فقد ضرب المشرع للحكومة أجلاً مدته ثلاثون شهراً على الأكثر من تاريخ إصدار القانون، يتوجب عليها خلاله أن تقدم إلى البرلمان تقريراً تقييم فيه وضع تلك الدعوى وتقتصر التعديلات التى تراها لازمة عليها، ومد نطاق تطبيقها إلى المجال الصحى<sup>(2)</sup> والبيئة<sup>(3)</sup>. وقد بدأت بالفعل، حتى قبل انتهاء المهلة المقررة من قبل المشرع، تصل إلى البرلمان الفرنسى اقتراحات بمشروعات قوانين بهذا الشأن، حيث سجل بمجلس الشيوخ اقتراح بقانون رقم 811 فى 25 يولية 2013 بشأن استحداث دعوى جماعية فى مجال التمييز ومكافحة عدم المساواة، واقتراح آخر بقانون رقم 1692 فى 14 يناير 2014 بشأن إدخال الدعوى

(1) V. M. BACACHE, *art. préc.*, p. 465.

(2) V. K. HAERI et B. JAVAUX, "L'action de groupe "santé" soulevé de nombreuses difficultés", *D.* 2015, pp.548-587.

(3) V. art. 2 VI qui dispose que: "Trente mois au plus tard après la promulgation de la présente loi, le gouvernement remet au parlement un rapport évaluant les conditions de mise en œuvre de la procédure d'action de groupe et propose les adaptations qu'il juge nécessaires. Il envisage également les évolutions possibles du champ d'application de l'action de groupe, en examinant son extension aux domaines de la santé et de l'environnement".

الجماعية في مجال البيئة<sup>(1)</sup>، بل وهناك مطالبات من قبل جانب كبير من الفقه بإدخالها أيضاً إلى مجال علاقات العمل<sup>(2)</sup>.

وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد أثر اتباع سياسية التشريع على مراحل متدرجة بصدد توطين الدعوى الجماعية في البيئة القانونية الفرنسية، وذلك لتحقيق هدفين أساسيين: الأول: تجنب الانحرافات والسلبيات التي شابته تطبيق تلك الدعوى في القانون الأمريكي والثاني: العمل على اتاحة الفرصة لإلغائها وتقبل العقلية القانونية لها.

#### (ب) من حيث صفة شخص من يرفع الدعوى:

116. قيد المشرع الفرنسي الدعوى الجماعية أيضاً من حيث صفة شخص من يرفع الدعوى الجماعية، فقصره على جمعيات الدفاع عن مصالح المستهلكين المعتمدة قانوناً على المستوى الوطني. وهذا القيد من شأنه أن يجعل مباشرة الدعوى الجماعية حكراً على عدد محدود من الجمعيات لا يزيد عددها في فرنسا. حسبما يرى الفقه<sup>(3)</sup>. حتى الآن عن ست عشرة جمعية معتمدة ومقبولة. ويثور التساؤل عن السبب في حصر المبادرة برفع الدعوى الجماعية على الجمعيات المعتمدة فحسب؟

والواقع، أن هذا التوجه من قبل المشرع الفرنسي يفسر بالرغبة في طمأنة الشركات والمشروعات التجارية والصناعية ضد خطر إساءة استخدام تلك الدعوى

- كلية الحقوق  
جامعة القاهرة
- (1) Proposition de loi no 811 du 25 juill.2013, visant à instaurer un recours collectif en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités, Senat; Proposition de loi no 1692 du 14 janv. 2014 visant à instaurer une action de groupe étendue aux questions environnementales et de sante, AN.
  - (2) V. B. LAPEROU-SCHENEIDER, "De la nature répressive de l'action de groupe et de son extension en droit du travail", *Droit Social*, no 3 –mars 2015, étude pp. 256-263.
  - (3) A. PORTMANN, « Il est inacceptable de réserver l'exercice de l'action de groupe à 17 personnes morales », *Dalloz actualité*, 29 avril 2013.

الجماعية كما هي الحال في الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(1)</sup>، وقصر زمام المبادرة برفعها على الجمعيات المعروفة والقوية التي تمتلك الإمكانيات المالية الكبيرة، والكوادر البشرية المدربة، والإدارة القانونية الفاعلة، والتغطية الإقليمية المتوازنة، حتى يكون في إمكان المستهلك المضروب أياً كان موقعه على إقليم الدولة الوصول إليها<sup>(2)</sup>.

بيد أن قصر الحق في رفع الدعوى الجماعية على جمعيات حماية المستهلك ليس يعني في الواقع حرمان المستهلك الفرد الذي أصابه ضرر شخصي من ممارسة حقه الدستوري في الالتجاء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض على نحو مستقل بعيداً عن الجمعية. وهذا ما يفهم من صريح نص المادة 21-423 من تقنين الاستهلاك، والتي تقضى بأن الحكم الصادر في الدعوى الجماعية ليس له حجية الأمر المقضى إلا بالنسبة لكل عضو في المجموعة فقط.

وقد تعرض هذا التوجه من قبل المشرع الفرنسي بقصر الحق في رفع الدعوى الجماعية على جمعيات حماية المستهلكين المعتمدة على المستوى الوطني لانتقادات شديدة من جانب الفقه؛ حيث يرى<sup>(3)</sup> أن هذه الجمعيات ليست لديها - في الغالب - الموارد المالية الكافية لتغطية كلفة الإجراءات القضائية المرتفعة، ودفع أتعاب المحاماة لاسيما في الحالة التي لا يتوفر لدى الجمعية كادر قانوني خاص بها يستطيع مباشرة الدعوى بكفاءة، هذا مع العلم بأن القانون لا يسمح لتلك الجمعيات باسترداد

(1) Mireille BACACHE, *art. préc.*, p.455.

(2) ويبدو لنا أن المشرع يحظر مباشرة الدعوى الجماعية من قبل أكثر من جمعية لحماية المستهلك لنفس الدعوى الجماعية. حيث يتمتع الحكم الأولي بتقرير مسؤولية المهني بحجية الحكم المقضى بالنسبة للجمعية التي ترغب في إقامة الدعوى القضائية؛ لكونها لم تكن طرفاً في الدعوى. ومع ذلك، يمكن لجمعية من جمعيات الدفاع عن حقوق المستهلكين أن تحل محل جمعية أخرى في حالة حل الجمعية التي رفعت الدعوى. وهذا الحل من شأنه أن يقضى على إمكانية تعدد دعاوى على نفس المهني عن نفس الفعل الضار. ويلزم للقضاء على إمكانية تعدد الدعاوى الجماعية، أن تقوم الجمعية التي أقامت الدعوى بإعلام الجمعيات الأخرى بالدعوى الجماعية. ويقترح بعض الفقه أن يتولى المهني على نفقته الخاصة إعلام الجمعيات الأخرى التي تجهل وجود الدعوى الجماعية أو التي تعترض إقامة دعوى قضائية أخرى عليه،  
راجع:

V. V. REBEYROL, "La nouvelle action de groupe", *D.* 2014, *Chron.* pp. 940-946, *spéc.*, p. 943.

(3) V. V. REBEYROT, *art. préc.*, pp. 943 et 944.



المصاريف التي أنفقتها في حالة خسارة الدعوى. كما أن القانون يلزم الجمعية بإيداع أى مبالغ تتحصل عليها لتعويض المضرورين في حساب في خزينة الودائع ولا يجوز التصرف فيه إلا لدفع التعويض للمضرورين فقط. وهذا مفاده أنه يتمتع على الجمعية أن تخصص جزءاً من ذلك التعويض كمقابل لأتعاب المحاماة، والخبراء اللذين تستعين بهم أثناء مباشرة الدعوى<sup>(1)</sup>. ومع ذلك، يستطيع القاضى طبقاً لنص المادة 700 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسية، أن يحكم على المدعى عليه بتحمل اتعاب المحاماة، وأمانة الخبراء، والمصروفات التي أنفقت من أجل جمع توقيعات الانضمام إلى المجموعة، كما يمكنه أيضاً أن يلزم المهني المدعى عليه بدفع مبلغ تحت حساب مصروفات الدعوى<sup>(2)</sup>.

أضف إلى ما سبق، فإن الدعوى الجماعية قد تعرض الجمعية لمخاطر تحمل المسؤولية المدنية في مواجهة المهني الذي رفعت عليه الدعوى إذا ما ارتكبت خطأ في مباشرتها. والحال هذه، فليست لهذه الجمعيات الموارد المالية الكافية التي تمكنها من التأمين ضد انعقاد مسؤوليتها القانونية في مواجهة الغير. ومع ذلك، فإن هذا الانتقاد يطف منه ما هو معلوم من أن المشرع جعل الاختصاص بالدعوى الجماعية للمحاكم الابتدائية، ومن ثم فإن حضور محام أمامها أمر ضروري، ومن ثم فإن الجمعية ستلجأ إلى توكيل محامى، وفي بعض الفروض، قد يعلم أحد مكاتب المحاماة بوجود ضرر يصيب جمهور واسع من الأفراد، فيلجأ إلى إحدى جمعيات حماية المستهلك لكي تقيم دعوى جماعية من خلاله<sup>(3)</sup>. ومن المعروف أن المحامى - بوصفه مهني - يتوجب عليه لممارسة مهنته أن يكون مؤمناً ضد مسؤوليته القانونية وهو ما يمثل ضماناً حقيقية للمتقاضين<sup>(4)</sup>.

(1) F. BRUNET, A. DUPUIS, et E. PAROCHE, *art. préc.*, p. 1603.

(2) Art. L. 423-8 nouv. Code de la consommation.

(3) لمزيد من التفاصيل حول دور المحامى في الدعوى الجماعية، راجع:

J. DANIEL BRETZNER et M. BENDAVID, "Le rôle de l'avocat dans la mise en œuvre de la loi Hamon : opportunités et limites", *Dalloz Avocats*, 2014, pp.321-324.

(4) V. V. REBEYROT, *art. préc.*, P. 944.

ومع ذلك فإننا نأخذ على المشرع الفرنسي أنه لم يخول المضرور نفسه حق رفع الدعوى الجماعية مباشرة عن طريق الاستعانة بمكتب محاماة ، كما هي الحال في الولايات المتحدة الأمريكية. ولا نجد تفسيراً لهذا التوجه التشريعي إلا بنظرة الريبة والشك تجاه الممارسات غير الشريفة لبعض المحامين في هذا المجال، والخوف من التحول نحو ما يسمى بتجارة التعويضات المليونية المشهورة في الولايات المتحدة الأمريكية، وهو ما تخشاه المؤسسات التجارية والصناعية وأرباب الأعمال على السواء. ولكننا نعتقد أن هذه الخشية غير مبررة<sup>(1)</sup> وليس لها أساس في فرنسا، لأن القانون، وكذلك قواعد أخلاقيات مهنة المحاماة، يحظر على المحامي السعي إلى المضرورين لحثهم على إقامة دعاوى القضاية من خلالهم، وكذلك الاتفاق معهم على أن تكون اتعابه نسبة من التعويضات التي يتحصل عليها لصالحه<sup>(2)</sup>.

#### ثانياً: خصوصية الدعوى من حيث إجراءاتها:

117. نص المشرع الفرنسي على إجراءات خاصة بالدعوى الجماعية التي تمارس أمام القضاء (أ)، وإجراءات خاصة في حالة لجوء الأطراف المعنية إلى اتفاق التسوية (ب).

#### (أ) الدعوى الجماعية وفقاً للإجراءات المعتادة أمام القضاء:

118. الدعوى الجماعية على النموذج الفرنسي هي إجراء من طبيعة خاصة، بمعنى أنه لا يوجد له إجراء مماثل أو مقارب في القانون الداخلي، بل حتى في العالم. فالأمر يتعلق بإجراء يتكون من ثلاث مراحل:

تتعلق المرحلة الأولى بالحكم القضائي حول مدى قبول الدعوى ومسئولية المهني<sup>(3)</sup>. في هذه المرحلة تتولى إحدى جمعيات حماية المستهلك المقبولة على

(1) V. O. AKYUREK et C. de PERTHUIS, *art. préc.*, p.22.

حيث يشير إلى قرار المجلس الوطني لنقابة المحامين الصادر في 44 و25 مايو 2013، يستنكر فيه استبعاد المحامين من إقامة الدعوى الجماعية.

(2) Article 10 de la loi no 71-1130 du 31 décembre 1971.

(3) Art. L.423-3 , L. 423-4 et L. 423-5 du Code de la consommation.

المستوى الوطني رفع الدعوى أمام القضاء للدفاع عن مصلحة جماعة من المستهلكين. وبمجرد رفع الدعوى يبدأ القاضى المختص بالفصل فى مسألة مدى قبولها من عدمه، وذلك من خلال التحقق من توافر شروطها سواء من حيث الفعل المنشئ للضرر، والضرر المطالب بتعويضه، وتوافر الصفة فى الجمعية التى رفعت الدعوى. ولكى يتمكن القاضى من الحكم فى مسألة قبول الدعوى ومسئولية المهني، يتعين على الجمعية أن تقدم له حالات فردية لمستهلكين أصابهم ضرر نتيجة تلقيهم لخدمة أو استهلاكهم لمنتج يقدمه ذلك المهني، ولا يجب أن تقل هذه الحالات عن اثنتين. والهدف من ذلك هو قطع الطريق على جمعيات حماية المستهلك فى الادعاء بوجود مضرورين محتملين دون تقديم حالات حقيقية موثقة بذلك<sup>(1)</sup>.

وهنا يتوجب على القاضى أن يبحث تلك الحالات لى يتمكن من وصف الفعل المنشئ للمسئولية والضرر المترتب عليه، وارتباطه برابطة سببية مع هذا الفعل. فإذا ما انتهى القاضى إلى تقرير مسؤولية المهني، فإنه يلزمه، فى نفس القرار (الحكم)، أن يُعين أو يحدد مجموعة المستهلكين الذين تنعقد مسؤولية المهني فى مواجهتهم، ويعين معيار الالتحاق بها، ويحدد الضرر الذى يمكن تعويضه ويقدر مبلغه، ويحدد ما إذا كان التعويض العيني أمراً ممكناً وأكثر ملاءمة من عدمه.

وإذا ما انتهى القاضى من الفصل فى مسألة مدى قبول الدعوى، وتقرير مسؤولية المهني، وتحديد مجموعة المستهلكين، والأضرار الواجب التعويض عنها، فيتوجب عليه أن يأمر باتخاذ إجراءات النشر والإعلام، لحمل الحكم الصادر ضد المهني إلى علم الغير. بيد أنه يلزم لى يأمر القاضى بإجراءات الإعلام أن يكون الحكم باتاً غير قابل للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن حتى أمام محكمة النقض. ويتم الإعلان بكل الوسائل الممكنة سواء عن طريق وسائل الإعلام المسموعة أو المرئية أو المقروءة. ويتحمل المهني بطبيعة الحال تكلفة إعلان الحكم الصادر ضده، وهو ما يمكن أن يحمله بمبالغ طائلة. لذا يقترح بعض

(1) V. F. BRUNET, A. DUPUIS, et E. PAROCHE, *art. préc.*, p. 1602.

الشرح<sup>(1)</sup>، أن يخصص موقع معين على شبكة الإنترنت، تنشر فيه أحكام الإدانة الصادرة ضد المهنيين، ولكن على نحو مختصر ومفهوم بالنسبة للمستهلك العادي، ويقترح أيضا أن يشارك المهني بقسط في مصاريف تشغيل الموقع في حالة صدور الحكم عليه بالإدانة.

وأخيراً، وفي نفس الحكم، يتوجب على القاضى أن يعين مدة لانضمام المستهلكين إلى الدعوى، لا تقل عن شهرين ولا تزيد عن ستة أشهر، بعد إتمام إجراءات النشر والعلنية التي تتم من أجل إعلام المستهلكين بالدعوى الجماعية المقامة أمام القضاء.

هنا نصل إلى المرحلة الثانية والتي تتمثل في تتابع وتوالى انضمام المضرورين إلى المجموعة التي حددها الحكم القضائي. فالمستهلكون الذين يعرفون بموضوع الدعوى الجماعية سيختارون إما الانضمام للمجموعة بغرض الحصول على تعويض الضرر الذي أصابهم أو عدم الانضمام إليها؛ مع الإمكانية بالنسبة للمستهلك الذي لا ينضم للدعوى، في الاحتفاظ بحقه في إقامة دعوى شخصية بمفرده، لأن الحكم القضائي الصادر من القاضى لن تكون له قوة الأمر المقضى إلا بالنسبة للأضرار التي حددها القاضى والأشخاص الذين انضموا إلى المجموعة. فالدعوى الجماعية الفرنسية تقوم، على خلاف الدعوى الأمريكية، على آلية الإعلان الصريح المسبق للمضرورين الذين يريدون تمثيلهم في الدعوى الجماعية *opt-in*، والاستفادة من ثمرتها<sup>(2)</sup>.

أما المرحلة الثالثة والأخيرة، والمنصوص عليها في المادة 423-12 وما بعدها، فتجئ لمواجهة المنازعات التي يمكن أن تثور بمناسبة تنفيذ الحكم القضائي بالزام المهني بتعويض المضرورين الذين انضموا إلى المجموعة التي تشكلت على إثر الحكم القضائي البات بمسئولية المهني، كأن يرفض المهني تعويض بعض المضرورين بزعم عدم تقديمهم الدليل على تعاملهم معه من قبل، كفاتورة شراء

(1) V. Vincent REBEYROT, *art. préc.*, p. 945.

(2) V. O. AKYUREK et C. de PERTHUIS, *art. préc.*, p.22.

مثلاً<sup>(1)</sup>، أو يتمسك بشرط إعفاء من المسؤولية اتفق عليه مع أحد المضرورين<sup>(2)</sup>. هنا يتولى نفس القاضى الفصل فى تلك المنازعة، وتمثل ذات الجمعية المعتمدة التى أقامت الدعوى هؤلاء المضرورين فى التنفيذ الجبرى للحكم القضائى<sup>(3)</sup>.

إلى جانب الدعوى الجماعية وفقاً للمراحل الثلاث السابقة، فقد نظم المشرع هذه الدعوى بمرحلة واحدة أو بإجراءات مبسطة، كما شجع على إنهاء الدعوى عن طريق اتفاق الوساطة والتسوية.

#### (ب) الدعوى الجماعية وفقاً لإجراءات مبسطة:

119. قررت المادة ل. 423-10 من تقنين الاستهلاك بعد تعديله بموجب قانون "هامون" أنه فى الفرض الذى تكون فيه هوية المستهلكين المضرورين وأعدادهم معروفة، ويقع عليهم ضرر بنفس القدر أو بقدر مشابه من جراء أداء مقدم لهم، فإن القاضى الذى يفصل فى مسؤولية المهنى يمكن أن يحكم على المسئول بتعويضهم مباشرة وعلى نحو فردى فى المدة، وبالطريقة التى يراها. ثم يحمل هذا الحكم إلى علم المستهلكين المعنيين من خلال إجراء إعلان فردى على نفقة المهنى من أجل تمكينهم من قبول التعويض<sup>(4)</sup>. وهكذا، وبالمقارنة بالقواعد العامة التى رأينا سابقاً، تحل محل المرحلة الثانية الخاصة بإجراء الإعلان، إعلان أو إعلام على نحو فردى يتبعه قبول من جانب المستهلك لكونه يكون معروفاً ومحددأ أمام القاضى.

(1) V. F. BRUNET, A. DUPUIS, et E. PAROCHE, *art. préc.*, p. 1602.

(2) L. BETEILLE et R. YUNG, *Rapport d'information* no 499.

(3) Art. L.423-12 du Code de la consommation.

4 ( ) راجع النص فى لغته الأصلية:

"Lorsque l'identité et le nombre de consommateurs lésés est connu et lorsque ces consommateurs ont subi un préjudice d'un même montant, d'un montant identique par prestation rendue ou d'un montant identique par référence à une période ou à une durée, le juge, après avoir statuer sur la responsabilité du professionnel, peut condamner ce dernier à les indemniser directement ou individuellement, dans un délai et selon des modalités qu'il fixe".

### (ج) الوساطة كأجراء بديل عن الدعوى:

120. لا شك في أهمية إجراء الوساطة Mediation في تسوية المنازعات التي تقوم بين المستهلك والمهني. فهذا الإجراء يتيح للمستهلك طريقاً سريعاً وسهلاً ومجانياً للوصول إلى حقه، كما يجنب المهني الأضرار الناجمة عن الدعوى القضائية والمتمثلة في تشويه صورته لدى الجمهور والمساس بسمعته التجارية. ولكن السؤال هو: هل تكون الوساطة إجراء بديلاً عن الدعوى، أم مجرد مقدمة لها أم شرط إلزامي لقبول الدعوى؟

اختر المشرع الفرنسي أن ينظم إجراء الوساطة<sup>(1)</sup> كطريق بديل للدعوى الجماعية، فقرر أن اتفاق الوساطة يتم من خلال الجمعية المعتمدة، مع ضرورة النص فيه على إجراء الإعلان اللازم لإعلام المستهلكين المعنيين بالانضمام إلى هذا الاتفاق، وكذلك المدة المقررة لهذا الانضمام وطريقته. كما نص على ضرورة أن يخضع اتفاق التسوية لتصديق القاضي عليه، لكي يراقب ما إذا كان الاتفاق يحقق مصالح المستهلكين من عدمه.

ويرى الفقه<sup>(2)</sup> أن التنظيم التشريعي لإجراء التسوية على النحو السابق، قد أفرغه من كل فوائده؛ ذلك أنه لا يشجع المهني على اللجوء إليه لأن عدد أعضاء المجموعة التي تمثلها الجمعية لا يكون معروفاً له لحظة إبرام اتفاق التسوية لعدم انضمامهم إلى المجموعة في هذا التوقيت، وبالتالي، قلما تكون له مصلحة في إبرام هذا الاتفاق، بل على النقيض من ذلك سيفضل الانتظار مرهناً على أمل أن ينضم عدد قليل من الضحايا إلى المجموعة. هذا فضلاً عن أن هذا الإجراء لا يمنع إجراء النشر، وهو ما كان يخشاه المهني ويكون الدافع عادة إلى إبرام اتفاق التسوية رغبة في تحاشي الإساءة إلى سمعته ووضعه في السوق.

نخلص من كل ما سبق، أن المشرع الفرنسي بتضييقه لنطاق الدعوى الجماعية وتفصيله لإجراءاتها المعتادة أو البديلة، قد نجح إلى حد كبير في إيجاد نوعاً من التوازن المنشود بين الرغبة في تحسين تعويض المستهلكين، وتلافى

(1) Les Articles L. 423-15 et L. 423-16 du Code de la consommation.

(2) V. en même sens, V. REBEYROT, art. préc., P. 946.

الانحرافات التي تشتهر بها تلك الدعوى في الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(1)</sup>، والتي تتمثل في غالب الأحيان، كما تقدم القول، في كونها وسيلة لابتزاز الشركات الصناعية والتجارية الكبرى، وتربح مكاتب المحاماة من المبالغ الفلكية التي تحصل عليها لصالح المضرورين. ولكن كيف ستنجح تلك الدعوى في مكافحة الأخطاء المكسبة في مجال الاستهلاك؟

### الفرع الثالث

#### كيفية استيعاب الدعوى الجماعية لنتائج الخطأ المكسب

121. تسهم الدعوى الجماعية بفعالية في مكافحة الأخطاء المربحة، من طريق منح المضرور وسيلة إجرائية سهلة وغير مكلفة تشجعه على النفاذ إلى القضاء، والحصول على أفضل تعويض ممكن (أولاً)، ومن ثم تحقيق الوظيفة العقابية للمسئولية المدنية (ثانياً). ذلك أن التكريس التشريعي للدعوى الجماعية، انطلق من ملاحظة واضحة مفادها، أن المستهلك الذي يصيبه ضرر بسيط على المستوى الفردي، لا يجد جدوى اقتصادية من رفع الدعوى القضائية للمطالبة بالتعويض؛ لأن التعويض الذي سيتقاضاه، على فرض أن دعواه كُلت بالنجاح، لا يتناسب مع الكلفة الفعلية التي تحملها<sup>(2)</sup>. فهل نجحت الدعوى الجماعية في بلوغ أهدافها؟

### الغصن الأول

#### الدعوى الجماعية، إجراء فعال لتشجيع النفاذ إلى القضاء

122. رأينا حالياً، أن المستهلك المضرور الذي يصيبه ضرر تافه من جراء

1) ومع ذلك يرى البعض أن تكلفة مباشرة الدعوى، وصعوبة إقامة الدليل على الضرر بعد مرور مدة طويلة من الزمن قد يحجم من دور هذه الدعوى في البداية.

F. BRUNET, A. DUPUIS, et E. PAROCHE, *art. préc.*, p. 1604.

ونحن نتفق مع هذه الوجهة من النظر، ولكننا نرى أنه مع مرور الوقت وشيوع العلم بوجود تلك الدعوى سينتبه المستهلك إلى ضرورة الاحتفاظ ببعض أوراق تعاملاته اليومية مع المهنيين.

(2) V. en ce sens, V. Beatrice LAPEROU-SCHENEIDER, *art. préc.*, p. 256 ; M. BACACHE, *art. préc.*, p. 461.

فعل أحد المهنيين، قد يقعد أو يتكاسل عن إقامة الدعوى القضائية للمطالبة بحقه فى التعويض. ويرجع ذلك لأسباب عديدة، أهمها الشعور بالرهبة والخوف من الدخول إلى عالم القضاء بما يتضمنه من أمور مجهولة بالنسبة للشخص العادى، مثل هيئة المحكمة، ولغة التقاضى، وغيرها<sup>(1)</sup>، سيما مع عدم الجدوى الاقتصادية التى تعود عليه من رفع الدعوى. ناهيك عن الانتظار لمدة طويلة قد تمتد لسنة أو أكثر من أجل الحصول على تعويض نقدى بسيط بسبب بطء إجراءات التقاضى، نتيجة لتعدد الدعاوى الفردية وتكدسها أمام المحاكم<sup>(2)</sup>.

يُضاف إلى بطء إجراءات التقاضى، مشكلة أساسية تتمثل فى تكلفة إقامة الدعوى ومباشرة إجراءاتها أمام القضاء، حتى فى ظل وجود تشريعات خاصة بالمساعدة القضائية لغير القادرين<sup>(3)</sup>، ذلك أن المساعدة القضائية لا تستوعب كافة المصروفات، حيث يظل المتقاضى ملزماً بدفع مصروفات أخرى، كمصروفات الانتقال والشهود، وغيرها.

ولا شك أن سلبية المضرور وتهاونه فى المطالبة بحقه فى التعويض يؤدى، من ناحية، إلى عدم تعويض أضرار تافهة كثيرة على المستوى الفردى على الرغم من جسامتها فى جملتها، ومن ناحية أخرى، عدم العقاب على بعض أنماط السلوك غير المشروع بالرغم من أنها مربحة بالنسبة للمهنى وهو ما يشجعه على الاستمرار فى إتيان مثل هذا السلوك الخاطئ، وهو أمر غير مقبول من الناحية الأخلاقية والقانونية<sup>(4)</sup>.

أمام هذا الموقف، تظهر الدعوى الجماعية كرد ملائم وفعال على الأضرار

(1) V. J. CALAIA-AULOY et F. STEINMETZ, *op. cit.*, no 489, pp. 517 et s.

(2) C. HABIBI, et C. PHILIBERT, *art. préc.*, p. 19.

(3) وهذه المشكلة ليست خاصة بفرنسا وحدها، بل تشترك فيها دولاً كثيرة ومنها جمهورية مصر العربية. لمزيد من التفاصيل حول مشكلة بطء إجراءات التقاضى، الأسباب ووسائل العلاج، راجع: د. أحمد السيد صاوى، المرجع السابق، فقرة 22، ص 53 وما بعدها.

(4) V. en ce sens, G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civil », *art. préc.*, p.2953 ; M. BACACHE, *art. préc.*, p.462.



التي تصيب جمهور واسع من المستهلكين، ولا تدفع تفاقتها إلى المطالبة بالتعويض عنها<sup>(1)</sup>، حيث تسمح للمضروب بضرر بسيط وهين على المستوى الفردي بالاشتراك مع غيره من المضرورين ممن يصيبهم نفس الضرر من نفس المهني في إجراءات واحدة، وبممثل واحد، وبتكلفة مشتركة في الرسوم القضائية، وأتعاب المحامين والخبراء المحتملين وغيرها، وهذا من شأنه أن يشجع المستهلك، أيا كانت موارده المالية، على اللجوء إلى القضاء، ويعجل الفصل في الدعوى، كما يعيد التوازن المختل في القوة بين المستهلك والمهني<sup>(2)</sup>. وهذا كله يحقق سرعة الفصل في الدعوى ويمنع تضارب الأحكام واختلافها<sup>(3)</sup>، كما يؤدي . بطريقة غير مباشر . إلى تدعيم الوظيفة العقابية للمسؤولية المدنية، على نحو ما سنبينه فيما يلي:

## الفصل الثاني

### الدعوى الجماعية، تحقق الوظيفة العقابية للمسؤولية المدنية

123. في كثير من الأحيان يقوم المهني بعمل حساباته الاقتصادية في الربح والخسارة على دراسة نفسية المستهلك ومدى استعداده لخوض المعركة القضائية، سيما إذا كانت الأضرار الواقعة عليه هينة، إن لم تكن تافهة، فكلما تكاسل المستهلك المضروب وتراخى عن المطالبة بالتعويض، كلما تضاعفت أرباح المهني

(1) د. محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، 2006، ص 683. راجع أيضا:

L.BETEILLE et A. ANZIANI, « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires », *D.*, 2009, p.2328; C. HABIBI et C. PHILIBERT, « L'intérêt des class actions dans le traitement judiciaire des dommages de masse », *Les Petites affiches*, 25 mars 2014, No 60, pp. 18 et s.

(2) En même sens, L. BETEILLE et R.YUNG, *Rapport d'information no 499* ; F. BRUNET, A. DUPUIS, et E. PAROCHE, *art. préc.*, p. 1601 ; V. E. CLAUDEL, *art. préc.*, pp.341 et s ; M. BACACHE, *art. préc.*, p.462; C. HABIBI, et C. PHILIBERT, *art. préc.*, p. 18.

(3) وإن كان البعض يأسف لعدم تبني القانون لتخصيص بعض المحاكم الابتدائية للنظر في الدعاوى الجماعية، راجع:

C. HABIBI, et C. PHILIBERT, *art. préc.*, p. 19.

على نحو غير مشروع<sup>(1)</sup>، وهو ما يجافى المنطق والأخلاق والقانون كما قلنا سلفاً. هنا تأتي الدعوى الجماعية لتفرض فاعلية التعويض من خلال تجميع عدد كبير من الضحايا الذين يطالبون بالتعويض، ومن ثم زيادة أعداد التعويضات المدفوعة<sup>(2)</sup>، وهو ما يؤدي إلى حرمان المهني من جزء كبير من الأرباح التي حققها دون وجه حق على حساب المضرورين، ويجبر، تبعاً لذلك، المهني على التوقف عن السلوك المخالف في المستقبل، لأنه لا جدوى مالية تعود عليه من ورائه، وبالتالي فهي وسيلة ناجعة لمكافحة الأخطاء المربحة<sup>(3)</sup>.

كذلك، قد تمثل الدعوى الجماعية وسيلة تهديد غير مباشرة للضغط على المهني ودفعه إلى الالتزام باحترام القانون دفعاً<sup>(4)</sup>، ذلك إنه في فرض مخالفته لأحكام القانون، فإن قيام المضرورين بالتجمع معاً في دعوى واحدة سيجعلهم في مركز قوى. نفسياً واقتصادياً وقانونياً. في مواجهته، وسيجعله يخشى، ليس فقط الحكم عليه بمبالغ تعويض كبيرة وغير متوقعة، وإنما أيضاً إلى الإضرار بسمعته التجارية إضراراً جسيماً<sup>(5)</sup>، وقد تؤدي به إلى الانسحاب من السوق نهائياً، وهذا ما يحقق فكرة الوقاية بالمنع أو الردع التي يسعى المشرع إلى تحقيقها من خلال تنظيم هذه الدعوى<sup>(6)</sup>.

كذلك فإن الأثر التهديدي للدعوى، لاسيما عند تناولها بالحديث من جانب وسائل الإعلام المختلفة<sup>(7)</sup>، يؤدي. بلا شك. إلى حسن تنظيم حركة الأسواق

(1) V. en ce sens, V. Beatrice LAPEROU-SCHENEIDER, *art. préc.*, P. 257.

(2) صوفيا شيللر، المقالة السابقة، ص 305. وانظر في نفس المعنى أيضاً: Mireille BACACHE, *art. préc.*, p.462.

(3) V. REBEYROL. *art. préc.*, p.941 ; E. CLAUDEL, *art. préc.*, p.341.

(4) V. en même sens, E. CLAUDEL, *art. préc.*, p.342.

(5) V. en même sens, Yann UTZSCHNEIDER et Costanza MUSSI, *art. préc.*, p. 223.

(6) E. CLAUDEL, *art. préc.*, p.341et s.

(7) V. Kami HAERI et Benoit JAVAUX, "L'action de groupe "santé" soulevé de nombreuses difficultés", *D.* 2015, pp.548 et s.

وضبطها وفرض نوع من الممارسات الأخلاقية في الحياة الاقتصادية<sup>(1)</sup>؛ وذلك بتشجيع المهنيين على اتباع العادات الشريفة إزاء المتعاملين معهم، وبث رسالة مفادها أن المهني الذي يحترم قواعد القانون لن يكون لديه ما يخشاه من الدعوى الجماعية، لاسيما في ظل نظام ينهض على أساس ضرورة صدور حكم مبدئي حول مدى مسؤولية المهني قبل القيام بإجراءات النشر والإعلان عنه. وبذلك تمنح الدعوى الجماعية للمهني الملتزم قانوناً ميزة تنافسية بالمقارنة بمنافسيه ممن لا يحترمون قواعد القانون<sup>(2)</sup>.

بل يؤكد بعض الفقه . وبحق . على إمكانية أن يكون للدعوى الجماعية تأثير محفز للشركات، التي تخشى من الدعاوى القضائية والتشهير بسمعتها، حيث تدفعها إلى الحرص الشديد على التأكد من ضمان جودة منتجاتها وخدماتها. وهذا الجهد يدعم، بلا شك، من تنافسيتها في الأسواق المالية طالما أن بيانات مثل احترام حقوق العملاء، والمحافظة على البيئة تصبح أساسية في إطار الاستثمار الذي يصطبغ بصبغة أخلاقية<sup>(3)</sup>.

نخلص مما تقدم، أن التكريس التشريعي للدعوى الجماعية في القانون الفرنسي لا يستند فقط إلى غاية إصلاحية، بل أيضا إلى رغبة حقيقية من المشرع في تفعيل دور العدالة، وتوفير الاحترام الكافي لقواعد الأخلاق والقانون، لاسيما ضد سعي الشركات العملاقة اقتصاديا للالتفاف على أحكام القانون، ومن ثم ضمان التعويض الرادع للمضرورين، وهذا من شأنه، في النهاية، أن يشجع على سلوك

حيث يشير المؤلف إلى أنه بمجرد إقامة جمعية UFC-Que Choisir، أول دعوى قضائية جماعية، تناولتها وسائل الإعلام المختلفة على نحو مكثف، مما ترتب عليه إثارة وبع واهتمام الجمهور الفرنسي بمتابعتها، قبل صدور حكم قضائي فيها، فقد أحصى حوالي 2300 خبر عنها في وسائل الإعلام، وهذا من شأنه أن يضر بالصورة الذهنية للشركة المقامة ضدها الدعوى.

- (1) V. V. REBEYROL. *art. préc.*, p.941 ; E. CLAUDEL, *art. préc.*, pp.341 et s ; Mireille BACACHE, *art. préc.*, p.462.
- (2) V. V. REBEYROL, "La nouvelle action de groupe", *D.* 2014, *Chron.* pp. 940-946, spéc. p. 941.
- (3) V. V. REBEYROL, *art. préc.*, p. 941.

الطريق المدني بدلاً من الطريق الجنائي<sup>(1)</sup>.

بيد أنه على الرغم من تلك الغاية الرادعة أو العقابية التي تحققها الدعوى الجماعية، إلا أن المشرع لم يسر مع هذا المنطق حتى نهايته. فالوظيفة العقابية كان من المفترض أن تفضى إلى إقرار مبدأ التعويض العقابي الذي يصل مبلغه على الأقل ليطال قيمة الأرباح أو المنافع غير المشروعة التي عادت على المهني من جراء سلوكه المعلوم اجتماعياً<sup>(2)</sup>. ولذلك ولأجل تفعيل الوظيفة العقابية للمسئولية المدنية، يرى بعض الفقه أنه كان من الأولى على المشرع، أن يختار آلية الرضاء الضمني المسبق opt-out، مما يؤدي إلى زيادة عدد أعضاء المجموعة، وليس آلية الرضاء الصريح opt-in؛ ذلك أنه قد يخشى من عدم إعلان الكثير من المضرورين عن رغبتهم في الانضمام إلى المجموعة، بحيث لا يكون التعويض على قدر الضرر الفعلي الذي حل بهم<sup>(3)</sup>. ولكننا نعتقد أن الذي دفع المشرع الفرنسي إلى تبني هذا الخيار هو الرغبة في الإفلات من شبهة عدم الدستورية إذا كرس تلك الآلية، لأنها تتناقض - كما رأينا سلفاً - مع مبدأ أساسى من مبادئ الاجراءات المدنية مفاده أنه لا يجوز لشخص أن يلجأ إلى القضاء نيابة عن الغير بدون رضاء من جانبه.

124. تقييم الدعوى الجماعية، نحن نعتقد أن الدعوى الجماعية طبقاً للتنظيم التشريعى الفرنسى، لا تنطوى على تعديل فى أركان المسئولية المدنية التقليدية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، وفى نفس الوقت فهى تسهل وتكفل للمضرورين أفضل تعويض ممكن لما نزل بهم من أضرار، لاسيما تلك الناجمة عن الأخطاء المربحة ليس فقط فى مجال الاستهلاك، بل فى إطار قانون المنافسة غير المشروعة، وفى مجال قانون الشركات، وبوجه عام الأضرار التى تصيب قطاع واسع من الجمهور وتكون تافهة على المستوى الفردى Le

(1) V. en ce sens, V. Beatrice LAPEROU-SCHENEIDER, *art. préc.*, p. 258.

(2) M. BACACHE, *art. préc.*, p. 464.

(3) M. BACACHE, *art. préc.*, p. 465.

**dommage de masse**<sup>(1)</sup>. وهي تتمتع . بلا شك . بأفضلية ظاهرة على التعويض العقابي، من حيث إنها تحقق في آن واحد الوظيفة المزدوجة للتعويض، أي جبر الضرر وردع المسئول. ولذلك فإننا نطالب، مع بعض الفقه<sup>(2)</sup>، المشرع المصري بسرعة التدخل لنقل هذه التجربة في القانون المصري بالنظر لأنها تمثل إضافة هامة لنظامنا القانوني، ومن شأنها أن تسهم بكفاءة في تحسين نظام التعويض المدني، وتعالج بالتالي عدم الفعالية النسبية للجزاء المدني.

### خلاصة الفصل الثاني:

125. إن التعويض العقابي ليس هو الحل الوحيد لمنع الأخطاء المكسبة، وإنما يوجد إلى جانبه الغرامة المدنية والتعويض الاستردادي، والدعوى الجماعية، وكل هذه الوسائل يمكن تطبيقها إلى جانب التعويض الإصلاحي. ومع ذلك يظل التعويض العقابي، إلى جانب الدعوى الجماعية بالنسبة للأضرار اليسيرة أو حتى الجسيمة التي تصيب عدد كبير من المضرورين، من أفضل الوسائل لمنع وردع الأخطاء المكسبة.

# كلية الحقوق جامعة القاهرة

(1) G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civil », *art. préc.*, p.2953.

(2) د. حسن عبدالباسط جمعي، مسئولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دراسة مقارنة في ضوء تطور القضاء الفرنسي وصدور القانون الفرنسي بشأن مسئولية المنتج عن عيوب المبيع في 19 مايو 1998، دار النهضة العربية 2000، ص 284.

### خاتمة البحث

126. بعد أن فرغنا من بحثنا الذى كرسناه لدراسة فكرة الخطأ المكسب فى اطار المسؤولية المدنية، يمكننا أن نستخلص النتائج الآتية:

أولاً. إن الخطأ المكسب ليس خطأ عاديا بل هو خطأ، من طبيعة عقدية أو تقصيرية، يتجسد فى صورة سلوك غير أخلاقي وانتهازي يرتكبه فاعله عن عمد وبعد تفكير ناضج وتخطيط محكم وحساب لما سيعود عليه من ربح من ارتكاب الفعل الضار وما سيدفعه من تعويض للمضرور ثم المجازفة بارتكابه عن وعى وإدراك وقبول بمخاطره، لأن الربح الذى سيجنه أو التوفير فى النفقات الذى سيحققه سيتجاوز بمدى كبير التعويض الذى سيحكم عليه به.

ثانياً. إن الخطأ المكسب يندرج ضمن طائفة الأخطاء العمدية أو التدلّسية، حتى ولو كان المسئول يستهدف، عادة، من وراء الخطأ تحقيق ربح أو فائدة لصالحه؛ إذ ليس يلزم - كما تقدم - أن يكون قصد الإضرار هو الباعث الوحيد لفاعل الخطأ العمد، بل يكفى أن يكون أحد الدوافع التى دفعته إلى ارتكاب الفعل الضار. فضلاً عن ذلك فإن مرتكب الخطأ المكسب يتصرف بخبث قاصداً النتيجة التى خطط لها، وهو على دراية وإدراك تام أنه يفعل ذلك لمصلحته الشخصية وعلى حساب الغير دون وجه حق، وهو ما يعنى بالضرورة توافر نية الإضرار لديه. ومع ذلك يتميز الخطأ المكسب فضلاً عن ذلك بنتائجه المفيدة والمربحة لفاعله.

ثالثاً. إنه إذا كانت فكرة الخطأ المكسب قد باتت حقيقة واقعة فى نطاق القانون الفرنسى والقانون المصرى، يشهد على ذلك مظاهرها المختلفة التى لم تقتصر على القانون المدنى، وإنما تعدته لتشمل القانون الخاص كله، فإن المسئول لا يتعرض لجزاء حقيقى يثنيه عن معاودة إتيان السلوك الخبيث المؤذى. ورأينا أن مرد ذلك هو التقيد بالتطبيق الصارم والدقيق لمبدأ التعادل بين التعويض والضرر.

رابعاً. إن ظاهرة الخطأ المكسب لن تتوقف عن التوسع إلا بتشديد الجزاء المقرر لها. ولن يتأتى ذلك من خلال أعمال القواعد التقليدية للمسئولية المدنية التى تستهدف بالأساس غاية تعويضية تتمثل فى إعادة المضرور إلى سابق حالته

قبل وقوع الضرر. والطريقة الوحيدة لقمع هذه الأخطاء ومنعها هى استحداث جزاء أخف قسوة من الجزاء الجنائى وأشد ردةً من الجزاء المدنى التقليدى. وهذا الجزاء سيكون من خلال إحياء الوظيفة العقابية للمسئولية المدنية أو ما يعرف بالعقوبة المدنية الخاصة، والتي لها صور كثيرة، أهمها التعويض الجزائى.

خامساً- إن التعويض العقابى، بوصفه أحد تطبيقات العقوبة الخاصة، يمثل الجزاء الفعال والملائم لاقتلاع الأخطاء المربحة من محيط القانون الوضعى. وعلى الرغم من الاعتراضات التى أبداها الفقه فى مواجهته إلا أنها لا تصمد أمام النقد، ويمكن تجاوزها بسهولة ويسر سواء بتعديل يسير فى صياغة النص الخاص بتقدير التعويض على نحو يعبر صراحة على ضرورة أن يأخذ القاضى بعين الاعتبار جسامة الخطأ الذى ارتكبه محدث الضرر، أو باستحداث نص جديد بشأن هذا النوع من التعويض.

سادساً- إن التعويض العقابى ليس هو الجزاء الوحيد لمنع الأخطاء المربحة؛ إذ توجد وسائل أخرى يمكن من خلالها استرداد الأرباح أو المزايا التى حققها مباشر الضرر على نحو غير مشروع. هذه الوسائل هى: الغرامة المدنية، والتعويض الاستردادى، والدعوى الجماعية، ولكن هذه الوسائل لها مثالبها ومزاياها.

سابعاً- إن الدعوى الجماعية بالنسبة للأضرار التافهة التى تصيب قطاع واسع من الجمهور، إلى جانب التعويض العقابى، تعد من أفضل الوسائل وأكثرها فعالية لردع الأخطاء المكسبة.

#### 127. وعلى ضوء النتائج السابقة توصى الدراسة بما يلى:

أولاً- العمل على إحياء الوظيفة العقابية للمسئولية المدنية للحاجة الماسة إليها اليوم فى ظل عدم كفاية المسئولية المدنية لتوفير الاحترام الكافى لقواعد القانون المدنى؛ ذلك أن هذه المسئولية لا تقتصر على عجزها عن منع الأخطاء المكسبة، وإنما هى تشجع على انتشارها وتسمح لفاعل الضرر أن يستعمل قواعد القانون بذكاء وخبث للالتفاف عليه وانتهاك قواعد ليحقق ما يطلق عليه الفقه الآن بالإخلال الفعال بالقانون.

ثانياً- أن يستكمل مشرعنا الوطنى الخطوة التى بدأها المشرع الدستورى، وينظم التعويض العقابى تنظيمياً تشريعياً مفصلاً، نظراً لأهمية هذا الجزاء لمنع الأخطاء المكسبة، فضلاً عن أنه يمثل تحدياً وتطويراً مطلوباً لقانون المسئولية المدنية. ولكننا لا ننصح بتبنى النموذج الأمريكى ولا النموذج الإنجليزى فى التعويض العقابى، وإنما ننصح بأن يستلهم مشرعنا النموذج المقرر فى قانون إقليم كيبيك الكندى، وأن ينص صراحة على أن التعويض العقابى لا يكون إلا بتشريع خاص لمواجهة أخطاء تتسم بالعمد الظاهر والخبث وسوء القصد، وبذلك فإننا نفتح الباب بحذر وبقدر أمام هذا النظام ونراقبه عن كثب، فإذا ما أثبت فاعليته فى المجتمع المصرى، أمكن مد نطاق تطبيقه ليشمل مجالات أخرى؛ المهم أن يبدأ تطبيقه بالنسبة لمشكلة الأخطاء المربحة التى غزت نظامنا القانونى بكثرة فى السنوات الأخيرة.

كما يتوجب على المشرع أن يحدد معيار تقدير التعويض العقابى، وهنا يمكن أن تكون من بين المعايير التى تؤخذ فى الاعتبار، مدى درجة جسامه الخطأ، وثروة المسئول، والعقوبات أو الجزاءات الأخرى الموقعة عليه، ولكننا لا ننصح مشرعنا بوضع حد أقصى لمقدار التعويض، وإنما ينبغى أن يترك الأمر للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع شريطة أن يكون ثمة تناسب واعتدال بين مبلغ التعويض العقابى ومبلغ التعويض الجابر للضرر، وبذلك نتفادى الانتقادات الموجهة لهذا النظام فى القانون الأمريكى.

كما يلزم النص على أن يكون المستفيد من مبلغ التعويض هو المضرور من الخطأ المكسب؛ ولمنع إثراء هذا الأخير دون سبب مشروع، يمكن أن يخصص القاضى لجزء منه لأحد صناديق الضمان التى تعوض ضرراً قريباً من الضرر الذى يشتكى منه المضرور، وذلك لتخفيف إثراء الضحية على حساب المسئول، فإذا لم يوجد هذا الصندوق، فإن هذا الجزء يؤول إلى الخزينة العامة للدولة.

أخيراً، ننبه إلى ضرورة النص على عدم جواز التأمين ضد احتمالات الحكم بالتعويض العقابى، لأن السماح بالتأمين منه ينزع عن هذا التعويض كل فائدة رادعة له؛ ذلك أن ذمة المسئول المالية لن تتحمل فى النهاية بمبلغ التأمين، وإنما



سيحل المؤمن محله، وهذا من شأنه أن يشيع الشعور بعدم المسؤولية في المجتمع، وهو أمر خطير للغاية.

ثالثاً- ندعو مشرعنا الوطني إلى التدخل لتقنين الدعوى الجماعية طبقاً للنموذج الفرنسي الذي استحدثه قانون "هامون"، وذلك نظراً لفائدتها ليس فقط كوسيلة لمنع الأخطاء المكسبة، ولكن أيضاً كأداة فعالة لتحسين تعويض الأضرار التافهة التي تصيب قطاع عريض من الجمهور *préjudices diffus*، كما هي الحال بالنسبة للأضرار التي تصيب المستهلكين، وأضرار البيئة والمنافسة غير المشروعة. ولا توجد - على ما نعتقد - أي عوائق قانونية في سبيل الاعتراف بمكان تلك الدعوى في نظامنا القانوني الوطني، نظراً للتشابه بينه وبين النظام الفرنسي، ولكننا ننصح بضرورة مد نطاق تطبيقها إلى الأضرار المالية والجسدية التي تصيب عدد كبير من المضرورين، طالما أن ضررهم متماثل ومشترك ويرتد إلى مصدر واحد.

رابعاً- نوصي الباحثين والدارسين بتخصيص بعض البحوث المتعمقة لدراسة نظرية التحليل الاقتصادي للقانون بصفة عامة، وللمسؤولية المدنية بصفة خاصة نظراً لأهمية هذا الموضوع في التحقق من كفاية القاعدة القانونية وفعاليتها الجزاء المقرر لها.

بقي أن نشير أخيراً، إلى أنه إذا تبنى مشرعنا الوطني هذه التوصيات، فإنه سينجح - على ما نعتقد - ليس فقط في منع الأخطاء المكسبة، وإنما سيحدث أيضاً تطويراً وتحديثاً مطلوباً لقواعد المسؤولية المدنية لتكون متوافقة ومنسجمة كما يقول بعض الفقهاء الفرنسيين<sup>(1)</sup> مع مقتضيات حياتنا المعاصرة.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين،،،،،

(1) V. *supra*, p. 201.

### Liste des principales abréviations

(قائمة بأهم المختصرات)

AJCA	Actualité Juridique d'affaires – Concurrence – Distribution
AJDI	Actualité Juridique Droit Immobilier
Art.	Article
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre civile)
CRID	Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit
Cass. civ. :	Cour de cassation, chambre civile
Cass. com. :	Cour de cassation, chambre Commerciale
Cass. Ch. Mixte.	Cour de cassation, Chambre mixte
Cass. Ch. réunies.	Cour de cassation, Chambre réunies
Cass. Crim.	Cour de cassation, Chambre criminelle
Cass. Req.	Cour de cassation, Chambre des requêtes
Cass. Soc.	Cour de cassation, Chambre sociale
Chron.	Chronique
Comm.com.elec.:	Communication –Commerce Electronique(Revue)
comment. :	Commentaire
concl. :	Conclusion
Constitutions	Revue de droit constitutionnel appliquée
Contra :	Solution ou avis contraire
D. :	Recueil Dalloz (depuis 1945)
Doctr.	Doctrine
éd. :	édition

fasc. :	Fascicule
Gaz. Pal. :	Gazette du Palais
IR. :	Informations rapides
J.-Cl. :	Jurisclasseur
JCP éd.G. :	Semaine juridique, édition générale
JO :	Journal officiel
Jur. :	Jurisprudence
Justice & Cassation	Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et la Cour de cassation
LGDJ :	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
n° :	numéro
obs. :	observations
op. cit. :	ouvrage cité
p. :	page
préc. :	précité
PUF	Presse universitaire de France
RDA	Revue de droit d'Ass
RDLF	Revue des droits et libertés fondamentaux
REDC	Revue Européenne de Droit de la Consommation
RLDI.	Revue Lamy Droit de l'Immatériel
RTD civ. :	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTD com. :	Revue Trimestrielle de Droit commercial
s. :	suivants
Somm. :	Sommaire
TGI :	Tribunal de Grande Instance
V. :	voir

### قائمة المراجع<sup>(1)</sup>

#### أولاً: المراجع باللغة العربية

##### (أ) المراجع العامة:

أحمد السيد صاوى:

. الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، معدلاً بالقانون رقم 23 لسنة 1992، والقانون رقم 81 لسنة 1996، والقانون رقم 18 لسنة 1999.

أحمد سلامه:

. مذكرات فى نظرية الالتزام، الكتاب الثانى، أحكام الالتزام، مطبعة المعرفة، بدون سنة نشر.

أحمد شوقى محمد عبدالرحمن:

. النظرية العامة للإلتزام، العقد والإرادة المنفردة فى الفقه وقضاء النقض المصرى والفرنسى، منشأة المعارف بالإسكندرية 2004.

أحمد فتحى سرور:

. الوسيط فى قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، 1989.

أشرف وفا محمد:

. الوسيط فى القانون الدولى الخاص، المبادئ العامة لتنازع القوانين فى القانون المقارن. قواعد الإسناد فى القانون المصرى. قواعد الاختصاص القضائى. آثار الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى دار النهضة العربية 2009.

1 ( ) وتجدر الإشارة إلى أننا اعتمدنا فى جمع الكثير من مصادر هذا البحث على العديد من المراجع والمقالات والبحوث المنشورة فى المجالات العربية والدولية المتاحة فى قاعدة بيانات مكتبة جامعة السلطان قابوس للمشاركين بها فقط، وذلك على الموقع التالى:

أنور سلطان:

. الالتزام، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية 1983.

جلال على العدوي:

. أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية، 1986.

جلال محمد ابراهيم:

. أحكام الالتزام، بدون ناشر، 1997.

جميل الشرقاوي:

. النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1995.

. النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، 1992.

رمضان أبو السعود:

. مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2007.

سليمان مرقس:

. الوافي في شرح القانون المدني . ج 2 . في الالتزامات، المجلد الثاني في الفعل الضار والمسئولية المدنية، القسم الأول، في الأحكام العامة . الطبعة الخامسة، تنقيح د. حبيب إبراهيم الخليلي، ايرنى للطباعة (مطبعة السلام) 1988.

. الوافي في شرح القانون المدني . ج 2 . في الالتزامات . المجلد الرابع . أحكام الالتزام . الطبعة الثانية، دار الكتب القانونية شتات . مصر ، المنشورات الحقوقية بيروت لبنان، 1992.

سمير عبدالسيد تناغو:

. أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2005.

صالح جاد المنزلاوى:

. الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، 2008.

عبدالرزاق السنهورى:

. الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الثانى نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات . آثار الالتزام، تحديث وتنقيح المستشار أحمد مدحت المراغى، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2010.

. الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الأول مصادر الالتزام، تحديث وتنقيح المستشار أحمد مدحت المراغى، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2010.

عبدالرشيد مأمون:

. الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الثانى أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، 1996.

عبدالرازق حسن فرج:

. عقد البيع، دراسة مقارنة فى القانون المدنى والفقہ الاسلامى، دار الفكر العربى، الطبعة الأولى 2003.

عبدالسميع عبدالوهاب أبو الخير:

. أحكام الالتزام فى قانون المعاملات المدنية الاماراتى الاتحادي دراسة مقارنة بالفقہ الاسلامى، مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة، 2002.

عبدالفتاح عبدالباقي:

. محاضرات فى العقود، الجزء الثانى، عقد البيع، دار الفكر العربى، بدون سنة نشر.

. موسوعة القانون المدنى المصرى، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقہ الإسلامى، بدون ناشر، 1984.

. دروس أحكام الالتزام، آثار الالتزام . أوصاف الالتزام . انتقال الالتزام انقضاء الالتزام،

مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى، 1992.

**عبدالمنعم البدرأوى:**

. النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى، الجزء الثانى، أحكام الالتزام، آثاره، وأوصافه، انتقاله، انقضاؤه، بدون ناشر، 1989.

**عبدالمنعم فرج الصدة:**

. مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1992.

**عبدالودود يحيى:**

. الموجز فى النظرية العامة للالتزامات، المصادر . الأحكام . الإثبات، دار النهضة العربية، 1994.

**عصمت عبدالمجيد بكر:**

. النظرية العامة للالتزامات . الجزء الأول . منشورات جامعة جيهان الخاصة . أبريل، الطبعة الأولى 2011،.

**على حسين نجيدة:**

المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، دون ناشر، 1999/1998.

**مأمون محمد سلامة:**

. الإجراءات الجنائية فى التشريع المصرى، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 2006-2007.

- قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى، 1991/1990.

**مصطفى العوجى:**

القانون المدنى، الجزء الثانى، المسئولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الرابعة، 2009.

محمد حسام محمود لطفى:

. النظرية العامة للالتزام ، المصادر . الأحكام . الإثبات، دراسة تفصيلية فى ضوء  
أراء الفقه وأحكام القضاء. القاهرة 2007.

. الأحكام العامة لعقد التأمين، دراسة مقارنة بين القانونين المصرى والفرنسى، الطبعة  
الثانية، القاهرة 2001.

محمد حسين منصور:

. القانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، 2010.

. النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2006.

محمد شكرى سرور:

. النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، 1996.

محمد لبيب شنب:

. دروس فى نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، بدون ناشر، 1987.

محمود عبدالرحمن محمد:

. عقد التأمين، النظرية العامة للتأمين، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1997.

فوزية عبدالستار:

. شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ.

فؤاد عبدالمنعم رياض وسامية راشد:

. مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى، دار النهضة العربية، 1993.

منذر الفضل:

. النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقوانين المدنية  
الوضعية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية  
1992.



نبيل إبراهيم سعد:

. النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة 2004.

### (ب) المراجع المتخصصة:

إبراهيم الدسوقي أبو الليل:

. المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، دراسة تحليلية للأنظمة القانونية المعاصرة اللاتينية . الإسلامية . الأنجلو أمريكية، مع طرح فكرة التعدي كأساس عام للمسؤولية المدنية، دار النهضة العربية 1980.

إبراهيم صالح عطية الجبوري:

. العوامل المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2013.

أحمد السعيد الزقرد:

. الاتجاه الحديث لمحكمة النقض المصرية في تحديد مفهوم الضرر "المادى والأدبي" وانتقال الحق في التعويض عنه إلى الورثة بمناسبة الحكم الصادر في 22-2-1994 مقارنا بأحكام التمييز الكويتية، مجلة الحقوق . الكويت، مجلد 20، عدد 2، 1996 ص 231-288.

أسامة أبو الحسن مجاهد:

. فكرة التعويض العقابي، دار النهضة العربية، 2003.

أسماعيل محمد علي المحافري:

. الإغفاء من المسؤولية المدنية في القانون اليمني مقارنا بالقانون المصري والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه . حقوق القاهرة، 1996.

بخيت محمد بخيت علي:

. الغرامة التهديدية أمام القضاء المدني، الجوانب الموضوعية والإجرائية، دراسة تحليلية مقارنة في فكر الحكم التهديدي، دار الجامعة الجديدة، 2008.

بيرك فارس حسين، ومنار عبدالمحسن عبدالغنى:

. التعويض والغرامة وطبيعتهما القانونية، دراسة تحليلية مقارنة، جامعة تكريت للعلوم  
القانونية والسياسية، العدد 6 السنة الثانية، ص 78 . 125.

حسام الدين كامل الأهوانى:

. الحق فى احترام الحياة الخاصة، الحق فى الخصوصية، دراسة مقارنة، دار النهضة  
العربية، 1978.

حسن زكى الإبراشي:

. مسئولية الأطباء والجراحين المدنية فى التشريع المصرى والقانون المقارن، رسالة  
دكتوراه . القاهرة، 1951.

حسن عبدالباسط جميعى:

. مسئولية المنتج عن الأضرار التى تسببها منتجاته المعيبة، دراسة مقارنة فى ضوء  
تطور القضاء الفرنسى وصدور القانون الفرنسى بشأن مسئولية المنتج عن عيوب  
المبيع فى 19 مايو 1998، دار النهضة العربية، 2000.

حسن عبدالرحمن قدوس:

. الحق فى التعويض مقتضياته الغائية ومظاهر التطور المعاصر فى النظم  
الوضعية، دار النهضة العربية، 1998.

خالد عبدالفتاح محمد:

. المسئولية المدنية، مسئولية المهندس المعماري، مسئولية المقاول، مسئولية رب  
العمل، مسئولية الطبيب، مسئولية حارس البناء، فى ضوء أحدث أحكام محكمة  
النقض، دار الكتب القانونية، 2009،

زكى الدين شعبان:

. الشرط الجزائى فى الشريعة والقانون، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، مجلد 1،  
عدد 2، 1977، من ص 119 إلى ص 140.

**سامح عبدالواحد التهامي:**

. الحماية القانونية للبيانات الشخصية، دراسة في القانون الفرنسي، مجلة الحقوق . الكويت . القسم الأول، العدد 3 سنة 2011، من ص 375 إلى ص 434، القسم الثاني، العدد 4 سنة 2011، من ص 219 إلى ص 284.

**سامي عبدالباقي أبو صالح:**

. إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية، القانون رقم 3 لسنة 2005 الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية 2005.

**سامي عبدالله الدريعي:**

. بعض المشكلات التي يثيرها التقدير القضائي للتعويض (تعليق على حكم محكمة التمييز الكويتية رقم 1993/59 المتعلق بالتعويض القضائي عن الضرر)، مجلة الحقوق الكويت . العدد الرابع السنة 26 ديسمبر 2002 ص 71-102.

**سعيد جبر:**

. الحق في الصورة، دار النهضة العربية، 1986.

**صوفيا شيللر:**

. فرضية أمركة قانون المسؤولية، مقالة في مؤلف يحتوى على مجموعة من المقالات والدراسات التي نشرت تحت إشراف فرانسوا تزيه تحت عنوان، أمركة القانون، ترجمة د. محمد وطفه، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2008، ص 295-335.

**عبدالحكم فودة:**

. الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دراسة تحليلية عملية على ضوء الفقه وقضاء النقض، دار الألفى لتوزيع الكتب القانونية بالمنيا، بدون تاريخ نشر.

**عبدالهادي فوزي العوضى:**

. الحق في الدخول في طي النسيان على شبكة الإنترنت، دراسة قانونية تطبيقية

مقارنة، دار النهضة العربية، 2014.

عدنان أحمد ولي:

. التعويض العقابي والتأمين "مفهوم التعويض العقابي وجواز التأمين عليه"، رسالة  
التأمين، السنة الخامسة . العدد الأول . كانون الثاني . شباط 2003، ص 14-17.

عدنان سرحان:

. ملاحظات نقدية بشأن الكتابين الأول والثاني المنظمين للالتزامات . الحقوق  
الشخصية والعقود في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ،  
مجلة الشريعة والقانون . العدد الثالث والعشرون . ربيع الأول 1426 هـ . مايو 2005  
من ص 185-232.

على عبدالحميد تركي:

. نظام الغرامة التهديدية كوسيلة لضمان تنفيذ الاحكام القضائية، دراسة في القانون  
الفرنسي، مجلة الأمن والقانون . اكااديمية شرطة دبي، الامارات ، مجلد 200، عدد  
1، 2012 من ص 62 إلى ص 234، والعدد الثاني من ص 279 إلى ص 352.

فواز صالح:

. التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم، دراسة مقارنة، مجلة دمشق للعلوم  
الاقتصادية والقانونية . المجلد 22 . العدد الثاني 2006 من ص 273 - 295.

فوزية عبدالعزيز طه الشامري:

. إتفاقات المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بين قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات  
العربية المتحدة والقانون المصري، رسالة دكتوراه القاهرة، 2000.

محمد إبراهيم دسوقي:

. تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر  
والتوزيع، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر.

محمد أحمد بكر:

. الشرط الجزائي دراسة مقارنة بين "الشريعة الإسلامية والقانون المدني"، مجلة الشريعة والقانون . جامعة الأزهر . أسيوط . عدد 18، جزء 6 سنة 2006، من ص 1 إلى ص 166.

محمد السعيد رشدي:

. الخطأ غير المغتفر "سوء السلوك الفاحش والمقصود"، (دراسة في القوانين الفرنسي والمصري والكويتي) تحديد فكرة الخطأ غير المغتفر . وتطبيقاتها في مجالات: حوادث المرور . إصابات العمل . المسؤولية الطبية . مخاصمة القضاة، منشأة المعارف . الإسكندرية . الطبعة الثانية 2008.

محمد بودالي:

. حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، 2006.

محمد حسن قاسم:

. نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول 2010، ص 59-287.

محمد حسين علي الشامي:

. ركن الخطأ في المسؤولية المدنية دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري واليمنى والفقہ الإسلامي، دار النهضة العربية، 1990.

محمد شتا أبو سعد:

. التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة، 2001.

محمد عبدالظاهر حسين:

. خطأ المضرور وأثره على المسؤولية، دار النهضة العربية، 2002.

محمود جمال الدين زكى:

. مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول في ازدواج، أو وحدة، المسؤولية المدنية ومسألة الخيرة، مطبعة جامعة القاهرة، 1978.

. مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني في الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية (اتفاق رفع، وتخفيف، المسؤولية والشرط الجزائي، والتأمين من المسؤولية)، مطبعة جامعة القاهرة، 1990.

مصطفى أبو مندور موسى:

. دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، رسالة دكتوراه. حقوق القاهرة، 2000.

مصطفى أحمد عبدالجواد حجازي:

. الحياة الخاصة ومسؤولية الصحفي، دراسة فقهية قضائية مقارنة، فى القانونين المصرى والفرنسى، دار الفكر العربى، 2001/2000.

منال قاسم خصاونة:

. النظام القانونى للغرامة التهديدية، التهديد المالى، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، 2010.

نزيه محمد الصادق المهدي:

. الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود "دراسة فقهية قضائية مقارنة"، دار النهضة العربية، 1990.

نورى حمد خاطر:

. تحديد فكرة الخطأ الجسيم فى المسؤولية المدنية، دراسة نظرية مقارنة، مجلة المنارة، الأردن، المجلد 7، العدد 2، 2001، ص 45-92.

هانى سليمان الطعيمات:

. الضرر المعنوى بين العقوبة والتعويض، دراسة فقهية مقارنة، مجلة مؤتة للبحوث

والدراسات، الأردن، المجلد الثالث عشر، العدد الثامن، 1998 من ص 47 إلى ص 85.

**يحيى صقر أحمد صقر:**

. حماية حقوق الشخصية في اطار المسؤولية التقصيرية، رسالة دكتوراه . حقوق القاهرة، 2006.

**يوسف أحمد حسين النعمة:**

. دفع المسؤولية المدنية بخطأ المضرور، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه . حقوق القاهرة 1991 .

**(ج) مجموعات الأحكام القضائية:**

. عبدالمنعم دسوقي: قضاء النقض في المواد المدنية 1931-1992، في جزئين، الجزء الأول من (أ) إلى (ش) (في مجلدين) الجزء الثاني من (ص) إلى (و)، بدون ناشر، 1993.

. محكمة النقض، المكتب الفنى، الفهرس العشرى الخامس، موجزات القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى المواد المدنية من أول يناير 1990 لغاية 31 ديسمبر 1999، من السنة 41 لغاية السنة 50 المدنية، الجزء الثانى، الأحرف من (ت) لغاية (ش).

. محكمة النقض، المكتب الفنى، الفهرس العشرى الخامس، موجزات القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى المواد المدنية من أول يناير 1990 لغاية 31 ديسمبر 1999، من السنة 41 لغاية السنة 50 المدنية، الجزء الثالث، الأحرف من (ص) لغاية (و).

كلية الحقوق  
بجامعة القاهرة

**ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:**

**I- Ouvrages généraux:**

**BENABENT (Alain)**, *Droit civil, Les obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1991.

**CALAIS-AULOY (Jean) et STEINMETZ (Frank)** : *Droit de la consommation*, 5<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2000.

**CORNU (Gérard)**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrigue, Presse Universitaires de France, PUF, 2000.

**DAVID (René)**, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 11<sup>e</sup> éd., Précis Dalloz, 2002.

**DELEBECQUE (Philippe) et PANSIER (Frederic-Jerome)**, *Droit des obligations, responsabilité civile- Contrat*, éd. Litec, 1998.

**GARE (Thierry)**, *Le droit des personnes*, Dalloz, 1998.

**GUTMANN (Daniel)**, *Droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd. Dalloz. 2002.

**JOURDAIN (Patrice)**, *Les principes de la responsabilité civile*, 4<sup>e</sup> éd., Connaissance du droit, 1998.

**MALINVAUD (Philippe)**, *Droit des obligations, Les mécanismes juridiques des relations économiques*, 6<sup>e</sup> éd. Litec 1992.

**ROLAND, (Henri) et BOYER, (Louis)** : *Locutions latines du droit français*, 3<sup>eme</sup> éd. Litec.



**PORCHY-SIMON (Stephanie)**, *Droit civil, 2<sup>e</sup> année, Les obligations*, Dalloz, 2000.

**SERIAUX (Alain)**, *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd, mise à jour, PUF, 1998.

**Starck (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.)**, *Introduction au droit*, 5<sup>e</sup> éd., Litec, 2000.

**STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.)**, *Obligations, 1. Responsabilité délictuelle*, 5<sup>e</sup> éd., Litec, 1996.

**TERRE (François)**, *Introduction générale au droit*, 4<sup>e</sup> éd. Dalloz, 1998.

**TERRE (François), SIMLER (Philippe) et LEQUETTE (Yves)**, *Droit civil, Les Obligations*, 8<sup>e</sup> éd. Précis Dalloz, 2002.

**VINEY (Genevieve) et JOURDAIN (Patrice)**, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, 2<sup>e</sup> éd. LGDJ, 2001.

**VINEY (Genevieve) et JOURDAIN (Patrice)**, *Traité de droit civil, Les condition de la responsabilité*, 3<sup>e</sup> éd, LGDJ, 2006.

**VOIRIN (Pierre) et GOUBEAUX (Gilles)**, *Droit civil, Personnes – Famille- Incapacité – Biens- Suretés*, tome 1, 27 éd., LGDJ, 1999.

## II-Ouvrages spéciaux (thèses, mémoires, articles, chroniques)

**AGOSTINI (Eric)**, « La circulation des modèles juridiques », *RID comp.* vol.42, n° 2, Avril-Juin 1990, PP. 461-467.

**AKYUREK (Ozan)**, « La class action enfin adoptée! », *Les petites affiches*, 25 mars 2014, N° 60, p.3.

**AKYUREK (Ozan)et PERTHUIS (Clemence de)**, « L'action collective a la française: étude de droit compare entre le droit français et le droit américain », *Les petites affiches*, 25 mars 2014, N° 60, pp. 21-23.

**AMRANI-MEKKI (Soraya)**, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Les petites Affiches*, 13 aout 2002, n° 161, p. 4 et Ss .

**AZEMA (Jacques)**, « La loi renforçant la lutte contre la contrefaçon », *RLDA* N° 93, Mai 2014, PP. 18-23.

**BACACHE (Mireille)**, « Action de groupe et responsabilité civile », *RTD civ.* avril-juin -2- 2014, pp.450-467.

**BEHAR-TOUCHAIS (Martine)**, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *Les Petites Affiches*, 20 novembre 2002, n°232, pp. 36-44.

**BENABENT (Alain)**, « Sanctions et réparation », *Justice & Cassation*, 2005, PP. 91-92.

**BERTRAND (André)**, *Droit à la vie privée et droit à l'image*, Litec, 1999.

**BETEILLE (Laurent) et ANZIANI (Alain)**, « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires », *D.*, 2009, p.2328.

**BOUTHINON-DUMAS (Hugues)**, « Quel remède au désintérêt économique à agir : l'action de groupe ou les dommages – intérêts punitifs ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, No 28 – juillet –septembre 2011, PP. 151, in *Les recours collectifs, Quels enjeux stratégiques et économiques ? Troisième conférence*

annuelle de centre européen de droit et d'économie de l'ESSEC, 28 avril 2011.

**BRUN (P.)**, « 5è états généraux du dommage corporel, « La réparation intégrale, mythe ou réalité ? », *Gaz. Pal.* 10 avril 2010, n° 100, p. 31.

**BRUNET (François), DUPUIS (Aude) et PAROCHE (Éric)**, « L'action de groupe: l'indemnisation des consommateurs favorisée au détriment de la détection des cartels? », *D.*, 2014, *chron.* pp.1600-1609.

**CALCIU (Diana)**, *Les dommages et intérêts punitifs*, mémoire de fin d'études réalisé sous la direction du professeur Denis Mazeaud. Université Paris II « Panthéon Assas », master 2 « droit privé général » disponibles sur internet à l'adresse: [studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollId=162](http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollId=162)

**CARTIER-MARRAUD (Marie-Laure)**, « Class action : L'exemple du Brésil », *Les petites affiches*, 25 mars 2014, N° 60, pp. 9-12.

**CARVAL (Suzanne)**, « La réparation du dommage concurrentiel dans le droit français de la responsabilité : le point de vue d'un civiliste », *Concurrence* N° 2- 2014, pp. 52-59.

**CASSON (Philippe)**, « Dommage immobilier et la réparation intégrale », *Les Petites Affiches*, 25 février 2002 n° 40, P. 5.

**CHARBIT (Nicolas)**, « L'intention de la faute », note sous (Cass. civ. 3e, 9 janvier 2002 ; 2 arrêts), *Les Petites Affiches*, 14 mars 2003 n° 53, P. 14.

**CLAUDEL (Emmanuelle)**, « Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation », *RTD com.* Avril-juin 2014, *chron.PP.339-354*.

**COURT DE FONTMICHEL (Alexandre)**, « La sanction des fautes lucratives par des dommages-intérêts punitifs et le droit français », *Rev. dr. unif.* 2005-4, PP. 737-758. disponibles sur internet à l'adresse: [109.168.120.21/siti/Unidroit/index/pdf/X-4-0737.pdf](http://109.168.120.21/siti/Unidroit/index/pdf/X-4-0737.pdf)

**DAIDO (Van) et CHANG (Marie)**, « La résolution unilatérale du contrat en droit français : vers une harmonisation au sein de la Cour de cassation », *Les petites Affiches*, 9 avril 2004, n° 72, p. 3 et ss.

**DANIEL BRETZNER (Jean) et BENDAVID (Michael)**, « Le rôle de l'avocat dans la mise en œuvre de la loi Hamon : opportunités et limites », *Dalloz Avocats*, 2014, PP.321-324.

**DE LUCA (Stéphanie)**, *Quelle place en droit français pour les dommages et intérêts à titre punitifs ? Analyse des perspectives et problèmes à travers une étude des droits anglais et américain*, Université Panthéon – Assa Paris II Magistère Juriste d'Affaires – DJCE, Master II Droit des affaires, 2011 – 2012. [www.freewebs.com/mja.../memoiredelucastephanie.pdf](http://www.freewebs.com/mja.../memoiredelucastephanie.pdf)

**DE MONCUI (Godefroy)**, *La faute lucrative*, Mémoire présente dans le cadre de l'obtention du Master II Recherche Droit du Marche, Université De Montpellier I, 2010-2011, disponibles sur internet à l'adresse <https://cdcmontpellier.files.wordpress.com/.../de->

*monc...*

**DE MONCUIT (Godefroy)**, «La faute lucrative en droit de la concurrence : un parasite économique », *Le Concurrentialiste*, colloque : Le droit de la concurrence et l'analyse économique, Mai 2013, pp. 17-28, disponibles sur internet à l'adresse ; <https://leconcurrentialiste.files.wordpress.com/2013/05/colloque-droit-concurrence-analyse-economique.pdf>

**DELAPORTE (Vincent)**, « Les sanctions en droit français et communautaire de la concurrence », *Justice & Cassation*, 2005, PP. 37-44.

**DI STEFANO (Maria Grazia)**, *Les dommages-intérêts punitifs en droit français et italien*, Master 2 recherche, sous la direction de Mme le professeur Rose –Noëlle SCHUTZ, Université de Poitiers, accessible sur le site suivant : [droit.univ-poitiers.fr/.../Maria-Grazia\\_Memoire\\_definiti...](http://droit.univ-poitiers.fr/.../Maria-Grazia_Memoire_definiti...)

**EDERY (Betty)**, *L'Action de Groupe est-elle une Procédure Adaptée à la Responsabilité du fait des Produits Médicaux aux Etats-Unis?*, Institut de droit comparé, Faculté en droit Université de McGill, Montréal, Août 2004.

**FABRE-MAGNAN (Muriel)**, « Le dommage existentiel », *D.*, 2010, *chron.*, P. 2376.

**FABRE-MAGNAN (Muriel)**, « De l'inconstitutionnalité de l'exécution force des promesses unilatérales de vente, Dernière plaidoirie avant adoption du projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2015, *Doctr.* pp. 826-828.

**FAGES (Bertrand)**, «Peines excessives », *note sous* Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 1 déc. 2010, n° 09-13.303, *RTD civ.*, 2011, pp. 122-126.

**FASQUELLE (Daniel)**, «Concurrence déloyale: amendes civiles ou dommages punitifs », Exposé introductif, *Gaz. Pal.*, 9 et 10 novembre 2001, p. 1681.

**FASQUELLE (Daniel)**, «L'existence de fautes lucratives en droit français », *Les Petites Affiches*, 20 novembre 2002, n°232, p.27.

**FASQUELLE (Daniel)**, « Exposé introductif sur la concurrence déloyale : Amendes civiles ou dommages punitifs», disponible sur le site <http://www.creda.ccip.fr>.

**FOUSSARD (Dominique)**, « La sanction et le principe de proportion : éléments pour une problématique», *Justice & Cassation*, 2005, PP. 93-105.

**FRISON-ROCHE (M.-A.)** : « L'affaire Champagne ou l'ineffectivité du droit ou le mépris du juge », *RTD civ.* (1995).

**HARKIM (Douglas)**, *BMW of North America, Inc. v. Gore: A Trial Judge's Guide to Jury Instructions*, University of Nevada Reno A thesis submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of Master of Judicial Studies and Judicial Review of Punitive Damage Awards, December, 1999, 66 pages.

**GRAS (Frédéric)**, « L'indemnisation des atteintes à la vie privée », *Legicom*, n° 20, 1999, pp. 21-25.

**GUEGAN-LECUYER (Anne)**, « Incertitude et causalité dans

la perspective des dommages de masse », pp. 1-10 et disponible sur [www.courcassation.fr](http://www.courcassation.fr)

**GUILLOTTE (Yvan)**, « Exequatur et dommages et intérêts punitifs prononcés par une juridiction américaine », janvier 2011, étude disponibles sur internet à l'adresse : [www.soulier-avocats.com/.../Soulier\\_YG\\_exequatur\\_pu](http://www.soulier-avocats.com/.../Soulier_YG_exequatur_pu), pp. 1-4.

**GUINCHARD (Serge)**, « L'action de groupe en procédure civile française », *RID comp.* Vol 42, N° 2 Avril-juin 1990, PP. 599-635.

**HABIBI (Claire) et PHILIBERT (CYRIL)**, « L'intérêt des class actions dans le traitement judiciaire des dommages de masse », *Les Petites affiches*, 25 mars 2014, N° 60, pp. 18 -19.

**HAERI (Kami) et JAVAUX (Benoit)**, « L'action de groupe "santé" soulevé de nombreuses difficultés », *D.* 2015, pp.548-587.

**HOUTCIEFF (Dimitri)**, « Loteries publicitaires : les promesses engagent aussi ceux qui y laissent croire », note sous Cass. ch. mixte, 6 septembre 2002, 2 arrêts, *Petites Affiches*, 24 octobre 2002 n° 213, P. 16.

**HUILLIER (Jacques)**, « Propriété intellectuelle : des dommages et intérêts punitifs pas si punitifs », *Gaz. Pal.*, 7 juillet 2009, n°188, p.2.

**JAUFFRET-SPINOSI (Camille)**, « Les dommages et intérêts punitifs dans les systèmes de droit étranger », *Les Petites Affiches*, n°232, p.8.

**JOURDAIN (Patrice)**, *Rapport introductif* colloque du 20 novembre 2002 « Faut-il moraliser le droit français de la responsabilité civile ? », *Les Petites Affiches*, n°232, p.3.

**LACROIX (Marieve)**, « Attention au gros lot! Richard c. Time Inc. », *Revue du Barreau*, (en ligne) Tome 71, 2012, PP. 147-173.

**LAPEROU-SCHENEIDER (Beatrice)**, « De la nature répressive de l'action de groupe et de son extension en droit du travail », *Droit Social*, n° 3 –mars 2015, étude PP. 256-263.

**LAPOYADE DESCHAMPS (Christian)**, « La réparation du préjudice économique pur en droit français », *RID comp* Vol. 50 N°2, Avril-juin 1998. Etude de droit contemporain [Contributions françaises au 15ème Congrès international de droit comparé (Bristol, 26 juillet-1er août 1988)] pp. 367-381.

**LASSERRE (Valérie) et LE MORE (PAULINE)**, «Premières observations sur la mise en œuvre de l'action de groupe en matière de consommation (D. no 2014-1081, 24 sept. 2014) », *Contrats, Concurrence, Consommation*, No 11, novembre 2014, étude, pp. 6 et ss.

**LE MORE (Pauline)**, « 3 Questions récents développements de la réparation au titre d'un préjudice commercial », *JCP éd. E.* N° 16 – 18 avril 2013 PP. 5 et s.

**LEHAIRE (Benjamin)**, *L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles, Pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droits français et canadien*, Université Laval Québec, Canada Et Université de La Rochelle, 2014, 529



Pages.

**LEHAIRE (Benjamin)**, *L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles : Pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droits français et canadien*, Thèse en cotutelle Université Laval Québec, Canada et Université de La Rochelle France, 2014. 511 pages.

**LICARI (François-Xavier)**, « La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public internationale : une décision en trompe-l'œil de la Cour de cassation ? », *note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ. 1<sup>er</sup> décembre 2010, D. 2011, pp. 423-427.*

**MACKAAY (Ejan)**, « L'analyse économique du droit comme outil de la doctrine juridique: la bonne foi et la justice contractuelle », Série scientifique, CIRANO centre interuniversitaire de recherche en analyse des organisations, Montréal, Décembre 2011, 31 pages.

**MARCHADIER (Fabien)**, « La réparation des dommages à la lumière de la convention européenne des droits de L'homme », *RTD civ. Avril/Juin 2009, PP. 245-268.*

**MARTINS-COSTA (Judith) et SOUZA PARGENDLER (Mariana)**, « Us et abus de la fonction punitive (Dommages-intérêts punitifs et le droit brésilien), *RID comp, 4-2006, PP.1145-1184.*

**MASTOR (Wanda)**, « Responsabilité environnementale et dommages et intérêts punitifs », *Constitutions, 2010, chron., pp. 144-1445.*

**MAUCLAIR (Stéphanie)**, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, Thèse Université d'Orléans, novembre 2011.

**MAZEAUD (Denis)**, *La notion de clause pénale*, Bib. de droit privé, tome 223, LGDJ, 1992, préface de François CHABAS 447 pages.

**MEADEL (Juliette)**, « Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ? », *Les Petites Affiches*, 17 avril 2007, n°77, p.6.

**MEKKI (Mostapha)**, «La place du prejuidice en droit de la responsabilite civile», 2010, pp. 151-200, disponibles sur internet à l'adresse :

[lex.juris.hokudai.ac.jp/gcoe/journal/LPG\\_vol5/5\\_7.pdf](http://lex.juris.hokudai.ac.jp/gcoe/journal/LPG_vol5/5_7.pdf)

**MESA (Rodolphe)**, « La consécration d'une responsabilité civile punitive: une solution au problème des fautes lucratives? », *Gaz. Pal.*, 21 novembre 2009, n° 325, p. 15.

**MESA (Rodolphe)**, «L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives», *D.*, 2012, *doctr.* pp. 2754-2759.

**MESA (Rodolphe)**, « Le droit de la concurrence déloyale et du parasitisme économique confronté à la problématique de la faute lucrative", *Concurrences* N° 2-2013, I, *Doctrines*, pp. 49-55.

**MESA (Rodolphe)**, « Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime », *JCP*, du 21 Mai 2012 - n° 20-21 , *éd, G*, p. 1017.

**MOLFESSIS (Nicolas)**, « L'exorbitance de l'action de groupe a la française », *D.* 2014, *chron.* pp. 947-953.

**NUSSENBAUM (Maurice)** : « comment mieux punir la faute lucrative », *Les échos*, 21/04/2011, [www.lesechos.fr/.../20917-044ECH-comment-mieux-p...](http://www.lesechos.fr/.../20917-044ECH-comment-mieux-p...)

**NUSSENBAUM (Maurice)**, « L'appréciation du préjudice », *Les Petites Affiches*, n°99, PP. 78-88.

**NUSSENBAUM (Maurice)**, « L'évolution des préjudices économiques », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 3- mai-juin 2013, *étude* 13, pp. 32-43.

**ORTSCHEIDT (Jérôme)**, « Les dommages et intérêts punitifs en droit de l'arbitrage international », *Petites Affiches*, 20 novembre 2002, n°232, p.17.

**PERDRIAU (André)**, « L'amende civile d'appel », *Les Petites Affiches*, 18 novembre 1999 n° 230, P. 4.

**PETIT (Etienne)**, « Loteries publicitaires: nouveau régime issu de la loi du 20 décembre 2014 », *D.* 2015, n° 7, P. 373.

**PICCA (Georges) et SAURET (Alain)**, « De la faute inexcusable de l'employeur à l'obligation de sécurité de résultat en matière de maladies professionnelles », *Les Petites Affiches*, 27 mars 2002 n° 62, P. 15.

**PONS (Albane)**, *A propos de la notion de dommages et intérêts punitifs en droit français et américain*, disponibles sur internet à l'adresse :

<http://m2bde.uparis10.fr/node/2404?destination=node%2F2404>

**PORTMANN (A)**, « Il est inacceptable de réserver l'exercice de l'action de groupe à 17 personnes morales », *Dalloz actualité*, 29 avril 2013.

**POULET-GIBOTECLERC (Nadine)**, « La faute lourde n'a pas disparu, elle ne disparaîtra pas », *Les petites Affiches*, 3 juillet 2002, no 132, p. 16.

**QUANICHE, (Mikael)**, « Renforcement du dispositif législative dans l'évaluation du préjudice en cas de contrefaçon », *JCP éd. E.*, 2014 etu. 1194, n° 15 – 10 avril 2014, PP. 44- 46.

**QUEZEL-AMBRUNAZ (Christophe)**, « Des dommages et intérêts octroyés par la Cour européenne des droits de l'homme », *RDLF 2014, Chron. n°5* (<http://www.revuedlf.com/>)

**RAVANAS (Jacques)**, La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, *Bibl. Dr. Prive, T. CLIII, préface de Pierre KAYSE, LGDJ, 1978.*

**REBEYROL (Vincent)**, « La nouvelle action de groupe », *D. 2014, Chron. PP. 940-946.*

**ROME (Felix)**, « Objectif lucre », *D. 2014, P. 769.*

**ROSTAN D'ANCEZUNE (Vladimir)**, « Dommages- intérêts punitifs: Le chant des sirènes », *La tribune de l'assurance- N° 158-Mai 2011 PP.50-53* disponibles sur internet à l'adresse : [www.hmnpartners.com/.../Dommages\\_interets\\_punitifs..](http://www.hmnpartners.com/.../Dommages_interets_punitifs..)

**ROY (Pauline)**, *Les dommages exemplaires en droit Québécois, instrument de la revalorisation de la responsabilité civile*, Thèse

Université Montréal, octobre 1995, 601 pages.

**RUDDEN (Bernard) et JUILHARD (Philippe)**, « La théorie de la violation efficace », *RID comp.* Vol. 38 N°4, Octobre-décembre 1986. pp. 1015-1041.

**SAMSON (Mélanie)**, « Les dommages punitifs en droit québécois : tradition, évolution et... révolution? », (2012) 42 *R.D.U.S.* PP. 159-201.  
[www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/...](http://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/...)

**SEYRAT (Serge)**, *Le bon père de famille, étude sur l'origine, la signification et la fonction de l'expression dans le droit*, thèse Paris II, 1985. 355 pages (sans table des matières)

**SINLEZ, (Cyril)**, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile, contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Thèse Université Montréal, Décembre 2009, 507 PP.

**UTZSCHNEIDER (Yann) et MUSSI (Costanza)**, « L'action de groupe en droit de la concurrence, Une intention louable a la mise en œuvre complexe », *AJCA*, Aout- septembre 2014, PP. 222-225.

**VERON (Pierre) et ROUX-VAILLARD (Stanislas)** : « Les dommages-intérêts pour contrefaçon de brevet en droit américain », *RLDI*, mars 2006, no 14, PP. 67-74.

**VIGNOLLE (Pierre-David)**, « La consécration des fautes lucratives : une solution au problème d'une responsabilité civile

punitive (Acte II) », *Gaz. Pal.*, 14 janvier 2010, n°14, p.7.

**VILLARREAL (Luis Ernesto Aguirre)**, *Integration of punitive damages into countries with a civil law system : Mexico,s Case: a dissertation submitted on the first day of july of 2008 to the Tulane Law School*,333 pages.

**VINCENT (Anne-Laure) et ROUX (Hortense de)**, « Les actions de groupe, une reforme nécessaire au regard des lacunes des procédures alternatives prévues par le droit français », *Les petites affiches*, 25 mars 2014 N° 60. pp. 14-16.

**VINEY (Geneviève)**, *Rapport de synthèse* colloque du 20 novembre 2002 « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? », *Les Petites Affiches*, n°232, p. 66.

**VINEY (Geneviève)**, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civil », *D.*, 2009, chron. PP. 2944- 2954.

**VIVANT (Michel)**, « Prendre la contrefaçon au sérieux », *D.* 2009, *chron.* PP. 1839-1844.

#### **Rapports, Projet et proposition de loi**

- **ANZIANI (Alain) et BETEILLE (Laurent)**, *Rapport d'information*, enregistré à la présidence du Senat le 15 juillet 2009, n° 558, accessible sur le site: [www.senat.fr/rap.r08-558/r08-5581pdf](http://www.senat.fr/rap.r08-558/r08-5581pdf).
- *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 25 septembre 2005, 148 (accessible sur le site Internet du

Ministère de la Justice français  
<http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/rapportcatalaseptembre2005.pdf> 192 P.

- **BETEILLE (Laurent)**, *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*, présentée et enregistré à la présidence du Sénat, le 9 juillet 2010, n° 657, sur le site [www.senat.fr](http://www.senat.fr).
- **BETEILLE (Laurent) et YUNG (Richard)**, L'action de groupe a la française : parachever la protection des consommateurs, Rapport d'information n° 499, déposé le 26 mai 2010 au Sénat, disponible sur le site suivant : [http://www.senat.fr/lc/lc206/lc206\\_mono.html](http://www.senat.fr/lc/lc206/lc206_mono.html)
- **CERUTTI (Guillaume), et GUILLAUME (Marc)**, *Rapport sur l'action de groupe*, rapport remis le 16 décembre 2005, au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, et au ministre de la justice, Garde des sceaux, 71 pages. disponible sur le site: [www.presse.justice.gouv.fr/.../1\\_rappactiondegroupe](http://www.presse.justice.gouv.fr/.../1_rappactiondegroupe)
- **DOSSIER** :L'introduction en droit français des class actions, *In actualités de droit de la consommation 2005/5* Sous la Direction de Daniel Mainguy, Professeur à la faculté de droit de Montpellier, Centre du droit de la consommation et du marché (CDCM) Disponible sur : [www.assoune.eu/documents/class-action.pdf](http://www.assoune.eu/documents/class-action.pdf).
- **Report** on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages (1997) ; *Law Com.*, n° 247.



كلية الحقوق  
جامعة القاهرة