

التعويض «العقابي» في المنظومة القانونية اللاتينية السؤال الصعب وحيرة الإجابة!

دراسة في الموقف الفرنسي واستجلاءً للموقفين المصري واللبناني (ج1)^(*)

أ. د. محمد عرفان الخطيب

أستاذ القانون المدني

كلية أحمد بن محمد العسكرية

الدوحة، قطر

الملخص

وفق منهج تحليلي نقدي مقارنة، يقدم البحث دراسة تأصيلية لواحد من أكثر الجوانب المغفلة في نظام المسؤولية المدنية في المدرسة اللاتينية: «التعويض العقابي»، عبر توضيح الموقف الفرنسي، واستجلاءً للموقفين المصري واللبناني، وذلك وفق مخطط بحثي تناول - في مدخله التمهيدي - التأصيل الفلسفي لهذا التعويض؛ ليعرض بعد ذلك - في قسميه الأول والثاني - انعكاسات هذا التأصيل على التعامل القانوني مع هذا التعويض الذي انقلب حيرة على المستويين التشريعي والقضائي.

وقد خلص البحث إلى أنَّ التعويض العقابي - من الناحية التأصيلية - ليس بعيداً عن الفكر القانوني في أي من هذه الدول؛ إنَّ على المستوى التشريعي الفرنسي الذي - رغم حيرته - سجل بمناقشته الرسمية له اعترافاً به. أو على المستوى القضائي، حيث سيؤدي القضاء - بوصفه قاطرة التغيير القانوني القادم - دوره المُقدَّر في تعزيز التقبل القانوني والفقهية لهذه التعويضات. كما أكد البحث أنَّ هذه الحيرة، وإن لم تُترجم - حتى حينه - إلى جهود تشريعية عربية، لكنها تُرجمت بحراك فقهي متزايد ضمن الساحة الفقهية العربية؛ حراك لم يغيب عنه الحضور القضائي اللافت لدى كلِّ من المُشرِّعين المصري واللبناني.

وعليه، أوصى البحث بضرورة تحضُّر هذه التشريعات لهذا الانفتاح القادم لا محالة، وذلك عبر تأمين فهم أكبر لطبيعة هذه التعويضات وخصوصيتها. أملاً من رجال الفقه المدني العربي تقديم مزيد من البحوث القانونية المُعمَّقة في التأصيل الفلسفي والفكري لهذه التعويضات؛ بما يحقق الفهم القانوني الصحيح لها. موصياً، كذلك، بوجود

تم قبوله للنشر في: 25 يناير 2022

(*) تم تقديمه للنشر في: 22 يونيو 2021

تقديم مراجعة فقهية جديدة لدور الخطأ كونه ركنًا في المسؤولية، وليس بوصفه مقابلًا للتعويض فقط؛ عبر توسعة الفهم القانوني لفكرة التعويض المرتبط بهذه المسؤولية، بين التعويض التقليدي والتعويض العقابي. مُشَدِّداً على أنَّ حالة الرفض القضائي لقبول هذه التعويضات لن تدوم طويلاً، ومنبهاً إلى ضرورة التحضر لمزيد من الانفتاح البيني، والتقبل القانوني للأفكار الجديدة، كونها تخدم قضية عليا، هي: العدالة في التعويض ببعديها التقليدي والعقابي. آملاً من كل ذلك أن يُعيد المُشرِّع الفرنسي النظر في صدقية هذه التعويضات، وأن تكون لذلك ارتداداته القانونية الصائبة على التشريعات العربية عامةً، والمتعلقة بموضوع الدراسة خاصةً.

كلمات دالة: العقاب المدني، والخطأ المربح، والتعويض والضرر، والضرر المعنوي، والمسؤولية المدنية.

المقدمة

بووقفه أمام المدارس القانونية المناظرة، وفي ضوء حالة الانفتاح البيني بين المنظومات القانونية المختلفة، لاسيما الأنجلوسكسونية، وجد المُشَرِّع الفرنسي - رأس المدرسة اللاتينية وحجر الرحي فيها - نفسه متراجعاً أمامها في العديد من القضايا القانونية المهمة⁽¹⁾. مُقَرِّراً بأن فلسفته التأصيلية التنظيرية تقف - في بعض الأحيان - حجرة عثرة أمام واقعيته الفعلية، وبأن هذا الواقع التنظيري النظري أفضى إلى قصور عملي واقعي في تحقيق استجابة حقيقة للقانون في كثير من القضايا القانونية المعاصرة؛ ليكثر الحديث - في الأوساط الفقهية - عن واقعية القانون، لا نظرية القانون⁽²⁾.

حقيقة، دفعت الحكومة الفرنسية، مع مرور المئوية الثانية على وضع القانون المدني في العام 2004⁽³⁾، إلى تشكيل مجموعة عمل وطنية قانونية، أوكلت إليها مهمة مراجعة الثوابت القانونية التي توطر فلسفته المدنية بشكل عام، بما فيها المرتبطة بنظرية الالتزام في المسؤوليتين التعاقدية وغير التعاقدية، وإشكاليات التعويض المرتبطة بهما. ليُطرح السؤال مجدداً بشأن حدود ودور نظرية التعويض ضمن نظرية المسؤولية المدنية، لاسيما فيما يتعلق بدورها المُجاوز لجبر الضرر إلى المعاقبة على الخطأ، فيما يعرف بـ «التعويض العقابي»، ومدى الاعتبار القانوني لهذا التعويض، إن من حيث الوجود، أو دقة التوصيف المفاهيمي من جهة، أو صحة الادعاء بتبني هذا المفهوم ضمن التشريع الفرنسي من جهة أخرى⁽⁴⁾؛ ليعود السؤال عن مختلف أوجه هذا القصور، وضرورة

(1) R. David, C. Jauffret-Spinosi et M. Goré, Grands systèmes de droit contemporain, 12e éd. Dalloz, 2016, Pp. 243-364. J. Escudero, L'historiographie générale du droit anglais. Les Cahiers de droit, 1967 n° 9 (2). Pp. 117-240. Th. Rambaud, Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde, (Dir.) R. Thierry. Presses Universitaires de France, 2014, Pp. 103-140.

(2) وهذا أمر بذاته يحتاج لكثير بحث وتعمق. على أن يكون - إن شاء الله - موضع بحث معمق تأصيلي في قادم الأيام إنَّ إذن الله بذلك.

(3) G. Viney, Les difficultés de la recodification du droit de la responsabilité civile, in Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire : Dalloz-Litec, 2004, p. 255 et s. E. Lamaze, Bon anniversaire, cher Code civil. GDP, 2004, n° 150, p. 2. P. Catala, Il est temps de rendre au code civil son rôle de droit commun des contrats, JCP Général, 2005. I, p. 170. G. Loiseau et A. Martinon, La réforme du droit des contrats est arrivée ! Les Cahiers Sociaux. 2015. n° 272, p. 133.

(4) S-E. Robert, Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs. Les Petites Affiches (LPA), 2005, n° 14, Pp. 53-53. S. Omid, Dommages-intérêts ou dommages et intérêts. Celle-ci ou celle-là, ou bien les deux? LPA, 2005, n° 112, p. 6. S. Carval, Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs ? Revue des contrats (RDC), 2006, p. 822.

إيجاد الحلول القانونية المناسبة له، حاجة ملحة⁽⁵⁾.

أوجه، حاول المشرع الفرنسي - على مدار السنوات السابقة التي قاربت حتى حينه العشرين عاماً - أن يُعالجها وفق حلول سعى إلى إدراجها في مختلف مشاريع القوانين التي تعاقبت خلال هذه المدة، لكن برؤى قانونية مختلفة! ما بين التبني الصريح في مشروع كاتالا Catala⁽⁶⁾ إلى التبني الحذر ضمن مشروع تيريبي Terré⁽⁷⁾، فالتبني المتحفظ في مشروع قانون بيتايبي Béteille⁽⁸⁾، وصولاً إلى طرح البديل في إطار مشروع إصلاح قانون المسؤولية المدنية، بنسخته للعام 2016⁽⁹⁾، وعام

- (5) B. Ménard, L'anormalité en droit de la responsabilité civile, LGDJ. Coll. Thèses, 2020., p. 111s, M-S. Bondon, Le principe de réparation intégrale du préjudice : contribution à une réflexion sur l'articulation des différentes fonctions de la responsabilité civile. Thèse, Montpellier. 2019, p. 221. S. Grammond, Un nouveau départ pour les dommages-intérêts punitifs. Revue générale de droit (RGD), n° 42/1, 2012. Pp. 105-124. G. Viney, L'appréciation du préjudice. LPA, n° 99, Pp. 89-90. G. Viney, Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile : D. 2009, p. 2944.
- (6) Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du code civil), P. Catala (dir.), La documentation française, 2005. Il sera désigné dans cet article par le terme : (Avant-projet Catala). Pour plus d'informations, D. Mainguy, Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats, D, 2009, chron., p. 308. S. Rétif, Le rapport Catala. Responsabilité civile et assurances, n° 1, 2006, alerte 1. M. Poumarede, Les régimes particuliers de responsabilité civile, ces oubliés de l'avant-projet Catala, D. 2006, n° 35, Pp. 2420-2426.
- (7) Trois ouvrages sont parus sous la direction de François Terré : Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, 2008 ; Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, Dalloz, 2011 ; Pour une réforme du régime général des obligations, Dalloz, 2013. Il sera désigné dans cet article par le terme : (Avant-projet Terré).
- (8) A. Anziani et L. Beteille. Proposition de loi n° 657 portants réforme de la responsabilité civile, Sénat 9 juill. 2010. Il sera désigné dans cet article par le terme : (Projet Beteille). Pour more informations voir, A. Anziani et L. Béteille, (Dir), Responsabilité civile : des évolutions nécessaires. Rapport du groupe de travail sur la responsabilité civile de la Commission des lois du Sénat, 15 juillet 2009, n° 558. Disponible sur Net. Il sera désigné dans cet article par le terme: (Rapport de Responsabilité civile : des évolutions nécessaires).
- (9) Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile 2016. Disponible sur Net. Il sera désigné dans cet article par le terme: (APLRRRC Urvoas 2016). Pour more informations voir, Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile, JCP G, numéro spécial, suppl. n° 30-35, 25 juill. 2016. Chancellerie, Conf. De presse, 29 avr. 2016. Ph. Brun, Premiers regards sur l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile, RTD civ, 2016, p. 140. J-S. Borghetti, L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile, D, 2016, p. 1386s, n° 38-39. M. Mekki : Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile : maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile, Gazette du Palais, n° 22, 2016, p. 17.

2017⁽¹⁰⁾، الأمر الذي بيّن بوضوح حالة التردد في التبني القانوني لهذا المفهوم⁽¹¹⁾. في الوقت ذاته الذي حاول فيه الاجتهاد القضائي أداء دوره الاستشراقي المعهود في سد هذا العجز التشريعي، دون الخروج عن ثوابت الالتزام النصي بالقانون⁽¹²⁾، ما زاد من تعقيد الأمر على المؤسسة القضائية في طرح الحلول البديلة، وتحديدًا في ضوء قرارها الشهير في العام 2010، في قضية فونتان باجو Fountaine Pajot⁽¹³⁾. كل ذلك، أبرز حيرة تشريعية وقضائية واضحة المعالم بشأن تحديد الموقف القانوني من هذا المفهوم التعويضي المركب: «التعويض العقابي».

حيرة لم يخرج من عباؤها أي من التشريعات العربية المقاربة التي تشربت الفكر التأصيلي للمُشرِّع الفرنسي المتعلق بهذا التعويض⁽¹⁴⁾، أو حتى تلك المتأثرة بالفكر

- (10) Projet de réforme de la responsabilité civile Mars 2017. Disponible sur Net. Il sera désigné dans cet article par le terme : (PLRRC Urvoas 2017). Pour more informations voir, Extrait du Projet de réforme de la responsabilité civile Ministère de la Justice. Mars 2017, In Réforme de la responsabilité civile : suivi du projet, Disponible sur Net. p. 8s. Dossier de presse projet de réforme du droit de la responsabilité civile. Disponible sur Net. N. Dissaux, Quelles réformes pour la responsabilité civile ? AJ contrat 2017, p.169. S. Carval, Le projet de réforme de la responsabilité civile, JCP. G, 2017., p. 401. Le projet de réforme de la responsabilité civile est une œuvre collective portée par la Chancellerie. Propos recueillis par C. Kleitz, interviewé J-J. Urvoas, Ministre de la Justice. Gazette du Palais, n° 11, 2017, p. 10.
- (11) E. Juen, Vers la consécration des dommages et intérêts punitifs en droit français. Pr - sentation d'un régime, RTD civ. 2017, p. 565. G. Viney, Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme du code civil relative à la responsabilité, JCP, 2016, p. 99. G. Viney, L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile, D. 2016, p. 1378.
- (12) () A-C. De Fontmichel, La sanction des fautes lucratives par des dommages-intérêts p - nitifs et le droit français, Uniform Law Review, Vol. 10, Issue 4, 2005, Pp. 737-757. A. Benabent, Sanctions et réparation. In Justice et cassation, dossier Les sanctions, Dalloz, 2005, Pp. 91-92.
- (13) Civ. 1re 1er décembre 2010, Époux X c/ Sté 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. F-X. Licari, La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public international : une décision en trompe-l'œil de la Cour de cassation ? note sous Cass. civ. 1ère 1er déc. 2010, Recueil Dalloz 2011, Pp. 423-427. V. Wester-Ouisse, La Cour de cassation ouvre la porte aux dommages-intérêts punitifs. Responsabilité Civile et Assurances, N° 3, mars 2011, pp. 7-11.

(14) لمزيد من الوضوح يمكن مراجعة: عابد فايد عبدالفتاح فايد، العدالة في القانون المدني: دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والمصري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، عدد خاص، ديسمبر، 2012، ص 961 - 999. حسبية معامير، التعويض الإصلاحي والعقابي في نظام المسؤولية المدنية، الجزائر، مجلة الحقيقة، 2017، مج 16، ع 1، ص 511 - 534. علاء الدين عبدالله فواز الخصاونة، نطاق تعويض المسؤولية المدنية الناشئة عن الخطأ المربح: دراسة تحليلية مقارنة، المجلة

القانوني الأنجلوسكسوني⁽¹⁵⁾؛ لتجد نفسها أمام الأسئلة المطروحة عليه ذاتها، والحيرة نفسها، لاسيما في التشريعين اللبناني والمصري⁽¹⁶⁾.

من هنا تأتي فكرة هذه الورقة البحثية التي تحاول، وفق منهج تحليلي نقدي مقارنة، تقديم دراسة تأصيلية تُبين الموقف اللاتيني، ممثلًا في الموقف الفرنسي من هذا السؤال الصعب، في تبني مفهوم التعويض العقابي، وحيرة الإجابات التي قدمها المشرع الفرنسي حيال ذلك، إن على المستوى التشريعي، أو على المستوى القضائي. مُسقطين هذه الدراسة - ما أمكن ذلك - على الموقف التشريعي العربي، لاسيما في كل من القانون اللبناني والمصري بوصفهما نموذجين انتقائيين من التشريعات العربية، وباعتبارهما - وتحديدًا اللبناني - قد واجها هذا السؤال، لاسيما في جانب الإجابة القضائية عنه⁽¹⁷⁾. وإن كان أي

الأردنية في القانون والعلوم السياسية، مج 11، ع 3، ص 145 - 188. حسام الدين محمود، التعويض العقابي في القانون الأمريكي، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، الإسكندرية، 2017، ع 2، ص 672 - 746. عدنان سرحان، التعويض العقابي: دراسة مقارنة، أبحاث اليرموك، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، 1997، مج 13، ع 4، ص 95 - 126. مدحت محمد محمود عبدالعال، نظرة تحليلية لأحكام المسؤولية عن الفعل الضار، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2010.

(15) لمزيد من الوضوح يمكن مراجعة: ظافر حبيب جبارة الهلالي، فكرة التعويض العقابي ومواطن الأخذ بها في القانون المقارن، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، ع 17، 2015. ظافر حبيب جبارة الهلالي، النطاق الفني للتعويض عن الخطأ المربح في المسؤولية المدنية: دراسة مقارنة، مجلة القانون للبحوث القانونية، جامعة ذي قار، العراق، ع 13، 2016، ص 1 - 79. مها ناجي جاسم، فكرة التعويض العقابي وأثرها في المسؤولية المدنية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة ذي قار، العراق، 2017، ص 1 - 142. عمر سليمان سعيد، تطبيقات التعويض العقابي في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الأردني والقانون العراقي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن، 2020، ص 1 - 129.

(16) لمزيد من الوضوح يمكن مراجعة: عبدالهادي فوزي العوض، الخطأ المكسب في إطار المسؤولية المدنية: دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والمصري، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ع 92، ملحق خاص، 2017، ص 93 - 348. أحمد السيد الدقاق، التعويض العقابي في القانون الأمريكي ومدى ملاءمة تطبيقه في النظام القانوني المصري، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، ع 2، 2017، ص 1389 - 1441. أسامة أبو الحسن مجاهد، فكرة التعويض العقابي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003. حسن عبدالرحمن قدوس، الحق في التعويض، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مرجع سابق. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، مطبعة جامعة القاهرة، 1990. سامي بديع منصور، مجلة العدل، وزارة العدل، بيروت، سنة 2019، ع 3 و 4. كذلك، للمؤلف نفسه، التعويض العقابي في النظام القانوني اللبناني - عندما يذوب الثلج، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، لبنان، 2019.

S. Zein, Les Dommages et intérêts punitifs Punitive damages, BAU Journal, Journal of Legal Studies, vol. 2018, Pp. 87-108.

(17) محكمة استئناف بيروت الأولى القرار رقم 592، تاريخ 10 مايو 2016، قضية جوني سعادة ورفاقه / جاك (سعادة ورفاقه)، مجلة العدل، 2018، ع 1، ص 287 وما بعد، حيث فصل القضاء اللبناني - للمرة

منهما - حتى حينه - لم يسجل أي جهود تشريعية رسمية بهدف تبني هذا المفهوم.

كما يهدف البحث، من وراء الخوض في تفاصيل هذا الواقع الجدلي الفرنسي والعربي المقارن، إلى توضيح الموقف القانوني للمُشرِّع الفرنسي، ونظيره المصري واللبناني، حيال هذه التعويضات والجهود التشريعية والفقهية التي بُدلت من قبلهم في هذا المجال، إضافةً إلى استعراض المحاولات القضائية التي سار عليها القضاء الوطني في هذه الدول، والهادفة إلى توضيح موقفهم من هذه التعويضات؛ آمليين من وراء ذلك وضع لَبِنَةً قانونية متواضعة توضح هذا المفهوم وطبيعته، كما تبرز الجهود القانونية التشريعية والاجتهادية لمختلف هذه الدول؛ لاسيما العربية منها، خصوصاً في ضوء قلة الدراسات القانونية العربية حياله⁽¹⁸⁾.

وعليه، يعرض البحث واقع هذه التعويضات العقابية، وفق مخطط بحثي يُعرض ضمن مدخل تمهيدي للتأصيل الفلسفي لهذا التعويض، ضمن نظريتي العقد والمسؤولية؛ باحثاً في أصل هذا السؤال. ليعرض، بعد ذلك، في قسميه الأول والثاني، انعكاسات هذا التأصيل على التعامل القانوني مع هذا التعويض، والتي انقلبت حيرة على المستويين التشريعي والاجتهادي؛ ليعرض في قسمه الأول هذه الحيرة تشريعاً، في حين يتناولها قضائياً في قسمه الثاني؛ مبرزاً في كل قسم ماهية هذه الحيرة، إن من حيث الأسئلة المطروحة، والإجابات المتصورة.

الأولى - في مدى منح المحاكم اللبنانية المختصة الحكم الأجنبي القاضي بتعويض عقابي الصيغة التنفيذية والاعتراف به على الأراضي اللبنانية. راجع، تعليق هادي سليم، مجلة العدل، سنة 2018، ع1، ص 290 - 297. وتعليق سامي بديع منصور، مجلة العدل، مرجع سابق. كذلك للمؤلف نفسه، التعويض العقابي في النظام القانوني اللبناني .. عندما يذوب الثلج، مرجع سابق.

S. Zein, Les Dommages et intérêts punitifs Punitive damages, op, cit.

(18) البحوث القانونية ذات الصلة بالتعويض العقابي والخطأ المريح - وفق علم الباحث - قليلة جداً في الفقه العربي، كونه لم يعر هذا الموضوع الأهمية المطلوبة من البحث القانوني، وربما ذلك يعود إلى تأثره بالفلسفة الفرنسية التي هي في الأصل متحفظة على هذا النوع من التعويضات، وبالتالي على البحوث المرتبطة بها؛ حيث تركز مختلف الدراسات التي وجدها الباحث على موضوعات مرتبطة بالتهديد المالي، أو ما يعرف بالغرامة التهديدية، والتعويضات المرتبطة بالشرط الجزائي وغيرها من البحوث التي لا ترتبط بالبعد العقابي للتعويض المختلف جذراً وتأصيلاً عن كل ما سبق. الأمر ذاته يمكن لحظه فيما يتعلق بالبحوث المرتبطة بالأخطاء المريحة، علماً بأن البحوث التي وفقنا للوقوف عليها تم إيرادها في متن البحث، وضمن قائمة المراجع الخاصة بالبحث.

مدخل تمهيدي أصل السؤال!؟

لفهم طبيعة التعويض العقابي، وهذا الحرج الكبير في تناوله ضمن المنظومة القانونية المدنية اللاتينية، والإشكاليات التي يثيرها بالنسبة إلى فقهاء القانون المدني، لا بد من البحث في أصل السؤال لتبيان أصل الدور ومكانة التعويض العقابي، ضمن نظريتي التعويض والمسؤولية، وما حقيقة الدور المسند إليه.

أولاً: التعويض العقابي .. اختلالٌ في التعويض أم نقيصةٌ في المسؤولية!؟

هو سؤالٌ قديمٌ جديدٌ يتعلق بأصل الفكرة، والغاية الوظيفية من التعويض ضمن المسؤولية المدنية، ودور التعويض العقابي فيها؛ إذ ترتبط الإجابة عنه بالزاوية التي يُقرأ منها هذا التعويض؛ هل باعتباره الضامن لاحترام قواعد المسؤولية المدنية، أم باعتباره المقابل للضرر، لاسيما بالنسبة إلى أولئك المنادين بصحة ومنطقية الوجود القانوني لهذا التعويض، إن في المدرسة الأنجلوسكسونية⁽¹⁹⁾ أو اللاتينية⁽²⁰⁾، أو

- (19) P. Widmer, Le mythe de la réparation intégrale, in La réparation du dommage, Séminaire du GRERCA des 1er et 2 oct. 2010, http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/211/211321_pwinderstmallo.pdf. C. Morris, "Punitive Damages in Tort Cases", 44 Harvard Law Review 1931, Pp. 1173-1194. R-A. Posner, "The concept of corrective justice in recent theories of tort law", 10 Journal of Legal Studies 1981, Pp. 187-206. D-G. Owen, Philosophical Foundations of Tort Law, New York, Oxford University Press, 1997, 528 p. G. Williams, The Aims of the Law of Tort, Current Legal Problems (CLP) 4 (1951), p. 137. F. Warren Jacoby, The Relationship of Punitive Damages and Compensatory Damages in Tort Actions, 75 Dick. L. Rev. 1970, Pp. 585, 586. J-Y. Gotanda, "Punitive Damages: A Comparative Analysis", 42 Columbia Journal of Transnational Law 2004, Pp. 391-444.
- (20) S. Carval, La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, Thèse, Paris. LGDJ, 1995, p. 73s, p. 215, p. 329s. B. Ménard, L'anormalité en droit de la responsabilité civile, op, cit, p. 105, spéc, p. 114s. M-S. Bondon, Le principe de réparation intégrale du préjudice., op, cit, p. 221. L. Huguency, Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XXe siècle. In Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Études offertes à G. Ripert, LGDJ, 1950, T. II, Pp. 249-257. D. Gardner, Réflexions sur les dommages punitifs et exemplaires 1998, n° 77, Revue du Barreau du Canada, Pp. 198-203. P. Pratte, Les dommages punitifs : institution autonome et distincte de la responsabilité civile. 1998, Revue du Barreau, Tome 58, n° 287, Pp. 384-389. S. Carval, Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs ? op, cit, p. 822. S. Schiller, Hypothèse de l'amé-

العربية الدائرة في فلكيهما؟⁽²¹⁾.

برغم أنه من المتفق عليه أنّ التعويض ليس ركناً من أركان المسؤولية المدنية، إلا أنه نتيجته هي الأكثر الأهمية. ضمن ذلك، يثور سؤال يستحق النظر، هل التعويض يُقر كونه نتيجة لانتهاك قواعد هذه المسؤولية، أم لكونه اللاحقة القانونية للضرر؟ بمعنى: هل يرتبط بالمسؤولية كوحدة واحدة بوصفه الضامن لاحترام قواعدها، أم بالضرر كركن من أركان هذه المسؤولية، بما يُفيد إصلاح الضرر، وإن كان الأمر كذلك، فمن يضمن احترام قواعد هذه المسؤولية في حال اختراقها؟!

تناولُ فلسفي في أصل المسؤولية المدنية، ودور التعويض فيها، قد يبدو فيه للبعض تكلفٌ مبالغٌ فيه، إلا أنه في اعتقادنا يساعد في توضيح المركز القانوني للتعويض والوظيفة التأصيلية له. ولعل ذلك هو المدخل لفهم وظيفية التعويض، واختلاف الوظيفة المقررة له باختلاف النظرة له؛ فمن غير الخافي أنّ اختلاف التعريف المفاهيمي يُفيد بالضرورة اختلاف المضمون والوظيفة.

فالقارئ لفكرتي المسؤولية والتعويض، والعلاقة القائمة بينهما، يدرك أنّ ثمة أمراً خفياً مبهماً في فهم طبيعة العلاقة القانونية والفلسفية العضوية بينهما؛ ذلك أنه، - بالنظر إلى التعويض - هناك عنصر مُفتقد في دوره ضمن هذه المسؤولية المدنية! ولنكن صريحين وواضحين في تحديد التكيف القانوني الخاص به وبدوره المُفترض.

ricanisation du droit de la responsabilité, APhD, n° 45, 2001, p. 177. Ph. Brun, Les peines privées en droit français. In Congrès Henri-Capitant, LGDJ, 2005, Pp. 1-15. L. Hugueney, L'idée de peine privée en droit contemporain, thèse. Paris, 1904. S. De Luca, Quelle place en droit français pour les dommages et intérêts à titre punitif? Analyse des perspectives et problèmes à travers une étude des droits anglais et américain, mémoire, 2012, p. 64.

(21) راجع في الفقه العربي، حبيب جبارة الهلالي، فكرة التعويض العقابي ومواطن الإخذ بها في القانون المقارن، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، ع17، 2015. ظافر حبيب جبارة الهلالي، النطاق الفني للتعويض عن الخطأ المربح في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص1 - 79. مها ناجي جاسم، فكرة التعويض العقابي وأثرها في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص1 - 142. عمر سليمان سعيد، تطبيقات التعويض العقابي في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الأردني والقانون العراقي، مرجع سابق، ص1 - 129. عبدالهادي فوزي العوض، الخطأ المكسب في إطار المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص93 - 348. أحمد السيد الدقاق، التعويض العقابي في القانون الأمريكي ومدى ملاءمة تطبيقه في النظام القانوني المصري، مرجع سابق، ص1389 - 1441. أسامة أبو الحسن مجاهد، فكرة التعويض العقابي، مرجع سابق. حسن عبدالرحمن قدوس، الحق في التعويض، مرجع سابق. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مرجع سابق. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مرجع سابق. سامي بديع منصور، مجلة العدل، مرجع سابق. كذلك، سامي بديع منصور، التعويض العقابي في النظام القانوني اللبناني.. عندما يذوب الثلج، مرجع سابق.

ضمن ذلك، نعتقد أنه - لكي نستطيع تحديد الدقة القانونية في الإجابة - يجب الرد على الاستفسارات التالية: هل المسؤولية المدنية تتناول التعويض عن الضرر فقط وتتجاهل المحاسبة على الخطأ، أم تتناول الاثنين معاً؟! وهل الضرر المقصود في التعويض عن هذه المسؤولية يتناول الضرر الذي لحق بالمضروب، أم الضرر الذي لحق بالنظام القانوني للمسؤولية؟! وهل الرد بالتعويض عن الضرر هو الرد لانتهاك قواعد المسؤولية، أم أننا أمام فرضيتين مختلفتين؟! ثم إن كان هناك اعتداء على المضروب، فهل هناك اعتداء على المسؤولية؟! وهل الاعتداء الواقع على المضروب هو ذاته الواقع على المسؤولية؟! ألا يمكن تصور حق خاص متعلق بالمسؤولية المدنية يقابل الحق الخاص المتعلق بالمضروب؟! وبالتالي كما أن هناك حقاً عاماً في القانون العام، ألا يمكن تصور «حق خاص» لا يرتبط بالمضروب، وإنما بالمسؤولية المدنية؟!

أسئلةٌ تدفع إلى الاستنتاج أن الغائب الأكبر في هذه المسؤولية هو من يُحاسب على انتهاك قواعد المسؤولية، المتمثلة في الخطأ لا في الضرر، مادامت المسؤولية، كما هو معلوم، لا تقوم إلا بكليهما: الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما.

وللحقيقة نقول، إنَّ القارئَ فلسفة التعويض عامةً، وكيف بُنيت في كل من المدرستين الأنجلوسكسونية⁽²²⁾ واللاتينية⁽²³⁾، يدرك أن مفهوم التعويض في كلتا المدرستين - من حيث الأصل - يتناول المسؤولية، وهذا لا ضير فيه، لكنه يدرك كذلك، وهنا الإشارة، أن المدرسة الأنجلوسكسونية بقيت مخلصاً لفكرة استيعاب التعويض للضرر، دون فك ارتباطه بالمسؤولية، كون هذه الأخيرة لها حق في تعويض آخر؛ لذلك كان التعويض - بقسميه - هو الرد على الضرر الواقع على المضروب بمفهومه التقليدي، والاعتداء الواقع على المسؤولية بمفهومه العقابي. لكن في النظرية اللاتينية نجد أن ما قيل بأن التعويض عن الضرر يشمل التعويض عن الضرر الواقع على المضروب، والاعتداء الواقع على المسؤولية، هو قول في غير محله تأصيلياً وفعالياً؛ كونه جعل من فكرة الضرر تستوعب

(22) P. Widmer, Le mythe de la réparation intégrale, in La réparation du dommage, op, cit. G. Williams, The Aims of the Law of Tort, op, cit, p. 137. F. Warren Jacoby, The Relationship of Punitive Damages and Compensatory Damages in Tort Actions, op, cit, Pp. 585, 586. A-J. Sebok, "Punitive Damages: From Myth to Theory", 92 Iowa Law Review 2007, Pp. 957-1036. B-C. Zipursky, "A Theory of Punitive Damages", 84 Texas Law Review 2005, Pp. 105-171.

(23) L. Huguency, Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XXe siècle., op, cit, Pp. 249-257. P. Pratte, Les dommages punitifs : institution autonome et distincte de la responsabilité civile. 1998, op, cit, Pp. 384-389. S. Carval, Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs ? op, cit, p. 822.

المسؤولية، بينما المسؤولية أوسع من الضرر؛ لذلك نعتقد أن افتقاد الهوية الخاصة بالمسؤولية في النظام اللاتيني، والأنظمة القانونية العربية السائرة في ركابها، بكونها المحاسب على الخطأ⁽²⁴⁾، ومنحها المسؤولية الجنائية هو الذي حرّف المسؤولية، وحرّف التعويض وحرّف الضرر.

ثم، هل مقولة إنَّ المسؤولية لا تقوم إلا بالضرر هي مقولة قانونية صحيحة بالنظر إلى المسؤولية، أم بالنظر للتعويض؟! بمعنى هل التعويض مرتبط بالضرر أم بالمسؤولية؟! من المعلوم يقيناً أنَّ التعويض يرتبط بالضرر. إذ لا تعويض من دون ضرر، سواء أكان مثبتاً أم مفترضاً⁽²⁵⁾. وبالتالي فإن ارتباط التعويض بالضرر ارتباط أصيل وعضوي؛ لكن السؤال هو: هل التعويض مرتبط كذلك بالمسؤولية؟ بمعنى إن كان الشخص وقعت عليه مسؤولية عن الفعل، ولم يقع ضرر للطرف الآخر فهل هناك تعويض؟! ثم ما مدى ارتباط التعويض بالخطأ! ذلك السؤال الذي تجب الإجابة عنه، ما يجعل السؤال الأبعد، إن كان التعويض لا يقوم إلا بالضرر، فهل المسؤولية تقوم بالخطأ دون الضرر، أم بكليهما. رُبما نجد الإجابة حين البحث في أصل الدور.

ثانياً: التعويض العقابي .. تعويض عن الضرر أم عقاب على الخطأ؟!

الرجوع إلى الأصل الفلسفي للمسؤولية المدنية، والقراءات الفلسفية الدائرة حولها، تبين أنَّ المسؤولية المدنية في التشريع الفرنسي، حينما أقرت بفكرة التعويض، اعتبرت أنَّ هذا الأخير يؤدي مهمتين رئيسيتين: الأولى مباشرة، مرئية وظاهرة للعيان تتمثل في جبر الضرر الواقع على المضرور. والثانية غير مباشرة وغير مرئية، تتمثل في معاقبة مسبب الضرر على خطئه، عبر الإيجابار على إصلاح الضرر، كأن إصلاح الضرر بالتعويض يتضمن المحاسبة على الفعل المرتكب⁽²⁶⁾. من هنا اعتُبر أنَّ التعويض يشمل جبر الضرر والمعاقبة على الفعل، باعتبار أنَّ إيجابار مسبب الضرر على التعويض، بقدر

(24) محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006، ص482. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج2، المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط4، 2009. ص12. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ج3، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، الأحكام العامة، 1988، صادر للمنشورات الحقوقية، ط6، 2018، ص12.

31. Ph. Rémy, Critique du système français de responsabilité civile, Droit et Cultures, 1996, p. 25. (25) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مج2، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزامات، ط1، دار إحياء التراث العربي، 1952، ص844.

(26) «La faute et le dommage formaient alors un couple uni». B. Starck, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, op, cit. L. Andreu, Réflexions sur la nature juridique de la compensation, RTD com., 2009, n° 1, p. 655.

ما هو جبر لضرر المضرور، بقدر ما هو محاسبة مسبب الضرر⁽²⁷⁾. ما جعل ارتباط التعويض بالضرر والخطأ واضحاً جلياً بالنسبة إلى أنصار هذا التوجه⁽²⁸⁾.

تحليل، اعتبره كثيرون من رجال الفقه الفرنسي يمثل عين الحقيقة⁽²⁹⁾، لتُختصر فكرة المسؤولية في فكرة التعويض، وليُصبح التعويض هو المرادف للمسؤولية، ولتُصبح نتيجة المفهوم هي المفهوم ذاته. ومن هنا كانت بداية الخلط؛ ذلك أننا حينما نقول بالتعويض، وبأنه التعويض عن الضرر، وليس عن انتهاك قواعد المسؤولية. ما جعل أثر التعويض ممتداً لما هو أصل له، وهو الضرر، إلى ما يتعدى هذا الأصل، وهو المسؤولية. فإن كنا نقول إنَّ المسؤولية لا تقوم إلا على الخطأ المفضي إلى الضرر، وأن التعويض هو لجبر الضرر، فمن يحاسب على الخطأ؟! هنا الجانب المقتد في المسؤولية المدنية! فالتعويض يقترن بالضرر كنتيجة، لا بالفعل كمسبب للضرر.

ولنكن أكثر وضوحاً؛ لو أنَّ ضرراً تحقق دون وجود سبب، فهل نقضي بالتعويض؟! القواعد العامة تقضي ألا نقر التعويض؛ لأن الخطأ عدا عن كونه يبرز الضرر، إنما يبين الجانب المسؤول عن التعويض عن الضرر، بنسبة الفعل المسبب للخطأ إلى مسبب الضرر. فكأننا، والحال كذلك، بإثبات التعويض عن الضرر نُثبت الضرر أصالةً، ومن ثم نُثبت الخطأ تبعاً؛ لذلك - حتى في حال عدم إثبات الخطأ حقيقةً، نعد إلى إثباته افتراضاً باعتباره الخطأ المفترض. بحيث إنَّ إثبات الضرر يستتبع بالضرورة إثبات الخطأ، وذلك بخلاف حالات التعويض التقليدية التي تقوم على إثبات الخطأ أصالةً، ومن ثم إثبات التضرر تبعاً لذلك، في حال الخطأ المثبت. والمحور بينهما، سواء أكانا في إطار الخطأ المثبت أم المفترض هو دوماً افتراض الخطأ لا الضرر. لكن تحقق الضرر المنفصل عن الخطأ لا يمكن - بحال من الأحوال - أن يفضي إلى التعويض؛ فالتعويض مقترن بالضرر والضرر حتماً.

(27) Dans ce contexte, les dommages et intérêts attribués à la victime étaient indéniablement «une arme à double tranchant: instrument de réparation certes, mais aussi moyen de sanction». S. Carval, La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, op. cit.

(28) J. Meadel, Faut-il introduire la faute lucrative en droit français? LPA. 2007, p. 6. L. H - gueney, Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XXe siècle., op, cit, Pp. 249-257, Pp. 249-257. B. Starck, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, op, cit, spé. p. 354s.

(29) S-E. Robert, Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs., op, cit, Pp. 53-53. S. Ca - val, Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs ? op, cit, p. 822. S. Grammond, Un nouveau départ pour les dommages-intérêts punitifs., op. cit., Pp. 105-124. S. Omid, Dommages-intérêts ou dommages et intérêts. Celle-ci ou celle-là, ou bien les deux? Op. cit., p. 6.

لكن السؤال الذي يبرز، هو: لو كنا أمام خطأ من دون ضرر فهل نكون أمام تعويض؟! الإجابة هي النفي كونه نظرياً التعويض مرتبط بالضرر لا بالخطأ. لكن على الرغم من ذلك يمكن القول إنَّ ثمة مسؤولية تمثلت في الاعتداء على قواعد المسؤولية ذاتها لا المضرور. ذلك أنَّ الخطأ - في حد ذاته - هو سلوك تجب المحاسبة عليه. هنا من يحاسب على هذا الانتهاك لقواعد المسؤولية، وكيف يمكن تلمس المحاسبة عليه؟! مما لا شك فيه أنَّ المحاسبة لا يمكن قياسها بالضرر كونه لم يقع، بل يمكن هناك تلمسها بالخطأ المنفصل عن الضرر. هنا ما هو الوضع القانوني لأحكام هذه المسؤولية؟! ربما هنا الجانب المعتم من قواعد المسؤولية المدنية في النظام الفرنسي؛ فالخطأ غير المفضي إلى الضرر لا يمكن المحاسبة عليه رغم عدم مشروعية تحت حجة عدم وجود الضرر. وعلى الرغم من تحقق المسؤولية. ذلك السؤال الذي يجب على المشرع المدني الفرنسي والعربي الإجابة عنه!

التحليل السابق القائم على اعتبار التعويض عن الضرر بمنزلة المعاقبة على الخطأ المستوعب لفكرة القصاص في المسؤولية، إنَّ كان - مع التحفظات التي شهدها - مقبولاً حتى وقت قريب، إلا أنه اليوم يمكن أن يعتبر خارج السياق، سواء في إطار إعادة المتعاقدين للحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، أو وفق طبيعة البعد الغائي من هذا الخطأ، ومدى اعتبار غاية مسبب الفعل إحداهن الضرر، أو الوصول لغايات أخرى بعيداً عن الخطأ.

فإن كانت النظرية التقليدية للتعويض تقوم - في أساسها - على أنَّ التعويض سيعيد طرفي العلاقة إلى الحال التي كانا عليها قبل وقوع الضرر، مُعيداً كلَّ منها لمركزه القانوني قبل وقوع الضرر برفع الضرر عن المضرور، وإجبار مسبب الضرر على التعويض⁽³⁰⁾؛ فإن هذا الكلام النظري التنظيري، برغم محاولة المشرع الفرنسي جعله الأصل، بجعل الأصل في التعويض هو التعويض العيني، ووفق ما يتضح هو في ضوء الواقع يكاد يكون الاستثناء لا الأصل؛ فباستثناء الالتزام بدفع مبلغ من النقود، لا يمكن القول إنَّ التنفيذ العيني يُعيد المتعاقدين للحالة التي كانا عليها قبل وقوع الضرر، لاسيما في حال تعذر التعويض العيني لننتقل إلى التعويض بمقابل نقدي أو مقابل آخر. كل ذلك يجعل القول بأن التعويض هو الجابر للضرر والمحاسب على الخطأ، مغلوط وبشكل كبير في تعويض الضرر، وغائب بالكلية في المحاسبة على الخطأ.

والحقيقة، إنَّ كان التصور القانوني لواضعي القانون المدني الفرنسي، كان يقوم على فكرة أنَّ الخطأ يُلحق الضرر، ما أوجد فكرة التعويض عن الضرر كأصل لهذه المسؤولية،

(30) L. Andreu, Réflexions sur la nature juridique de la compensation, op. cit., p. 655. P. Wi - mer, Le mythe de la réparation intégrale, in La réparation du dommage, op. cit.

مع القول إنَّ هذا التعويض يتضمن المحاسبة على الخطأ؛ فلم يخطر ببال واضعيه، ومن سار على نهجهم من المشرعين العرب، أنَّ الخطأ قد يرتكب لا لإلحاق الضرر، بل لكسب الربح على حساب المضرور، وبالتالي نحن أمام خطأ لا ينطوي بالضرورة أو كقصد مباشر على إلحاق الضرر، وإنما يهدف إلى تحقيق الربح عن طريق الإضرار بالغير أو حتى دون أن يكون القصد الإضرار بالغير؛ لنكون أمام حالة من حالات الخطأ المفضي إلى الربح دون أن يكون مرتبطاً بالضرر⁽³¹⁾. هنا يثور السؤال: كيف تمكن محاسبة هذا الفعل الخطأ، وعلى أي أساس قانوني يتم ذلك؟! بل إنَّ هذا الأساس القانوني للمحاسبة سينعدم في حال ترتب على هذا الخطأ ربح من دون إلحاق ضرر، باعتبار أنَّ المسؤولية تقوم على الضرر لا الربح، وسيكون مشكوكاً في هذا الأساس، في حال ترتب عليه ضرر، في الوقت ذاته الذي لم تكن غايته إلحاق الضرر، هنا الجوانب المظلمة في هذه المسؤولية!

ضمن هذه الفرضية، والتحليل السابق يغدو السؤال: هل المسؤولية تحاسب على الضرر أم على الخطأ، أم على كليهما؟! وهل القول السابق بأنها تحاسب على الاثنين صحيح في وقتنا الحاضر؟! الإجابة عن هذا السؤال وغيره لا يمكن أن تكون في الإطار النظري الفقهي، بقدر ما يجب أن تكون في الإطار القانوني الواقعي أو التطبيقي، ضمن مفهوم واقعية القانون لا تنظيره⁽³²⁾.

ليغدو السؤال الأكثر أهمية في الطرح: هل واقعية التعويض الحالي عن الضرر تتضمن جبر الضرر والمعاقبة على الفعل فعلياً؟! وهل جبر الضرر حقيقة وفعلاً قائم في

(31) Le professeur G. Viney inscrit la faute lucrative dans la catégorie des fautes délibérées qui exigent une motivation spéciale. Voir J. Meadel, Faut-il introduire la faute lucrative en droit français? op. cit. p. 6. R. Demogue, Traité des obligations en général, T. IV, 1924, Paris, A. Rousseau, n° 510-511, spéc. p. 250. L'auteur conclut ses travaux en proposant une définition de la peine privée: « La peine privée est une sanction civile punitive indépendante de toute idée réparatrice, infligée à l'auteur d'une faute qui lui est moralement imputable au profit exclusif de la victime qui peut, seule en demander l'application ». S. Schiller, Les perspectives d'application aux sanctions civiles, JCP E 2015, p. 1399. A. Garraud, La faute lucrative et sa sanction, ou l'ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité civile. LPA, 2017, n° 11, p. 5.

(32) G. Kalinowski, Introduction à la logique juridique, Paris 1965 p. 158. F. Abreguettes, La logique judiciaire et l'art de juger, 2e éd., Paris, 1926, p. 382

غاي بيخور، مدونة السنهوري القانونية، نشوء القانون المدني العربي المعاصر، ترجمة: رشا جمال، منشورات الشبكة العربية للأبحاث والنشر، ط1، بيروت، 2009، ص361 وما بعد. فايز محمد حسن، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه، دار المطبوعات الجامعية، 2011، 44 وما بعد، 65 وما بعد، 268 وما بعد، 375 وما بعد. أحمد علي ديهوم، مدخل إلى دراسة المنطق القانوني، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، الإسكندرية، مج/ ع2، 2017، ص1257 - 1386، ص1280 وما بعد.

القانون ضمن مفهوم التعويض الكلي عن الضرر؟! ثم ما المقصود بهذا التعويض الكلي للضرر؟! وماذا يستوعب ضمن درجاته؟!
أستلّة غالبًا ما وُلدت الحيرة في تقديم إجابات شافية ووافية حولها، إنْ بالنسبة إلى المُشرّع الفرنسي أو نظيريه المصري واللبناني.

المطلب الأول الحيرة التشريعية

التأصيل الفلسفي السابق كانت له ارتداداته الواضحة على النظرة القانونية لهذه التعويضات العقابية، سواء في التشريع الفرنسي، أو التشريعات العربية موضوع الدراسة - المصري واللبناني - المتأثرة به، ما وُلد حقيقةً حيرة في التعامل القانوني مع هذه التعويضات لدى «المتبني» الفرنسي لم ينجُ منها المتلقي «العربي». وإن كانت الحيرة الفرنسية برزت بوضوح في الجهود التشريعية التي حاولت التعامل مع هذه التعويضات، لاسيما في مشاريع القوانين المُعدّلة لنظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي، والتي امتدت منذ العام 2004، وحتى حينه. فإن الحيرة العربية، ونظرًا إلى غياب المبادرات التشريعية الفاعلة في هذا المجال، برزت في طبيعة التعامل الفقهي مع فكرة هذه التعويضات، في ضوء النصوص التشريعية الراهنة، ومحاولة الفقه استنتاج النص التشريعي في هذه الدول، بما قاله في أحيان، وبما لم يقله في أحيان أخرى.

الفرع الأول

حيرة المتبني «الفرنسي»

وفق مشاريع قانونية خمس: كاتالا Catala⁽³³⁾، وتيريري Terré⁽³⁴⁾، وبيتايي Béteille⁽³⁵⁾، و APLRRC Urvoas⁽³⁶⁾، و PLRRC Urvoas⁽³⁷⁾ توالى منذ العام 2004 وحتى حينه، حاول المُشرّع الفرنسي إدراج مفهوم التعويض العقابي ضمن النظرية العامة للمسؤولية المدنية، بالتصريح تارةً، وبالتلميح تارةً أخرى، بالقبول المطلق مرةً والمُلف مرةً أخرى، من دون أن يكون قادرًا على اتخاذ موقف حاسم وواضح من تبني هذه التعويضات، ما عكس منهجية تشريعية قانونية لا يمكن وصفها إلا بالمتردة غير القاطعة، إن لجهة مبدأ التبني ضمن ما يمكن وصفه بـ «ضبابية الإجابة»، أو لجهة الآثار المترتبة على هذه الإجابة التي أبقت العديد من الأسئلة القانونية المتعلقة بهذه التعويضات «معلقة».

(33) Avant-projet Catala, op. cit.

(34) Avant-projet Terré, op. cit.

(35) Rapport de Responsabilité civile : des évolutions nécessaires, op. cit. Projet Beteille, op. cit.

(36) Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile 2016, op. cit.

(37) Projet de réforme de la responsabilité civile 2017, op. cit.

أولاً: ضاببية الإجابة

المطلع على النصوص التشريعية المقترحة في مشاريع القوانين الخمسة التي عبرت عن نظرة المشرع الفرنسي لفكرة التعويضات العقابية، يدرك طبيعة تعامله الخاص مع هذه التعويضات، الذي إن تعددت طرائقه، إلا أنه يمكن جمعها في محورين عبّراً عن الخيار «الصعب» المتاح له للتعامل مع هذه التعويضات، بين القبول الحذر في مشاريع القوانين الثلاثة الأولى، أو تقديم البديل في مشروع القانونين الأخيرين.

1- القبول الحذر

يمكن تلمس هذا التوجه الحذر في تبني هذه التعويضات، وإن بدرجات مختلفة في مشاريع القوانين الثلاثة الممتدة بين العامين 2005 و2016⁽³⁸⁾، ما بين مشروع كاتالا Catala⁽³⁹⁾ لعام 2005، إلى مشروع تيريبي Terré⁽⁴⁰⁾ في العام 2008، وصولاً إلى المشروع المتصور في تقرير بيتايي Bêteille⁽⁴¹⁾ في العام 2009، ومشروع القانون المقدم في العام 2010 الذي حمل الاسم ذاته⁽⁴²⁾.

ففي حين أورد المشرع الفرنسي، في مشروع كاتالا Catala، مبدأ «التعويضات العقابية» Dommages-Intérêts Punitifs إلى جانب «التعويضات التقليدية»-Dommages-Intérêts Compensatoires، كمصطلح وكفهوم ضمن نصوصه، قاضياً في المادة (1371) من المشروع بأنه: «يمكن الحكم على مرتكب الخطأ المتعمد الواضح، لاسيما الخطأ المربح، بالإضافة إلى التعويضات، بالتعويضات العقابية التي للقاضي الحق بأن يجعل الاستفادة منها جزئياً لمصلحة الخزنة العامة. يجب أن يكون قرار القاضي بمنح هذه التعويضات مبرراً بشكل خاص، وأن يتم تمييز قيمة هذه التعويضات العقابية عن التعويضات الأخرى

(38) En 2005, un premier groupe de travail dirigé par P. Catala et G. Viney a remis au garde des Sceaux un projet de réforme des obligations et de la prescription, dit « avant-projet Catala ». Un autre projet, dit « Avant-projet Terré », a été élaboré à partir de 2008 par un groupe de travail sous la direction de F. Terré. S'inscrivant dans ces réflexions, le Sénat a proposé en 2009, sur le rapport des sénateurs A. Anziani et L. Bêteille, 28 recommandations pour une réforme de la responsabilité civile, reprises dans une proposition de loi déposée en 2010 par L. Bêteille.

(39) Avant-projet Catala, op. cit.

(40) Avant-projet Terré, op. cit.

(41) Rapport de Responsabilité civile : des évolutions nécessaires, op. cit.

(42) Projet Bêteille, op. cit.

الممنوحة للمضور، التعويضات العقابية ليست قابلة للتأمين»⁽⁴³⁾.

تجاهل مشروع تيرري Terré هذه التسمية المصطلحية، وإن كان قد أبقى على المفهوم والفلسفة، مؤكداً في مادته الـ (54) أنه: «حينما يرتكب مسبب الضرر - بشكل عمدي - خطأً مريباً للقاضي، وفق قرار مُعلّل بشكل خاص، الخيار في منح المضور مبلغ الربح الذي حصل عليه مسبب الضرر، بدلاً من التعويض عن الضرر الذي لحق بالمضور. لا يمكن تغطية الجزء الذي يتجاوز المبلغ الذي كان سيحصل عليه المضور كتعويض عن الأضرار بتأمين المسؤولية»⁽⁴⁴⁾.

ثم عاد التقرير المرفوع لمجلس الشيوخ الفرنسي المعروف بتقرير آزياي وبيتايي Anziani et Bêteille⁽⁴⁵⁾ الذي وضع ثماني وعشرين توصية بخصوص إصلاح قانون المسؤولية المدنية؛ لتبني هذا المصطلح في توصيته الرابعة والعشرين، مؤكداً إمكان تبني مبدأ التعويضات العقابية في مواجهة الأخطاء المربحة، مؤكداً أنّ استخدام التعويضات العقابية هو ابتكار وثيق الصلة ببعض منازعات المسؤولية، لاسيما بالنسبة إلى النزاعات الناتجة عن ارتكاب الخطأ المربح⁽⁴⁶⁾. ليُقر في المادة (25/1386) من مشروعه القانوني الخاص الذي حمل الاسم ذاته بيتايي Bêteille⁽⁴⁷⁾ أنه: «في الحالات التي ينص عليها القانون صراحةً، عندما يكون الضرر ناتجاً عن خطأ تقصيري، أو عدم تنفيذ التزام

(43) «L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables». Art. 1371. Avant-projet Catala.

(44) «Lorsque l'auteur du dommage aura commis intentionnellement une faute lucrative, le juge aura la faculté d'accorder, par une décision spécialement motivée, le montant du profit retiré par le défendeur plutôt que la réparation du préjudice subi par le demandeur. La part excédant la somme qu'aurait reçue le demandeur au titre des dommages-intérêts compensatoires ne peut être couverte par une assurance de responsabilité». Article 54. Avant-projet Terré.

(45) Rapport de Responsabilité civile : des évolutions nécessaires, op. cit.

(46) «Autoriser les dommages et intérêts punitifs en cas de fautes lucratives dans certains contentieux spécialisés, versés par priorité à la victime et, pour une part définie par le juge, à un fonds d'indemnisation ou, à défaut, au Trésor public, et dont le montant serait fixé en fonction de celui des dommages et intérêts compensatoires». Recommandation, n° 24. Rapport de Responsabilité civile : des évolutions nécessaires, op. cit., p. 11 et 100.

(47) Projet Bêteille, op. cit.

تعاقدية تم ارتكابه بشكل مُتعمَّد، ومنح مرتكبه ثراءً لا يمكن للتعويض التقليدي إزالته، يجوز للقاضي، بقرار مسبب، أن يحكم على صاحب الضرر، بالإضافة إلى التعويضات؛ عملاً بالمادة (22/1386)⁽⁴⁸⁾، بتعويضات عقابية لا يجوز أن يتجاوز مقدارها ضعف مبلغ التعويض. تُدفع التعويضات العقابية، بالنسب التي يحددها القاضي، على التوالي للمضروب ولصندوق تعويض هدفه إصلاح الأضرار المماثلة لتلك التي لحقت بالمضروب. في حال عدم وجود مثل هذا الصندوق، يتم دفع نسبة التعويضات التي لم تُمنح للمضروب إلى الخزينة العامة⁽⁴⁹⁾.

هذا الاستعراض الأولي لمختلف هذه النصوص يُبرز التباين في التحليل القانوني لهذا المفهوم بين مختلف هذه المشاريع، ما انعكس تبايناً في المعالجة القانونية، لاسيما ضمن مشروع كاتالا وتيري Catala & Terré.

ذلك أنه، وإن كان كلا المشروعين قد أكدَا فكرة عدم قابلية التعويض العقابي للتأمين، كونها انعكاساً لحقيقة عدم إمكان التأمين عن سوء السلوك المُتعمَّد مسبب الضرر. غير أن ما يميز مشروع Catala هو تبنيه الصريح لفكرة التعويضات العقابية، بالتوازي مع التعويضات التقليدية، من حيث النص على كليهما معاً، وحق المضروب بالمطالبة بهما مجتمعين، أو بأي منهما. كذلك، ما يميز نص هذا المشروع هو إدراجه شكلاً جديداً من أشكال الخطأ المُتضمن للخطأ المستند إليه في سياسة التعويض العقابي، متبيناً وصفاً عاماً للخطأ هو: «الخطأ المُتعمَّد الواضح» *Faute manifestement délibérée*، وتمثيلاً خاصاً لهذا الخطأ يرتبط بالتعويض العقابي، هو: «الخطأ المربح» *Faute lucrative*. ما شكّل إدخالاً لنوع جديد من أنواع الخطأ في القانون المدني الفرنسي، يضاف إلى

(48) «La réparation en nature du dommage a pour objet de supprimer, réduire ou compenser le dommage. Elle peut se combiner avec une réparation par équivalent». Art. 1386-22. Projet Beteille, op. cit.

(49) «Dans les cas où la loi en dispose expressément, lorsque le dommage résulte d'une faute délictuelle ou d'une inexécution contractuelle commise volontairement et a permis à son auteur un enrichissement que la seule réparation du dommage n'est pas à même de supprimer, le juge peut condamner, par décision motivée, l'auteur du dommage, outre à des dommages et intérêts en application de l'article 1386-22, à des dommages et intérêts punitifs dont le montant ne peut dépasser le double du montant des dommages et intérêts compensatoires. Les dommages et intérêts punitifs sont, dans la proportion que le juge détermine, versés respectivement à la victime et à un fonds d'indemnisation dont l'objet est de réparer des dommages similaires à celui subi par la victime. À défaut d'un tel fonds, la proportion des dommages et intérêts non attribués à la victime est versée au Trésor public». Art. 1386-25. Projet Beteille, op. cit.

مجموعة الأخطاء المدنية الموجودة في القانون المدني⁽⁵⁰⁾. بشكل يُشير إلى أن الشخص المسؤول يجب أن يكون قد ارتكب الفعل عمدًا بشكل لا لبس فيه.

بالتالي لا يكفي مفهوم القصد في الخطأ، وإن كان مطلوبًا، بل يشترط كذلك المبالغة في هذا القصد وفق عبارة: Manifestement، ما يشير إلى مفهوم النية المبيّنة لارتكاب الفعل سعيًا وراء هدف محدد هو الربح، بغض النظر عن تحقق الإضرار من عدمه؛ كأننا في إطار ارتكاب الفعل، مع سبق الإصرار؛ ليأخذ المضرور حكم الضحية المدنية لمسبب الضرر؛ ليكون هذان العاملان هما المحددين حقيقة التكليف القانوني لهذا الخطأ. ما يجعل فكرة الإهمال، أو سوء التقدير، لا تندرج تحت مفهوم هذا النوع من الخطأ، كما يجعل فكرة العمد التقليدية المقترنة بارتكاب الخطأ غير كافية؛

ذلك أن عبارة بوضوح، أو بجلاء Manifestement، توجب إثبات هذه الصفة في طبيعة الخطأ المرتكب، ما يُوجب على المضرور أن يثبت هذه الصفة العمدية المبيّنة؛ ما يجعل في الإمكان القول إن فكرة التعويض العقابي في مشروع قانون Catala لم تكن تقتزن بصفة العمد، بحد ذاته، بل بصفة الجلاء الواجب إثباتها بصورة مؤكدة. ذلك أن فكرة الخطأ العمد، في القانون المدني الفرنسي، قائمة وموجودة، لكن صفة الجلاء هي التي أُضيفت، جاعلةً من هذا الخطأ نوعًا جديدًا من أنواع الخطأ. ما يوجب البحث في التوصيف القانوني لهذه العبارة، وكيفية تحديد مدلولاتها.

وهو الأمر الذي حاولت المذكرة التوضيحية لمشروع القانون بيانه، من حيث التأكيد أن المقصود في مدلولات هذا الخطأ العمدي الفاضح إنما يتمثل في «الخطأ المربح» Faute lucrative الذي يمثل الدافع إليه هذا التوصيف الفاضح لارتكاب الفعل، من حيث إن حجم الأرباح المحققة منه لا تشكل عائقًا أمام مقترفه من المضي قدمًا به، مقارنةً بضالة حجم التعويضات التي ستفرض عليه⁽⁵¹⁾، ما يجعله دافعًا يُحيد عواقب التعويض «التقليدي»، من خلال عوائد الربح، علمًا بأن هذه الدافعية للربح تأخذ تفسيرين، أحدهما: موسع، يستوعب أي هدف ربحي يسعي إليه مسبب الضرر. والآخر: ضيق، يتناول التأكد من أن ميزة مالية ستعود على مسبب الضرر من خلال فعله، عبر حساب تكاليف التعويض عن الضرر وعوائد الربح، بما يُفيد حقيقةً بتحقق الربح بعد التعويض.

(50) Faute simple, faute lourde, faute inexcusable, faute intentionnelle. Voir, B. De. Bertier-Lestrade, Des fautes sans responsabilité, LPA, 2005, p. 5. J. Meadel, Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ? op, cit, p. 6. R. Mésa, La consécration d'une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives? Gaz. Pal. 2009, p. 15.

(51) Avant-projet Catala, op. cit.

في المقابل، فإن المعالجة القانونية، في مشروع قانون Terré، لم تُرد أن تدخل في مختلف هذه التراتبية بين الخطأ الفاضح والخطأ المربح⁽⁵²⁾، متخذةً نهجاً مختلفاً، تجنّب فيه واضعوه الإشارة إلى مفهوم التعويضات العقابية، أو الخطأ المتعمّد الواضح، مركزين على فكرة الخطأ المربح، والصفة العمدية فيه؛ متجاوزين - بذلك - الإطار الموسع لمفهوم الأخطاء التي تندرج ضمن مفهوم التعويضات العقابية إلى مفهوم الخطأ المربح فقط، متبنين معالجةً قانونيةً أقرب إلى نظرية الإثراء بلا سبب منها إلى التعويض. حيث مُنح القاضي القدرة على المفاضلة في تحديد التعويضات المترتبة على هذا الخطأ المربح، بين منح مبلغ الربح الممثل في الإثراء الذي تحصل عليه مسبب الضرر على حساب المضرور، أو مقابل مبلغ الضرر الذي لحق بالمضرور، الممثل لافتقار هذا الأخير، تاركين الخيار هنا للقاضي، ومؤكدين أن أي زيادة في هذه المبالغ لن تكون من نصيب المضرور.

ومن الملاحظ أن نص المادة في مشروع قانون Terré، وعلى خلاف مشروع كاتالا Catala، يفيد التفريق بين التعويضين لا الجمع بينهما، بحيث إن القاضي له الخيار بين منح المضرور التعويض التقليدي عن الضرر، أو العقابي عن الربح، من دون أن تكون لديه المكنة، أو القدرة، على فرض التعويضين. في حين أن حقيقة الأمر يجب أن تكون من حق القاضي فرض التعويضين، كما أن من حق المضرور المطالبة بكليهما، كون كل منها له وظيفته التعويضية المختلفة؛ إذ لا نعتقد أن أيًا منهما يغني عن الآخر؛ فالأول هو لجبر الضرر والمحاسبة على الخطأ، والثاني هو لقمع ومصادرة الربح والمحاسبة على الخطأ؛ ولعل مشروع قانون Terré ذهب إلى ذلك، انطلاقاً من قاعدته الأصلية القائمة على عدم جواز الجمع بين التعويضات، برغم أن هذه الفرضية غير متحققة هنا، إذ إن لكل منهما وظيفته التعويضية المختلفة، كما سبق بيانه.

أضف إلى ذلك، أن هذه المقاربة بين مفهوم التعويض العقابي والإثراء بلا سبب، تطرح - في اعتقادنا - إشكالية ذات طبيعة خاصة تتعلق بالتكييف القانوني لهذا الإسقاط ومدى صحته⁽⁵³⁾، ذلك أن إلزام المثري «المقابل لمسبب الضرر»، في نظرية الإثراء بلا سبب،

(52) Article 54. Avant-projet Terré.

(53) E. Descheemaeker, Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français. RTD Civ. 2013, p. 1. BA. Garraud, La faute lucrative et sa sanction, ou l'ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité civile, op.cit., p.5. N-F. De Crouy, Consécration de la faute lucrative en droit commun: pourquoi ne dit-elle pas son nom? LPA, 2017, n°128, p. 7.

راجع في التشريعات العربية: عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مج 1، نظرية الالتزام بوجه عام، ط 1، دار إحياء التراث العربي، 1952، ص 1117. مصطفى العوجي، القانون المدني، الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2، 2011، ص 87. مصطفى الجمال، رمضان أبو السعود ونبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية،

برد أقل القيمتين بين الإثراء والافتقار، إنما يندرج على أنه أثرى من دون تدخل منه على حساب المفترق (المقابل للمضرور)، وأن إلزام المثري برد هذه المبالغ ضمن الخيار السابق، إنما مرده إلى أنه لم يرتكب أي خطأ؛ فالفعل الذي قام به المفترق هو فعل غير مقصود أوّلاً، وثانياً وهو الأهم لا ينطوي تحت مفهوم الخطأ، وبالتالي هو سلوك قائم على حسن النية، قوامه الغلط في التصرف، بينما فعل مسبب الضرر في فرضية التعويض العقابي هو فعل قائم على العمد بقصد الإضرار المنطوي على الخطأ، وبالتالي القاعدة التي ننطلق فيها من تكييف وتطبيق نظرية الإثراء بلا سبب على تصرف مسبب الضرر هي قاعدة مطعون في صحتها، من حيث الأساس، وليست لها قيمة أو صدقية قانونية صحيحة، وإن كان الباحث يميل إلى قبول تطبيق هذه النظرية لحرمان المضرور من هذه المطالبات، فإن الاعتماد على هذه النظرية ضمن هذا الشكل يبقى أمراً مشكوكاً فيه وغير صحيح؛ فنحن هنا حقيقة نكافئ مسبب الضرر - بشكل غير مباشر - على فعلته التي قام بها؛ معتبرين أنها لا تندرج ضمن مفهوم الخطأ والمسؤولية التقصيرية، ما يجعل من الضرورة بمكان البحث عن تكييف قانوني أكثر صحةً وموضوعية في هذا المجال.

كذلك، من الملاحظ أن نص المشروع جعل آلية الربط لهذه التعويضات ترتبط بالتكييف القانوني للخطأ المربح، وباعتبار الربح هو شرط لتحقيق هذا التعويض العقابي، في حين أن الأولى ربطه بالضرر الذي يستوعب الربح؛ فقد يكون من حق المضرور الحصول على التعويض العقابي حتى لو لم يحصل مرتكب الفعل على الربح، لاسيما في حال عدم تحقق الربح، برغم سعي مسبب الضرر إليه، أو في حال كان الخطأ بهدف تجنب خسارة لا تحقيق ربح، أو بقصد الإضرار الفاضح المرتبط بالخطأ الدنيء؛ ما يجعل قضية التمييز في مفهوم القصد بين القصد بالإضرار الذي يندرج تحت مفهوم الخطأ العمد، وفق المفهوم التقليدي، وبين مفهوم القصد بالربح الذي يندرج هنا تحت مفهوم الربح، وضرورة التوضيح بينهما، أمراً غاية في الأهمية؛ فما الحيثية لو أن الإضرار كان القصد الرئيسي، وتحقق الربح منه بشكل عرضي؟!

كذلك، هل كل ربح يتحقق لمسبب الضرر يقابله ضرر للمضرور! ألا يمكن أن يتحقق ربح لمسبب الضرر دون تحقق الضرر للمضرور؟! أو نكون أمام حالة من حالات تفاهة الضرر، وهل الضرر بالضرورة يترتب عليه ربح لمسبب الضرر؛ ما يجعل الأولى بالاعتبار أن الخطأ المربح هو الذي - وبغض النظر عن الضرر الذي يلحقه بالمضرور - يكسب مسبب الضرر الربح.

2006، ص 396. عبد الوهاب عريفة، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه وقضاء النقض، مج 2، المسؤولية التقصيرية، منشورات المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، د. ن.، ص 366. أمير فرج يوسف، المسؤولية المدنية، والتعويض عنها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 633.

مختلف الطروحات السابقة دفعت القائمين على تقرير آزياني بيتاي Anziani et Bétéille⁽⁵⁴⁾ إلى إعادة التوصية بضرورة تبني مفهوم التعويضات العقابية مفاهيمياً ومصطلحياً، موصياً في توصيته الرابعة والعشرين بذلك، ومُشدداً على أن استخدام التعويضات العقابية هو ابتكار وثيق الصلة ببعض منازعات المسؤولية، لاسيما بالنسبة إلى النزاعات الناتجة عن ارتكاب الخطأ المربح⁽⁵⁵⁾، متقارباً في موقفه من مشروع كاتالا Catala الذي اعتبره يمثل أرضية جيدة للبناء القانوني لهذه التعويضات، وإن كان لم يخف العديد من الانتقادات الواردة عليه.

وأكد أن النص الوارد في ذلك المشروع كاتالا Catala، وعلى الرغم من كونه مثلً للبعض معالجة متأنية وحكيمة لإدخال مفهوم التعويضات العقابية في القانون المدني الفرنسي⁽⁵⁶⁾، فإنه يبقى موضع نظر لأمرين: الأول أنه يضع قاعدة عامة واسعة في هذا المجال، ما يفتح المجال واسعاً لتطبيق هذه العقوبات ضمن قواعد المسؤولية، التي إن كانت تحتاج إلى مثل هكذا نص، إلا أنها في الوقت ذاته تحتاج إلى جعل هذه المعالجة أكثر انضباطاً وتأنياً.

ذلك أن التطبيق الموسع لهذا المبدأ على مختلف أقسام المسؤولية المدنية ببعديها التقصيري والتعاقدية سيفضي إلى اختفاء الحدود الفاصلة بين نوعي المسؤولية الجنائية والمدنية من المنظومة القانونية الفرنسية. والثاني يتعلق بالقدرة على ضبط عملية تقدير هذه التعويضات من قبل القاضي التي ستفتح المجال واسعاً لقبول السلطة التقديرية للقاضي في فرض هذه التعويضات التي تعتبر من المسائل الواقعية التي تخرج عن رقابة محكمة النقض، ما يُخشى معه من تجاوز القاضي لسلطاته المحددة في هذا المجال، وصولاً إلى التشكيك في نظام العدالة القضائية الفرنسية ذاته⁽⁵⁷⁾.

كل ذلك دفع واضعي التقرير الفرنسي للقول بأن هذا التبني بقدر ما يجب أن يحصل، بقدر ما يجب يكون مؤطراً لا يخرج عن محددات قواعد المسؤولية المدنية ولا يمزجها مع قواعد المسؤولية الجنائية، كما يُؤطر دور القاضي في تحديد وفرض هذه التعويضات، بما يضمن الوصول إلى مفهوم مسؤولية قانونية خاصة ومُؤطرة Responsabilité spécialisés et encadrés⁽⁵⁸⁾.

(54) Rapport de Responsabilité civile: des évolutions nécessaires, op. cit.

(55) Recommandation, n° 24. Rapport de Responsabilité civile : des évolutions nécessaires, op. cit., p. 11 et 100.

(56) Rapport de Responsabilité civile: des évolutions nécessaires, op, cit., p. 13s.

(57) Rapport de Responsabilité civile: des évolutions nécessaires, op, cit., p. 13s.

(58) Recommandation, n° 24. Rapport de Responsabilité civile: des évolutions nécessaires, op. cit., p. 88s.

في ضوء ذلك أعاد مشروع القانون بيتايي Bétaille، المُستَخْلَص من التقرير الذي حمل المسمى ذاته، تبني مبدأ التعويضات العقابية ببعديه المفاهيمي والاصطلاحي، جنباً إلى جنب مع التعويضات التقليدية⁽⁵⁹⁾، لكن وفق رؤية قانونية أكثر انضباطاً وتأطيراً⁽⁶⁰⁾، جاعلاً القدرة على فرض هذه التعويضات بيد المُشرِّع لا القاضي ضمن الحالات المحددة في القانون⁽⁶¹⁾، لتكون أقرب إلى الحصر منها على التمثيل، ما حد - بشكل كبير - من الخشية الاقتصادية من ارتدادات التدخل القضائي في هذا المجال؛ معيداً ربط النص بشكل واضح بالخطأ المريح فقط، وضمن الحالات التي لا يستطيع القانون المدني أو الجنائي تغطيتها. هذه الحالات التي غالباً ما تبرز في التعدي على الحياة الخاصة من قبل الصحافة، أو انتهاكات حقوق الملكية الفكرية، فضلاً على التحايل على ممارسات المنافسة المشروعة، بما فيها التقييدية أو الاحتكارية، وأخيراً الأضرار البيئية⁽⁶²⁾.

علماً بأن جميع الحالات السابقة لا تمنح القاضي القدرة المباشرة، أو الآلية، على فرض هذه التعويضات، بل شدد مشروع القانون على أنه، حتى في حال تحقق أي من الحالات المنصوص عليها في القانون، يجب على القاضي أن يسبب الحكم القضائي القاضي بهذه التعويضات؛ بما يفيد تقديم المبررات القانونية والفعلية التي تبرر فرض هذه التعويضات⁽⁶³⁾. لكن ما يُؤخَذ هنا هو أن التسبب مقترن في حال الفرض، لا الرفض. وهذا موقف نعتقد أنه يحتاج إلى مراجعة أكثر تأنيماً من واضعي المشروع؛ إذ نعتقد أن التسبب في القبول، كما هو من حق مسبب الضرر لمعرفة أحقية ما يفرض عليه من جزاء، فإن التسبب بالرفض هو كذلك من حق الجهة المطالبة بالتعويض سواء أكان المضرور أم الدولة، للوقوف على مبرر حرمانه من التعويض؛ كذلك، وكما أن مشروع القانون لم يمنح القاضي الحرية المطلقة لجهة فرض هذه التعويضات، فهو لم يمنحه هذه الحرية في تقدير هذه التعويضات العقابية، بل وضع لها سقفاً قانونياً لا يجوز تجاوزه، بما يعادل ضعفي مبلغ التعويض التقليدي، وذلك حينما لا يكفي هذا الأخير لإزالة الربح المحقق من هذا الخطأ.

ومما لا شك فيه أن التوجه التشريعي لمشروع قانون بيتايي Bétaille يختلف بذلك عن التوجه التشريعي في مشروعَي قانون كاتالا وتيربي Catala و Terré، اللذين لم يضعاً مثل هذا القيد، سواء لجهة التطبيق، أو لجهة السقف المحدد لهذه التعويضات،

(59) Art. 1386-22. Projet Bétaille, op. cit.

(60) Projet Bétaille, op. cit.

(61) Art. 1386-25. Projet Bétaille, op. cit.

(62) Rapport de Responsabilité civile: des évolutions nécessaires., op. cit., p. 81s.

(63) Rapport de Responsabilité civile : des évolutions nécessaires., op. cit., p. 81s.

اقتداءً بالمدرسة الأنجلوسكسونية التي شكلت الجذر التاريخي لهذه التعويضات⁽⁶⁴⁾؛ مسجلاً بذلك تقارباً أكثر مع التوجه المعتمد لهذه التعويضات في القانون الكندي الذي يربط تطبيق هذه التعويضات بالنص القانوني⁽⁶⁵⁾؛ ما يمثل حالة من التقارب بين المدرستين الأنجلوسكسونية واللاتينية. وإن كان قد ترك للقاضي آلية تحديد نسب دفع التعويضات العقابية بين المضرور بصفته الشخصية، والدولة ممثلة بالصندوق الخاص الذي يهدف إلى إصلاح الأضرار المماثلة لتلك التي لحقت بالمضرور، في حال وجوده، أو للخزينة العامة في حال عدم وجوده.

هذه التباينات الفقهية والتشريعية، بين المشروعات الثلاثة، لم تعطِ القائمين على العملية التشريعية إجابات شافية ومقنعة تمكنهم من تبني هذه التعويضات، ليُطرح مفهوم «الغرامة المدنية» *L'Amende civile* بديلاً مقترحاً عن التعويضات العقابية، يمكن لها أن تؤدي الدور العقابي ذاته، لكن بشكل أكثر انضباطاً وتوافقاً مع المنظومة المدنية الفرنسية؛ ما شكل مرحلة جديدة أكثر نضجاً في تحديد طبيعة التعامل القانوني مع هذه التعويضات، تم توضيح رؤية المشرع الفرنسي وتصوره الاستشراقي لها، في مشروع قانون إصلاح المسؤولية المدنية بنسخته، الأولى لعام 2016 *APLRRC Urvoas*، والمعدلة لعام 2017 *PLRRC Urvoas*.

2- البديل المقترح

بموجب مشروع قانون إصلاح المسؤولية المدنية لعام 2016 *APLRRC Urvoas*، ونسخته المعدلة لعام 2017 *PLRRC Urvoas* طرح المشرع الفرنسي فكرة بديلة لمفهوم التعويض العقابي، تمثلت في فكرة «الغرامة المدنية» *L'Amende civile*⁽⁶⁶⁾. حيث قضى

(64) H. Brooke, A Brief Introduction: The Origins of Punitive Damages. In: H. Koziol, V. Wi - cox, Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives. Tort and Insurance Law, Vol. 25. Springer, Vienna. 2009. T. Rouhette, The availability of punitive damages in Europe: Growing trend or nonexistent concept? Defense Counsel Journal, Vol. 74, N° 4, octobre 2007. Pp. 320-344.

(65) M. Lacroix, Pour une reconnaissance encadrée des dommages-intérêts punitifs en droit privé français contemporain, à l'instar du modèle juridique québécois. La revue du barreau canadien. Vol. 85. Pp. 469-604. P-G. Jobin, Les dommages punitifs en droit québécois. Études de droit de la consommation, Dalloz, 2004, p. 537. P. Pratte, Le rôle des dommages punitifs en droit québécois, Revue du Barreau, T. 59, 1999, n° 447, Pp. 472-507.

(66) F. Graziani, La généralisation de l'amende civile: entre progrès et confusions. D. 2018, p. 428. S. Carval, L'amende civile, JCP G 2016, suppl. au n° 30-35, p. 42. M. Behar-Touchais, L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs? LPA, 2002, n° 232, p. 36. E. Dreyer, L'amende civile concurrente de l'amende

المشروع الأولي لإصلاح قانون المسؤولية المدنية لعام 2016 APLRRC Urvoas، في المادة 1266، بأنه: «عندما يكون مسبب الضرر قد ارتكب عمداً خطأً جسيماً، لاسيما حينما يتولد عنه ربح أو توفير، يمكن للقاضي أن يُحْكَم عليه، بقرار مسبب بشكل خاص، بدفع غرامة مدنية تتناسب مع خطورة الخطأ المُرتكَب، ومساهمات مُرتكَب الفعل فيه، والأرباح التي استمدها منه لا يمكن أن تتجاوز الغرامة مليوني يورو»⁽⁶⁷⁾.

ومع ذلك، يمكن أن تصل إلى عشرة أضعاف مقدار الربح، أو التوفير المُحقَّق. وإذا كان الشخص المسؤول شخصاً اعتبارياً، يجوز أن تصل قيمة الغرامة إلى 10% من قيمة رقم الأعمال الدولي، مُستَقطَعاً منها الضرائب الأكثر ارتفاعاً خلال سنة واحدة من السنوات المالية المغلقة منذ السنة المالية السابقة للسنة التي خلالها تم ارتكاب الخطأ. وتُستخدَم هذه الغرامة لتمويل صندوق تعويض يتعلق بطبيعة الضرر الذي لحق به، بخلاف ذلك تذهب إلى الخزينة العامة⁽⁶⁸⁾، بينما ذهبت المادة (1/1266) من مشروع قانون إصلاح المسؤولية المدنية المُعدَّل لعام 2017 PLRRC Urvoas للتأكيد أنه: «في المسائل غير التعاقدية، حينما

pénale ? JCP E 2017, p. 1344. E. Dreyer, La sanction de la faute lucrative par l'amende civile, D. 2017, p. 1136. P-D. Vignolle, La consécration des fautes lucratives : une solution au problème d'une responsabilité civile punitive ? Acte II, Gaz. Pal. 2010, p. 7. B. Javaux, L'amende civile, entre sanction pénale et punitive damages ? JCP, n° 6, 2019, Pp. 276-277. F. Rousseau, Projet de réforme de la responsabilité civile, L'amende civile face aux principes directeurs du droit pénal, JCP G 2018, n° 24, p. 686. J. Prorok, L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile. Regard critique sur la consécration d'une fonction punitive générale. RTD civ. 2018., p. 327. M-A. Chardeaux, L'amende civile, À propos de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile. LPA. 2018, n° 22, p. 6. N. Rials, L'amende civile : une fausse bonne idée? D. 2016, p. 2072.

(67) Au jour de la décision du Conseil constitutionnel, le plafond était de 2 millions d'euros. Décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011. JORF n° 0011 du 14 janvier 2011. Texte n° 123. Les auteurs de l'avant-projet se sont visiblement inspirés de ce texte pour rédiger l'article 1266. Cf. S. Carval, L'amende civile, JCP G 2016, suppl., op. cit., p. 44.

(68) «Lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute lourde, notamment lorsque celle-ci a généré un gain ou une économie pour son auteur, le juge peut le condamner, par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile. Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur ou aux profits qu'il en aura retirés. L'amende ne peut être supérieure à 2 millions d'euros. Toutefois, elle peut atteindre le décuple du montant du profit ou de l'économie réalisés. Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise. Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public ». Article 1266. APLRRC Urvoas 2016.

يرتكب مسبب الضرر خطأً بشكل مُتعمَّد من أجل الحصول على ربح أو توفير، يجوز للقاضي أن يحكم عليه، بناءً على طلب المتضرر أو المدعي العام (النيابة العامة)، وبقرار مسبب بصفة خاصة، بدفع غرامة مدنية تتناسب مع خطورة الخطأ المُرتكَب، ومساهمات مُرتكَب الفعل فيه، والأرباح التي استمدها منه.

لا يُمكن أن تكون هذه الغرامة أكثر من عشرة أضعاف مبلغ الربح المُحقَّق. وإذا كان الشخص المسؤول شخصاً اعتبارياً يجوز أن تصل قيمة الغرامة إلى 5% من قيمة رقم الأعمال الوطني، مُستقطَّعاً منها الضرائب الأكثر ارتفاعاً في فرنسا خلال سنة واحدة من السنوات المالية المغلقة منذ السنة المالية السابقة للسنة التي خلالها تم ارتكاب الخطأ. وتُستخدَم هذه الغرامة لتمويل صندوق تعويض يتعلق بطبيعة الضرر الذي لحق به. بخلاف ذلك تذهب إلى الخزنة العامة. هذه الغرامة غير قابلة للتأمين»⁽⁶⁹⁾.

بذلك يكون هذان النصان من المشروعين قد سجلا بعض النقاط المشتركة، من خلال رسم الخطوط العامة للبدل المقترح للمعالجة القانونية لفكرة التعويضات العقابية، وفق مفهوم «الغرامة المدنية»، لكونها الجزاء المفترض على الخطأ المُرتكَب بقصد تحقيق الربح، أو التوفير، مع تأكيد جواز الحكم بهذا الجزاء، واشتراط التسبب في حال الحكم. في الوقت ذاته الذي أكدت فيه كلتا المادتين عدم أحقية المضرور في هذه الغرامات، ومنحها صندوقاً خاصاً محدثاً لمعالجة مثل هذه الأضرار، وفي حال عدم وجوده للخزنة العامة. على الرغم من ذلك يمكن القول إنَّ المعالجة التفصيلية لكليهما تضمنت العديد من أوجه الاختلاف في النظرة لهذا الحل البديل، لاسيما لجهة إقحام منح الحق في طلب هذه الغرامة للنيابة العامة، إلى جانب المضرور بجعلها طرفاً في الدعوى لجهة المطالبة بالغرامة لا التعويض في المشروع المُعدَّل PLRRC Urvoas 2017، في حين أن نص المشروع الأولي APLRRC Urvoas 2016 لم يشر إلى هذه الحيثية؛ ما يجعل الحق بالمطالبة بهذه الغرامة مقصوراً على المضرور دون غيره.

(69) «En matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile. Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés. L'amende ne peut être supérieure au décuple du montant du profit réalisé. Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 5% du montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise. Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public. Elle n'est pas assurable ». Article 1266-1. PLRRC Urvoas 2017.

كذلك الأمر، وإن كان كلا النصين قد ميزا في تحديد طبيعة هذه التعويضات بين مرتكب الفعل الموجب لهذه الغرامة بين الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري، غير أن المعالجة القانونية قد سجلت بدورها تبيانا في النظرة للاهاس الاقتصادي لدى قطاع الأعمال تجاه هذه الغرامة. بحيث إن مشروع القانون الأولي APLRRC Urvoas 2016، وفيما يتعلق بالشخص الطبيعي قد وضع قيدين على الحد الأعلى لهذه الغرامة، الأول بألا تتجاوز سقفاً معيناً مقداره مليوناً يورو، ومن ثم عاد ووضع سقفاً آخر يُقر بأنه يمكن أن تصل هذه الغرامة إلى عشرة أضعاف مقدار الربح أو التوفير المحقق⁽⁷⁰⁾.

والحقيقة أن السؤال الذي طُرح عن مدى فاعلية السقف المغلق (المليونين) مع بقاء السقف المفتوح (عشرة أمثال) كان محققاً. ذلك أن تقديم السقف المغلق على السقف المفتوح يجعل من الأول غير ذي جدوى، باعتبار أن القيد المفتوح سيجعل منه فرضية مُحَقَّقة لتجاوز المليونين، ما يثير السؤال عن فائدة ذكرها. إذ لا يمكن، والحال كذلك، تقديم السقف المغلق على السقف المفتوح، واعتبار السقف المغلق الذي هو المليونان هو الحد الأعلى، مادام السقف المفتوح الذي ورد بعده يمكن أن يتجاوزه.

وكان النص - بهذا الشكل - يشكل عيباً تشريعياً واضحاً، لاسيما أن المشرع أورد المليونين أولاً، ومن ثم عاد وذكر العشرة أمثال؛ ما سمح بالقول إن العشرة أمثال متى تحققت يمكن أن تتجاوز المليونين، فما الغاية من المليونين، وهل هي حقيقة سقف صحيح؟! ليعود القول لو أن العشرة أمثال وردت قبل، ومن ثم ورد المليونان بعدها، لفهم النص بأن العشرة أمثال هي القيد الأول الممكن تجاوزه، ولكن لحدود القيد الثاني الذي لا يمكن تجاوزه وهو المليونان، وبالتالي يكون للنص معنى. لكن والحال كذلك، ببقائنا أمام سقف مغلق لسقف مفتوح، فإنه لا يكون للنص معنى أو مبنى صحيح.

لذلك وجدنا المشرع الفرنسي، في نسخة المشروع المعدلة 2017 PLRRC Urvoas أبقى على السقف المفتوح رابطاً إياه بعشرة أضعاف الربح، وملغياً الإشارة إلى السقف المغلق الذي هو المليونان⁽⁷¹⁾. فكان موقفه أكثر انسجاماً ووضوحاً؛ لكن ما يؤخذ على النص الجديد أنه تجاهل مفهوم التوفير من بين معايير تحديد الغرامة، مكتفياً بالربح. وهنا السؤال: لماذا تم تجاهل التوفير على الرغم من كونه يمثل شكلاً من أشكال الربح غير المباشر، بتلافي إنقاص الذمة المالية، ذلك أن عدم إنقاص الذمة، على الرغم من حتمية الأمر إنما يمثل وفراً لهذه الذمة يمكن اعتباره ربحاً بالمفهوم السلبي لعدم تراجع الذمة

(70) Article 1266. APLRRC Urvoas 2016.

(71) Article 1266-1. PLRRC Urvoas 2017.

المالية في الحيز السلبي لا الإيجابي⁽⁷²⁾. وكنا نأمل من المُشرِّع الإبقاء على مفهومي الربح والتوفير، معاً كما كان واقع الحال في النص السابق للمشروع.

كذلك، وفي إطار تحديد هذه الغرامة حال كون الشخص شخصاً اعتبارياً، نرى أنَّ المعالجة القانونية بين المشروعين قد اختلفت، لاسيما فيما يتعلق بنسب الاستقطاع، ففي حين قضى المشروع الأولي APLRRC Urvoas 2016 بأن نسبة الاستقطاع هي عشرة في المائة، كحد أقصى من قيمة رقم الأعمال الدولي (الإجمالي)، مُستقطَّعاً منها الضرائب الأكثر ارتفاعاً، خلال سنة واحدة من السنوات المالية المغلقة، منذ السنة المالية السابقة للسنة التي تم خلالها ارتكاب الخطأ⁽⁷³⁾.

خَفَضَ النص الثاني PLRRC Urvoas 2017 هذه النسبة إلى خمسة في المائة من قيمة رقم الأعمال مُستقطَّعاً منها الضرائب الأكثر ارتفاعاً خلال سنة واحدة من السنوات المالية المغلقة، منذ السنة المالية السابقة للسنة التي ارتُكِبَ الخطأ خلالها، حاصراً إياها في الأرباح المحقَّقة في فرنسا⁽⁷⁴⁾، ما يجعل من عموم النص السابق أكثر سعة، كونه لم يشر إلى هذه الحصرية. والحقيقة، وإن كان النص الحالي أكثر منطقية في ضوء مراعاة الولاية القانونية الوطنية، غير أن الباحث يعتقد أنه يجافي منطق العدالة القانونية، لاسيما في حال ارتكاب الفعل في إطار المنافسة الدولية، وكنا نأمل من المُشرِّع الفرنسي لو أبقى عليها في عموم الأرباح المحقَّقة.

في جميع الأحوال، ما يمكن قوله من توجه المُشرِّع الفرنسي في مشروع إصلاح قانون المسؤولية المدنية بنسخته لعام 2016 PLRRC 2017 & APLRRC Urvoas أنه سجل انعطافة في المعالجة القانونية لمفهوم التعويض العقابي بالانتقال من التعويض إلى الغرامة، وبالتالي ألغى فكرة التعويض القائم على ربطه بالضرر؛ ليجعله أقرب إلى المحاسبة على الخطأ، لكن بالمفهوم الإداري المنطوي على الغرامة. وعليه فهو لم يعلن تخليه عن مفهوم التعويضات العقابية والخطأ المربح فقط، وإنما قدم بديلاً مؤطراً بفلسفته اللاتينية لهذه التعويضات، ضمن مفهوم الجزاء المدني، مع هجر مصطلح العقاب لمصطلح الغرامة.

كما سجل المشروع كذلك انعطافةً واضحةً في تحديد موقفه من هذه التعويضات، بما يمكن اعتباره مرحلة جديدة في تحديد الموقف القانوني من هذه التعويضات، وفق معالجة قانونية مختلفة ومنفصلة عن تلك التي سبق طرحها في مشاريع القوانين

(72) Article 1266-1. PLRRC Urvoas 2017.

(73) Article 1266. APLRRC Urvoas 2016

(74) Article 1266-1. PLRRC Urvoas 2017.

الثلاثة. سواء في إطار التكييف القانوني للحل، أو المستهدف القانوني من البديل؛ إذ غلب المصطلح المدني على المصطلح الجنائي، وإن اقترب من المصطلح الإداري. ذلك أن مفهوم الغرامة بالمفهوم العام هو مصطلح إداري، لا يتضمن مفهوم التعويض، وإنما يتضمن مفهوم الجزاء المالي. وهذا الهجر للمصطلح المدني لم يكن عن عبث، بل لكي يستطيع واضع المشروع أن يُخرج هذا الجزاء من مفهوم التعويض، ولينزع منه الإشكاليات التي يمكن أن يثيرها في قضية التعويض الكلي للضرر وارتباطه بالضرر، ولينزع في الوقت ذاته أحقيته من يد المضرور؛ ما يمهد الطريق لإدخال الدولة كطرف في هذا النزاع للمطالبة بالجزاء المترتب عليه.

في المحصلة، يمكن القول إن جميع الطروحات التشريعية الخمسة السابقة: Catala, Terré, Bételle, APLRRC Urvoas, PLRRC Urvoas، ونظرًا إلى الغموض الذي يكتسي موقف المُشرِّع الفرنسي بشأن تبني مفهوم التعويضات العقابية من عدمه، بقبوله به بذاته أو بتحويره... أفضى إلى بقاء العديد من الأسئلة القانونية المرتبطة بقضية هذه التعويضات العقابية، وأثرها على منظومة المسؤولية المدنية معلقة! ما أوضح أنه إلى جانب حيرة التبني هذه... ثمة حيرة في الإجابة.

ثانيًا: الأسئلة المعلقة

ضبابية الإجابة أفضت إلى إبقاء العديد من الأسئلة المرتبطة بهذه التعويضات العقابية مُعلقةً، من دون رد كاف وواف من قِبَل واضعي هذه المشاريع القانونية الخمسة. أسئلة يمكن ربطها في محاور ثلاثة: الأول منها، ارتبط بضوابط عمل السلطة القضائية في هذه التعويضات، وحدود الدور الممنوح لها. في حين أن الثاني تعلق بضوابط المسؤولية المدنية المترتبة على هذه التعويضات، لاسيما لجهة تحديد المسؤول عن الضرر، والتأمين على المسؤولية المترتبة من جرائها. أما الثالث، فاتصل بضوابط التعويض العقابي ذاته، من حيث تحديد كيفية تقييمه وتحديد من جانب، ومن المستفيد منه من جانب آخر.

1- ضوابط السلطة المختصة

من المعلوم أن قضية التعويضات العقابية، في تأصيلها القانوني، هي صنعة قضائية بامتياز، وُلدت من رحم القضاء البريطاني⁽⁷⁵⁾، وبالتالي فإن فرض هذه التعويضات

(75) M-L. Wells, A Common Lawyer's Perspective on the European Perspective on Punitive Damages, 70 LA. L. REV. 2010, p. 557. H. Brooke, A Brief Introduction: The Origins of Punitive Damages., op. cit. W. Mastor, Les juges anglo-saxons, spécialistes... du général. In La spécialisation des Juges. Actes du colloque 22-23 novembre 2010. L'Institut de Droit Privé en partenariat. Catherine Ginestet (ed.). Pp. 213-222.

وتحديد مقدارها من جهة أولى، أو لجهة الالتزام بالتسبب القانوني لهذا الفرض وحدوده من جهة ثانية، هو أمر متروك للقاضي لا رقيب عليه في ذلك سوى ضميره المهني. لكن السؤال، هو: هل كانت إجابات المشاريع القانونية الخمس تتفق مع هذا التوجه؟! حقيقةً، الحيرة في منح هذه الثقة للمؤسسة القضائية في مدرسة قانونية قائمة على النص، كانت واضحة في كلا الأمرين.

1-1 - القدرة على الحكم

من غير الخافي أنّ نجاح هذه التعويضات يرتبط بالمرونة التي يتمتع بها القاضي في فرضها ومقدورها، والتي تضمن فاعليتها في ضوء وظيفتها الردعية في هذا المجال. هذا الدور القضائي وحدوده لم يكن بذلك الوضوح في مشروعات القوانين الفرنسية التي يمكن القول إنها جميعها سجلت - وإن بطرق مختلفة - تحفظاً على هذا الدور أمّلته طبيعة وخصوصية الجذر اللاتيني للقانون الفرنسي القائم على النص، في مواجهة القانون البريطاني القائم على السابقة القضائية⁽⁷⁶⁾.

ففي حين سجل كل من مشروع كاتالا Catala⁽⁷⁷⁾ وتيريبي Terré⁽⁷⁸⁾ انفتاحاً واضحاً على هذا الدور القضائي في عملية فرض هذه التعويضات، مانحين القاضي السلطة التقديرية في فرض هذه التعويضات العقابية بعيداً عن النص القانوني، بحيث إنّ القاضي حينما يجد أنّ مسبب الضرر قد ارتكب هذا الفعل بقصد الربح، فإنه يمكنه أن يفرض هذه التعويضات العقابية من دون تحديد سقف لهذه التعويضات العقابية، ما جعل التوجه التشريعي لكليهما مقارباً لأصله القانوني في المنظومة الأنجلوسكسونية، إنّ من حيث سلطة فرض هذه التعويضات، أو الحد الأعلى لسقف هذه التعويضات غير المحدد، ما جعلها - بالتأصيل والفكرة - خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي. نجد أنّ مشروع بيتاي Béteille حصرَ هذه الممارسة في الحالات التي ينص عليها القانون فقط، وضمن حدود السقف القانوني المحدد من هذا الأخير. معيداً بذلك تقييد سلطة القاضي

(76) E. Calzolaio, Le rôle de la jurisprudence dans la comparaison Civil Law-Common Law. LPA, 2014, n° 42, p. 7. S. Carval, La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, op. cit., p. 349s. C. Boismain, Étude sur l'évaluation des dommages-intérêts par les juges du fond. LPA, 2007, n° 39, p. 7. M. Cappelletti, The Law-Making Power of the judge and its Limits, Vol. 8, Monash University Law Review, 1981. Pp. 62-63. Yu, Seon Bong. The Role of the Judge in the Common Law and Civil Law Systems: The Cases of the United States and European Countries. International Area Review, vol. 2, n° 2, 1999, Pp. 35-46.

(77) Art. 1371. Avant-projet Catala.

(78) Article 54. Avant-projet Terré.

في فرض هذه التعويضات بالنص القانوني⁽⁷⁹⁾، متصالحاً مع فلسفته اللاتينية المعهودة من الدور القضائي، ومقترَباً - ولو بشكل مجتزأ - من الفلسفة الجنائية التي تقول لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، بتأكيدِه: «أنه لا تعويض عقابي إلا بنص». ما جعل سلطة القاضي في فرض هذه التعويضات ليست مطلقة، وإنما مقيدة ضمن الحالات المنصوص عليها في القانون. علماً بأن مشروع بيتاي Bêteille لم يكتفِ بحصر سلطة القاضي في فرض هذه التعويضات من عدمه بالقانون فقط، بل تجاوز ذلك إلى تقييد السلطة التقديرية للقاضي في تحديد حجم هذه التعويضات بذاتها، وفق ما سبق بيانه، من حيث كونها تبقى مُقَيِّدة بحد أعلى مقداره ضعفاً قيمة التعويض المقرر⁽⁸⁰⁾.

هذا التوجه المتحفظ حول الدور القضائي نجده مستقرّاً، وإن بكيفية مختلفة، في مشروع قانون إصلاح المسؤولية المدنية بنسخته لعام 2016 و2017، لكن في شقة المتعلق بالسقف الأعلى لهذه التعويضات، وليس في سلطة فرض هذه التعويضات. بحيث إن فرضها لم يعد مقروناً أو محصوراً في الحالات التي ينص عليها القانون، بل يمكن للقاضي - في حال طلب الضرور وفقاً لمشروع القانون بنسخته لعام 2016⁽⁸¹⁾، أو بناءً على طلبه أو طلب النيابة العامة وفقاً لنسخة العام 2017⁽⁸²⁾ - أن يحكم بهذه التعويضات التي اتخذت كما بيّنا سابقاً مسمى ومفهوماً مختلفاً هو «الغرامة المدنية». وإن كان كلاهما قد قيد سلطة القاضي في فرض هذه التعويضات بالسقف الأعلى، مُمَيِّزِينَ في تحديد هذا السقف بالاستناد إلى مرتكب الخطأ بين الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري، وفق ما سبق بيانه⁽⁸³⁾.

ومما لا شك فيه أن هذا التوجه التشريعي، في مختلف المحاولات التشريعية الخمس، إنما أتى في إطار إعادة ضبط الدور القضائي في هذه العقوبات التأديبية، وتطمين المؤسسات الصناعية والتجارية والمالية، في الوقت ذاته الذي أُعيد فيه التأكيد على البعد التقني لمنظومة التشريع اللاتيني في مواجهة مدرسة عدم النص الأنجلوسكسونية، بالنص على أنه يجب أن ينص قانون خاص صراحة على اللجوء إلى التعويضات العقابية. وبالتالي لا يمكن الركون إلى هذه التعويضات وفق مفهوم الاجتهاد القضائي، أو ما يعرف بالسوابق القضائية في القانون البريطاني، وذلك بهدف تأكيد الدور التشريعي في هذا المجال، والتأكيد أن الأمور هي في يد المُشَرِّع أولاً وأخيراً، وليست في يد القاضي،

(79) Art. 1386-25. Projet Bêteille, op, cit.

(80) راجع الفقرة المعنونة بـ«البديل المقترح»، من هذا البحث.

(81) Article 1266. APLRRC Urvoas 2016.

(82) Article 1266-1. PLRRC Urvoas 2017.

(83) راجع الفقرة المعنونة بـ«البديل المقترح»، من هذا البحث.

منعاً لأي خشية من هذه التطبيقات واتساع رقعتها، لاسيما من قبل أصحاب الأعمال والشركات وممارسي العمل التجاري على أصنافهم وصنوفهم⁽⁸⁴⁾.

1-2 - إلزامية تبرير الحكم

إن كان من المحق القول إن جميع مشروعات القوانين السابقة تتفق على تسبب الحكم القضائي؛ بمعنى أنه يجب على القاضي تبرير حكمه القضائي في فرض هذه التعويضات العقابية، إلا أنه كذلك من الواجب الإشارة إلى أن هذا التبرير يأتي في جهة الفرض لا الرفض، ذلك أن هذا الإلزام بالتبرير إنما يقتصر - ووفق النص - في حال فرض هذه التعويضات العقابية وليس العكس. وبالتالي رفض القاضي منح التعويض العقابي المطالب به من قبل المضرور أو النيابة العامة، لا يلزم القاضي بالتبرير؛ نظراً إلى حرص مشروعات القوانين الخمسة على تأكيد الطبيعة الاختيارية غير الإلزامية لفرض هذه التعويضات، وأن الأمر متروك لسلطة القاضي في فرض هذه التعويضات العقابية من عدمها؛ ما يجعل هذه التعويضات العقابية، حتى إن وُجِدَتْ، غير ملزمة للقاضي ليحكم بها؛ إذ إنه يستطيع رفضها أولاً، وألا يبرر سبب رفضها ثانياً؛ ما يدخل هذه التعويضات في خانة المنحة أكثر منها الحق، وهذا سؤال نعتقد أنه يحتاج إلى مراجعة كبيرة من قبل واضعي هذه المشاريع!

ذلك أن هذه التعويضات، في حال تحققت، سيكون من الوجب فرضها، وألا يكون للقاضي خيار في إقرارها من عدمه، فهي في جميع الأحوال حق، وإلا يكون القاضي قد برّر إثراء مسبب الضرر بموجب حكم قضائي؛ ما يخالف روح القانون، لاسيما في الحالات التي ينص فيها القانون على إمكان فرض القاضي مثل هذه التعويضات، وفق التوصيف المحدد في مشروع قانون بيتايي Bêteille على سبيل المثال⁽⁸⁵⁾. وبالتالي نعتقد أن التبرير القضائي يجب أن يكون في جميع الفرضيات التي يذهب بها القاضي في حكمه، سواء بالرفض أو بالقبول، بحيث يبقى هذا التبرير مطلوباً في الفرضيتين؛ مما يجعل الطبيعة التقديرية لفرض التعويضات من حق القاضي، لكن الطبيعة التبريرية لفرض هذه التعويضات من عدمه ليست بالمطلق رهن خيارات القاضي. بل إن التبرير يغدو أكثر أهمية في حال تمت المطالبة بهذه التعويضات ولم يُستجاب لذلك.

أضف إلى ذلك أن هذه الحيثية - المتمثلة في الطبيعة غير الملزمة لفرض هذه التعويضات من قبل القاضي من عدمه، حتى مع وجود الحق في هذه التعويضات، مع عدم إلزامية القاضي بتبرير الرفض - تجعل فرض هذه التعويضات العقابية ليس تلقائياً بقوة القانون، بل يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، ما يجعل من هذه الأخيرة واسعة

(84) Rapport de Responsabilité civile: des évolutions nécessaires., op. cit., p. 109s.

(85) Art. 1386-25. Projet Bêteille, op. cit.

جداً، وتقترب في فرض هذا العقاب من البعد الجنائي أكثر منه المدني؛ فمن المعلوم أنّ القاضي المدني، في حال إثبات الضرر عليه، وبقوة القانون، أن يحكم بالتعويض المتعلق بجبر هذا الضرر، وإلا يكون حكمه عرضةً للطعن بالنقض لمخالفة القانون، بينما في هذه الفرضية، حتى لو أثبت الضرر وجود توافر الخطأ المربح.

فالقاضي له مطلق الحرية في الحكم به من عدمه، كأن القاضي ضمن هذا التوصيف مجبر على الحكم بالتعويض الجبري لجبر الضرر، ومخير في الحكم بالتعويض العقابي، بمعنى أنه يبقى في الثوب المدني في التعويض الجبري، ويقترب من الثوب الجنائي في التعويض العقابي؛ الأمر الذي نعتقد أنه موضع نظر. أضف إلى ذلك، ولما كان لمحكمة النقض الحق في الاطلاع على المبرر القانوني للفرض لا الاستبعاد، فإن هذا الأمر بقدر ما يعزز شفافية الحكم القضائي في مواجهة أطراف النزاع - لاسيما المضور، بالنسبة إلى التعويض العقابي في حال فرضه - ويعزز مفهوم العدالة المدنية والدور القضائي الذي يجب أن يتسم به الجهاز القضائي في هذا المجال، بقدر ما يضعفها في حال رفضه!

2- ضوابط المسؤولية

نقطتان رئيسيتان تبرزان في هذه الفرضية، تثيران قلق الفقه الفرنسي، ومن خلفه القضاء الفرنسي، ذلك أنّ من أسس المسؤولية المدنية، المتفق عليها فقهاً وقضاً، تحديد المسؤول عن الضرر ومساءلته وفقاً لقواعد القانون، وهو الأمر الذي لم يحدد المشرع الفرنسي موقفه منه في قضايا المسؤولية عن عمل الغير في حال التعويض العقابي. أضف إلى ذلك، تُثير قضية التأمين على هذه المسؤولية المدنية «العمدية»، إشكالا لا يخلو من كثير نقاش في الفقه الفرنسي بين مؤيد ومعارض، وذلك في ضوء حالة التردد التشريعي في حسم الموقف القانوني حيال هذا السؤال البسيط المعقد.

أ - المسؤول عن الضرر

إن كانت المسؤولية المدنية المباشرة عن الضرر، المتمثلة في المسؤولية عن الفعل الشخصي، لم تُثر كثيراً من الضجيج في الفقه الفرنسي، حيال إمكان تطبيقها في التعويض العقابي، فإن المسؤولية المدنية غير المباشرة المتمثلة في المسؤولية عن فعل الغير لاتزال موضع نقاش كبير في إطار التعويضات العقابية لجهة تحديد على من تقع مسؤولية التعويض⁽⁸⁶⁾؛ ذلك أنه، إن كان من المنطقي أنّ مسبب الضرر ومرتكب هذا الخطأ المربح هو الذي يُسأل عن التعويضات العقابية المترتبة جراءه، فالسؤال الذي لا

(86) D. Fasquelle et R. Mésa, Les fautes lucratives et les assurances de dommages 2005, RGDA, n° 2, p. 351. D. Fasquelle et R. Mésa, La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le rapport Catala, D. 2005, p. 2666.

يقول أهمية، هو: ما الحكم بالنسبة إلى التعويض للمسؤولية عن التعويضات العقابية في المسؤولية عن عمل الغير، عندما يكون الخطأ في جانب والتكسب في جانب آخر، ومن المسؤول عن هذه التعويضات؟! هل يتحمل المتبوع عمل التابع ضمن هذه الفرضية، وبالتالي يمكن إيقاع العقوبات التعويضية في حقه؟!

في الحقيقة من اللافت للنظر أنه، وأمام حالة الاختلاف في الفقه الفرنسي في هذا المجال الذي يميل في قسم كبير منه إلى رفض هذا التوجه⁽⁸⁷⁾، لم يُشر أي من مشاريع القوانين الثلاثة: Catala | Terré | Bételle إلى معالجة هذه الفرضية، بينما قدم مشروعاً تشريعياً واضحاً يجب على المشرع الفرنسي الإجابة عنه؛ فهل يمكن أن يُقبل في هذه الفرضية أن تصبح هذه التعويضات مدخلاً لربح غير مشروع للغير، وبالتالي ورغم تحقيقه للربح نقبل به؟! في حين أن مقدار تحقق الربح وواقعيته مُحققان فعلاً، ما يفتح المجال واسعاً للاحتيال القانوني، وإهدار حقوق المضرور، ويشكل ثغرة قانونية في قواعد هذه التعويضات العقابية وجانبها الردعي!

علمًا بأن الحجة التي يستند إليها أنصار هذا التوجه تركز على تقريب مفهوم التعويض العقابي من البعد الجنائي، لاسيما حينما تستخدم مصطلحي البراءة والإدانة في رفض إيقاع هذا التعويض⁽⁸⁸⁾. وهما مفهومان لا يتعلقان بالمسؤولية المدنية، بل بالمسؤولية الجنائية، باعتبار أن الرفض يُعيد النظر إلى المنظور الجنائي، بينما الاعتماد على الرؤية المدنية سيسير في اتجاه القبول كما فعل المشرع البريطاني في هذا المجال؛ إذ إن المشرع البريطاني أجاب عنه بوضوح، في إطار إمكان تطبيق مسؤولية الغير عن الأضرار العقابية، وإمكان مساءلة صاحب العمل بالتعويض عن الأضرار العقابية التي يرتكبها أحد موظفيه، والتي يمكن أن تتحقق في فرضيتين رئيسيتين، إحداهما أن العامل لا توجد لديه الملائة المالية لدفع مثل هذه التعويضات. والثانية أن من غير الممكن تحديد العامل المسؤول عن هذا التصرف المربح من بين مجموع العاملين لديه.

ضمن هاتين الفرضيتين يُقر القانون البريطاني - بوضوح - مسؤولية الغير عن التعويضات العقابية⁽⁸⁹⁾. فرضيتان مرفوضتان من أغلب رجال الفقه الفرنسي الذين

(87) D. Fasquelle et R. Mésa, Les fautes lucratives et les assurances de dommages op, cit, p. 351. D. Fasquelle et R. Mésa, La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le rapport Catala, op, cit, p. 2666.

(88) Rapport de Responsabilité civile : des évolutions nécessaires., op, cit, p. 89s.

(89) A. Beever, The structure of aggravated and exemplary damages, Oxford Journal of Legal Studies, 2003. P. Legrand, et G. Samuel, Introduction au Common Law, La découverte, coll. Repères, 2008.

لا يرون في عدم ملاءة العامل المالية مبرراً كافياً لتحميل صاحب العمل هذا العبء، في الوقت ذاته الذي يرون أن تحميل صاحب العمل نفقات هذه التعويضات العقابية، بسبب عدم تحديد المسؤول عن الضرر أو الفعل المربح، فيه شكل من أشكال الحكم المالي على بريء لم تثبت إدانته⁽⁹⁰⁾.

موقف، لا يبرره - في اعتقاد الباحث - سوى حالة الريبة الفقهية والقانونية التي ينظر بها المشرع الفرنسي إلى هذه التعويضات، ذلك أن المشرع الفرنسي يقبل - بالطلق - بالمسؤولية المدنية، في إطار التعويضات الجبرية عن عمل الغير، وفي جميع الفرضيات استناداً إلى قواعد المسؤولية الموضوعية، ومبدأ الغنم بالغرم، بينما لم يُصرح عن موقفه في قضية التعويضات العقابية، ما يُوجب عليه - في اعتقاد الباحث - إعادة النظر في ترده واتخاذ موقف أكثر وضوحاً، في هذا المجال، يتناغم مع منظور الفلسفة المدنية للتعويض الذي لن يخرج التعويض العقابي عن ثوبها العام، والابتعاد عن المنظور الجنائي في هذا المجال؛ إذ لا نرى مبرراً لهذا الاستثناء مادام أنه يسير في القاعدة ذاتها، ومادام أنه يسير في تكيفها بالمنظور المدني الصرف لهذه التعويضات.

أضف إلى ذلك، أنه من المعلوم أن المشرع المدني الفرنسي يقبل ما يعرف بـ «المسؤولية المدنية الاستثنائية لعدم التمييز»، والتي يُقر فيها بأنه في حال كان مسبب الضرر لا يوجد مسؤول عنه، وكانت لديه الملاءة المالية، يمكن حينذاك إلزام مسبب الضرر بالتعويض المخفف⁽⁹¹⁾. هذا الأمر يمكن وضعه في إطار تصور مشدد لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، حين العودة بالربح عليه، في إطار ما يمكن وصفه بـ «المسؤولية المدنية المشددة الاستثنائية» للمتبوع عن أعمال التابع، وذلك في حال عدم قدرة التابع على الوفاء، يمكن - ومادام الأمر تم في إطار علاقة التبعية - فرض هذا التعويض على المتبوع.

والحقيقة، في اعتقاد الباحث، أن الزاوية التي يُقرأ فيها هذا التعويض بالغة الأهمية، فإن قُرئ على أنه تعويض حين ذاك تمكن مساءلة المتبوع؛ أما إذا قُرئ على أنه عقاب فإنه من المستحيل إلزام المتبوع به، لا سيما أن العقوبات التأديبية لا يمكن أن يحل شخص محل شخص فيها. وكما أشرنا سابقاً هي تعويضات في الجذر ذات صفة عقابية، وبالتالي هي أولاً وأخيراً تعويضات، وتنضوي تحت هذا المفهوم المتأصل والواضح في القانون البريطاني.

(90) Rapport de Responsabilité civile : des évolutions nécessaires., op, cie. p. 89s.

(91) Ph. Le Tourneau, La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental, JCP, 1971, I, p. 2401. J-F. Barbieri, Inconscience et responsabilité dans la jurisprudence civile : l'incidence de l'article 489-2 du Code civil après une décennie, JCP. 1982. I., p. 3057. G. Viney, La réparation des dommages causés sous l'empire d'un état d'inconscience : un transfert nécessaire de la responsabilité vers l'assurance. JCP. 1985, .I., p. 3189.

وعليه، يعتقد الباحث أن على المُشرِّع الفرنسي - حينما يود فعلاً تحويل هذه النصوص التشريعية إلى نصوص تشريعية نافذة واجبة التطبيق - الرَّد على هذه الاستفسارات، وتوضيح موقفه من هذه التعويضات العقابية، في ضوء المسؤولية عن عمل الغير.

ب - التأمين على المسؤولية

على الرغم من أنه قد يبدو مستغرباً، للوهلة الأولى، الحديث عن إمكان التأمين على التعويضات العقابية التي تفترض خطأ مُتعمداً مقصوداً يتجاوز الإضرار بالغير إلى النكسب على حسابهم بطريقة غير مشروعة، ما يجعل الفعل برمته خطأ عمدياً غير مشروع، فإن مبدأ التأمين على هذه التعويضات لا يأخذ حكماً مطلقاً بالرغم من القبول! بل يأخذ دوراً جدلياً يستحق النظر ما بين مؤيدي فكرة التأمين ورافضي هذه الفكرة⁽⁹²⁾. جدلية لم يُعد عنها حتى واضعو مشاريع القوانين الفرنسية السابقة.

ففي حين أن مشروعَي Catala⁽⁹³⁾ و Terré⁽⁹⁴⁾ قضيا - بصريح النص - بحظر التأمين على هذه التعويضات العقابية، باعتبار أن فرض هذه التعويضات يُوجِّه شكلاً من أشكال الإدانة الشخصية لمسبب الضرر؛ لسلوكه المنحرف، ما يقتضي منه السداد مباشرة، وليس عن طريق وسيط؛ معتبرين أن التأمين - في هذا المجال - سيلغي ويعطل الوظيفية الردعية لهذه التعويضات؛ إذا سيشكل شكلاً من أشكال نقل المسؤولية لطرف ثالث، يتولى السداد نيابة عن مسبب الضرر؛ مؤكداً أن حظر التأمين يشكل ركيزة أساسية في تأمين الصفة الردعية لهذه التعويضات، في الوقت ذاته الذي يتفق مع الركائز التي يقوم عليها مفهوم التأمين في المنظومة القانونية الفرنسية، من حيث إن شركة التأمين ليست مسؤولة عن الخسائر أو الأضرار الناتجة عن سوء السلوك المتعمد أو الاحتمالي للمؤمن له. نجد أن مشروع قانون Beteille⁽⁹⁵⁾ قد صممت عن موضوع التأمين، ولم يشر إلى الحظر ذاته، ما فُسر بأنه سماح من واضعي المشروع بالتأمين على هذه التعويضات، آخذاً بذلك منحنياً أكثر عقلانية بتبريره إمكان ضمان التعويضات العقابية، وتحملها من قبل مؤسسات التأمين.

(92) S. Grammond, Un nouveau départ pour les dommages-intérêts punitifs., op, cit. Pp. 105-124. G. Viney, L'avenir des régimes d'indemnisation indépendants de la responsabilité civile. In Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à P. Drai, Dalloz, 2000, 671. D. Fasquelle et R. Mésa, Les fautes lucratives et les assurances de dommages op, cit, p. 351. D. Fasquelle et R. Mésa, La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le rapport Catala, op, cit, p. 2666.

(93) Art. 1371. Avant-projet Catala.

(94) Article 54. Avant-projet Terré.

(95) Art. 1386-25. Projet Beteille, op, cit.

حيث يؤكد مقدمو المشروع أنَّ حظر التأمين من شأنه أن يخاطر - من خلال العبء المالي الذي قد يفرضه على الشركات، على وجه الخصوص - بتعطيل، إن لم نقل توقف نشاط هذه الشركات؛ ما قد ينعكس سلبيًا على دورة النشاط في الدولة، ويدفع هذه الشركات إلى البحث عن ملاذات آمنة أخرى، ضمن أنظمة قانونية تسمح بالتأمين على هذه التعويضات، وبما يترتب عليه من نقل هذه الشركات مقراتها وأنشطتها إلى دول أخرى، لاسيما الأنجلوسكسونية⁽⁹⁶⁾؛ حيث استند مروجو المشروع إلى التبرير ذاته الذي سبق أن طرحته اللجنة البريطانية المعنية ببحث هذا الموضوع Law Commission، بأن نشاط التأمين ينطوي على إمكان التنبؤ والقياس الكمي بين الأقساط والتأمين، وبالتالي كلما كان المؤمن عليه أقل قابلية للتنبؤ به زاد مبلغ التأمين.

وعليه، إذا تم فتح التأمين ضد التعويضات العقابية، فمن المحتمل أن تكون الأقساط المطلوبة مكلفة بشكل كبير، بحيث إنَّ تكلفة هذه الأقساط كفيلة، في حد ذاتها، كوسيلة لمنع ارتكاب سوء السلوك المربح، ما يحقق الوظيفة الردعية المطلوبة⁽⁹⁷⁾؛ ليعود مشروع قانون إصلاح المسؤولية المدنية بنسخته لعام 2016 2017 APLRRC Urvoas & 2016 PLRRC Urvoas لتأكيد عدم إمكان منح هذه التعويضات - كما سبق بيانه - تكييفًا قانونيًا مختلفًا تحت مسمى «الغرامة المدنية».

والحقيقة، أن هناك جانبًا كبيرًا من الفقه يرى أنَّ مسألة تأمين هذه التعويضات، لاسيما في أدبيات وفلسفة منظومة التأمين الفرنسية، هي في الواقع نظرية أكثر منها عملية⁽⁹⁸⁾؛ لأنه من الصعب أن تقبل شركات التأمين الفرنسية ذلك⁽⁹⁹⁾، أو العثور على شركة تأمين تقبل التأمين على مثل هذا الخطر. فضلا على أنَّ هذا الأمر سيتطلب تعديل القواعد القانونية المتعلقة بأسس التأمين في فرنسا، لاسيما التأمين عن الأفعال المقصودة المتعمدة والاحتمالية التي حظر القانون الفرنسي التأمين عليها.

(96) Rapport de Responsabilité civile : des évolutions nécessaires, op, cit, p. 65s et p. 85s.

(97) Ibid.

(98) Rapport de Responsabilité civile : des évolutions nécessaires, op, cit, p. 65s et p. 85s. Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, op, cit, p. 41.

عدنان احمد ولي، التعويض العقابي والتأمين، مفهوم التعويض العقابي وجواز التأمين عليه. مجلة رسالة التأمين، السنة الخامسة، ع1، كانون الثاني، شباط، 2002. ظافر حبيب جبارة الهلالي، فكرة التعويض العقابي ومواطن الاخذ بها في القانون المقارن، مرجع سابق.

(99) S. Carval, La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, op, cit., p. 367s. D. Fasquelle et R. Mésa, Les fautes lucratives et les assurances de dommages, op, cit, p. 351. D. Fasquelle et R. Mésa, La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le rapport Catala, op, cit, p. 2666.

وعلى الرغم من ذلك، وإن كان الفقه يؤكد هذا التوجه، فإنه يشير أيضاً إلى أن الموضوع محل نقاش كبير⁽¹⁰⁰⁾، لاسيما أن القوانين المناظرة التي أقرت هذه التعويضات العقابية، أقرت بإمكان التأمين عليها، كما فعل المشرع البريطاني في هذا المجال، الذي أقر بأنه يمكن التأمين على هذه التعويضات العقابية، حيث قضى حكم مجلس مقاطعة لانكشاير Lancashire County Council v. Municipal Mutual Insurance Ltd⁽¹⁰¹⁾، بأن الجانب الردعي لهذه التعويضات يبقى قائماً، حتى في حال التأمين عليها، كون التأمين لا يعفي من المسؤولية، ولا ينقل المسؤولية أو يحيلها على شركة التأمين، بل على العكس، ربما يضاعف من العبء المالي على مسبب الضرر الذي سيقوم - في النهاية - بإعادة هذه المبالغ المُسددة إلى شركة التأمين، وإن كانت على أقساط، ولكن ربما بمبالغ تفوق قيمتها الحقيقية؛ نظراً إلى هامش الربح الذي قد يكون مُبالغاً فيه في التأمين على هذه الأضرار، ما سيتقل - في المحصلة - جانب المسؤول عن الضرر، ويحقق الغاية الردعية ذاتها. فضلاً على أنه قد يواجه صعوبة في تجديد وثيقة التأمين الخاصة به.

بل إنَّ اللجنة البريطانية Law Commission المعنية ببحث قانونية التأمين على التعويض العقابي أقرت ثلاث حجج رئيسية أيدت التأمين على هذه الأضرار⁽¹⁰²⁾، معتبرة أنه إنَّ كانت الغاية من هذه التعويضات هي ردع مسبب الضرر، وإشعار المتضرر بتحقيق العدالة، فإن الأمر لن يكون كذلك حينما يكون مسبب الضرر غير قادر على الوفاء بمبلغ هذه التعويضات؛ نظراً إلى عدم ملاءمته المالية؛ ما سيشكل عاملاً محبباً للمضرور للمطالبة بهذه التعويضات، وتأمين مبدأ الملاحقة القانونية، ما سيلغي دور هذه التعويضات من أساسه، ووظيفتها الردعية.

واعتبرت اللجنة أنه يمكن للتأمين هنا أن يؤدي دوراً فاعلاً في إنفاذ القانون، ومعاقبة مسبب الضرر الذي سيدفع لاحقاً لشركة التأمين التي حلت محله في الدفع وليس في المسؤولية، كما يرضي المضرور بحقيقة سداد المبلغ، وحلول طرف ثالث مؤتمن وموثوق في ملاحقاته بالمبالغ المطلوبة أكثر منه، وهنا نعني شركة التأمين، ما يوصلنا إلى الحجة الثانية؛ ذلك أن شركات التأمين هي الأقدر على إجبار مسببي الضرر على دفع هذه التعويضات أكثر من المضرور، بما تمتلكه من خبرات وأدوات قانونية تُمكنها من

(100) S. Carval, La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, op, cit., p. 367s

(101) 1997, QB 897, Court of Appeal. Cf. S. De Luca, Quelle place en droit français pour les dommages et intérêts à titre punitif? op, cit, p. 67.

(102) D-G. Owen, "Punitive Damages Overview Functions, Problems and Reform", Villanova Law Review 1994, Pp. 363-413. J. Gash, "Understanding and Solving the Multiple Punishments Problem" in L. Meurkens & E. Nordin (eds.), The Power of Punitive Damages. Is Europe Missing Out? Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2012, Pp. 65-105.

الضغط الفعال والمستمر والمباشر، بقوة القانون، على مسبب الضرر أكثر من الضرور الذي لا يمتلك الإمكانيات والطرق ذاتها.

ثالثاً وأخيراً: إنَّ تأمين هذه التعويضات العقابية، إلى جانب التعويضات الجبرية، يحقق نزاهة عملية التأمين بشكل أكبر فاعلية، لاسيما في العلاقة بين المؤمن وشركة التأمين؛ إذ يجنب خطر الخلاف بين شركة التأمين والمؤمن عليه؛ لأن حظر التأمين على الأضرار العقابية يمكن أن يشجع مسبب الضرر للضغط على الضرور لزيادة مقدار التعويضات الجبرية إلى أقصى حد، ما سيساعده على تخفيض العبء المقابل عليه في الأضرار العقابية؛ في حين أن شركة التأمين ستفضل النتيجة المعاكسة.

3- ضوابط التعويض

هناك سؤالان رئيسيان يرتبطان بتحديد هذه الضوابط في موضوع التعويضات العقابية، الأول: يرتبط بحسم الموقف القانوني من تحديد معايير تقييم التعويض العقابي والدور القضائي المتاح في هذه الفرضية. والثاني: يرتبط بتحديد المستفيد من هذا التعويض، ومدى صحة شروط استحقاقه القانوني للتعويض من عدمه.

أ - معايير تقييم التعويض العقابي

حتى مع خضوع تقييم التعويض التقليدي للسلطة التقديرية للقاضي، فإن هذا الأخير غالباً ما يستند إلى جملة من المعايير الموضوعية التي ترشده في تحديد هذا التعويض. خلاصة تبدو أكثر إلحاحاً في قضية التعويضات العقابية، والحاجة إلى وضع مؤشرات إرشادية للقاضي يستند إليها في تقييم مقدار هذه التعويضات. حقيقة، وإن لم نقل إنها كانت غائبة عن ذهن واضعي مشروعات قوانين تعديل المسؤولية المدنية الفرنسية، فقد كانت مُتجاهلة في مشروعى Catala & Terré، وعولجت معالجة قاصرة في مشروع Bétéille، ليسدها بشكل أكثر توفيقاً مشروع قانون إصلاح المسؤولية المدنية بنسخته لعام 2016 PLRRC Urvoas & 2017 APLRRC Urvoas، ما أمكن معه القول بأنه، إنَّ كانت ثمة قواعد عامة في تقييم هذه التعويضات من قبل القاضي، فيإلي جانبها توجد قواعد خاصة قضى بها المشرع لهذه التعويضات العقابية بذاتها، ما مَثَّل الانتقال من العام إلى الخاص.

حيث لم تشر مسودة مشروع Catala⁽¹⁰³⁾، أو مشروع Terré⁽¹⁰⁴⁾ إلى معايير التقييم التي يمكن الاستناد إليها في تحديد مقدار التعويضات العقابية، ما يدفع إلى القول بأن

(103) Art. 1371. Avant-projet Catala.

(104) Article 54. Avant-projet Terré.

واضعي المشروعين إنما أرادوا أن يتركوا ذلك للسلطة التقديرية المطلقة للقاضي؛ الأمر الذي انتقده كثير من الفقهاء، خشية المخاطر الكبيرة التي قد تنطوي عليها، سواء في محددات تقييم هذه التعويضات ذاتها، أو في سقف هذه التعويضات. ليُثار السؤال عن مختلف هذه المؤشرات، وكيفية وضعها وتقييمها: هل هي الأرباح المتأتية من الخطأ المربح، أم من درجة خطورة الخطأ، أم من الملاءة المالية لمسبب الضرر، أم من مقدار التعويضات التقليدية...؟ وغيرها من الأسئلة المُعلّقة.

لذلك، وتلافياً لهذه المخاطر التي يمكن أن تقع في أثناء عملية تقدير هذه التعويضات، حال إسنادها إلى السلطة التقديرية للقاضي، قدم مشروع قانون Bétéille⁽¹⁰⁵⁾ معالجة قانونية أقل ما يمكن وصفها بغير المكتملة، كونه اهتم بتحديد مقدار الحد الأعلى لفرض هذه التعويضات، من دون تحديد آلية تقديرها، ما شكل فراغاً تشريعياً واضحاً في هذه المعالجة، مؤكداً أن حداها الأقصى يجب ألا يتجاوز ضعف مقدار الأضرار التعويضية، مبرراً موقفه بأنه قد يتم الطعن في دستورية هذه التعويضات العقابية، في إطار غياب تحديد مقدارها من قبل محكمة حقوق الإنسان والمجلس الدستوري؛ لغياب هذا التقدير في حال اعتُبرت بمنزلة توصيف عقابي بذات التوصيف الجنائي⁽¹⁰⁶⁾.

أمام هذه الإشكالية، حاول مشروع قانون إصلاح المسؤولية، بنسخته لعام 2016 APLRRC Urvoas & 2017 PLRRC Urvoas، تقديم رؤيته الاستشرافية في حلها عبر معطين، الأول: عبر توضيح معايير تحديد وتقييم هذا التعويض. والثاني: عبر تحديد الحد الأقصى لهذا التعويض.

مؤكداً في المعطى الأول ثلاثة معايير رئيسية لتحديد وتقييم هذا التعويض، هي على التوالي: خطورة الخطأ المرتكب، ومساهمات مرتكب الفعل، والعوائد المأمول الحصول عليها، بحيث يجب أن يكون هذا التحديد متناسباً مع هذه المعايير مجتمعة⁽¹⁰⁷⁾. ومما لا شك فيه أن المشرع الفرنسي، حينما أشار إلى المعيار الأول المتمثل في خطورة الفعل المرتكب، إنما تجاوز - في اعتقاد الباحث - فكرة العمد إلى فكرة الخطأ ذاته، بحيث إن الأمر أصبح مرتبطاً بجسامة الخطأ فقط؛ ذلك أن خطورة الفعل المرتكب تنطوي على تحديد جسامة الفعل، أكثر من كونه عمدياً أو لا، وإن كان الأمران مترابطين في بعض الحالات.

ولعل هذا التركيز هو ما دفع المشرع إلى التلميح إلى فكرة العمد في المعيار الثاني، من دون أن يجعله شرطاً في التكييف القانوني لهذا الخطأ، من حيث أخذه بعين الاعتبار

(105) Art. 1386-25. Projet Beteille, op, cit.

(106) Rapport de Responsabilité civile : des évolutions nécessaires., op, cit., p. 96.

(107) Article 1266. APLRRC Urvoas 2016. Article 1266-1. PLRRC Urvoas 2017.

مساهمات مُرتكَب الفعل في هذا الفعل المُقترَف، وبالتالي هو يأخذ بعين الاعتبار نية القصد في هذا الفعل من دون أن يجعلها شرطاً للتكييف القانوني، وإن كان يقبل بها كشرط مُشدّد. وأخيراً أوضح المُشرِّع المعيار الثالث المتمثل في الربح الذي كان يسعى إليه مُرتكَب الفعل. ومما لا شك فيه أن هذا الربح المُحقَّق المأمول تحقيقه، كذلك، يمكن له أن يشير - بشكل غير مباشر - إلى صفة العمد. وفي اعتقاد الباحث أن المُشرِّع راعى في تقدير التعويض العقابي، ضمن هذه المعايير، جوانبه الثلاثة، الأول: القائم على الخطأ. والثاني: القائم على القصد. والثالث القائم على الربح.

مع التأكيد أن هذه المعايير هي معايير تقييم التعويض، وليست استحقاق التعويض، الأمر الذي - في اعتقاد الباحث - يحتاج إلى بعض التفصيل، بمعنى أن المُشرِّع حينما أقر بأن على القاضي أن يأخذ في تحديد مقدار التعويض العقابي هذه المعايير الثلاثة، كظروف مُشدّدة أو مخففة لهذا التعويض، وليس كشرط استحقاق، بحيث أنه أشار إليها كمؤشر معياري لفرض هذا التعويض؛ فحينما أشار إلى الخطأ، أشار إلى خطورة الخطأ، وليس إلى الخطأ ذاته، كذلك الحال حينما أشار إلى صفة العمد المقترنة بمساهمات مُرتكَب الفعل، الأمر الذي ينطبق على الربح المأمول، لا المُحقَّق.

وهذا الأمر يقودنا إلى نتيجة أخرى مفادها أن القاضي، في معرض تحديده هذه التعويضات، يمكنه أن يستند في تقييمها إلى هذه المعايير الثلاثة، مجتمعة أو منفصلة، بمعنى أنه لا يشترط توافرها مجتمعة، بل قد يتحقق أحدها دون الآخر، ما يجعل منها معايير تقييمية لمقدار التعويض، وليست لاستحقاق التعويض، والفرق بين الأمرين بَيِّن واضح.

لكن السؤال الذي يبرز هو: أن المُشرِّع، انطلاقاً من حصره فكرة التعويض العقابي بفكرة الربح لا التوفير، اعتبر أن الربح المُحقَّق أو المأمول تحقيقه هو أحد معايير تقييم هذه التعويضات، ولم يشير إلى التوفير المرجو توفيره، أو الذي تم فعلاً توفيره كأحد هذه المعايير. وكنا نأمل لو أن المُشرِّع كان أكثر وضوحاً في هذا الجانب، بحيث يشير إلى التوفير، إلى جانب الربح، كمعيار لهذا التقييم؛ فالتعويض العقابي يشمل الأمرين ولا ينحصر في أحدهما.

وقد يرى البعض أن تجاهل المُشرِّع للتوفير هو لصعوبة تقييمه وتحديده في مقابل الربح الذي يسهل تحديده. برغم أن هذا الرأي - في اعتقاد الباحث - غير دقيق، لاسيما حينما يكون الربح غير ممكن الضبط بين الربح الحالي والمستقبلي من جهة، والربح المباشر وغير المباشر من جهة ثانية، ومختلف الفرضيات التي تدخل في الحالات السابقة.

أما في المعطى الثاني المرتبط بتحديد الحد الأقصى لهذا التعويض⁽¹⁰⁸⁾، فقد أشار مشروع القانون، بنسخته إلى السقف القانوني لهذه التعويضات العقابية، مميزاً في تحديد مقدار هذه التعويضات بالاستناد إلى طبيعة مُرتكب الفعل بين الشخص الطبيعي والاعتباري، لا إلى طبيعة الفعل ذاته، وهي نقطة تؤخذ على مشروع القانون، ومخاطباً بهذا التحديد، لاسيما فيما يتعلق بالشخص الاعتباري، هواجس الشركات، وحجم الضغط الاقتصادي الذي قد تشكله هذه التعويضات على الشركات. ولذلك وجدنا - كما سبق بيانه - أنَّ هذه المعالجة المرتكزة على التلطيف الاقتصادي لمقدار وسقف هذه التعويضات العقابية، لاسيما للشركات، اختلف بين مشروع القانون بنسخته الأولى والثانية، حيث حدد سقفها الأول بعشرة في المائة⁽¹⁰⁹⁾، ليخفصها الثاني إلى خمسة في المائة⁽¹¹⁰⁾.

والحقيقة أنَّ تحديد هذا السقف يُعد ضرورة حتمية في القانون الفرنسي بالنسبة إلى كثيرين⁽¹¹¹⁾، في ضوء واقع الرقابة القضائية لمحكمة النقض، كمحكمة قانون على قضاة الموضوع، مادامت محكمة النقض ترفض ممارسة سيطرتها على تقدير التعويض، معتبرة إياه من مسائل الواقع لا القانون.

لكن السؤال، هو: هل التعويضات العقابية مرتبطة بحجم الربح الإيجابي المتمثل في «الغنى»، أم السلبي المتمثل في درء الافتقار المتمثل في «التوفير»، أم بحجم الضرر؟ في الحقيقة إذا اتفقنا على أنَّ الوظيفة العقابية في الأمور المدنية يجب أن تكون بالضرورة تابعة للتعويض، فيبدو من المرغوب فيه ألا يتجاوز الحد الأقصى للمبلغ مبلغ التعويضات. على العكس من ذلك، إذا كنا نرغب في تجاوز هذه الوظيفة التعويضية البسيطة، والتأكيد - بشكل أقوى - على الوظيفة العقابية للمسؤولية المدنية ضمن مفهوم الربح، فإن الحد الأقصى لمقدار الأضرار العقابية يمكن أن يكون أكبر من التعويض عن الأضرار التعويضية أو أقل، إذ لا ارتباط له بها.

(108) Article 1266. APLRRC Urvoas 2016. Article 1266-1. PLRRC Urvoas 2017.

(109) Article 1266. APLRRC Urvoas 2016.

(110) Article 1266-1. PLRRC Urvoas 2017.

(111) M-A. Chardeaux, L'amende civile, À propos de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile, op, cit, p. 6. J. Porok, L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile, RTD civ. 2018, p. 327s. F. Rousseau, Projet de réforme de la responsabilité civile, L'amende civile face aux principes directeurs du droit pénal, op, cit. p. 686. N-F. De Crouy, Consécration de la faute lucrative en droit commun : pourquoi ne dit-elle pas son nom ? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile. LPA, 2017, n° 128, p. 7.

وهو - في اعتقاد الباحث - الخيار الأصح الذي استند إليه مشروع قانون إصلاح المسؤولية المدنية بنسخته، في حين وجدنا أن مشروع قانون Béteille استند، في تحديد هذه التعويضات، إلى مقدار التعويضات الجبرية، وليس إلى مقدار الربح المحقق، ما يثير السؤال بشأن صحة هذه المرجعية، فبدلاً من أن تكون هذه التعويضات مرتبطة بالربح ربطها بالتعويض، وهو موقف نعتقد أنه غير صحيح، كون موضوع التعويضات العقابية يتعلق بالخطأ بذاته لا بالضرر الناجم عنه. ذلك أننا نحيد بمثل هذا التحليل عن المنطق الاقتصادي المصمم لهذه التعويضات العقابية القائم على الربح المحقق، مقيدين أنفسنا بالوظيفة التعويضية للمسؤولية المدنية التي يجب فصلها وتمييزها عن وظيفتها العقابية. ذلك أن عدم مراعاة هذا الاختلاف، في هذه النماذج التحليلية، عند النظر إلى هذه التعويضات، كما اختلاف التحديد المنضبط للأضرار العقابية، سيهدد التوازن الاقتصادي لقانون المسؤولية المدنية، وبالتالي عقلانيته القانونية⁽¹¹²⁾.

هنا ربما تكون المبادئ التي تعتمدها المحاكم الأنجلوسكسونية، في هذا المجال، مؤشرات جيدة يمكن أن تساعد القضاء الفرنسي في هذه المهمة. ولعل من أهمها أن هذه التعويضات العقابية يجب ألا تخرج عن طابعها العقابي الردعي والموضوعي، وألا تنتقل للطابع الانتقامي الشخصي، حيث اعتبرت المحكمة العليا في الولايات المتحدة، على سبيل المثال، أن هناك انتهاكاً لقانون الإجراءات القانونية الواجبة عندما يكون هناك تفاوت بين المبلغ المفرط للتعويضات العقابية الممنوحة، والوظيفة العقابية والرادعة لهذه المبالغ؛ مؤكدة أنه يجب أن تبقى هذه التعويضات متمسكة بالعدالة والمصادقية، بغض النظر عن خطورة سلوك مسبب الضرر⁽¹¹³⁾.

(112) R-D. Cooter, Economic Analysis of Punitive Damages, S. Cal. L. Rev. n° 56, 1982, 87 ff. A-M. Polinsky, and S. Shavell. Punitive Damages: An Economic Analysis. Harvard Law Review, vol. 111, n° 4, 1998, Pp. 869-962. Disponible in Net. G. Schwartz, Reality in the Economic Analysis of Tort Law: Does Tort Law Really Deter? UCLA Law Review., n° 42, 1995. Pp. 377-444.

(113) Voir affaire: BMW of North America v. Gore, 1995/94-896. Facts of the case: After purchasing a new vehicle from an authorized Alabama BMW dealership, Ira Gore, Jr. discovered that his new vehicle had been repainted. He sued BMW's American distributor (BMW), alleging that it committed fraud by failing to inform him that his car had been repainted. The Alabama Circuit Court entered judgment, following a jury verdict, awarding Gore \$4,000 in compensatory damages and \$4 million in punitive damages. On appeal from the trial judge's denial of BMW's post-trial petition to set aside the punitive damages as "grossly excessive," the Alabama Supreme Court ruled that the punitive damages were not so excessive as to violate BMW's Fourteenth Amendment right to due process. Due to a jury calculation error, however, the Alabama Supreme Court

ما يلزم أن يأخذ في الحسبان الملاءة المالية لمسبب الضرر، بشكل يضمن أن تكون هذه التعويضات العقابية تحقق ردع مسبب الضرر وإرضاء المضرور، ما يجعل من مبدأ تناسب التعويض مع الردع أمراً غاية في الأهمية. وبالتالي فرض تعويض عقابي زهيد لن يكون له ذلك الأثر الرادع بالنسبة إلى شخص مليء مالياً. كما أن فرض تعويضات عقابية مبالغ فيها غير قابلة للتحصيل على شخص غير مليء مالياً لن يوضع موضع التنفيذ، ولن يصل لإرضاء المضرور بأن العدالة قد طبقت.

كذلك يجب الأخذ بعين الاعتبار موضع التعويض الجبري المقرر للمضرور، ومقداره، ومدى قدرته على جبر ضرر المضرور. حيث يذهب اتجاه من القضاء البريطاني إلى أن هذه التعويضات العقابية تُفرض حينما لا تكفي التعويضات الجبرية لتحقيق مبدأ الردع والعقاب الواجب تجاه مسبب الضرر. وأنه تجب مراعاة أي عقوبات جنائية تم فرضها على مسبب الضرر. ليندرج كل ذلك تحت نقطة أكثر أهمية، وهي منع إيقاع العقاب مرتين عن الفعل ذاته⁽¹¹⁴⁾.

أخيراً، يمكن الأخذ بعين الاعتبار الأرباح التي حصل عليها مسبب الضرر من فعله. علماً بأن الفقه الكندي أكد أنه لا يشترط، لفرض هذه التعويضات العقابية، أن يكون قد حقق الربح فعلاً؛ فالمعاقبة هي على الفعل أو النية المبيتة أكثر منها على تحقق الواقعة بذاتها. بمعنى أن التعويضات العقابية إن كانت تهدف إلى حرمان مسبب الضرر من هذه الأرباح، فإنها ليست غايتها الرئيسية، بل غايتها الرئيسية هي تحقيق مبدأ الردع والعقاب على السلوك غير المقبول؛ لذلك يتم فرض هذه التعويضات، حتى في حال عدم الحصول على ربح، استناداً إلى نية الفعل، وليس ما إذا كانت تلك النية قد تحققت⁽¹¹⁵⁾.

reduced Gore's punitive damage award to \$2 million. BMW appealed to the Supreme Court. Selon F-X. Licari., « Le contrôle de proportionnalité instauré par la cour suprême des Etats-Unis dans l'arrêt Gore est enraciné dans le principe du due process of law. Il repose sur trois critères. Le premier est le caractère répréhensible et le degré de gravité de l'acte reproché au défendeur. Le deuxième est celui du rapport de proportion entre les punitive damages et les dommages-intérêts compensatoires. ... Enfin, la cour suprême des Etats-Unis, toujours dans l'arrêt Gore, enjoint aux tribunaux de prendre en compte les sanctions civiles ou pénales pour une conduite illégale comparable ». F-X. Licari., "La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public international : une décision en trompe-l'œil de la Cour de cassation ?", op, cit, Pp. 423-427.

(114) Lord Devlin adresse aux juges trois règles à suivre lors de l'allocation de dommages et intérêts punitifs. Lord Devlin, Rookes v. Barnard, House of Lords, 1964.

(115) M. Lacroix, La responsabilité civile des forces policières, op, cit. Pp. 547-590. France Allard : La charte des droits et libertés de la personne et le Code civil du Québec, op, cit. M. Lacroix, Les dommages-intérêts punitifs et modalités procédurales, op, cit, p. 41.

ب - المستفيد من التعويض العقابي

يعتبر هذا السؤال من أهم الأسئلة التي تجب الإجابة عنها في موضوع التعويضات العقابية، بتحديد من المستفيد منها؟! ذلك أنّ تحديد المستفيد يؤدي دوراً فاصلاً في تحديد التوصيف القانوني الدقيق لهذه التعويضات بين التعويض والعقاب، كما الفاعلية المأمولة منها. هنا أيضاً نجد الضبابية ذاتها في الموقف الفرنسي بين مشروعات القوانين الخمسة، والذي سجل بدوره حيرة وغموضاً تشريعياً واضحاً، لاسيما في حال عدم التصريح للمضور بكونه المستحق لهذه التعويضات، أو تجاهل الإشارة إليه.

حيث يذهب مشروع Catala⁽¹¹⁶⁾، ومن دون الإشارة إلى المضور، للقول بأنه يمكن للقاضي أن يحكم بجزء من هذه التعويضات لمصلحة الخزنة العامة، ما يجعل المستفيد من هذه التعويضات، وفق مضمون النص لا ظاهره، هو المضور بالدرجة الأولى، سواء في مجموعها أو جزء منها. مع التأكيد أن هذا ما يفهم من النص، في مضمونه لا في لفظه. ذلك أنّ المشروع لم يشر - بدلالة صريحة وواضحة - إلى أنّ التعويض يذهب إلى المضور.

في المقابل، فقد سكت مشروع قانون Terré⁽¹¹⁷⁾ عن هذه النقطة، إذا لم يشر إلى هذا الحق مطلقاً، ما فسّر بأنه إقرار بحق المضور منها، استناداً إلى المبادئ العامة التي تحكم الحق في التعويض، على الرغم من أنه في هذه الفرضية، كذلك، قد يكون تطبيق القواعد العامة المتعلقة بالتعويض ذاتها المرتبطة بنظرية الإثراء غير المبرر، مَدْخِلاً إلى إمكان القول بحرمان المضور منها، باعتبار أنّ قواعد الإثراء بلا سبب من جهة، ومبدأ التعويض الكامل عن الضرر لا يسمحان لهذا التعويض بأن يكون وسيلة لإثراء المضور على حساب مسبب الضرر، وفق القاعدة العامة أنّ التعويض يُعيد المضور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر من دون زيادة أو نقصان⁽¹¹⁸⁾؛ ليأتي مشروع قانون Bételle⁽¹¹⁹⁾، ويُعد تبني نهج قانون Catala، ولكن بصورة أكثر مباشرة ووضوحاً، مشيراً إلى حق المضور بها، كما حق الدولة، ممثلةً بخزانتها العامة بذلك. مقرراً بأن هذه التعويضات العقابية تُوزع وفق النسب التي يقررها القاضي بين المضور والدولة⁽¹¹⁹⁾.

(116) Art. 1371. Avant-projet Catala.

(117) Article 54. Avant-projet Terré.

(118) C. Charbonneau, La réparation intégrale du dommage, un principe à nuancer, RLDC, septembre 2013. Pp. 19 et 20. J-S. Borghetti, La réparation intégrale du préjudice à l'épreuve du parasitisme. D. 2020. p. 1086. R. Mésa, L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives, D. 2012. Pp. 2754-2759.

(119) Rapport de Responsabilité civile : des évolutions nécessaires, op, cit, p. 65s et p. 85s. Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, op, cit, p. 41.

والحقيقة إن كل نص من هذه النصوص الثلاثة، عدا عن حالة التساؤل التي يثيرها، إنما يبرز حالة الريبة لدى واضعي كل منهما، لاسيما أن أيًا منها لم يشر إلى حق المضرور في هذه التعويضات العقابية بشكل مباشر، إلا مشروع قانون (120) Bêteille؛ فمشروع قانون Catala (121) لم يشر إليه مطلقاً، وإنما فهم بمفهوم المخالفة؛ حينما أقر بأن جزءاً من هذه التعويضات يُمنح لخزانة الدولة، بينما مشروع قانون Terré (122)، وهنا إشكالية أخرى، عالج هذه النقطة بكيفية بعيدة عن الإضرار، بحيث إنه لم يكيف أطراف هذه العلاقة بالمضرور، ومسبب الضرر، بل أشار إلى كل منهما بلفظ قانوني قلما تستخدم في دعوى المسؤولية المدنية بين «المطالب» Le demandeur و«المدافع» Le défendeur، ولا ندري ما الغاية من تجاهل ذكر التوصيف القانوني بين مسبب الضرر والمضرور، وهل لهذا علاقة بنفي فكرة الخطأ عن الفعل، أو لتوسعة مفهوم المطالب والمدافع. بينما قانون Bêteille هو الوحيد الذي أقر - صراحة - استخدام لفظ «مسبب الضرر» du L'auteur du dommage و«المضرور» La victime في النص (123).

كذلك، لم يحدد أيٌّ من مشاريع القوانين الثلاثة ما مقدار حق المضرور من هذه التعويضات، بل بقيت العبارات المستخدمة هنا واسعة وفضفاضة، تحتل أكثر من تأويل، بين حق الخزانة العامة في جزء منها، أو توزيعها وفق نسب معينة، أو بين مقدار الإضرار والافتقار. إلا أن، وهو المهم، مقدار الجزء الذي قد يؤول إلى المضرور - في جميع هذه الفرضيات - غير واضح، بحيث إنه قد يكون جزءاً بسيطاً من القيمة الكلية للتعويض، ما يلزم حقيقة توضيحاً أكبر في هذا المجال، لاسيما أن ضآلة حجم التعويض المقرر للمضرور من هذه التعويضات يؤدي دوراً فاعلاً في تعزيز الحافزية من عدمها لدى المضرور للمطالبة بهذه التعويضات، والسير في الدعوى القانونية الخاصة بها.

ضمن ذلك ذهب تقرير Bêteille الذي اعتبر أن لا شيء يمنع من تقرير مثل هذه التعويضات العقابية لمصلحة المضرور، مؤكداً أنه يجب جعل الأولوية في محاسبة هذه الأخطاء في منح المضرور الحق في هذه التعويضات لتشجيعه على المطالبة بحقوقه، ورفع الدعوى في الحالات التي يكون الضرر المتحصل له ضئيلاً أو غير مجدٍ، في الوقت

عدنان أحمد ولي، التعويض العقابي والتأمين .. مفهوم التعويض العقابي وجواز التأمين عليه، مرجع سابق. ظافر حبيب جبارة الهلالي، فكرة التعويض العقابي ومواطن الأخذ بها في القانون المقارن، مرجع سابق.

(120) Art. 1386-25. Projet Bêteille, op, cit.

(121) Art. 1371. Avant-projet Catala.

(122) Article 54. Avant-projet Terré.

(123) Art. 1386-25. Projet Bêteille, op, cit.

ذاته الذي قد يكون التكسب الذي حصل عن طريقه معتبرا⁽¹²⁴⁾.

في المقابل هناك من يرى أن منح مثل هذه التعويضات العقابية للمضور، لاسيما حينما تكون مبالغها كبيرة، إنما تُثري المضور بشكل غير قانوني، بحيث إن المضور يجد نفسه في مركز قانوني يجاوز الحالة التي كان قبل وقوع الضرر، ليس في مواجهة مسبب الضرر فقط، بل في مواجهة بقية الأشخاص الآخرين. فرضية أكثر ما تبرز في المجال التنافسي بين الشركات، بحيث إن الشركة المتضررة، وبعد حصولها على التعويضات العقابية، تجد نفسها في موقع تنافسي أعلى من الشركة مسببة الضرر، وهذا حق. ولكن كذلك بقية الشركات التي لم تكن لها علاقة بالضرر، وهذا موضع نظر! ما يجعل الشركة المتضررة تستفيد من التعويض العقابي في تعزيز مكانتها التنافسية في السوق ومن ظرف غير اقتصادي بل تعويضي، ما يخل بقواعد التنافسية بين مختلف هذه الشركات، ويجعل من التعويض العقابي فرصة لانتهاك قواعد هذه التنافسية⁽¹²⁵⁾.

أضف إلى ذلك، هناك من يرى أنه حينما تصبح هذه التعويضات حقاً خالصاً للمضور، فإنه يخشى من الممارسة غير المنضبطة لهذا الحق، بحيث تصبح جميع الأخطاء المدنية محل تكييف ضمن الخطأ المربح، وتصبح المطالبة بهذه التعويضات - بدلا من أن يُمثل مفهوم الاستثناء في التعويض - هي الأصل في مختلف هذه الفرضيات، بحيث ما من خطأ إلا ويُكَيَّف على أنه خطأ ربحي، فاتحاً المجال للمطالبة بالتعويض الجبري والتعويض العقابي.

لذلك يذهب هؤلاء إلى القول إنه لا ضير في منح الحق في هذه المبالغ لغير المتضرر⁽¹²⁶⁾. ضمن هذا التحليل، اقترح مشروع قانوني Béteille أن تُقدَّم هذه التعويضات للمضور ولصندوق خاص يُحدِّث لإدارة هذه التعويضات على التوالي⁽¹²⁷⁾، ما سيجعل هذه

(124) Rapport de Responsabilité civile : des évolutions nécessaires, op, cit, p. 65s et p. 85s. عدنان أحمد ولي، التعويض العقابي والتأمين .. مفهوم التعويض العقابي وجواز التأمين عليه، مرجع سابق. ظافر حبيب جبارة الهلالي، فكرة التعويض العقابي ومواطن الأخذ بها في القانون المقارن، مرجع سابق.

(125) J. Traull, La ré-réparation du préjudice économique pur en question. RTD civ. 2018., p. 285. D. Fasquelle et R. Mésa, La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le rapport Catala, op, cit, p. 2666. J. Simon, Identifier les préjudices réparables : le point de vue des entreprises. LPA, 2017, n° 176, p. 41. S. Carval, La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, op, cit, p. 121s.

(126) D. Fasquelle et R. Mésa, La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le rapport Catala, op, cit, p. 2666. S. Carval, La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, op, cit, p. 121s.

(127) Art. 1386-25. Projet Beteille, op, cit.

التعويضات تتجه للتوصيف القانوني باعتبارها عقوبات خاصة لا يستفيد منها المضرور بالكامل، وإنما يستفيد منها المجتمع، ضمن مفهوم العقاب المجتمعي والتعويض الهادف إلى حماية مصلحة المجتمع لا المضرور فقط، وبالتالي سيكون لها ميزة مساعدة المشرع في تكملة النفقات التعويضية التي أنشأها المشروع، والتي يكون تمويلها صعباً في بعض الأحيان.

لكن السؤال: ما هذا الصندوق؟ وما المعايير التي يجب أن يعمل عليها؟ أسئلة أكثر تعقيداً! حيث يذهب مشروع قانون Bételle للقول إنه يجب أن يتم اختيار هذه الصندوق وفقاً لطبيعة الضرر الذي تم التعويض عنه، أو وفق التعويضات العقابية التي حُكم بها⁽¹²⁸⁾، واللذين سَتُحدّدان بشكل مستقل من قبل القاضي، ما يمنع شبهة تدخل الدولة، أو الصندوق، في هذه المصروفات العقابية. غير أن النقد الذي وُجّه إلى هذا التحليل أن تطبيق هذه الفرضية - من الناحية العملية - سيكون صعباً، ذلك أن جميع الأضرار لا يمكن أن تصب في المحصلة في ذات الصندوق التعويضي للمتضررين، ضمن مفهوم النفع الجماعي من الضرر، الأمر الذي سيجعل هذه التعويضات واقعيًا وفعليًا تذهب، كما بين تقرير Catala إلى الخزانة الحكومية؛ لتكون الدولة هي المنتفع من هذه التعويضات العقابية⁽¹²⁹⁾.

في ضوء مختلف الحجج والرؤى السابقة عدّل المشرع الفرنسي في مشروع قانون إصلاح المسؤولية المدنية بنسخته للعام 2016 PLRRC Urvoas & 2017 APLRRC Urvoas عن هذا النهج التشاركي في التعويض العقابي بين المضرور والدولة، مؤكداً أنه، حتى حينما يطالب بها المضرور، فهي ليست من حقه، قاصراً هذا الحق فقط على الدولة، وواضعاً بذلك حداً لهذا التردد، ومعتبراً أن هذه التعويضات - التي كيفها في نسخته بالغرامة المدنية، ونزع عنها صفتها التعويضية - من حق الدولة بشكل مباشر، ممثلة في صندوق خاص لمعالجة التعويضات المرتبطة بهذا الخطأ، أو بشكل غير مباشر ممثلة بالخزانة العامة، في حال لم يوجد مثل هذا الصندوق، لكنها - في المطلق - ليست من حق المضرور.

والحقيقة إن كان البعض يرى أن حجب هذه التعويضات عن المضرور، ومنحها للدولة

(128) Art. 1386-25. Projet Beteille, op, cit.

(129) Article 1371 de l'avant-projet de réforme Catala : « L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages et intérêts compensatoires, à des dommages et intérêts punitifs, dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor Public ».

إنما يحقق ميزة تجنب الإثراء غير المبرر للمضرور على حساب مسبب الضرر⁽¹³⁰⁾، لكن السؤال، هو: هل من حق الدولة الاستفادة من هذه التعويضات؟! وهل النيابة العامة هي حامي الحق الخاص أم الحق العام؟! وكيف يمكن أن نبرر تدخل النيابة العامة في دعوى مدنية خالصة؟! وما المبرر الذي يعطي الدولة الحق في الحصول على هذه التعويضات برغم كونها ليست طرفاً في النزاع، وليس لها الحق في الدفاع ضد الاعتداء على المصالح الخاصة؟! ما يجعل البوابة لهذا التدخل هي اعتبار فعل مسبب الضرر شكلاً من أشكال الاعتداء على الحق العام، الأمر الذي - إن قبل - سيُخرج التعويض العقابي من فلسفته المدنية ليدخله في الفلسفة الجنائية أو الإدارية، ما يُعيد الحديث عن التكييف القانوني الصحيح الخاص به.

وما سيجعل هذه التعويضات العقابية لا تخرج عن مثيلاتها من الغرامات المالية، وإن وُصفت بالتعويض الذي يحكم به القاضي الجنائي أو الإداري، ما يُعيد طرح احترام المبادئ التوجيهية للمحاكمة الجنائية، لاسيما المتصلة منها بمبدأ عدم جواز المحاكمة مرتين على الجرم نفسه. وما إن كان الفعل الضار يشكل جريمة في هذا المجال، أم أنه فعل مدني صرف. فضلاً على الغموض الذي سيكتنف هذا التوصيف «الغرامة المدنية»، وكيفية تمييزها عن غيرها من الغرامات الإدارية والجنائية⁽¹³¹⁾.

كما أن البعض لا يخفي أن هذا التوجه لمنح هذه التعويضات للدولة، كلياً أو جزئياً، فيه إقحام للسياسة في القانون، ولنقل تسييس للقانون عبر تبني هذا النفس اليساري الاشتراكي في تقاسم هذه التعويضات من قبل الدولة، كما في الأنظمة الشيوعية والاشتراكية، والذي اشتهرت به قوانين هذه الدول⁽¹³²⁾.

كذلك، يتساءل البعض إن كان تكريس المفهوم القمعي والتأديبي في المسؤولية المدنية القائمة على فكرة التعويض، يمكن له أن يغير من الجذر التأصيلي لهذه المسؤولية، ويُفقد هويتها، وواحدة من أهم ركائزها التي تميزها عن المسؤولية الجنائية، في ضوء التنافس، وانعدام الفواصل الواضحة بين الغرامة المدنية ونظيراتها الإدارية والجنائية، بل وحتى

(130) M. Behar-Touchais, L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs? Op, cit, 36. E. Dreyer, L'amende civile concurrente de l'amende pénale? Op, cit, 1344, spéc., n° 25. E. Dreyer, La sanction de la faute lucrative par l'amende civile, op, cit, p. 1136, spéc. n° 6.

(131) B. Javaux, L'amende civile, entre sanction pénale et punitive damages? op, cit, Pp. 276-277. E. Dreyer, L'amende civile concurrente de l'amende pénale? op, cit, 1344, spéc, n° 25.

(132) على عهدة: عدنان سرحان، التعويض العقابي، مرجع سابق، ص102.

عدم القدرة على تمييزها عنهم⁽¹³³⁾؛ ليصبح العقاب المالي لا جبر الضرر هو محور هذه المسؤولية. علماً بأنه في النظام الأنجلوسكسوني معقل هذه التعويضات العقابية، ليس من حق القاضي، في القضايا المدنية، أن يمنح الدولة، أو خزانة العامة، جزءاً من هذه التعويضات⁽¹³⁴⁾.

لذلك من المؤسف أن المشروع الفرنسي، برغم كونه قد قبل بفلسفة هذه التعويضات، لم يقبل برؤية المشرع الأنجلوسكسوني بشأن هذه التعويضات؛ الأمر الذي نراه هو الأصوب والأكثر دقة، لأسباب عديدة لعل أهمها هو الضرور ذاته الذي كان ضحية اعتداء من زاويتين: الأولى، باعتباره كان هدفاً مشروعاً بالنسبة إلى مسبب الضرر لكي يلحق الضرر به، والثانية لكونه كان فرصة جيدة لذات مسبب الضرر للتكسب منه، وتحقيق الربح من خلاله. وبالتالي، فإن فكرتي الضرر والربح كان محورهما الضرور الذي تم انتقائه بعناية فائقة؛ ليكون بذاته محل إيقاع الضرر ومفتاح الربح. ما يلزم بالضرورة أن يكون هو الأولى بهذين التعويضين مجتمعين⁽¹³⁵⁾.

وبالتالي إن كان حق الضرور في التعويض مرتبطاً بالضرر المتعلق به، فإن حقه في الربح يستند إلى المبرر ذات، كونه هو الذي كان السبب فيه لمسبب الضرر. وعليه لا نرى غضاضة في القول إن التعويض عن الضرر والحق في الربح كلاهما له سبب هو المركز القانوني للضرور، فلا يمكن القول بأنه إثراء بلا مبرر، بل إن إثراء له مبرر قوي، ألا وهو استغلال مركزه القانوني للتكسب، إضافة إلى إلحاق الضرر به؛ لذلك نرى أن هذا التوصيف الذي قد يبدو مستهجناً للبعض، إنما يبقي هذه التعويضات على فلسفتها وتأصيلها الفلسفي من غير تحوير أو تعديل، باعتبارها تعويضات تمنح للضرور، إما لكونه لحق به الضرر، وإما لكونه كان مشروعاً للتكسب⁽¹³⁶⁾، وكنا نتمنى لو أن المشرع

(133) B. Javaux, L'amende civile, entre sanction pénale et punitive damages ? op, cit, Pp. 276-277. E. Dreyer, L'amende civile concurrente de l'amende pénale ? op, cit, 1344, spéc, n° 25.

(134) V. Wilcox, "Punitive Damages in England" in H. Koziol & V. Wilcox, Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, Vienna, Springer, 2009, Pp. 7-53. H. Brooke, A Brief Introduction: The Origins of Punitive Damages. op, cit. F. Warren Jacoby, The Relationship of Punitive Damages and Compensatory Damages in Tort Actions, op, cit, Pp. 585, 586.

(135) N. Fournier de Crouy, La faute lucrative, op, cit, p. 210 : « Est qualifiée de faute lucrative toute faute commise délibérément en vue d'un enrichissement illicite et au préjudice d'autrui ».

(136) P. Jourdain, Les dommages-intérêts alloués par le juge, op, cit. Pp. 263-266. A-C. De Fontmichel, La sanction des fautes lucratives par des dommages-intérêts punitifs et le droit français, op, cit. Pp. 737-757.

الفرنسي بقي منسجماً مع فلسفته في هذا المجال، وألا يعمل على تحويلها، كون ذلك - في اعتقاد الباحث - سيزيد من غموضها وتعقيدها بشكل كبير.

بعيداً عن كل ما سبق، ومع إغلاق هذا الجانب من الحيرة التشريعية في الجانب الفرنسي، ثمة تساؤل يُطرح مفاده: ما الوضع القانوني في التشريعات العربية التي استقت من المعين الفرنسي ذاته؟! هل كانت فكرة التعويض العقابي مطروحة لديها؟! وإن كانت! أين؟ وما مدى صحة هذا الطرح من عدمه؟ أم أنّ حيرة المتبني الفرنسي انعكست على المتلقي العربي؟!!

الفرع الثاني

حيرة المتلقي «العربي»

المدقق في النصوص القانونية، لأغلب التشريعات العربية (سنقتصر على التشريعين المصري واللبناني، موضوع الدراسة)، يستطيع القول إنّ أيّاً منها لم يضع التعويض العقابي في دائرة تفكيره القانوني، لا لشيء بل لكونه وُلد من رحم التشريع الفرنسي الذي رفض هذه الفكرة بمفهومها المستقل. وبالتالي لا نجد أي نص قانوني يعالج هذه الفكرة لديها؛ سواء بالنص على التعويض العقابي، أو الأخذ بعين الاعتبار بالخطأ، كونه أحد معايير تقدير التعويض إضافة للضرر. على الرغم من ذلك فقد سعى بعض الفقه، في العديد من الدراسات، إلى التأسيس لفكرة العقوبة المدنية كمدخل للتعويض العقابي، من خلال التأسيس لفكرة الخطأ، كأحد معايير تقييم التعويض إلى جانب الضرر. الموقف الذي لم يكن محل إجماع فقهي⁽¹³⁷⁾.

(137) لمزيد من الوضوح يمكن مراجعة: عبدالهادي فوزي العوض، الخطأ المكسب في إطار المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 93-348. أحمد السيد الدقاق، التعويض العقابي في القانون الأمريكي ومدى ملاءمة تطبيقه في النظام القانوني المصري، مرجع سابق، ص 1389-1441. أسامة أبو الحسن مجاهد، فكرة التعويض العقابي، مرجع سابق. حسن عبدالرحمن قدوس، الحق في التعويض، مرجع سابق. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مرجع سابق. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مرجع سابق. سامي بديع منصور، مجلة العدل، مرجع سابق. كذلك، سامي بديع منصور، التعويض العقابي في النظام القانوني اللبناني .. عندما يذوب الثلج، مرجع سابق. ظافر حبيب جبارة الهلالي، فكرة التعويض العقابي ومواطن الأخذ بها في القانون المقارن، مرجع سابق. ظافر حبيب جبارة الهلالي، النطاق الفني للتعويض عن الخطأ المربح في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 1-79. مها ناجي جاسم، فكرة التعويض العقابي وأثرها في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 1-142. عمر سليمان سعيد، تطبيقات التعويض العقابي في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الأردني والقانون العراقي، مرجع سابق، ص 1-129.

S. Zein, Les Dommages et intérêts punitifs Punitive damages, op, cit.

كل ذلك ولدَّ حيرةً لدى الفقه العربي، لا سيما في التشريعيين العربيين موضع الدراسة، حول إمكان القول من عدمه بوجود فرضية التعويض العقابي لديهما. حيرة - في اعتقادنا - جاءت من الخلاف الفقهي بشأن الدور الملتبس للخطأ في نظرية التعويض، ما رتَّب خلطاً غير محمود بين التعويض العقابي والصور العقابية المقاربة، ما يلزم استجلاء كلا الأمرين، لإمكان النطق بما يمكن أن نعتبره - في اعتقادنا - يُقارب الصواب.

أولاً: الدور الملتبس للخطأ في نظرية التعويض

من المعلوم أن فكرة العقوبة المدنية، في القانون المدني، تستند إلى الخطأ إلى الضرر، ضمن هذه الفسحة من التفكير يحاول أنصار فكرة العقوبة المدنية عامة، والتعويض العقابي خاصة، تبرير موقفهم الداعي إلى التأسيس لفكرة التعويض العقابي ضمن التشريعيين المصري واللبناني⁽¹³⁸⁾، ما يلزم البحث في مدى صدقية القول في مدى اعتبار الخطأ، كونه مقياساً للتعويض بشكل عام، وللتعويض العقابي بشكل خاص، ضمن هذين التشريعيين.

1- حقيقة اعتبار الخطأ كونه مقياساً للتعويض

على الرغم من أن أغلب الفقه المصري يرى أن نظرية التعويض ترتكز لفكرة الضرر، وتستبعد فكرة الخطأ، وبالتالي التعويض يرتبط بالضرر لا بالخطأ⁽¹³⁹⁾، فإن بعض الفقه المصري يرى أن مفهوم العقوبة المدنية المرتكز للخطأ، ليس بغريب على القانون

(138) عبدالهادي فوزي العوض، الخطأ المكسب في إطار المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 93-348. أحمد السيد الدقاق، التعويض العقابي في القانون الأمريكي ومدى ملاءمة تطبيقه في النظام القانوني المصري، مرجع سابق، ص 1389-1441. أسامة أبو الحسن مجاهد، فكرة التعويض العقابي، مرجع سابق.

S. Zein, Les Dommages et intérêts punitifs Punitive damages, op, cit.

(139) محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 393، 525. عاطف النقيب، نظرية العقد، المنشورات الحقوقية «صادر»، ط2، 1998، ص 456. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج2، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 32، 241. مصطفى الجمال، رمضان أبو السعود ونبييل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 203. عبدالوهاب عريقة، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه وقضاء النقض، مرجع سابق، ص 48، 51. أمير فرج يوسف، المسؤولية المدنية، والتعويض عنها، مرجع سابق، ص 7. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ج3، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص 116. نواف حازم خالد، دور جسامه الخطأ في تقدير التعويض، مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، مج3، ع 11 و 12، 2010. نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية.. دراسة نظرية مقارنة، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة آل البيت، مج7، ع 3، 2001، ص 45-92. بهاء بهيج شكري، الخطأ الجسيم والخطأ المتعمد بين التشريع والفقه والقضاء، مجلة رسالة التأمين، س 11، ع 1، كانون الثاني، شباط، 2008، ص 5-7. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1972، ص 446، 450.

المدني المصري، مؤكدين أن المُشرِّع قد أشار إلى هذه الفكرة، لاسيما حينما يتحدثون عن المادة (170) من القانون المدني المصري التي تقضي (يُقَدَّر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور وفقاً لأحكام المادتين (221) و(222) مراعيًا في ذلك الظروف الملايصة...»⁽¹⁴⁰⁾. مؤكدين التفسير الموسَّع لعبارة «الظروف الملايصة»، مستنديين في ذلك إلى النص الأصلي لهذه المادة في مشروع القانون الذي كان هو نص المادة (237) التي كانت تنص على: «يُقَدَّر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب وفقاً لأحكام المادتين (299) و(300)، مراعيًا في ذلك الظروف وجسامته الخطأ...»⁽¹⁴¹⁾، مستخلصين من ذلك أن عبارة الظروف الملايصة الواردة في النص الحالي تستوعب الخطأ⁽¹⁴²⁾.

باعتبار أن الأعمال التحضيرية لهذه المادة كانت تشير - في نسختها الأولية التي عرضت على مجلس النواب - إلى الخطأ كونه أحد أركان تقدير التعويض، مع عبارة الظروف، ما جعل من الخطأ، كما الضرر، أحد أركان تقدير التعويض. غير أنه عندما تمت مناقشة هذه المادة في مجلس الشيوخ، اقترح الأعضاء حذفها وإضافة عبارة «الملايصة» للظروف، باعتبار أن هذه العبارة ستشمل الخطأ، مؤكدين - من خلال ذلك - أن فكرة التعويض العقابي المرتبط بالخطأ موجودة في القانون المدني المصري، باعتبار أن مفهوم الظروف الملايصة ورد على عمومه، بحيث تشمل الملايصة لحق المضرور بالتعويض المرتبط بالضرر المرتبط بالتعويض التقليدي، والملايصة لفعل مسبب الضرر المرتبط بالخطأ المرتبط بالمعاقبة عليه، المرتبط بالتعويض العقابي⁽¹⁴³⁾.

رأي - كما سبق بيانه - لم يجد له كثير مؤيدين في الفقه المصري، الذين يرون

(140) المادة (170)، القانون المدني المصري.

(141) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، د. ن.، الفقرة 648، ص 901، هامش 1، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج3، ص 390-395.

(142) راجع في ذلك: عبدالمنعم فرج صده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1992، فقرة 482، ص 565. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ج3، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص 552. أحمد شوقي محمد عبدالرحمن، الأحكام العامة للتطبيقات العملية للنظام العام العقدي، تأصيل قواعد القانون المدني في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، د. ن.، 2013، ص 254. أسامة ابو الحسن مجاهد، فكرة التعويض العقابي، مرجع سابق، ص 162.

(143) سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ج4، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الثاني، المسؤوليات المفترضة، 1988، صادر للمنشورات الحقوقية، ط6، 2018، ص 282، الهامش (879). محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام.. مصادر الالتزام، بدون ناشر، 1987، فقرة 432، ص 98.

عكس ذلك، وأن هذه المادة في جوهرها تتناول الظروف الملازمة بالمضور لا مسبب الضرر⁽¹⁴⁴⁾.

وبعيداً عن هذا التجاذب الفقهي، فإننا نرى أنّ هذا الرأي القانوني المستند لشمول مفهوم الظروف الملازمة للمضور (الضرر)، ومسبب الضرر (الخطأ)، برغم قلة المدافعين عنه، له أساس قانوني سليم، لكن هذا الأساس بدلاً من أن يتحول إلى مبدأ عام متبع يبني عليه بالتأصيل والتحليل، تحول إلى استثناء مهجور؛ ما جعل أغلب الفقه المصري، ومن ورائه الفقه العربي السائر في محيطه، يسير في النهج ذاته. ونعتقد أنّ بعض التحليل سيكون مفيداً في هذا المجال، إنّ من حيث الأصل التاريخي لهذه المادة، وطبيعتها الفلسفية.

بداية، إنّ الأصل التاريخي لهذه المادة، وإن كان يعود بجذوره إلى المدرسة اللاتينية، لا يعود إلى المدرسة الفرنسية، بل يعود إلى المدرسة السويسرية التي تقبل بأن يأخذ القاضي في تقدير التعويض بالخطأ إلى جانب الضرر، وتحديدًا المادة (43) من قانون الالتزامات السويسري⁽¹⁴⁵⁾، وبالتالي فإنّ الروح التشريعية لهذه المادة المستوحاة من القانون السويسري، لا الفرنسي، تُمكن من القول إنّ لفظ العموم في هذه المادة يشمل الظروف الملازمة لركني المسؤولية (الضرر والخطأ)⁽¹⁴⁶⁾. لكن التحور الذي جرى في

(144) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام .. مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 898 وما بعدها. عبدالهادي فوزي العوض، الخطأ المكسب في إطار المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 93 - 348، ص 182.

(145) « 1. Le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute. 2. Des dommages-intérêts ne peuvent être alloués sous forme de rente que si le débiteur est en même temps astreint à fournir des sûretés». Art. 43. Code des obligations suisse. Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911. Il convient de noter que le cinquième livre du Code civil suisse intitulé « Droit des obligations » a traditionnellement été appelé : COS pour Code des obligations suisse pour le distinguer du reste des sections du droit civil appelées Code civile appelé : CCS pour Code civil suisse. Ce Code des obligations (CO) régit les obligations en droit privé suisse, issues principalement du contrat et de la responsabilité civile.

(146) بل إنّ القانون المدني السويسري يذهب إلى منح القاضي الحق والقدرة على تخفيض التعويض المقرر للمضور، في حال كان مسبب الضرر لم يرتكب فعله عن قصد أو عن خطأ أو إهمال جسيم، وكان التعويض عن هذا الضرر سيرهق المدين.

Lorsque le préjudice n'a été cause ni intentionnellement ni par l'effet d'une grave négligence ou imprudence, et que sa réparation exposerait le débiteur à la gêne, le juge peut équitablement réduire les dommages-intérêts. Art. 44 al. 2. Code des obligations suisse.

فهمها، أنَّ الفقه المصري حينما قرأ هذه المادة وتفسيرها، لاسيما الظروف الملازمة، قرأها بروح القانون الفرنسي، لا بروح المادة السويسرية، ولذلك ذهب إلى استبعاد الركون إلى الخطأ في فهم الظروف الملازمة، والقول بأن مفهوم الظروف الملازمة متعلق بالمضور (الضرر)، لا بمسبب الضرر (الخطأ).

كذلك، يرى هؤلاء، أنَّ الفقه حينما قرأ هذه المادة، وباعتبار أنَّ نصوص القانون تفسر بعضها بعضاً، إنما قرأها في ظل فهم تموضعها القانوني من جهة، وارتباطها بالنصوص القانونية التي أحالت إليها المادة ذاتها، من جهة أخرى؛ فالمادة وردت - وفق هؤلاء - في باب العمل غير المشروع، وليس في باب آثار الالتزام، معتبرين أنَّ ما يُفهم منه أنَّ المُشَرِّع قصد أنَّ يقصر تطبيقه على تقدير التعويض في مجال المسؤولية التقصيرية دون غيرها، وهذا ما من شأنه أنَّ يمايز في تقدير التعويض للمضور عن عمل غير مشروع، وتعويض المضور عن تنفيذ التزام عقدي، وهذا ما يؤدي إلى نتائج قانونية غير مقبولة، لاسيما في حالة الفوائد التأخيرية⁽¹⁴⁷⁾.

والحقيقة لا ندري ما الضير في تموضعها القانوني؛ ففكرة التعويض العقابي - من أساسه - ترتبط بالعمل غير المشروع المتمثل في المعاقبة على الخطأ، بل هي في أصلها - ضمن قانون الالتزامات السويسري - وردت في هذا المكان، أي في باب الالتزامات المترتبة عن العمل غير المشروع⁽¹⁴⁸⁾.

أما القول إنَّ هذا الأمر يجعلها تقتصر على المسؤولية التقصيرية لا التعاقدية، فهذا رأي فقهي أكثر منه تأصيل قانوني، فلا ندري ما المستند القانوني في ذلك، أليس عدم تنفيذ الالتزام العقدي هو في مفهومه الموسع عمل غير مشروع، ثم أليس العمل غير المشروع هو إخلال بالتزام مفروض، سواء أكان منشأه قانونياً أو عقدياً، وأليس الالتزام الاتفاقي، إنَّ كان في نشأته مختلفاً عن القانوني، إلا أنه متوحد معه في الأثر⁽¹⁴⁹⁾. بمعنى

(147) راجع في ذلك: سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ج3، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص176.

(148) Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911. Livre cinquième : Droit des obligations. Première partie : Dispositions générales. Titre premier : De la formation des Obligations. Chapitre premier : Des obligations résultant d'un contrat. Chapitre II. Des obligations résultant d'actes illicites. Art. 43.

(149) M. Planiol, Identité des fautes civiles et contractuelles. Unité des systèmes de responsabilité, D. 1896. II., p, 457. P. Stoffel-Munck, La singularité de la responsabilité contractuelle, JCP G. 2016, supp, n° 30-35.M. Villey, Esquisse historique sur le mot responsable, T. XXII : Arch. phil. dr. 1977, p. 44s. Ph. Rémy, La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept, RTD civ. 1997, p. 323.

إن كان مصدر الالتزام القانوني هو القانون والعقدي هو العقد أو الاتفاق، إلا أن كليهما يجب تنفيذه وفق ما يقضي به القانون، وإلا اعتُبر خطأ⁽¹⁵⁰⁾.

وأي إخلال بالالتزام عقدي سيستدعي بالضرورة النفس القانونية لإجبار الشخص على تنفيذه قانوناً وفق التنفيذ الجبري، ووفق ما هو متفق عليه. بل إن مقولة «العقد شريعة المتعاقدين» تثبت هذا الأثر للاتفاق، الذي يتحول، من حيث الأثر لا النشأة، كما الشريعة، أي القانون، لأطرافه. علماً بأن هذا الربط والاختلاف في التأسيس القانوني والفلسفي بين المسؤولية والعقدية، ليس على الحدية ذاتها في القانون السويسري⁽¹⁵¹⁾، الأصل التاريخي لهذه المادة، كما القانون الفرنسي. كل ذلك يدفع الباحث إلى القول إنه كان الأولى قراءة هذه المادة بروح القانون السويسري لا الفرنسي. علماً بأن القراءة القانونية لمشروع القانون المعدل لأحكام المسؤولية المدنية⁽¹⁵²⁾، إضافة إلى قانون إصلاح نظرية العقد المعدل في العام 2016⁽¹⁵³⁾، تؤكد أن هذا المشروع قد عدل كثيراً من هذا التوجه المتشدد في منظور الفصل بين المسؤولية والعقدية، ما يجعل هذه الحجة،

(150) « La faute est un comportement illicite qui contrevient à une obligation ou à un devoir imposé par la loi ou par la coutume ». Ph. Le Tourneau, Droit de la responsabilité, op. cit. p. 64, n° 6705.

مصطفى العوجي، القانون المدني، ج2، المسؤولية المدنية، مرجع سابق. ص14. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ج3، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، الأحكام العامة، 1988، مرجع سابق. ص16.

(151) E. Matringe. La réforme de la responsabilité civile en droit suisse : modèle pour le droit français ? These, Université de Strasbourg, 2010, p. 73s. R. Secretan, Le concours de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle en droit suisse, RDS.1949, p. 183-203. P. tercier, Quelques considérations sur les fondements de la responsabilité civile, RDS. 1995, p. 1-28. Ph. Le Tourneau, Responsabilité (en général), n°63 et s. Pour le droit suisse, v. F. Werro, La responsabilité civile, p. 69 et s.

(152) J-S. Borghetti, Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017, D., 2017, p. 770. M. Mekki, Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017 : Des retouches sans refonte. GDP, 2017, n° 17, p. 12.

(153) L'ordonnance, n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JO. 11 févr. 2016. «Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016». N. Dissaux et Ch. Jamin, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016). Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil, éd, Dalloz. 2016. Réforme du droit des obligations. Un supplément au code civil 2016 à jour de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, éd. Dalloz, 2016. D. Mazeaud, Observations conclusives, Revue des contrats. 2016, n° Hors-série. Pp. 53-57.

وإن بنيت على القانون الفرنسي، غير ذات قيمة اليوم⁽¹⁵⁴⁾.

ثم هناك من يرى أنّ ربط قراءة هذه المادة بالنصوص القانونية التي أحالت إليها المادة نفسها، أي المادتين (221) و(222) من القانون المدني المصري، اللتين تبيانان نوع الضرر القابل للتعويض، ببعديه المادي والأدبي⁽¹⁵⁵⁾، ومحددات تقدير التعويض من قبل القاضي، بالقول: «إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدّره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به...»⁽¹⁵⁶⁾، هو محدد آخر لربط التعويض بالضرر، لكونه يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، استناداً إلى ما يعتبرونه بالوظيفية المعيارية للمسؤولية المدنية التي ترتبط بالضرر لا بالخطأ⁽¹⁵⁷⁾، وفق مبدأ التناسب بين التعويض والضرر.

وأكدوا بذلك، أنه لا يتلفت بذلك إلى طبيعة فعل المدين أو الخطأ المرتكب من قبله. الأمر الذي نراه موضع نظر، ذلك أنّ هذا التحليل بذاته، يعيدنا إلى الحلقة السابقة ذاتها، وهي

(154) M. Mekki, Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017 : Des retouches sans refonte. Gazette du Palais, 2017, n° 17, p. 12. M-Ch. Pelras, Réforme du droit de la responsabilité civile : un chantier à poursuivre. In Réforme de la responsabilité civile, op. cit, p. 4s. A. Bénabent, Th. Revet, D. Mazeaud, et autres, La réforme du droit des contrats : quelles innovations, Revue des contrats, n° hors-série, 2016, p. 3s.

محمد عرفان الخطيب، الاستشراف المستقبلي لمبدأ «وحدة» المسؤولية المدنية في التشريع المدني الفرنسي الحديث.. قراءة في فلسفة مشروع قانون إصلاح نظرية المسؤولية.. «دراسة تحليلية معمقة»، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س8، ع3، 2020، ص269 - 312. محمد عرفان الخطيب، المسؤولية المدنية بين مبدئي «الأحادية والثنائية»، «صدقية الطرح أم ادعائه؟».. دراسة تحليلية مقارنة في الجانب التأصيلي للمسؤولية المدنية بين النظامين الأنجلوسكسوني واللاتيني، مجلة الأحداث القانونية التونسية، 2019، ع28، ص47 - 85.

(155) 1 - يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحال أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء. 2 - ومع ذلك لا يجوز الحكم بالتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عمّا يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب»، المادة (222)، القانون المدني المصري.

(156) 1 - إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدّره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة، وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقّاه ببذل جهد معقول. 2 - ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادةً وقت التعاقد». المادة (221) القانون المدني المصري.

(157) « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après ». Article 1149. Code civil Français.

ربط الأصل التاريخي لهذه المادة بالقراءة الفرنسية لا السويسرية، وهو أمر تحدث به الباحث، لكنه أيضاً يعيدنا إلى نقطة أخرى تتمثل في طبيعة فهم الدور المعياري للمسؤولية المدنية الذي يقرأ هذه الوظيفة في الضرر لا العقاب، والذي سارت عليه محكمة النقض المصرية⁽¹⁵⁸⁾؛ مستهدية بالنهج ذاته الذي سارت عليه محكمة النقض الفرنسية، والذي هو بدوره كذلك موضع نظر⁽¹⁵⁹⁾.

أما القول بأن التعويض المرتبط بالخطأ لا يقبل التقييم⁽¹⁶⁰⁾ فهو قول لا نعتقد أنه يحتاج إلى كثير رد، لأمرين اثنين، أولهما: إنه، وفي حال كنا نتحدث عن دوره في التعويض العقابي، فهو قابل للتقييم وفق حجم الربح أو التوفير وفق ما سبق بيانه في البحث. وثانيهما: وفي حال كنا نتحدث عن دوره في التعويض التقليدي، فإنه كذلك قابل للتقييم، ذلك أن هذه المقولة كانت قد قيلت في حق التعويض عن الضرر الأدبي، إلا أنها لم تمنع المشرع المصري من تبنيه.

أخيراً، فإنه من المعلوم أن من أكثر الإشكاليات التي كان يعانها القضاء المصري، قبل وضع القانون المدني الجديد، هو ركون محاكم الموضوع إلى طبيعة الخطأ في تقدير حجم التعويض، الأمر الذي كان يضع القضاء المصري عامة، ومحكمة النقض خاصة، في حرج كبير لتبرير هذه الأحكام؛ كونها تفتقد السند القانوني، وكان يؤمل من مشروع القانون المدني المصري أن يضع حداً لهذه النقص التشريعي الذي أخذت مسودته الأولية كما بيّنا سابقاً، بهذا الاعتبار⁽¹⁶¹⁾.

(158) نقض مدني جلسة 8 أبريل 1972. الطعن رقم 334 لسنة 36ق، س 23، ص 670، عبد المنعم دسوقي، قضاء النقض في المواد المدنية 1931 - 1992، ج 2، بدون ناشر، 1993، قاعدة، 2299، ص 866.

(159) « Le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu ». Cass. Civ. 2^{ème} 28 oct. 1954, JCP G. 1955. Voir aussi, Cass. Civ. 2^{ème} 23 janv. 2003. Bull. Civ. II, n° 20. Cass. civ., 2^{ème}, 7 dec. 1978, Bull. civ., II, no 269. Cass. civ. 2^{ème}, 18 janv. 1973, JCP, 1973, II, 17545, note, M. A. Cass. civ. 2^{ème}, 9 mai 1972, Somm., 167.

(160) عبد الهادي فوزي العوض، الخطأ المكسب في إطار المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 93 - 348، ص 181.

(161) محكمة النقض المصرية، الدائرة الجنائية، 20 ديسمبر 1948، سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ج 3، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص 329، راجع تحديداً، ص 328 - 337، حيث أفاض الدكتور مرقص في توضيح موقفه بالمنظرة مع موقف الدكتور السنهوري. راجع كذلك: عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 901 هامش 1. مجموعة الأعمال التحضيرية ج 3، ص 390 - 395. عبدالحكم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دراسة عملية على ضوء الفقه وقضاء النقض، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية، مصر، 1995، ص 151.

وبالتالي فإن فكرة الارتكاز على الخطأ، كما الضرر، في تقدير التعويض فكرة متبناة ولم تزل، ضمن هذا القانون، لكن القراءة المغلوطة لهذه الفكرة، من قبل بعض الفقه، ومسايرة الاجتهاد القضائي المصري لنظيره الفرنسي في تحديد طبيعة الوظيفة المعيارية للمسؤولية المدنية، جعلتا من هذا المبدأ استثناءً معطلاً.

2- حقيقة اعتبار الخطأ مُبرراً وجود التعويض العقابي

بقي أن نجيب عن سؤال بسيط مفاده: هل تبني المشرع المصري - ولو بشكل غير معلن - الخطأ كركن في التعويض يُمكن من القول بأنه يأخذ بفكرة التعويض العقابي؟ في اعتقاد الباحث أنه، وعلى الرغم من بساطة السؤال فإن الإجابة عنه تقتضي الحذر، ذلك أن أخذ أي مُشرع، بما فيه المصري، بالخطأ مع التعويض في تقييم التعويض، لا يعني بالضرورة أنه قد أخذ بفكرة التعويض العقابي، فالأمران مختلفان؛ ذلك أن التعويض الذي يُقر للمضروور كتعويض عن الضرر الذي لحق به بالاستناد إلى الضرر، وجسامة الخطأ الذي ارتكبه مسبب الضرر، ما لم يرق القاضي بالفصل بينهما من ناحية التكييف القانوني والتسبب القضائي، من حيث توضيح أن ثمة تعويضاً عن الضرر، وثمة مُعاقبة على الخطأ، فإننا لا نكون ضمن التعويض العقابي؛ فالتعويض الذي يقره المشرع أو القاضي، بالاستناد إلى طبيعة الضرر وجسامة الخطأ، ومادام أنه صدر ضمن غطاء قانوني واحد هو التعويض عن الضرر، نكون حينها ضمن التعويض التقليدي.

لذلك يجب أن يُفهم أن إثبات أو نفي القول بأن المشرع المصري قد أخذ بالخطأ ضمن مقومات تقدير التعويض لا تعني بالضرورة أنه أخذ بالتعويض العقابي. ولا أدل على ذلك أن القضاء السويسري الذي تبني، بصريح النص، الخطأ كأحد معايير تقدير التعويض، وحينما طُرحت عليه قضية التعويض العقابي، أصدر قراره برفض تطبيق هذه التعويضات ضمن المنظومة المدنية السويسرية⁽¹⁶²⁾. وعليه نحن يميل الباحث إلى القول إن المشرع المصري لم يأخذ بالتعويض العقابي، كما أن الأحكام القضائية التي تستند إلى المعاقبة على جسامة الخطأ، لا تُقر بذلك، ولا تمارس هذا الشكل من التعويض.

بالنسبة إلى المشرع اللبناني، لم يطرح - بشكل فعلي - هذه الحال الخلافية بين الخطأ والضرر، وإمكان القول بتوافر أسس التعويض العقابي المتمثل في الخطأ ضمن منظومته القانونية، لكونه أوضح - بصريح النص - أن التعويض لديه يركز على المعادلة

(162) Nater-Bass 2003, p. 155, citing Zivilgericht Basel-Stadt, 1 February 1989, BJM 1991, 31 (S.F. Inc. v. T.C.S. AG). See also Nagy 2012, p. 8. Cf. R-C. Meurkens, Punitive damages: the civil remedy in American law, lessons and caveats for continental Europe. Wolters Kluwer Business. 2014, p. 270.

الصفيرية، من حيث تعادل التعويض مع الضرر⁽¹⁶³⁾، وبالتالي معيار قياس التعويض هو الضرر وحده دون الخطأ. فإن كان مسبب الضرر يسأل عن خطئه في ضوء تحديد كيفية المساءلة⁽¹⁶⁴⁾، إلا أنه لا يُسأل عنه في ضوء تحديد التعويض، فهو شرط للمسؤولية لا التعويض. هذا التعويض الذي يجب أن يأخذ في الحسبان أمرين اثنين لا ثالث لهما، هما: ما فات المدين من كسب وما لحقه من خسارة⁽¹⁶⁵⁾. هذا الموقف يدعمه الاجتهاد القضائي اللبناني⁽¹⁶⁶⁾، ويؤيده أغلب الفقه اللبناني⁽¹⁶⁷⁾ الذي يرى ألا مكان للخطأ في تقدير التعويض؛ مستخلصاً من وراء ذلك - كما العديد من الفقهاء الفرنسيين - أنّ التعويض العقابي يعد أمراً دخليلاً على المنظومة القانونية المدنية اللاتينية، ويخالف الأسس التي تقوم عليها نظرية المسؤولية المدنية⁽¹⁶⁸⁾ وثوابتها، إن في التعويض أو الضرر. رأي، وإن كان الباحث يحترمه إلا أنه لا يؤيده، نظراً إلى ما أبداه سابقاً من أسباب⁽¹⁶⁹⁾.

كذلك ثمة سؤال يعتقد الباحث أنه يستحق أن يُطرح، ذلك أنه إن كان المُشَرِّعُ، وفي كلا التشريعيين، يأخذ بعين الاعتبار سلوك المضرور في تحديد مقدار التعويض المستحق، بحيث إنه يقضي بتخفيض حق المضرور في التعويض، في حال لم يقم هذا الأخير بما يلزم من إجراءات لتخفيض الضرر الواقع عليه من جراء خطأ مسبب الضرر، ضمن ما يعرف بالعلاقة المباشرة بين الخطأ والضرر⁽¹⁷⁰⁾، بشكل أنه يعاقب المضرور على تقصيره

(163) «إن العوض الذي يجب للمتضرر من جرم، أو شبه جرم، يجب أن يكون في الأساس معادلاً للضرر الذي حل به»، المادة (134)، قانون الموجبات اللبنانية.

(164) «يسأل المرء عن الضرر الناجم عن إهماله أو عدم تبصره، كما يُسأل عن الضرر الناشئ عن فعل يرتكبه»، المادة (123)، قانون الموجبات اللبنانية.

(165) «يجب أن يكون بدل العطل والضرر معادلاً تماماً للضرر الواقع أو الريح الفائت»، المادة (260)، قانون الموجبات اللبنانية.

(166) تمييز مدني، تاريخ 24 يناير 1968، مجلة العدل، 1968، ص 408؛ بداية ببيروت المدنية، تاريخ 20 يونيو 1983، مجلة العدل 1985، ص 241. استئناف بيروت المدنية، تاريخ 10 يناير 1949 ن. ق، سنة 1950، ص 423.

(167) مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 2، المسؤولية المدنية، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت، 1996، ص 670 وما يليها. خليل جريج، النظرية العامة للموجبات والعقود 1966، ص 35 وما يليها. وفي عرض هذا الرأي راجع: محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر - العقد، مج 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018، ص 328.

(168) سامي بديع منصور، التعويض العقابي في النظام القانوني اللبناني .. عندما يذوب الثلج، مرجع سابق، ص 20.

S. Zein, Les Dommages et intérêts punitifs Punitive damages, op, cit., p. 106.

(169) راجع المدخل التمهيدي للبحث المعنون: «أصل السؤال»، من هذا البحث.
(170) J-L. Aubert, Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur. In G. Viney (Dir). Études offertes à G. Viney, LGDJ, 2008, p. 55s. R-O. Dalcq, L'obligation de minimiser le dommage dans la responsabilité quasi-délictuelle, RDAI. 1987, p. 363s.

في التخفيف من آثار الضرر الذي ألحقه به مسبب الضرر، معتبراً أنه يكون متعسفاً في استعمال حقه في المطالبة بكامل التعويض، مادام أنه هو من أسهم بتقصيره - على الرغم من خطأ مسبب الضرر - في تعاظم الضرر، واضعاً على المضرور، على الرغم من كونه ضحية الخطأ، واجب تخفيف آثار الضرر الذي لم يكن لديه يد فيه، محملاً إياه جانباً من تخفيف آثار الضرر الذي هو ليس مسؤولاً عنه، مرتكزاً في ذلك لمبدئي حسن النية وعدم التعسف في استعمال الحق في التعويض. الأمر الذي ينسجم مع أخلاقيات القانون وأسسها، لكن السؤال هو: أين هذه الأخلاقيات من جانب المعاقبة على فعل مسبب الضرر الرامي من خلال الخطأ، ليس فقط إلى الإضرار بالمضرور، وإنما إلى التكسب من ورائه؟! ليس من المنطقي القول إنه إن كان مقدار التعويض يتحدد بالنظر إلى سلوك المضرور المتسم بسوء النية، فمن الواجب أن تكون هناك - في الجانب الآخر من هذه المعادلة - محاسبة ومعاقبة لسوء سلوك مسبب الضرر المتسم بسوء النية، حينما يتعمد الإضرار بالغير، أو التكسب على حسابهم. معادلة نعتقد أنها حرة بالنظر⁽¹⁷¹⁾.

ثم إنه إن كان هناك حق وتعسف في استعمال الحق، بحيث إن الأول لا ينطوي على المحاسبة، بينما الثاني ينطوي عليها، لماذا من غير المتصور أن ثمة خطأ، وتعسفاً في ارتكاب الخطأ، وإن كان الأول يُحاسب عليه بالتعويض التقليدي، فإن الثاني يُعاقب عليه بالتعويض العقابي. تحليل قد نجده نحن أهل القانون المدني مستغرباً. لكنه - في اعتقاد الباحث - في التأصيل والفلسفة قائم وقابل للحياة كفكرة قابلة للنقاش.

«إن العوض الذي يجب للمتضرر من جرم، أو شبه جرم، يجب أن يكون في الأساس معادلاً للضرر الذي حل به. والضرر الأدبي يعتد به، كما يعتد بالضرر المادي، والقاضي يمكنه أن ينظر بعين الاعتبار إلى شأن المحبة إذا كان هناك ما يبرزها من صلة القربى الشرعية، أو صلة الرحم، وكذلك الأضرار غير المباشرة يجب أن ينظر إليها بعين الاعتبار، على شرط أن تكون متصلة اتصالاً واضحاً بالجرم، أو بشبه الجرم، وفي الأصل أن الأضرار الحالية الواقعة تدخل وحدها في حساب العوض، غير أنه يجوز للقاضي، بوجه الاستثناء، أن ينظر بعين الاعتبار إلى الأضرار المستقبلية إذا كان وقوعها مؤكداً من جهة، وكان لديه من جهة أخرى الوسائل اللازمة لتقدير قيمتها الحقيقية مقدماً»، المادة (134)، قانون الموجبات اللبناني «إذا كان المتضرر قد اقتترف خطأ من شأنه أن يخفف، إلى حد ما، تبعه خصمه لا أن يزيلها. ويجب توزيع التبعة على وجه يؤدي إلى تخفيض بدل العوض الذي يُعطى إلى المتضرر»، المادة (135)، قانون الموجبات اللبناني. راجع في ذلك، مصطفى العوجي، القانون المدني، ج2، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص174.

(171) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مج2، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، مرجع سابق، ص845. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ج3، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص164. عبدالمنعم فرج صده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، 1974، ص520. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج2، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص213. عبدالوهاب عريقة، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه وقضاء النقض، مرجع سابق، ص70.

ثانياً: الخط بين التعويض العقابي والصور العقابية المدنية المقاربة

يضاف إلى الوضع التشريعي السابق الممكن وصفه بـ «المضطرب»، وضع فقهي يمكن وصفه بـ «غير المكتمل»، نظراً إلى قلة الدراسات القانونية العربية التي تناولت هذا المفهوم بالتأصيل والعمق المطلوبين⁽¹⁷²⁾، فضلاً على أن العديد منها تناول الجانب العقابي في التعويض المرتبط بالضرر لا المعاقب على الخطأ، سواء المتمثل في الشرط الجزائي⁽¹⁷³⁾، أو الغرامة التهديدية⁽¹⁷⁴⁾، معتبراً إياه يمثل جانباً من التعويض العقابي، متجاهلاً أن

(172) نذكر من بين هذه الدراسات سامي بديع منصور، التعويض العقابي في النظام القانوني اللبناني .. عندما يذوب الثلج، مرجع سابق. عمر سليمان سعيد، تطبيقات التعويض العقابي في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الأردني والقانون العراقي، مرجع سابق، ص 1-129. حسام الدين محمود، التعويض العقابي في القانون الأمريكي، مرجع سابق، ص 672-746. أحمد السيد الدقاق، التعويض العقابي في القانون الأمريكي ومدى ملاءمة تطبيقه في النظام القانوني المصري، مرجع سابق، ص 1389-1441. مها ناجي جاسم، فكرة التعويض العقابي وأثرها في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 1-142. حسينية معامير، التعويض الإصلاحي والعقابي في نظام المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 511-534. منصور بن عبدالرحمن الحيدري، التعويض العقابي في القانون الأمريكي .. دراسة مقارنة في ضوء أحكام الفقه الإسلامي. المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية، منشورات معهد الملك سلمان للدراسات والخدمات الاستشارية، 2015، ع 2، ص 123-152. ظافر حبيب جبارة الهلالي، فكرة التعويض العقابي ومواطن الأخذ بها في القانون المقارن، مرجع سابق. عدنان أحمد ولي، التعويض العقابي والتأمين، مفهوم التعويض العقابي وجواز التأمين عليه، مرجع سابق. عدنان سرحان، التعويض العقابي، مرجع سابق، ص 95-126. عبدالهادي فوزي العوض، الخطأ المكسب في إطار المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 93-348.

(173) نبيل إبراهيم سعد، الشرط الجزائي في التقنين المدني المصري والقانون الفرنسي الحديث، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية، مصر، 1990، ع 3 و 4، ص 287-323. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 2، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 95 وما بعد.

G. Guerlin, Quelles sont les conditions de mise en œuvre de la clause pénale ? L'Essentiel droit des contrats, 2016, n° 09, p. 3. D. Mazeaud, Qualification de clause pénale : encore et toujours, D. 2016., p. 1628. B. Fages, Derrière les mots, la clause pénale, RTD civ. 2008, p. 675. T. Segre, Clauses pénales et dommages ultérieurs en droit comparé, RIDC, 1970, p. 300s. D. Mazeaud, La notion de clause pénale. RIDC. 1993, Vol. 45, n° 3, Pp. 721-722.

(174) فواز صالح، النظام القانوني للغرامة التهديدية (دراسة قانونية مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج 28، ع 2، 2012، ص 9-38. بيرك فارس حسين، منار عبدالمحسن عبدالغني، التعويض والغرامة وطبيعتهما القانونية، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسة، ع 6، ص 2، 2010. علي عبدالحميد تركي، نظام الغرامة التهديدية كوسيلة لضمان تنفيذ الأحكام القضائية، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، مج 20، ع 1، 2012، ص 62-173. بخيت محمد بخيت علي، الغرامة التهديدية أمام القضاء المدني، دار الجامعة الجديدة، 2008.

F. C habas, La réforme de l'astreinte, D.. 1972. chr., p. 271. P. Raynaud, Distinction entre l'astreinte et les dommages et intérêts dans la jurisprudence, in Mélanges-Secrétan 1966,

المفهوم التأصيلي والفلسفي للتعويض العقابي لا يرتبط بالضرر بل بالخطأ، وأن أي ربط لهذا التعويض مع الضرر هو ربط خطأ بالضرورة، كونه لا يعدو أن يكون شكلاً من أشكال توسعة مفهوم التعويض التقليدي ليطال جانب المعاقبة، من خلال تشديد التعويض المرتبط بالضرر المحقق أو المفترض، وفي كلتا الحالتين ثمة ربط مع الضرر لا الخطأ، ولعل بعض التفصيل في هذا الجانب قد يكون مفيداً في استجلاء ما سبق.

1- التعويض العقابي والإكراه المالي

نقطة الانطلاق هنا هي واجب التمييز بين التعويض العقابي المرادف للجزاء المدني لمفهوم الخطأ في القانون المدني، سواء المدني أو المكسب، والوجه أو الأوجه العقابية في القانون المدني، ذلك أن التعويض العقابي يرتبط بالتأصيل والفكرة مع الخطأ المرتبط بالسلوك، ويتجاوز نظرية الضرر، بينما أوجه الردع القانونية الموجودة في القانون المدني لا ترتبط بنظرية التعويض العقابي، وإنما بالطبيعة الردعية أو الأوجه العقابية في القانون المدني، كما في الغرامة التهديدية، أو التهديد أو الإكراه المالي الذي من المتفق عليه، فقهاً وقضاً، أنه لا يرتبط بالتعويض، ولا يعتبر تكيفه القانوني من قبيل التعويض، بل هو إجراء مؤقت لإجبار المدين على تنفيذ التزامه العيني في حال تمنع هذا الأخير وإصرار الدائن على هذا الحق⁽¹⁷⁵⁾.

أما القول بأن التعويض الذي يقرره القاضي في نهاية المطاف يأخذ بعين الاعتبار تعنت المدين وامتناعه عن التنفيذ، على الرغم من إمكان قيامه بذلك، فذلك يرتبط بالتعويض المرتبط بالضرر الحاصل نتيجة امتناع المدين عن التنفيذ، وبالتالي هو يعود ليرتبط بالضرر لا بالخطأ، والدليل لو أن تعنت المدين وامتناعه عن التنفيذ لم يلحق ضرراً بالدائن، لما تمكن الدائن من المطالبة بالتعويض. وحتى لو أخذ سلوك الخطأ في فعل المدين، فإنه يؤخذ في ضوء العقوبة المدنية لا التعويض العقابي؛ إذ إن نفي صفة

p. 249. R. Perrot, « L'astreinte à la française », in Liber amicorum J. van Compermolle, Bruylant, 2004, p. 487. R. Perrot, L'astreinte. Ses aspects nouveaux, Gaz. Pal. 1991. 2. Doctr. 801, spéc. p. 806. D. Denis, L'astreinte judiciaire, nature et évolution, th. Paris, 1973. F. Chabas et P. Jourdain, Régime de la réparation, action en réparation. Décision judiciaire, astreinte, Juris-cl. resp. civ. Fasc. 224-2, n° 8 et s. J. Eandidier, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », Rev. trim. dr. civ., 1976.700. O-M. Khalak, L'efficacité de l'astreinte et de la clause pénale dans le contentieux contractuel : mythe ou réalité ? Journal of Law. Volume (15). Issue (2). Pp. 376-415.

(175) Civ 24 janvier 2012 N° 11-40081. Cass. 2ème Civ 14/09/06 n° 05-17.118 BICC 653 N° 2378.

عبدالهادي فوزي العوض، الخطأ المكسب في إطار المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 93-348، ص 189.

التعويض عن هذه الغرامة يجعلها خارج إطار نظرية التعويض⁽¹⁷⁶⁾، وإن قاربتها في مفهوم المحاسبة على الخطأ⁽¹⁷⁷⁾.

موقف لم يحد عنه أي من التشريعين، المصري واللبناني، حيث قضى المشرع المصري بأنه إذا كان تنفيذ الالتزام، عيناً، غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ، وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك. وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة⁽¹⁷⁸⁾.

بينما ذهب المشرع اللبناني إلى القول بأنه في الموجبات التي يستلزم إيفاؤها عيناً قيام المدين نفسه بالعمل، فيحق للدائن أن يطلب الحكم على المدين بغرامة عن كل يوم، أو كل أسبوع، أو كل شهر يتأخر فيه، أو كل نكول يرتكبه، رغبة في إكراه المدين المتمرد وإخراجه من الجمود. وبعد تنفيذ الموجب عيناً يحق للمحكمة أن تعفي من الغرامة، أو أن تبقي منها ما يعوض الدائن من الضرر الذي لحقه بسبب الامتناع غير المشروع الذي بدا من المدين⁽¹⁷⁹⁾.

وإن كان يمكن القول إن المشرعين المصري واللبناني قد حرصا على تكييفها بمفهوم الغرامة، وربطها بسلوك المدين، من حيث التعنت أو الاستجابة. فإنها كذلك، وهذا من طبيعتها بقية مرتبطة بما يمكن وصفه بسلوك المدين الخطأي في المسؤولية العقدية

(176) La Haute juridiction a défini l'astreinte comme «une mesure de contrainte entièrement distincte des dommages-intérêts», qui « n'est en définitive qu'un moyen de vaincre la résistance opposée à l'exécution d'une condamnation, n'a pas pour objet de compenser le dommage né du retard, et est normalement liquidée en fonction de la gravité de la faute du débiteur récalcitrant et de ses facultés». Civ. Ire, 20 oct. 1959, D. 1959. 537, note Holleaux ; JCP 1960. II. 11449, note P. Mazeaud.

(177) R. Perrot, «L'astreinte à la française», op, cit, p. 487. R. Perrot, L'astreinte. Ses aspects nouveaux, op, cit. p. 806. G. Baudry-Lacantinerie et L.-J. Barde, Traité de droit civil, op, cit, n° 1357.

(178) «1- إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن، أو غير ملائم، إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ، وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك. 2- وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة»، المادة (213)، قانون المدني المصري.

(179) «غير أنه لا يمكن تطبيق هذه المعاملة على الموجبات التي يستلزم إيفاؤها عيناً قيام المدين نفسه بالعمل؛ فيحق للدائن حينئذ أن يطلب الحكم على المدين بغرامة عن كل يوم، أو كل أسبوع، أو كل شهر، يتأخر فيه، أو كل نكول يرتكبه، رغبة في إكراه المدين المتمرد وإخراجه من الجمود، وبعد تنفيذ الموجب عيناً يحق للمحكمة أن تعفي من الغرامة، أو أن تبقي منها ما يعوض الدائن من الضرر الذي لحق به بسبب الامتناع غير المشروع الذي بدا من المدين»، المادة (251)، قانون الموجبات اللبناني.

فقط؛ بينما التعويض العقابي يتناول سلوك مسبب الضرر في المسؤولية التقصيرية والتعاقدية. كذلك، إن كان المشرع اللبناني أكثر وضوحاً في تحديد غاية هذه الغرامة لمواجهة تمرد المدين، وتحريك المياه الراكدة في عملية تنفيذ العقد، فإنه بمنحه القاضي - بخلاف الحال لدى المشرع المصري - الحق في حال التنفيذ العيني، بأن يلغي هذه الغرامة نهائياً، إنما يحافظ - في اعتقاد الباحث - على اعتبارها وغايتها الرئيسية بكونها وسيلة ضغط لضمان التنفيذ وليست التعويض.

علمًا بأن المشرع اللبناني أقرَّ بأنه في حال التصفية، وفي حال ترتب ضرر للدائن بسبب الامتناع غير المشروع من قبل المدين عن تنفيذ التزامه التعاقدية، في الإمكان اعتبار التعويض المقرَّ في هذه الفرضية عقاباً مدنياً، مُدرجاً إياه مع التعويض الناظر لسلوك مسبب الضرر، وليس الضرر، ما يجعله - بالتوصيف - عقوبة مدنية، لكن ممتدة من أصلها المتعلق بالغرامة المدنية⁽¹⁸⁰⁾.

تحليل يرى كثير من فقهاء القانون المدني المصري⁽¹⁸¹⁾ أن مشرعهم يسير في نص المادة (214) التي تقضي بأنه إذا تم التنفيذ العيني، أو أصرَّ المدين على رفض التنفيذ، حدَّ القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين، مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن، والعنت الذي بدا من المدين⁽¹⁸²⁾. معتبرين أن عبارة التعويض التي وردت على لسان المشرع المصري هي محض صياغة قانونية غير دقيقة، لفكرة الغرامة التهديدية، بحيث إن المشرع أخطأ في العبارة بذكره التعويض بدلاً من الغرامة، وبالتالي المادة تتحدث عن الغرامة لا التعويض. وفي الحقيقة، على الرغم من أن موقف الفقه المصري - في أغلبه - يميل لهذا التفسير⁽¹⁸³⁾، إلا أن للباحث رأياً مختلفاً، ربما يكون محل اعتبار، من دون أن يدعي أنه بهذا الرأي أصاب الحقيقة.

(180) المادة (251)، قانون الموجبات اللبناني.

(181) عبدالهادي فوزي العوض، الخطأ المكسب في إطار المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 93-348، ص 189. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 393، ص 525. مصطفى الجمال، رمضان أبو السعود ونبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 203. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مرجع سابق، ص 446، ص 450.

(182) «إذا تم التنفيذ العيني، أو أصرَّ المدين على رفض التنفيذ حدَّ القاضي مقدار التعويض الذي يُلزم به المدين، مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين»، المادة (214)، القانون المدني المصري.

(183) عبدالهادي فوزي العوض، الخطأ المكسب في إطار المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 93-348، ص 189. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 393، ص 525. مصطفى الجمال، رمضان أبو السعود ونبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 203. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مرجع سابق، ص 446، ص 450.

ذلك أن الباحث يمكن أن يقرأ النص بوضعه الحالي، وضمن صيغته الحالية، بصيغة قانونية لا لبس فيها، بمعنى أن النص في هذه المادة يختلف عن نص المادة السابقة (213) التي تحدثت عن الغرامة التهديدية، إذ إنه لا يتحدث عن هذه الغرامة، وإنما عن حكم خاص يتناول التعويض الذي يمكن أن يحكم به القاضي في حال تخلف المدين عن تنفيذ الالتزام المرتبط به، ضمن ما يعرف في الفقه بالتنفيذ العيني غير المباشر. ضمن هذه الفرضية يأخذ القاضي، في الحكم بالتعويض، بأمرين: تعنت المدين المُعَبَّر عنه بسلوك المدين، والضرر الحاصل على المضرور.

وبالتالي ضمن هذه الفرضية يمكن أن يؤسس لفرضية أوسع في القانون المدني المصري، وهي أن المُشَرَّع في حال التعويض عن التنفيذ العيني يأخذ بالخطأ والضرر. وقد يثار سؤال، هو: لماذا نقول حكم خاص، ولماذا نرى هذه الفرضية متحققة هنا؟ الأمر بسيط، ذلك أن في هذه الفرضية يتحقق مفهوم سلوك المدين الخطأ، باعتبار أن امتناع المدين عن تنفيذ التزامه في التنفيذ العيني المباشر لا يضير الدائن بشيء؛ كونه يستطيع الوصول إليه بعيداً عن المدين، وبالتالي لا عبرة لسلوك المدين «الخطأ»، وإنما العبرة لضرر المضرور. بينما في التنفيذ العيني غير المباشر العبرة للأمرين؛ ما يقتضي أن يكون للتعويض - في هذه الفرضية - حكم خاص.

كل ذلك - في اعتقاد الباحث - يمكن أن يمايز موقف المُشَرَّع المصري عن نظيره اللبناني؛ إذ إنَّ موقف المُشَرَّع اللبناني - في حال ألحق عدم تنفيذ المدين التزامه ضرراً بحق الدائن - يقرأ الغرامة التهديدية حال التصفية كالتعويض، بكونه التعويض المستمد من الأصل ذاته: الغرامة التهديدية. بينما يمكن أن يُقرأ التعويض في حال ألحق عدم تنفيذ المدين التزامه ضرراً بحق الدائن، وفق هذه القراءة في القانون المدني المصري، بكونه تعويضاً منفصلاً عن الغرامة التهديدية، فهو تعويض مستقل. علماً بأن - في حال قبولنا بهذه الفرضية - الأمر لا يعني الترويج للتعويض العقابي، بل يقتصر هنا على العقوبة المدنية لا التعويض العقابي، فكلا الأمرين مختلفان، وقد أطلنا سابقاً في توضيح الخلاف بين الأمرين، ونعتقد أنه حري بالمُشَرَّع المصري توضيح هذه الطبيعة الخلافية، إما بتصحيح العبارة بين الغرامة والتعويض، وإما بتثبيت الحكم الخاص بفكرة التعويض في التنفيذ العيني غير المباشر.

2- التعويض العقابي والشرط الجزائي

بالنسبة إلى التعويض الاتفاقي المقترن بمفهوم الشرط الجزائي، والذي يسمى كذلك بالتعويض الجزافي، كونه يُقَرَّر قبل حصول الضرر، باتفاق الطرفين، ما يعفي الدائن من

إثبات الضرر وفق قرينة قانونية بسيطة، مفادها أن الضرر قد وقع⁽¹⁸⁴⁾، فإنه يتناول مفهوم الضرر المنفصل عن الخطأ، بارتباطه بضرر سيقع بمجرد عدم تنفيذ العقد، وفق الشكل المتفق عليه؛ ذلك أن هذه الفرضية، وكما هو معلوم، تتناول عدم التنفيذ في المسؤولية العقدية، ضمن مفهوم الضرر لا الربح، وإن وقع هذا الأخير، فإنه يقع بشكل عرضي طارئ وليس مقصوداً متمعداً، لاسيما في حال العدول عن التعاقد، على سبيل المثال؛ ما يجعل مختلف الفرضيات السابقة تتناول جانب الضرر الواقع على المضرور في المسؤولية، لا الخطأ المُقترَف من جانب مسبب الضرر⁽¹⁸⁵⁾، أولاً. كما تتناول جانب الافتقار في الذمة المالية للمضرور، ولا تنظر إلى جانب الإثراء في الذمة المالية لمسبب الضرر، ثانياً.

بالإسقاط على الموقف التشريعي المصري واللبناني، نجد أن المشرع المصري قضى بأنه يجوز للمتعاقدين أن يحددا، مُقَدِّمًا، قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق⁽¹⁸⁶⁾، وبأنه لا يكون التعويض الاتفاقي مُسْتَحَقًّا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. كما يجوز للقاضي أن يخفِّض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نُفِذَ في جزء منه، مؤكداً أن كل اتفاق يخالف أحكام ما سبق يُعدُّ باطلاً⁽¹⁸⁷⁾.

وبأنه إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً⁽¹⁸⁸⁾. بينما ذهب المشرع اللبناني إلى القول بأن للمتعاقدين أن يُعَيِّنُوا مُقَدِّمًا في العقد، أو في صك لاحق، قيمة بدل العطل والضرر في حال تخلف المدين عن تنفيذ الموجب كله أو بعضه، وبأن غاية البند الجزائي هي تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحق به من عدم تنفيذ الموجب. وبأنه لا يحق للدائن أن يطالب بالأصل والغرامة معاً، إلا إذا كان البند الجزائي قد وُضِعَ لمجرد التأخير، أو على سبيل إكراه المدين على الوفاء. ويحق للقاضي أن يخفف غرامة الإكراه

(184) G. Guerlin, Quelles sont les conditions de mise en œuvre de la clause pénale ? Op, cit, p. 3. D. Mazeaud, Qualification de clause pénale : encore et toujours, Op, cit, p. 1628. B. Fages, Derrière les mots, la clause pénale, op, cit, p. 675. T. Segre, Clauses pénales et dommages ultérieurs en droit comparé, op, cit, p. 300s.

(185) Ph. Le Tourneau, «Droit de la responsabilité et des contrats ; Régimes d'indemnisation», Dalloz Action, 10e éd., 2015, p. 552. Cass. civ. 1re, janvier 1985, n° 83-11.029, 83-16.928, Bull. civ. I, n° 24 ; JCP 1985/ 20661, note Paisant ; RTD civ. 1986. 103, obs, Mestre ; Cass., civ. 3e, 21 mai 2008, n° 07-12.848, Bull. civ. III, n° 94.

(186) المادة (223)، قانون المدني المصري.

(187) المادة (224)، القانون المدني المصري.

(188) المادة (225)، القانون المدني المصري.

إذا وجدها فاحشة، وله أن ينقص البديل المُعَيَّن في البند الجزائي إذا كان قد نفذ قسمًا من المُوجِب الأصلي⁽¹⁸⁹⁾. وبأن البند الجزائي صحيح معمول به، وإن كان موازيًا في الواقع لبند ناف للتبعية. وإنما تستثنى حال الخداع الذي يرتكبه المدين⁽¹⁹⁰⁾.

والحقيقة أن أكثر ما يسترعى الانتباه بين الموقفين التشريعيين، المصري واللبناني⁽¹⁹¹⁾، هو اختلاف التوصيف القانوني الذي استتبع اختلافًا في التكيف، حيث وصف المُشَرِّع المصري هذا الإجراء بالتعويض الاتفاقي، بينما وصفه المُشَرِّع اللبناي بالبند الجزائي. ما استتبع أن المُشَرِّع المصري قصر وظيفته على الوظيفية التعويضية فقط، بكونه القيمة التي يتفق عليها أطراف العقد في حال عدم تنفيذ العقد. في حين وسع المُشَرِّع اللبناي من هذه الوظيفية لتشكّل الوظيفية الإكراهية على تنفيذ العقد، كونه يضع كرد على تأخير المدين في الوفاء بالتزاماته، أو على سبيل إكراهه على الوفاء بها، والوظيفية التعويضية في حال نكوله عن تنفيذ العقد، لتعويض الدائن عن الأضرار التي تلحق به من عدم تنفيذ الالتزام.

ونعتقد أن المُشَرِّع اللبناي كان أكثر توفيقًا في ترجمة الدور الفقهي لهذا التعويض في النص القانوني من نظيره المصري. ولذلك نلاحظ أن المُشَرِّع اللبناي استخدم مصطلحي «التعويض» و«الغرامة» للدلالة على هذا الإجراء، وذلك وفق الدور الوظيفي المناط بين الإيجاب على التنفيذ أو التعويض عنه. علمًا بأن مفهوم الغرامة التهديدية، هنا، يأخذ حكم الغرامة التهديدية الاتفاقية، وليس القضائية التي تتناول مفهوم الإكراه المالي، وفق التوصيف القانوني المُفَرِّقها واجتهادًا.

غير أن ما يؤخذ على المُشَرِّع اللبناي أنه، وعلى الرغم من توافقه مع المُشَرِّع المصري في منح القاضي الحق في إعادة التقدير المفترض للتعويض أو الإكراه صعودًا وهبوطًا، لم يقض بصريح النص على بطلان أي اتفاق يستبعد مثل هذا التدخل القضائي؛ الأمر الذي نعتقد أنه كان حرًا به النص عليه، أسوة بالمُشَرِّع المصري.

وبعيدًا عن طبيعة النص القانوني، ما يجب التنبيه إليه أن هذا التعويض الاتفاقي أو البند الجزائي ليس تعويضًا عقابيًا، ولا عقابًا مدنيًا. إذ إن التعويض العقابي يرتبط

(189) المادة (266)، قانون الموجبات اللبناي.

(190) المادة (267)، قانون الموجبات اللبناي.

(191) عاطف النقيب، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 440. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 2، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 89. أحمد شوقي محمد عبدالرحمن، الأحكام العامة للتطبيقات العملية للنظام العام العقدي، مرجع سابق، ص 174، ص 180. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مج 2، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، مرجع سابق، ص 851. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مرجع سابق، ص 303.

بسلوك منحرف يوصف بالخطأ يعاقب عليه، أي أنه يأخذ جانب السلوك لا الضرر؛ بينما التعويض الاتفاقي يرتكز على الضرر، بدليل أن هذا التعويض مُهدد بعدم التحقق في حال عدم تحقق الضرر المفترض؛ ذلك أنه إن كان ليس على الدائن إثبات الضرر لاستحقاق التعويض، إلا أنه يمكن للمدين حرمان الدائن من هذا التعويض، في حال أثبت عدم وقوع الضرر المفترض، وبالتالي إن كان التعويض الاتفاقي يقلب عبء الإثبات لكنه لا يلغيه.

كذلك، إن هذا التعويض الاتفاقي هو تعويض عن ضرر مستقبلي تقديره يدخل ضمن مفهوم الاحتمال، وقد تصدق هذه الاحتمالية، أو لا تصدق، وفي حال لم تصدق يكون للقضاء كلمته في تخفيض أو رفع هذا التعويض، ما يجعل القول بأنه تعويض اتفاقي محض بالكلية موضع نظر وتدقيق، فإن كان اتفاقياً بالنشأة فهو مختلط بالتنفيذ، لاسيما في حال التدخل القضائي. أضف إلى ذلك أن التعويض العقابي هو - في ذاته - مقابل النكول عن التنفيذ وفق إرادة عقدية مسبقة، باعتباره يعبر عن اتفاق الطرفين على نوع ومقدار هذا الثمن المسمى «التعويض الاتفاقي». وهنا يثار سؤال مفاده: لو أن المدين رفض التنفيذ، وطلب اللجوء إلى الشرط الجزائي، هل يمكن اعتبار نكوله عن التنفيذ بمنزلة الخطأ؟!

في الحقيقة، إن كان من الناحية القانونية يمكن اعتباره كذلك، لكن وفي العمق الفلسفي للمسألة، وبالنظر إلى كون هذا التعويض هو اتفاقياً، فإن المدين لم يرتكب أي خطأ، بل قام باستعمال حقه في النكول الذي دفع ثمنه المتفق عليه مقدماً. سؤال فلسفي وليس قانونياً يستحق النظر. عليه إن كان التعويض الاتفاقي الذي هو في المحصلة الثمن الاتفاقي للنكول، فمنذ متى كان الثمن الاتفاقي عقاباً، ومنذ متى كان العقاب ينطوي على المفهوم الذاتي ليعاقب الشخص نفسه، إذ إن العقاب يفترض سلطة ثالثة مختصة بتمتلك صلاحية وسلطة إيقاع العقاب.

ولعل إسقاط مقارب لمفهوم الشرط الجزائي مع الاتفاق الذي يمكن أن يتوصل إليه طرفا النزاع، في إطار التعويض الاتفاقي الذي يتم بين الطرفين بعد وقوع الضرر في المسؤولية العقدية، ضمن ما يعرف بـ «عقد الصلح»، يوضح ذلك. فهل هذا الاتفاق ينطبق عليه مفهوم العقاب، أو يدخل في العقوبة المدنية؟ لا نعتقد ذلك؛ فالتأصيل الفلسفي للتعويض هو اتفاقي بالضرورة، وأما اعتبار أحدهما قبل وقوع الضرر، والثاني بعد وقوعه، فلا يغير في القضية شيئاً، إذ إن كليهما - في المحصلة - ثمن النكول.

أضف إلى ذلك أن الزاوية التي يُقرأ من خلالها هذا التعويض الاتفاقي، أو الشرط الجزائي، جديرة بالاعتبار، إن من حيث اعتباره ضمن نظرية الالتزام، أو نظرية

التعويض. فهو ضمانة تعويضية لتنفيذ الالتزام، تتمتع بخصوصية منشأها العقد، ومنتهى التعويض؛ فكونه شرطاً اتفاقياً يتم التوافق عليه لحظة نشوء العقد أو بعده، لكن بالضرورة قبل وقوع الضرر، وكونه - وفق المتفق عليه - تنفيذاً بطريق التعويض، فهو أقرب إلى نظرية الالتزام منه إلى نظرية التعويض؛ ما يقيه بعيداً عن هذه الأخيرة، وعن مختلف أشكال التعويض المقرُّ بها، بما فيها التعويض العقابي. كذلك، وإن كان هذا التعويض المندرج ضمن نظرية الالتزام لا يمكن أن يُقرأ بكونه التزاماً بدلاً، أو تخييرياً، نظراً إلى الضوابط القانونية المتعلقة بهما، وارتباطهما بالالتزام الموصوف لا البسيط. إلا أن السؤال هو: هل هو التزام احتياطي أم بديل؟!

في الحقيقة إن كان الفقه يجمع على كونه التزاماً احتياطياً، باعتبار أن الأصل في التنفيذ هو التنفيذ العيني، وأنه مادام هذا الأخير موجوداً وممكناً، فإنه لا يمكن اللجوء إلى التنفيذ بطريق التعويض، باعتبار أن الدائن يمكنه أن يجبر المدين على تنفيذ التزامه العيني، كما أن المدين يمكنه التمسك به، وما من أحد يمكن أن يجبره على تنفيذ غيره لو أراد الالتزام به. فإن هذا التحليل إن كان من الناحية القانونية صحيحاً، فإنه كذلك يحتمل التدقيق. ذلك أن مجرد اتفاق الطرفين على التنفيذ بطريق التعويض يجعل للمدين فسحة لتجاهل التنفيذ العيني الذي هو أصل التنفيذ إلى التنفيذ بالتعويض، لاسيما في التنفيذ العيني المرتبط بشخص المدين، ليغدو التنفيذ العيني من الناحية الفعلية أقل حضوراً من التنفيذ بطريق التعويض، على الأقل بالنسبة إلى المدين، كما يجعل الدائن مهيناً لتقبل مثل هذه الفكرة، ما يجعل ضمن هذه الفرضية التنفيذ بطريق التعويض أقرب إلى التنفيذ البديل منه إلى التنفيذ الاحتياطي. كل ذلك يجعل من قضية اعتبار التعويض الاتفاقي يندرج تحت التعويض العقابي أمراً في غير محله، كما أن الحديث عن طبيعته العقابية المدنية كذلك يصبح موضع نظر.

كذلك ثمة بعض الدراسات التي ربطت التعويض العقابي بمفهوم الغش؛ تعبيراً عن سوء سلوك، بحيث نشدد من مقدار التعويض، بين التعويض عن الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع كأصل في المسؤولية التقصيرية، لتمتد هذه النظرية في التطبيق في المسؤولية العقدية التي لا تعوض من حيث الأصل إلا عن الضرر المتوقع، لتشمل كذلك الضرر غير المتوقع في حال الغش⁽¹⁹²⁾. غير أنه هنا نعود إلى المربع الأول المتعلق بربط مختلف هذه التعويضات بالضرر، وبالتالي هنا أيضاً نعيد التشديد في التعويض للتشديد في الضرر لا الفعل.

(192) عدنان سرحان، التعويض العقابي، مرجع سابق، ص108.

وهنا ضمن هذه الحيثية البسيطة نعتقد أن بعض الدراسات القانونية العربية قد وقعت في هذا اللغظ⁽¹⁹³⁾. على الرغم من ذلك، يمكن أن نجد أن بعض التشريعات قد أشارت إلى الخطأ، واعتبرت أنه يمكن تقييم التعويض بالاستناد إلى الضرر والخطأ. هنا، وحين يكون الخطأ محل اعتبار في التعويض لا الضرر، يمكن أن نكون أمام تعويض عقابي، وهو الأمر الذي لا نجده بشكل منفرد في مختلف التشريعات العربية، وإن كان يمكن أن نجد أن بعض التشريعات العربية قد قرنت الأمرين معاً، في أحسن حالاتها: أي أن التعويض يمكن أن يقاس بحجم الضرر والخطأ⁽¹⁹⁴⁾.

والحقيقة، أنه على الرغم من تقديرنا لهذا المجهود فإننا هنا أيضاً نبقى في إطار التعويض التقليدي لا العقابي، لاسيما أن القاضي لا يحدد في حكمه القضائي معايير الفصل بين التعويض المرتبط بالضرر ونظيره المرتبط بالخطأ، وإنما يضعهما في سلة واحدة، ضمن التعويض المرتبط بالضرر، ما يُعيدنا إلى الإشكالية السابقة ذاتها، ذلك أن التعويض يقاس بعيداً عن الخطأ بالضرر.

لذلك، لا نعتقد أن في نصوص القوانين العربية المرتبطة بأصلها الفرنسي نصوصاً قانونية تعاقب على الخطأ، وإنما تدور في مجملها على الضرر، وتشدد التعويض عنه في المسؤولية العقدية، ما بين الشرط الجزائي أو الغرامة التهديدية، فكلاهما يربط التعويض بالضرر⁽¹⁹⁵⁾. مع التأكيد أن الشرط الجزائي يتناول التعويض عن ضرر مفترض

(193) عدنان سرحان، التعويض العقابي، مرجع سابق، التعويض العقابي والإكراه المالي، ص 105، التعويض العقابي والشرط الجزائي، ص 109.

(194) يمكن أن نشير إلى حالتين من القوانين العربية، إحداهما اندثرت، وأخرى تنتظر الولادة، في الأولى يمكن الإشارة إلى أحكام القانون المدني لليمن الجنوبي سابقاً، حيث قضت نصوصه تأثراً بالقوانين المدنية لدول المنظومة الاشتراكية، بوجود التعويض العقابي، وبأن المبالغ المحصلة منه تؤول إلى خزينة الدولة، أو لصندوق خاص يحدث لهذه الغاية. وفي الثانية يمكن تسجيل مشروع القانون المدني العراقي الذي انتصر لفكرة تأسيس التعويض على الخطأ. برغم أنه - في الحالين - نحن في إطار الفرضية لا الواقعية، بين فرضية ماتت في القانون المدني لليمن الجنوبي سابقاً، وفرضية تنتظر الولادة منذ ما يقارب العشرين عاماً في القانون المدني العراقي، على عهدة: عدنان سرحان، التعويض العقابي، مرجع سابق، ص 103.

(195) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مج 2، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، مرجع سابق. حول التهديد المالي، ص 804 وما بعد. حول الشرط الجزائي، ص 851 وما بعد. أسامة أبو الحسن مجاهد، فكرة التعويض العقابي، مرجع سابق، ص 149 وما بعد. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مرجع سابق، ص 303، ص 478 وما بعد. علاء الدين عبدالله فواز الخصاونة، نطاق تعويض المسؤولية المدنية الناشئة عن الخطأ المربح، مرجع سابق، ص 172.

يفترض أن يجاوز مقدار الضرر⁽¹⁹⁶⁾، والثاني يتناول مفهوماً من المتفق عليه أنه ليس تعويضاً، وإنما مبلغ نقدي يفرض لتلئين موقف المدين المتعنت عن تنفيذ التزامه المرتبط بشخصه⁽¹⁹⁷⁾. في حين أن التعويض العقابي، في تأصيله الأساسي، إنما هو خارج نطاق المسؤولية العقدية؛ إذ إنه يرتبط - في الأصل - بالمسؤولية التقصيرية لا العقدية، وإن كان يمكن تصوره في هذه الأخيرة؛ لذلك نعتقد أن أي ربط لهذا التعويض بأي من هذه المفاهيم هو غير صحيح.

علماً بأن المسألة، بالنسبة إلى الشرط الجزائي، أو ما يعرف بالتعويض الاتفاقي، هي أقل تعقيداً منها من الغرامة التهديدية؛ فالتعويض الاتفاقي هو بدلاته تعويض مسبق يتم الاتفاق عليه بين طرفي النزاع لضمان تنفيذ الاتفاق. وضمن هذه الفرضية، يفترض الطرفين ثمناً لهذا الالتزام التعاقدية في حال النكول عنه، بحيث إنَّ التعويض الاتفاقي يتضمن أمرين، هما: ضمان تنفيذ الالتزام، والمحاسبة على النكول عن التنفيذ. وضمن هذه الفرضية الثانية يرى العديد من رجال الفقه الفرنسيين والعرب⁽¹⁹⁸⁾، وبحق، جانباً من العقوبة المدنية، بحيث إنَّ التعويض الاتفاقي يتضمن معاقبة المدين على نكوله عن تنفيذ الالتزام، ولذلك غالباً ما يرتبط بتعويض عن ضرر لم يتحقق، بل مُفترض ومتفق عليه، كما يرتبط بالمعاقبة على النكول.

خلاصة القول لحالة الخلط هذه بين التعويض العقابي والصور العقابية المدنية المقاربة، نرى أنه لا يمكن الادعاء بفكرة التعويض العقابي وفق التأصيل الأنجلوسكسوني ضمن

(196) مع التأكيد بأن الشرط الجزائي بالمفهوم والفلسفة هو البند الاتفاقي الهادف إلى ضمان تنفيذ الالتزام، وبأن هذا التحويل لهذا الهدف، بنقله من حيز التنفيذ إلى حيز التعويض، هو ما حَرَفَهُ عن غايته الرئيسية في التنفيذ لا التعويض، فهو في الفلسفة والتأصيل ضامن للتنفيذ لا التعويض، ونكتفي بمجرد التنبيه لهذه الحيثية، لأهميتها، من دون التعمق فيها؛ كونها خارج نطاق البحث ومحدداته.

(197) F. Chabas et P. Jourdain, Régime de la réparation, action en réparation. Décision judiciaire, astreinte, op, cit. J Eandidier, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », op, cit, p. 700. O-M. khalak, L'efficacité de l'astreinte et de la clause pénale dans le contentieux contractuel : mythe ou réalité ? op, cit. Pp. 376-415.

(198) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مج2، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، مرجع سابق، ص851 وما بعد. نبيل إبراهيم سعد، الشرط الجزائي في التقنين المدني المصري والقانون الفرنسي الحديث، مرجع سابق، ع3 و4، ص287-323. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج2، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص95 وما بعد.

G. Guerlin, Quelles sont les conditions de mise en œuvre de la clause pénale ? Op, cit, p. 3. D. Mazeaud, Qualification de clause pénale : encore et toujours, Op, cit, p. 1628.

B. Fages, Derrière les mots, la clause pénale, op, cit, p. 675. T. Segre, Clauses pénales et dommages ultérieurs en droit comparé, op, cit, p. 300s.

المنظومة اللاتينية، ما لم يكن هذا التعويض مرتبطاً بأمرين اثنين، هما: الخطأ والربح، بمعنى أنه خطأ يُفرض إلى ربح، بغض النظر عن جسامته أو تفاهته، وبغض النظر عن عظم التعويض أو محدوديته. ضمن هذه المعادلة البسيطة يجب أن يُقرأ التعويض العقابي القادم من الضفة الأنجلوسكسونية لبحر الشمال، لا العقوبة المدنية المتأصلة - وإن بشكل غير رسمي - في الضفة اللاتينية المقابلة؛ فالتعويض المرتبط بجسامة الخطأ، أو بحجم الضرر، أو بكليهما، هو تعويض تقليدي صرف يدخل ضمن المفهوم التعويضي التقليدي اللاتيني المستوعب في بعض الحالات، وإن بشكل غير معلن للعقوبة المدنية المرتبطة بالضرر الناجم عن الخطأ، لا الربح الناجم عن الخطأ. تعويض لا تزال قواعد المسؤولية المدنية اللاتينية قادرة على الإحاطة به، والتكيف معه.

هذه الحيرة التشريعية بين التبني والإجابة، لم تكن حصرية الصفة في المؤسسة التشريعية، بل امتدت جذورها إلى نظيرتها في المؤسسة القضائية التي عانت، ولا تزال، من الحيرة ذاتها في تحديد الموقف الاجتهادي الواضح والصريح من هذه التعويضات؛ لنجد أن القضاء الفرنسي واقع في الحيرة ذاتها، ما أفقده القدرة على أن يشكل قاطرة أمامية تُشجع المُشرِّع الفرنسي على تعديل نهجه ورؤيته من هذه التعويضات.

يتبع في الجزء الثاني:

المطلب الثاني: الحيرة القضائية

المحتوى

الصفحة	الموضوع
153	الملخص
155	المقدمة
160	مدخل تمهيدي: أصل السؤال؟!؛
160	أولاً: التعويض العقابي - اختلال في التعويض أم نقيصة في المسؤولية؟!؛
163	ثانياً: التعويض العقابي - تعويض عن الضرر أم عقاب على الخطأ؟!؛
168	المطلب الأول: الحيرة التشريعية
168	الفرع الأول: حيرة المتبني «الفرنسي»
169	أولاً: ضبابية الإجابة
169	1- القبول الحذر
177	2- البديل المقترح
182	ثانياً: الأسئلة المعلقة
182	1- ضوابط السلطة المختصة
183	1-1- القدرة على الحكم
185	1-2- الزامية تبرير الحكم
186	2- ضوابط المسؤولية
186	أ - المسؤول عن الضرر
189	ب - التأمين على المسؤولية
192	3- ضوابط التعويض
192	أ - معايير تقييم التعويض العقابي
198	ب - الاستفادة من التعويض العقابي
204	الفرع الثاني: حيرة المتلقي «العربي»
205	أولاً: الدور الملتبس للخطأ في نظرية التعويض

الموضوع	الصفحة
1- حقيقة اعتبار الخطأ كونه مقياساً للتعويض	205
2- حقيقة اعتبار الخطأ مُبرراً وجود التعويض العقابي	212
ثانياً: الخلط بين التعويض العقابي والصور العقابية المدنية المقاربة	215
1- التعويض العقابي والإكراه المالي	216
2- التعويض العقابي والشرط الجزائي	219