نطاق تعويض المسؤولية المدنية الناشئة عن الخطأ المربح

دراسة تحليلية مقارنة

د. علاء الدين عبدالله الخصاونه *

تاريخ تقديم البحث: ٢٠١٨/١٠/١٧م. تاريخ القبول: ٣٠/ ٢٠١٩/٥ م.

ملخص

تتناول هذه الدراسة مسألة التعويض عن الخطأ المربح الذي تتزايد صوره في الوقت الحالي، والتعويض عن الضرر الناتج عن الخطأ المربح يختلف عن تعويض الأضرار الناتجة عن الأخطاء التقليدية، حيث يرتبط التعويض عن الأخطاء المربحة بالمكاسب التي حققها المدعى عليه. وقد أثار التعويض عن هذه الأخطاء جدلاً كبيراً لدى الفقه والقضاء الذين حاولوا البحث عن حل للإشكاليات التي يطرحها، خصوصاً أساس وطبيعة هذا النوع من الأخطاء، وتحديد الجزاء الذي يتلاءم مع طبيعتها، إذْ اتضح لنا أن هذه الجزاءات تتدرج في فئتين: جزاءات تسعى لردع مرتكب هذه الأخطاء، كالتعويض العقابي والغرامة المدنية، وجزاءات تركز على استرداد الأرباح غير المشروعة التي يحققها مرتكب هذا الفعل. كما توصلت هذه الدراسة إلى ضرورة وضع نصوص تعالج الأخطاء المربحة لخصوصيتها، مما يستتبع إيجاد جزاءات خاصة لها.

الكلمات الدالة: الخطأ المربح، تعويض عقابي، الغرامة المدنية، التعويض الاسترادي.

* كلية الحقوق، جامعة اليرموك.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

Compensation for Profitable Faults: An Analytical and Comparative Study

Dr. Alaa Eddin Abdu Allah Al-Khasawneh

Abstract

This study deals with the issue of compensation for profitable faults, which differ from the compensation of traditional damages. Compensation for profitable faults is related to the gains made by the defendant. The compensation for these faults raised great controversy among the jurisprudents and the judiciary, who tried to search for the basis and nature of this type, and to determine a sanction appropriate to their nature. The aim of this study is to review the specificity of the profitable faults, to identify appropriate sanctions, to review the disadvantages of each type, and to propose a basis for profit-based sanctions.

Keywords: lucrative faults, punitive damages, exemplary damage.

المقدمة:

من المعروف والمستقر فقهاً وقضاء أن مرتكب الفعل الضار يسأل عن فعله ويلزم بدفع التعويض عن الأضرار التي يحدثها للغير، وأن يلتزم بتعويض المتضرر عن الخسارة اللاحقة والكسب الفائت وفوات الفرصة في المسؤولية عن الفعل الضار (التقصيرية) وعن الضرر الواقع فعلاً دون الكسب الفائت أو الأضرار المعنوية في المسؤولية العقدية، ولم يكن يسأل عما عدا ذلك، وهو ما يطلق عليه مبدأ التعويض الكامل، الذي يحكم الفقه والقضاء اللاتيني والدول المتأثرة به وهو ما يتبناه المشرع الأردني، لكن مع مرور الوقت ظهرت وقائع يكون فيها تطبيق مبدأ التعويض الكامل غير كافٍ ويجعل الباب مفتوحاً لأصحاب النية السيئة الذين يعمدون لارتكاب بعض السلوكيات التي رغم علمهم بعدم مشروعيتها وبإمكانية إدانتهم بدفع التعويض عن نتائجها، إلا أنها تحقق لهم ربحاً لا يستهان به، مما يدفعهم لارتكاب تلك السلوكيات، هذه السلوكيات توصف بالأخطاء المربحة[١] والتي يرمي الفاعل من وراء ارتكابها لتحقيق ربح وتيقنه بأن الزامه بدفع مبلغ التعويض للضحية، سيكون شيئاً يسيراً مقابل الربح الذي يكون قد جناه، وهو ما يبرز عدم فعالية القانون وعدم إمكانية القضاة مجابهة السلوك غير المشروع لهذا الأخير، وتظهر هذه الفرضيات في مجالات عدة وعلى وجه الخصوص، التعدي على الحق في الخصوصية والحق في الصورة للشخصيات المشهورة، والمنافسة غير المشروعة والممارسات التقييدية للمنافسة والتقليد في مجال الملكية الفكرية، الخ.

أهمية الدراسة:

تبرز أهمية الموضوع من الناحية النظرية في أن هذا الموضوع يثير نقاشاً جدياً حول تطبيق المبادىء العامة في التعويض ولغموض فكرة الأخطاء المربحة وتطبيقاتها المتعددة، بالإضافة لقلة الدراسات التي تناولتها وبالذات في التشريع الأردني، أما الأهمية العملية للدراسة، فتتمثل بتزايد صور الأخطاء المربحة في ظل عدم كفاية القواعد التقليدية للتعويض عن مجابهتها، كما تتعزز أهمية الموضوع في ضوء تبني محاولات تعديل التقنين المدني الفرنسي لهذه الفكرة وإيجاد جزاء خاص بها.

(١) استخدمنا في هذه الدراسة مصطلح الخطأ المربح بالرغم من تحفظنا على هذا المصطلح وذلك لتواتر الفقه على استخدام هذا المصطلح وتبني التشريعات الغربية لهذا المصطلح عند محاولة ترجمة النصوص التي أقرته، ويتمثل تحفظنا على استخدام هذا المصطلح بعدم دقته في التعبير عن هذا النظام في التشريع الأردني، ذلك أن المسؤولية عن الفعل الضار تقوم على الإضرار وليس على الخطأ استناداً لنص المادة ٢٥٦ من القانون المدني الأردني التي تنص على أن "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر".

مشكلة الدراسة:

لم تنظم العديد من التشريعات الوطنية ومنها التشريع الفرنسي والأردني فكرة الأخطاء المربحة، ولم تقرر جزاء خاصاً بها، بالرغم من تبني القضاء في بعض الحالات لهذه الفكرة، من أجل ذلك، فقد أثارت مسألة التعويض عن الخطأ المربح اشكاليات قانونية مهمة وخلافاً كبيراً لدى الفقه والقضاء نظراً لخروجها عن القواعد العامة في التعويض، فهل تقبل التشريعات والمحاكم بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن الخطأ المربح؟ وعلى أي أساس؟ وما هي خصائص وعناصر الخطأ المربح؟ حيث يثور التساؤل حول موقف القانون المدني الفرنسي والأردني من التعويض عن الأخطاء المربحة، في ضوء خلوها من إشارة صريحة للأخطاء المربحة.

المنهج المتبع:

لقد اتبعنا في هذه الدراسة منهجاً تحليلاً مقارناً بهدف عرض جوانب الموضوع وإبراز خصوصية الخطأ المربح، وتحليل اتجاهات التشريع والقضاء في بعض الدول التي تبنت هذه الفكرة وأقرت جزاء خاصاً بها، مثل الولايات المتحدة وإنجلترا وكندا وأقليم الكيبك في كندا، بالإضافة لبحث موقف القانون الفرنسي والأردني بهذا الخصوص، بالرغم من عدم تبنيهما لقواعد خاصة بهذه المسألة، مع بيان موقف الفقه الإسلامي باعتباره المصدر الثاني للقانون المدني الأردني بعد التشريع كلما أمكن ذلك، لذلك بات من الضروري التعريف بالخطأ المربح وتسليط الضوء على ذاتيته في المبحث الأول، ثم التطرق لخصوصية نظامه القانوني، مبينًا الجزاء المناسب لهذا النوع من الأخطاء، عبر بيان أوجه القصور في النظم المقترحة كجزاء وامكانية ايجاد آليات أخرى أكثر فعالية في المبحث الثاني.

المبحث الأول: ماهية الخطأ المربح

تتجسد ذاتية الخطأ المربح وخصوصيته من خلال ماهيته، بحيث يتميز عن غيره من الأفعال الضارة من ناحية مفهومه (المطلب الأول)، يضاف إلى ذلك خصوصية نطاق هذا الخطأ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الخطأ المربح

لا بد لتحديد مفهوم الخطأ المربح من التعريف به، وبيان موقف التشريعات المختلفة منه.

الفرع الأول: التعريف بالخطأ المربح

إن استعراض مختلف المحاولات الفقهية والتشريعية لتحديد مفهوم الخطأ المربح وعناصره يظهر خصوصيته، من ناحية أن هذا المفهوم يجمع بين طياته مختلف عناصر وشروط الخطأ المربح بالرغم

من تعدد تطبيقاته وتناثرها بين نصوص متفرقة، وصعوبة تعريفه في بعض الحالات[١]. وقد تناول العديد من الفقهاء فكرة الخطأ المربح وحاولوا تحديد مفهومها، حيث يعرفه أحد الفقهاء بأنه: "الخطأ الذي يحقق فيه مقترف الفعل الضار الموجب للمسؤولية التقصيرية أو العقدية ربحاً يتجاوز مقدار التعويض الواجب دفعه المتمثل بعنصري الخسارة الحالة والكسب الفائت على فرض إقرار مسؤوليته"[٢]. نلاحظ أن هذا التعريف قد ركز على عنصر الربح كأحد العناصر المكونة للخطأ المربح ولم يشر إلى وجوب أن يكون الفعل المرتكب عمدياً أو أن يتضمن سلوكاً مشيناً أو عدوانياً أو مشوباً بسوء نية كما فعلت عدة تشريعات في العديد من الولايات المتحدة الأمريكية. وفي نفس الاتجاه، يكون الخطأ مربحاً، عندما تتجاوز نتائجه التعويض المفروض من قبل المحاكم على مرتكبه، ويكون لدى مرتكب الفعل مصلحة في ارتكابه وخرق القاعدة القانونية، فقد عرفه جانب من الفقه بأنه: "الخطأ الذي بالرغم من التعويض الذي يلزم مرتكبه بدفع تعويض عنه والذي يقدر بناء على الخسارة اللاحقة بالمضرور، فإنه يترك لفاعله ربحاً كافياً، بحيث لن يكون لديه أي سبب يمنعه من ارتكابه"[٣]، فهو الخطأ الذي يسمح لمرتكبه بالاستفادة منه بالرغم من التزامه بدفع التعويض الإصلاحي[٤]، وهو سلوك غير مشروع ينتج ربحاً لمرتكبه بشكل مستقل أو مكمل للضرر الذي من المحتمل أن يسببه للمتضرر[٥]. بالمقابل، يعرفه جانب من الفقهاء بأنه: "السلوك المخالف للأخلاق والمتدبر فيه وغير النزيه والذي منه يغنم مقترفه منفعة مالية بخرق قواعد القانون والأخلاق."[٦] ويصف البعض الخطأ المربح، بأنه ذلك المفهوم الغامض والواضح في نفس الوقت من

(1) Perret L., Le droit de la victime a des dommages punitifs en droit civil québécois : sens et contresens, Revue générale de droit, 2003, 33(2), 233-256, p. 247.

(٢) ظافر حبيب جبارة، النطاق الفني للتعويض عن الخطأ المربح في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، جامعة ذي قار، ٢٠١٦، العدد ١٣، ص ٧.

(3)Stark B., Boyer L., Roland H., Les obligations, 1. La responsabilité délictuelle, 5e éd., 1996, Litec, n 1335., VINEY G., projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription du 22 sept. 2005, existe sur le site http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf , p. 148. تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٩/٨

(4)BALLOT-LÉNAA., « Les pratiques des affaires saisies par le droit commun de la responsabilité civile français », Pratique des affaires et règles juridiques : Influences, limites, 2016.

(5)Mesa R., Précision sur la notion de faute lucrative et son régime, JCP du 21 mai 2012, p. 1017.

(6)De moncuit G., La faute lucrative, mémoire Master2, 2011, Université de Montpellier1, p. 8., Sichel L., La gravité de la faute en responsabilité civile, Thèse Paris 1, 2011, n° 551., Fasiquelle, L'existence de fautes lucratives en droit français, Les Petites Affiches, 20 novembre 2002, p. 27.

ضمن مفاهيم المسؤولية المدنية[١] وأن مفهوم الخطأ المربح يشير إلى السلوك غير الأخلاقي لشخص يستمد منفعة مالية من انتهاك القانون والأخلاق بشكل مقصود[٢]، فالأصل أن ارتكاب فعل غير مشروع لا يؤدي للربح، بل يجب أن يسأل عنه مرتكبه، وهنا يبرز مفهوم الخطأ المربح باعتباره يشير إلى تصرف غير مشروع تم التفكير به بسوء نية من قبل الشخص الذي ارتكبه والذي يجني ربحاً من ورائه[٣].

وأخيراً يرى جانب من الفقه أن التعريفات السابقة أغفلت الإشارة لطبيعة الخطأ المربح، وهل هو خطأ جسيم أم يسير أم خطأ عمدي أم مجرد إهمال[٤]. وعرفه هذا الجانب بأنه "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 بمخاطرة"[٥]. ونلاحظ أن خصوصية دلالة المصطلح المستخدم تظهر من التساؤل حول امكانية أن يشكل السلوك غير المشروع خطأ وأن يكون مربحاً في نفس الوقت، فهو خطأ لأنه خرق لقواعد القانون أو للعقد وبشكل عمدي، وهو مربح لأن هذا الخرق أو الاخلال يؤدي لتحقيق منفعة أو ربح لمرتكبه[٦]. ويمكن القول بأن الخطأ المربح هو إخلال المتعاقد بالتزامه العقدي أو مخالفة الشخص لالتزام قانوني مع علمه بأثر ارتكابه لهذا الفعل غير المشروع وبقيمة مبلغ التعويض الذي قد يدان به وإقدامه على ارتكابه بهدف تحقيق ربح أكبر مما قد يدان به من تعويضات.

الفرع الثاني: موقف التشريعات من الخطأ المربح

فكرة الخطأ المربح غير موجودة بشكل صريح في القانون الفرنسي[٧]، فلم يرد في التقنين المدني الفرنسي نص خاص يؤسس لفكرة الخطأ المربح. بالرغم من ذلك، نجد لهذه الفكرة أصلاً في بعض

(1)MEADEL J., « Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ? », Les Petites affiches, 17 avril 2007 n° 77, p.6.

(2)De Luca S., Quelle place en droit français pour les dommages et intérêts a titre punitif ? Analyse des perspectives et problèmes à travers une étude des droits anglais et American, mémoire, Université Panthéon Assas Paris II, 2012, p. 38.

(3) De moncuit G., La faute lucrative., op. Cité, p. ٦٠.

(٤)عبدالهادي العوضي، الخطأ المكسب في إطار المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص ٢٢-٢٣.

(٥)عبدالهادي العوضي، الخطأ المكسب في إطار المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ٢٤.

(6)De moncuit G., La faute lucrative, op. cit, p. 8.

(٧) عبدالهادي العوضي، الخطأ المكسب في إطار المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ١٧.

النصوص المتفرقة التي تتضمن بعض تطبيقات الخطأ المربح، كقوانين حماية حقوق الملكية الفكرية والعلامات التجارية وبراءات الاختراع والمنافسة غير المشروعة وقانون حماية المستهلك التي تضع الفائدة التي يجنيها مرتكب الاعتداء على هذه الحقوق كمعيار لتقدير التعويض الذي سيحكم به على مرتكب هذه الأفعال. فقوانين حماية الملكية الفكرية تعاقب كل من يقوم بتقليد مصنف ما بعدة جزاءات منها فرض مبلغ محدد بالقانون على مرتكب هذا الفعل أو إلزامه برد الأرباح التي جناها، كما سنعرض لاحقاً، كذلك الأمر في قانون المنافسة عندما يحكم بغرامات على من يرتكب ممارسات مقيدة أو منافية للمنافسة(١).

كما أن العديد من محاولات تعديل التقنين المدني الفرنسي قد أشارت لفكرة الخطأ المربح سواء بشكل صريح ومباشر أو بشكل غير مباشر، ففي تقرير بعنوان "المشروع التمهيدي لإصلاح قانون الالتزامات والتقادم" والمسمى مشروع كاتالا(٢)، تم اقتراح إدخال فكرة الخطأ المربح في قواعد المسؤولية وتقرير جزاء خاص بها(٣)، وقد اشارت لذلك المادة (١٣٧١) من هذا المشروع، حيث جاء فيها "يمكن إدانة مرتكب الخطأ ظاهر العمد، وعلى وجه الخصوص الخطأ المربح، وبالإضافة إلى التعويض الفعلي، بتعويض عقابي يكون للقاضي حق منحه جزئياً للخزانة العامة. ويجب أن يكون قرار القاضي بمنح مثل هذه التعويضات مسبباً بشكل خاص ومميزًا له عن التعويضات الأخرى التي تم منحها للضحية. والتعويضات العقابية ليست قابلة للتأمين "بتحليل نص هذه المادة، يلاحظ أنها تتحدث عن أدانة مرتكب الخطأ ظاهر العمد، وبالذات الخطأ المربح، والحكم عليه بتعويض عقابي، لذلك يمكن وفق هذا النص تقريب الخطأ

(١) حيث تنص المادة (L. 464-2) من التقنين التجاري الفرنسي على أن الغرامات يجب أن تكون متناسبة مع جسامة الأفعال المدعى عليه بها، وأهمية الضرر الذي وقع على الاقتصاد، أو موقف الشركة أو تكرارها لهذه الممارسات، وإذا كان مرتكب الفعل ليس شركة ، فإن الحد الأقصى للعقوبة هو ثلاثة ملايين يورو. فإذا كان شركة، فإن الحد الأقصى لمبلغ العقوبة هو ١٠٪ من المبلغ الأعلى في أي شركة على مستوى العالم باستثناء الضرائب المحققة في أحد السنوات المالية التي تم إغلاقها منذ السنة المالية التي سبقت السنة التي ارتكبت فيها الممارسات". ومع ذلك، فإن هذا النص يتعلق بالاخطاء المربحة في مجال المنافسة غير المشروعة والتقليد فقط، ولا يوجد شيء يمنع توصيف الخطأ المربح بمناسبة استغلال الوضع المسيطرلمزيد من التفاصيل أنظر

Fasquelle D., « Concurrence déloyale : amendes civiles ou « dommages punitifs » Gaz. Pal. 2001.I.1681.

(٢) وقد أخذ بالعديد من المقترحات الواردة في مشروع كاتلا والمتعلقة بالالتزامات والتقادم بموجب التعديل الذي تم على التقنين المدني الفرنسي في عام ٢٠١٦، أما النصوص الخاصة بالمسؤولية فلا زالت مجرد مقترحات ولم يتبناها التقنين المدني الفرنسي في تعديله الأخير.

(3)The Avant Projet de reforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Rapport a Monsieur Pascal Clément, Décembre 2005, supervised by Prof, Catala and Viney, published at www.justice.gouv.fr/Art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf

المربح من الخطأ العمدي، فما يميزه هو عملية الحساب التي يجريها مرتكب هذا النوع من الأخطاء، فهو يرتكبه عن وعي وإدراك ونية واضحة[١]. ولم يتم تعريف الخطأ المربح بشكل صريح في هذه المادة، فهو خطأ نتائجه مفيدة لمرتكبه على الرغم من التعويضات التي سيلزم بدفعها، والتي تقدرعلى أساس الأضرار الفعلية التي تعرض لها المضرور، وتسمح بنفس الوقت لمرتكبها بتحقيق هامش ربح يكفي لأن لا يجد غضاضة لعدم ارتكابه لهذا السلوك. فالمادة (١٣٧١) من مشروع كاتالا تفرض تعويضاً عقابياً في حال ارتكاب أخطاء عمدية وبالذات الأخطاء المربحة، وإذا لم يكن تعريف الخطأ المربح قد ورد في هذه المادة، إلا أن من تولى صياغة هذه المسودة حاولوا ذلك في مبررات المشروع[٢]، فبحسبها هو خطأ تكون آثاره مربحة لمرتكبه ولا يمكن أن يتم تحييدها بمجرد التعويض عن الاضرار الفعلية التي أصابت المضرور[٣]. ويربط مشروع كاتالا جزئياً بين الخطأ العمدي والخطأ المربح، حيث يشمل مرتكب الخطأ ظاهر العمد وبالذات الخطأ المربح، ويعني ذلك استبعاد الاخطاء المربحة البسيطة غير المقصودة، فهو من هذه الناحية يختلف عن الخطأ بصورته العادية، وهو ما يؤكد ذاتية الخطأ المربح[٤]. كما أشار مشروع Terre لفكرة الخطأ المربح، فقد استخدم مصطلح الربح الذي جناه مرتكب الفعل غير المشروع في المادة (٥٤) منه واشترط أن يكون عمدياً[٥]. كذلك الأمر بالنسبة لكل من مشروع Beteille بتاريخ ٩ تموز ٢٠١٠، بشأن تعديل بعض أحكام المسؤولية[٦]، ومشروع قانون اصلاح المسؤولية المدنية في مارس لسنة ٢٠١٧[٧] فقد أشارت له ولو بشكل غير مباشر، فهي لم تستخدم مصطلح الخطأ المربح

(1) Lacroix M., Pour une reconnaissance encadrée des dommages-intérêts punitifs en droit privé français contemporain, a l'instar du modeljuridique Québécois, La Revue du Barreau Canadien, 2006, vol. 85, p. 585.

(2) Mahe CBP., Punitive Damages in the Competing Reform Drafts of the French Civil Code. In Meurkens L, Nordin E, editors, The Power of Punitive Damages. Is Europe Missing Out?. Cambrigde - Antwerp: Intersentia. 2012, p. 266.

(3) Viny G :; Expose des motifs, sous titre III- de la responsabilité civile, p. 148.

(4) De moncuit G., La faute lucrative,op. cit, p. 60 .

(٥) حيث تقرر هذه المادة أنه " عندما يرتكب الفاعل عن عمد خطأ فادحاً، يكون للقاضي أن يمنح المدعي من خلال قرار مسبب بشكل خاص، مبلغ الربح الذي حصله المدعى عليه بدلاً من تعويض الضرر الذي تعرض له. ولا يمكن أن يغطي تأمين المسؤولية أي مبلغ يزيد عن التعويض للمدعي. أنظر مزيد من التفاصيل: Bizot J.C., Groupe de Travail sur le projet intitulé « Pour une réforme du droit de la responsabilité civile » Sous la direction de François Terré, Sous la présidence de Bizot J, 2012., https://www.courdecassation.fr/IMG/reforme-droit-RC.pdf , 24/8/2018., p. 21.

(6)Beteille L., Proposition de loi portant reforme de la responsabilité civile, 9 juillet 2010, existe sur le site www.senat.fr

(٧) منشور على الموقع التالي:
http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf

كمشروع كاتالا، لكنها تعرض للخطأ الذي يسبب لمرتكبه ربحاً أو مكسباً كأحد الحالات التي يعاقب عليها بالتعويض العقابي، حيث اشترط مشروع Beteille للحكم بهذا الجزاء أن تكون من ضمن الحالات التي ينص عليها القانون بصراحة، وأوجب أن يكون خطأ عمدياً، حيث ينتج الضرر عن خطأ تقصيري أو إخلال طوعي بالعقد سمح لمرتكبه بالربح، بحيث أن مجرد تعويض الضرر الفعلي ليس كافياً. ويتبنى قانون أقليم الكيبك في كندا موقفاً مشابهاً، من حيث أنه لا يعرف الفكرة صراحة، ولكنه يحتوي على العديد من النصوص التي تتضمن بعض صور الأخطاء المربحة مثل إساءة استخدام المركز المهيمن، وهو ما سنشير له لاحقاً. كما أن الفقه في فرنسا يشير إلى فكرة الخطأ المربح أحياناً[١]، وبالنسبة للقضاء الفرنسي، فلم يرد مصطلح الخطأ المربح بشكل صريح إلا في حكمين قضائيين كانا قد صدرا عن محكمة النقض الفرنسية، أما الأول، فيتعلق بدعوى تتصل بعقد نقل بحري لبضائع تم بموجبه الاتفاق على نقل هذه البضائع في عنابر السفينة، لكن الناقل البحري وضعها على ظهر السفينة مما عرضها للتلف، وبعد أن طالب صاحب البضائع بالتعويض، تمسك الناقل البحري بشرط الإعفاء من المسؤولية الذي ورد في سند الشحن، لكن محكمة النقض الفرنسية رفضت ذلك وقررت أن سبب تلف البضاعة كان طريقة تحميلها وليس فقط الظروف السيئة، حيث رأت المحكمة أن اختيار الناقل لهذه الطريقة الأقل تكلفة يشكل خطأ مربحاً للناقل، واستبعدت الشروط المعفية للمسؤولية وأدانته بالتعويض[٢]. أما الحكم الثاني، فتتلخص وقائعه بعقد أبرم بين مجموعة فرنسية وشركة السكك الحديدية الباكستانية لتوريد مواد محددة لصالح الشركة الباكستتانية مع دفع عمولة للوسيط، اتجهت الشركة الفرنسية نحو تنفيذ العقد بشكل متأخر مع المقاول حتى لا تدفع العمولة للوسيط، فحسب المحكمة لم يكن عدم تنفيذ العمل عائداً لظروف خارجية عن إرادة المجموعة الفرنسية، بل ينبع من فعل إرادي، لا بل من خطأ مربح لها، وقد ألزمت المحكمة الشركة بدفع العمولة واستبعدت الشرط المعفي من المسؤولية[٣]

(1)Meadel J., Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ? La Petites Affiches, 17 avril 2007, n 77, p. 6.

وبالنسبة لوجود الخطأ المربح في التشريع الأردني أنظر عدنان السرحان، التعويض العقابي، ص ١٠٠ وما يليها،

Hayajneh, Abdelnaser, The Awarding of Punitive Damage Under the Jordanian Civil Law: Is it Possible? (2010). European Journal of Social Sciences – Volume 14, Number 4 (2010). Available at: https://ssrn.com/abstract=2427187

حيث تعرض هذين الباحثين للتعويض العقابي في التشريع الأردني ونطاقه الذي من ضمنه الخطأ المربح.

(2) Cass. Req., 5 juin 1920, Sirey 1921. 1. 293. Cite par Meadel J., Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ?, op. cit,, n 77.

(3) Cass. Com, 27 Nov.1967, Bull. Civ. IV, n° 384.

وفي التشريع الأردني، لا يوجد إشارة أو نصوص صريحة لفكرة الخطأ المربح، بل أن القانون المدني يتبنى في الأصل مبدأ التعويض الكامل، فالمادة (٢٦٦) منه تكرس مبدأ التعويض الكامل تأثراً بالفقه الاسلامي، حيث تنص هذه المادة على أنه: "يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار". وقد استقر القضاء الأردني على تطبيق هذا المبدأ[١]، لذلك لم يرد مصطلح الخطأ المربح في أي من أحكام القضاء الأردني، فالقانون المدني الأردني لا يعتد بالربح الذي يحققه مرتكب الفعل الضار أو الإخلال بالعقد، حيث يتم التعويض فقط عن الضرر المباشر المتوقع الواقع فعلاً في مجال المسؤولية العقدية دون الكسب الفائت كما تؤكد المادة (٣٦٣) مدني أردني[٢] وعن الضرر المتوقع وغير المتوقع المتمثل بالخسارة اللاحقة والكسب الفائتإذا كان نتيجة طبيعية للفعل الضار في المسؤولية عن الفعل الضار (التقصيرية) استناداً للمادة (٢٦٦) مدني أردني[٣]. ومع ذلك يمكن القول، أنه لا يوجد ما يمنع أن تتم معاقبة الخطأ المربح بشكل غير مباشر من قبل القضاة الذين قد يدينون بعض السلوكيات التي تتضمن في جوهرها إضراراً مربحاً في ضوء جسامة هذا الفعل الضار أو سوء نية مرتكبه وإن لم يستخدموا المصطلح بذاته باعتبار تعمد ارتكاب التعدي بهدف تحقيق الربح من الظروف الملابسة التي يستعين بها القاضي عند تقدير التعويض. ويمكن الإشارة إلى بعض الحالات التي قد تعد صوراً للخطأ المربح، مثل، حالة التعويض الذي يقرره القانون عن المساس بحقوق المؤلف في المادة (٤٩) من قانون حماية حق المؤلف الأردنيرقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢، حيث تقرر أن تقدير التعويض في حال التعدي على هذه الحقوق يتم في ظل عدة اعتبارات منها: "مدى الاستفادة التي حققها المعتدي"، مما يعني أن المشرع أخذ بعين الاعتبار مقدار الربح الذي جناه المعتدي جراء انتهاكه لحقوق المؤلف[٤]. بالرغم من ذلك، فإن استعراض نصوص القوانين الأخرى الناظمة لحقوق الملكية الفكرية في الأردن يظهر أن القانون الوحيد الذي تطرق

(١) تمييز حقوق رقم ١٩٩٩/٢٤٦١، مجلة نقابة المحامين، ص ٨٨٦، ايضاً تمييز حقوق رقم ١٩٩٢/٥٣٤، مجلة نقابة المحامين، ص ١٢٨٤،.

(٢) تمييز حقوق ٢٠١٨/٦ بتاريخ ٢٠١٨/٣/١٩؛ تمييز حقوق ٢٠١٦/٧٣ بتاريخ ٢٠١٦/٣/٩؛ تمييز حقوق ٢٠١٥/٦٣٤ بتاريخ ٢٠١٥/٥/١٢.

(٣) تمييز حقوق ٢٠١٥/٢٢١٢ بتاريخ ٢٠١٥/١١/١٨، منشورات مركز عدالة.

(٤) فقد قررت المادة (٤٩) من قانون حماية حق المؤلف الأردني عند تحديدها لكيفية تقدير التعويض في حال التعدي على حقوق المؤلف، أن "للمؤلف الذي وقع الاعتداء على أي حق من الحقوق المقررة له على مصنفه بمقتضى أحكام هذا القانون الحق في الحصول على تعويض عادل عن ذلك على أن يراعى في تقديره مكانة المؤلف الثقافية وقيمة المصنف الأدبية أو العلمية أو الفنية له وقيمة المصنف الاصلي في السوق ومدى استفادة المعتدي من استغلال المصنف ويعتبر التعويض المحكوم به للمؤلف في هذه الحالة دينا ممتازا على صافي ثمن بيع الأشياء التي استخدمت في الاعتداء على حقه و على المبالغ المحجوزة في الدعوى" أنظر في نصوص هذا القانون الموقع الألكتروني التالي:
http://www.nl.gov.jo/Documents/Copyright-Law-Ar.pdf

لأسس تقدير التعويض في حال الاعتداء على الحق الذي يحميه هو قانون حق المؤلف، في حين أن باقي قوانين الملكية الفكرية لم تورد أي نص يبين أو يوضح أسس تقدير التعويض في حال وجود اعتداء على الحق الذي تحميه مما يتوجب معه رجوع القاضي للقواعد العامة لأسس تقدير التعويض، فقانون العلامات التجارية رقم ٣٣ لسنة ٥٣ وتعديلاته ووفقاً للمادة ٣٤ منه يحمي العلامة التجارية المسجلة ولكنه لم يضع أسساً خاصة لتقدير التعويض في حال الاعتداء على العلامة التجارية، مما يعني تطبيق القواعد العامة وبالذات مبدأ التعويض الكامل بأن يكون التعويض مساوياً للضرر، فلا يزيد ولا يقل عنه. كذلك فإن المادة الثالثة من قانون المنافسة غير المشروعة الأردني رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٠ تنص على أن "لكل ذي مصلحة المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر نتيجة أي منافسة غير مشروعة". يضاف إلى ذلك، قانون المؤشرات الجغرافية رقم ٨ لسنة ٢٠٠٠، فقد نصت المادة (٨) من قانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠٠ بشأن المؤشرات الجغرافية على أن: "للمحكمة أن تقرر مصادرة المنتجات موضوع التعدي والمواد والأدوات المستعملة بصورة رئيسة في التعدي على المؤشر الجغرافي الذي تحمله هذه المنتجات ولها أن تقرر إتلاف هذه المنتجات والمواد والأدوات والتصرف بها في أي غرض غير تجاري". وهو نص مشابه لنص المادة (٢٩) من قانون الأصناف النباتية رقم (٤) لسنة ٢٠٠٠. وهو ما يسري أيضاً بالنسبة لقانون براءات الاختراع لسنة ١٩٩٩، فكل هذه القوانين تتبنى مبدأ التعويض الكامل ولم يرد فيها ما يشير إلى وضع أسس خاصة في تقدير التعويض عن الأضرار الناجمة عن الاعتداء على المنافسة غير المشروعة أو الاعتداء على العلامة التجارية أو على مؤشر جغرافي أو مصنف نباتي محمي أو براءة اختراع مسجلة.

ويشير البعض[١] إلى أن الفقه الإسلامي والذي يعد المصدر الثاني للتشريع في القانون المدني الأردني حسب المادة الثانية منه، قد تبنى بعض التطبيقات للخطأ المربح مثل استغلال الغاصب للمال المغصوب، واستغلال المودع لديه للوديعة، واسغلال الوارث للتركة قبل قسمتها، والتصرف بالعين المعارة، فقد قرر جانب من الفقه الاسلامي عدم صحة استفادة المتعدي من خطأه وأن عليه رد قيمة الربح للمالك. بينما يرى ابو يوسف والمالكية أن غلة المال لا تكون للغاصب ولا يحق له الاستفادة من تعديه ولمالك المال الاستئثار بها[٢]. كما يرى هذا الجانب أن الفقه الإسلامي تشدد بمعاقبة مرتكبي الممارسات الخاطئة المربحة عبر قلب يد المستعير أو المودع ليد ضمان وتحميله تبعة هلاك المال إذا

(١) ظافر جبارة، النطاق الفني للتعويض عن الخطأ المربح، مرجع سابق، ص ١٨.

(٢) ظافر، النطاق الفني للتعويض عن الخطأ المربح، مرجع سابق، ص ١٩.أ

كانت يده يد أمانة[١]. بالمقابل، تبنى أبو حنيفة موقفاً وسطاً، فلم يسمح لمالك الشيء المعتدى عليه باسترداد الربح الذي جناه الغاصب، وألزم الغاصب بالتصدق بما ربحه ولم يجز له الاحتفاظ به.

المطلب الثاني: تحديد معايير ونطاق الخطأ المربح

يتميز الخطأ المربح بنتيجته المربحة وعنصره المعنوي، ويختلف فيها عن الخطأ العادي الذي نتيجته الضرر، فحتى نكون أمام خطأ مربح، لا بد من ارتكاب سلوك غير مشروع، وهذا بديهي ويجب توافره في كل صور الخطأ ولو غير مربح حتى تقوم مسؤوليته، هذا الفعل غير المشروع يجب أن يحقق ربحاً لمرتكبه وأن يكون عمدياً أو جسيماً. هذا الخطأ قد يكون تقصيرياً وقد يكون إخلالاً عقدياً، لذلك نستعرض أولاً معايير الخطأ المربح (الفرع الأول)، ثم نتناول صوره المختلفة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: معايير وعناصر الخطأ المربح

تتجسد ذاتية الخطأ المربح عن غيره من صور الخطأ في المعايير التي يجب توافرها لنكون أمام خطأ مربح، فمن خلال دراسة التعريفات الفقهية لفكرة الخطأ المربح والمحاولات التشريعية التي نظمته وما جاء في الأحكام القضائية الفرنسية التي أشارت لبعض صور الخطأ المربح، نلاحظ أنه حتى نكون أمام خطأ مربح يستوجب جزاء خاصاً، يجب أن يتضمن السلوك المرتكب عدة عناصر، فمن البديهي أن يكون السلوك متضمناً تحقيق ربح لمرتكبه وأن يكون عمدياً.

أولاً: النتيجة المربحة كمعيار لتحديد الخطأ المربح

يجب أن يكون السلوك غير المشروع مربحاً، وهنا يتميز هذا النوع عن باقي أنواع الخطأ التي لا يشترط فيها وجود عنصر الربح، وهذا يستوجب تحديد المقصود بأن يكون الخطأ مربحاً، والحالات أو الصور التي يظهر فيها هذا العنصر، حيث يكون الخطأ مربحاً إذا كان العائد منه يتجاوز بشكل واضح مبلغ التعويض الذي قد يفرض على مرتكب الفعل، فالنتيجة المربحة تعد عنصراً أساسياً في هذا النوع من الأخطاء ولا يكفي مجرد عدم مشروعيه الفعل، فما يميزها عن غيرها من الصور هو الربح[٢]، وقد يكون الربح نقدياً وهو الغالب وأسهل في إثبات النتيجة المربحة، وقد يكون عينياً، مثل تعزيز صورة تاجر أو علامته التجارية في السوق، وقد يتم تحقيق الربح بطريقة أخرى، كالاستفادة من جهود الغير أو شهرة

(١) السرخسي أبو بكر محمد بن أحمد، كتاب المبسوط، المجلد الرابع، الجزء الحادي عشر، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ٧٥-٧٤ ص، ٢٠٠٢، ابن رشد أبو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد، ص٨٤٢. ظافر، النطاق الفني للتعويض عن الخطأ المربح، مرجع سابق، ص ٢١.

(2) Mesa R., Le droit de la concurrence déloyale et du parasitisme économique, p. 50.

العلامة التجارية[١]، وقد يولد من الرغبة بالتقدم على المنافس أو الحصول على مركز أقوى في السوق بممارسات غير نزيهة، وبخرق قواعد المنافسة أو قواعد الملكية الفكرية. ولا شك أن إثبات عنصر الربح في هذه الحالات أصعب من إثباته في حالات الربح النقدي.[٢] كما قد تتمثل النتيجة المربحة بإعفاءه من نفقات معينة يلزمه القانون بدفعها أو أن يستفيد من جهد الغير، مثال ذلك، عدم دفع رسوم استغلال بعض حقوق الملكية الفكرية بدون إذن صاحبها.

ويستلزم البعض وجود الربح حتى يمكن الحكم بجزاء خاص لهذا النوع من الأخطاء، وهو ما استوجبه مشروع كاتالا بشكل صريح، بينما لا يرى البعض الآخر وجوب أن يكون هنالك ربح للحكم على هذه السلوكيات.[٣] ويظهر عنصر الربح بشكل جلي في بعض المجالات، كالمنافسة غير المشروعة والمساس بالحياة الخاصة وانتهاك حقوق الملكية الفكرية[٤]. ويظهر التعريف الفقهي والقضائي للتطفل هذا العنصر، فهذه السلوكيات تتضمن التدخل في شؤون الغير لكسب الربح بدون بذل أي جهد أو انفاق أي شيء أو حيازة معرفة فنية، أو للحصول على ميزة تنافسة أو قيمة اقتصادية ناتجة عن عمل فكري أو معرفة فنية عائدة للغير أو استثمار شهرته بدون مبرر[٥]. هذه السلوكيات ستكون مصدراً للربح وزيادة مبيعات هذا الشخص، فالخطأ المربح قد يحدث نتيجة خاصة مختلفة عن نتيجة الخطأ بصورته التقليدية وهي الضرر، فالخطأ المربح هو الخطأ الذي يسبب مكسبًا أو اقتصاداً في النفقات، بشكل مستقل أو بالإضافة إلى ضرر أصاب الضحية. ولا يشترط وجود تلازم بين الضرر والربح، فقد يكون الربح أعلى من الضرر، والخطأ هنا يكون مصدراً لنتيجتين، الربح والضرر[٦]. والربح قد يكون بشكل تابع أو مكمل للضرر الذي أصاب المضرور، وقد يتحقق الربح بشكل مستقل ودون حدوث أي ضرر.

ولا يبدو أن معيار الربح، وبالرغم من أهميته في تمييزه عن الخطأ العادي، هو الأساس لتعريف هذا النوع من الأخطاء وتحديد طبيعته، حيث يرى جانب من الفقه[٧] أن الأخطاء المربحة هي تلك التي، على الرغم من مبلغ التعويض عن الأضرار التي حكم بها على مرتكب الفعل، تترك لمرتكبها هامش ربح

(1) FASQUELLE D., « L'existence de fautes lucratives en droit français », op. cit, p. 27.

(2) De Luca S., Quelle place en droit français pour les dommages et intérêts a titre punitif ? op. cit, p. 39.

(3)Viney G., « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », D. 2009, p. 2944.

(4) Mesa R., Le droit de la concurrence déloyale et du parasitisme économique, op. cit, p. 50., Cass. 1ère civ., 19 octobre 2004, Madame X… et Société X… c/ Société DMBB et Société Fiat, n° 02-16057.

(5) Malaurie M. – Vignal, Paratisme et notoriété d'autrui, JCP 1995,I, 3888.

(6) Mesa R., Le droit de la concurrence déloyale et du parasitisme économique, op. cit, p. 51.

(7)Stark, boyer, op. cit, n 1336..

كافٍ لأن لا يكون لديه أي سبب لعدم ارتكابها، فهذا الخطأ هو الذي يعود عليه بمردود أكثر مما يكلفه. هذا هو الحال على سبيل المثال، في مجال التقليد أو في مجال انتهاك الخصوصية بالنسبة للصحف، الشيء نفسه ينطبق على الممارسات التقييدية التي هي أخطاء مربحة يعاقب عليها بغرامة مدنية قد تجبر مرتكب الفعل الضار إلى إعادة المبلغ من عائدات أو ربح. بالمقابل، نلاحظ أن الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية والذي أشرنا له سابقاً يرتبط بشكل كبير بهذه النتيجة المربحة(١).

ثانياً: العنصر المعنوي في الخطأ المربح

يتميز الخطأ المربح بعنصره المعنوي، الذي يتمثل بقيامه بإجراء مقارنة بين ما سيحصل عليه بعد ارتكاب الفعل غير المشروع وما سيحكم به من تعويض في حال إدانته، حيث يرى جانب من الفقه أن الخطأ المربح يجب أن يكون عمدياً(٢)، ومعنى ذلك أن يتوافر لدى مرتكبه قصد خاص هو الحصول على ربح وليس فقط ايقاع الضرر، وإلا كان خطأ عادياً وتطبق عليه قواعد التعويض التقليدية، وهنا يثور التساؤل حول موقع الخطأ المربح من صور الخطأ بشكل عام، فهل هو خطأ عمدي، أم خطأ جسيم أم هو مجرد إهمال(٣)، هنالك عدة أنواع من الخطأ(٤)، خطأ يسير، خطأ متعمد، إهمال جسيم، أو إهمال إهمال بسيط دون أن يؤدي ذلك الاختلاف بالضرورة إلى نتائج قانونية مختلفة للغاية، وهكذا، فإن الإهمال أو الخطأ الجسيم، هو في حد ذاته، بأهمية الفعل العمدي. والإهمال الجسيم هو الخطأ، الذي لا نية لدى صاحبه لإيذاء الغير أو حتى معرفة الضرر الذي قد يسببه، لكنه وصل درجة عالية من الفحش

(1) Cass. req., 5 juin 1920, Sirey 1921. 1. 293.

(2) Grammond S., Un nouveau départ pour les dommages-intérêts punitifs, Revue générale de droit, vol. 42, n 1, 2012, p. 117.

(٣) لقد كانت التشريعات قديماً تتبنى فكرة تدرج الخطأ من خطأ جسيم ويسير وتافه، ثم تعرضت هذه النظرية للانتقاد وهجرت التشريعات فكرة تدرج الخطأ وتم الأخذ بوحدة الخطأ، كان للخطأ مفهوم شخصي مجرد وكان واجب الاثبات، تم تغيير مفهوم الخطأ، وأصبح من الصعب تحديده بدقة مع تضاعف الحوادث بسبب الآلات الصناعية، وتغير الخطأ مع تحول المسؤولية المدنية، فبالنسبة لمؤيدي نظرية المخاطر لا يرتبط الخطأ والمسؤولية ارتباطاً وثيقاً ودائماً، فالمسؤولية تترتب عندئذ على مرتكب الفعل دون اشتراط اثبات خطأه، كما تم مؤخراً توجيه وظيفة المسئولية المدنية نحو التعويض بناء على نظرية الضمان، بحيث تتناسب المسؤولية مع الضرر وليس الخطأ، ولم تعد خطورة الخطأ هي المعيار الوحيد لتحديد مسؤولية مرتكب الفعل الضار.أنظر في ذلك Lacroix M., Pour une reconnaissance encadrée des dommages-intérêts punitifs, op. cit, p. 570.

(4)Remy Ph., « Réflexions préliminaires sur le chapitre Des délits », in Pour une réforme de la responsabilité civile, dir° F. Terré, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 15 ets.

والخطورة[١]، فالمعيار الأكثر أهمية هو حسن النية، وهو ما يميز الإهمال الجسيم عن الغش أو الخطأ المتعمد، لذلك، هل يمكن أن نعتبر أن الخطأ المربح هو من قبيل الخطأ الجسيم؟

يقرب البعض الخطأ المربح من الخطأ الجسيم[٢]، وأن الخطأ المربح لا يمكن في الأصل أن يتمثل بالخطأ العادي أو اليسير، فهو ينطوي على عملية حسابية، ويتضمن تقييم تكلفة الإجراءات القانونية والمكاسب التي حققها في انتهاكه للقانون أو العقد[٣]، مما يؤكد ذاتيته ويستدعي فرض عقوبات خاصة. إلا أن هنالك جانباً آخر يرى أن الربح قد ينتج عن خطأ يسير ولا أثر لجسامة الخطأ هنا[٤]. فهو لا يقتصر فقط على الخسارة للمتضرر، بل هو يشمل الحالات التي تتوافر فيها المنفعة أو الربح لمرتكبه بغض النظر عن جسامة الخطأ، لكن الاتجاه الراجح الذي نؤيده يرى أن الخطأ المربح لا يمكن أن يكون صورة من صور الخطأ الجسيم، لأن الخطأ الجسيم لا تتوافر فيه إرادة واعية لارتكابه، بينما يفترض الخطأ المربح إجراء عملية تقييم للربح الذي سيحققه من ارتكاب السلوك غير المشروع ومبلغ التعويض الذي سيحكم به عليه وإجراء مفاضلة بينهما، وكلما زاد الربح عن هذا المبلغ كلما اتجه نحو ارتكاب السلوك غير المشروع مدركاً لإمكانية إدانته بمبلغ التعويض، فالعنصر المعنوي مهم جداً في هذه الصور[٥]، بل أن مرتكب هذا السلوك يخرق التزاماته عمداً ويحدث ضرراً للغير من أجل فائدته، مما يقربه من الخطأ العمدي أكثر من الخطأ الجسيم[٦]، ولذلك يفرض له عقوبة خاصة ولا يقبل التأمين عليه عليه ويخضع لنفس النظام القانوني للخطأ العمدي.[٧] وقد اعتبره مشروع كاتلا كأحد صور الخطأ ظاهر العمد، وذلك في المادة (١٣٧١) منه.

---

(١) أنظر في هذا المعنى نوري خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، العدد الثالث، تشرين الاول ٢٠٠١، ص ٤٦.

(2)Jossrand L. ; Cours de droit civil positif français, T2, 1983, مشار إليه لدى نوري خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم، مرجع سابق، ص ٦٤.

(3)De moncuit G., La faute lucrative, op. cit, P. 10., Meadel, faut-il introduire, op. cit, p. 7,

(٤)عبدالهادي العوضي، الخطأ المكسب، مرجع سابق، ص ٤٤، محمد ابراهيم دسوقي، تقدير التعويض، مرجع سابق، ص ٣٨٧، .
Perret L., Le droit de la victime a des dommages punitifs en droit civil québécois., op. cit, p. 248

(5)De moncuit G., La faute lucrative, op. cit, p. 10-s.

(6)Ramdane CHEROUATI, Les mécanismes extra-compensatoires en droit de la responsabilité civile, Mai 2017, mémoire de recherche, Université Paris Sud,p. 2٤. De Luca S., Quelle place en droit français pour les dommages et intérêts a titre punitif ? op. cit, p. ٣٩.

(٧) ظافر، النطاق الفني للتعويض عن الخطأ المربح، مرجع سابق، ص ١٠.

بالمقابل، لا يرى جانب آخر، ضرورة أن يكون الخطأ المربح عمدياً حتى يستوجب جزاء خاصاً، بل يكفي أن تتوافر النتيجة المربحة حتى لو لم يكن عمدياً.[١] وبالتالي يتم الحديث عن هذا الخطأ بشكل دائم باعتباره ذلك الذي يقوم فيه مرتكب الفعل باجراء عملية تقييم وحساب قبل الشروع في ارتكاب الفعل، والذي يتكون من مقارنة ما يحتمل أن يدر له ارتكاب الخطأ وما يمكن أن يكلفه، وإذا كان مثل هذا الحساب لا يمكن إنكاره في بعض الأخطاء المربحة، فهو ليس كذلك مع جميع الصور[٢]، وهو ما يفرض التمييز بين العديد من الحالات، إذ يبدو أن هذا الحساب يمكن تصوره بشكل كامل في حالات الاعتداء على الخصوصية في الصحافة[٣]، حيث على كاتب المقال أو ناشر الصور أن يقارن تكلفة الإدانة المحتملة للمساس بالخصوصية مع أرقام المبيعات التي يمكن تحقيقها بعد النشر. كذلك الأمر بالنسبة للتقليد، حيث يمكن للمقلد أن يقارن تكاليف الإنتاج ومقدار المبالغ المحتملة لدفع التعويضات والأرباح المحتملة من هذا الفعل، وفي بعض الممارسات التي تضر بالمستهلكين، يتم الحساب بالرجوع إلى عدم قدرة الضحايا بمنازعة المحترفين، ولا سيما بسبب طبيعة الأضرار الفردية أو عدم كفاية وسائل الرجوع عليهم في حالات الأضرار الجماعية[٤].

وفي التشريع الأردني، يعد الإضرار بالمباشرة أو التسبب أساس المسؤولية المدنية عن الفعل الضار (التقصيرية)، وهو ما تبناه القانون المدني الأردني في المادة (٢٥٦) منه متأثراً في ذلك بالفقه الإسلامي، فلا يشترط الخطأ لقيام المسؤولية التقصيرية، بل يكفي أن يكون الفعل ضاراً، ولا يشترط أن يكون المسؤول مميزاً أي مدركاً لما في عمله من معنى الانحراف أو التعدي،على العكس مما تبناه المشرع الفرنسي والمصري في اعتبار الخطأ هو أساس المسؤولية التقصيرية[٥]، مع أن هنالك من يرى أن المشرع الأردني أخذ بالخطأ أساساً للمسؤولية التقصيرية[٦] مؤسساً اتجاهه على أن المشرع يشترط التعمد التعمد في حالة التسبب، كما يميل إلى الخطأ في بعض صور المسؤولية عن فعل الغير أو حراسة الأشياء والحيوان. ولم يميز كأصل عام بين الخطأ العمدي وغير العمدي أو الخطأ اليسير والخطأ

(1)Perret L., Le droit de la victime a des dommages punitifs., op. cit, p. 247-s.

(٢) عبدالهادي العوضي، الخطا المكسب، مرجع سابق، ص ٤٤.

(3) Fasquelle D., « L'existence de fautes lucratives en droit français »,op. cit, p. 26.

(4) Perret L., Le droit de la victime a des dommages punitifs, op. cit, p. 239.

(٥) نوري خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم، مرجع سابق، ص ٥٢.

(٦) محمد يوسف الزعبي، مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد المجلد الثاني، العدد١، ١٩٨٧، ص ٩١٨.، محمد شريف احمد، مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٠، ص ٢١٠.

الجسيم إلا استثناء عندما شدد المسؤولية في حال ارتكاب الغش أو الخطأ الجسيم[١]، لذلك يمكن القول أن الخطأ المربح يمكن أن يتمثل بأي من هذه الصور بشرط أن يتضمن ربحاً لمرتكبه. ونحن نرى أن بالرغم من أن المشرع الأردني يأخذ بفكرة الإضرار كأساس للمسؤولية عن الفعل الضار (التقصيرية) إلا أن العنصر المعنوي شرط مهم في الخطأ المربح لا ينشأ بدونه، فالخطأ المربح يعد أحد صور الخطأ العمدي لوجوب ثبوت انصراف نية الفاعل إلى الإضرار بالغير للحصول على ربح على حساب المتضرر وأنه يستند إلى عملية تفكير وموازنة بين مبلغ التعويض الذي سيدفعه في حال نسبة الفعل الضار له والربح الذي يحققه، مما يتطلب إرادة واعية وادراكاً من مرتكب الفعل، ويتمثل هذا العنصر بتوفر القصد الخاص لديه بارتكاب فعل معين رغم علمه بنتيجته وآثاره بالنسبة له وذلك بهدف تحقيق ربح يفوق هذه الآثار وليس لمجرد ايقاع الضرر بشخص ما.

الفرع الثاني: نطاق الخطأ المربح

تظهر خصوصية الخطأ المربح من تعدد صوره، وطبيعته المزدوجة، فتطبيقاته قد توجد في مجال المسؤولية عن الفعل الضار، وفي مجال المسؤولية العقدية[٢].

أولاً: صور الأخطاء المربحة في المسؤولية عن الفعل الضار

غني عن القول أن التطور الاقتصادي والتقني وانتشار مواقع التواصل الاجتماعي كان سبباً لظهور حقوق ملكية فكرية جديدة وصور جديدة للمساس بالحياة الخاصة ونشر الصور الخاصة والربح الكبير الذي قد يجنيه المعتدي على هذه الحقوق جراء فعله، بالإضافة لظهور ممارسات جديدة في المنافسة وأساليب الضغط التجاري[٣].

١- في مجال الملكية الفكرية والعلامات التجارية: فقد يتم تقليد مصنف فكري لمؤلف ما، أو تقليد العلامة التجارية أو الاعتداء على حق المخترع بهدف كسب جزء من السوق أو التأثير على علامة تجارية معينة والمساس بقيمتها في السوق، وهو ما قد يسبب خسارة فادحة لصاحبها[٤]. ومع انتشار

(١) أنظر على سبيل المثال المادة (٣٥٨) والمادة (٨٩٠) من القانون المدني الأردني، والمادة (١٧١) من قانون التجارة الأردني.

(2)Rapport d'information n° 558 (2008-2009) de MM. A. Anziani et L. Béteille, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 juillet 2009 sur le site du Sénat: http://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-558.html; V. aussi, G. Viney, Introduction à la responsabilité, LGDJ, 3e éd., 2008, p. 27 et s., Fontmichel, La sanction des fautes lucratives par des dommages-intérêts punitifs et le droit français, Rev. dr. unif. 2005-4.

(3)De Luca S., Quelle place en droit français pour les dommages et intérêts a titre punitif ? op. cit, p. 39.

(4) Cass. Civ1. 27 nov. 2001, pourvoi 99-20.996.

الإنترنت وقلة تكلفة نشر المصنفات ازدادت صور الأخطاء المربحة، وأعمال تقليد المصنفات، بحيث أصبحت تدر على مرتكب هذه الأخطاء ربحاً أكثر مما قد يكلفه مبلغ التعويض عندما يتم إدانته. كما أن هنالك صعوبة لدى القضاة في تقدير التعويض وتحديد الأضرار التي أصابت المتضرر في هذه الحالات، ومدى توافر العلاقة السببية بين الفعل الضار والضرر[١]، لذلك غالباً ما يكون التعويض زهيداً مقارنة بالربح الذي جناه مرتكب الفعل الضار، وأحياناً يلزم بدفع المبلغ الذي كان يجب أن يدفعه لو قام بالحصول على إذن المؤلف. وقد نص مشروع التوجيه الأوروبي حول احترام الملكية الفكرية على عقاب من يرتكب أفعال تقليد البرامج بتعويض محدد جزافاً يعادل ضعف المبلغ المقرر كحقوق للمؤلف عن الاستغلال أو فرض الأتاوة لو تم الحصول على إذنه[٢]. وفي التوجيه الأوروبي رقم ٢٠٠٤/٤/٢٩[٣] حول احترام حقوق الملكية الفكرية في المادة (١٣) يجب أن يكون التعويض ملائماً للضرر الواقع فعلاً بسبب الانتهاكات ويجب على القضاة التعويض عن الكسب الفائت، والأرباح التي تم الحصول عليها بشكل غير مشروع بالإضافة للضرر الأدبي، ويجوز لهم بشكل اختياري فرض مبلغ جزافي على أساس الأتاوة أو الحقوق التي كان مرتكب الإنتهاكات سيلزم بها لو طلب الإذن من صاحب الشأن. ونشير هنا إلى المادة (٤٩) من قانون حماية حق المؤلف الأردني، التي تقرر جزاء خاصاً بالخطأ المربح في مجال الملكية الفكرية، حيث يدخل في تقدير التعويض عدة معايير، مثل مكانة المؤلف الثقافية وقيمة المصنف الأدبية أو العلمية أو الفنية ومدى استفادة المعتدي من استغلال المصنف، فهذا النص يسمح للقاضي بتقدير التعويض بناء على عدة معايير من أهمها، الربح الذي حققه المعتدي على حق المؤلف والذي يتمثل بمدى استفادته من استغلال المصنف، وهو تطبيق واضح لفكرة الخطأ المربح. ولم نجد نصاً آخر مماثلاً في بقية القوانين الناظمة لحقوق الملكية الفكرية كقانون حماية المؤشرات الجغرافية أو قانون حماية الأصناف النباتية أو قانون براءات الاختراع، فهي لذلك تتبنى مبدأ التعويض الكامل كما أشرنا سابقاً.

٢- في مجال المنافسة غير المشروعة

(1) De moncuit G., La faute lucrative, op. cit, p. 25., Quaniche A., Renforcement du dispositif législative dans l'évaluation du préjudice en cas de contrefaçon, JCP. E., 1194, n 15. 2014, p. 45.

(2) Art. 17, Proposition de directive relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, qui renvoie aux accords ADPIC.

(3) CE, Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, [2004] JO, L 195/16 [Directive 2004/48/CE].

قد يتمثل الخطأ المربح بارتكاب الشخص لأحد الممارسات المنافية أو المقيدة للمنافسة المشروعة، ويصعب تقدير الضرر في هذا النوع من الانتهاكات وقد يؤدي ذلك لتقدير زهيد للضرر مما يساهم في تزايد صور ارتكاب الأخطاء المربحة، وغالباً ما يتمثل الضرر في هذه الحالات بفقدان الزبائن، أو المساس بصورة العلامة التجارية والتقليل من قيمتها أو بالاضطراب التجاري[١]. فالمشكلة إذا في تحديد نطاق الضرر وليس تحديده بذاته، فالضرر الناشئ عن فقدان الزبائن صعب التحديد بشكل كمي، لكن يمكن الإشارة لإنخفاض أرقام المبيعات، وهذا قد ينتج عن أسباب أخرى لا علاقة لها بخطأ مرتكب الفعل الضار. كما يصعب تقدير الضرر بشكل دقيق في حال المساس بالعلامة التجارية أو الاضطراب التجاري، فالضرر هنا غير مؤكد ولا محدد المقدار مما ينتج عنه تعويض قليل وبالتالي تزايد فرصة ارتكاب الأخطاء المربحة. هذه التصرفات تشجع الأشخاص على ارتكابها، لأن التعويض لن يصل إلى الأرباح التي حققها الفاعل من ارتكابه لهذه الأخطاء. كذلك الأمر بالنسبة لممارسات التطف[٢]، حيث يشجع عجز قواعد القانون والجزاءات غير الرادعة على ارتكاب الأخطاء المربحة في هذا المجال، بما أن العقوبة النقدية المفروضة على المتطفل يتم تقديرها حسب القواعد العامة وبالإشارة فقط إلى الضرر الذي أصاب المتضرر دون الأرباح التي تم جنيها وهي غالباً أكبر من الضرر بكثير، ففقدان القدرة التنافسية، والكسب الفائت صعب التقدير في مجال المنافسة، ويختلف من سنة لأخرى، ولا يوجد طريقة محددة لتقدير التعويض بشكل دقيق.

٣- في مجال الصحافة والمساس بالحقوق الشخصية

لقد تزايدت مؤخراً بعض الممارسات في مجال الصحافة، وتتمثل بالاعتداء على الحقوق الشخصية لبعض الشخصيات العامة أو رجال الفن أو الرياضة عن طريق نشر صور خاصة بهم أو نشر بياناتهم الشخصية أو التشهير بهم، بهدف جني أكبر قدر من الأرباح عبر جذب الجمهور وتوزيع أكبر عدد من نسخ الجريدة أو المجلة المعنية، فمرتكب هذه الممارسات يلجأ لحساب الأرباح التي قد يجنيها عند مساسه بالحقوق الشخصية لأحد المشاهير مثل الحق في الحياة الخاصة أو بالبيانات الشخصية أو بالحق في الصورة وغيرها من الحقوق التي تدخل في هذا الإطار، وبسبب عدم فعالية الجزاء، الذي قد يتمثل بالمبلغ الذي قد تدفعه الصحيفة كتعويض وارتفاع نسبة الأرباح التي قد تحققها من نشر هذه الصور أو المقال المسيء، وهذا يساهم في تزايد صور الخطأ المربح[٣]. وغالباً ما تقرر التشريعات

(1)De moncuit G., La faute lucrative, op. cit, p. ٢٩., Carval C., La réparation du dommage concurrentiel dans le droit français de la responsabilité : le point de vue d'un civiliste, Concurrence, n 2, 2014, p. 54.

(2)FASQUELLE D., « L'existence de fautes lucratives en droit français », op. cit, p.28 .

(3) De moncuit G., La faute lucrative, op. cit, p. 38.

المعنية جزاءات تقليدية كنشر التصحيح أو الاعتذار أو دفع مبلغ رمزي، وهو ما يساهم في ارتكاب الاخطاء المربحة، بل أنه قد يكون له أثر عكسي من زيادة الاقبال على عدد الصحيفة المعني مما يمثل دعاية مجانية له.

ثانياً: صور الأخطاء المربحة في المجال العقدي

تتعدد صور الأخطاء المربحة في المجال العقدي، حيث قد تتمثل بما يجنيه المتعاقد جراء فسخ العقد بإرادة منفردة، خصوصاً إذا تم الفسخ بدون مبرر مقنع ولم يكن نتيجة لخطأ جسيم من المتعاقد الآخر، بل من أجل التعاقد مع شخص آخر بثمن أعلى من الوارد في العقد الأول المنوي فسخه. كما قد يتمثل بالعدول عن الوعد بالتعاقد قبل إعلان الموعود له قبوله بسبب صفقة أخرى رابحة بالنسبة للواعد، حيث يقارن بين الربح الذي سيحصل عليه ومبلغ التعويض الذي سيحكم عليه به بسبب نكوله عن وعده(١). كما قد يتمثل باستغلال الشركات لشروط الإعفاء من المسؤولية في عقودها مع المستهلكين، فقد يوجد أحد الأطراف حدثاً من أجل تطبيق شرط الاعفاء من المسؤولية حتى يتهرب من التزاماته، بالتالي التحلل من التزاماته،(٢) وهذا يمثل سلوكاً خاطئاً وغير نزيه يقوم على حساب عدم تنفيذ العقد. ففي الشروط التعسفية، تتم الاستفادة من عدم التوازن بين الاطراف، وهذه الشروط تتواجد غالباً في معظم انواع العقود وبالذات في عقود الإذعان وتحقق ربحاً للطرف الأقوى، مثال ذلك، ما قامت به شركة الطيران SABENA في حالات الحجز الزائد(٣)، حيث قامت بحجز عدة تذاكر مدفوعة مسبقاً إلى مدينة ليبرفييل، وعندما وصل الركاب المحجوز لهم للمطار وجدوا أن الطائرة ممتلئة واعتذرت الشركة المعنية عن نقلهم، ادعى هؤلاء المسافرين بالضرر، فردت الشركة بالتمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية الموجود في التذكرة، فادانتها المحكمة بالتدليس، فالمبلغ المحكوم به لدى ادانتها كان أقل من الربح الناتج عن هذه الطريقة التي تسمح للشركة بتحقيق ارباح على رحلات نادراً ما تكون فارغة(٤). وقد نظم قانون حماية المستهلك الأردني لسنة ٢٠١٧ حكم وجود شروط تعسفية في العقد المبرم مع المستهلكين، حيث أجاز للمحكمة المختصة أن تقضي ببطلان هذه الشروط أو أن تعدل مضمونها أو تعفي المستهلك منها، وذلك في المادة (٢٢) منه التي جاء فيها: "على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر، للمحكمة أن تحكم

(١) عبدالهادي العوضي، الخطأ المكسب، مرجع سابق، ص ٧١.

(2)De Luca S., Quelle place en droit français pour les dommages et intérêts a titre punitif ? op. cit, p. 40.

(3)Fontmichel, La sanction des fautes lucratives,op. cit, p. 743., MAEDEL J., Faut- il introduire la faute lucrative en droit français ? op. cit, P. 6., VINEY G., L'appréciation du préjudice, Petites affiches 2005, no 99, p. 89.

(4) CA Paris 15 septembre 1992, D. 1993, Jur. P. 98.

ببطلان الشروط التعسفية الواردة في العقد المبرم بين المزود والمستهلك أو أن تعدلها أو تعفي المستهلك منها بناء علىطلب من المتضرر أو الجمعية، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك. ب. يعد من الشروط التعسفية بصورة خاصة كل شرط: ١- يؤدي إلى إخلال بين حقوق والتزامات كل من المزود والمستهلك على خلاف مصلحة المستهلك. ٢- يسقط أويحد من التزامات أومسؤوليات المزود عما هو مقرر في هذا القانون أو أي تشريع نافذ.....ج. يعتبر القرار القطعي الصادر عن المحكمة ببطلان الشروط التعسفية نافذا بحق المزود المحكوم عليه".

كما يعد من صور الأخطاء المربحة في مجال الاستهلاك ما تقوم به بعض الشركات من استغلال عزوف المستهلكين عن المطالبة بالتعويض عن حقوقهم جراء الأضرار التي تصيبهم، فتعمد للمساس بحقوقهم وجني الربح من ذلك، فهذه الأضرار تصيب عدداً كبيراً من المستهلكين وقد يتردد هؤلاء بالتوجه للقضاء للمطالبة بحقوقهم خشية دفع التكاليف، وحتى إن تم إدانة الشركة، فسيكون ذلك لقاء تعويضات بسيطة خصوصاً إذا لم تكن المطالبة بها بشكل جماعي عبر الدعوى الجماعية أو عبر جمعيات حماية المستهلك[١].

وقد توجد أخطاء مربحة في المجال التعاقدي تنشأ عن عدم تنفيذ العقد نفسه[٢]، ففي الوكالة، لا يحق للوكيل الحصول على منفعة يجنيها من تنفيذ عقد الوكالة باستثناء الأجر المتفق عليه[٣]. ولا يحق لمدير الشركة أو عضو مجلس الإدارة الاغتناء على حساب المساهمين، ولا يحق للعمال الذين يحصلون على معلومات سرية خلال عملهم أن يستغلوها للربح، ولا يحق للناشر أن ينشر نتائج بحث علمي أو عمل أدبي لا يرغب مؤلفه بنشره في وقت معين أو لا يرغب بنشره عن طريق هذا الناشر[٤]. كذلك نجد تطبيقات للخطأ المربح في مجال عقد التأمين، حيث قد يعمد المؤمن له إلى إرتكاب فعل يؤدي لحدوث الخطر المؤمن منه بهدف الحصول على مبلغ التأمين الذي قد يكون مرتفعاً جداً، وهو ما تنبهت لها التشريعات الناظمة لعقد التأمين واسقطت حقه بالحصول على مبلغ التأمين إذا كان الخطر قد تحقق بفعل عمدي منه، كما سنرى لاحقاً بمزيد من التفصيل.

(1) Anizani A., Beteille L., Rapport d'information, op. cit, p. 81.

(2) Fontmichel, La sanction des fautes lucratives, op. cit, p. 742.

(٣) ظافر، النطاق الفني للتعويض عن الخطأ المربح، مرجع سابق، ص ٣-٤.

(٤) ظافر، النطاق الفني للتعويض عن الخطأ المربح، مرجع سابق، ص ٨.

المبحث الثاني: خصوصية الجزاء عن الخطأ المربح

مسألة تحديد الجزاء المناسب للأخطاء المربحة ليست سهلة، حيث تتعدد الجزاءات المقررة بحسب المجال الذي ترتكب فيه، كما أن القواعد العامة لا تكفي كجزاء ملائم لهذا النوع من الأخطاء، فحتى تحقق الجزاءات فعاليتها يجب أن يرتكز الهدف منها على ردع مرتكبها من جهة، وحرمانه من الأرباح غير المشروعةالتي جناها من جهة أخرى، أي أن يهتم بآثار الخطأ الأخرى غير الضرر. وقد تبنت التشريعات العديد من الجزاءات مثل التعويض العقابي، الغرامة المدنية، والتعويض الإسترادادي. وهو ما نعرضه فيما هو آت.

المطلب الأول: تقييم فكرة التعويض العقابي كجزاء للخطأ المربح

التعويض العقابي هو جزاء تقره بعض التشريعات للسلوكيات التي تتسم بجسامتها وأثرها الشائن، ويسعى لثني مرتكب الخطأ عن ارتكاب هذه السلوكيات الخاطئة، وليس إلى جبر الضرر كالتعويض الإصلاحي، ويمثل تحولاً في وظيفة المسؤولية المدنية التي تهدف لجبر الضرر(١). وفكرة التعويض العقابي لا تندرج تحت مبدأ التعويض الكامل(٢)، الذي يعني أن المضرور يجب ألا يتلقى أكثر ولا أقل من قيمة الأضرار التي أصابته فعلاً(٣)، فمبلغ التعويض العقابي غالباً ما يتجاوز مقدار الضرر الذي لحق بالمضرور، لذلك لا بد لنا من تقييم هذه الفكرة كجزاء للخطأ المربح، بالتطرق لمزاياها في الفرع الأول، وعيوبها في الفرع الثاني.

(1)Dallaire C., Chamandy L., « Dommages-interets punitifs » dans obligations et responsabilite civile, Juris-Classeur Quebec, fasicule 28, LexisNeexis, p. 28.

(٢) علي غسان أحمد ناهض سالم كاظم، أسباب وجود فكرة الضمان الناتج عن الفعل غير المشروع، مرجع سابق، ص١٣٢.

(3) Cass civ2, 28 mars 2015, pourvoi n 13-26.346, cass civ2, 22 novembre 2012, pouvoi n11-25.599, 28 mars 2013, pourvoi n 12.14-465.Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 24 mai 2018, 16-26.012, Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 8 novembre 2016, 15-83.225, Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 6 septembre 2016, 14-29.518, Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 5 juillet 2016, 14-28.879, Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 15 octobre 2014, 13-83.884, Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 6 février 2013, 12-12.750, I.

الفرع الأول: مزايا التعويض العقابي

يتسم التعويض العقابي بعدة مزايا تبرز فعاليته وذاتيته عن التعويض العادي، نبحثها فيما يلي:

أولاً: استقلالية التعويض العقابي، فقد ثار نقاش حول مدى استقلالية التعويض العقابي عن التعويض الإصلاحي بمناسبة تطبيق المادة (٤٩) من ميثاق الحقوق والحريات في أقليم الكيبك في كندا[١]، وهل يشترط للحكم به أن يحكم أولاً بالتعويض الاصلاحي، وما هي امكانيه الحكم به منفرداً رغم عدم الحكم بالتعويض الإصلاحي؟ تذهب العديد من المحاكم في أقليم الكيبك إلى عدم جواز الحكم بالتعويض العقابي لوحده، بل أنه يأتي مكملاً للتعويض الإصلاحي الذي لا بد أن يكون موجوداً[٢]، بالمقابل، يرى جانب من الفقه معززاً ببعض الأحكام القضائية[٣] أن التعويض العقابي يستقل عن التعويض الإصلاحي[٤]، ويمكن الحكم به دون اشتراط أن يكون قد حكم بالتعويض الإصلاحي أولاً، فعلى سبيل المثال، قامت محكمة استئناف اقليم كيبك بالحكم بمليوني دولار كتعويض عقابي استناداً للمادة (٢٧٢) من قانون حماية المستهلك بدون أن تحكم بتعويض إصلاحي[٥]، كما أن بعض الأحكام القضائية للمحكمة العليا هناك تؤيد ذلك[٦]، حيث قررت في

(1) Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art 49 [Charte]; Cinar Corporation c Robinson, op cit, note 44, au para 114, CoutureM-A., Contrefaçon et recours civil : la quantification des dommages au Québec et en France, Mémoire Maîtrise en droit, Université Laval Québec, Canada Maître en droit (LL.M.) et Université de Paris-Sud, 2017, p. 17-s.

(2) Beliveau St-Jacques C. Fédération des employées et employés de services publics Inc., (1996) 2R.C.S. 345 , Cour d'appel du Québec, Syndicat des cols bleus regroupes de Montréal (SCFP. Section locale 301) c. coll, (2009) R.J.Q. 961.

(3) Cass Civ 2, 22 novembre 2012, 11-22.763, Cass Civ 1, 7 novembre 2012, 11-23.871, Publié au bulletin, Cass Civ 2, 25 octobre 2012, 11-22.626, Cass Civ 2, 4 octobre 2012, 11-19.473, Cass Civ 1, 26 septembre 2012, 11-19.432, Cass Civ 2, 13 janvier 2012, 10-27.826, Cass Civ 2, 15 décembre 2011, 11-11.413,

(**4**) Pratte P., « Les dommages punitifs : institution autonome et distincte de la responsabilité civile » (1998) 58 R. du B. 287., Dallaire, La mise en œuvre des dommages exemplaires sous le régime des chartes, 2 éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, p. 37, Samson M., Les dommages Punitifs en Droit Québécois : tradition, évolution etrévolution ? 2012. 42 R.D.U.S, p. 177. , Brault& Martineau inc. C, Riendeau (2010) R.J.Q. 507 (C.A). , Richard c. Time Inc, , Association des policière de Sherbrooke c. Delorme, 1997, R.J.Q. 2826 (C.S), SAMFAT C. Tat, J.E 2004- 1428 (c.s). Université Laval c. Association du personnel administratif professionnel de l 'Université Laval, D.T.E. 2011T-189. AZ-50721993 (T.A).

(٥) هذه المادة تدين التاجر او المنتج الذي يخل بالتزاماته المفروضه بموجب قانون حماية المستهلك، ويمكن للمستهلك أن يطلب تنفيذ الالتزام، أو الاذن بتنفيذه على حساب التاجر او المنتج، فسخ العقد، ابطاله، وايضاً له أن يطلب الحكم بالتعويض، وان يطلب الحكم بالتعويض العقابي. انظر في نص المادة Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., c. p-40,I, art 272.

(6) De Montigny c. Brossard (SUCCESSION), (2010) 3 R.C.S 64, Bou Malhab c. Diffusion Metromedia CMR inc., (2011) 1 R.C.S. 214.

قضية (Montigny)، أن غياب الحكم بالتعويض الإصلاحي، لا يؤدي لعدم امكانية طلب الحكم بالتعويض العقابي، لأن الأخير يهدف بالإضافة للردع وجبر الضرر، إلى إدانة السلوك المشين وقد يكتفى بوظيفة الإدانة وحدها كمبرر للحكم بالتعويض العقابي[١]، فلكل منهما وظيفة مختلفة[٢]. يضاف إلى ذلك، أن المستقر أن التعويض وفق القواعد العامة يتناسب في المسؤولية التقصيرية مع مقدار الضرر الواقع على المتضرر من خسارة لاحقة وكسب فائت ومع الضرر الواقع فعلاً دون الكسب الفائت في المسؤولية العقدية[٣]، بينما التعويض العقابي فيعد إضافة على التعويض الإصلاحي ولا يرتبط بالضرورة بالضرر، بل قد يوجد دون وجود الضرر إذا توافرت أسبابه. وبالنسبة لمشاريع إصلاح التقنين المدني الفرنسي، فقد أشار كل من مشروع (Catala) ومشروع (Beteille) الى التعويض العقابي باعتباره تعويضاً تكميلياً يضاف للتعويض العادي. كما أن وفاة مرتكب الفعل العمدي تثير مسألة إمكانية الحكم بالتعويض العقابي على الورثة، ففي قضية Montigny[٤]، حكمت محكمة الموضوع بأن الأصل أنه لا يمكن الحكم به على الورثة، لأنه لا فائدة من الحكم بالتعويض العقابي بعد وفاة الفاعل، حيث تزول الغاية منه وهي الردع، وقد أيدتها محكمة استئناف الكيبك في ذلك، بالمقابل، أقرت المحكمة العليا بامكانية ذلك في حكمها بقضية Montigny، لأن هدفه ليس الردع والعقاب فقط، بل أيضاً إدانه الفعل المشين وهو سلوك غير مقبول يخالف ميثاق الحقوق والحريات،[٥] لأن مجرد وجود الانتهاك يبرر الحكم بالتعويض العقابي، حسب نص المادة (٤٩) من هذا الميثاق[٦]، كما يجب الإشارة إلى أن هذا التعويض لا يتأثر بالوفاة[٧].

ثانياً: يوصف التعويض العقابي بأنه استثناء على الأصل العام في التعويض، وهو مبدأ التعويض الكامل، كما أنه لا يشكل نظرية عامة مكرسة في القانون المدني[٨]، ولا يحكم به القاضي في

(1) Perret L., Le droit de la victime a des dommages punitifs, op. cit, p. 250., Grammond, Un nouveau départ pour les dommages-intérêts punitifs, op. cit, p. 108.

(2)Samson M., Les dommages Punitifs en Droit Québécois, op. cit,p. 1٨٥, Grammond, un nouveau départ pour les dommages-intérêts punitifs, op. cit, p. 110.

(٣) تمييز حقوق ٢٠٠٧/٨٨٨ هيئة خماسية بتاريخ ٢٠٠٧/٨/٣٠؛ تمييز حقوق ٢٠٠٩/١١٨٥ بتاريخ ٢٠٠٩/٥/٢٦؛ تمييز حقوق ٢٠٠٧/٢٣١٩ بتاريخ ٢٠٠٨/٢/٢، منشورات مركز عدالة.

(4) De Montigny c. Brossard (SUCCESSION), (2010) 3 R.C.S 64.

(5) Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12, ART 49, AL.2.

(٦) تنص المادة (٤٩) من هذا الميثاق على أنه "في حال الانتهاك غير المشروع والعمدي، للمحكمة ادانة مرتكبه بالتعويضات العقابية.

(7) Samson M., Les dommages Punitifs en Droit Québécois , op. cit,p. ١٨٦-١٨٥

(8) Grammond, un nouveau départ, op. cit., p. 122.

جميع الحالات، بل يجب أن يحكم به بموجب نص صريح ويفرض في حالات محددة متناثرة في عدة قوانين ويجب أن يحترم عدة اعتبارات كالتناسبية وضرورة تحقيق الردع والمعقولية وردجة معاناة المدعي والجزاءات الأخرى التي وقعت على المدعي بسبب ذات السلوك والمزايا التي حصل عليها دون وجه حق. كما أن سلطة القاضي بتحديد مقداره قد تكون مقيدة أيضاً عندما يحدد القانون حداً معيناً لا يجوز للقاضي تجاوزه، بعكس التعويض الإصلاحي الذي تكون سلطة القاضي في تقدير مبلغ التعويضعن الأضرار التي تلحق بالغير أوسع وتبنى على عدة معايير كالضرر الذي أصاب المتضرر جسدياً أو أو مادياً أو معنوياً والظروف الملابسة كحالة المتضرر العائلية والصحية والمالية والمدى مشاركته في حدوث الضرر ولا تقيد سلطة القاضي بالحكم بالتعويض بحد معين إلا استثناء وبنص القانون، كحالة الفوائد القانونية والتعويض في عقد العمل(١).

ثالثاً: كما يوصف التعويض العقابي بأنه عقوبة ذات طبيعة مدنية وليست جزائية، وبذلك يخضع لضوابط وإجراءات الجزاءات المدنية(٢)، ولا يخضع لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، لكن ما يميزه أنه يهدف للإدانة والعقاب والردع.

رابعاً: أن المستفيد من التعويض العقابي، في الأصل هو المتضرر نفسه، تماماً كما هو الحال في التعويض الإصلاحي(٣)، لكن ذلك قد يسبب إثراء مفرطاً للمتضرر إذا كان مبلغ التعويض العقابي العقابي كبيراً، مما قد يؤدي لنتائج عكسية، بحيث يكون للمستفيد منه سلطة على غيره من التجار، فالمتضرر قد يكون هو الرابح هنا. ويعترض الكثير من الفقه على التعويض العقابي بسبب الإفراط في المبالغ التي يحكم بها وبالذات من المحاكم الأمريكية(٤)، وتشير المادة ١٣٧١ من مسودة مشروع كاتالا إلى امكانية الحكم بهلصالح الخزينة. ووفقاً لمشروع Beteille ومشروع

(1) Lacroix M., Pour une reconnaissance encadrée des dommages-intérêts punitifs , op. cit., p. 598.

(2) Rostan Dancezune V., Dommages-intérêts punitifs : le chant des sirènes, La tribune de l’assurance, n 158, mai 2011, p. 50.

(3) De Luca S., Quelle place en droit français pour les dommages et intérêts a titre punitif ? op. cit,p. ٧٠.

(4) Perret L., Le droit de la victime a des dommages punitifs, op. cit,p. 241., Mesa R., Le droit de la concurrence déloyale et du parasitisme économique,op. cit, p. 54.

إصلاح قانون المسؤولية المدنية في٢٠١٧، فيصرف للضحية وجزء منه لصندوق الضحايا وإذا لم يوجد، فللخزينة العامة[١]، وهو ما قد يحدث خلطاً مع الغرامة المدنية.

خامساً: قابليته للتأمين، تثير الطبيعة الخاصة لهذا النوع من التعويض وفرضه بمناسبة ارتكاب أخطاء عمدية أو جسيمة، موضوع مدى قابلية التعويض عن هذه الأفعال لتغطية التأمين. بالنسبة لمشروع كاتلا، فإنه يقرر صراحة عدم قابليته للتأمين، لأنه لن يحقق الردع المطلوب[٢]. أما مشروع Terre، ومشروع Beteille، فقد جاءت صامتة، لكن بما أن الحكم بالتعويض العقابي يتطلب خطأ عمدياً، فلا يمكن التأمين عليه بموجب المادة (١١٣-١) من قانون التأمين الفرنسي ولو لم ينص عليها صراحة[٣]. وفي أمريكا، فإن أغلب الولايات تمنع التأمين عليه، لأنه ذو طبيعة عقابية ردعية[٤]. أما في انجلترا، فيسمح به، لأن على مرتكب الفعل الضار الموجب للتعويض العقابي دفع قسط أعلى كما أنه سيواجه مشاكل في تجديد عقد التأمين، بالإضافة لإنعدام الفائدة من الحكم به، إذا كان مرتكب الفعل الضار مفلساً وليس بامكانه الدفع[٥]، فالأفضل أن يكون هناك بديل يدفع عوضاً عنه. وبالنسبة للتشريع الأردني، فإنه لا يصح التأمين على الخطأ العمدي، وهو ما يفهم من نص المادة (٩٢٤) من القانون المدني، فوفقا لهذه المادة لا يسأل المؤمن عن الخطأ العمدي. وفي هذه الحالة يبقى العقد صحيحاً بالنسبة للماضي ونافذاً بالنسبة للمستقبل، وكل ما يترتب على تعمد المؤمن له إيقاع الخطر هو حرمانه من مبلغ التأمين، مع الإشارة إلى أن الحرمان لا يطبق إلا في حالة صدور التعمد من قبل المؤمن له شخصياً، أما في حال صدور التعمد عن شخص آخر غير المؤمن له، كالتابع والخاضع للرقابة فلا يكون هناك حرمان، وإنما يلزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين[٦]. ولم يضع المشرع الأردني نصاً عاماًيقضي بعدم

(1) Mahe CBP., Punitive Damages in the Competing Reform Drafts, op. cit,p. 274,.Mésa R., « L'opportune création d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives, D. 2012, p. 2754

(2) Pons A, A propos de la notion de dommages et intérêts punitifs en droit français et american, www.blogs,u.paris10.fr/user/122 , 18/2/2018, p. 8.

(3) Mahe CBP., Punitive Damages in the Competing Reform Drafts, op. cit,p. 275.

(4) Rostan Dancezune V., Dommages-intérêts punitifs, op. cit, p. 51

(5)Vanessa Wilcox, Punitive Damages in England, in PUNITIVE DAMAGES : COMMON LAW AND CIVIL LAW PERSPECTIVES, at 7, David Partlett, PunitiveDamages: Legal Hot Zones, 56 LA. L. REV. 781, 784–85 (1996).A. Beever, Oxford Journal of legal Studies 87, Spring 2003.

(٦) قصي تيسير خلف القطب، أثر الخطأ العمدي على عقد التأمين: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، ٢٠٠٦، ص١٠.

جواز التأمين ضد الخطأ العمدي الصادر من المؤمن له وإنما اكتفى بالنص على تطبيقات لهذا المبدأ في أنواع التأمين المختلفة منه، فقد نصت المادة (٢/٩٣٤) مدني أردني على أنه: "لا يكون المؤمن مسؤولاً عن الأضرار التي يحدثها المؤمن له أو المستفيد عمداً اوغشاً ولو اتفق على غير ذلك". كما نصت المادة (٩٤٣) مدني على أنه: "١- لا يلتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين إذا انتحر المؤمن له وعليه أن يرد إلى من يؤول إليه الحق بمقتضى العقد مبلغاً يساوي قيمة احتياطي التأمين. ٢- فإذا كان الانتحار عن غير اختيار أو إدراك أو عن أي سبب يؤدي إلى فقدان الإرادة فان المؤمن يلتزم بدفع كامل التأمين المتفق عليه وعلى المستفيد أن يثبت أن المؤمن على حياته كان فاقداً الإرادة وقت الانتحار". ونصت المادة (١/٩٤٤) مدني أردني على أن: "يبرأ المؤمن من التزامه إذا تم التأمين لصالح شخص أخر وتسبب المؤمن له في وفاته أو وقعت الوفاة بتحريض منه". كما نصت المادة (١١) من نظام التأمين الإلزامي على المركبات لتغطية أضرار الغير رقم (٢٩) لسنة ١٩٨٥ على أنه: "يجوز لشركة التأمين الرجوع على المؤمن له أو السائق لاسترداد ما دفعته من تعويض إلى الغير في الحالات التالية: ٥- إذا ثبت أن الحادث كان متعمداً من قبل سائق المركبة".

سادساً: من المؤكد أن التعويض العقابي يهدف إلى إعطاء طابع أخلاقي للمسؤولية المدنية[١]. فقد يكون للتعويض العقابي دور في الكشف عن السلوك غير المشروع والممارسات غير القانونية. كما أنه يساهم في تحقيق ردع مرتكب الخطأ المربح والخطأ العمدي والجسيم، وبذلك فإنه يعزز هذه الوظيفة للمسؤولية المدنية، لا سيما في مجال المنافسة غير المشروعة. كذلك من مزايا التعويض العقابي فعاليته تجاه الأخطاء المربحة، حيث يتميز بوظيفته الردعية حتى يمتنع الشخص عن ارتكاب هذه الأخطاء، وإن تخصيص مبالغ تعويض اضافية للمتضرر من فعل غير مشروع يحث على إدانة مرتكب هذا الفعل وإلا لن يتردد في ارتكابها مرة أخرى طالما أنه يربح، فهو عقوبة خاصة أقل حدة من العقوبة الجنائية وأكثر ردعاً من التعويض المدني التقليدي[٢]. كما أن هناك عامل نفسي يردع الفاعل، ويوجد لديه شعور بالظلم والعقاب يجعله يخسر شيئاً بالاضافة للأرباح، وأنه يفقر الفاعل، ففي التعويض العقابي يخسر مرتكب الفعل الضار شيئاً ملموساً، والأمر يعد شخصياً أكثر، لأن التركيز يقع على الفاعل، فالمشكلة ليس الضحية بل هو. ومن مزاياه، أنه فعال وملائم للخطأ المربح، حيث تسمح القواعد العامة في التعويض العادي امكانية حساب

(1) Fontmichel, La sanction des fautes lucratives, op. cit, p. 746.

(2) De Luca S., Quelle place en droit français pour les dommages et intérêts a titre punitif ? op. cit, p. 42.

الضرر وتوقع العقوبة، اما التعويض العقابي، فطابعه يجعله غير متوقع الى حد ما[١]، إذ يعود تقديره للقاضي بناء على معايير متعددة في كثير من الحالات إذا لم يحدد القانون حداً أعلى له كما أشرنا سابقاً.

الفرع الثاني: عيوب فكرة التعويض العقابي كجزاء للخطأ المربح

يعاب على التعويض العقابي عدم انسجامه مع المبادئ العامة للتعويض وبالذات مبدأ التعويض الكامل[٢]. كما أنه يؤدي لعدم الاستقرار بسبب تحكم القضاة وتمتعهم بسلطة واسعة عند الحكم به[٣]، يضاف إلى ذلك، أن التعويض العقابي قد يؤدي لامكانية إثراء الضحية بلا سبب[٤]، وقد انتقد هذ التعويض في أمريكا أيضاً لوجود شكوك حول عدم الدستورية، وصعوبة التمييز بين وظائف القانون الجنائي والمدني بسبب الأخذ به[٥]. ويعاب عليه أيضاً الإفراط وأن تقديره أمر سيادي للقضاة، وما يثيره من خطر الإثراء بلا سبب. هذا النقد قد لا يكون في محله، ويتضمن خلطاً بين الإثراء بلا سبب للضحية والإثراء المفرط المبالغ فيه[٦]، فهو يحصل على التعويض بسبب الانتهاك والفعل غير المشروع الواقع عليه، فالحديث عن اثراء بلا سبب غير صحيح، فلو عكسنا الحال إلا يمكن الحديث عن الافقار بلا سبب نتيجة الحصول على تعويض تافه احتراماً للقواعد العامة بالتعويض الكامل، فهذا التعويض يوجد توازن بين مصالح الطرفين. لكن هذا النقد يجد مسوغاً له عندما يكون المبلغ المحكوم به كتعويض عقابي مرتفعاً لحد يمكن وصفهبأنه ينشأ مجالاً لربح معاكس مبالغ فيه للضحية، بحيث تم نقل المشكلة ولم يتم حلها. وأخيراً، أن نطاقه محدود بعدة حالات متفرقة هنا وهناك، ولا يوجد نظرية عامة، كما يجب أن تمنع هذه الوسيلة الحصول على الأرباح الضخمة، فهي لا ترد الأرباح. كما يجب الإشارة إلى خاصية التوقع، أي امكانية معرفة قيمة الضرر والتعويض مسبقاً[٧]. لذلك من الأفضل الاعتراف به بشكل ضيق أو تكريس الغرامة المدنية كبديل للتعويض العقابي.

(1) CoutureM-A., Contrefaçon et recours civil, op.cit., p, 81.

(2) Lacroix M., Pour une reconnaissance encadrée des dommages-intérêts punitifs, op. cit, p. 591.

(3) De moncuit G., La faute lucrative, op. cit,p. 109.

(4) Calciu D., Les dommages et intérêts punitifs, op. cit, p. 6.

(5) Thunis X., Caractère indemnitaire ou punitif des dommages et intérêts, op. cit, p. 252.Grare, Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, thèse, Dalloz, 2005, p. 89.

(6) De moncuit G., La faute lucrative, op. cit,p. 62.

(7) De Luca S., Quelle place en droit français pour les dommages et intérêts a titre punitif ? op. cit, p. 42.

المطلب الثاني: الغرامة المدنية كجزاء للخطأ المربح

في ظل الانتقادات التي وجهت للتعويض العقابي، اقترح جانب من الفقه وبعض التشريعات ومحاولات تعديل التقنين المدني الفرنسي(١) الغرامة المدنية كجزاء مناسب لهذا النوع من الأخطاء، باعتبارها تتضمن ردعاً لمرتكب الخطأ المربح وتجنباً لإثراء المتضرر، مما يستوجب عرض هذه النظرية وتقييم مدى فعاليتها.

الفرع الأول: عرض الاتجاه القائل بالغرامة المدنية كجزاء للخطأ المربح

الغرامة المدنية هي عبارة عن عقوبة مالية تتضمن فرض مبلغ جزافي محدد مسبقاً على بعض السلوكيات غير المشروعة والمحددة بنص صريح(٢)، ويحكم بها من قبل القاضي المدني لصالح الخزانة العامة بسبب دعوى مدنية عن الأفعال التي لا تشكل مخالفة جنائية(٣). وهي تختلف عن الغرامة الواردة في القانون الجزائي كعقوبة لمخالفة جنائية ويحكم بها من قبل القاضي الجنائي أو الغرامة الادارية المقررة من قاضي إداري أو سلطة إدارية مستقلة. ومن النصوص التي تتبنى هذا الجزاء، نشير إلى القانون الفرنسي الخاص بالأنظمة الاقتصادية الجديدة (قانون NRE) الصادر في ١٥ مايو ٢٠٠١، حيث يفرض غرامة مدنية تصل إلى مليوني يورو على الشركات التي ترتكب ممارسات مقيدة للمنافسة، وهذا النص تم تضمينه في المادة L 442-6 من التقنين التجاري الفرنسي(٤). كما تبنى مشروع قانون إصلاح المسؤولية المدنية الفرنسي لسنة ٢٠١٧(٥)، هذه العقوبة كجزاء عن الأخطاء العمدية التي ترمي لتحقيق الربح لمرتكبها، حيث تنص المادة (1266) من المشروع الفرنسي الأخير على أنه: "في المسائل غير التعاقدية، إذا ارتكب محدث الضرر عمداً خطأ، بهدف أن يحقق مكسباً أو ربحاً لمرتكب الخطأ، فيجوز للقاضي أن يأمر بدفع غرامة مدنية بناء على طلب من الضحية أو المدعي العام وبقرار مسبب بشكل خاص. وتتناسب هذه الغرامة مع خطورة الخطأ المرتكب، أو مساهمة مرتكب الخطأ، أو الأرباح

(1) Prorok J., L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile, RTD civ. 2018. 327, Behar-Tochais M., L’amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l’absence de dommages-intérêts punitifs ?LPA, 2002, n 232, p.36. Fasquelle D., « Concurrence déloyale : amendes civiles ou « dommages punitifs » » Gaz. Pal. 2001.I.1681, Ballot-Léna A., La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun, LGDJ, 2008, tome 493, p. 513.

(2) Behar-Touchais M., L’amende civile est-elle un substitut satisfaisant, op. cit**,** P. 36

(3) CoutureM-A., Contrefaçon et recours civil, op. cit., 34.

(4) Behar-Touchais M., « L’amende civile est-elle un substitut satisfaisant », op cit, p. 37.

(5)projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017, http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf , 24/8/2018.

التي حققها، ولا يمكن أن تتجاوز عشرة أضعاف مبلغ الربح أو المكاسب التي تم تحقيقها. ويتم استخدام هذه الغرامة لتمويل صندوق تعويض يرتبط بطبيعة الأضرار التي تكبدها المتضرر وإذا لم يوجد، فإلى الخزانة العامة". نلاحظ أن نطاق هذا النص يقتصر على المسؤلية التقصيرية وليس التعاقدية، وأنه يشير للخطأ المربح، الذي انتج ربحاً أو مكسباً لمرتكبه، ولذلك فإن الهدف هو معاقبة مرتكب الخطأ العمدي الذي يسمح لمرتكبه بالاستفادة منه على الرغم من أنه ألزم بدفع تعويضات، وهو ما يمثل جوهر الخطأ المربح، فقد يحدث هذا الخطأ في حالة التعدي على الصورة أو في حالة حدوث أضرار جماعية خاصة في حالة انتهاك قانون المنافسة أو قانون المستهلك. كما نلحظ أن الحكم بالغرامة المدنية خيار ممنوح للقاضي يمارسه حسب سلطته التقديرية، على أن يكون قراره مبرراً بشكل كافٍ[١]. ويجب أن يتناسب مبلغ الغرامة مع عدة معايير، مثل خطورة التصرف المرتكب، ومساهمة مرتكب الخطأ، وقيمة الأرباح التي جناها، على أن هذه المادة تحدد سقفاً أعلى للغرامة هو في الأصل عشرة أضعاف مبلغ الربح أو المكاسب التي تم جنيها، والأصل أن المستفيد من الغرامة المدنية صندوق تعويض خاص، وهو أمر مستحسن، يبعد عن هذا الجزاء شبهة إثراء المتضرر كأحد عيوب التعويض العقابي، حيث لا يوجد خطر إثراء الضحية، كون المبالغ المفروضة كغرامة لا تدخل في ذمته المالية، بل للصندوق الخاص بالضمان أو للخزينة العامة إذا لم يوجد هذا الصندوق[٢]. ومن هذا المنطلق يمكن مناقشة فعالية الغرامة المدنية، حيث تبدو أسهل في تبنيها من قبل النظام الفرنسي، لأنها لا تتعارضمع قواعده الموجودة[٣] .

نلاحظ من النصوص التي تتبنى الغرامة المدنية كجزاء، أنه يشترط للحكم بها ارتكاب الشخص لخطأ موصوف، أي أن يمثل خطورة معينة تبرر الحكم بها، ولذلك، إذا كانت هناك فئات من الأخطاء المدنية تدخل في هذا النطاق، سيكون من الأفضل أن يشمل الغش والخطأ العمدي والتي تنطوي، إلى جانب الرغبة في ارتكاب الخطأ على نية احداث الضرر الذي وقع، والخطأ المربح قد لا يناسب تماماً

(1) CHEROUATI R., Les mécanismes extra-compensatoires, op. cit, p. 39, Thibierge L., Thomas A., Hervas-Hermida C., Pichard M., Bizet C., et al.. Avantprojet de loi Réforme de la responsabilité civile. Analyses et contrepropositions. Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique de l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense. 2016. 16 May 2018, https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01793099/document, 22/82018.

(2) Dadoun A., Jouffin E., Groupe de réflexion sur l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile1 Observations et propositions de modification présentées dans le cadre de la consultation publique ouverte par la Chancellerie. https://www.afdd.fr/images/stories/rapport_RC_-_groupe_de_travail_AFDD.pdf, 24/8/2018., p. 37.

(3) BORIS M., Le choix d'une orientation face aux maux du contrat : punir ou réparer., p.6-8.

هذا التعريف، من حيث أنه قد لا يكون بهدف التسبب في ضرر للآخرين، بل لتحقيق الربح أو المكاسب فقط، لذلك ليس هناك بالضرورة وجود أي نية حقيقية لإيذاء الآخرين. ومع ذلك، فإن اللجوء إلى مفهوم الخطأ العمدي سيكون له ميزة أخرى تتمثل في منع التأمين ضد خطر الحكم بالغرامة المدنية، ومن المستحسن تحديد المعايير التي تساهم في تحديد طبيعة الخطأ الذي يوجب الغرامة المدنية، فبما أن هذا الإجراء يجب أن يظل استثنائياً، فإنه يجب تحديده بشكل مقيد. من هذا المنطلق، نجد أنه يجب أن يكون هناك خطأ ارتكب عمداً، ويمثل خطورة معينة وأن يكون مصدراً للمكسب أو الربح بالنسبة لمرتكبه، بحيث لن يكون مجرد التعويض عن الضرر قادراً على تغطيته. ولا يحدد هذا النص من يجوز له طلب فرض الغرامة، لذلك هناك خطر بأن المتضررين قد لا يشعرون بأنهم معنيون بفرضها وبالتالي لن يطلبوها. وعلى القاضي تبرير قراره بالحكم بها وتحديد المعايير التي لجأ لها لتقدير مبلغ الغرامة، لضمان تناسبها وتحقيقها لوظيفتها العقابية[١].

وبخصوص الغرامة كجزاء في الفقه الإسلامي، فالأصل أن العقوبات المالية في الفقه الإسلامي ثلاث، الاتلاف، أي إتلاف المال أو مصادرته، وهو جائز لا خلاف فيه[٢] أو التغيير كتغيير الصور المجسمة، وهي جائزة أيضاً أو أن تكون بالتمليك، أي تمليكه للدائن المتضرر أو لجهة معينة كبيت مال المسلمين. وقد ثار جدل كبير حول مشروعية الغرامة المالية بسبب المماطلة في الوفاء بالدين، فالبعض[٣] يمنعها ولا يجيز التعزير بأخذ المال، بحجة أن الأصل حرمة مال المسلم، كما أنها كانت موجودة في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ثم نسخت، وأنها قد تكون أداة بيد الحاكم لمصادرة أموال الناس بالباطل[٤]، والبعض الآخر يجيزها باعتبارها عقوبة جنائية تعزيرية تحكم بها الدولة إذا رأت

(1)L. Thibierge, et al.. Avantprojet de loi Réforme de la responsabilité civile.

(٢) تقي الدين أبن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، السعودية، ١٤١٦هـ، ج٢٨، ص ١١٣.

(٣) كمال الدين محمد السيواسي، أبن اليمام، فتح القدير، دار الفكر، دون تاريخ نشر، ج٥، ص ٣٤٥. أبن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢هـ، ط٢، ج٤، ص ٦١. أيضاً أنظر أبو العباس أحمد الشهير بالصاوي، بلغة الممالك لأقرب المسالك، دار المعارف، دون تاريخ نشر، ج٤، ص ٥٠١.أبن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، دون تاريخ نشر، ج٩، ص ١٧٨.

(٤) ماجد أبو رخية وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، حكم التعزير بأخذ المال في الإسلام، دار النفائس، الأردن، ١٩٩٦، ص ٣٣٧.

مصلحة في ذلك أو ساهمت في الردع ويؤول مقدارها لخزينتها[١]، وهدفها الردع والزجر وليس التعويض، مثل معاقبة سرقة التمر المعلق بالإضافة إلى العقوبة المقررة للسرقة بغرامة تساوي ثمن ما سرق مرتين، ومعاقبة مانع الزكاة، الذي أدين بشطر ماله. ويظهر هذا الجدل بشكل خاص لدى البحث في حكم الغرامة المالية بسبب المماطلة في الوفاء بالدين، حيث يرى جانب من الفقه المعاصر أنه يجوز الحكم بتعويض مالي عن المماطلة بالدين؛ لأن المماطل ظالم يستحق العقوبة واستناداً لقاعدة الضرر يزال، كما أن الضرر تضاعف على الدائن بسبب هذه المماطلة وبسبب طول إجراءات التقاضي، وأخيراً، أنه لا يوجد ما يتنافى مع هذه العقوبة من أصول ومقاصد الشريعة الإسلامية. ولكن هذا الجانب يقرر أنه لا يصح الاتفاق المسبق على مبلغ التعويض لشبهة الربا ويشترط ألا يكون لدى المدين عذر شرعي لعدم الوفاء بالدين.[٢] بالمقابل يرى جانب آخر عدم صحة الحكم بالغرامة المالية؛ لأن التعزير لا يجوز أن يكون من مال المعزر[٣]. وقد خفف جانب آخر من حدة هذا الرأي وأجاز الغرامة المالية عن الضرر غير العادي أو الضرر المحقق[٤]، وأن الغرامة المالية يمكن الحكم بها فقط في حالة ثبوت حدوث ضرر مادي فعلي لحق بالمدين وأن يكون العميل موسراً ومماطلاً ويحسب على أساس الربح الفعلي للبنك خلال

(١) أنظر في عرض هذه الآراء، علي محي الدين القرة داغي، تأصيل غرامة التأخير والشرط الجزائي والتعويض عن الضرر، موجود على الموقع التالي: https://www.ahlalhdeeth.com/vb/showthread.php?t=229171 تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٩/١٤.

(٢) مصطفى الزرقاء، هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الاسلامي للتنمية، جدة، ١٤١٧هـ، ج٣، ص ١١-٢٠، لمزيد من التفاصيل أنظر أنس عصام الزفتاوي، حكم الغرامة المالية في الفقه الإسلامي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ١٩٩٧، ص ١٥ وما يليها.

(٣) حماد، نزيه كمال: المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء وبطلان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر المماطلة. مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي. جده-المملكة العربية السعودية: مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي - جامعة الملك عبد العزيز.ع١، م٣/ ١٩٨٥، ص ١١٠. ولنفس المؤلف أيضاً قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، ص ٣٥١. ولمزيد من التفاصيل أنظر عصام أنس الزفتاوي، المرجع السابق، ص ١٦، أنظر أيضاً عبدالله صومعه، العقوبات المالية في الشريعة الإسلامية والقانون اليمني وتطبيقاتها القضائية، رسالة دكتوراة، جامعة مالايا كوالالمبور، ٢٠١٥، ص ٩٧-١٠٨.

(٤) وهو رأي د. شعبان، زكي الدين: تعليق على بحث الدكتور مصطفى الزرقا هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟. مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي. جدة-المملكة العربية السعودية: مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي - جامعة الملك عبد العزيز. ١٩٨٩/١، ص ٢١٥-٢١٩، وزكي عبد البر، أنظر في ذلك عصام انس الزفتاوي، المرجع السابق، ص ٢٠-٢١.

فترة التأخير عن الوفاء بالدين وإذا كان المدين معسراً لا يمكن مطالبته بشيء[١]. وأخيراً أجاز البعض الحكم بالغرامة المالية على أن تدفع لصندوق تعويضات وليس للدائن ويكون للمتضررين حق طلب معونة مالية من هذا الصندوق[٢] أو أن يدفع مبلغ الغرامة لجهات خيرية يحددها العقد، والحل الجزائي أفضل بحسب هذا الرأي[٣]. نلاحظ من استعراض هذه الآراء أن الغرامة المالية لها وجود في الفقه الإسلامي، وتتشابه مع التعويض العقابي إلى حد كبير من ناحية السلوك الموجب لها، حيث يجب أن يكون سلوكاً مجافياً للمتبع شرعاً. كما أن الغرامة تذهب لبيت المال أو لجهة خيرية كما يرى بعض الفقهاء وبعضها فقط قد يذهب للمدعي.

الفرع الثاني: تقييم الغرامة المدنية

وهذه الوسيلة لها ميزاتها، حيث تتمثل فعالية هذا الجزاء بأن الغرامة المدنية تهدف لمعاقبة المخطئ بشكل أقل من القانون الجنائي، مع تميزها ببعض المرونة[٤]. كما يحكم بها من قاضٍ مدني وبإجراءات مدنية وليست جزائية، وتنطبق عليها مبادئ القانون المدني الأقل الزامية من القواعد الجزائية، ولا يطبق بشأنها مبدأ الشرعية، ففعاليتها تتضح من طريقة إصدارها، حيث لابد أن يكون حكم القاضي بها مبرراً، ويجب أن يكون المبلغ جاداً حتى يحقق الردع[٥]. وأنها تفرض في حالات محددة، وأن سقفها الأعلى محدد[٦] وغالباً ما يكون مبلغاً مهماً وكبيراً، لكن قد يبدو رمزياً وغير فعال مقارنة بما قد يحققه من زيادة في مبيعاته[٧]، كحالة المصور أو المجلة التي تنشر صوراً خاصة لشخصية معروفة بالرغم من تيقنها بإمكانية مقاضاتها وإلزامها بدفع لتعويض للمتضرر بهدف زيادة مبيعاتها من أعداد المجلة التي نشرت الصور. كما أنه غير فعال، بسبب خاصية التوقع التي تتسم بها هذه العقوبة، فمرتكب الفعل غير

(١) محمد صديق الضرير: الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة. مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي. جدة– المملكة العربية السعودية: مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي – جامعة الملك عبد العزيز. ع١ ، ١٩٨٥/٣م، ص ١١٨–١١٧، أنظر في عرض هذا الرأي، عصام الزفتاوي، مرجع سابق، ص ١٨.

(٢) وهو ما يراه نجاة الله صديقي، أنظر في ذلك عصام الزفتاوي، ص ٢١.

(٣) علي السالوس، النقود واستبدال العملات (دراسة وحوار)، مكتبة الفلاح، القاهرة، ط٢، ١٩٨٧.

(4) Fasquelle D., « Concurrence déloyale : amendes civiles ou « dommages punitifs » op. cit,.1681.

(5) De Luca S., Quelle place en droit français pour les dommages et intérêts a titre punitif ? op. cit, p. ٤٨

(6) CoutureM-A., Contrefaçon et recours civil, op. cit., p. 34.

(7) De Luca S., Quelle place en droit français pour les dommages et intérêts a titre punitif ?, op. cit, p. ٤٧–٤٦, Fasquelle D., « Concurrence déloyale : amendes civiles ou « dommages punitifs » ». op. cit, 1681.

المشروع قد يعلم مسبقاً بقيمة المبلغ الذي سيلزم به أو بسقفه الأعلى، وهذا يساعده على حساب التعويض مسبقاً وإجراء المقارنة مع ما سيكسبه، والمخاطرة بارتكاب الخطأ المربح[١]، فالغرامات المدنية عندئذ تعد قليلة القيمة[٢]، مما يقلل من الأثر الرادع لها. ومن ميزاتها، أنها موجودة أصلاً في النظام القانوني وتنسجم معه، فلسنا بحاجة لوضع نصوص جديدة[٣]. كما تتضح فعاليتها من تعدد الأشخاص الذين يحق لهم طلبها، فالمدعي العام يحق له أن يطلبها، وهي خيار متاح للقاضي، بالمقابل، تتميز بكونها تدفع للخزينة العامة وليس للمتضرر، فلا شبهة لإثراءه، لكن حرمانه منها يقلل من فعاليتها، فلن يجد مبرراً لطلبها ما دام مبلغها سيذهب للخزينة العامة وليس لصالحه.

كما يشكل مبدأ المشروعية عائقاً أمام الأخذ بالغرامة المدنية كجزاء مناسب للخطأ المربح، فكونها تعد عقوبة، قد يحرم المضرور والمخطئ من الضمانات الدستورية للمدعى عليه.[٤] كما أن نطاقها ضيق ضيق وتطبيقاتها محدودة، مثل إخلال مأمورالحالة المدنية بالتزاماته المهنية حسب المادة ٥٠ التقنين المدني الفرنسي، وعدم احترام التزامات الوصاية حسب المادة (٣٩٥) والمادة (٤١٢)، من ذات التقنين، وحالة الشهود الذين يخلون بالتزاماتهم حسب المادة (٢٠٧) من تقنين الإجراءات المدنية الفرنسي، ولا تعاقب الغرامة عن أخطاء مربحة، بل تأتي لحث المدين على تنفيذ التزاماته[٥]. فهي جزاء مستقل عن التعويض العادي، وظروف الخطأ هي التي تؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير مبلغها وليس ظروف الضرر.

المطلب الثالث: التعويض الاسترادادي كجزاء يبرز ذاتية الخطأ المربح

في ظل الانتقادات التي وجهت للتعويض العقابي والغرامة المدنية، أصبح من الضروري البحث عن بديل مناسب أو فرض عقوبة تكميلية تضاف للتعويض العادي، من أجل ذلك، لابد من استعراض هذا الوسيلة وبيان شروط تطبيقها (الفرع الأول)، وتقييم مدى فعاليتها كجزاء للخطأ المربح، (الفرع الثاني).

(1) Fasquelle D., Expose introductif sur la concurrence, p. 16.

(2) De Luca S., Quelle place en droit français pour les dommages et intérêts a titre punitif ? op. cit, p. 47.

(3) Behar-Touhais M., op. cit,n 21.

(٤) عبدالهادي العوضي، الخطأ المكسب، مرجع سابق، ص ٢٤٨.

(٥) عبدالهادي العوضي، الخطأ المكسب، مرجع سابق، ص ٢٤٠.

الفرع الأول: عرض فكرة التعويض الاسترداد‌ي كجزاء للخطأ المربح

برز مؤخراً الحديث عن تكريس فكرة مصادرة أو استرداد الأرباح غير المشروعة من مرتكب الخطأ المربح(١)، أي معاقبته بإجباره على رد الأرباح غير المشروعة التي حصل عليها، فهذه العقوبة تهتم بالأرباح التي يحققها وردها للضحية أو للخزينة العامة ووضع الضحية ومرتكب الفعل الضار في نفس الحال التي كانا عليها قبل ارتكاب الفعل الضار، فهو يتضمن مسح الآثار المربحة(٢). ويفضل البعض مصطلح المصادرة على فكرة الاسترداد في حالة الأخطاء المربحة على اعتبار أن هذا المبلغ ليس له علاقة موضوعية بمدى الضرر الذي سببه للضحية، فقد يتعرض الضحية في بعض الأحيان لضرر صغير في حين أن الفوائد التي تعود على مرتكب الضرر مهمة للغاية، ويمكن أن يكون العكس صحيحاً أيضاً. وبالمثل، فإن خطأ بسيطاً يمكن أن يولد له ربحاً كبيراً، في حين أن خطأ خطيراً، قد لا يولد أي فائدة له. بالإضافة إلى ذلك، فإن مصطلح "المصادرة" هو أكثر ملاءمة من مصطلح "الاسترداد" لأنها ليست مسألة استعادة أي شيء كان في حوزة المستفيد في السابق، لا الدولة، إذا كان المبلغ المدفوع إلى الدولة، ولا الضحية إذا كان قد دفعت إلى الضحية(٣).

ومن النصوص التي يمكن الإشارة لها كتطبيق لهذا الحل، القانون الفرنسي رقم ٢٠٠٧-١٥٤٤ المؤرخ في ٢٩ تشرين الأول لسنة ٢٠٠٧ بشأن مكافحة التقليدالقانون (بصيغته المعدلة الى غاية ١٦ مايو ٢٠٠٩)، الذي ينص على ما يلي: "لتقدير التعويض يمكن للمحكمة أن تأخذ في الاعتبار الخسائرالتي لحقت بالمتضرر، والأرباح التي حققها المعتدي والأضرار المعنوية التي لحقت بصاحب الحق"، فالتعويضات الممنوحة لأصحاب الحقوق يجب أن تأخذ في الاعتبار الفوائد التي تحققت بشكل غير عادل(٤). كذلك بالنسبة للمؤشرات الجغرافية، فقد نصت المواد من L722-1 إلى L722-8 من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي، على أن للقاضي أن يأخذ في الاعتبار عند تقدير التعويض الآثار السلبية

(1) MESA R., " La restitution des profits illicites comme sanction des atteintes illégales au patrimoine d'autrui ", Dr. et patri. juin 2015, n° 248, p. 28; MESA R., " La faute lucrative dans le dernier projet de réforme du droit de la responsabilité civile ", LPA 2012, n°41, p. 5.

(2) De Luca S., Quelle place en droit francais pour les dommages et interets a titre punitif ? op. cit,p. 43.

(3) CHEROUATI R., Les mécanismes extra-compensatoires en droit de la responsabilité civile, op. cit,p. 23.

(4) Lucas A. et H-J Lucas, Traité de la Propriété Littéraire et Artistique,7ème édition, p.919-920 n°1118.

للتقليد مثل الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، والضرر المعنوي، والأرباح والمكاسب التي حققها مرتكب التعدي، وأن للقاضي بشكل اختياري أن يحكم بمبلغ جزافي كتعويض بناء على طلب المتضرر. كما تنص المادة (٧١٦-١٤-٣) منذات التقنين على: "لتقدير التعويض عن الأضرار، يجب على المحكمة أن تأخذ بعين الاعتبار، إلى جانب الأضرار التي حدثت، الأرباح التي حققها المعتدي، بما في ذلك الاستثمارات الفكرية والمادية والترويجية التي جناها من التقليد الذي تم". كما تنص على أنه يجوز للقاضي، بشكل اختياري، بناء على طلب المتضرر أن يحكم له بمبلغ جزافي كتعويض على أن يتجاوز مبلغ الرسوم التي كان من الممكن أن تكون مستحقة إذا كان المتعدي قد تقدم بطلب للحصول على إذن". وهو ذات ما جاء في المادة (٦١٥-٧) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي، والمادة ١٣ من التوجيه الأوروبي لسنة ٢٠٠٤ حول احترام حقوق الملكـــية الفكرية. ويميل تقرير Yung-Beteille في ٩ فبراير ٢٠١١ لهذا الحل حسب التوصية رقم ٧ من التقرير[١]، ويهدف هذا التقرير إلى تكريس فكرة إعادة الأرباح غير المشروعة التي جناها مرتكب الفعل الضار في حالة تقليد المنتجات. وتسمح المادة (٥٤) من مشروع Terré للقاضي بمنح المدعي مبلغ الربح الذي حققه المدعـــى عليه. كذلك الأمـــر في المادة (٣٣٥) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي التي تسمح للمحكمة بالحكم برد كل أو جزء من الأربـــاح التي جناها مرتكب التعدي. ويمكن الإشـــــارة إلى المادة (٤٩) من قانون حماية حق المؤلف الأردني لـــسنة ١٩٩٢، حيث تقرر أن تقدير التعويض في حال التعدي على هذه الحقوق يتم في ظل عدة اعتبارات منها "مدى الاستفادة التي حققها المعتدي"، فالمشرع اجاز للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار عند تقدير التعويض مقدار الربح الذي جناه المعتدي جراء انتهاكه لحقوق المؤلف، مما يعني أنه قد يحكم بردها للمتضرر.

ويجب لتطبيق هذا النظام ارتكاب فعل يؤدي لربح أو مكسب. وبالنسبة لتقدير المبالغ التي تمثل الربح الذي تم جنيه والتي يجب ردها، فقد تحدد من قبل المشرع بنص خاص، حيث يجب ألا يتجاوز هذا المبلغ مقدار الربح أو الكسب الذي حققه فعلياً. وإذا لم يتم ذلك، فإن تطبيق هذا المبدأ سيؤدي إلى إخضاع مرتكب الفعل الضار لدفع مبلغ أكبر من مبلغ الأرباح التي تمكن من تحقيقها. وبالتالي، لم يعد الاسترداد يسعى إلى تحقيق هدفه، ولن يكون أكثر من شكل خاص من أشكال التعويض العقابي. كما يجب احترام مبدأ التناسب المطبق وفقاً لمحكمة النقض، في مسألة التعويض العقابي[٢]. كما قد يكون

(1) BALLOT-LÉNA A., « Les pratiques des affaires saisies par le droit commun de la responsabilité civile français »,. www.revuegeneraledudroit.eu .

(2) Civ1, 1 dec 2010, Epoux X c/ Foutaine Pajot, n 09-13.303, D. 2011.24, obs. I. Gallmeister, 423, note F.X Licari, Rev.Crit.DIP 2011. 93, note H. Gaudemet-Tallon, Miésa R., L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale, op. cit,p.2754.

التقدير من قبل القاضي بسلطته التقديرية، الذي يهدف لإعادة مرتكب الفعل الضار إلى وضعه السابق مع مراعاة خطورة الخطأ الذي قد يؤدي إلى تحويل الأضرار إلى شكل من أشكال التعويض العقابي. وبالنسبة للمستفيد من هذا التعويض الاسترادادي، فهو المتضرر حسب مشروع Terre، ويرى بعض الفقه أن الأنسب صرفها لصالح صندوق ضمان[١]. والبعض يرى أن الأفضل هو ادخالها للخزانة العامة[٢]. أما عن الشخص الملزم بأداء هذه المبالغ، فتفترض فعالية عقوبة الخطأ المربح أن يتحملها الفاعل، وذلك لحرمانه من أي إمكانية لإثراء نفسه بطريقة غير قانونية، وألا تقبل التامين عليها، وهو ما قرره مشروع Terre.

الفرع الثاني: تقييم التعويض الاسترادادي

يبدو أن اللجوء لفكرة المصادرة أو التعويض الاسترادادي هو أفضل طريقة لمجابهة الخطأ المربح[٣]، لأنه يحترم المبادئ العامة في المسؤولية وينسجم مع مبدأ التعويض الكامل ومع المادة (١٣٨٢) والمادة (١١٤٧) من التقنين المدني التي توجب اعادة الوضع إلى الحالة التي كان سيكون عليها المتضرر لو لم يتم ارتكاب الفعل الضار، ويقضي برد الأرباح بغض النظر عن اهمال أو خطورة التصرف[٤]، فهو جزاء يشير الى الربح غير المشروع. وهذا الجزاء يختلف عن التعويض العقابي، ويميل إلى التعامل مع النتيجة الأهم للخطأ المربح، كما أن طبيعته غير العقابية يجعله فعالاً أكثر، إذ يكمن الحل كما يرى هذا الجانب من الفقه[٥] من خلال استعادة الأرباح غير المشروعة وإعادة مرتكب الفعل الضار إلى الحالة التي كان يمكن أن يكون عليها إذا لم يرتكب الخطأ. وتعود فعالية هذه الوسيلة إلى أنها لا تخضع للقيود الخاصة بالمسائل الجنائية، وعلى وجه الخصوص مبدأ الشرعية، لذلك ليس ضرورياً، وجود نص صريح يحدد بدقة مختلف الأخطاء المربحة التي سيكون قابلاً للتطبيق عليها، وعلاوة على ذلك، لا يلزم وجود قيود قانونية على المبلغ باسم مبدأ التناسب، ويجب أن يكون مبلغ التعويض مكافئًا لمبلغ الربح الذي حققه مرتكب الخطأ، حيث يلزم بأن يقوم بالرد دون حاجة لمراعاة أي اعتبارات تتعلق بنيته أو خطورة فعله. كما يتميز هذا الجزاء بأنه لا يسبب الاثراء للمتضرر، فحتى تحقق هذه الوسيلة الفعالية المرجوة منها، يجب أن لا يدفع هذا المبلغ للضحية، خلافاً للمادة (٥٤) من مشروع Terre، وإلا، فإن الخطأ سيصبح مربحاً بالنسبة له، فمن الممكن أن يتلقى، مبلغاً أكبر من قيمة التعويض المستحق له. كما لا ينبغي دفع

(1) Mesa, op. cit., p. 2755.
(2) De moncuit, la faute lucrative, op. cit.,p. 62.
(3) VIGNOLLE P.D., La consécration des fautes lucratives : une solution au problème d'une responsabilité civile punitive ? Gazette du Palais, 14 janvier 2010 n° 14, P. 7.
(4) De moncuit G., La faute lucrative, op. cit., p 96.
(5) Nussenbaum M.,Comment mieux punir les fautes lucratives ? existe sur le site : https://www.lesechos.fr/21/04/2011/LesEchos/20917-044-ECH_comment-mieux-punir-les-fautes-lucratives--.htm , 22/8/2018.

التعويض للخزانة العامة كما هو الحال في الغرامة المدنية، حيث يكون النزاع خاصاً وتكون الدولة طرفاً غريباً عنه. ولتجنب خطر الخلط بين المصادرة والغرامة المدنية، مع تجنب إثراء غير مشروع للضحية، من الضروري تخصيص مبلغ التعويض إلى صندوق ضمان أو صندوق تعويض يعينه المشرع. كما يتميز هذا الجزاء بأنه سهل التطبيق، فالتركيز هنا يقع على الخطأ ونتيجته المربحة.

بالمقابل، تنتقد هذه الوسيلة لأنها قد تكون غير ملائمة للخطأ المربح، فهي لا تفيد بمعاقبة الخطأ بجزاء يضاف للتعويض، بل تقتصر على حرمانه من الآثار المربحة[١]، حيث يلزم بأن يرد كل الأرباح التي حصل عليها عند ارتكاب الخطأ لا أكثر، وإعادة كل طرف لوضعه قبل ارتكاب الفعل الضار، ومسح آثار السلوك غير المشروع المربحة، فهو ليس عقوبه جزائية وليس فيها طابع ردعي، لذلك سوف يغامر مرتكب هذا الخطأ، لأنه لن يخسر شيئاً، فأقصى عقوبة ستتمثل برد الأرباح التي جناها، وقد يتأمل الحفاظ عليها إذا لم يتحرك الضحية أو لم يتمكن من اثبات حقه وإن ثبت ذلك فسيحكم عليه برد الأرباح فقط. كما ان هذه الوسيلة تتجاهل سوء نية الفاعل، فخطورة الخطأ وكونه عمدي أو مجرد إهمال ليس لها أثر على الإدانة، فمرتكب الفعل الضار يبقى رابحاً ولن يخسر شيئاً. كما ينظر لها أنها غير قابلة للتطبيق في بعض الحالات، بسبب صعوبة تقدير الأرباح عملياً، حيث لا يوجد معايير دقيقة لاحتساب هذه الأرباح، على القاضي الأخذ بعين الاعتبار وبشكل اختياري الأضرار اللاحقة والأضرار المعنوية والأرباح[٢]. والأرباح قد تنتج أو تشترك مع عوامل أخرى في أحداث السلوك غير المشروع[٣]. كما أنها تعتمد بشكل كبير على سلطة القاضي[٤]، مما قد يخضع لمبالغة القضاة أحياناً بحيث يحكم بمبلغ أكبر من الربح المحقق. بالإضافة إلى أنها تلقي عبئاً اضافياً على المتضرر من ناحية الاثبات، إذ يلزم بإثبات الضرر وبأثبات الأرباح التي حققها مرتكب الخطأ من ناحية كمية.[٥]

بعد استعراض هذه الأنظمة الثلاث ومدى صلاحيتها كجزاء للخطأ المربح، لا بد أن نعرج على قاعدة فقهية مهمة قد تصلح أساساً للجزاء في حال الأخطاء المربحة، وهي قاعدة الغرم بالغنم. وتعتبر قاعدة الغرم بالغنم من القواعد الفقهية الإسلامية والتي لها العديد من التطبيقات القانونية في التشريعات العربية ومنها القانون المدني الأردني. والغرم: هو ما يلزم المرء لقاء شيء، من مال أو نفس. والغنم، هو ما يحصل له من مرغوبه من ذلك الشيء. ويقصد من كل ذلك أن التكاليف والخسارة التي تحصل من

(1) De Luca S., Quelle place en droit français pour les dommages et intérêts a titre punitif ? op. cit., p. 43.
(2) Fasquelle D., « Concurrence déloyale : amendes civiles ou « dommages punitifs », op. cit,.1681
(3) De moncuit G., La faute lucrative, op. cit., p 100.
(4) De moncuit G., La faute lucrative, op. cit., p 97.
(5) De luca, op. cit., p. 45.

الشيء تكون على من يستفيد منه شرعاً. ويعبر عنها بأن"النعمةُ بقدرِ النِّقْمَةِ، والنقمة بقدر النعمة"[١]، أي أن من ينال منفعة شيء، يتحمل ضرره، فلا يصح أن يضمن الإنسان لنفسه ربحاً دون أن يتحمل أية مخاطر ويُلقي الخسارة على ظهر غيره، وهنالك العديد من التطبيقات القانونية لهذه القاعدة كالزام برد نفقات الوديعة على المودع ونفقات رد المعار في الإعارة على المستعير ونظرية تحمل التبعة في المسؤولية المدنية[٢]. وإذا طبقنا هذه القاعدة على فكرة الأخطاء المربحة نجد لها أصلاً بان من يقوم بتصرف أو فعل سواء كان فعلاً ضاراً أو إخلالاً عقدياً يحقق له ربحاً يجب أن يدفع مقابل ربحه هذا، أي أن مرتكب الخطأ المربح عليه دفع مبلغ تعويض (أي أن يغرم) عما حققه من ربح (ما غنمه) نتيجة إرتكابه للفعل الضار أو الإخلال العقدي وأن من لحقه ضرر نتيجة إرتكاب الخطأ المربح يجب أن يتلقى تعويضاً مناسباً عن الفعل الضار أو الإخلال العقدي المرتكب تجاهه.

الخاتمة:

توصلنا في نهاية هذه الدراسة إلى العديد من النتائج والتوصيات، نعرضها فيما يلي:

١- أن فكرة الخطأ المربح والتعويض العقابي وإن كانت تجد لها أساساً في نظم القانون العام، فإنها لا زالت غير موجودة في التشريع الفرنسي والأردني، بالرغم من وجود حالات وتطبيقات عديدة لها في الواقع العملي وبعض التطبيقات المتناثرة في نصوص القوانين والتي تصلح كأساس لهذه الفكرة.

٢- أن هنالك نقصاً في القواعد العامة المنظمة للتعويض في كل من فرنسا والأردن، فقد اتضح أنها غير قادرة على استيعاب التعويض عن العديد من تطبيقات الخطأ المربح وبالذات تلك التي يظهر فيها تهور مرتكبيها أو انتهازيتهم.

٣- أن للخطأ المربح خصوصية تميزه عن صور الخطأ الأخرى، سواء من ناحية وحدة المفهوم أو العناصر أو الخصائص بالرغم من تعدد صوره وتطبيقاته العملية، هذه الخصوصية أبرزت ضرورة تبني بعض الجزاءات التي تختلف هي الأخرى عن التعويض العادي.

٤- أن أغلب التشريعات في الولايات المتحدة وانجلترا وكندا ومحاولات تعديل التقنين المدني الفرنسي التي جابهت الأخطاء المربحة تميل نحو اعتباره خطأ عمدياً أو جسيماً، كما ترتكز إلى الربح كمعيار آخر يميزه، ولم تقتصر على مجرد إحداثه ضرراً بالغير.

(١) الأشباه للسيوطي: ٢٣٥، ابن النجيم: ١٥١؛ الزرقاء المدخل الفقهي العام، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ص١٠٢٠.

(٢) احمد القرالة، القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية، الاكاديميون للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٤، ص ٢٦٣.

٥- كما تميل هذه التشريعات لتبني فكرة التعويض العقابي كجزاء لها، بالرغم من وجود اتجاه ينتقد هذا النظام ويدعو للأخذ بالغرامة المدنية أو بالتعويض الاسترادادي. وقد تعرض النموذج الأمريكي للتعويض العقابي للانتقاد بشدة بسبب إفراطه، بينما كان التعويض العقابي الماخوذ به في أقليم الكيبك أكثر دقة وتنظيماً.

٦- أن القضاء الفرنسي ما زال مترددأ في الأخذ بفكرة التعويض العقابي بين قبولها أو رفضها أو الاعتراف بها بشكل غير مباشر وأن الموقف مشابه لدى الفقه والقضاء الأردنيين، الذي يتبنى مبدأ التعويض الكامل ولا يأخذ بجسامة الفعل الضار عند تقدير التعويض إلا استثناء، رغم أن هناك اتجاه فقهي يورد بعض التطبيقات التي تعد أساساً مناسباً للتعويض العقابي في التشريع الأردني.

أما عن التوصيات التي نقترحها، فيمكن أن نجملها بما يلي:

١- ضرورة قيام كل من المشرع الفرنسي والأردني بوضع قواعد خاصة تكفي لمجابهة صور الخطأ المربح، وإعطاء المسؤولية المدنية وظيفة ردعية بالإضافة لوظيفتها الإصلاحية، أما بوضع نص ضمن القواعد العامة يبين عناصر هذا الخطأ وجزاءه أو بمعالجة هذا الخطأ في التطبيقات التي يرد فيها كل على حدة.

٢- ضرورة وضع نص خاص يؤسس للتعويض العقابي ويضع معايير محددة تقييد سلطة القاضي في فرض هذا الجزاء واقتصارها على حالات محددة بنص القانون وبالذات الحالات التي يظهر فيها خطأه العمدي، وذلك بهدف ردعه، وبضرورة بيان الأسباب التي دفعته للحكم بهذا التعويض والمعايير التي لجأ إليها عند تقديره.

٣- وفي الحالات التي لم يكن فيها الخطأ المربح ظاهر العمد، ولكنه حقق ربحاً كبيراً، فلا مانع من الأخذ بالتعويض الاسترادادي ورد الأرباح التي جناها، على أن يتم ذلك في ضوء قواعد واضحة وتحول دون تحكم القضاة، وأن يتضمن النص تحديد المستفيد من التعويض العقابي أو التعويض الاسترادادي أو الغرامة المدنية، وحبذا لو تم تحديد متى يعطى للمتضرر أو للخزانة العامة. فمن الضروري التغلب على هذا القصور في القواعد العامة لمنع الإثراء غير المشروع لمرتكبي الأخطاء المربحة، والبحث عن جزاء يهدف لمعاقبة مرتكبي هذه الأخطاء من خلال إجبارهم على رد الأرباح التي تحققت بطريقة غير مشروعة أو فرض غرامات مالية. ومن شأن ذلك أن يعيد الفعالية إلى قواعد القانون، فوقف ظاهرة الأخطاء المربحة يتطلب عقوبة مرتكبها وليس فقط تعويض الضحية وجبر الضرر.

المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

أسامة أبوالحسن مجاهد، فكرة التعويض العقابي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.

عدنان السرحان، التعويض العقابي، دراسة مقارنة، مجلة أبحاث اليرموك، سلسلة العلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد ١٣، العددج ٤، ١٩٩٧

ظافر حبيب جبارة، النطاق الفني للتعويض عن الخطأ المربح في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، جامعة ذي قار، ٢٠١٦، العدد ١٣، ص ١-٧٩.

عبدالهادي العوضي، الخطأ المكسب في إطار المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦.

علي غسان أحمد، ناهض سالم كاظم، أسباب وجود فكرة الضمان الناتج عن الفعل غير المشروع، المجلد ١٨، العدد ٣، كانون الثاني – ٢٠١٦.

منصور الحيدري، التعويض العقابي في القانون الأمريكي – دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية، العدد الثاني، يوليو ٢٠١٥.

ماجد ابورخية وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، حكم التعزير بالمال في الاسلام، دار النفائس، الاردن، ١٩٩٨.

حسيبة معامير، التعويض الاصلاحي والعقابي في نظام المسؤولية المدنية، ٢٠١٧، مجلة الحقيقة، العدد٤٠، ص ٥٢٢.

ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية

Ballot-Léna A., « Les pratiques des affaires saisies par le droit commun de la responsabilité civile français », Pratique des affaires et règles juridiques: Influences, limites, 2016.

Behar-Touchais M., L’amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l’absence de dommages-intérêts punitifs ?LPA, 2002, n 232, p. 36-44.

Calciu D., Les dommages et intérêts punitifs D., Les dommages et interets punitifs, mémoire, Université Paris II.

Carval S., La réparation du dommage concurrentiel dans le droit français de la responsabilité : le point de vue d’un civiliste, Concurrence, n 2, 2014, p. 52-59.

Cherouati R., Les mécanismes extra-compensatoires en droit de la responsabilité civile, Mai 2017, mémoire de recherche, Université Paris Sud.

Court De Fontmichel A., La sanction des fautes lucratives par des dommages-intérêts punitifs et le droit français, Rev. dr. unif. 2005-4, p. 737-758.

Couture M-A., Contrefaçon et recours civil : la quantification des dommages au Québec et en France, Mémoire Maîtrise en droit, Université Laval Québec, et Université de Paris-Sud, 2017.

Dallaire C., La mise en œuvre des dommages exemplaires sous le régime des chartes, 2 éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003.

De Luca S., Quelle place en droit français pour les dommages et intérêts a titre punitif ? Analyse des perspectives et problèmesà travers une étude des droits anglais et American, mémoire, UniversitéPanthéon Assas Paris II, 2012.

De Moncuit G., La faute lucrative, mémoire, Université de Montpellier1, 2010-2011.

Fasquelle D., « Concurrence déloyale : amendes civiles ou « dommages punitifs » » Gaz. Pal. 10 nv. 2001.I. p.1681.

Fasiquelle, L’existence de fautes lucratives en droit français, Les Petites Affiches, 20 novembre 2002, n 232, p. 27.

Grammond S., Un nouveau départ pour les dommages-intérêts punitifs, Revue générale de droit, vol. 42, n 1, 2012.

Jauffret- Spinosi C., Les dommages – intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers, Les Petites Affiches, 20 nov. 2002, n 232, p.8.

Lacroix M., Pour une reconnaissance encadrée des dommages-intérêts punitifs en droit privé français contemporain, a l’instar du model juridique Québécois, La Revue du Barreau Canadien, 2006, vol. 85.

Mahe CBP., Punitive Damages in the Competing Reform Drafts of the French Civil Code. In Meurkens L, Nordin E, editors, The Power of Punitive Damages. Is Europe Missing Out?. Cambridge - Antwerp: Intersentia. 2012.

Maréchal C., « L’évaluation des dommages-intérêts en matière de contrefaçon », [2012] RTD com 245.

MEADEL J., « Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ? », Les Petites affiches, 17 avril 2007 n° 77, p.6.

Mesa R., Précision sur la notion de faute lucrative et son régime, JCP du 21 mai 2012, n 20-21, G, p.1017.

Mesa R., Le droit de la concurrence déloyale et du parasitisme économique confronte à la problématique de la faute lucrative, Revue des droits de la Concurrence, N 2-2013, I, Doctrine, p.49-55.

Mésa R., « L'opportune création d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives, D. 2012. doctr.p.2754-2759.

MESA R.," La restitution des profits illicites comme sanction des atteintes illégales au patrimoine d'autrui ", Dr. Patri. Juin 2015, n° 248, p. 28.

Perret L., Le droit de la victime a des dommages punitifs en droit civil québécois : sens et contresens, Revue générale de droit, 2003, 33(2), 233-256.

Pons A, A propos de la notion de dommages et intérêts punitifs en droit français et American, www.blogs,u.paris10.fr/user/122

Quaniche A., Renforcement du dispositif législatif dans l'évaluation du préjudice en cas de contrefaçon, JCP. E., 1194, n 15. 2014.

Rostan Dancezune V., Dommages-intérêts punitifs : le chant des sirènes, La tribune de l'assurance, n 158, mai 2011, p. 50-53.

Samson M., Les dommages Punitifs en Droit Québécois : tradition, évolution et…révolution ? 2012. 42 R.D.U.S, p. 159-201.

Stark B., Boyer L., Roland H., Les obligations, 1. La responsabilité délictuelle, 5e éd., 1996, Litec

Thunis X., Caractèreindemnitaire ou punitif des dommages et intérêts, Rapport belge Professeur à l'Université de Namur et Bérénice FOSSÉPREZ, existe sur le site : http://www.droit.fundp.ac.be/pdf/faculte/D915.pdf

Vignolle P., La consécration des fautes lucratives : une solution au problème d'une responsabilité civile punitive? Gaz ز Pal, 14 jan 2010 n° 14.

VINEY G., projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription du 22 sept. 2005, exist sur le site

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf

Viney G., « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », D. 2009, p. 2944.

Weisselberg E., Dommages et intérêts punitifs: une nécessite en matière de propriété intellectuelle ?,

www.archives.lesechos.fr/archives/cercle/2011/12/22/cercle/41571.htmp

Rapports :

Projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017, http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf ,

Beteille Proposal, proposition de loi n 657 du 9 juillet 2010 portant réforme de la responsabilité civile présentée par M. L ز Beteille, Sénateur.Existe sur le sitewww.senat.fr

A. Anziani et L. Béteille, «Responsabilité civile: des évolutions nécessaires»; Rapport d'informationd'information n° 558 (2008-2009)fait au nom de commission des lois constitutionnelles par le groupe de travail relative à la responsabilité civile, 15 juillet 2009, disponible sur le site.www.senat.fr/notice-rapport/2008/r08-558-notice.htlm

Groupe de travail sur le projet « Pour une réforme du droit de la responsabilité civile » Sous la direction de F. Terré, Sous la présidence de: BizotJ-C., 2012.https://www.courdecassation.fr/IMG/reforme-droit-RC.pdf

The Avant-Projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Rapport a Monsieur Pascal Clement, Décembre 2005, supervise by Prof, Catala and Viney, published at www.justice.gouv.fr/Art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf