الخطة المكتسب اساسة في ضوء أحكام الشريعة الاسلامية والقانون المصري و الفرنسي

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على رسوله الكريم وبعد فقد اليت على نفسي من شاركني البحث أن اتكلم عن اللغة العربية , ومكانتها الدقيقة و المتقدمة على سائر اللغات . فاللغة العربية متسعه في لسانها لفظا و معني , وقد ذهب خلقا ممن يرفع راية الثقافة إلي الطعن في العربية , وذلك منهم قصوره , لعدم التواتر الحق في فهم العربية , و الوقوف على اسرارها ورحم الله الرافعي إذا قال " في كتاب الاعجاز ' ولم نسقط عنك كل المؤنه , ولم نعطك إلي حد الكفاية التي تروث الاستغناء , بل نهجنا على سير الي الفكر تتقدم أنت فيه , وأعناك على وجهة في النظر تبلغ ما وراءها , وتركنا لك متنفسا من الأمر تعرف أنت فيه نفسك , وجمعنا لك بالحرص و الكد ما إن تدبرت و أمعنت في اعتباره و اجريته على حقبة من التثبت و التعرف و كان لك منتهى إلى سائرة , فيما يجشي اليك من الخو طر التي تنبرح من بعضها بعضا " و المتأمل لهذا الكلام الجيد , علم أن عليه البحث والاستنباط . و والاستقراً , وأن يكون ذلك عن دراية وبتلك الأدوات العربية , وأن يكون قوام البحث الفكر السليم , المؤسس على حسن النظر و التدبر ، وإن تجمع المعرفة بثبوتها حتي إذا وقفت على أمر قادك إلى أمور ,و انت في ذلك كله قد أخذت العربية بألفاظها ومعانيها دليلا هاديا إلي مواطن المعرفة المختلفة ولا يشذ علم القانون عن ذلك . . فاللغة للقانون ماء يحيا بها نصوصه , وأن قال البعض أن اللغة العربية ليست ارض خصبة ليبين فيها اللفظ القانوني ومعناه , فذلك منهم أقرارا بعدم المامهم بالعربية و عدم توافرهم على فصاحة الفاظها وبلاغة معانيها , وخير دليل يدحضهم قوله تعالى (قل لو كان البحر مدادا لكلمات ربي لنفذ البحر قبل أن تنفذ كلمات ربي ولوجئنا بمتلة مددا " سورة الكهف ايه رقم (19) فاللغة التي ارتضاها الله صله مع عبادة توحيد وأمراً ونهيا وسلوكاً وإرشاداً , وقد استخراج من القرآن الكريم وهو كتاب هداية أدق الإحكام و اضبطها لحياة الإفراد و على الرغم من كونه كتاب تسيطر على تركيبة روح الأدب فلم يمنع ذلك النظر والاجتهاد للوقوف على أحكام شرعية انتظمت بها حياة الفرد و الجماعة في شقها المدني و الجنائي وغيرها ومن أراد أن يتزيد فليراجع أحكام القرآن للجصاص أو أبي العربي المالكي . وفي مجال القانون فلينظر إلى القانون المدني ومساهمة الأستاذ الدكتور عبد الرازق السنهوري في وصفه ، وليكن لنا فيه دقة النظر ما يرفا بنا إلى ذلك الحسن اللغوي الرفيع لدى هذا العالم ويجلى ذلك قراءة الأعمال التحضيرية لهذا القانون ، ولكن هذا الجيل خلف من بعده من هجر العربية و ارتضى سواها لاعن فضل غيرها ولكن عن عجز الالمام بها . وقد يتسأل البعض عن صلة هذا بالبحث موضع المداد الذي أسطره الأن , وان اردت البلاغة في الأمر يكون ذلك بألفاظ البحث ومعاينة وانا أجول بنظري في أحكام الموضوع بين الشريعة و القانون .

الملخص :

مشكلة الخطأ المكسب من الموضوعات التي فرضت نفسها على الساحة القانونية وانتماء الخطأ المكسب إلي المسؤلية المدنية أضاف إلي مشكلاتها مشكلة جديدة , ونبت اشتجار بين الفقهاء في خصوصه و كثر اجتهادهم و القضـــاء في مجاله وإزاء عدم عدالة الخطأ يوجه عام كأســاســي و انهيار نظريته في أقطار نشـأته و تواتر البحوث في هذا الشـأن ومن أراد المزيد فعلية بالنظر في رسـالة الدكتور أيمن العشـماوي نظرية الخطأ , غاية الأمر أن مصطلح الخطأ المكسب ابن شرعي للقضاء الفرنسي و تطورت هذه الفكر بعد أن تلقها الفقه بالبحث و النظر ولارتباط الحالة القانونية المصـــرية بالفرنســـية فكراً , انتقلت فكرة الخطأ المكسـب عرضـا إلى إشـارات فقهية عابرة عند تعريف الخطأ الجسيم وآية ذلك خلو يطون أمهات الكتب القانونية من الإشـارة إليه تحديدا , وفكرة الخطأ المكسـب ولدت سـجالا قانونيا مولى طبيعية الخطأ المكســب القانونية وما مدي اســتقلاله من عدمه وما يتبعه من أنواع الخطأ وما أســباية وما هو الجزاء الجابر له , اهو التعويض الإصـــلاحي أم التعويض العقابي , أم نبحث عن جزاء غيرهما يكون رادعا بالزجر عن الايثانورأب الصـــدع حال الحدوث وفي ذلك كله لابد أن تتفق هذه الحلول مع أحكام الأنظمة القانونية

منهج البحث :

تملى دراســة فكرة الخطأ المكســب أو المرجح أن تتضــمن و تأصــيل الف كرة وفق نظرة تحليلية في القانون المصــري و الفرنســي , لا تقف الدراســة عند العرد و الرد و التحليل و التدليل . بل تتجاوز ذلك إلى الاهتمام بحاق التعريف و الحلول التي نأمل منها جبر الإضـــرار المترتبة على هذا الخطأ لا وفق أصول جبر الضرر الكامل في قاعدته ما فات الدائن من كسب ومالحقه من خسارة , ولن ندفع عن البحث حقة في أن الإشـــارة إلى بعض النظم كالقانون الانجليزي والكندي والأمريكي غير أننا ســـوف تبدأ في البحث بالحديث عن الشريعة الإسلامية في فقهها ومدي سعة الفقه الإسلامي في قواعده العامة و استيعابه لواقع وجد وموجود وقد يوجد فكرا وحلا ولهذا نبدأ بالشـــريعة قبل القانون وهذا ما يمليه علينا مكونات الفكر الذي يضـرب بثقافته في ربوع المعرفة العربية أصـالتها و حداثتها وهو فكر مطبوع على الأسـس الإســلامية الســمحة في وأمراها ونهيها ولنري مدي دقة الفقه الإســلامي في ملائته الفكرية وأنه روحه بظلالها لا تترك فراغا يستفيد من الظل .

وللسابق قان خطة البحث هي الأتي :

خطة البحث : أن إطار البحث يدور في فلك إدراك ماهية الذرة الشـــابة باعتباره من الأفكار القانونية ويسـبق ذلك الحديث عن نشـأته وكذا نبحث الأثر الذي يلازمه و أجزاء الذي يجبره ذلك كله في ضـوء الفقه الإسلامي أولا ثم القانون المصري و الفرنسي ثانيا .

خطة البحث :

الفصل الأول : فكرة الخطأ كأساس للمسؤليه في الشريعة الإسلامية وينقسم إلى مبحثين

المبحث الأول : فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية بوجه عام في الفقه الإسلامي .

المبحث الثاني : بعض صور الخطأ المكسب في الفقه الإسلامي ووسائل جبره

الفصل الثاني : الخطأ المكسب في القانون المصري و الفرنسي وبعض النظم القانونية الأخرى وينقسم هذا الفصل ايضا إلي مبحثين :

المبحث الأول : فكرة الخطا المكسب نشأتها ووجودها في القانون المصري و الفرنسي وبعض الأنظمة الأخرى المبحث الثاني : الأثر المترتب على الخطأ المكســـب وجوداً وجزاءاً , في القانونين المصري و الفرنسي وبعض الأنظمة الأخرى .

الفصل الأول

فكرة الخطأ المكسب في الشريعة الإسلامية

الشـريعة الإسـلامية فيها من الإحاطة ما تبلغ به الغاية في تنظيم حياة الفرد مع ربه ونفسـه واقرانه من الناس ، سواء على حد الإفراد أم الجمع , وما يخصنا في هذا البحث التنظيم المدني لحياة الفرد و الجماعة ولذلك أن مصطلح الخطأ المكسب , أن لم يكن له ذكرا في صفحات أسفار الفقه الإسلامي , فلا يعني ذلك استحالته على أحاكم الفقه الإسلامي , فلقد استقر في علم أصول الفقه التواتر على دراسة مقاصد الشريعة ومقاصـد الشـريعة خمس ، وهم الحفاظ على الحين و النفس و النسـل و العقل و المال وهي مقاصـد استيعاب في أحكامها ، هذا إلى جانب مصادر التشريع العشرة القران و السنة والإجماع وهم متفق عليهم و المشتجر في شأنها سبع القياس والاستحسان و الاستصحاب و المصلحة و العرف وقول الصحابة وشرع من قبلنا و المختلف عليها لها أصل قريب من الاستنباط او تطرق الاستقراء و في كتاب الله وسنة رسوله و الخطأ المكسب بلفظه القانوني لن يستعصي على أحكام الفقه الإسلامي و أن الأمر في حاجة إلي قرائح تجد وأنامل لا تقتر من مداد البحث و الكتابة فأن إحياء الفكر عجزاً للقلم فالفكر مداد الاقلام و الفكر الحق النابع من العقيدة الصحيحة مداد نور يذهب بكل ظلمة .

ولذلك نبحث في هذا الفصل في مبحثين .

المبحث الأول

: فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية بوجه عام في الفقه الاسلامي

فكرة الخطأ بوجه عام كأساس للمسؤولية لم تكن معروفة في مصطلح الفقه الشرعي ولكن أذا اردنا أن نقرر وجود فكرة الخطأ من عدمه , لابد أن نتسأل هل في الفقه الإسلامي من الأحكام ما يسمح بان تبرز فيها ما يكشف عن وجود بديل له هو أنجع في تحصيل المطلوب من وراء البحث , ولا يغيب عن باحث له صلة بالبحث الشرعي أن فقهاء الشريعة يغلبون النزعة الموضوعية في تقرير أحكام المسؤولية وهم قد أسسوا المسؤولية على الضمان ، و الضمان يترتب على التعدي بمعناه الاصطلاحي المألوف و التعدي يأتي في مقابل الخطأ عند القانونين وأن اختلف نطاق و شروط كل منهم .

الخطأ مقابل التعدي في الفقه الإسلامي

الغصن الأول : الفعل الموجب للضمان (الخطأ أم التعدي)

إن الفعل الضـار هو المقابل لمصطلح الخطأ في القانون الوضعي و الخطأ في عرف القانونين يتضمن الخطأ و العمد في كل إخلال بالتزام سابق . واستعمال الفقه الإسلامي لمسمي الخطأ إنما مصرفة دائما ما

يقابل العمد فالعمد دائما القصد و الخطأ ما أصبت مما كنت تعمدت غيرة وهو عند الأصوليين " وقوع الشيء على خلاف ما أريد في كل الأحوال فان الفعل قد يصدر من الفاعل شخصيا فينال بهذه الصفة وقد يصدر عن الغير ويضمن منه غيرة لرابطة بينهما .

ولذا وجب دراسة التعدي ومقارنته بالخطأ .

في التعدي : التعدي في اللغة هو مجاوزة الحد في الحق و الشيء يقال أيضا عدى عن الأمر جاوزه وتركة وجاء في لسان العرب فيعدون غدوا أي يظلمون و أصله من تجاوز الحد في الشيء وأما في الشرع فقد وردت كلمة اعتدي في قوله تعالي (فمن اعتدي عليكم فا عتدوا عليه بمثل ما اعتدي عليكم) سورة البقرة 194 ويقوا الإمام القرطبي في تفسير اعتدي بمعني التجاوز أم الإمام الرازي فيذهب إلى أنه تجاوز ما ينبغي أن يقتصر عليه .

ولقد وردت كلمة التعدي في كتب الفقه بمعنيين الأول هو الاستيلاء على المنافع و الثاني بمعني مجاوزة الحد إلى ما لا يجوز ، وبالنظر فما قاله الفقهاء الشرعيون نجد ان التعدي اعم واوسع من التقصير مما يجعله أكثر استيعابا لما يجد من حوادث ومن صريح النصوص في ذلك ما قاله الأمام الزيلعي مثلا وأن قاد قطار بمعني الأبل وحاديها فوطئ بعير انسانا ضمن بها عاقله القائد لديه لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكن التحرز عن مضار متعديا بالتقصير فيه والمستجلي من هذا النص أن التعدي يكون بالإيجاب أي مجاوزة الحد , أما التقصير فيكون بالسلب أي مجاوزة الحد إلى الأدنى و الأقل وبالنظر يبين الفارق بين معتقد الشرعيين و القانونيين في خصوص التعبير باصطلاح التعدي و الخطأ فالخطأ تكسوة الملامح الشخصية أما التعدي فهو مشبع بالسمه المادية فالشان في التعد ي النظر إلى السلوك من حيث مظهرة الخارجي على فرص ما يجب أن يكون عليه السلوك بقطع النظر عن مدارك وشخص مقترف الفعل , أما الخطأ فهو يعني بالشخص وصفاته وأحوالة وهنا يظهر التباين بين التعدي و الخطأ الذي عرفة الفقيه الفرنسي بلا نبول : أنه إخلال بالتزام سابق و ونجد من عرض المعنين التباعد بين اللغة و الاصطلاح في دروب القانون ولا يخفي على حاذق أن الكلمات هي قوالب المعاني ولذلك كان تعريف التعدي في الفقه الإسلامي حلة لغوية هنداما اصطلاحياً فتواكبا ولهذا فان المعني كلما كان طائعا للاصطلاح تيسر الفهم و البس ثوب التصور الصحيح .

وبالنظر في السابق نجد ان تعبير التعدي لا يقتصر على الخطأ العمد الذي يعول عليه القانونيون لان التعدي يشمل العمد و الخطا و الإهمال و التقصير وعدم الاحتراز ولاشك أن الخطا المكسب لن يخرج عن ذلك بحال , فالإحكام الفقهية قعدت التعدي على ضابط من الدقة و الشمول بحيث يمكن معالجة وجود الخطا المكسب باعتباره تعدي أي كان مداه ومقداره .

الغصن الثاني

بين الخطأ والتعدي و المسؤولية عنهما :

نستخلص مما عرضنا في الفرع الأول أن هناك تباين بين الشرعيين و القانونين في تعريف الخطأ و التعدي وطبيعية كل منهما . والحقيقة المستقرة في الإفهام أن الشريعة الإسلامية جاءت وسطا وهي وسط في كل شيء وفي التضمين بين الخطيئين أي الشخصين و انصار النزعة المادية فهي تشترط الخطأ في التسيبو وتضيق الضرر في المباشرة و التفرقة هنا ذات ارتقاء أصولي لأن المباشرة بمنزلة العلة توجد نتيجها أي المعلول لزوماً ليست في حاجة إلى أمر زائد وهذه نظرة مادية صائبة أما السبب فإنه لا ينهض بحال إلا إذا توسط بينه و بين الحكم عله . أي زيادة و صف صالح العلية , فكان هذا الوصف ، دو ورته ، و الفرق بينهما بعيد وقريب ولكن كلاهما على اتصال بالنتيجة . وسواء تحقق الضرر بالمباشرة و التسبيب فالفاعل ضامن ويقول صاحب مجمع الضمانات البغدادي الحنفي المباشر ضامن وإن لم يتعد و المتسبب لا إلا إذا كان متعديا فاشترط التعدي في سلوك المتسبب أي ثبوت الخطأ إيا كان وصفة و مداه

فمرتكب الخطأ المكسب ضامن دون تعدي إذا كان مباشرة , ولابد أن يكون متعديا في حالة التسيب .

واذا ثبت التعدي على النحو السابق فانه يوجب الضمان وان كنا نفضل استعمال اصطلاح الفعل المكسب حتى يتسع مدي الضمان و تجبر الإضرار . و الفعل هو الذي يعود بالنفع و الفائدة على مرتكبه ومقيم ضرره كثير و يتجاوز مقداره حدود الضرر العادي ومن ثم يجب تضمين فاعلة . والضمان بمعني التعويض فلقد روي الامام الشافعي و الإمام أحمد و غيرهم من أصحاب السنن والفقهاء حديث السيد عائشة رضي الله عنهما أن الرسول صلي الله عليه وسلم " الخراج بالضمان " و يفهم من ذلك أن التعدي يوجب الضمان وباعتبار الفعل المكب الخطا المكسب تعديا فهو يوجب الضمان .

المبحث الثاني

الخطأ المكسب بعض صورة ووسائل جبره في أحكام الشريعة الإسلامية

لقد استقر بناء المقام في البحث عن الفعل المكسب بيان طبيعته في الشريعة الإسلامية وعرفنا على النحو السابق وبينا أنه يستوجب الضمان أي التعويض ولكن ما هي صور هذا الخطأ المكسب وهل هي محصورة أو لا تقع تحت حصر ، وما سائل جبر هذا الخطأ لاشك أن صور الخطأ غير محصورة ولذا سنستعرض بعضا منها وما يخلفة التعدي سواء توافر الخطا أم لا من ضمان ويجب أن نبحث بعد ذلك وسائل حير هذا التعد ي ذلك كله من خلال نظره فقهية شريعة فيها متنفس أن لم يشمل العمق كاملا فقد احاط ببعض جوانبه وحسبنا في ذلك بذل الجهد على قدر المساحة المطلوبة ، وذلك كله في فرعين تائين:

الفرع الأول

صورة الفعل المكسب - الغطا المكسب

إن صور الفعل المكسب لا تقع تحت الحصر , وفيما يتعلق بهذه الصور في منظور الفقة الإسلامي ، فإن الفقه الاســـلامي لم يتناولها تحديداً ولكن تناول الأحكام التي تنظم أي صـــورة إذا توافر في حقها التعدي وحاق القول أن الأضـرار التي تتعرض لها البيئة في هذا العصـر من الأهمية بمكان , وخاصـة في ظل التقدم التقني الذي نبحث في اثارة التي الحقت أضرارا بالافراد و الا نعام و الجماد فالأفعال المكسبة التي تعود بالنفع على فاعلها وتعود بالضرر على الغير وتلحق بالغ الضرر بالبيئة هذه واحدة أصبحت صورة راتبة ، وهناك صـــورة أخري تتمثل في القيام البعض باحتكار اقوات الناس متوخيا الربح الذي يعود بالضرر على الغير متجاوزا حدود الضرر العادي .

أولا : أضرار البيئة

لاشك أن البيئة في زماننا تتعرض لهجمة شرسـة يقودها الانسـان نفسـه الذي يعيش وينعم بكل إلاء الله فيهاء إلا أن طمع الانسـان المستمر في ايجاد الراحة ولوازمها من الرفاهية جعلته يركد نحو التقدم التقني وينتزع عن البيئة في كثير من الأحوال ثوب الأمان و الطمأنينة وهو حين يسـلك هذا السـبيل سـيتأثر البعض القليل بالنفع و الفائدة ويضار الكثير من وراء هذا السلوك .

1 . أضرار البيئة المناخية :

المنـاخ و الغلاف الجوي نعمـه امتن الله بهـا على عبـادة ليحفظ عليهم حيـاتهم حفظـا يمكنهم من اداء مـا عليهم من وجبات ويمكنهم من التمتع بحقهم في الحياة إلا أن الإنســـان ما أن مكنه الله من نعمة العلم و التقدم التقني وإلا وصـنع أشياء ومواد اضـرت إضـرار بالغا بالغلاف الجوي مما نتج عنه ما يسمي بثقب الأوزون وهذا الثقب يسـمح بيه در وير الأشـعة الضـارة الصـادرة من الشـمس والتي تصـيب الافراد و الانعام و الجماد بالضرر وهذه و ليده منتجات شارك في صنعها عدة علوم من هندسة وكيمياء وفيزياء , و هذه المنتجات حيت تتج تتولد عنها غازات لها التأثير الذي ذكرنا على طب ة الأوزون , فهم الذين انتفعوا وتربحوا ارباحا تفوق التصـور وهم في مسلكهم هذا قد أصـابوا الكثير من الخلق بأضـرار لا يعلم مداها إلا الله .

ولا يخفي أن ما يحدث من تغير في طبقة الأوزون من ثقب يستع ولا يضيق وهو وان توقف عن الاتساع فقد حدث فهو أمر منهي عنه شرعا يقول الله تعالي في سورة النساء " ولا أضلنهم ولا أمنيهم ولآمرنهم

فليبتكن اذان الانعام وألمرنهم فليغيرن خلق الله ومن يتخذ الشيطان وليا من دون الله فقد خسر خسران مبينا " الآية 119 .

و الكون كله خلق الله وإدخال التغير في نظامه و تحويلة من الحماية إلى الاضرار من باب تغير خلق الله , فالله لم يحرم عليك أن تتعلم وتجتهد ولكن الزمك اتخاذ الحرص و العناية والحفاظ على الاخرين حين مباشرة هذا العلم وهذا الاجتهاد و فان نكلت و اثرت الاقتناء المادي ولم تعول علي المفسدة التي ستحدث من جراء سلوك و تتخذ لها من الحيطة و الحذر ما يمنع حدوثها أوجد فيها بحيث يكون الضرر منها ضرراً مالوفا كالأضرار السايرة التي تلازم الانسان في صحوة ونومة , فلابد أن تكون ضامنا مؤديا التعويض لمن أضير جراء سلوكك .

ولا يخفي أن المصانع و الشركات العملاقة التي تقوم بهذه الصناعات التخرج بالمنتج التي تروج له و نصت هذه الحوافظ التي خلقها الله أنما تريد الربح وجني المال ولاتعبأ بالأضرار التي تحيق الإنسان و البيئة من تغيرات مناخية نتيجة هذا الثقب من ارتفاع الدرجات الحرارة وذوبان الجليد القطبي الشمالي و الجنوبي وازدياد منسوب المياه في البحار مما يجعلها تطفي على اليابسة وهذا الطفيان يؤثر في البشر على سبيل المثال بالنزوح من موطنهم إلى أماكن أخرى وكذا يؤدي إلي هلاك الزرع و الضرع كل هذا في سبيل تحصيل الارباح و الاكتناز ولذلك فثبوت الضمان في حقهم أمر تفرضه قواعد الحق والعدالة و ليس ضمانا من بابا رد الشيء إلى أصله أو ضمانه بعينة أو قيمته بل لابد أن يتجاوز الضمان من الرأب إلى الزجر .

2 . التلوث و اضرار البيئة :

جاء في مجمع الضمانات للبغدادي من المتفرقات قائلا " ومن القي الكناسة في دار غيره يؤمر برفعها هذه في أحياء الموات الهداية " الناس و الكناسة من فضلات و هي تصيب الغير بالضرر ورفعها للضرر و الذي يحدث الضرر صامن بفعلة فما بالنا اليوم و نحن تلقي مخلفات المصانع الكبري و هي في المياة الاقليمية للدول أو في اعلي البحار وتحملها الأمواج الي المياه الاقليمية للدول و شواطئها فتلحق هذه المخلفات أضراراً كثيرة على سبيل المثال بالعامة من الصيادين في أرزاقهم ، لأن هذا المخلفات تلحق ابلغ الضرر بأماكن الصيد جراء تلوثها و قسم الثروة السمكية و نفوق الأسماك هذا إلى جانب الإضرار التي تصيب من يريد أن يتربض سباحة.

هذه الأفعال التي تصدر عن هذه الشركات والمصانع و التي يعمم من وراءها الضرر فاعلها ضامن و يحب أن يؤدي التعويض الذي يجبر الضرر لا وفق التعويض الجابر وهذه التعويض الزاجر أضافة إلى الجابر وهذه التعويض الزاجر انما يتخطى حدود التعويض الجابر بحدوده ومقداره ولا يعني استخدام

تعبير الزاجر اننا نتحدث عن عقوبة جنائية فقد يكون الزجر المصـــاحب للتعويض مانعا للفعل ومقوما له أكثر من غيره .

2 : الاحتكار :

يذهب بعضـا من التجار خاصـة في أوقات الأزمات إلى استخدام اقوات العباد للإتجار بها على نحو من الطمع و الجشــع فيحتكرون الســابع ابتغاء الحصــول على أكبر عائد مادي ممكن دون النظر إلى حاجة الناس ومما يبدو في الأمر أن السلع التي تكون محلا للأحتكار هي السلع الضـرورية و الأسـاسـية التي تقوم بها حياة الناس وهذا يعرض البعض للهلاك اضافة إلى الضرر التي يصيب سواد عظيم من الناس ، مما يجعل من الضمان ملازما لفعل الاحتكار فالحابس لأقوات الناس محتكر ضامن .

الفرع الثاني

وسائل جبر الفعل المكسب - الخطأ الكسب في أحكام الفقة الاسلامي

الفعل المكسب فعلا يتربح منه فاعلة من وراء أضـرار تلحق بأعداد من الغير سواء وقعت تحت حصر او لم تحصـر غير أنها تجاوز قدر الضـرر المضـمون بقواعده، و الفعل المكسـب الخطأ المكسـب يوجب الضـمان فالضـمان هو القاعدة فما هو الضـمان وقواعده , وكذا ما هي الوسـائل التي من خلالها يمكن أن تصل إلى تطبيقة ليصل إلى كل مضرور من وراء الفعل المكسب .

أولا القاعدة في الضمان

1 . الضمان في اللغة :

أن مفهوم الضـــمان يدور حول معني الالتزام ولذا نجد أن التعريفات اللغوية تحدد هذا المفهوم في قوالب بديعة يقول صـاحب لسـان العرب " يقال ضـمن الشـيء فأنا ضـامن أي التزمته و ضـمنته التي والضـمين الكفيل ضمن الشيء وبه ضمنا و ضمانا كفل به وضمن اياه كفلة و ضمنته الشيء تضمينا تتضمن على مثل عرفته و جاء في المعجم الوسيط " الضمان الكفالة والالتزام . و الضـمان الكفيل أو الملتزم أو القادم , و قريب من هذا المعنى مطروح القاموس المحيط و الضـــمان بمعني التعويض المراد من البحث لا معني الكفالة .

وجاء في الحديث الذي رواه الإمام أحمد وبعض أصـــم نســـبة المهني " الخراج بالضـــمان " و المراد بالضـــمان في الحديث و الله أعلم هو التعويض أي الالتزام بالتعويض ويقول الشـــيخ على الخفيف أن الضـمان بمعناه الاعم ولسـان الفقهاء وهو شـغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل . . ولقد عرفة

الأستاذ مصطفي الزرما بقولة " الضمان التزام بتعويض مالي من غير ضرر الغير " ومن فقها و القانون من عرفة فلقد عرفة الدكتور عبد المنعم الصـــدة " أنه النظام الحين بتعويض الضـــرر الذي ترتب على أخلاله بالنظام يقع عليه و نجد أن الضـــمان هو أقرب المعاني إلى مســمي المســئولية في الدين في الفقه الوضـــعي وأن كان لنا أن نعرف الضـــمان فتقول " هو التزام يتحملة المدين بتعويض كل من أصـــيب بضرر من جراء فعله

2) مشروعية الضمان

و الضمان مشروع بالكتاب و السنة ونذكر مشروعيته من فقه الصحابة

أ.مشروعية الضمان من الكتاب

قال تعالي ' ولا تفسدوا في الأرض بعد إصلحها ' سورة الأعراف الآية رقم 5 وقال تعالي ' وإذا تولي سعي في الأرض ليفسد فيها ويهلك الحرث و النسل و الله لا يحب الفساد " سورة البقرة ايه رقم 205 والناظر في البيان القرآني المعجز أن الله حرم كل ما يضر بالحرث و النسل رو في عبارة أخري كل ما يضـر حياة الانسـان في جميع جوانبها محرم و موجب لسـخط الله في الدنيا وعذابة في الاخرة ومن هنا ضمن المعتدي ومن الأمثلة الفذة على الضمان قصه سليمان ودواد عليها السلام حين حكماء في الحرث , فلقد كان فضاؤها لجبر الضرر .

ب . مشروعية الضمان من السنة

روي الإمام أحمد وابن ماجة و الدراقطني عن أبي سـعيد الخدري و ابن عباس و عبادة بن الصـامت رضـي الله عنهم أن رسول الله صـلي الله عليه وسلم قال " لا ضـرر ولا ضـرار و الضـرر ضـد النفع و الضـرار أن يضـار كل منهما صـاحية , فالضـرار منها معا . وهذا الحديث من جوامع الكلم وهو أسـاس لمنع الفعل الضـــار وينعطف ، بينما في حق الفعل المكســب , لان المعول عليه في نص الحديث حدوث الضرر , فالحديث كما يمنع الفعل الضار فهو يمنع الفعل المكسب الذي يجر من وراءة ضرراً ويقول أبن رجب الحنبلي المراد بالحديث النهي عن الحاق الضرر بغير حق , هذا مختصراً يقدر .

ج . مشروعية الضمان من فقه الصحابة

قصـة المرأة الي ارسـل اليها عمر رضـي الله عنه ونقل الامام الشـيرازي في مجموعة المهذب أن أمرة ذكرت عند سيدنا عمر رضي الله عنه بسوء فارسل اليها ففزعت وضربها الطلق و هي في طريقها اليه فألقت ولداً فسح صيحتين ثم مات فأستشار عمر الصحابة فقال : بعضهم ليس عليك شي إنما أنت مؤدب

ووال لكن الامام علي كرم الله وجهة , قال إن وديتة لأنك أنت افزعتها فألقت فأمر عمر عليا أن يقسم عقلة على قريش أي أن يقسم دية الجنين على عائلة عمر و هي قريس من افزع أخر ما حدث .

روي ابن حزم أن حقا كان يقص لعمر بن الخطاب بعض شعرة فأفزعه عمر نضرط الرجل نت الفزع فقال عمر أما أنا لم نرد هذا أي افزاع الرجل ولكننا سنفعلها فأعطاه اربعين درهما وتحرير السابق نجد أن مشروعية الضمان ما نبيت وإن ما يدور بين الفقهاء في شأنه أنما لكيفية أنزعه على الواقعات ومدي استحقاته ولما كانت مقاصد الشريعة أنما شرعت للحفاظ على الضرورات الخمس الدين و النفس و النصل و العقل و المال .

فأن الحفاظ على الدين يقتضي الا يفعل الإنسان ما يطرأ به تغير في خلق الله سبحانة كتسيبة الاضطراب المناخي و التلوث البيئي فان فعل ضمن سواء مر كان فعله ضارة أو مكسبا لأن الشريعة إنما تولى الضرر أهمية تتعدي الخطأ , ولاشك أن ذلك التغير السريع المذهل في مجال التقنية وما تسببه من اضرار جراء أفعال قد لا يصدق فهيا و نفس الخطأ بمعناه الضار . أنما قد يتولد عن الخطأ نفعا لفاعلة ويحقق ضررا واسع النطاق والمدى للغير فان استطعنا أن نجد الصلة بين الفعل و الضرر على نحو يزجر الفعل و يجبر إنارة الضارة دون أن نعول على وصف الخطئية بية محقق للهدف في حفظ التوازن بين ممارسة الافعال و جبر الأضرار الناتجة عنها ونحن بهذا السبيل نحفظ الدين و النفس و المال والعقل.

ثانيا : وسائل جبر اضرار الفعل المكسب الخطأ المكسب .

في الفقه الإسلامي الخطأ المكتب في الفقه الإسلامي في ضوء الحفاظ على الضرورات الخمس فان الشريعة الاسلامية كما سبق السرد اممت وجهها تجاه مقاصدها وهم الدين والنفس و النميل و العقل والمال واقامت احكاما ومنهجا لهذه المقاصد فكان الأمر والمعروف التام و نظام الحسبة بمكان وكلاهما من الوسائل الناجمة للوصول إلي جبر الفعل المكسب وسوف نوالي بحث لأمرين .

نظام الحسية والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر :

يقلو سيخ الاسلام ابن تيمية رحمة الله تعالي " الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر الذي أنزل الله به كتبه وأرسل به رسله من الدين " .

ويقول الإمام الغزالي رحمة الله تعالي " فإن الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر هو القطب الأعظم في الدين وهو المهم الذي ابتعت الله له النبين أجمعين ولو طوي بساطة وأهمل لتعطلت النبوة و واضمحلت

الديانة و عمت الفترة و فشت الضلالة و الجهالة و وأستشرى الفساد و اتسع الخرق و خربت البلاء و هلك العباد .

و الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر مشروع بالكتاب و السنة أما الكتاب فقوله تعالى (ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون) سـورة آل عمران أيه 104

وأما السنة ففي الحديث المتفق علية عن أبي سعيد الخدري قال رسول الله صلي الله عليه وسلم " إياكم و الجلوس على الطرقات : فالو ما لنا بدء إنما هي ، وسيد السقا نتحدث فيها قال (فاذا ابيتم إلا ذلك فأعطوا الطريق حقها) قالوا وما حق الطريق ؟ قال (غض البصر وكف الأذى ورد السلام و الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر) ويقول الامام الغزالي وأعلم أن الأركان في الحسبة التي هي عبارة شاملة للأمر بالمعروف و النهي عن المنكر أربعة المحتسب و المحتسب عليه ، والمحتسبة و نفس الاحتساب و يشرط في المحتسب عليه أن الفعل محل الاحتمال أن يكون منكراً ولاشك أن الفعل المكسب فعلا منكراً سواء منال الاحتكار او الاضرار بالبيئة والفعل المنكر أوسع نطاقا حتي من الفعل الضار وهو يصدق في حق الفعل المكسب و للمحتسب من خلال الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن ما يتخذ من التدابير و الاجراءات ما يحافظ بها . على حقوق المضرورين . يرفع الأمر إلى القاضي الذي يضمن مقترف الفعل المكسب وبحسب المحتسب صفته ليكتسب الصفة و المصلحة لتمثيل المضرورين أمام القاضي وعلى كل مضرور إذا قضى بتضمين المرتكب الفعل المكسب وإلزامه بتفويض المضرورين أن يتقدم ألي المحتسب بطلب شفعوا بالبيئة عما أصابه من ضرر حتي يعوض ، من اراد بعد أن ينضم الى المحتسب أمام القاضي لابأس ، وهذا حل مقترح لأثاباه الأحكام العامة ومبادي الشريعة الاسلامية الغراء . و المحتسب في معية للحفاظ على الدين و النفس والعقل و المال يحقق مقاصد الشريعة ويأمر بالمعروف و نهي عن المنكر .

وأرجو من الله التوفيق فيما تم بحثة في رحاب الشريعة الاسلامية على الرغم من ضيق المساحة للكتابة و أسالة الله التيسير فيما نقدم عليه فيما هو قادم ومما يجدر ذكرة أن المملكة العربية السعودية قد انشئت هيئة مستقلة للأمر بالمعروف و النهي عن المنكر بالمرسوم الملكي رقم 27 الصادر 400 / 10 / 26 ه لهما شخصيا الحكيمة .

الفصل الثاني

الخطأ المكسب في القانون المصري والفرنسي وبعض النظم القانونية الاخري وجود وأثرا وجزاءا

لقد خلا كلا من التقنين المدنين المصري و الفرنسي من ثمة اشارة إلي مصطلح الخطأ المكسب او كما نري الفعل المريح , ونري أن نبدأ ببيان طبيعية هذا الخطأ سيما أن هذا الخطا إنما احتضنة حثيات بعض الأحكام القضائية الفرنسية دون بيان كاف لمدلولة .

ولذا نبحث فكرة الخطا المكسب النشأة و الوجود في القانونين المصري و الفرنسي وبعض الأنظمة الأخري ثم يكون المبحث الثاني لدراسة الأثر المترتب على وجوده في القانونين المصري و الفرنسي وبعض الأنظمة الأخري

المبحث الأول

فكرة الخطأ المكسب النشأة والوجود في القانونين المعتمرين و الفرنسي وبعض الأنظمة الأخري

يقتضي الحديث عن الخطا المكسب , أن نبحث طبيعته وأن نقفة على تعريفة وإلى أي نوع من انواع الأخطاء التي ينتمي إلى الخطأ الجسيم او الخطأ غير العمد أو الخطأ المفتقر أم يرفا إلي الخطأ العمدي ولذلك سنظر في تعريفة و نشاته في فرع ثم نفرج على وجودة في فرع ثاني

الفرع الأول

1 . تعريف و نشأة الخطة المكسب في القانون المصري او الفرنسي

اتسمت التعريفات التي تناولت الخطأ المكسب بالوصف فلم تسير غور الخطأ في الذات و الجوهر فلقد عرفة (bstarck m po ; and) أنه الخطأ الذي يسمح لفاعلة أن يحتفظ يحزء كبير من الربح على نحو مستحق على الرغم من الحكم عليه بالتعويض الجابر للضرر بينما ذهب فريق أخر إلى الاعتداد بالحالة النفسية و الذهنية لمرتكبة حيث عرفه أنه الخطأ الذي يكشف أن باعث فاعلة ودافعه الوحيد هو السعي لاشباع شهوة الربح و الكسب.

وقد اثبتت التعريفات الفقهية المصرية قريبة المعني من الفقة الفرنسي إذا عرفة الدكتور حسن الابراشي أنه " الخطأ الذي ياتي بالربح على المدين الذي اقترنة ' بينما ذهب الدكتور محمد إبراهيم دسوقي إلى تعريفة وبإضافة زيادة تتمثل في قوله أن المدين يرجي من خلالة إلي اقتصاد في النفقات على حساب مصلحة الدائنين ولقد كلف كل من الأستاذ catala في مشروعة والاستاذ DELEIPPE في مشروع

قانوني فلقد تضمن المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات وقانون التقادم في فرنسا نصاً في شأن الخطا المكسب و جري النصر على هذا النحو إلى تمكين الحكم على فاعل الخطا ظاهرة العمد ولاسيما الخطا الم سب بتعويض عقابي .

فضلا عن التعويض الإصلاحي ويمكن للقاضي أن يفيد بجزء منه الخزينة العامة ويجب تسبيب الحكم بمنح هذا التموين تسجيلاً خاصا , وأن يتميز مبلغة عن التعويضات الأخري التي تمنح للمضرور و التعويض العقابي لا يقبل التأمين " الماء 1371 من المشروع ولقد عرفته الأستاذة Giner الخطأ الذي يمكن تحييد نتائجة المفيدة الفاعلة لمجرد تعويض الضرر الواقع

وفي هذا التعريف نري ميلا , إلي ابراز ثوب الربحية في نظر غير مشروع والاهتمام بهذا الجانب دون الاعتناء بالنتيجة التي تترتب على الخطأ المكسب رهي أصابه الغير بالضرر بالإضافة إلى الأعداد التخطيط المستبصر السابق لفع ة والذي يجني من وراءة و يجني على غيرة ، وذلك في الموازنة التي يجريها على ما سيحصل عليه من ربح و ما يثقل به من تعويض فيقرر المضي في فعلة مؤثرا الريح غير عابئ بالتعويض . ولا يختلف التعريف الذي اورده Detille في مشروع القانون الذي تم اعادة على اساس المشروع التمهيدي لتعديل القانون الالتزامات و العقود و قانون التقادم و عرض على مجلس الشيوخ الفرنسي في تاريخ 9 يوليو 2010 بشان تعديل أحكام المسئولية المدينة حيث اقترح وأضفوا هذا المشروع اضافة فقرة إلى المادة 1386 - 25 من التقني المدني الفرنسي يقتضي أنه في الحالات التي ينص عليها القانون صراحة عندما ينتج الضرر عن خطا تقصيري أو عدم تنفيذ العقد أرتكب على نحو إرادي وادي إلي أثراء فاعلة على نحو لا يترب على التعويض نحو هذا الاثراء يمكن للقاضي أن يحكم بقرار مسبب على محدث الضرر فضلا عن التعويض طبقا للمادة 1386 - 22 بتعويض أضافي لا يزيد مبلغة عن ضعف مبلغ التعويض الإصلاحي وقد أضيفت هذه الزيادة في 2015 / 9 / 5 هذا في الجانب الفرنسي و حاق القول أن الفقة المصري لم يخرج عن التعريفات الفرنسية كثيراً فلقد عرفة دكتور محمود جمال الدين انه " الخ طأ الذي يأتي بالريح على المدين الذي اقترفة " وعرفة الدكتور محمد إبراهيم الدسوقي أنه " . الخطا المريح قد يرمي المدين من خلاله الي اقتصاد التفقات على حساب مصلحة الدائن .

ويلاحظ في شأن هذه التعريفات أنها جاءت عأيه و على مشددة , بحيث استوعبت جميع الأخطاء دون فصل و تمييز الخطا المكسب بذات السعة والنميمة ولذلك ذهب بعض الفقها وإلي عكس هذه التعريفات بان قصرة على العمد .

أ . التعريف المقترح

: فالخطأ المكسب هو الفعل العمد المتبصر المنكر و الذي يعمد اليه بحساب و وموازنة لقيمتي الربح و التعويض من فاعلة مع قبوله التعويض لأتراكة أن الربح سيفوقة بكثير .

ولقد أثرت في هذا التعريف ابراز طبيعية السلوك الدافع إلى ارتكاب الخطأ المكسب مع إبراز مكونات الأداء المادي ما بين التعويض والربح ، ولقد نشان الخطا المكسب في جينيات احكام القضاء الفرنسي ولم يكن للقضاء المصري من اشارات في صدور الاعن بعد ولم يات ذكرا الخطأ المكسب في نصوص القانون المدني

طبيعة الخطة المكسب :

لاشك أن الخطأ المكسب وفقا للتعريف السابق والذي تسميته بالفعل المكسب إنما تركنا وصف الخطيئة حتي نعيين المضرور و نيسر عليه أمر الاثبات ، و فالفعل بمجرد صدوره ينقل عبء الاثبات من المضرور إلى الفاعل ، ودن حاجة إلي أثبات وصف الخطا من المضرور هذة واحدة , أما الثانية فاطلاق لفظ فعل أنما يجمع جميع الأفعال التي تقف وراءة العمد أو عدم التبصر او التثق أو عدم الاحتراز ما دامت افعال بصيره قامت مع حسابات و قبوله للنتيجه ولن تضار العدالة ويجبر فعل نال صاحية منه ما خطط له على حساب الغير بقطع النظر عن وصف هذا الفعل , فقد يكون الفعل بخس ولكن يجني من وراءة ارباح قد لا تقع تحت عد ويصاب به سواد عظيم من الغير .

ولذلك لا نري حصر الفعل في العمد أو على حد تعتدي النيل في الخطأ العمدي فهذا الأخير يتوافر فيه وصفين الخطأ و العمد و هما من الثقل في الله انها مما قد يؤدي إلي افلات الفاعل بفعله .

الفرع الثاني

الخطة الكسب في بعض الأنظمة الأخري

أن النظام القانوني الأنجلو الامريكي يقوم على مبدأ السوابق القضائية ، وهي التي اتسم بها القانون الانجليزي القديم الذي يمثل النظام الأنجلو الامريكي صورته النظام وهذا القانون لا يتضمن ميداً عاما ينظم المسؤولية المدنية

كذلك يتميز نظام القانون الأنجلو أمريكي بخصوصية نظام التقاضي ، حيث يشكل فيه نظام المحلفين جزءاً سياسيا ومن تم فلا نجد صدي لتعريف او وجود الخطا المكسب , وأنما الأهمية هي للضررفلا ينظر للخطأ الا من خلال مرتكبه ومدي ملاءمئة خصوصا النظام الأمريكي .

اما مقاطعة كيبك وهي ذات أصل لا يتنى أي تنتمي الي فقه القانون المدني , فقد اعترف المشرع في هذه المقاطعة و بالخطأ المكسب دون أن يتعرض لتعريفة أو عرض طبيعية فلقد صدرت عدة تشريعات حيت تناول فيها المشرع في مقاطعة كيبك ولأول مرة بالتشريع الصادر في سنة 1898 بشان الشركة الملكية للكهرباء , ثم في نطاق قانون حماية الأشجار و الصادر سنة 1929 ثم في سنة 1972 مع صدور ميثاق حقوق و حريات الأشخاص و الذي نص صراحة على أن كل اعتداء غير مشروع وعمدي على الحقوق و الحريات التي يضمنها هذا الميثاق يجيز للشخص طلب التعويض الرادع ثم تبع ذلك بإقرار الفكرة في قانون حماية المستهلك , حيث نص على امكانية الحكم بتعويض عقابي على التاجر أو الصانع الذي يخل بالالتزامات التي يفرضها عليه القانون ومن استقراء ما سبق نجد أي ته رو به دره به المقاطعة الناطقة بالفرنسية في كندا , تولي حالات التعويض عن الخطأ , المكسب دون ، اديمياء التعرض إلى طبيعة الخطا او تعريفه , ولقد كرست مفهومة في نصوص خاصة نجد الضرر الناتج عنه يفوق بقاء دون أن نجد اله مبدأ عام أو قاعدة عامة .

المبحث الثاني

وجود الخطأ المكسب و الجزاء المترتب عليه

الخطأ المكسب إذا وجد لابد أن تكون له صورة لابد من القاء الضوء عليها ، وهذا يقتضي بعد النظر فيها . أن نبحث في الجزاء الذي يترتب على توافرها ومدي نجاحة في كفالة تعويض يفوت على الفاعل ما كان يصبوا اليه من فائدة مما جعله يقبل بالتعويض ، ولذلك سنعرض في فرع الصور من الخطأ المكسب , أوما نفضل اعتناقة من مسمى الفعل المربح , ثم فرع ثاني لفرض للجزاء الذي يوقع حال وقوع الفعل المكسب في بعض النظم القانونية ورانا في الموضوع .

الفرع الأول

صور من الخطأ المكسب

باتت الأخطاء المريحة والافعال المريحة منتشرة في القانون الخاص و أصبحت دربا من علم قدرة القانون على أداء الوظيفه المنوطة به من تنظيم وضبط سلوك الأفراد في المجتمع , ولابد يكون هناك جزءآ يوقع على هذا النوع من الأخطاء وحاق القول أن هذه الأخطاء متناثرة ومتنوعة في مجالات قانونية عدة ولذلك سنقف على بعض الأنواع و الصور وفقا لما تقضيه مساحة البحث وذلك من خلال استعراض أمثلة في مجال الخطأ التقصيري وأخري في مجال الخطأ العقدي .

اولا : الخطأ المكسب في المجال التقصيري

وسنعرض لصور في هذا النطاق الأولي في قانون المنافسة غير المشروعة والثاني قانون البينية

أ-نظر في قانون المنافسة غير المشروعة :

تقوم دعوي المسؤولية المدنية عن أعمال المنافسة غير المشروعة في كل من مصر و فرنسا على نفس مبادئ دعوي المسؤولية المدنية المؤسسة على المواد 1382 , 1381 من التقنين المدني الفرنسي و المادة 163 مدني مصري , وهذا الدعوي تنهض على ثلاث اركان خطاء وضرر وعلاقة سببية فالضرر في نطاق المنافسة غير المشروعة يصعب تقيمه بمبلغ من النقود غير جابر , فهو يتشكل من خلال خسارة عنصر العملاء كما أن القضاء يقبل الدعوى بسبب المساس بصورة العلاقة و تحفيزها في نظر العملاء وكذلك ايضا الاضطراب الاقتصادي داخل منشاة المضرور فهنا يعتبر الضرر مفترضا ومن ثم تقوم رابطة السببية ولقد شهدت أروقة المحاكم في فرنسا قضية فجرت أمر الخطأ المكسب , اذ تناعت شركة ecosystem كوكيل عن اشخاص عاديين للسيارات الجديدة ولحسابهم من ماركة paugeat من وكيل (صاحب امتياز) مقيم في بلجيكا وهولندا ونظرا لاستياء و عدم رضي شركة بيجو عن هذه المنافسة الجديدة لقد اصدرت تعليمات لوكلائها البلجيكيين و الهولنديين بعدم تزويد شركة ecosystem بعد ذلك بالسيارات ولقد قامت الشركة بتقديم طلب الى اللجنة الإدارية الأوربية استناداً إلى انتهاك شركة بيجو للقانون الأوربي للمنافسة , وقد حكمت اللجنة لصالح Ecosystem وأمرت Peugeat على نحو موقت في الموضوع بعدم وضع عقبات و عراقيل أمام ممارسة Ecosystem لنشاطها في استيراد السيارات وفي 22 ابريل سنة 1993 قامت ecosystem برفع دعوي تعويض ضد شركة بيجو أمام محكمة تجارية في باريس ولقد قضت هذه المكمة أن سلوك شركة بيجو يمثل خطا في معني المادة 1382 مدني فرنسي او قضت بالتعويض ولكن تعويض لايتناسب مع الاضرار التي لحق ت بالشركة ولقد راي الفقه في وقف نشاط الشركة خطا مريحا لشركة بيجو لأن التعويض كان من جهة قليلا ومن جهة أخري تم إزالة منافس من السوق في النهاية ما تفيد منه شركة بيجو وفي مصلحتها وكان لزاما أن نبحث في كيفية جبر الأضرار التي يعرض عنها للقواعد العامة في التعويض وهو التعويض لما فاد ١٨ داد درجة وأتق من خسارة .

ب - نظرة في قانون البينة

الحفاظ على البيئة يتطلب التعاون بين الشعوب و الدول لأن البيئة هي التي تضم فيها الأفراد و الحيوان والنبات و الجماد و لكل قانونة الذي يحيا به وفيه ، والاخلال بأي قانون بيئي طبيعي أوجده الله عز وجل له نظاما لا يختل و لا يجور ومن البديهي أن الحيوان والنبات و الجماد لا يصدر منهم أفعالا تضر بالبيئة

بل هم محل الافعال مع البيئة وللأسف فان هذه الأفعال أنما هي نبت أفكار الإنسان سعيا كما يزعم لتحقيق أكبر قدر من اشباع حاجاته في ظل حياة يوفر لها مقوماتها يري فيها اساسيات حياة وسواء وعي أم لم يع فإنه يساهم في هدم هذه البيئة بزعم التوسع في ب ناء ثقافة إنسانية واعدة و فيجور بفعلة على ثقافة الكون في نظامه و قوانينه التي ما أختلت ولا اصابها العوار و الا من فعل الإنسان وأن كان لنا أن نتعرض للاضرار البيئة فلابد أن تفرق بين ثقافة الكون و ثقافة الإنسان .

ثقافة الكون وثقافة الإنسان

إن الله خلق هذا الكون بنظام غاية في الأحكام و الدقة وهذا واضح للقاصي والداني و لتنظر إلى خلق السموات و الأرض وقد قال تعالى في سورة آل عمران " إن في خلق السموات والأرض واختلاف الليل و النهار لآيات لأولي الألباب " .

فهذه السماء وهذه الأرض هل قد تغيرتا أو تبدلتا منذ خلقهما وهل حدث اختلاف بين الليل و النهار في قانون التتابع فهي ايات محكمات بنظم وقوانين تدل على غاية الدقة و الانضباط ومازال الإنسان يتقلب فيها باحثا في اسرارها يزيل ما أعجم من فهم , فإن صادف معلومة أزالت جهلا فقد عرف ثم يتعلم فتكون له ثقافة مأخوذة من ذلك العلم الفياض الذي أودعه الله هذا الكون مع قلة حظنا منه ، وهذا القليل الذي أتيح لنا كافيا لأن نبلغ سلفا طبيعا من الثقافة شرط أن يرد إلي خالقة , فالكون مليء بالعلوم والمعارف التي لم ينل منها الإنسان شيئا وأن نال فتح له المنال أمال في معارف أكثر تجلي ما أحاط به من جهل ، ولذلك فطلب العلم مطلوبٌ في ذاته للوقوف على قدرة الله و في أسبابه لاختيار الأصلح لحياة الناس فإذا كان الأمر كذلك وجب على الإنسان أن يحافظ على البيئة التي يحيا فيها من ارض وسماء ولايأتي من الأفعال ما يطرا به التغيير على نظام البيئة ومكوناتها , فلا يجعل من ثقافته معولا للنحر في ثقافة الكون .

فعلى سبيل المثال فإن ما ينتج من غازات و ابخرة من بعض المنتجات للشركات العملاقة وغيرها وقد أدى إلي حدث ثقب في طبقة الأوزون . أثر في حياة الإنسان و ثقافته لأن الاشعة الضارة التي تحجبها طبقة الأوزون تخلف أضرار و امراضا للبشر و الحيوان و إضرار بالنبات . فقد تجبر امراضا تستعصي على ثقافة الإنسان فيحتاج في سبيل كشفها و ايجاد العلاج إنفاق أموال طائلة و سنين لا يجد لها عوض ، وكذلك التغيير المناخي يؤدي إلي تلف المزروعات وينفق بسببه الحيوان وهذا جور على ثقافة النبات و الحيوان لأن لهما نظاما دقيقا ، كل منهما يمضي فيه بغير خلل في حياته ومماته , وإذا كان القارئ قد يستغرب عبارة ثقافة الكون و ثقافة الحيوان و ثقافة النبات وثقافة الجماد فان يرد على ذلك بنفسية حيث يبحث في أحوالهم و نظامهم وهو لن يصل الي حد الكمال في ذلك وهو في ذلك يصبغ على نفسه صبغة

العلم و الثقافة افلا يكون من أخذ منه على ثقافة تخصة وهو مقبولا عليها في مجموعها , وانت أيها الإنسان أخذ منها أجزاءها و الشاهد على ذلك قوله تعالى " وما من دابة في الأرض ولا طائر يطير بجناحيه إلا أمم أمثالكم " فالمثلية في الأمة بوصفها كذلك ولكن لها القوانين الخاصة بها و النظم التي لا تخرج عنهما وآية ذلك النحل و النمل في نظامهم و النواميس التي تحكمهم في حياتهم و الانسان في سبيل الحصول على المعرفة و العلي يحتاج إلى دراسة هذه الحياة , فما وقف عليه علما ومعرفة اضيف إلى ثقافته وما غم عنه فهو قيد البحث و إقدام الإنسان على سلوكيات و أفعال يبتغي منها الربح وسبيله في ذلك الاعتداء على البيئة و الاضرار بها يقوض نفسه ويضر بثقافتة لمحاولة اضراره بالثقافة الكونية التي أوجدها الله وسخرها لحماية حياتك أيها الانسان فعلى سبيل المثال التلوث الذي يلحق بالبحار يحرم الانسان من رزق و عمل يذهب بضائله الجوع و البطالة التي قد تلحق بقطاع كبير من ارباب مهنة الصيد .

وفي وحاق القول أن هناك شركات لا تتخذ الاحتياطات الضرورية اللازمة لمنع وقوع كوراث بيئة كالشركات التي تقوم بصرف مخلفات مصانعها في الأنهار وكذا شركات البترول التي قد تلوث البيئة لتنظيف سفنها في البحار ، تاركة الموانى المعدة لذلك لتقليل التكلفة المالية , فينتج عن ذلك اضرار الأشخاص لا تربطهم بالشركة رابطة عقدية , كالصيادين ومن يحيون على الشواطي هؤلاء المضرورن قليلا ما يسلكون سبيل المطالبين القضائية ام لعدم علمهم أو لارتفاع الكلفة القضائية مما يعجزهم في حين أن الشركة قد جنيت من وراء ذلك الفعل ارباحا طائلة على نحو غير مشروع بانشتطها الضارة بالبيئة ومن ذلك نرى أن الإنسان محدود الثقافة لأن ثقافته قائمة على ثقافات نظرية واسعة ودقيقة ومنضبطة ويأتي الإنسان في سعية لاتساع ثفافته المحدود فيحمل على الثقافات الأخر فيضيق على نفسه .
أفلا يتحمل هذا الانسان بسلوكه فعله الذي تربّح من وراءه أن يعوض كل من أضير من فعله بأسس تختلف عن اسس التعويض العادي على أن نأخذ في الاعتبار ما لحق بالثقافات الأخري من ضرر نجمعها في عبارة ثقافة الكون تأثر تأثيراً مباشرا في حياة الإنسان فثقافة الانسان لا . اتقوم إلا بغيرها من الثقافات , فهم هذه الثقافات هيما لثقافته .

ثانيا : الخطأ المكسب في المجال العقدي

لا يقف الخطا المكسب عند حد الخطأ التقصيري بل يدخل أيضاً في نطاق الخطا العقدي .

1 - فسخ العقد بالإدارة المنفردة :

من المعلوم أن الفسخ يترتب حال أخل أحد المتعاقدين بالتزامة العقدي ومن ثم جاز للمتعاقد الأخر أن يطلب الفسخ من القضاء وهذا ما قررته المادة 1184 مدني فرنسي و 157 مدني مصري وما يعادلها في القانون الليبي غير أنه في السنوات الأخيرة ظهر توجه قضائي تقودة محكمة النقض الفرنسية مؤيدة في ذلك بجانب كبير من الفقه الفرنسي و ساير ذلك بعض الفقة النصري يري لأي طرف أن يفسخ العقد

بإرادته المنفردة وهذا ينتج عنه ان يلجا المضرور إلى القضاء وإذا رأي القاضي صدق دعوي المضرور قضـــى لـه بـالتعويض الاصـــلاحي وهذا الجزاء لا يفي بجبر الضـــرر لا بـالفـاعلية التي تزجر . و نضـرب مثالا لذلك قد يتعاقد متجر مع أحدي شـركات الأثاث على تصـنيع عدد معين من الكراسـي في موعد معين محدد ولكن هذه الشـركة تجد في متعاقد أخر ما يحقق رغبتها في الحصـول على ربح وميزه بالحصـول على مبلغ يفوق الأول بكثير ففي هذه الحالة إذا فسـخ العقد من جانبها و قضـي عليها القاضـي بالتعويض فان هذا التعويض سـيكون ضـئيلا إلى جانب ما جنته من ربح و قد وضـع الفاسـخ كل هذه الاعتبارات وهو في سـبيله لفسـخ العقد وهذا ما يعرف بالأخلال الفاعل وهو كما يشـجع على ارتكاب الـــخـــطـــا الـــربـــح

2 . الـــرجـــوع عـــن الـــوعـــد بـــالـــتـــعـــاقـــد

ان الوعد بالتعاقد الملزم من جانب واحد من المجالات التي ينتشـــر فيها الخطا و المربح ولقد نص على الوعد بالتعاقد في المادة 101 مدني مصـــري ومايناظرها في القانون الليبي . و المقارئ للنص يجد في ملامح الوعد بالتعاقد أنه وسيلة للوصول للعقد النهائي فهو عقد ولكن ليس العقد المنشود , ودون الخوض في تفاصـــيل الوعد , فاننا نرفأ إلى ترما علي حالة رجوع الواعد عن وعده قبل انتهاء المدة المحددة و أنجلاء موقف الموعود له فهل يسـمح بوجود أخطأ مكتسـبة فوقفا لنظرية التحليل الاقتصـادي للقانون إذا وجد الواعد صـــفقة أكثر ربحا وأعلى فائدة مما اتفق عليه مع الموعود له فلا شـــك أنه ســـيقارن بين التعويض المتوقع الحكم به عليه , و الأرباح التي سيحققها من تعاقد الجديدة , فاذا فاقت الأرباح التعويض فســـيرفأ على عدم التنفيذ و وفي هذا بروز لفكرة الخطأ المريح , ومن ثم فان التعويض الإصـــلاحي لن يكون كافيا مهما بلغ لأنه سيكون في حدود الضـرر دون أن يشـمل الخطا المريح و هذا حتى لو اعتبارنا رجوع الواعد الارادي المتعمد خطا تدليسيا يجب به تعويض الأضرار كافة المتوقع وغير المتوقع , وإذا انتهينا من عرض الصـور للخطأ المكتب في الشـقيين التقصـييري و العقدي نعرض في الفرع الثاني من هذا البحث وسائل جبر ما يتخلف عن الخطا من ضرر .

الـــفـــرع الـــثـــانـــي

وســـائـــل الـــجـــزاء جـــبـــر الـــخـــطـــأ الـــمـــكســـب

إذا سلمنا بوجود الخطا المكسب الفعل المربح أسلمنا هذا الوجود إلى البحث عن الجزاء ووسائله الفاعلة لجبر الضـرر المحقق وردع مثل هذا السلوك ولذا ثار اشـتجار في الفقه الفرنسـي حول الوسـائل الجابرة لهذا الخطأ على نحو زاجر شـرط الا يتصـف بالردع الجنائي وأن يكون أثقل وطاة من الجزاء المدني أو على حد تعبير الأستاذة فيني أضعف في قسوته من الجزاء الجنائي ، وأشد ردعا من الجزاء المدني " فلا بد لهذا الاجراء أن يعالج أمرين معا الاول جبر الضـرر الواقع من الفعل المكتسـب والثاني ردع السلوك

المفكر الذي انطوى عليه الفعل .

فنبتت أفكار ا وتناقلت في دروب الفقه فمنهم من اعتصم بفكرة التعويض العقابي ، مع القول بوجوب إيداعها في نصوص تكفل تطبيقها ، بينما ذهب آخرون يرون الفائدة في إعتناق تطبيق جزاءات أخرى مثل الغرامة المدنية أو التعويض الأسترادادي أو الدعوى الجماعية وسوف نلقى بصيص من الضوء على كل من الغرامة المدنية والتعويض الاسترادادي ثم نطلب بعض الشئ في عرض التعويض العقابي والدعوى الجماعية لقناعتنا أنهما حلول ناجحة يمكن أن تداوى داء الخطأ المكسب وأثارة .

اولا - الغرامة المدنية

يعني بالغرامة المدنية ، الغرامة التي تتقرر بنصوص مدنية لملاحقة أفعال لا تشكل جرائم جنائية ويقضى بها القضاء المدني ، وهي تتباين عن الغرامة الجنائية ، من أن المحكوم عليه يلزم في الغرامة الجنائية يلزم بدفعها إلى خزينة الدولة وقد تكون عقوبه أصلية أو تبعية أو تكميلية وتحدد في حديها الأقصى والادني ، وهي كذلك تختلف عن الغرامة الإدارية ، والتي يقضي بها القضاء الإداري ، أو سلطة إدارية مستغلة.

ويتضمن القانون الفرنسي الكثير من الفروض التي ينص فيها على الغرامة المدنية كجزاء من ذلك الغرامة التي توقع على الشاهد الذي لا يحترم التزاماته ، ولا يبعد الحال في التشريع المصري عن التشريع الفرنسي ، ومن أبرز ما يقرره القانون المصري الغرامة التي تفرض على الذي يتخلف عن الحضور أمام المحكمة بعد تكليفه تكليفا صحيحا (مادة 76 من قانون الانبات) وهكذا الحال في القانون الليبي . ووضعت الغرامة المدنية في ميزان المفاضلة مع التعويض العقابي ، وتقارعت الحجج إلى أن إلى تفخذ الرفض القبول لها كبديل للتعويض العقابي .

ثانيا - التعويض الأسترادادي

لما كان مبدأ التعويض الكامل للضرر لا يؤتي ثمارة . بشأن رأب صدع ما تولد من أضرار من الخطأ المكسب ، أمم الفقه الفرنسي ناصيته صوب التعويض الأسترادادي والذي يعني الرد الكامل للارباح غير المشروعة . فهل يعد هذا حلا فاعلا وملاءما ، ويرى الفقه الفرنسي أن تقدير هذا التعويض يتم اما تشريعا أو يقوم به القاضي . لاغرو أن مبدأ الرد الكامل للارباح التي حققها المسئول في إطار قواعد المسئولية المدنية هو أمر من الأهمية بمكان ، حيث إنه يعمل بنفس آلية مبدأ الجبر الكامل للضرر ، كما أنه يقوم إلى جواره ، ولا يؤدي إلى تشويه وجه المسئولية المدنية ، هذا بالإضافة إلى أنه لا يمنع وجود بعض الجزاءات الأخرى بجانبة سواء كانت مدنية أو جنائية . ومع ذلك ذهب بعضا من الفقه إلى أنه جزاءا يفتقد إلى الفاعلية والملائمة فضلا عن صعوبة تطبيقه .

ثالثا – التعويض العقابي

التعويض العقابي أو الرادع هو الذي يراد به معاقبة سلوك منكر من الناحية الأخلاقية لا جبر الضرر الذي لحق المضرور من فعل الغير فقط ولذا يراعي فيه مدي حسامة خطأ الفاعل المسبب للضرر إلى جوار مدى الضر الحقيقي ويكون هذا التفويض رادعا وزاجراً ومعاقبا للفاعل وغيره من أن يسلكو هذا السبيل ثانيا , وذلك كلة بزيادة مقدار التعويض .

أ - فكرة التعويض العقابي

وفكرة التعويض العقابي لها جذور متصلة بالقانون الروماني كما يري البعض إلا أن الميلاد الحقيقي لهذه الفكرة كان في بلاد القانون العام حيث ظهرت في انجلترا في نهاية القرن الثامن عشر الميلادي وكانت عبارة عن جزاء مالي يقرر لمواجهة بعض انماط السلوك غير المشروع وكانت غاية التعويض العقابي هي عقاب المسئول الذي ارتكب خطئا عمديا أو جسيماً أو غير مفتقر وزجر وردعه ومنعه من معادوه اقتراف مثل هذا السلوك الشائن في المستقبل ومن انجلترا اخذت وتداولت هذه الفكرة إلى الولايات المتحدة الأمريكية وتأصلت في نظامها القانوني ولكن بطابع خاص مرن وكذا وجد لها صدي في المكسيك و البرازيل واستراليا وجنوب افريقيا وكندا مع بروزها اقليم في كيبيك في كندا وهويدين بالولاء لمدرسة القانون المدني غير أن بلاد التقاليد الرومانية بدأ يلوح في افقها القريب ظهور فكرة التعويض العقابي ونظرا لغرابة فكرة التعويض العقابي للقانونين المصري و الفرنسي كان من الطبيعي أن يصل الخلاف و الجدل في شأنها إلى ربوع الفقة وسنعرض لهذه الفكرة في بعض الأنظمة المصنفة لها ثم تبحث مدي تأثر القانون الفرنسي و المصري بها ورأي الفقة في ذلك .

أ.فكرة التعويض العقابي في بعض الأنظمة

1 . التعويض العقابي في النظام الأنجلو الأمريكي أن دول القانون العام تعترف للتعويض بوظيفة اصلاحيه و علم الرغم من الاقرار الفقهي و القضائي و التشريعي لمبدأ العقابي في النظام القانوني الانجلوا أمريكي إلا أن فكر تطبيقه يختلف سعة و ضيقا ودولة إلي أخري من المنتمية لهذا الفكر . ويرد أمر اعتناق دول النظام الأنجلو الامريكي للتعويض العقابي إلى أمرين أولهما أن القانون الانجلو أمريكي لا يقرر نظام المسؤولية المدنية في إطار عام و الثاني خصوصية هذا النظام في التقاضي حيث يعد نظام المحلفين فيها عموداً فقريا له , أضف إلى السابق . أن القاضي الأمريكي لا يتقيد بحرفية النصوص في تطبيقية لها , إنما يتفيا وظائف تهذيبية و تعليمية من وراء تطبيقة للقانون بالإضافة إلى أنه لا يهمل الجانبية الاقتصادي و تحليله ومدي أثر ذلك في العوامل القانونية ، ونجد أن النظام الانجليزي كان يحكم بالتعويض العقابي بالنسبة لغالبية الأضرار كالتعدي أو المضايقات الخاصة أو الإعتداء على حقوق

المؤلف أو القذف و التشهير بحق الغير ، وكان القضاء الإنجليزي يتوسع في القضاء بالتعويض العقابي وتعد القضية المعروفة (برومي) من أهم تطبيقات القضاء لفكرة التعويض العقابي وتخلص واقعات القضية أن شخصا يدعى (لارنج) قام بسرد تفاصيل كارنة بحرية و انتقد موقف القبطان (برومي) انتقادا لاذعا و نشر ذلك في كتاب و بمجرد النشر قاضاه (برومي) و قضي له بـــ 25000 جنية استرليني تعويض عقابي وأيد مجلس اللوردات الحكم , إلا أن مجلس اللوردات عاد في عام 1964 في حكم له قيد نطاق تطبيق التعويض العقابي فقصره على الحالات الاتية . الحالة الأولي : وتشمل التصرفات الجائزة و التحكيمية.

الحالة الثانية : السلوك الذي يحقق ضررا بقدر يتجاوز مبلغ التعويض الذي يمكن دفعة للمضرور الحالة الثالثة : تضمن كل الحالات التي ينص القانون على منح التعويض العقابي وما ذهب إليه مجلس اللوردات لم يكن مسلما به بل تعرض لمهام النقد . ونظرا لتضيق نطاق تطبيق التعويض العقابي في القانون الانجليزي شكلت لجنة لدراسة الموضوع تمهيدا الأصرار تشريع ينظم هذا النوع من التعويض واقترحت هذا اللجنة عدة توصيات منها أن يكون منح هذا التعويض من اختصاص القضاء لا هيئة المحلفين ورغم هذا التوسع مازال النطاق - ضيقا في انجلترا .

ب - التعويض العقابي في القانون الامريكي

لقد حظيت فكرة التعويض العقابي بتطبيق واسع في الولايات المتحدة الأمريكية وهي تطبق بصفة أساسية في المجال التقصيري وكذا خصوصا مايصيب المضرور من المنتجات الخطرة . غير أن فكرة التعويض العقابي في الولايات المتحدة تخضع لفكر كل ولاية ومدي اعتناقها للفكرة . ومن أهم تطبيقات القضاء الأمريكية لفكرة التعويض العقابي القضية التي حررت ضد شركة فورد للسيارات . فهي قد طرحت سيارة بها عيب في خزان الوقود لوجوده في مؤخرة السيارة ولقد قضى فيها بمبلغ ثلاثة ملايين دولار تعويض جابر واثنا عشر مليون ونصف مليون دولار تعويض عقابي ويعود السبب في ضخامة مبلغ التعويض العقابي إلى اعتبار المحلفين ملوم شركة فورد سلوكا مشوب بعدم اكتراث واع للنتائج الممكنة مما يستوجب العقاب بشدة ولقد اكتفي القضاء الأمريكي باثبات سلوك المدعي عليه أي اثبات الفعل المعرض حياة الآخرين للخطر دون أن يكثرت الصفة كونة عمداً من عدمة , ويعد هذا التخفيف اعتداداً بالسلوك دون وصفة وهذا ما ننادي به و قد أظل المشرع الأمريكي هذا التحفيف بمشاركته و وان كان هذا التخفيف قد أدي الى مبالغات في قيم التعويض . ومما يجدر الاشارة اليه الي أن العديد من تشريعات الولايات المتحدة يمنح التأمين على التعويض العقابي . وهذا النموذج الأمريكي منتقد بحجة المبالغة المغالاة في قيم التعويض ولذا وجب الحذر و الحيطة في محاكاته .

ج - التعويض العقابي في قانون مقاطعة كيبيك

لاشك في تأثر القانون المدني لمقاطعة كيبيك بالقانون المدني الفرنسي و هي مقاطعة ناطقه بالفرنسية . - أن فكرة التعويض العقابي في القانون الكندي ظهرت في النصف الثاني من القرن التاسع عشر - وذهبت بعض المحاكم إلى تطبيقها في حين أوصـــدت محاكم أخرى دونها الباب و على مغايرة مع القضـــاء و اعترف بها المشرع في مقاطعة كيبيك صراحة في تشريعات عديدة منها التشريع الخاص بقانون حماية الأشجار الصادر في سنة 1929 و غيره من تشريعات ومن ناحية أهم فقد أقر القانون المدني في مقاطعة كيبيك التعويض العقابي في المادة 1621 و ولقد قيدت هذه المادة التعويض بشـــروط هي : 1 . وجود نص تشريعي يقرر منح التعويض العقابي ويتضح ذلك من صدر نص المادة 1621 و الذي نص يقوله عندما ينص ولازم ذلك أن يســـتند التعويض العقابي إلى نص يحكمة فإذا وجد النص يحقق التعويض ، ويقضـي به أن ثبت السلوك الشائن و الضرر الملحق . 2 . وجود تصرف أو سلوك تتوجب مجازاته بالتعويض العقابي و الناظر إلى هذا الشرط يجد أن المشرع استلزم أن تتصف سلوكيات الفاعل بدرجة معينة من الجســامة وســوء النية أو العمد وهذا يتوافق مع ما تقضـــي به المادة 49 من فقرتها الثانية في ميثاق حقوق و حريات الأفراد في المقاطعة بقولها " ويجوز للمحكمة علاوة على ذلك في حالة الاعتداء غير المشروع و العمدي أن تحكم على المعتدي بتعويض رادع " والاعتداء غير المشروع هو السلوك الممجوج المنكر وينتهك به حقوق الأفراد وحرياتهم ووفقا لذلك فأنه يتم اســـتبعاد مجرد الإهمال أو حتي الخطا الجسيم .

3 . أن تكون قيمة التعويض غير متجاوزة لتحقيق الوظيفة الرادعة له

وهذا الشـــرط من الســـعة بحيث لا يمكن أن تحدد في ضـــوءه اســـس يمكن الركون اليها في تقرير هذا التعويض و النص على هذا النحو أطلق العنان للقاضـــي في تقدير قيمة التعويض و القاضـــي في ســـبيله لذلك التقدير يســـتعين بمجموعة من العوامل التي تؤثر في تحديد مقدار المبلغ الذي يحكم به , على رأس هذه العوامل مدي حسابة الخطأ و المركز المالي للفاعل من حيث الملاءة الاقتصادية والارباح التي جناها من وراء فعلة , كما يأخذ في الاعتبار مدي تأثر المضـــرور بهذا الســـلوك هذا إلي جانب عوامل أخري يتأثر بها القاضـي وحاق القول في ذلك أن القاضـي يؤثر الإيجاز عن الاسـهاب متحدي في ذلك بسـلطته التقديرية . ولقد باكرت المحكمة العليا الكندية بحكم لها في تقنية (demontigng) بإقرار اســـتقلال التعويض العقابي عن التعويض الإصـــلاحي وقالت تبريرا لذلك " إن التعويض العقابي من غاياته اعلان هيئة المحكمة للجمهور عن اســتنكارها وعدم موافقتها على الســلوك الذي اقترفه المســؤول وفذلك القول

فيما سبق أن المشرع في اقليم كيبيك حدد على نحو يميل إلى الدقة الإطار القانوني للتعويض العقابي . ولو أنه جرد الفعل من أوصافه لأحسن ويؤخذ عليه من الفقه أنه قرر هذا التعويض بنصوص خاصة ولم يضه في نطاق القواعد العامة للمسؤولية المدنية وهو راي فيه نظر فما الضير أن يستقل التعويض العقابي بنصوص خاص ة باعتباره جزاءآ رادعاً و تقويضاً عقابيا يقف جنبا إلى جنب مع التعويض الإصلاحي وهكذا نري أن نموذج مقاطعة كيبيك نموذجا حري بالنظر و التأمل و المحاكاة مع ضوابط مجتمعنا و عادته و تقاليدة هـ - فكرة التعويض العقابي في القانون المصري و الفرنسي قوبلت هذه الفكرة بتحفز و عداء من الفقهيين الفرنسي و المصري و ارتكز هذا الهجوم على أمرين الخلط وبين وظيفه القاضي المدني و القاضي الجنائي فيري مناهضوا فكرة التعويض العقابي أنه جزاء هجين مما يثر الخلط بين وطبقة كل من القانون المدني و القانون الجنائي . وهذا النقد محل نظر لأن كل من القانونين يتعاون مع الاخر لا يعني ذلك خلط فالقانون الجنائي يتبنى بعض العقود المدنية بالحماية الجنائية وهي عقود الائتمان وقد تقرر المسؤوليتين في ذات الوقت ؟ , هذا إلى جانب أن الفصل بين القوانين يعد فصلا نظريا أكثر منه عمليا , هذا إلى جانب عدم صحة القول أن التعويض العقابي يحول المسؤولية المدنية إلى مسؤولية جنائية فان المسؤولية المدنية لها وظيفة رادعة وان كانت قد يبست ولكنها لم تزل ولازالت تحتفظ بصور من الردع مما يجمع لها الوظيفية الردعية و التعويضية ولقد . أعترف القضاء في فرنسا ومصر ضمنيا بفكرة التعويض العقابي واشترط القضاء الفرنسي إلا يتناقص التعويض المبالغ فيه مع النظام العام و ثم مؤخرا اعترف صراحة بفكرة التعويض العقابي في مشروع الاستاذ كاتلا وأما مصر فقد اعترف صراحة بمبدا التعويض العقابي في نص دستوري . ففي دستور 2014 بمناسبة تناول الأعمال الفنية و الادبية و الفكرية و حظر رفع أو تحريك الدعاوي القضائية لوقفها أو مصادرتها أو ضد مبدعها حيث نصت المادة 67 " على الأن حرية الابداع الفني و الأدبي مكفوله و تلتزم الدولة بالنهوض بالفنون و الآداب ور عاية المبدعين وحماية ابدا عاتهم وللمحكمة في هذه الأحوال إلزام المحكوم عليه بتعويض جزائي للمضرور من الجريمة إضافة إلى التعويضات الأصلية المستحقة له عما لحقه من أضرار منها , وذلك كله وفقا للقانون " ووفقا لعجز المادة فأن المشرع الدستوري أقر التعويض العقابي كمبدأ و أحال إلى القانون مناقشة كافة التفاصيل الخاصة به , ولا يقدح حصر التعويض في مجال الملكية الأدبية و الفنية أن يمتد هذا التعويض إلي مجالات أخرى ترتبط مع الأصل و على وجه الخصوص في مجالات الخطأ المربح الناتج عن الاعتداء على حقوق الشخصية من قبل وسائل الاعلام التقليدية و التقنية و المنافسة غير المشروعة و الاعتداء على البيئة , وايه ذلك أن يتدخل المشرع العادي بجزاءات في إطار الشرعية الدستورية . و السؤال هو يمكن محاكاة اسلوب مقاطعة كيبيك في تقنينه للتعويض العقابي أجاب بعض الفقه المصري بنعم و اقترح أن يضاف إلي نص المادة 221 من التقنيين المدني فقرة ثالثة تجري على النحو التالي و يجوز الحكم على المدين علاوة على بتعويض المنصوص عليه في الفقرة

الأولي من هذه المادة إذا كان سلوكه متعمدا أو مشوبا بخطأ جسيم بتقويض اضافي ويراعي في تقديره كافة الظروف التي تجعله كفيلا بعقاب المدين وردعه هو و غيره عن العود لمثل هذا الملوك) وهو اقتراح الدكتور اسامة ابو الحسن وهو أقتراح له وجاهته لما يؤدي اليه من انتظام قواعد التعويض العقابي في إطار القواعد العامة للمسؤولية المدنية وهو ينأي بالجزاء المبني عن أتون منوف الجزاء الجنائي ويحقق الردع المدني مستقلا عن الردع الجنائي و الخلاصة أن النص الدستوري قد فتح الباب أمام التعويض الجزائي ولو جزئيا . وهكذا نري مدى تأثر كل من القانون المصري و الفرنسي بفكرة التعويض العقابي وصدى ذلك فيهما و في القضاء تعرض بعد ذلك لنظرة نري أهمية عرضها في ايجاز الا وهي الدعوى الجماعية

و- الدعوى الجماعية

الدعوي الجماعية هي عبارة عن وسيلة تسمح لشخص طبيعي أو اعتباري أن يرفع الدعوي أمام القضاء نيابة عن جماعة من الاشخاص للمطالبة بتعويضهم عما لحق بهم من ضرر فردي مشترك ناجم عن مصدر واحد . وتبدو أهمية هذه الدعوي في نطاق الاضرار البيئية وكذا الأحكتار وهي دعوي أمريكية المنزع وهي وسيلة إجرائية سهلة تمكن من الحصول على التعويض و هي في النظام الأمريكي مشروطة بشرط مقررة بالقاعدة 23 من قانون الإجراءات المدنية الفيدرالي وللقاضي سلطة واسعة : و تقديريه في قبول الدعوي أو رفضها . ولقد تبنت الدول الأوروبية هذه الدعوي والبعض أساسها على القبول الصريح للأفراد و البعض على القبول الضمني في فرنسا فان قانون الاستهلاك الفرنسي يتضمن اليمين تسمحان لجمعيات حماية المستهلكين برفع الدعوى القضائية على نحو جماعي الأولي أمكانية رفع الدعوي باسم المجموعة نفسها لحماية مصالحها و الثانية ما يطلق عليه دعوي التمثيل المشترك وهي التي استحدثها المشرع الفرنسي بموجي القانون الصادر في 28 يناير 1992 وأدمجت نصوصها في قانون المستهلك المواد 4221 - إلي 3 - 422 وهي دعوي تجمع المضرور مع الجمعية المعنية بالامر أما في القانون المصري فقد اجيز لجمعية حماية المستهل ك أن تحرر الدعوى القضائية للمطالبة بحق خاص لها كشخص اعتباري له ذمه مالية مستقلة .

ولقد تقرر بنص المادة 23 من قانون حماية المستهلك قولها " مع عدم الإخلال باختصاص الجمعيات التي تنشا لحماية المستهلك طبقا لقانون الجمعيات الأهلية يكون لها الاختصاصات التالية :

أ - حق مباشرة الدعاوي التي تتعلق بمصالح المستهلكين أو التدخل فيها :

ووفقا لهذا فان الجمعيات تستطيع أن تباشر الدعوي الجماعية وذلك لمصلحتها ومصلحة المستهلكين المكونين لها . غير أن النفع سيعود لهما , ولو حققنا النظر نجد أن نظام الحسبة يرجا منه مالا يرجا من

الدعوى الجماعية وان تطبيق نظام الدعوي الجماعية بهذه الكيفية هو استقطاع جزئي من نظام الحسبنة . وبهذا نكون قد ارفئنا ببحثنا إلى شاطئة فما كان من خير فيه فمن الله سبحانه و تعالي وان كان غير ذلك فمن الشيطان ومني و لله الأمر من قبل و بعد . واختم هذا البحث بالتوصيات التالية :

اولا : الأخذ بنظام التعويض العقابي نوصي بالأخذ بنظام التعويضي العقابي وفقا للقواعد العامة في القانون المدني تأصيلاً فان فيها من السعة ما يشمله وإلا تحول النظرة العقابية فيه إلى الحيلولة دون تطبيقه فالردع المدني أمر يجب ألا يختلف فيه ، ويجب عدم الزج به في أتون العقاب الجنائي , فلكل منها حدوده و فواصله وضوابطه ، ولن تعجز أقلام الفقهاء وأحكام القضاء عن تأصيله و تفصيله في قواعد القانون المدني ولا ينبغي تزيح الصفة العقابية من قواعد القانون المدني حين يكون لها ما يقتضي ولا يعني ذلك أن تعم الصيغة العقابية القانون المدني ولا ننسى ابوية للقوانين المدني للقانوية وهي التي أخذت منه و تعود اليه عند الفراغ .

نوص بتجريد الفعل من صبغة الخطيئة كذلك يجب نزع وصف الخطيئة عن الفعل الذي يتحقق من وراءه الربح لفاعله فيجور على المضرور وبتعدي الربح مقادير التقويم الاصلاحي بكثير فان نزع هذا الوصف يؤدي أولا إلي اتساع مدي التعويض و ثانيا إلي نقل عبء الاثبات من المضرور إلى الفاعل وذلك يساير ما وصلت اليه الجماعة البشرية من تقدم تقني غم تفاصيليه عن السواد الأعظم من الناس مما يعجز اثباتهم فتطوي الاضرار و تضيع الحقوق . هذا ما سطرناه في حدود المساحة المسموحة بها للبحث وبالله التوفيق .

تثبيت البحث

أولا كتب التفسير

1 . التفسير الكبير للإمام الرازي وهو المشتهر بمفاتيح الغيب وهو محمد فخر الدين بن ضياء الدين الرازي - توفي سنة 606 ه - طبعة أحياء التراث العربي .

2 . الجامع للأحكام القران للقرطبي •

ثانيا كتب السنة

1 : 1 . مسند الإمام أحمد بن حنبل 2 . سنن ابن ماجة 3 ، المعجم الأوسط للإمام الحافظ ابو القاسم المشتهر بالطبراني

كتب الأصول

1 . الرسالة للأمام الشافعي 2 . أصول الامام فخر الدين البزدوي 3 . أصول السرخسي 4 . المستصفي للأمام الغزالي

ثالثا كتب اللغة

1 . لسان العربي لجمال الدين بن منظور 2 . المعجم الوسيط من وضع مجمع اللغة العربية

رابعا : كتب الفقة الإسلامي

1 . الفقة الحتفي 2 . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني 3 . كتاب نساب الاحتساب لعمر بن محمد بن عوض السكاني 4. مجمع الضمانات اللبغدادي .

الفقه المالكي

1 . بداية المجتهد و نهاية المقتصد لمحمد بن أحمد بن رشد المشهور بالحفيد . 2 . الفروق للأمام القرافي

الفقه الشافعي

1 . الأم للأمام الشافعي 2 . المجموع شرح المهذب للامام ابي زكريا محي الدين بن شرق النووي

الفقه الحنبلي

1 . كتاب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر لأبي بكر أحمد بن محمد بن هارون الخلال 2 . مجموع فتاوي ابن تيمية ج 8 . | 3 . القواعد في الفقة الاسلامي لابن رجب الحنبلي

المراجع القانونية باللغة العربية

1 . د . إبراهيم دسوقي أبو الليل - المسؤولية المدنية بين الشقيين و الأطلاق - طبعة دار . . . النهضة . 2 . د . أسماعيل غانم - النظرية العامة لالتزام - الجزء الأول مصادر الالتزام . 3 . د . توفيق حسن فرج – النظرية العامة للالتزام - بدون سنة طبع 4 . مستشار حسين عامر - المسؤولية التقصيرية و العقدية طبعة 1956 . 5 . د . عبد المنعم فرج الصده - نظرية العقد في الشريعة الاسلامية و القانون الوضعي . 6 . د . عبد الودود يحيي - الموجز في نظرية الالتزام - طبعة 1992 7 . د محمد لبيب شنب - دروس في نظرية الالتزام - المصادر طبعة 1977 ، 8 . د . محمود جمال الدين زكي - مشكلات المسؤلية المدنية

د محمد على البدري الأزهري – النظرية العامة للالتزام - مكتبة الوحدة طبعة 2018 . رسائل الدكتوراه

1 . د . فيصل زكي عبد الواحد - أضرار البيئة في محيط الجوار و المسؤولية المدنية عنها - رسالة

جامعة عين شمس 1989 . 2 . د . محمد العكام - الفعل الموجي للضمان - رسالة جامعة القاهرة - طبعة 1977 . 3 . د . محمد حسين على الشافعي - ركن الخطأ في المسؤلية المدنية طبعة 1989 . 4 . د . ايمن العشماوي - الخطا كاساس للمسؤولية - رسالة جامعة المنوفية 2012 . 5 . د محمد صلاح الدين حلمي - أساس المسؤولية التقصيرية في الشريعة الاسلامية والقانون المدني 6 . د . محمد فوزي فيض الله المسؤولية التقصيرية بين الشريعة و القانون رساله جامعة الأزهر . 1962 7 . د . محمد نصر رفاعي الضرر كأساس للمسؤولية الميدانية في المجتمع المعاصر .

المراجع الشرعية الحديثة

1 . د . رويعي بن راجح الرحيلي - فقه عمر بن الخطاب موازنا وفقه أشهر المجتهدين 2 . د . سيد عواد - احكام الضمان - طبعة 1990 . 3 . الشيخ عبد الوهاب خلاف - علم اصول الفقة 4 . الشيخ على الخفيف - الضمان 5 . د علي جريشة - المشروعية الاسلامية العليا 6 . أ . مصطفي الزرقا الفعل الضار و الضمان فيه د . يوسف قاسم - أصول الأحكام الشرعية

BENABENT (Alain), Droit civil, Les obligations3, ed, Montchreștien, 1991 2) GUTMANN (Daniel), Droit international prive, 3° ed. /Dalloz. 2002. 3) TARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.),e Obligations, /. Responsabilitedelictuelle, 5 ed., Litec, 1996 4) VINEY (Genevieve) et JOURDAIN (Patrice), Traitep de tY • /t civil, Les condition de la responsabilite, 3°ed, LGDJ, 2006 5)BENABENT (AMn), « Sanctions et reparation)), Justice & Cassation2005,, pp. 91-92. 6) BETEILLE (Laurent) et ANZIANI (Alain,(/ "s*nsabilit" civile! des evolutions necessaires », D., 2009, p.2328.