the Technical Domain of compensation for Profitable Fault In Civil Liability

"Comparative Study"

Dhafir Habib Jabbara

النطاق الفني للتعويض عن الخطأ المربح في المسؤولية المدنية "دراسة مقارنة "

كلية القانون- جامعة ذي قار

د. ظافر حبيب جبارة

Abstract:

The idea of profitable fault is one of the novelties of English legal system, it has been created by English judiciary system to strip of the profits that have been gained by tort doer or contract breaker in all the cases, which appear clearly that those persons committed their fault in order to benefit at the expense of others. In spite of the fact, the idea of profitable faulted attributed to English legal , yet it had deep roots in Islamic Jurisprudence, especially in Al-Shafiyah school which submitted brilliant propositions on the legal basis to strip of the profits gained by the trespasser or trustee.

The research had been divided into three chapters, in the first chapter the researcher has dealt with the concept of profitable fault and the legal basis for its redress. the second chapter has been specified for categorization of profitable fault and the third dealt with the idea of profitable fault in civil and commercial legislation and to what extent the Iraqi judiciary accept or refuse this idea.

Finally, the researcher has summed up his research by many recommendations and proposal for draft modifying law; hoping that Iraqi legislative organs and judiciary system to adopt them.

المقدمة

لقد شكل تبني القضاء الانكلو-سكسوني لفكرة الخطأ المربح ، وتبعه الفقه هناك تحليلا وتأصيلا لها،معلما بارزا من معالم تطور المسؤولية المدنية .فقد رأى هذا القضاء إن لفي إعمال القاعدة الرومانية البسيطة والفذة بأن لا يجوز السماح لشخص بجني مغنم من خطأ قد اقترفه **commodum ex iniuria" sua nemo habere debet"** ، (١) وسيلة لردع أنماط سلوك بدأت تشيع في المجتمعات المعاصرة. وبلغ صدى هذا التبني حتى إلى معاقل الأنظمة القانونية التي لا ترى في التعويض –في نطاق المسؤولية المدنية- ألا وسيلة جبر الضرر ، فتلقفها القضاء الألماني في بعض المواضع ، ونادى بها كبار الفقهاء في فرنسا ، فتم تبنيها في مشروع تعديل نظرية الالتزام في القانون الفرنسي. وقد كان للقضاء العراقي –وعلى رأسه محكمة التمييز (الاتحادية) الموقرة-نظرات متميزة في إعمال هذه الفكرة ، فتبنتها تارة في بعض المواضع وتنكرت لها في مواضع أخرى.

وللتزود بفكرة مفيدة عن موضوع البحث، وجدنا من المناسب أن نتناول هذه المقدمة في ثلاث فقرات : نخصص الأولى لجوهر فكرة البحث والثانية لأهمية موضوع البحث ونفرد الثالثة إلى خطة البحث التي سار عليها الباحث.

جوهر فكرة البحث:

يحدث في كثير من الأحيان ألا يكون هدف مقترف الفعلة الضارة، سواء في نطاق المسؤولية التقصيرية أو العقدية ، مجرد إلحاق الضرر بمضروره ، بل يسعى الى جني ربح من اقترافها وخاصة اذا ما فكر وقدر ان مقدار ما سوف يجنيه من ربح يفوق-على فرض إقرار مسؤوليته- العناصر التقليدية في تعويض الضرر من خسارة حالة ومن كسب فائت. ولقد وقف القضاء الفرنسي والألماني عاجزين أمام متصيدي مثل هذه الأخطاء المربحة نظرا لصرامة القواعد الحاكمة لتقدير التعويض والتي تستند الى مبدأ التعويض الكامل والتي لا تأخذ بنظر الاعتبار ما حققه مقترف فعلة الضارة من ربح. ونظرا لاتساع مدى هذا النوع من الأخطاء المربحة في المجتمعات المعاصرة على نحو حدا بالفقيه الفرنسية البارزة جنفيف فيني الى القول بان تطويع قواعد المسؤولية المدنية لمواجهة حالات الخطأ المربح هو احد ضرورات مجتمعاتنا المعاصرة.([٢])غير ان القضاء الإنكليزي بمنهجه العلمي العملي الرصين قد أدرك ما يشكله ترك متصيدي الأخطاء المربحة من الاحتفاظ بما يحققوه من هامش ربح من خطورة ، فأصدر أحكاما مهمة سلب فيه هامش الربح وادخله كعنصر تعويض مضاف حتى لا يغتني شخص من خطأ قد اقترفه ،مستفيدا من مرونة قواعد المسؤولية المدنية في القانون الإنكليزي والتي تجعل من وظيفة ردع المسؤول مساوية في الأهمية لجبر الضرر الذي طال المضرور.

وإدراكا من القانون الإنكليزي ومن شايعه من الفقه الفرنسي للصفة "غير التقليدية" لفكرة الخطأ المربح ، فقد أسبغ عليها خصائص معينة ، فالخطأ المربح خطأ لصيق بشخص مقترفه فلا يتعدى أثره الى الغير حتى لو كان هذا الغير وارثا لمن اقترف الفعلة الضارة المربحة او متبوعا وارتكب مقترف الفعلة الضارة (التابع) خطأ مربحا أثناء قيامه بخدمة متبوعه او بسببها. وفضلا عن ذلك ،فالخطأ المربح –المستأهل لتعويض مضاف-يجب ان يكون عمديا ، لا يمنح إلا في الأحوال التي يستظهر فيها قاضي الموضوع إن المسؤول ما اقترف فعلته الا بقصد خاص هو الحصول على ربح معين. وأخيرا فان الخطأ المربح -بحكم طبيعته العمدية -خطأ غير قابلا للتغطية

التأمينية ، لان السماح بتغطيته لدى شركات التأمين فيه نقل لعبء دفعه من شخص المسؤول إلى شخص آخر ويفقد بذلك ، بالضرورة ، صفته الردعية التي أُريدت له.

ونظرا لحداثة تبني فكرة الخطأ المربح في القانون الإنكليزي ، فقد سار القضاء الإنكليزي بتروٍ في رسم النطاق الفني للحالات التي أعملت فيها هذه الفكرة؛ فقصر إعمالها في بادي الأمر في نطاق المسؤولية التقصيرية في حالات التجاوز على الأملاك العقارية في الأحوال التي يغير فيها المسؤول من نمط استغلال هذه الأملاك فيجعله أكثر ربحية ، وفي نطاق الاعتداء على حقوق الأفراد في الخصوصية أو الشهرة أو الاعتداءات التي تطال حق المؤلف. ثم مد هذا القضاء-بعد تردد طويل-من إعمال فكرة الخطأ المربح في نطاق المسؤولية العقدية. فاعمله في نطاق علاقات النيابة الصريحة ، فمنع الوكيل من الحصول على أي منفعة او ميزة يجنيها من جراء تنفيذه لعقد الوكالة خارج الأجرة المتفق عليها مع الاصيل.ثم اعملها في نطاق كل العلاقات المبينة على الثقة والائتمان ، وأصدر أحكاما فذة في الضرب على أيدي مرتكبي الأخطاء العقدية الانتهازية (المربحة) من مدراء الشركات او أعضاء مجالس إدارتها للاغتناء على حساب مصالح المساهمين في الشركة . وفضلا عن ذلك فقد اعمل القضاء الإنكليزي فكرة الخطأ المربح للضرب على أيدي الأشخاص الذين يحصلون بحكم علاقاتهم العقدية على معلومات سرية فيستغلونها لأغراض ربحية وأصدر-تطبيقا لذلك- حكما شهيرا في قضية **HM Attorney General v. George) Blake &Jonathan Cape Ltd.2001**) او أولئك الذين يستغلون المراكز الوظيفية التي يشغلونها كوسيلة لجني أرباح غير مشروعة.

ولقد أثارت فكرة الخطأ المربح إشكاليات قانونية عميقة في الأساس القانوني لها ، فقد أدرك القضاءان الإنكليزي والعراقي ما يشكله سلب الربح الذي جناه المسؤول وأضافته الى عناصر التعويض من خروج عن القواعد التقليدية في تعويض الضرر فأتخذ من نظرية الإثراء دون سبب ملاذا له لتأصيل بعض أحكامه الأولى لإعمال فكرة الخطأ المربح وايده في ذلك الفقيه الإنكليزي البارز (**Peter Bricks**) على أساس ان الربح غير المشروع يقابل الربح غير العادل في ظل نظرية الإثراء دون سبب. غير ان القضاء الإنكليزي سرعان من أدرك

وهن هذا الأساس ، فطرح بعض من الفقه الفرنسي المتحمس لتبني فكرة الخطأ المربح في القانون وبعض من الفقه الإنكليزي نظرية الاسترداد الكامل : فإذا كان منطق نظرية التعويض الكامل يقضي بإرجاع المضرور الى الحالة التي كان عليها قبل ارتكاب الفعلة الضارة تاركا من ارتكب الفعلة الضارة في المركز الذي أضحى به بعد اقترافها. فلم لا-وهذا ما يدعوه له أصحاب نظرية الاسترداد الكامل- الى النظر الى من اقترف الفعلة الضارة وإعادته الى الوضع الذي كان عليه قبل اقترافها ، بأخذ ما جناه من ربح ؟.

أهمية موضوع البحث:

مما لا شك فيه ما أضحت تحتله فكرة الخطأ المربح من مكانة سامقة في ظل القوانين المدنية الحديثة ، فهي لم تعد إحدى متبنيات القوانين الانكلوسكسونية فحسب ، بل امتد تأثيرها حتى إلى معاقل الأنظمة القانونية التي لا ترى في المسؤولية المدنية إلا الوظيفة التعويضية ، فتأثر بها - على سبيل المثال -القانون العراقي ، وأخذا بها في نطاق تصرفات الشركاء في الملكية الشائعة وفي نطاق قانون حماية حق المؤلف وقانون حماية العلامات التجارية ، وأعملتها محكمة التمييز العراقية الموقرة في بعض المواطن. ولقيت هذه الفكرة حماسة من كبار فقهاء القانون الفرنسي وسعوا إلى وضع نصوص مقترحة لتبني فكرة الخطأ المربح بشيء من التحوير والتهذيب للارتقاء بهذه الفكرة إلى مصاف النظرية حتى تكون إضافة أصيلة لنصوص المسؤولية المدنية في التقنين المدني الفرنسي.

ولقد تلمس الباحث أهمية خاصة للكتابة حول هذا الموضوع في القانون العراقي ، ويرجع ذلك على عوامل متعددة :- أولهم قلة الكتابات حول هذا الموضوع ليس فقط على مستوى البحث الأكاديمي القانوني العربي بل والعالمي كذلك ، رغم ما أضحت فكرة الخطأ المربح تحتله من مكانة. وثانيهم أهمية المواطن التي تبنى فيها القانون العراقي هذه الفكرة سواء أكانت هذه المواطن في القانون المدني أم في القوانين الخاصة كقوانين حماية الملكية الأدبية والصناعية ؛ فتبيان معالم هذه الفكرة ، مع التطبيقات القانونية الثرة التي تضمنها هذا البحث، فهي إجلاء وتوضيح لهذه النصوص وإرشاد للقضاء العراقي والعربي في التطبيق السليم لها.

خطة البحث :-

سوف نقسم هذا البحث على وفق الخطة الآتية:-

المقدمة:-

أولا:- جوهر فكرة البحث

ثانيا:- أهمية البحث

ثالثا:- خطة البحث

المبحث الأول:- مفهوم فكرة الخطأ المربح والأساس القانوني للتعويض عنه

المطلب الأول:- التعريف بفكرة الخطأ المربح والخصائص المميزة لها

المطلب الثاني :- الأساس القانوني للتعويض المضاف في أحوال الخطأ المربح

الفرع الأول :- الأساس القانوني لفكرة الخطأ المربح في الفقه الغربي

أولا:- نظرية الإثراء غير المشروع في قبال الإثراء غير العادل

ثانيا :- مبدأ الاسترداد الكامل في قبال مبدأ التعويض الكامل

الفرع الثاني :- الأساس القانوني لفكرة الخطأ المربح في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني :- التصنيف النوعي للأخطاء المربحة في المسؤولية المدنية

المطلب الأول :- الخطأ المربح التقصيري

المطلب الثاني:- الخطأ المربح العقدي

المبحث الثالث:- فكرة الخطأ المربح في التشريعات العربية ومدى تبني القضاء العراقي لها

المطلب الأول:-مواطن الخطأ المربح في التشريعات المدنية والتجارية العربية

المطلب الأول: مدى تبني القضاء العراقي لفكرة الخطأ المربح

الفرع الأول:- الرفض الصريح والضمني لفكرة الخطأ المربح في القضاء العراقي الفرع الثاني:- التبني الحقيقي لفكرة الخطأ المربح في القضاء العراقي

الخاتمة(النتائج والتوصيات)

المراجع

المبحث الأول:- مفهوم فكرة الخطأ المربح والأساس القانوني للتعويض عنه

لما كان تفريد جزاء خاص في حالات الخطأ المربح متمثلا بتعويض مضاف إلى عناصر التعويض التقليدية : الخسارة الحالة والكسب الفائت فكرة غريبة عن المفاهيم التقليدية في نطاق المسؤولية المدنية وخاصة في الأنظمة القانونية ذات النهج اللاتيني كالقانون الفرنسي والمصري أو تلك التي مزجت بين هذا النهج وفقه الشريعة الإسلامية الغراء كالقانون العراقي ، وخروجا عن الوظيفة التقليدية لتلك المسؤولية المقتصرة على محض تعويض الضرر، لهذا رأينا من المناسب التعريف أولا بفكرة الخطأ المربح والخصائص المميزة لها وهذا ما نخصص له المطلب الأول ونفرد المطلب الثاني إلى تبيان الأساس القانوني للتعويض المضاف في حالات الخطأ المربح.

المطلب الأول:- التعريف بفكرة الخطأ المربح والخصائص المميزة لها

الخطأ المربح (Lucrative Fault)([٣])هو ذلك الخطأ الذي يحقق فيه مقترف الفعلة الضارة الموجبة للمسؤولية التقصيرية أو العقدية ربحا يتجاوز مقدار التعويض الواجب عليه دفعه المتمثل بعنصري الخسارة الحالة والكسب الفائت على فرض إقرار مسؤوليته ، فهامش الربح -الذي يجنى على حساب المضرور- سواء أتحقق عن قصد وتدبر أم تحقق عرضا يمثل كسبا غير مشروع .وهذا ما حدا بالقضاءين الإنكليزي والأمريكي- وتبعه في ذلك القضاء في كل من ألمانيا والعراق في بعض المواضع- إلى معاملة مقترف الفعلة الضارة على نقيض قصده بسلب هامش الربح ذلك لكي يضيفه إلى عنصري التعويض التقليدين :- الخسارة الحالة والكسب الفائت، أو بعبارة أدق يستبدل الكسب الذي جناه المسؤول بالكسب الذي سوف يجنيه المضرور رغبة في ألا يكون خطأ المسؤول مصدر ربح له فلا يغريه ولا يسمح لغيره باقترافه. ولقد أثنى غالبية الفقه الإنكليزي والفرنسي والألماني ،بهذا التوجه الموفق لأنه يضيف وظيفة ردعية الى الوظيفة التعويضية ، ويسد نقصا بينا لو اقتصر القضاء على الاكتفاء بالعناصر التقليدية للتعويض مما يسمح لطائفة كبيرة باقتراف مثل تلك الأخطاء المربحة . ذلك إن زيادة مقدار التضمينات–وكما يشير جانب من الفقه الفرنسي- خارج إطار التعويضات الجابرة للضرر سوف يسمح -وبشكل فعال - في قمع ذلك النمط من الأخطاء التي يكون من مصلحة مقترفها ارتكابها لأنه

يجني من نشاطه الضار ربحا يفوق ما يغرمه على فرض إقرار أدانته(مسؤوليته).([٤]) ولقد اتسعت دائرة الأخطاء المربحة اتساعا ملحوظا في القرن العشرين وبداية القرن الحادي والعشرين سواء في نطاق المسؤوليتين التقصيرية أو العقدية .وكانت الانتهاكات التي تقع على الحق في الخصوصية (**The Right of Privacy**)([٥])،أو الحق في الشهرة (**the right of Fame**) ([٦])، أو تلك الانتهاكات التي تقع على الملكية الفكرية والصناعية المدار الطبيعي لفكرة الخطأ المربح في نطاق المسؤولية التقصيرية . فقد تستغل صحيفة معينة خصوصيات نجوم السينما أو التلفاز لكي تجني ربحا عن طريق زيادة مبيعات صحيفتها معتمدة على أن القضاء سوف يكتفي بمنح تعويض أدبي للمضرور والذي لا يمثل سوى مبلغ ضئيل بالمقارنة بما جنته الصحيفة من ربح ومن ثم يصبح الخطأ الذي اقترفته الصحيفة مصدر غنم لها. أو يقوم ناشر بنشر نتائج علمي أو أدبي لمؤلف لا يرغب بنشره في وقت معين او يرغب بنشره عند ناشر آخر فيجني ربحا من نشر هذا الإنتاج معتمدا على إمكانية التسويق لديه ومعولا في ذات الوقت على أن القضاء سوف يمنح مجرد تعويض أدبي أو مجرد الكسب الفائت على المؤلف واللذان لا يشكلان سوى نسبة ضئيلة من الربح الذي جناه الناشر. ولم تقتصر تطبيقات الخطأ المربح على المسؤولية التقصيرية فحسب، بل امتدت- بعد تردد ورفض- إلى نطاق المسؤولية العقدية كما لو تنصل بائع عن تسليم بضائع إلى المشتري بعد أن حصل على مشتري آخر بثمن اعلى ([٧]) ، أو ضايق مؤجر مستأجره وأخرجه من ارض زراعية بعد أن حصل على متعاقد آخر وعده باجر أزيد .([٨])غير ان الروابط القانونية العقدية المبنية على علاقة الثقة والأمانة (**Fiduciary Relationships**) والمتمثلة بعلاقات العمل أو الوكالات التجارية او القيمين على رعاية أشخاص بحاجة إلى مساعدة قانونية أضحت في الآونة الأخيرة المدار الطبيعي لإعمال فكرة الخطأ المربح في نطاق المسؤولية العقدية، فقد ينتهك عامل الالتزام بالسرية الذي يفرضه عقد العمل مع شركة تجارية في الحفاظ الأسرار التجارية(**Trade Secrets**) فيفشي هذه الأسرار التجارية، والتي تمنح مزايا تنافسية بحكم طبيعتها، إلى شركة أخرى متواطئة فترتفع مبيعاتها على حساب الشركة الأخرى . وقد يستغل شخص نفوذه في شركة باعتباره مديرا مفوضا بها أو عضوا في مجلس أدارتها في إبرام عقود بمزايا خاصة لشركة أخرى يملكها .([٩])

ويتميز الخطأ المربح في القانون الإنكليزي والدول الذي تبنته باعتباره نمطا متميزا عن باقي صور الخطأ ألتقصيري او العقدي بخصائص جوهرية هامة :- الخصيصة الأولى انه خطأ لصيق بشخص مقترفه،وبعبارة أكثر وضوحا انه لا يجوز ترحيل الأخطاء المربحة التي يقترفها شخص الى شخص آخر. ولهذه الخصيصة أهمية حاسمة في نطاق مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع ومسؤولية الوارث .ففي نطاق مسؤولية المتبوع ، لا يجوز نسبت او ترحيل الأخطاء المربحة التي يرتكبها التابع إلى متبوعه بل تقتصر المطالبة اذا ما توافرت شروطها على العناصر التقليدية طبقا لمبدأ التعويض الكامل دون ان تتعداها الى مطالبة المتبوع بالربح الذي جناه تابعه إلا اذا كان متواطئا معه لان التعويض في حالة الخطأ المربح له صبغة شبه جزائية .(١٠) وفي نطاق مسؤولية الوارث –وخاصة في القوانين التي تصور الوارث باعتباره امتداد لشخصية المورث –لا يجوز مطالبة الوارث بالكسب الفائت الذي جناه مورثة من خطأ قد ارتكبه نظرا للطابع الاستثنائي لذلك التعويض لان - وبحسب تعبير جانب من الفقه الإنكليزي - دعوى التعويض عن الخطأ المربح تموت بموت مقترفها (**Die With the death of the wrongdoer**) ، وانه لا يجوز ، كما يقول جانب اخرمن الفقه الإنكليزي، ترحيل خطايا مقترف الفعلة الضارة المربحة إلى ورثته (**Visiting the defendant's sins on his estate**). (١١)

أما الخصيصة الثانية لفكرة الخطأ المربح عند الغالبية العظمى من الفقه الإنكليزي او الفرنسي انه خطأ عمدي من نوع خاص ذلك ان مقترف الفعلة الضارة لا ينوي محض إيقاع الضرر بالمضرور بل يسعى الى جني ربح من اقتراف فعلته بحيث تغدو نية إلحاق الأذى بمضروره مجرد وسيلة للوصول الى الغاية النهائية الذي يسعى إليها ألا وهي تحقيق الربح ،وتشكل ،من ثم ، الباعث الرئيسي لفعلته والتي ما كان يفكر في اقترافها لولا ذلك الربح . فلو قام صاحب متجر برفض تجديد عقد عمل لشخص يعمل لديه، فقام العامل بنشر الأسرار التجارية لذلك المتجر نكاية بصاحبه ورغبة منه بحرمانه من المزايا التنافسية التي توفرها تلك الأسرار فأن الخطأ الذي ارتكبه ذلك الشخص خطأ عمدي بسيط لم يسع مقترفه إلا لإيقاع الضرر على صاحب المتجر ، غير ان هذا العامل لو أفشى تلك الأسرار لمتجر منافس في مقابل عمولة معينة فان الخطأ الذي ارتكبه يكون خطأ عمديا مربحا . وهذا ما سار عليه القضاء الإنكليزي في أكثر من قضية ومنها القضية الشهيرة (**Rookes v. Barnard 1990**)حيث أكد القاضي الإنكليزي اللورد (**Devlin**) على تلازم الصفة العمدية مع فكرة الخطأ المربح باعتبارها شرطا جوهريا لسلب الربح الذي حققه محدث الفعلة الضارة بالقول " .....وثانيا اذا كان

المدعى عليه لم يقترف سلوكه(الخاطئ) الا بعد أن فكر وقدر بأن مقدار ما يجنيه من ربح يتجاوز على نحو مغر مقدار التعويض الواجب عليه (طبقا للقواعد التقليدية في تقدير التعويض) .([١٢]) ولقد تأثر مشروع قانون تعديل نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي الذي اشرف عليه الفقيه الفرنسي(**Catala**) والذي وضعت نصوص المسؤولية المدنية الخاصة به الأستاذة الشهيرة جنفيف فيني بما سار عليه القضاء والفقه الإنكليزي واشترط إسباغ صفة العمد على الخطأ المربح حتى يكون مستأهلا تعويضا خاصا بسلب تلك المنفعة التي غنمها مقترف الفعلة الضارة .لذلك يصف جانب من الباحثين الفرنسيين بأن الخطأ المربح بأنه ذلك السلوك المخالف للأخلاق والمتدبر فيه وغير النزيه والذي منه يغنم مقترفه منفعة مالية بخرق قواعد القانون والأخلاق.([١٣])ويجدر بالإشارة إن التقرير الذي أعدته محكمة النقض الفرنسية حول مشروع قانون تعديل نظرية الالتزام في القانون الفرنسي ، قد أيد بقوة تبني هذه الفكرة في القانون الفرنسي ، غير انه عاب صياغة نص المادة الأولي من المشروع التي تبنت فكرة الخطأ المربح ، لأنها-حسب اعتقادها-لم تبرز الصفة العمدية لفكرة الخطأ المربح([١٤])

ورغم تسليمنا بان غالبية الأخطاء المربحة غالبا ما تكون أخطاء عمدية ، فأننا ، من وجهة نظرنا المتواضعة، نرى بان ما ذهب إليه القضاء الإنكليزي وبعض الفقه الفرنسي من قول بان كل خطأ مربح هو خطأ عمدي رأي غير دقيق من الناحية العلمية وغير سديد من ناحية حسن السياسة التشريعية والقضائية . فمن جهة أولى فان الخطأ المربح ليس مجرد نوع من أنواع الخطأ العمدي بحيث ان الخطأ العمدي يكون بسيطا تارة ومربحا تارة أخرى بحسب اتجاه أو عدم اتجاه نية مقترف الفعلة الضارة إلى جني ربح من فعلته ام لا، بل هو نمط متميز ومستحدث يضاف إلى التصنيفات التقليدي للأخطاء التقصيرية والعقدية ويضيف اليها سمات جديدة . ومن ثم فقد يكون الخطأ اليسير خطأ يسيرا بسيطا او خطأ يسيرا مربحا وقد يكون الخطأ الجسيم خطأ جسيما بسيطا او خطأ جسيماً مربحا ، فواقعة تحقيق ربح واقعة مستقلة عن نمط الخطأ الذي اقترفه محدث الفعلة الضارة.ومن جهة ثانية ، فليس من حسن السياسية التشريعية والقضائية في شيء قصر تفريد تعويض خاص على حالات الخطأ العمدي المربح خاصة اذا ما اقترن الخطأ اليسير مع مصلحة راجحة يريد المشرع حمايتها كما فعل المشرع العراقي في قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣ في المادة ١٨ منه والتي أوجبت على مشتري العقار من الدولة اذا ما تخلف ان تسديد أقساط الثمن وقرر الوزير المختص تأجيل القسط المستحق عليه ان يدفع،منذ تأريخ استحقاق القسط ، متجاهلا شرط المطالبة القضائية ،الفائدة القانونية التي تستوفيها المصارف

الحكومية حسب طبيعة استعمال العقار حتى لا يجعل من خطئه اليسيرفي التخلف عن السداد وسيلة لجني ربح عن طريق استغلال عقار لم يدفع ثمنه.(١٥) وهكذا فعل المشرع الفرنسي في قانون التأمين في المادة **L. 211-13** منه والتي أوجبت على شركات التأمين التي تتخلف عن سداد مبلغ التأمين إلى المستفيد في نطاق التأمين الالزامي من حوادث السيارات وخاصة في الأحوال التي تكون عناصر المسؤولية واضحة على نحو بين أن يدفع ضعف الفائدة القانونية على مبلغ التأمين الى حين صدور الحكم النهائي، حتى لا يكون امتناع الشركة ، بعد ان تبينت انها ملزمة بالدفع من خلالها تجاربها السابقة ، والذي يرتقي الى مصاف الخطأ الجسيم ، وسيلة لكسب ربح على حساب المستفيد .(١٦)

وفضلا عن ذلك

، ليس من المنطق القانوني في شيء تقيد فكرة قانونية هي في بداية نشأتها بقيد ثقيل كقيد اشتراط العمد مما يعيق من تطورها ؛ لهذا فقد اعمل القضاء الإنكليزي فكرة الخطأ المربح غير العمدي في نطاق عقد الوكالة عندما يجني الوكيل ربحا من جراء تنفيذ وكالته بدون اشتراط ان يكون إخلاله عمديا وهذا ما حكم به هذا القضاء في بعض الأحكام التي عرضت عليه.(١٧) ويتميز الخطأ المربح ، وهذه هي الخصيصة الثالثة له، بأنه خطأ غير قابل للتغطية التأمينية .وهذا ما أكد عليه الفقه الفرنسي ، وتبناه مشروع تعديل نظرية الالتزام في القانوني في النص الوحيد الذي افرد لفكرة الخطأ المربح . ويعلل جانب من الفقه الفرنسي ذلك بأن جعل خطأ مقترف الفعلة الضارة سواء في نطاق المسؤولية العقدية او التقصيرية قابل للتغطية التأمينية يتعارض مع الهدف الرئيس (**Raison d'être**) من تبني هذه الفكرة ألا وهو استرداد الربح الذي جناه بفعلته الخاطئة ، ويمكن مقترف الفعلة الضارة من نقل عبء فعلته إلى شركات التأمين بينما يحتفظ هو بالربح الذي جناه.(١٨)

المطلب الثاني :- الأساس القانوني للتعويض المضاف في أحوال الخطأ المربح

لقد ثار جدل فقهي وقضائي عميق حول الأساس القانوني للتعويض المضاف في حالات الخطأ المربح ،نظرا لتعارض ذلك مع مبدأ التعويض الكامل : المبدأ الحاكم لنطاق التعويض في المسؤوليتين التقصيرية والعقدية . ولقد اجتهد الفقه والقضاء في بريطانيا وأمريكا وفرنسا في رده إلى أساس قانوني مكين، وكان لفقه الشريعة

الإسلامية الغراء محاولات متميزة في محاولة إيجاد اساس لهذه الفكرة. ولغرض الإلمام بذلك فسوف نقسم هذا المطلب الى فرعين ، نتناول في الفرع الأول الأساس القانوني لفكرة الخطأ المربح في الفقه الغربي، ثم نفرد الفرع الثاني للأساس القانوني لفكرة الخطأ المربح في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول:- الأساس القانوني لفكرة الخطأ المربح في الفقه الغربي

لقد اجتهد الفقه والقضاء في بريطانيا وفرنسا في ايجاد اساس قانوني لفكرة الخطأ المربح وقد تمخض هذا الاجتهاد عن نظريتين أساسيتين :- الإثراء غير المشروع في قبال الإثراء غير العادل (البريء) ونظرية الاسترداد الكامل في قبال التعويض الكامل وسوف نتناول كل واحد على انفراد.

اولا:- نظرية الإثراء غير المشروع في قبال الإثراء غير العادل

(The Theory of wrongful Enrichment versus Unjust Enrichment)

تنطلق هذه النظرية التي صاغها الفقيه الإنكليزي الشهير (**Peter Birks**) في مجموعة من أبحاثه والتي استندت إلى جملة من القرارات القضائية في أمريكا وبريطانيا . وتنطلق هذه النظرية من فكرة مفادها بأن استرداد الربح غير المشروع الذي جناه المسؤول بخطئه في حالات الخطأ المربح ما هو إلا تطبيق لنظرية الإثراء بلا سبب ، فإذا كان المشرع قد أجاز-في ظل نظرية الإثراء بلا سبب- اعادة التوازن بين ذمة المفتقر وذمة المغتني بطريق إعادة القيمة المالية التي انتقلت بشكل غير عادل وبرئ (**Unjust**) من ذمة المغتني إلى ذمة المفتقر ، فانه ، ومن باب أولى، يجوز اعادة القيمة المالية التي تحققت بشكل خاطئ(**Wrongful**) من ذمة مقترف الفعلة الضارة الى ذمة من وقع عليه اثر هذه الفعلة .فالإثراء غير العادل في ظل نظرية الإثراء بلا سبب يقابله الإثراء غير المشروع بخطأ مقترف الفعلة الضارة في حالات الخطأ المربح ، فكلاهما يبرر الاسترداد .([١٩]) وتعتبر القضية الأمريكية الرائدة (**Edwards v. Lee's Administrators 1939**) من بين أوائل القضايا التي استندت إلى مبدأ الإثراء دون سبب لتبرير استرداد الربح في حالات الخطأ المربح . وتتخلص وقائع هذه القضية بان المدعى عليه قد انشأ فندقا في أرضه لإسكان السائحين الذين يرمون زيادة كهف بهي يستمتعون بمعالمه ،

غير انه في حقيقة الأمر ظهر بأن ثلث الكهف-المقصد النهائي للسائحين- يقع في ارض المدعي .طالب بثلث الربح الصافي الذي حققه المدعى عليه والذي ما كان بأمكانه ان يجنيه لولا التجاوز الذي وقع على أرضه . استجابت المحكمة الأمريكية التي رفعت اليها الدعوى إلى الطلب المقدم على أساس الإثراء غير العادل الذي حققه المدعى عليه وبأنه " إن الفلسفة التي يستند اليها هذا الحكم والأحكام في القضايا المشابه ،إن مقترف الفعلة الضارة يجب ألا يسمح له بتحقيق ربح من فعلة خاطئة قد ارتكبها." (٢٠)

ولقد تبنت محكمة التمييز (الاتحادية) من نظرية الكسب دون سبب أساسا لأحد أحكامها النادرة التي أجازت فيها إمكانية استرداد المنفعة التي غنمها المسؤول من فعلته الضارة في قضية تتلخص وقائعها بأن المدعى عليه قد غصب أرضا زراعية غير انه غير من نوع استغلالها فحولها من الاستغلال الزراعي (الأقل ربحا) إلى الاستغلال الصناعي (الأكثر ربحا) فطالب المدعي بتعويضه عن اجر مثل استغلال الأرض صناعيا ، غير ان محكمة الموضوع لم تستجب الى الطلب ووجهت الخبراء إلى تقدير اجر المثل بحسب طبيعة الاستغلال المثبت بسند ملكيتها الا وهو الاستغلال الزراعي . لم يقتنع المدعي بالحكم فطلب نقضه امام محكمة التمييز فنقضته ، وأسست حكمها على النحو التالي" (ان) توجيه الخبراء لتقدير اجر مثل الأرض حسب جنسها الوارد بسند ملكيتها غير صحيح ولابد من ملاحظة نوع الاستغلال لتلك المساحة المطالب بأجر مثلها . فلم تلاحظ المحكمة (محكمة الموضوع) بالرغم ما ورد بسند ملكيتها باعتبارها ارض (الأصح أرضا) زراعية انها مستغلة تجاريا حيث انشأ عليها محطة وقود وغاز ، فكان عليها توجيه الخبراء بان يأخذوا بنظر الاعتبار بدل القطعة المتجاوز عليها لواقع حالها المذكور عند تقديرهم اجر المثل أي باعتبار ما استغلت به خلال المدة المطالب عنها باجر المثل كي لا يكون هناك إثراء بلا سبب على حسب المميز باعتبار إن المردود المالي للاستغلال التجاري أكثر من المردود الزراعي لذا قرر نقض الحكم المميز ."(٢١)

غير أن الفقه ، وتبعه في ذلك القضاء، سرعان من أدرك شطط الأحكام القضائية التي استندت إلى نظرية الإثراء دون سبب كأساس لاسترداد الربح في حالات الخطأ المربح ، إذ أن في هذا الاستناد سوء تطبيق لنظرية الكسب دون سبب من جهة أولى، وسوء فهم لوظيفة كلا الفكرتين من جهة ثانية ، والتشويه لنظم قانونية مستقرة

من جهة ثالثة. فمن ناحية سوء التطبيق فان الربح الذي جناه المسؤول لم يتحقق بانتقال عناصر موجبة من ذمة إلى ذمة أخرى كما هو الحالة في نظرية الكسب دون سبب ، بل ان مصدر ذلك الربح هو عمل وجهد وحسن إدارة المسؤول لمال المضرور والذي ما كان ليتحقق لولا هذا الجهد وحسن الإدارة ومن ثم فان هذا الإثراء لم يقابله افتقار ، او كما يعبر الفقه الإنكليزي بعبارة أوضح ، ان الربح لم يكن على حساب المضرور (**at the expense of the plaintiff**) . ومن ناحية سوء الفهم ، فان وظيفة نظرية الكسب دون سبب هو إعادة التوازن للذمم بريئة ، فلا يوجد مسؤول ولا مضرور ، ومن ثم يجب على الشخص ، حتى لو كان صغيرا غير مميز، ان يرد اذا ما اغتنت ذمته على حساب ذمة أخرى .(٢٢)بينما في ظل فكرة الخطأ المربح فان ما يفرض من تعويض استثنائي متمثل بأخذ ما جناه المسؤول بالفعلة الخاطئة التي ارتكبها له وظيفة ردعية ، وكأن القانون يقول لمقترف الفعلة الضارة :- إن فعلتك الخاطئة مهما كانت ذكية فان القانون لا يسمح لك بان تجني ثمارها. ومن ناحية التشويه ، فان السماح باسترداد ما حققه المسؤول من ربح استنادا إلى قواعد الإثراء دون سبب يؤدي إلى المزج بين المسؤولية التقصيرية ونظرية الإثراء دون سبب ويشوه كلا منهما في الطبيعة والوظيفة من غير مبرر. فضلا على انه-من ناحية إجرائية- لا يجوز الجمع في الدعوى الواحد بين عناصر مسؤوليتين مختلفتين.

وانسجاما مع هذا التوجه ، ذهبت أحدى محاكم الاستئناف في أمريكا إلى رفض طلب المدعي ،الذي اسند دعواه إلى نظرية الإثراء دون سبب، لاسترداد الربح الذي جناه المسؤول في قضية (**Beck and Others v. North Gas Company 1999**) . وتتلخص وقائع هذه القضية إن أحدى شركات استخراج الغاز الطبيعي ، خزنت جزء من فائض الإنتاج غير المورد بأرض ظهرت فيما بعد أنها مملوكة إلى المدعي . طالب المدعي –مالك الأرض- القيمة الايجارية للأرض (اجر المثل) فضلا عن الإرباح التي حققتها الشركة من هذا التجاوز . استجابت محكمة الموضوع إلى الطلب ومنحته اجر مثل إيجار الأرض وقدرته بمليونين دولار ، غير أنها رفضت منحه الربح الذي حققته الشركة والذي قدر ب(اثني عشر)مليون دولار. لم يقتنع محامي المدعي بالحكم وقدم طلبا الى محكمة الاستئناف لفسخه واسس لائحته الاستئنافية على أساس أن الربح الذي حققته الشركة ما هو إلا إثراء غير عادل جنته الشركة من فعل التجاوز الخاطئ. رفضت محكمة الاستئناف الطلب وصدقت حكم المحكمة الابتدائية مقررة أن الإرباح التي جنتها الشركة لم تأت من او على حساب المستأنف .(٢٣)

ثانيا :- مبدأ الاسترداد الكامل في قبال مبدأ التعويض الكامل

(Principe de restitution intégrale contre principe de réparation intégrale)

لقد لاقت فكرة الخطأ المربح –ذات الأصول الانكلوسكسونية –صدى طيبا في الأوساط القانونية الفرنسية وخاصة بعد تبينها في مشروع قانون تعديل نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي والتي تضمن المادة ١٣٧١(المقترحة) والتي نصت على انه:" في كل الأحوال التي يتبين فيها -على نحو جلي -إن شخصا قد اقترف خطأ مدبرا، وبالأخص إذا كان هذا الخطأ مربحا ، فأن يجوز تغريمه، فضلا عن التضمينات التعويضية ، بتضمين (تعويض) عقابي ، وللقاضي منح جزء من هذا التضمين إلى الخزينة العامة. ويجب أن يكون هذا الحكم(الذي فرض تضمينات عقابية) مسببا على نحو خاص، وان يفصل مبلغه عن باقي عناصر التعويض الأخرى الممنوحة إلى المضرور.و ان هذه التضمينات العقابية غير قابلة لأي تغطية تأمينية."(٢٤) وأدرك الفقه الفرنسي مدى القصور الذي يشوب القواعد الحاكمة لتعويض الضرر في المسؤوليتين التقصيرية والعقدية في القانون الفرنسي، معترفا بان فكرة الخطأ المربح تكشف على نحو بين قصورا أو عدم كفاية قواعد تعويض الضرر(**la faute lucrative comme reflet de l'insuffisance du droit de la réparation**) وان قواعد التقنين الفرنسي الحاكمة للمسؤولية المدنية ،ما هي الا قواعد مشجعة (لاقتراف) الأخطاء المربحة (**Le droit français de la responsabilité civil : Un droit encourageant la faute lucrative**) ، فالتقيد الحرفي بمبدأ: ألا تعويض إلا عن ضرر هو نفسه الذي سمح بانتشار وتطور أنماط الخطأ المربح في النظام المجتمعي الفرنسي.(٢٥))

واجتهد الفقه الفرنسي لإيجاد أساس قانوني لاسترداد الربح الذي اغتنمه المسؤول في حالات الخطأ المربح ،وطور نظرية أصلية تدعى الاسترداد الكامل في قبال التعويض الكامل:-فاذا كانت المادتان ١٣٨٢ و١١٤٧ وما يتبعهما المؤسستين لمبدأ التعويض الكامل في القانون الفرنسي والذي يرتكز على ثلاث حلقات متصلة :- تعويض كل الضرر ، ولكن ليس سوى الضرر، والأخذ بنظر الاعتبار ظروف المضرور بدون الالتفات الى طبيعية خطأ مقترف الفعلة الضارة وجسامته ولا الى شخص من اقترفه، بحيث يكون الهدف من ذلك هو وضع المضرور في المركز الذي يجب ان يكون عليه لو ان الخطأ لم يقترف.(٢٦)وهنا تكمن نقطة الضعف ، عند أصحاب هذه النظرية، في مبدأ التعويض الكامل الذي يعيد وضع المضرور دون أن يقترن بإعادة وضع المسؤول في المركز السابق لاقتراف الفعلة الضارة .ويرى أصحاب هذه النظرية بأن القواعد الحاكمة للمسؤولية المدنية في التقنين المدني الفرنسي يجب ألا تقتصر وظيفتها على إعادة وضع المضرور ، بل يجب أن تعيد طرفي المسؤولية (المضرور و المسؤول) إلى المركز اللذين كانا عليه قبل اقتراف الفعلة الضارة . واذا كان اعادة وضع المضرور الى الحالة السابقة على اقتراف الفعلة الضارة تدرك من خلال تطبيق مبدأ التعويض الكامل ، فان ذلك (اعادة

الوضع) يجب أن يدرك بالنسبة إلى المسؤول بطريق تبني مبدأ الاسترداد الكامل الذي يسمح بمحو النتائج المربحة للفعلة الضارة.([٢٧])

لا ، بل غالى بعض من الفقه الفرنسي ، ورأى في محض إعمال مبدأ الاسترداد الكامل والذي يسمح باسترداد ما ربحه المسؤول ، لا يحدث ذلك الأثر الردعي الذي ينادي به المتحمسون لإعمال فكرة الخطأ المربح في القانون الفرنسي ، ذلك إن محدث الفعلة الضارة يبقى في الوضع الذي كان عليه قبل اقتراف فعلته الضارة المربحة ويكون في مركز الرابح دائما(**Gagnant-Gagnant**) ، ونادى ،لأعمال فكرة الردع، أن يوضع مقترف الفعلة الضارة في موضع أسوأ من الوضع الذي كان عليه قبل اقتراف الفعلة الضارة عن طريق فرض تعويض أزيد من مقدار الربح الذي جناه بتضمينات عقابية. ([٢٨])

ومع اعترفنا بما ينطوي عليه هذا الرأي من نظر نافذ ، غير انه فيه سوء فهم لوظيفة الردع في نطاق فكرة الخطأ المربح . فالطابع الردعي ، في نطاق فكرة الخطأ المربح، يحدث أثره بطريق استرداد ما جناه المسؤول ، بدون ان يتعداه الى فرض مقدار اكبر، والقول بخلاف ذلك يدخلنا في نطاق نظرية أخرى الا وهي نظرية التضمين(التعويض) العقابي.([٢٩])ومن جهة ثانية، فان القول بان مقترف الفعلة الضارة المربحة يبقى في مركز الرابح دائما قول فيه مغالطة كبيرة ، ذلك أن الربح الذي يسعى المسؤول إلى الحصول عليه والذي انتزع منه بإعمال مبدأ الاسترداد الكامل لم يأت إلا بعد جهد ، وخبرة ، وحسن إدارة وتوظيف حسن للوقت، وفي أحيان كثيرة، بنفقات باهضة ، وهذا كله سوف يخسره ويضعه في موضع أسوا مما كان عليه قبل اقتراف الفعلة الضارة

.

الفرع الثاني:- الأساس القانوني لفكرة الخطأ المربح في الفقه الإسلامي

لقد بنى فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء -رغم ضيق نطاق الضرر المستأهل للتعويض فيها –([٣٠])نظرية في الخطأ المربح ، تضارع -إن لم تفق- النظرية التي أبدعها القضاء الانكو-امريكي ليس في تبيانهم لمواطن الخطأ المربح –وهي مواطن تحتاج إلى نظر نافذ وقوة تحليل -فحسب ، بل في الجزاءات التي رتبوها اذا ما تبين بأن مقترف الفعلة الضارة قد ارتكب فعلته سعيا وراء تحقيق الربح ،فلم يقصروها على عدم ترك الربح بيد مقترف الفعلة الضارة سواء في نطاق ضمان الفعل (المسؤولية التقصيرية) او ضمان العقد (المسؤولية العقدية) بل حولوا يد مقترف الفعلة الضارة إلى يد ضمان في الأحوال التي تكون يده على المال –قبل اقتراف فعلته المربحة- يد أمانة. فلقد رأى فقهاء الشريعة الإسلامية ما ينطوي عليه ترك الربح الذي جناه مقترف الفعلة الضارة

واستئثاره به من تعارض صارخ مع الأسس الشريعة المعتبرة وتحفيزا لمقترف الفعلة الضار على ارتكاب فعلته . ويمكن أن نحدد أهم ملامح نظرية الخطأ المربح في الفقه الإسلامي بالنقاط الرئيسة التالية:-

أولا:- لقد تتبع فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء مواطن الخطأ المربح ،بل برزت حتى عند أولئك الذين لم يرتبوا عليه إلا أثرا محدودا. ومن أهم هذه المواطن: استغلال الغاصب المال المغصوب ، واتجار المودع لديه بالوديعة او استعمالها ، وإيجار المستأجر المال بأكثر من الأجرة المتفق عليها مع المالك ، واستعمال او استغلال احد الورثة أعيان التركة قبل قسمتها ، التصرف في العين المعارة.([٣١])

ثانيا :- لقد تزعم الإمام الشافعي -وشاطره الرأي الاتجاه الغالب في المذهب الأمامي -تبني فكرة الخطأ المربح في الفقه الإسلامي ويمكن اعتباره الأب الروحي لهذه الفكرة في هذا الفقه، فدافع عنها وبرر وجودها ، وأبى أن يستأثر مقترف الفعلة الضارة بالربح الناتج عن فعلته مهما بذل من جهد أو انفق من مال في الحصول على هذا الربح لأنه معتد ولا يمكن للمتعدي أن يجني ربحا من فعلته ، بل لو هلك هذا الربح الذي جناه مقترف الفعلة الضارة او ضاع ،وجب عليه ان يرد قيمته الى مالك الشيء الذي استغل ماله –بغير حق- لان هذا الربح ما هو الا غلة ماله . وهذا ما أوضحه الإمام الشافعي في كتابه (الأم)بشكل جلي" واذا غصب الرجل من الرجل دابته فاستغلها او لم يستغلها ولمثلها غلة ، او دارا فسكنها او اكراها (اجرها) او لم يسكنها ولم يكرها ولمثلها كراء ، او شيئا ما كان له غلة استغله او لم يستغله ، انتفع به او لم ينتفع به فعليه كراء مثله من حين اخذه حتى يرده . الا انه (الغاصب)ان كان اكراه (أجره) بأكثر من كراء مثله(هنا الربح الذي حققه الغاصب أكثر من الكسب الفائت على مالك الشيء المغصوب) فالمغصوب (مالك الشيء)بالخيار في ان يأخذ ذلك الكراء(الذي ربحه الغاصب) لأنه كراء ماله (هنا يعلل الامام الشافعي الاساس الشرعي لنظريته في الخطأ المربح) او يأخذ كراء مثله ، ولا يكون لاحد غلة بضمان الا المالك لان رسول الله صلى الله عليه وسلم انما قضى بها للمالك الذي كان اخذ ما احل الله له والذي كان إن مات المغل مات من ماله ، وان شاء ان يحبس المغل حبسه الا انه جعل له الخيار ان شاء ان يرده بالعيب رده، فاما الغاصب فهو ضد المشتري، الغاصب اخذ ما حرم الله تعالى عليه ولم يكن للغاصب حبس ما في يديه ولو تلف المغل (الربح الذي نتج من استغلال الغاصب للمال المغصوب) كان الغاصب له ضامنا حتى يؤدي قيمته الى الذي غصبه اياه ."([٣٢]) ويقول في موضع آخر " ولو اغتصبه أرضا فغرسها نخلا أو أصولا أو بنى فيها بناء أو شق فيها انهارا كان عليه كراء مثل الأرض بالحال الذي اغتصبه إياها وكان على الباني والغارس ان يقلع بناءه وغرسه ، فإذا قلعه ضمن ما نقص القلع الأرض حتى يرد اليه الأرض بحالها حين اخذها ويضمن القيمة بما نقصها."([٣٣]) وتبنى فقهاء المذهب الأمامي في الاتجاه الغالب نفس رأي الإمام الشافعي في اغلب

حالات الخطأ المربح في الفقه الإسلامي ، جاء في مختلف الشيعة للمحقق الحلي في باب الاتجار بالوديعة ما يلي" اذا اتجر الودعي (المودع لديه) من غير اذن المالك ، كان ضامنا، والربح للمالك بأجمعه ، قاله الشيخان وسلار وابو الصلاح وابن البراج وغيرهم.....والذي رواه مسمع قال:- قلت لأبي عبد الله عليه السلام :- إني كنت استودعت رجلا مالا فجحدنيه وحلف لي عليه ، ثم انه جاءني بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنت استودعته اياه ، فقال :- هذا مالك فخذه وهذه اربعة آلاف درهم ربحتها في مالك ، فهي لك مع مالك ، واجعلني في حل ، فأخذت منه المال ، وأبيت ان آخذ الربح منه ، واوقفته المال الذي كنت استودعته ، وأتيت حتى استطلع رأيك فما ترى ؟ قال: فقال :" خذ نصف الربح وأعطه النصف وحلله ، ان هذا رجل تائب ، والله يحب التوابين ، والظاهر ان ذلك على وجه الاستحباب."([٣٤])

وجاء في اللمعة الدمشقية ما يلي" ولو زرع الغاصب الحب فنبت او احضن البيض فأفرخ فالزرع والفرخ للمالك على اصح القولين ، لأنه عين مال المالك وإنما حدث بالتغير اختلاف الصور ، ونماء الملك للمالك وان كان بفعل الغاصب."([٣٥])

ثانيا:- وإذا كان الإمام الشافعي قد رفع لواء فكرة الخطأ المربح في الفقه الإسلامي ، تزعم أبو يوسف-احد تلاميذ الإمام أبي حنيفة- الاتجاه المعارض لهذه الفكرة في الفقه الإسلامي وشاطره نفس الرأي المذهبان المالكي ، وبرر معارضته بالقاعدة الشهيرة (الخراج بالضمان) ؛ فلما كان المال المغضوب-بعد الغصب او الحال المساوي للغصب كالاتجار بالوديعة- قد دخل في ضمان الغاصب ، فان غلة هذا المال وربحه تكون للغاصب وجاز له الاستئثار به على خلاف الاتجاه الغالب في المذهب الحنفي الذي يوجب على الغاصب التصدق في غلة وربح المال المغصوب . جاء في مجمع الأنهر وملتقى الأبحر ما يلي " اذا غصب ارضا فزرعها كرين فأخرجت ثمانية اكرار ولحقه من المؤنة قد كر ونقصها قدر كر فأنه (الغاصب) يأخذ اربعة اكرار ويتصدق بالباقي ، وعند ابي يوسف لا يتصدق به أي بالباقي لان الزيادة حصلت في ضمانه وملكه لان ما ضمن من الفائت يملكه بالضمان وعندهما (الامام ابو حنيفة وتلاميذه محمد) انه صار ملكا له (للغاصب)ملكا خبيثا وحراما لخبث السبب وهو التصرف في ملك الغير فيكون سبيله التصدق . وكذا لو استغل (الغاصب) العبد المغصوب أي لو آجر العبد المغصوب واخذ غلته فنقصه الاستغلال او آجر المستعار ونقص يضمن النقصان لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه فيجب عليه (على الغاصب) ضمان قيمة ما تعذر رده من اجزائه كلا او بعضا وما فضل من الغلة والاجرة تصدق به عند الطرفين (الامام ابي حنيفة وتلميذه محمد) خلافا له أي لابي يوسف لما ذكرنا انفا . وان تصرف (الغاصب)في الغصب او الوديعة فربح وهما يتعينان بالتعيين كالعروض ونحوها تصدق الربح ولا

يطيب له عند الطرفين (الامام ابي حنيفة وتلميذه محمد) خلافا له (أي لابي يوسف) ايضا كخلافه في المسألة التي قبلها."([٣٦]) وفي المذهب المالكي ، قال ابن رشد الحفيد –في مسألة استغلال العين المودعة-في كتابه بداية المجتهد ونهاية المقتصد " واختلفوا في هذا الباب في فرع مشهور ، وهو فيمن أودع مالا فتعدى فيه واتجر فربح فيه ، هل ذلك الربح حلال او لا؟ قال مالك والليث وابو يوسف وجماعة :- اذا رد المال طاب له الربح وان كان غاصبا للمال فضلا عن ان يكون مستودعا عنده ، قال ابو حنيفة وزفر ومحمد بن الحسن :- يؤدي الأصل ويتصدق بالربح ، وقال قوم : لرب الوديعة الاصل والربح.....فمن اعتبر التصرف قال: الربح للمتصرف (المستودع –المودع لديه) ، ومن اعتبر الاصل قال: الربح لصاحب المال."([٣٧])

ثالثا:- وقف الإمامان ابو حنيفة وتلميذه محمد بن الحسن الشيباني موقفا وسطا بين رأي الإمام الشافعي والأمامية ورأي ابي يوسف والمالكية ، فهما من جهة اولى لم يسمحا لمالك الشيء الذي وقع عليه التعدي باسترداد الربح الذي جناه الغاصب أو من حكمه لان غلة الشيء وربحه على الشخص الذي دخل في ضمانه الشيء طبقا لقاعدة الخراج بالضمان ، غير أنهما تنبها ما ينطوي عليه استبقاء الغلة والربح في يد الغاصب من مجافة صريحة لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء التي تحرص غاية الحرص ان يكون كسب المسلم طيبا ، وهذا ما لم يتحقق فيما كسبه الغاصب من غلة وربح وقد نتجتا بسبب خبيث (واقعة الغصب او الحال المشابه للغصب)، لهذا فقد أفتيا بأن على الغاصب أن يتصدق بما كسبه من غلة وربح ، ولا يحل له الاحتفاظ بهما، أي ان الامام ابا حنيفة وتلميذه محمد يرتبان ما يعرف باللغة القانونية المعاصرة التزاما طبيعيا على عاتق الغاصب ومن في حكمه في التخلي عن غلة المغصوب وربحه في موارد التصدق المعروفة. وفي ذلك يقول الإمام محمد بن الحسن في كتابه الأصل " قلت : أرأيت الرجل يغصب الرجل الدابة فيؤاجرها فأصاب من غلتها او غصب عبدا فأصاب من غلته لمن تكون تلك الغلة ؟ قال : تكون للغاصب ، ويؤمر أن يتصدق بها . قلت : ولم لا تكون الغلة لصاحب العبد ؟ قال: لأنه كان في ضمان غيره ، فلا يأكل غلته وهو في ضمان غيره. قلت: أريت العبد والدابة إن كان مات احدهما من عمل الغاصب فضمنته القيمة أيستعين بتلك الغلة في القيمة ؟ قال :نعم. قلت : وما فضل بعد تصدق به ؟ قال : نعم ."([٣٨]) وجاء في موضع اخرمن نفس الكتاب ما نصه " أرأيت رجلا اغتصب من رجل حنطة فزرعها أو شعيرا أو شيئا مما يزرع فزرعه ثم جاء صاحبه وقد أدرك أو جاء وهو بقل (أي اخضر) ما له على الغاصب ؟ قال: له عليه حنطة مثل حنطته وشعير مثل شعيره مثل كيله والزرع للغاصب. قلت : فهل تحل للغاصب الزيادة ؟ قال : لا تحل له ، وعليه ان يتصدق بما كان فيه من فضل، وليس لرب الطعام على الربح سبيل. قلت : أرأيت رجلا اغتصب من رجل نخلة صغيرة فغرسها فأدركت، او عودا صغيرا غرسه في أرضه فكبر ، فجاء رب

النخلة والعود ، هل له على النخلة والعود سبيل ؟ قال: ليس له على الشجر سبيل ، ولكنه يضمنه قيمته يوم اغتصبه."([٣٩])

ثالثا:- لقد تشدد الفقه الإسلامي في الضرب على ايدي الأشخاص الذين يقومون بتصرفات خاطئة فيها مظنة الربح على حساب اموال الغير-متفوقين حتى على القانون الانلكو-امريكي صاحب نظرية الخطأ المربح في الفقه الغربي- فقد قلبوا يد المستعير او المودع من يد امانة الى يد ضمان في الاحوال التي يتصرف فيها المستعير او المودع على نحو يخالف مقتضى عقده ، وينطوي هذا التصرف على مظنة الربح ، بل ضمنوا كذلك اليد التي انتقلت اليها العين المودعة او المعارة وهلكت عندها ، ومنحوا مالك الشيء المعار او المودع الخيار بالرجوع على يد المودع لديه او المستعير أو الغير الذي تعاقد مع المودع لديه او المستعير . جاء في مجمع الأنهر وملتقى الأبحر " لا تؤجر ولا ترهن الوديعة لأنها أمانة فلا يجوز التصرف فيها فأن آجرها أي آجر المستعير العارية فتلفت أي هلكت العارية ضمن ايهما شاء أي المعير(مالك الشيء) مخير ان شاء يضمن المستعير لانه صار غاصبا بتعديه او يضمن المستأجر لانه قبض ملك غيره بغير اذنه ، فأن ضمن أي المعير المؤجر أي المستعير لا يرجع بما غرمه على احد لانه بالضمان تبين انه آجر ملك نفسه ويتصدق بالأجرة عندهما (يقصد الامام ابا حنيفة وتلميذه محمد بن الحسن) خلافا لابي يوسف وان ضمن المستأجر رجع على المؤجر أي المستعير ان لم يعلم المستأجر انه أي ان ما استأجره عارية عند مؤجره وهو المستعير لكونه مغرورا من مؤجره ."([٤٠]) وقد تأثر المشرع بهذا الاتجاه السائد في الفقه الإسلامي ،فقنن هذا التوجه-بشيء من التحوير- في نطاق عقدي الوديعة والعارية ، فنصت المادة (٩٥٦) في نطاق عقد الوديعة –والتي لا نظير لها في القانون المدني المصري- على انه " ١- ليس للوديع ان يستعمل الوديعة وينتفع بها دون إذن صاحبها ، وان استعملها بلا اذنه وهلكت فعليه ضمانها. ٢- وليس للوديع ان يتصرف في الوديعة بإجارة أو إعارة أو رهن بلا إذن صاحبها ، فأن فعل ذلك وهلكت في يد المستأجر او المستعير او المرتهن ، فلمالكها تضمين الوديع وله تضمين المستأجر او المستعير او المرتهن ، اذا كان عالما بأن المال وديعة لم يأذن صاحبها بالتصرف فيها." فنصت المادة (٨٥٥) من القانون المدني العراقي –والتي لا نظير لها في القانون المدني المصري- على انه " ليس للمستعير ان يؤجر العارية ولا ان يرهنها بدون اذن المعير. ٢- فأذا آجرها بلا اذنه فهلكت في يد المستأجر او تعيبت فللمعير ان شاء ضمن المستعير وان شاء ضمن المستأجر ، فأن ضمن المستعير فلا رجوع له على احد بما ضمنه ، وان ضمن المستأجر فله الرجوع على المستعير اذا لم يعلم وقت الإجارة إنها عارية في يده، وان رهنها بلا اذن المعير وهلكت في يد المرتهن وضمن المعير المستعير يتم الرهن فيما بين المستعير الراهن وبين المرتهن."

اما اذا كانت يد الشخص المعتدي يد ضمان كيد الغاصب، فأنه –من باب اولى- ان يتحمل هلاك الشيء الذي في يده ، غير ان فقهاء الشريعة الاسلامية الغراء لم يكتفوا بذلك ، بل ضمنوا اليد التي انتقلت اليها العين بتصرف من الغاصب حتى لو كانت تلك اليد يد امانة ، وفي ذلك يقول ابن قدامة في كتابه المغني" اذا اجر الغاصب المغصوب ، فالاجارة باطلة ، على احدى الرويات ، كالبيع ، ولمالكه تضمين ايهما شاء اجر مثلها ، فأن ضمن المستأجر ، لم يرجع بذلك بذلك، لانه دخل في العقد على انه يضمن المنفعة ، الا ان يزيد اجر المثل على المسمى في العقد ، فيرجع بالزيادة ويسقط عنه المسمى في العقد . وان كان دفعه الى الغاصب ، رجع به. وان تلفت العين في يد المستأجر ، فلمالكها تغريم من شاء منهما قيمتها ، فان غرم المستأجر فله الرجوع بذلك على الغاصب ، لانه دخل معه على انه لا يضمن العين، ولم يحصل له بدل في مقابل ما غرم. هذا اذا لم يعلم بالغصب ، وان علم لم يرجع على احد، لانه دخل على بصيرة ، وحصل التلف في يده ، فاستقر الضمان عليه . وان غرم الغاصب الاجرة والقيمة ، رجع بالاجر على المستأجر على كل حال، ويرجع بالقيمة ان كان المستأجر عالما بالغصب ، والا فلا."([٤١])وجاء في موضع اخر من المغني " وان اودع المغصوب ، او وكل رجلا في بيعه ، ودفعه اليه ، فتلف في يده ، فللمالك تضمين ايهما شاء ؛ اما الغاصب فلانه حال بين المالك وبين ملكه ، واثبت اليد العادية عليه ، والمستودع والوكيل لاثباتهما ايديهما على ملك معصوم بغير حق. فأن غرم الغاصب ، وكانا غير عالمين بالغصب ، استقر الضمان عليه ، ولم يرجع على احد ، وان غرمهما رجعا على الغاصب بما غرما من القيمة والاجر ، لانهما دخلا على ان لا يضمنا شيئا من ذلك ، ولم يحصل لهما بدل عما ضمنا . وان علما انها مغصوبة استقر الضمان عليهما ؛ لان التلف حصل تحت ايديهما من غير تغرير بهما ، فأستقر الضمان عليهما لان التلف حصل في ايديهما."([٤٢])

المبحث الثاني :- التصنيف النوعي للأخطاء المربحة في المسؤولية المدنية

لما كانت واقعة تحقيق ربح مستقلة عن طبيعية الخطأ الذي ارتكبه مقترف الفعلة الضارة ، بات من السهولة بمكان تصور تحقق واقعة الربح في نوعي المسؤولية المدنية ، ومن ثم ، ميز القضاء والفقه في إنكلترا وفرنسا بين صنفين من الأخطاء المربحة : الخطأ المربح التقصيري والخطأ المربح العقدي . غير انه سرعان ما ثار خلاف عميق في مدى انطباق هذه الفكرة على نوعي المسؤولية ، و أنكر جانب من القضاء ، وتبعه في ذلك الفقه، في إعمال فكرة الخطأ المربح في نطاق المسؤولية العقدية . ولغرض الإلمام بكل ذلك فسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول الخطأ المربح التقصيري ثم نفرد المطلب الثاني للتوفر على الخطأ المربح العقدي.

المطلب الأول:- الخطأ المربح التقصيري

لقد كان للقضاء الإنكليزي قصب السبق –في الأنظمة القانونية المعاصرة-في إدراك حالات الخطأ المربح في نطاق المسؤولية التقصيرية وإعمال الأثر المترتب عليها ، وكانت قضايا التجاوز على الأراضي بما يعرف في القانون الإنكليزي ب(**Trespass to land**) الموطن الأول الذي اعملت فيه هذه الفكرة.(٤٣) وأدرك القضاء الإنكليزي ، في القضايا التي عرضت عليه في ذلك الموطن من مواطن المسؤولية التقصيرية ، ما ينطوي عليه إعمال اثر هذه الفكرة من خروج عن القواعد التقليدية في التعويض . فحاول إعمال اثر هذه الفكرة تحت ستار افتراض قرينة قضائية ان ما حققه مقترف الفعلة الضارة من كسب يساوي ما فات المضرور من ربح ، فإذا ما اثبت المسؤول عكس هذه القرينة او طالب بالنفقات التي صرفها في تحقيق الربح والذي منحه القاضي للمضرور ، صرح القضاء الإنكليزي بان الهدف من الحكم باسترداد ما جناه المسؤول من كسب هو ردعه عن فعل التجاوز على ارض الغير لتحقيق ربح له ؛ لأنه من غير المقبول قانونا ان يكون خطأ الشخص مصدرا لمغنم او ربح له.(٤٤) وتعتبر قضية (**Martin v. Porter 1839**) من بين القضايا الرائدة في مجال إعمال فكرة الخطأ المربح في قضايا التجاوز على الأراضي في القانون الإنكليزي . وتتلخص وقائع هذه القضية بأن المدعى عليه قد تجاوز على ارض المدعي بعمد وقام باستخراج كميات الفحم التي تحتويها هذه الأرض من الفحم . قررت المحكمة بتعويض المدعي (مالك الأرض) عن الخسارة التي أصابته من استخدام حق مرور(**Way leave**) على ارض بدون موافقته فضلا عن القيمة السوقية للفحم الذي باعه المسؤول والمستخرج من ارض المدعي . تقدم محامي المدعى عليه(المتجاوز) بطلب إلى إنقاص مبلغ التعويض عن قيمة الفحم السوقية بمقدار كلفة استخراجه وتقدير مقدار التعويض بقيمة الفحم وهو في باطن الأرض لان " قيمة الفحم وهو في باطن الأرض هي اقل بكثير من القيمة الذي بيع فيها الفحم في السوق والتي اوجبت المحكمة (على المدعي عليه) دفعه".غير ان قاضي الموضوع البارون (**Barke**) لم يلتفت الى هذا الدفع ورد عليه " انه لا يعترينني اسف فيما تبينت من قاعدة لحكمي ، لان الهدف من ذلك هو منع المتجاوزين بعمد (على اراضي الغير) من القيام بذلك".(٤٥) او كما صرح القاضي (**Page Wood**) في قضية (**Powell v. Aiken 1858**) –ذات الوقائع المشابهة لقضية (**Martin v. porter**) –بان الفقرة الحكمية التي قضت باسترداد قيمة الفحم المباع من المدعى عليه قد استند " إلى الربح المتحقق باستخراج الفحم وبيعه حتى يكون ذاك وفاقا لما اقترفه المدعى عليه من تجاوز على ارض المدعى ولم يكن له من هدف إلا تحقيق الربح. " (٤٦)

ثم ما لبث القضاء الإنكليزي أن وسع من إعمال فكرة الخطأ المربح في نطاق قضايا التشهير بالأشخاص والحط من مكانتهم في نظر الجمهور لإغراض ترويج كتبهم او صحفهم او برامجهم لجني الأرباح أو في نطاق ما يعرف في القانون الإنكليزي بالتحريض على الإخلال بالالتزامات العقدية (**Inducing the breach of contract**) . كما حدث في قضية (**Broome v. Cassell & Co.**١٩٧٢) والتي تتلخص وقائعها بأن ناشرا قد ضمن كتابه تشهيرا بمجموعة من ضباط البحرية الإنكليز وحملهم المسؤولية عن أحدى الكوارث البحرية ، ورغم مناشدة هؤلاء الضباط الناشر بالامتناع عن نشر الكتاب لما يشكله من تشهير لهم ، فقد صدر الكتاب بدون أن يتضمن إلا تعديلات طفيفة . وجه قاضي الموضوع هيئة المحلفين بأن تأخذ بنظر الاعتبار ما جناه الناشر من ربح في تقدير التعويض ،فقدرته هيئة المحلفين آخذة بنظر الاعتبار ما حققه الناشر من ربح . صادق مجلس اللوردات على الفقرة الحكمية الخاصة بمفردة التعويض عن ربح الناشر،لان الهدف منها تجريد الناشر من الربح الذي جناه من فعل التشهير.([٤٧])وتعتبر حالات التحريض على الإخلال بالالتزامات العقدية من بين أهم المواطن التي اعمل فيها القضاء الإنكليزي فكرة الخطأ المربح حتى يعطي للروابط العقدية ذاك الاستقرار ويرسخ من حجيته ويمنع عبث الاغيار من إغراء احد المتعاقدين لإخلال بالتزاماته العقدية . وتطبيقا لذلك ، ذهب القضاء الأمريكي في قضية (**Federal Sugar Refining Co.v. US Sugar Equalization Board Inc. 1920**) والتي تتلخص وقائعها بأن المدعى عليه قد حرض تاجرا أجنبيا قد ابرم عقد تجهيز مادة السكر مع أحدى الشركات على ان يمتنع عن تنفيذ صفقة الشراء ، واعدا إياه بأنه سوف يورد إليه الكمية التي يرغب بها. فأستغل المدعى عليه صفته باعتباره المجلس الأمريكي للمقايسة والمعايرة لمادة السكر فرض منح الشركة المتعاقدة شهادة التصدير . طالبت الشركة بالتعويض ، استجابت المحكمة التي رفعت إليها الدعوى إلى طلب التعويض بمبلغ يساوي الربح الذي جناه المدعى من الصفقة، رغم أن المدعى عليه اثبت بان الشركة المدعية لم يصبها أي ضرر لأنها قد باعت كمية السكر المتعاقد عليها إلى مشتر آخر.([٤٨])

ويجدر بالإشارة هنا ، إن فكرة الخطأ المربح لم تبق حبيسة سوح القضاء الانكلو-امريكي ، والهيئات القضائية التي تسير في فلكه ، بل امتد تأثيرها حتى إلى معاقل الأنظمة القانونية العريقة التي لا ترى للتعويض في المسؤولية المدنية إلا وظيفة جبر الضرر ، فتأثر بها القضاء الألماني والتشريعات الفرنسية الخاصة بحماية الملكية الفكرية والصناعية . فقد وظف القضاء الألماني كوسيلة فعالة لحماية الحق في الخصوصية في كل الأحوال التي يتبين فيها ان مقترف الفعلة الضارة الماسة بالحق في الخصوصية ما اقترفت الا الى جني الربح . ففي قضية شهيرة تدعى في الأوساط القانونية الألمانية بقضية أميرة موناكو، نشرت مجلة المانية بأن الأميرة

كالورين اميرة موناكو تعاني من مرض السرطان على غلاف المجلة ، غير أنها أوردت في تفاصيل الخبر في داخل المجلة بأن الأميرة قد اجرت اختبارات طبية وقائية لمعرفة حالتها الصحية. فرفعت الاميرة الدعوى لدى أحدى المحاكم الابتدائية الالمانية على الصحيفة مطالبة بتعويضها عن الأضرار التي لحقت بها من جراء اعتقاد العامة بأنها مصابة بمرض السرطان،فقررت المحكمة لها تعويضا مقداره سبعة آلاف يورو فضلا عن اجبار الصحيفة بنشر تكذيب الخبر الذي روجته، وعندما طلبت الاميرة نقض الحكم امام المحكمة الاتحادية العليا في المانيا بعد تأييده من قبل محكمة الاستئناف، استجابت المحكمة الاتحادية العليا في المانيا طلب نقض الحكم وعابت على حكم المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف بأن مقدار التعويض الممنوح كان قليلا جدا، وان طريقتهما (التقليدية) في حساب التعويض غير مناسبة لظروف القضية ،وان ما حكما به من تعويض لم يكن كافيا لأنه لم يأخذ بنظر الاعتبار ما جنته المجلة من ربح من انتهاكها لحق الأميرة كالورينا(طالبة النقض) في الخصوصية وخاصة إن المجلة ما اقترفت خطأها الا لباعث تحقيق هذا الربح. وأضافت المحكمة في حيثيات حكمها بأنها يجب ان تدخل في عوامل احتساب الضرر نتائج انتهاك الحق في الخصوصية والدوافع التي من اجلها ارتكب المسؤول فعلته ودرجة جسامة خطئه. وان مقدار التعويض يجب ان يكون ذا اثر ردعي بحيث يكون مناسبا ويشكل عبئا على المسؤول، وهذا لا يتحقق-في القضية المعروضة أمامنا-الا اذا كان مقدار التعويض الممنوح مساويا لما جناه مقترف الفعلة الضارة من ربح.([٤٩]) وتأثرت بها التشريعات الفرنسية الخاصة بالملكية الفكرية والصناعية ، فعلى سبيل المثال نصت المادة **L.331-1-4** من تقنين الملكية الفكرية لسنة ١٩٩٢ المعدل على ان للمحكمة المدنية –المعروض امامها النزاع- ان تأمر بمصادرة كل او جزء من العائد (الربح) الذي استحصل بفعل التقليد وتمنحه للشخص المتضرر. وكذلك نص المادة **L.331-1-3** من نفس القانون والتي أجازت للمحكمة- المعروض عليها النزاع- في تقديرها للضرر الذي أصاب المدعي من جراء فعل الانتهاك ان تسترشد بجملة من المعايير ومن بينها ما حصل عليه المدعى عليه من ربح . ويرى جانب من الفقه الفرنسي ان هذه النصين ما هما إلا بوادر لإدخال فكرة الخطأ المربح في النظام القانوني الفرنسي.([٥٠])

المطلب الثاني :- الخطأ المربح العقدي

إذا كان القضاء الانكلو-أمريكي قد أدرك فكرة الخطأ المربح واعملها في نطاق المسؤولية التقصيرية، فانه قد انتهج سنة التطور في إعمالها في نطاق المسؤولية العقدية ، فتنكر –في البداية-عن إعمالها في القضايا الأولى التي عرضت عليه . وقد برر جانب من الفقه الإنكليزي ذلك بالقول بان نطاق التعويض في المسؤولية العقدية تقليديا أضيق مما عليه في المسؤولية التقصيرية ، فثمة قدر متقين انصرفت إليه إرادة المتعاقدين بالا يتعدى مقدار

التعويض الذي يلزم به احدهما مقدار الخسارة المتحققة والمصلحة المالية التي أنشأها العقد وألا يتجاوز مقدار التعويض ذلك الحد ، ولا يتعداه إلى الربح الذي يجنيه احدهما من جراء إخلاله بالعقد. فضلا على أن السماح لطرف العقد الضحية بالتدخل في العقد المربح الذي ابرمه الطرف المخل سيؤدي بالضرورة إلى عدم استقرار العلاقات التعاقدية في المجتمع والتي يحرص القانون على ضمان استقرارها ما استطاع إلى ذلك سبيلا. (٥١)

واتساقا مع هذا التوجه ، رفض القضاء الإنكليزي إعمال فكرة الخطأ المربح في قضية (**Occidental Worldwide Investment Corp v. Skibs A-S Avanti 1976**) والتي تتلخص وقائعها بأن المدعى عليه قد ابرم مشارطة إيجار مجموعة من سفنه الى المدعي ، ونظرا لارتفاع أسعار إيجار السفن الذي طرأ في بريطانيا سنة ١٩٧٣ فقد تنصل عن العقد الذي ابرمه مع المدعي وأجرها الى مستأجرين آخرين وجنى من ذلك ربحا تجاوز ثلاثة ملايين باوند . طالب المدعي (المستأجر) تعويضه عن الأضرار التي لحقت به ومن ضمنها الربح الذي جناه من جراء إخلاله العقدي. رفضت المحكمة الإنكليزية الطلب الخاص بتضمين مبلغ التعويض المطالب به مقدار الربح الذي جناه المدعى عليه ، وعللت حكمها بان المدعي يستطيع ان يطالب بمقدار الخسارة التي لحقت به دون الربح الذي جناه المدعى،" لان الربح لم ينشأ بشكل مباشر من واقعة الإخلال ،فالإخلال كان بسحب السفينة ، وليس فيما طرأ فيما بعد من إيجارها ثانية ."(٥٢)

ورفض القضاء الإنكليزي ثانية إعمال فكرة الخطأ المربح في قضية (**University of Nottingham v. Fishel 2001**) والتي تتلخص وقائعها بان السيد (**Fishel**) قد ابرم عقد عمل مع جامعة (**Nottingham**) ، غير انه تبين للجامعة فيما بعد بأنه متعاقد مع جهة أخرى ويؤدي أعمالا استشارية لها بدون علمها ولا موافقتها . رفضت المحكمة الإنكليزية التي رفعت إليها الدعوى التي تقدم بها المدعي لاستحواذ على المبالغ التي حصل عليها المدعى ، وعللت حكمها بأنه لا يجود بند صريح في العقد المبرم بين المدعى (الجامعة) والمدعى عليه يمنعه عن القيام بأعمال استشارية ، فضلا على ان الربح المتحقق للمدعى عليه قد نشأ عن واقعة لا علاقة لها بعقد العمل المبرم مع المدعى.(٥٣)

غير إن القضاء الإنكليزي بمنهجه العملي العلمي الرصين سرعان ما واجه مجموعة من القضايا التي عرضت عليه والتي رأى فيها ضرورة إعمال فكرة الخطأ المربح ، وخاصة عندما يرتبط الربح الذي جناه المسؤول بعلاقة عقدية قائمة على الثقة والائتمان المطلق(**Fiduciary relations**) بحيث إن الربح ما كان ليجنى لولا الثقة التي منحت للطرف المخل. وأضحت علاقات النيابة الصريحة أو الضمنية مدارا رحبا اعمل فيه القضاء الانكلو-امريكي فكرة الخطأ المربح. فأعمل القضاء الإنكليزي فكرة الخطأ المربح في قضية (**Esso Petroleum v. Niad 2001**) والتي تتلخص وقائعها بأن شركة ايسو بتروليم-احدى الشركات الكبيرة لتجهيز المشتقات النفطية- قد تعاقدت مع احد الموزعين ، وقد تضمن العقد المبرم التزام الأخير بان يعد تقريرا يوميا عن أسعار المشتقات النفطية للشركات المنافسة ويرسلها الى شركة ايسو بتروليم لكي تقرر السعر الذي يجب أن تباع به المشتقات النفطية والذي يجب على الموزع أن يلتزم به. غير أن الموزع لم يتقيد -ولمرات عديدة -بالتسعيرة التي وضعتها الشركة وباع بسعر أعلى واحتفظ بالزيادة له . رفعت شركة ايسو بتروليم الدعوى مطالبة بتعويضها عن الضرر الذي اصابها محسوبا على أساس فروق الأسعار التي احتفظ بها الموزع. استجابت محكمة الموضوع التي رفعت لها الدعوى مقررة استرداد جميع الأرباح التي حصل عليها الموزع ، وعللت استناد حكمها على الربح الذي جناه المدعى عليه كأساس لتقدير التعويض ،لان الاعتماد أي أساس أخر للتقدير سوف يشوبه عدم الدقة.([٥٤])

وقد تثير مسألة مقدار الربح المتحقق من جراء الإخلال بالالتزامات العقدية إشكالية حقيقية في تحديد المقدار الواجب منحه للطرف الضحية في العقد خاصة اذا تضافرت –مع الإخلال بواجب الثقة-عوامل أخرى ادت الى تحقيقه. وحلا لهذه الإشكالية ، ذهبت المحكمة العليا في استراليا في قضية (**Warman International Ltd. v. Dwyer 1995**) والتي تتلخص وقائعها بان السيد دوير كان المدير التنفيذي لشركة ورمان التي تمتلك وكالة تجارية لتوزيع مكائن السيارات في استراليا التي تقوم بإنتاجها إحدى الشركات الإيطالية. غير ان السيد دوير قد دخل في مفاوضات مع الشركة الإيطالية المنتجة وتكللت هذه المفاوضات عن إنشاء شركة جديدة سميت شركة (**BTA**) لتجميع وتوزيع مكائن السيارات في استراليا يديرها السيد دوير . أنهت الشركة الإيطالية الوكالة التجارية

لشركة ورمان ، وقدم السيد دوير استقالته من شركة ورمان ، بعد أن أغرى مجموعة من عمالها للانضمام إلى شركة تم تأسيسها لغرض التوزيع ايضا سميت (شركة **ETA**). رفعت شركة ورمان الدعوى على السيد دوير لمطالبة بتعويضها عن الأضرار التي اصابتها من إخلاله بواجب الثقة الممنوح اليه بصفته المدير التنفيذي السابق لها. صادقت المحكمة الاسترالية العليا على حكم محكمة الموضوع والذي أسس على إن المدعى عليه وشركتيه التي قام بتأسيسهما قد انتفعوا بعمد من الإخلال بواجب الثقة ، ومنحت المدعي الربح الذي جنته الشركتان لمدة سنتين متواصلتين من وقت بدء عمل الشركتين.(٥٥) وإذا كان القضاء الانكلو-سكسوني قد اعمل فكرة الخطأ المربح في حالات النيابة الضمنية ، فأنه –ومن باب أولى- قد اعملها في نطاق حالات النيابة الصريحة .(٥٦)بل انه تشدد في إعمالها ، فلم يقصرها على حالات الخطأ المربح العمدي ، وإنما مدها إلى حالات الخطأ اليسير المربح. وتطبيقا لذلك ، ذهب القضاء الإنكليزي في قضية (**Pederson v. Larcombe 2008**) والتي تتلخص وقائعها بان السيد بيدرسون قد عهد إلى السيد لار كومب بأن يبيع منزله ، وان يسعى للحصول على مشترين محتملين لبيته ، وان يخطره بأفضل سعر ممكن (**The Best possible price**). غير أن الوكيل السيد لار كومب لم يبذل أي جهد في محاولة الوصول إلى مشترين ، لكي يجعل من السيد بيدرسون (الاصيل) في حالة يأس . عرض الوكيل السيد لار كومب شراء المنزل بطريق اسم مستعار لشركة تدعى (**Varinya**) ، فقبل السيد بيدرسون هذا العرض. وبعد فترة وجيزة باعت شركة (**Varinya**) –الاسم المستعار للوكيل السيد لار كومب- البيت بضعف السعر الذي اشتري به. رفع السيد لار كومب الدعوى مطالبا بمبلغ الربح الصافي الذي كسبه الوكيل السيد بيدرسون . استجابت المحكمة الإنكليزية التي رفعت اليها الدعوى لطلب التعويض مقرر بأن " لما كان السيد لار كومب في علاقة نيابة مع السيد بيدرسون ، فأنه قد اخذ على عاتقة واجب الولاء (لموكله) .فاذا استفاد هو (او اسمه المستعار) من جراء الإخلال بواجب الولاء هذا فأن يكون مسؤولا(تجاه موكله) بمقدار الربح الذي كسبه. (٥٧) بل إن القضاء الإنكليزي قد الزم الوكيل برد ما ربحه بسبب وكالته حتى لو كان خطأه يسيرا. ففي قضية (**Allwood v Clifford 2002**) والتي تتلخص وقائعها بان السيدة (**Allwood**) كانت حاملا بثمانية توائم ، فأوكلت السيد (**Clifford**) على أن يتفق مع أحدى الصحف المهمة لنشر تفاصيل قصة حملها الغريبة ، فتعاقد السيد (**Clifford**) مع صحيفة أخبار العالم (**News of the World**) على أن تنفرد هذا الصحيفة بنشر تفاصيل هذا الخبر. ولغرض الترويج لهذا الخبر ، منحت الصحيفة شركة السيد (**Clifford**) القيام بحملة علاقات عامة واسعة ، ومنحته في مقابل ذلك خمسة عشر ألف باوند. رفعت السيدة (**Allwood**) الدعوى على وكيلها السيد (**Clifford**) مطالبة بإرجاع مبلغ الخمسة عشر ألف باوند ، استجابت المحكمة الإنكليزية التي رفعت

اليها الدعوى الى الطلب ، مقررة بأنه- في عقد الوكالة- يجب أن يكون الأصيل على دراية كاملة بأي اتفاقات يبرمها الوكيل مع الغير ، ولما كان الأصيل في هذه القضية لم يعلم بالاتفاق الفرعي الذي ابرمه الوكيل فأن الأخير–رغم أمانته وحسن نيته في إبرام هذا الاتفاق-يكون ملزما بإرجاع المبلغ إلى الأصيل([٥٨]) وتعتبر حالات الإخلال العقدي المربح الناشئة عن الاستغلال المالي للمعلومات ذات الطابع السري (**Confidential**) او استغلال الصفة الناتجة عن العلائق الوظيفية من الدولة من أهم وأكثر حالات الخطأ المربح شيوعا. وتعتبر قضية (**HM Attorney General v. George Blake &Jonathan Cape Ltd.2001**) القضية الأشهر في تاريخ القضاء الإنكليزي في نطاق فكرة الخطأ المربح الناتج عن الاستغلال المالي للمعلومات، ليس لتفاصيل القضية المثيرة فحسب ، بل لان مجلس اللوردات –وللمرة الأولى- قد حدد على نحو واضح الشروط القانونية الواجب توافرها لإعمال فكرة الخطأ المربح العقدي . وتتلخص وقائع هذه القضية بأن السيد (**George Blake**) كان عضوا في جهاز المخابرات البريطاني للفترة من ١٩٤٤-١٩٦١ ، غير ان السوفيت-في ذلك الوقت- استطاعوا ان يجندوه كجاسوس لهم ، واستمر في إرسال المعلومات لهم حتى اكتشف امره وحكم عليه بعقوبة السجن لمدة ٤٢ سنة بموجب تشريع الأسرار الحكومية لسنة ١٩١١ ، وأودع في احد السجون البريطانية . غير ان السيد (**George Blake**) استطاع سنة ١٩٦٦ الهرب من السجن وفر الى برلين –في بادئ الامر- ثم انتقل الى موسكو. وخلال فترة اقامته في موسكو كتب السيرة الذاتية له التي روى فيها مآثره في الجاسوسية.اتفق السيد (**George Blake**) مع مؤسسة (**Jonathan Cape**) للنشر على ان تقوم بنشر السيرة الذاتية بمقابل ٥٠٠٠٠ باوند تمنح عند توقيع العقد ، ودفعتين أخريين عند إرسال المخطوطات ونشر السيرة. لم يتيسر للادعاء العام البريطاني معرفة نشر السيرة الا بعد نشر الجزء المسمى انه الخيار الوحيد (**No Other Choice**) في خريف ١٩٩٠.([٥٩])رفع الادعاء العام البريطانية دعوى مدنية ضد السيد (**George Blake**) والناشر يطلب فيها إصدار فقرة حكمية تمنع الناشر من إعطاء المتبقي من قيمة عقد الناشر البالغة ٩٠٠٠٠ باوند الى المدعى عليه الاول ، ومنحها الى الدولة البريطانية . استجاب مجلس اللوردات الى الطلب الذي تقدم به الادعاء العام في منع الناشر من تسليم متبقي قيمة عقد النشر الى المدعى عليه الأول السيد (**George Blake**) وجاء في ملخص حيثيات الحكم " رغم زوال صفة السرية عن المعلومات التي نشرت الا ان المدعى عليه الأول السيد (**George Blake**) ملتزم بعد إفشاء المعلومات التي حصل عليها وكانت جوهر ما تم نشره في السيرة الذاتية بموجب بند العقد المبرم بينه وبين جهاز المخابرات البريطانية والذي نصه " عدم إفشاء أي معلومات يتم الحصول عليها (من قبله) بسب الوظيفة عن طريق الصحافة او على شكل كتاب."([٦٠]) واضاف مجلس اللوردات –على لسان احد قضاته

القاضي (**Lord Steyn**) –بان طلب استرداد الربح الذي جناه المدعى عليه قد استوفى الشروط الأربعة التالية :- ([٦١])

١) يجب ان يكون ثمة إخلال بالتزام سلبي يستند إلى بند صريح في العقد (عدم إفشاء المعلومات في القضية المنظورة ."

٢) أن المدعى عليه قد حقق ربحا بقيامه بعين الالتزام السلبي الذي تعهد بعدم القيام به.

٣) أن يكون للمدعي مصلحة خاصة تعلو على مجرد استحواذه على الربح الذي جناه المدعى عليه .

٤) أن تكون الجزاءات العقدية الأخرى كالتنفيذ العيني أو التعويض (وفقا للأسس التقليدية –الخسارة الحالة والكسب الفائت) غير مجدية أو عديمة الأثر.

وتعتبر قضية (**Reading v.Attorney General 1951**) من اشهر قضايا استغلال العلائق الوظيفية في القانون الإنكليزي ، والتي تتلخص وقائعها بان عريفا (**Sergeant**) في الجيش البريطاني قد استغل ما يضفيه عليه منصبه في الجيش البريطاني وما تبعث به بزته العسكري من ثقة لدى نقاط التفتيش ، فأعتاد ان يجلس ببزته العسكرية في مقدمة بعض الشاحنات التي تقوم بنقل كميات من المشروبات الكحولية المهربة عبر الحدود البريطانية لتسهيل مرورها في مقابل رشاوى تدفع له . ولم اكتشف أمره، رفع المدعى العام البريطاني الدعوى على هذا العريف لاسترداد المبالغ التي تحصل عليها والتي بلغ مجموعها ٢٠,٠٠٠ باوند. صادقت مجلس اللوردات البريطاني على حكم المحكمة الابتدائية والاستئنافية الذي قضى بالزام المدعى عليه بإرجاع المبالغ التي استحوذ عليها لانه لا يمكن السماح للمدعى عليه باستغلال وظيفته للحصول على كسب غير مشروع.([٦٢])

المبحث الثالث:- فكرة الخطأ المربح في التشريعات العربية ومدى تبني القضاء العراقي لها

لقد ظلت التشريعات العربية المدنية او التجاري وتبعها القضاء في ذلك أمينة للمبادئ العامة التي ارساها القانون المدني في تقدير التعويض في المسؤولية المدنية ، بأن لا يجاوز التعويض مقدار الخسارة التي لحقت بالمضرور او الكسب الذي فائته ولم تدخل الكسب الذي جناه المسؤول –بنظر الاعتبار- الا في مواضع خاصة تبين له فيه أن مظنة تحقيق الربح هي التي حدت بالمسؤول إلى اقترافه ، فعاملته على نقيض قصده فأدخل الربح الذي جناه كعنصر في تقدير التعويض. ولغرض الإلمام بهذه المواطن الاستثنائية التي أعملت فيها التشريعات العربية والقضاء العراقي فكرة الخطأ المربح ، فسوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين ، نخصص المطلب الأول الى مواطن الخطأ المربح في التشريعات المدنية والتجارية العربية، اما المطلب الثاني فسنخصصه الى مدى تبني القضاء العراقي لفكرة الخطأ المربح.

المطلب الأول:-مواطن الخطأ المربح في التشريعات المدنية والتجارية العربية

رغم أن التشريعات المدنية والتجارية العربية لا تعتد-كقاعدة عامة- بالربح الذي جناه المسؤول كأساس لتقدير التعويض في نطاق المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، وتقتصر في تقديره على الربح الذي فات على المضرور – في نطاق المسؤولية التقصيرية- او الدائن في نطاق المسؤولية العقدية ، وهذا ما انعكس بدوره على الفقه العربي الذي لا تجد لهذه الفكرة صدى فيه الا في إشارات عابرة.(٦٣)ورغم ذلك فأن التحليل العميق لبعض النصوص الواردة في القوانين المدنية العربية او التجارية يكشف ان هذه التشريعات قد تبنت هذه الفكرة –بشكل ضمني او صريح – في بعض المواطن.

فعلى صعيد التشريعات المدنية العربية ، فقد طوع القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري ومن سار في فلكهما من القوانين العربية ، بعض أنظمة القانون المدني التقليدية –وخاصة شروط الفوائد القانونية –لمواجهة الحالات التي بدا فيها جليا بان المدين يحقق مصلحة مالية محققة من جراء اخلاله بتنفيذ التزامه . ففي نطاق عقد البيع ، نص المشرع المدني المصري في المادة (٤٥٨) منه- والمقابلة لنص المادة (٥٧٢) من القانون المدني العراقي- على انه " ١- لا حق للبائع في الفوائد عن الثمن الا اذا اعذر المشتري او اذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلا ان ينتج ثمرات او ايرادات اخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضي بغيره." وقد درج فقهاء القانون المدني المصري والعراقي على اسناد حكم الشطر الثاني من هذه المادة التي خففت من شروط استحقاق الفوائد القانونية التأخيرية التي لا تثبت-كقاعدة عامة- الا بعد المطالبة القضائية وجعلتها تستحق بمجرد تسليم المبيع الى قواعد العدالة التي تأبى ان يجمع المشتري بين يديه ثمرات المبيع –الذي تسلمه- وثمرات الثمن

الذي ظل محتفظا به.([٦٤])ومع احترامنا لهذا الفقه فان الالتجاء الى قواعد العدالة في هذا الفرض ما هو الا هروب من ايجاد اساس متين لهذا الحكم ، والحقيقية –من وجهة نظرنا – ان الالتجاء إلى فكرة الخطأ المربح في نطاق المسؤولية العقدية تفسر لنا بيسر وعمق هذا الحكم ، فالمشتري قد اخل بالتزامه العقدي الواجب عليه بدفع الثمن في حين ان مدينه قد نفذ ما تعهد به وجنى المشتري او بأمكانه ان يجني من اخلاله هذا ربحا يتمثل بالاستغلال العادي لمبلغ الثمن ، فأراد المشرع أن يعامل المشتري على نقيض قصده وحرمه من ربح كسبه او سوف يكسبه من إخلال بالتزام نشأ في ذمته بعقد صحيح، فالزمه بدفع الفوائد القانونية التي هي التقدير المعتاد للربح لو ان المشتري وظف هذا المال في صفقة او مشروع ما. ولهذا القاعدة تطبيقات ثرة في القضاء المصري ، فذهبت محكمة النقض المصرية في حكم لها على انه " ان نص الفقرة الأولى من المادة (٤٥٨) من القانون المدني صريح في ان للبائع الفوائد القانونية عما يدفع من ثمن متى كان قد سلم المبيع للمشتري وكان هذا البائع قابلا لانتاج ثمرات او ايرادات اخرى .....وحكم هذه المادة يقوم على اساس من العدل الذي يأبى ان يجمع المشتري بين ثمرة البدلين –المبيع والثمن- ويعتبر استثناء من القاعدة المقررة في المادة (٢٢٦) من القانون المدني والتي تقضي بان الفوائد القانونية لا تستحق الا عن دين حل اداؤه وتأخر المدين عن الوفاء به ومن تاريخ المطالبة القضائية ....." ([٦٥]) وذهبت في حكم اخرى لها بأن " المشتري لا يكون قد وفى بالتزاماته كاملا اذا لم يودع الثمن المسمى او باقيه وما استحق عليه من فوائد من وقت تسلم المبيع القابل لانتاج ثمرات حتى وقت الايداع عملا بالمادة (٤٥٨) من القانون المدني ، وبدون هذا الايداع الكامل لا يمكن تفادي الفسخ المترتب على عدم قيام المشتري بالتزاماته المنصوص عليها في العقد."([٦٦])

وقد طبق المشرع المدني المصري نفس المبدأ في المادة (٧٠٦)- والمقابلة لنص المادة (٩٣٧) من القانون المدني العراقي – حيث نصت " ١- ليس للوكيل ان يستعمل مال الموكل لصالح نفسه. ٢-وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدمها ، وعليه ايضا فوائد ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت اعذاره." فقد واجه المشرعان المصري والعراقي حالة شائعة في الحياة العملية بأن يقوم الوكيل باستغلال أموال الموكل بدون علمه ، ويستفيد من الاموال الموكل التي بين يديه مستغلا الثقة التي منحها اياه . فالزمه المشرع بدفع الفوائد القانونية لهذه المبالغ التي استعملها بدون حاجة الى مطالبة قضائية او انذار ،رغبة من المشرع في ان لا يجعل الوكيل يستفيد من الخطأ العقدي الذي ارتكبه وهو خطأ مربح بطبيعته ويعامله على نقيض قصده بسلب الربح المعتاد لهذه المبالغ وهو مقدار الفائدة القانونية. وفي ذلك ذهبت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن " الحكم على الوكيل –طبقا للمادة ٧٠٦من القانون المدني القائم و(المادة ٥٢٦ من القانون الملغى –بفوائد المبالغ

التي استخدمها من وقت استخدامها يقتضي ثبوت ان هذه المبالغ كانت في يد الوكيل وانه استخدمها لصالح نفسه ، واثبت الوقت الذي استخدمها فيه حتى يكون هذا الوقت مبدء لسريان الفوائد."([٦٧])ولهذا المبدأ الذي وضعه المشرع تطبيقات مهمة في نطاق القانون التجاري وخاصة في نطاق الوكالة التجارية بصورة عامة والوكالة بالعمولة بصورة خاصة. فمن المبادئ المقررة في نطاق الوكالة بالعمولة انه ليس للوكيل بالعمولة ان يتقاضى أي مبالغ او مزايا مالية خارج العمولة المتفق عليها بينه وبين موكله. وفي ذلك يقول الأستاذ الجليل د. على البارودي " ان العمولة التي يدفعها الموكل، هي المقابل الكامل لمهارة الوكيل وتأثيره المحتمل، فلا حق له في تجازوه . كما ان دوره دور الوسيط ، فعليه ان ينقل منافع الصفقة كما هي لصاحب الحق فيها دون ان تمتد اليها يده . لذلك حرم القضاء سواء في فرنسا او في مصر نظام الفاتورتين (**Double Factures**) وهو يتضمن تحايلا يتم بتواطؤ الوكيل والغير المتعاقد ، اذ يثبتان في احدى الفاتورتين السعر الحقيقي ، ويثبتان في الفاتورة الأخرى سعرا صوريا يقدمه الوكيل الى الموكل ضمن عناصر الحساب."([٦٨])وهذه القاعدة قاعدة راسخة في التشريع التجاري العراقي ،([٦٩])وقد طبقها المشرع العراقي في نطاق الوكالة بالعمولة في النقل فقد نصت المادة (٧٨)في قانون النقل رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣ على انه" ثالثا:- لا يجوز للوكيل ان يقيد في حساب موكله أجرة نقل أكثر من الاجرة التي اتفق عليها مع الناقل ، وكل ما يحصل عليه الوكيل من مزايا من الناقل تعود فائدته على الموكل ما لم يتفق في عقد الوكالة او يقضي التعامل بغير ذلك."

وقد تفرد القانون المدني العراقي باعمال فكرة الخطأ المربح في نطاق الحالات التي يتفرد بها الشريك-في نطاق الملكية الشائعة –باستعمال او استغلال المال الشائع كله، فقد نصت المادة (١٠٦٣)من القانون المدني العراقي– والتي لا نظير لها في القانون المدني المصري- على انه" ١- يجوز للشركاء ان ينتفعوا بالعين الشائعة جمعيا . ٢- ويجوز لكل منهم حق الانتفاع بحصته ، فاذا انتفع بالعين الشائعة كلها في سكنى او إيجار او غير ذلك من وجوه الانتفاع بلا اذن شركائه ، وجب عليه لهم اجر المثل،على انه اذا اجر العين الشائعة بأكثر من أجر المثل ، وجب ان يعطي كل شريك حصته من الاجرة المسماة." وقد أشكل تأصيل هذا الحكم على الثقات من شراح القانون المدني العراقي وخاصة في فرض قيام الشريك –بلا اذن بقية الشركاء –بإيجار المال الشائع كله وهل ان حق المطالبة الممنوح لبقية الشركاء باجر المثل او بالأجر المسمى اذا كان أزيد ، هو بمثابة اجازة عقد

الايجار الذي قام به الشريك المؤجر ؟ ذهب الأستاذ الجليل د. صلاح الدين الناهي إلى ما يقرب من ذلك وفي ذلك يقول " ويمكن التساؤل عن تعليل نص المادة (١٠٦٣) أنف الذكر وهل معناه ان احد الشركاء في الشيوع اذا ما بادر قبل غيره الى الانتفاع بكل العين بلا اذن سابق من شركائه وجب عليهم قبول اجر المثل على النحو المذكور وامتنع عليهم منعه من التصرف بأكثر من حصته؟ هذا ما لا نراه لان ذلك معناه تعطيل العبارة الأولى من الفقرة الثانية من المادة المذكورة القائلة بأن لكل شريك في الشيوع الانتفاع بحصته. وبناء على ذلك فان التوفيق بين هذه العبارة وبين ما جاء في أخر الفقرة المذكورة من المادة (١٠٦٣) يقتضي القول بأن انتفاع الشريك بالعين كلها بلا اذن الشركاء سلفا مع التزامه بأجر المثل يمكن حمله على قبول سائر الشركاء ضمنا بهذا الانتفاع ، يدل على ذلك ما جاء في العبارة الأخيرة من النص المذكور من انه " اذا اجر العين الشائعة بأكثر من اجر المثل وجب عليه ان يعطي كل شريك حصته من الأجرة المسماة " لا من اجر المثل ، فأن التزام الشريك بالتعويض ، لو لم يكن مبناه الاتفاق الضمني ، وحمل على قواعد الكسب دون سبب لوجب عليه رد الأقل من اجر المثل والأجرة المسماة بينما الزمه القانون بإعطاء الأكثر منهما."([٧٠])

ومع احترامنا لرأي الأستاذ الجليل د. صلاح الدين الناهي، فأن نص المادة(١٠٦٣) لا علاقة بها بالإجازة الضمنية التي صورها الاستاذ، وما يستتبع ذلك من اعتبار الشريك المؤجر لكل المال الشائع، وكيلا عن باقي الشركاء فيما يتعلق بحصصهم في المال الشائع. اذ ان مسايرة منطق هذا الرأي يؤدي الى اعتبار المستأجر هو الملتزم وليس الشريك المؤجر اذ ان حقوق العقد والتزاماته –الذي ابرمه الوكيل-تنصرف إلى الأصيل ومن تعاقد معه الوكيل ،على خلاف ما تقضي به المادة (١٠٦٣)التي اعتبرت الشريك هو الملتزم وليس المستأجر (الشاغل) وهذا ما أكدت عليه محكمة التمييز في حكم مهم .([٧١])فضلا عن مسايرة رأي الأستاذ الناهي يجعل ما قضت به (١٠٦٣) من تخير باقي الشركاء بين اجر المثل والاجرة المسماة لا معنى له ، فما دام الشريك نائبا عنهم انحصر حق باقي الشركاء بالأجرة المسماة التي تم الاتفاق عليها بين الشريك(النائب) والمستأجر. والحقيقة ان نص المادة (١٠٦٣) تطبيق فذ من تطبيقات فكرة الخطأ المربح التقصيري، وآية ذلك أن المشرع اعتبر الشريك الذي يؤجر كل المال الشائع بدون ان يسبقه اتفاق مع باقي الشركاء على كيفية استغلال المال ، وينتهز

غيبة او غفلة باقي الشركاء او قدرته في إخفاء ما قام به من استغلال للمال قد ارتكب فعلا غير مشروع بالتجاوز على حصص الشركاء الآخرين فالزمه بأجر المثل بأعتبار ذلك هي المنفعة التي فاتت على المضرور(بقية الشركاء)، غير ان المشرع تنبه الى انه في بعض الأحيان قد يؤجر الشريك المال الشائع بأعلى من اجر المثل ، فجرده من هامش الربح هذا والزمه بالأجرة المسماة حتى لا تكون فعلته الخاطئة مصدر كسب له .[٧٢] وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز (الاتحادية) في حكم لها ، وتتلخص وقائع هذه القضية بان احد الشركاء على الشيوع في عمارة تجارية، قد استغل غفلة شريك آخر له ، فقام بتأجير محتويات العمارة واستأثر ببدلات إيجارها لمدة ست سنوات ، فقام هذا الشريك برفع الدعوى مطالبا بحصته من اجر مثل المحلات التجارية التي قام شريكه بأيجارها ، ودار الخلاف في محكمتي البداءة والاستئناف حول نقطة قانونية جوهرية في احتساب اجر المثل ،لان الشريك قد اجر المحلات التجارية –بسبب حسن إدارته – باجر أعلى من اجر مثل المحلات المجاورة ، فأصر وكيل المدعى عليه بان اجر المثل هو نفس اجر المحلات المجاورة وليس الأجر المتفق عليه بين الشريك والمستأجرين لتلك المحلات واستجابت محكمتي البداءة والاستئناف لهذا الدفع. طعن المدعي بالحكم تمييزا ، فنقضته وأسس نقض الحكم على " لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا، ولدى النظر بالحكم المميز وجد انه غير (صحيح) ذلك إن لكل من الشركاء حق الانتفاع بحصته فاذا انتفع بالعين كلها في سكن او مزارعة او ايجار او غير ذلك من وجوه الانتفاع بلا إذن شركائه وجب عليه لهم اجر المثل ، على انه إذا اجر العين الشائعة بأكثر من اجر المثل وجب عليه ان يعطي كل شريك حصته من الأجرة المسماة تطبيقا لاحكام المادة ١٠٦٣ /٢ من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل . وعلى ذلك فالأصل الحكم باجر المثل إذا انتفع احد الشركاء بالعين الشائعة كلها بدون اذن شركائه الا ان اذا اجر العين الشائعة باكثر من اجر المثل وجب عليه ان يعطي كل شريك حصته من الاجرة المسماة .....وحيث ان المحكمة ذهبت خلاف ذلك بحكمها المميز مما اخل بصحته لذا قرر نقضه واعادة الدعوى لمحكمتها لاتباع ما تقدم على يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة .وصدر القرار بالاتفاق في ٢٩ /ربيع الثاني/ ١٤٣٣ الموافق ٢٢ /٢ /٢٠١٢ م."([٧٣]) ولا مجال لتطبيق نص المادة (١٠٦٣) اذا تم ايجار المال الشائع بعلم بقية الشركاء ولم ينقضوا هذا التصرف في خلال مدة الثلاثة اشهر المنصوص عليها في المادة (١٣٦) اذا يعتبر ذلك اجازة ضمنية لعقد الايجار من قبل بقية الشركاء ، والتزم المستأجر (الشاغل)لا الشريك بدفع الأجرة المسماة سواء زادت او قلت عن اجر المثل .واذا استلم الشريك دين الأجرة المسماة كله من المستأجر رجع باقي الشركاء عليه بمقدار حصصهم طبقا لاحكام الدين المشترك.([٧٤])وفي ذلك عابت محكمة التمييز في حكم متميز لها على محكمة الموضوع تأسيس حكمها على نص المادة

(١٠٦٣) في قضية تتلخص وقائعها ان المدعى عليه كان يستغل الملك الشائع بينه وبين شريكه المدعي والمتكون من ثلاثة دكاكين ،ومقهى ، ومخبز لمدة خمسة عشر سنة بعلم من شريكه ودون اعتراض عليه. طالب الشريك الأخر بأجر مثل هذه الأملاك المشتركة وليس الأجر المسمى لها، وذلك لان اجر المثل كان في هذه القضية –وحسب تقدير الخبراء-اكبر من الأجر المسمى . استجابت محكمة الموضوع الى طلب المدعي على اساس نص المادة (١٠٦٣-ف٢) التي خيرت المدعي(الشريك المتجاوز على حصته في المال الشائع)بين اجر المثل والأجرة المسماة. ولعدم قناعة المدعى عليه طلب نقضه تمييزا ، استجابت محكمة التمييز الى الطلب الذي تقدم به المدعى عليه ونقضت حكم محكمة البداءة وأسست نقضها على ما يلي" لدى التدقيق والمداولة وجد ان المحكمة أصدرت حكمها بإلزام المميز المدعى عليه مثل حصة المميز عليه (المدعي) موضوع الدعوى لمدة خمس عشرة سنة استنادا للمادة ١٠٦٣ /٢ من القانون المدني باعتبار ان اجر المثل المقدر أكثر من الأجر المسمى لحصة الشريك المميز عليه، دون أن تلاحظ أن الشريك المميز يؤجر هذا الملك بصورة مستمرة ولمدة خمس عشرة سنة دون اعتراض من الشريك المميز عليه على هذا الإيجار . وقد نصت الفقرة (٢) من المادة (١٣٦)من القانون المدني على انه يجب ان يستعمل خيار الاجازة او النقض خلال ثلاثة اشهر فاذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذا لذا فان سكوت المميز عليه على عقود تتجدد سنويا ولمدة (١٥) سنة ودون اعتراض منه او استعماله خياره بالنقض خلال مدته القانونية يعتبر اجازة منه لهذه العقود ، ومن ثم ، لا يبيح له مطالبة شريكه بأجر المثل بل الاجر المسمى عن حصته من الملك المشترك .[٧٥])وحيث ان المحكمة اصدرت حكمها دون ملاحظة ما تقدم مما اخل بصحته لذا قرر نقضه واعادة اوراق الدعوى الى محكمتها للسير فيها على الوجه الصحيحة وربطها بحكم وفق القانون على ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ٢٧-١٠-١٩٦٩ . "[٧٦])

غير أن صدور بعض القوانين الخاصة المعدلة في نطاق الملكيتين الفكرية والصناعية يعتبر إيذانا بتبني المشرع العراقي-ولأول مرة-في النظام القانوني العراقي العراقي فكرة الخطأ المربح بشكل صريح حيث تصيد المشرع العراقي في تلك القوانين الخاصة بعض اشهر حالات الخطأ المربح، مانحا المضرور الحق في مطالبة المسؤول لا عما لحقت به من خسارة وما فاته من كسب فحسب ، بل أضاف عنصرا آخر، يخرج عن القاعدة العامة في تعويض الضرر وعلى مبدأ التعويض الكامل، هو مقدار الكسب او الفائدة التي جناها المسؤول من اقترافه الفعلة الضارة مما سيسمح للقضاء العراقي في إعمال هذه الفكرة في النظام القانوني العراقي.فلقد نصت المادة (٤٤) المعدلة من قانون حق المؤلف رقم (٣) لسنة ١٩٧١ المعدل بأمر سلطة الائتلاف المؤقت ذي الرقم

(٨٣)الصادر في ا/ايار/٢٠٠٤ على انه" لكل مؤلف وقع التعدي على حق من حقوقه المقررة بمقتضى احكام هذا القانون الحق بتعويض مناسب ، ويؤخذ بالاعتبار، عن تقدير التعويض ، المنزلة الثقافية للمؤلف والقيمة الادبية والعلمية والفنية للمصنف ومدى الفائدة التي حصل عليها المعتدي من استغلال المصنف.

وفعل المشرع العراقي الشيء ذاته في قانون العلامات والبيانات التجارية رقم (٢١) المعدل لسنة ١٩٥٧ المعدل بأمر سلطة الائتلاف المؤقته ذي الرقم (٨٠) الصادر في ٢٦/نيسان /٢٠٠٤، فاجاز لمن وقع عليه اعتداء على علامته التجارية أن يطلب من المحكمة ان تعوضه عما أصابه من ضرر وادخل ضمن عناصر التعويض التي يجب على المحكمة ان تقضي بها المنفعة التي حصل عليها المسؤول من جراء اعتدائه على العلامة التجارية للمضرور ، وفي ذلك نصت المادة (٣٨) المعدلة من هذا القانون على ما يلي:" (ا) للمحكمة المختصة بنظر الدعوى المدنية أن تأمر :-١) تعويض مناسب يعوض خسارة صاحب الحق بسبب التعدي . ٢) الإرباح التي جناها المحكوم عليه من جريمته ولا يؤخذ بحساب ذلك مجموعة الأضرار التي تشير إليها الفقرة (ا) من هذه المادة ."

المطلب الثاني:- مدى تبني القضاء العراقي لفكرة الخطأ المربح

نظرا الى دقة فكرة الخطأ المربح وضمورها في الفقه العراقي والعربي، فلم يستقر اجتهاد المحاكم العراقية – وعلى رأسه محكمة التمييز (الاتحادية) –حول رأي واحد في هذه الفكرة ، فرضت تبنيها في بعض القضايا ، وتبنتها في قضايا اخرى. ولغرض الإلمام بهذه الاجتهادات القضائية فسوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول الرفض الصريح او الضمني لفكرة الخطأ المربح في القضاء العراقي، ثم نفرد الفرع الثاني للتبني الصريح لفكرة الخطأ المربح في القضاء العراقي.

الفرع الأول:- الرفض الصريح والضمني لفكرة الخطأ المربح في القضاء العراقي

لا يواجه القاضي ولا الخبراء الذين تستعين بهم المحكمة أي صعوبة في تقدير التعويض في حالات التجاوز على أملاك الغير اذا كان الغاصب قد استعمل العقار او المنقول بنفس الغرض الذي اعد له كما لو كان الشيء

المغصوب عقارا معدا للسكنى فسكنه الغاصب ، او مستودعا خاصا لخزن البضائع فأودع الغاصب بضائعه فيه ، لان المنفعة التي فاتت على المضرور (المغصوب منه) تساوي المنفعة التي استحوذ عليها المسؤول (الغاصب) فيقدر اجر المثل في كلا الفرضين باجر المثل(اجر مثل السكنى أو اجر مثل الإيداع).غير أن الأمر يزداد صعوبة لو غير الغاصب نمط الاستعمال أو الاستغلال فبنى في ارض فضاء (عرصة) محلات تجارية ، أو استغل أرضا زراعية لبناء معدات للتزود بالوقود أو غير من المحاصيل التي اعتاد المغصوب منه ان يزرعها بأخرى أكثر ربحية .والسؤال الذي يفرض نفسه في هذا المجال أيتوجب على القاضي -في تقديره للتعويض المستحق للمضرور- ان يعول على(قيمة) المنفعة التي فاتت على المضرور أم على (قيمة) المنفعة التي جناها المسؤول؟ إن الإجابة على هذا السؤال هي عين الإجابة على السؤال هل إن القضاء العراقي يتبنى فكرة الخطأ المربح أم لا؟

.

ذهبت محكمة التمييز في حكم لها بالاعتداد بالمنفعة التي فاتت على المضرور بحسب طبيعة المال قبل تغيير نمط الاستغلال من قبل المسؤول ، وعابت على محكمة الموضوع تعويلها –في تقدير اجر المثل- على نمط الاستغلال الذي قام به المسؤول ونقضت حكمها تبعا لذلك . وتتلخص وقائع هذه القضية بأن المدعى عليه (المميز) كان قد استأجر مخزنا لإيداع البضائع من المدعى (المميز عليه) ، غير أن المدعى عليه (المميز) قد تجاوز على الأرض الفضاء التي تطل على المخزن المستأجر والعائدة للمدعى(المميز عليه) فبنى عليها اكشاشا واجرها الى الغير. طالب المدعى (المميز عليه) بقيمة اجر الأكشاك على أساس انها اجر المثل المستحق له . حكمت محكمة الصلح (البداءة) بما طلب المدعي (المميز عليه) وقضت له بمبلغ مائتي دينار اجر مثل الأكشاك. لم يقتنع المدعى عليه (المميز) بحكم المحكمة وطلب نقضه ، استجابت محكمة التمييز (الاتحادية) الى الطعن الذي تقدم به معللة نقض حكم محكمة الموضوع على اساس" لدى التدقيق والمداولة –وجد ان المأجور بموجب عقد الايجار المبرز هو المحزن المرقم ٥٩ أ ـ ٢١ ولم تكن المساحة الواقعة امامه داخلة في عقد الإيجار ضمن المخزن المأجور، فأستغلال المستأجر للساحة ببناء الأكشاك الثلاثة وإيجارها للغير يعد تجاوزا لحق الانتفاع المسموح له بموجب عقد الإيجار وهذا غير جائز، ولا يعد السكوت من قبل المؤجر رضاء بالانتفاع المذكور لما

هو متفق عليه في العقد فيكون الزام المستأجر بأجر المثل عن استغلال الاكشاك موافقا للقانون. هذا من جهة ، ومن جهة اخرى ، وجد ان الخبراء عندما قدروا اجر مثل الأكشاك كما لو كانت عائدة إلى المؤجر دون ان يلاحظوا ان الاكشاك احدثها المستأجر من ماله وليس للمؤجر الا اجر مثل الارض فقط ويقدر ذلك بالمتر المربع وليس ككشك منشأ. وكذلك لو قيس اجر المثل المقدر للاكشاك بأجر المخزن المسمى لوجد ان المتر المربع للكشك قدر بحوالي ٧,٤٠٠ دنانير في حين ان المتر المربع للمخزن الاصلي لا يتجاوز ٣,٥٠٠ وهو مشيد من قبل المستأجر بمواد غير مواد الاكشاك. فكان على الخبراء ملاحظة ذلك وتقدير اجر مثل الارض فقط بالمتر المربع . وحيث ان المحكمة أصدرت حكمها باجر المثل استنادا الى هذه الخبرة التي لم يلاحظ فيها الخبراء هذه النقاط مما اخل بصحته . لذا قرر نقضه وإعادة أوراق الدعوى الى محكمتها للسير فيها وأجراء الكشف مجددا في ضوء النقاط المبينة انفا وربطها بحكم وفق القانون على ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ١١-٥-١٩٧٠."([٧٧])

بل إن محكمة التمييز (الاتحادية) الموقرة قد عولت-في حكم آخر لها- على قيمة المنفعة التي أوجدها نمط الاستغلال الذي قام به المسؤول لا رغبة منها في إعمال فكرة الخطأ المربح ، بل لان قيمة المنفعة التي حصل عليها المسؤول هي اقل من قيمة المنفعة التي فاتت على المضرور لكي تضيق من مقدار التعويض ما استطاعت الى ذلك سبيلا ، وكأن محكمة التمييز قد أعملت قواعد الإثراء دون سبب أكثر من إعمالها قواعد التعويض في المسؤولية التقصيرية !. وتتلخص وقائع هذه القضية ان المدعي شركة في مرحلة التصفية ، رفع مصفيها الدعوى على مدير الشرطة العام اضافة لوظيفته مطالبا باجر مثل الأراضي الزراعية التي تملكها الشركة والتي يشغلها منتسبو مدير الشرطة العام ، وقدرت اجر المثل سنويا ب ١٥٠ فلسا مع احتفاظهم بحق المطالبة بالزيادة في حالة اذا ما تبين ان اجر المثل يزيد عن ذلك ، وعليه طلب مبلغ ٢٥٦٢٣ دينارا . استجابت محكمة بداءة الكرخ- التي رفعت اليها الدعوى – الى طلب التعويض والزمت المدعى عليه (مدير الشرطة العام) اضافة لوظيفته بدفع مبلغ

٧٤٢٩,٦٠١ دينارا . لم يقتنع المدعى عليه بالحكم فطعن به تمييزا . استجابت المحكمة الى طلب النقض واسست نقضها للحكم على " لدى التدقيق والمداولة –تبين من البينة المستمعة إن قوة الشرطة السيارة كانت قد استغلت المساحة المدعى باجر مثلها كمعسكر بعد ان أخلاها الجيش البريطاني ، فاستغلت الشرطة الثكنات التي بناها الجيش البريطاني في حين ان المحكمة قد قدرت اجر مثل كأرض زراعية تزرع فيها المخضرات كالخس والفجل وما تنتجه سنويا مع إن الشرطة لم تشغل هذه المساحة باستغلالها بالزرع كأرض زراعية بل تصرفت كمعسكر للقوة السيارة فكان على المحكمة حين أجرائها الكشف أن تقدر اجر مثل الأرض بالوصف الذي استغلت به وانتفع منها ، فعدم التفات المحكمة إلى ذلك اخل بصحة الحكم المميز لذا قرر نقضه وإعادة أوراق الدعوى إلى محكمتها والسير فيها وفق ما تقدم على أن يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ١٠-٢-١٩٦٥."([٧٨])

الفرع الثاني:- التبني الصريح لفكرة الخطأ المربح في القضاء العراقي

لم يبق القضاء العراقي جامدا في اجتهاده على ما كرسته محكمة التمييز الموقرة في احكامها السالفة الذكر ، بل اجتهد –في إحكام أخرى- فتبنى إعمال فكرة الخطأ المربح .

ومن خلال استقراءنا لهذه الأحكام ، تبين لنا إن محكمة التمييز (الاتحادية) الموقرة قد تبنت فكرة الخطأ المربح في ثلاث صور متميزة : الأولى بطريق سلب الربح الذي حققه مقترف الفعلة الضارة وكانت مظنة سعيه إلى تحقيق الربح واضحة على نحو جلي ، والثانية عدم تطبيق نص تشريعي -حتى لو كان آمرا- اتخذه مقترف الفعلة الضارة المربحة ستارا لإخفاء هذا الربح. والثالثة منع مقترف الفعلة الضارة من الوصول الى الربح الذي جناه باقتراف فعلته الضارة حتى لو عمد الى تغطية هذا الربح بتصرف قانوني مشروع في ظاهره.

ومثال الصورة الأولى ، ركنت محكمة التمييز الموقرة الى تقدير التعويض على أساس قيمة المنفعة التي كسبها المسؤول بدلا من قيمة المنفعة التي فاتت على المضرور حتى يكون استرداد المنفعة التي غنمها المسؤول من فعلته الضارة وسيلة لمنع اثراه على حساب المضرور.وتتلخص وقائع هذه القضية بأن المدعى عليه قد غصب أرضا زراعية غير انه غير من نوع استغلالها فحولها من الاستغلال الزراعي (الأقل ربحا) إلى الاستغلال الصناعي (الأكثر ربحا) فطالب المدعي بتعويضه عن اجر مثل استغلال الأرض صناعيا ، غير ان محكمة الموضوع لم تستجب الى الطلب ووجهت الخبراء الى تقدير اجر المثل بحسب طبيعة الاستغلال المثبت بسند ملكيتها الا وهو الاستغلال الزراعي . لم يقتنع المدعي بالحكم فطلب نقضه امام محكمة التمييز فنقضته ، واسست حكمها على النحو التالي" (ان) توجيه الخبراء لتقدير اجر مثل الارض حسب جنسها الوارد بسند ملكيتها غير صحيح ولابد من ملاحظة نوع الاستغلال لتلك المساحة المطالب بأجر مثلها . فلم تلاحظ المحكمة (محكمة

الموضوع) بالرغم ما ورد بسند ملكيتها باعتبارها ارض (الأصح أرضا) زراعية انها مستغلة تجاريا حيث انشأ عليها محطة وقود وغاز ، فكان عليها توجيه الخبراء بان يأخذوا بنظر الاعتبار بدل القطعة المتجاوز عليها لواقع حالها المذكور عند تقديرهم اجر المثل أي باعتبار ما استغلت به خلال المدة المطالب عنها باجر المثل كي لا يكون هناك إثراء بلا سبب على حسب المميز باعتبار ان المردود المالي للاستغلال التجاري أكثر من المردود الزراعي لذا قرر نقض الحكم المميز."([٧٩])

ومثال الصورة الثانية ، عمدت محكمة التمييز الموقرة على عدم تطبيق النص الآمر القاضي بعدم جواز حجز دار سكن المدين من اجل قضاء ديونه بعد ان تبين لها بان المدين قد احتمى بهذا النص كوسيلة لإخفاء الأموال التي تحصل عليها من جريمة قد اقترفها. وتتلخص وقائع هذه القضية بأن مصلحة كهرباء بغداد قد نفذت حكما قضائيا لتحصيل مبلغ(٩٠٠٨)دينارا ومائة وستون فلسا من مدين لها كان يعمل لديها واختلس هذا المبلغ فتم وضع الحجز التنفيذي على دار المدين. وبعد تبليغ المدين بمذكرة الأخبار بقرار الحجز ، قدم طلبا الى المنفذ العدل مدعيا ان الدار المحجوزة معدة لسكناه وافراد عائلته وطلب اجراء تسوية للدين وايقاف بيع الدار ورفع الحجز عنها. استجاب المنفذ العدل لهذا الطلب وعرض التسوية التي قدمها المدين على الدائن (مصلحة كهرباء بغداد) فرض هذه التسوية وأصر ان يستوفى المبلغ من ثمن دار السكن .لم يستجب المنفذ العدل لذلك وطلب منه اما ان يقدم ادلة على ان المدين باستطاعته ان يقدم تسوية أفضل او ان لديه عقار آخر يمكن التنفيذ عليه.طعن الدائن تمييزا بقرار المنفذ العدل فقررت محكمة التمييز نقض القرار وأسست حكمها على انه" لدى التدقيق والمداولة ، وجد ان الحكم الجزائي المنفذ صريح في استحصال التعويض من أموال المميز عليه المحجوزة أثناء التحقيق ، ولدى الرجوع الى الاضبارة الجزائية ١٣/ج/١٩٦٢ تبين ان المميز عليه اعترف بصراحة انه اشترى الأرض وبنى الدار المحجوزة من الأموال المختلسة فلا يجوز له الادعاء بتركها كدار سكنى لذا يكون القرار المميز مخالفا للقانون لذا قرر نقضه وإعادة الأوراق لرئاسة التنفيذ للاستمرار ببيع الدار المحجوزة وفق الأصول وصدر القرار بالاتفاق في ١٩٦٤/٨/١٢ ."([٨٠])

ويجدر بالإشارة هنا ، إن القضاء الإنكليزي له مواقف مشابه لموقف محكمة التمييز في إعطاء الحق للمضرور في ان يتتبع (**Tracing**) الربح الذي جناه من جراء اقتراف فعلته الضارة حتى لو تحول إلى صورة أخرى غير صورته الأولى ، كما لو حول المسؤول الربح الذي جناه اسهما في شركة او اشترى به عقارا ، او حول المال المستخرج من عقار المضرور الى مبالغ عقدية بطريق بيع هذا المال لان القول بخلاف ذلك سيعدم الفائدة من تبني فكرة الخطأ المربح- كما يشير إلى ذلك جانب من الفقه الإنكليزي- اذ يكون من السهل على المسؤول عن يحول شكل الربح الذي جناه.([٨١])

وهذا ما اقره القضاء الإنكليزي في القضية الرائدة (**Attorney General for Hong Kong v.Reid**) **1994**والتي تتلخص وقائعها بان احد المحققين في الحكومة البريطانية كان قد عمد على اغلاق بعض القضايا الجنائية التي عرضت عليه مقابل اخذ رشاوى من الأشخاص المتهمين بهذا الجرائم ، ويحول مبالغ الرشاوي الى اموال عقارية . رفعت الحكومة البريطانية الدعوى على هذا المحقق لاسترداد قيمة العقارات التي اشترها من مبالغ الرشاوي والتي صادف ان ارتفعت قيمتها بشكل كبير . استجاب القضاء الإنكليزي لهذا الطلب مقررا بأن حق المدعي لا ينحصر في اجمالي مبالغ الرشاوى التي تقاضاها ، بل في القيمة الاجمالية للعقارات التي اشتراها بتلك المبالغ ، وفي ذلك يقول اللورد (**Templeman**) " ان مسؤولية المدعى عليه لا تنحصر عن المبلغ او القيمة الأصلية للرشاوي ، بل تمتد الى أي زيادة في قيمة الممتلكات المجسدة للرشاوي . ان العلة في تجريد المدعى عليه من فائض القيمة هذا الذي يتجاوز القيمة الابتدائية للرشاوي ، هي حتى لا يسمح للمدعى عليه من جني ربح من اخلاله بواجب الثقة والائتمان الممنوح له."([٨٢])

ومثال الصورة الثالثة ، عمدت محكمة التمييز إلى إجهاض سعي مقترف الفعلة الضارة من الحصول على الربح الذي جناه بطريق اقرار عدم مشروعية العقد الذي ابرم لكي لا يتأخذ من ستار العقد –والذي غالبا ما يكون عقد وكالة، وسيلة لجني ربح فعلته غير المشروعة .فقد ذهبت محكمة التمييز في قضية تتلخص وقائعها بأن شخصا قد ابرم عقد وكالة من أحدى الشركات الاجنبية في تمثيلها قانونا أمام مجموعة من وزارة الدولة سعيا

لإحالة عقد اليها ، وان يسعى بكل الوسائل والطرق لتحقيق هذا الهدف شريطة ان يحصل على نسبة ٢% من القيمة الإجمالية للعقد المحال . تم احالة العقد بالفعل الى هذه الشركة بموجب قرار مجلس التخطيط الاقتصادي المؤرخ في ١٩٦٥/١٢/٢٥ ، والتي ادخلت شريكا عراقيا معها لتنفيذ المشروع . طالب المدعي(الوكيل) الشركة بنسبة ٢% من قيمة المبالغ التي دفعت الى المدعى عليه (الشركة الأجنبية)كدفعة أولى ، غير ان قاضي محكمة بداءة الكرادة- التي رفعت اليها الدعوى – لم يستجب الى الطلب الذي تقدم به المدعي لان تاريخ العقد(عقد الوكالة)المبرم بين المدعي والمدعى عليه(الشركة الاجنبية) قد ابرم في ١٩٦٦/١/١٩ ، أي بعد إحالة المشروع على المدعى عليه.ولهذا فان المدعى لا يستحق الأجر المسمى بالعقد ، وان كل ما يستحقه هو اجر المثل عن جهوده في إجراء التعقيبات الروتينية لمعاملة المناقصة لانه غير متبرع. وحيث ان وكيل المدعي لم يوافق على التحول من الأجر المسمى إلى اجر المثل ، وأصر على المطالبة بالأجر المسمى فله والحالة هذه المطالبة باجر المثل في دعوى مستقلة. لم يقتنع المدعى بالحكم فطعن به استئنافا لدى محكمة استئناف بغداد ،فقبلت طعنه وفسخت حكم محكمة البداءة وقضت بوجود عقد الوكالة بين المستأنف (المدعي)والمستأنف عليه (المدعى عليه)قبل تاريخ الاحالة واعتمدت في اثبات وجود العقد على نماذج المراسلات بين الشركة الاجنبية والمستأنف ،فضلا عن الكتب الرسمية الصادرة من وزارات عدة تؤكد قيام المستأنف بأعمال التعقيبات لاحالة المشروع. غير ان محكمة الاستئناف لم تحكم الا بمبلغ ١%من قيمة الدفعة الأولية التي دفعتها الحكومة العراقية للشركة المستأنف عليها لان العقد تم احالته الى الشركة والسيد (م)العراقي ، ومن ثم ، فهو (المستأنف)لا يستحق سوى ٥١,٦٩٠,٦٢٧ دينارا . لم يقتنع المستأنف والمستأنف عليه بالحكم ،فطعنا به تمييزا ، فقررت محكمة التمييز ما يلي" لدى التدقيق والمداولة ، تبين ان الحكم المميز مخالف للقانون ذلك ان الثابت من أوراق الدعوى ان المميز عليه لم يكن له أكثر من دور المراجع عن المراحل العادية التي كانت تمر بها مناقصة مشروع ديالى (٨ دي) دون ان يكون له تأثير على القرارات التي اتخذتها الجهات الرسمية في احالة الشركة المميز عليها . هذا من جهة ، ومن جهة اخرى وجد ان العقد المبرم بين الطرفين ينص على ان السيد (ن) سيذل اقصى جهده لتدبير العطاء للشركة ، كما انه سيساعدها بكل الطرق والوسائل التي بحوزته على انجاز تنفيذ العقد حتى القبول النهائي ، وان المميز عليها مقتنعة بان اتفاقية الوكالة هذه ستنتج صفقة بين الحكومة العراقية وبينها. ولما كانت النظم الادارية والمالية الغاية منها تحقيق مصلحة عامة فهي من النظام العام ، فكما ان الوظيفة لا يمكن ان تكون محلا لتصرف ما كذلك كل وسيط يبذل وساطته يبذل وساطته لدى الحكومة في نظير مقابل يحصل عليه انما يقوم بعمل غير مشروع ويكون تعاقده باطلا .فاتفاق الوسيط مع شخص على جعل (اجرة)يأخذه اذا مكن هذا الشخص من

الحصول على امتياز او مقاولة يرسو العطاء عليه فيها يكون اتفاقا باطلا لمخالفته النظام العام لانه يخل بنزاهة المناقصات والمزايدات ويضر بالمصلحة المالية للدولة (م ١٧٣ مدني). وبناء على ما سبق بيانه ، فأن المميز (المميز عليه) متقابلا (ن) لا يستحق الا اجر المثل كما ذهبت الى ذلك محكمة البداءة ، فكان على محكمة الاستئناف ان تسأل وكيل المستأنف عما اذا كان موكله يريد اجر المثل. فأن وافق على ذلك ، فعليها ان تنتخب خبيرا او اكثر لتقدير اجر مثله على كافة الاعمال التي قام بها لمصلحة المستأنف عليها الشركة ، ومن ثم ، تحكم تبعا لما يظهر لها من سير الدعوى . وحيث ان محكمة الاستئناف ذهبت الى الأجر المسمى مما جعل الحكم مخالفا للقانون قرر نقضه واعادة اوراق الدعوى الى محكمتها للسير فيها على المنوال المشروح على ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ١٩٦٨/١١/١٢."([٨٣])

الخاتمة

النتائج والتوصيات

النتائج:-

يمكن إجمال أهم النتائج التي توصل إليها الباحث بالاتي:-

١- الخطأ المربح هو ذلك الخطأ الذي يحقق فيه مقترف الفعلة الضارة الموجبة للمسؤولية التقصيرية أو العقدية ربحا يتجاوز مقدار التعويض الواجب عليه دفعه المتمثل بعنصري الخسارة الحالة والكسب الفائت على فرض إقرار مسؤوليته ، فهامش الربح غير المشروع-الذي يجنى على حساب المضرور- هو ما يحث مقترف الفعلة الضارة على ارتكابها بعد ان فكر وقدر ان ما يجنيه من ربح يفوق ما سوف يغرمه على فرض إقرار مسؤوليته.

٢- إن لفي إدخال فكرة الخطأ المربح أعمالا لوظيفة الردع داخل نطاق المسؤولية المدنية ، ومحاربة طائفة من الأعمال غير المشروعة الطفيلية والانتهازية والتي بدأت تشيع وتنشر في المجتمعات كافة ،وأداة قوية بيد القضاء للضرب على أيدي متصيدي مثل هذه الأخطاء بأخذ هامش الربح الذي يغنموه من اقتراف الفعلة الضارة والتي لا تستطيع قواعد المسؤولية المدنية التقليدية -التي تستند إلى مبدأ التعويض الكامل -من استرداده منهم.

٣- يتميز الخطأ المربح بثلاث خصائص جوهرية:-

اولها- انه خطأ لصيق بشخص مقترفه؛ ومن ثم، لا يجوز ترحيل الأخطاء المربحة التي يقترفها شخص الى شخص آخر. ولهذه الخصيصة أهمية حاسمة في نطاق مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع ومسؤولية الوارث.

ثانيا:- إن الصفة العمدية ،وان كانت مصاحبة لفكرة الخطأ المربح ،غير انها ليست متلازمة معه ، بحيث لا يمكن تصور وجود خطأ مربح بدون ان يكون عمديا. وينبي على ذلك ، إن الخطأ المربح ليس مجرد نوع من أنواع الخطأ العمدي بحيث ان الخطأ العمدي يكون بسيطا تارة ومربحا تارة أخرى بحسب اتجاه أو عدم اتجاه نية مقترف الفعلة الضارة إلى جني ربح من فعلته ام لا، بل هو نمط متميز ومستحدث يضاف إلى التصنيفات التقليدي للأخطاء التقصيرية والعقدية ويضيف اليها سمات جديدة . ومن ثم فقد يكون الخطأ اليسير خطأ يسيرا بسيطا او خطأ يسيرا مربحا وقد يكون الخطأ الجسيم خطأ جسيما بسيطا او خطأ جسيماً مربحا ، فواقعة تحقيق ربح واقعة مستقلة عن نمط الخطأ الذي اقترفه محدث الفعلة الضارة.

ثالثها:- بأنه خطأ غير قابل للتغطية التأمينية ؛ ذلك بأن جعل خطأ مقترف الفعلة الضارة سواء في نطاق المسؤولية العقدية او التقصيرية قابل للتغطية التأمينية يتعارض مع الهدف الرئيس من تبني هذه الفكرة ألا وهو استرداد الربح الذي جناه بفعلته الخاطئة ، ويمكن مقترف الفعلة الضارة من نقل عبء فعلته إلى شركات التأمين بينما يحتفظ هو بالربح الذي جناه.

٤- نظرا لحداثة فكرة الخطأ المربح وخروجها على القواعد التقليدية في تعويض الضرر ، سار القضاء الإنكليزي بأناة في اعملها ، فأعملها-في البدء- في نطاق المسؤولية التقصيري، وخاصة في نطاق أفعال التجاوز على الأملاك العقارية عندما يغير المتجاوز(الغاصب) من نمط استغلال العقار(المغصوب)فيجعله أكثر ربحية، ثم اعملها في نطاق أفعال التشهير وانتهاك الحق في الخصوصية في الأحوال التي يتبين فيها بشكل جلي بأن المسؤول ما اقترف فعلته إلا بقصد جني ربح من فعل التشهير او فعل الانتهاك على الحق . وكانت ، ولم تزال، أفعال التجاوز على حق المؤلف أو الملكية الصناعية مدار رحبا لأعمال فكرة الخطأ المربح في النطاق التقصيري، بل تأثرت في اعملها بعض النظم القانونية الأمينة لمبدأ التعويض الكامل كالقانون الفرنسي والعراقي.

ثم ما لبث القضاء الإنكليزي -بعد تردد ورفض- ان رأى فيها ضرورة إعمال فكرة الخطأ المربح في نطاق المسؤولية العقدية ، وخاصة عندما يرتبط الربح الذي جناه المسؤول بعلاقة عقدية قائمة على الثقة والائتمان المطلق بحيث إن الربح ما كان ليجنى لولا الثقة التي منحت للطرف المخل. وأضحت علاقات النيابة الصريحة أو الضمنية مدارا رحبا اعمل فيه القضاء الانكلو-امريكي فكرة الخطأ المربح.

٥) لقد أثارت فكرة اخذ هامش الربح الناتج عن حالات الخطأ المربح إشكالية حقيقية في إيجاد الأساس القانوني لها ، فقد وجد القضاء الانكلو-سكسوني والفقه هناك، وشايعته في ذلك محكمة التمييز الاتحادية العراقية في احد احكامها، ضالته في نظرية الكسب دون كسب ؛ فقد رأى أن الربح الذي جناه المسؤول ما هو إلا صورة متميزة من صور اغتناء ذمة على حساب ذمة أخرى ، ومن ثم ، جاز –استنادا الى نظرية الكسب دون سبب- استرداد الربح (غير المشروع) الذي اغتنته ذمة المسؤول، ورده إلى ذمة المضرور.

غير أن الفقه الإنكليزي، وتبعه في ذلك القضاء هناك ، سرعان من أدرك شطط الأحكام القضائية التي استندت إلى نظرية الإثراء دون سبب كأساس لاسترداد الربح في حالات الخطأ المربح ، إذ أن في هذا الاستناد سوء تطبيق لنظرية الكسب دون سبب من جهة أولى، وسوء فهم لوظيفة كلا الفكرتين من جهة ثانية ، والتشويه لنظم قانونية مستقرة من جهة ثالثة. فطرح جانب من الفقه نظرية الاسترداد الكامل في قبال نظرية التعويض الكامل ، الأدق في تحليلها لإمكانية استرداد الربح الذي جناه المسؤول والأقرب الى القواعد الحاكمة لتعويض الضرر في القانونين الفرنسي والعراقي .ويرى أصحاب هذه النظرية بأن القواعد الحاكمة للمسؤولية المدنية في تعويض الضرر يجب ألا تقتصر وظيفتها على إعادة وضع المضرور ، بل يجب أن تعيد طرفي المسؤولية (المضرور و المسؤول) إلى المركز اللذين كانا عليه قبل اقتراف الفعلة الضارة . واذا كان اعادة وضع المضرور الى الحالة السابقة على اقتراف الفعلة الضارة تدرك من خلال تطبيق مبدأ التعويض الكامل ، فان ذلك (اعادة الوضع) يجب أن يدرك بالنسبة إلى المسؤول بطريق تبني مبدأ الاسترداد الكامل الذي يسمح بمحو النتائج المربحة للفعلة الضارة.

التوصيات:-

يود الباحث في نهاية بحثه هذا أن يقترح جملة من التوصيات آملا من المشرع المدني العراقي أن يأخذ بها لتطوير نظامنا القانوني ،وقد صيغت هذه التوصيات على شكل مشروع قانون يجري على النحو التالي:-

مشروع قانون لتعديل نصوص المسؤولية المدنية في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

المادة (٢٠٧)مكرر(١):- أولا:- ومع ذلك، يجوز للمحكمة أن تستبدل الربح الذي جناه المسؤول بالربح الذي فات على المضرور المشار إليه المادة (٢٠٧) اذا كان هذا الأخير اقل من الربح الذي جناه المسؤول، في كل الأحوال التي يتبين فيها للمحكمة إن المسؤول ما اقترف فعلته إلا بقصد جني ربح . ويعتبر الأحوال التالية،بوجه خاص ،مبررا لاستبدال الربح :-

ا- إذا انتهكت الفعلة الخاطئة حق المضرور في الخصوصية ، او شكلت واقعة تشهير او قذف على المضرور.

ب- اذا غير المسؤول المرتكب لفعل الغصب من نمط استغلال المال المغصوب وكان ربح او عائد هذا الاستغلال اكبر من عائد الاستغلال الذي يمارسه المضرور قبل اقتراف المسؤول لواقعة الغصب.

ج- اذا اتجر المودع لديه بالوديعة النقدية التي في حيازته او استغلها المال المودع لديه باي شكل من اشكال الاستغلال

المادة (٢٠٧) مكرر (٢):- أولا:- لا يجوز الحكم بالتعويض الإضافي المنصوص عليه في المادة (٢٠٧ مكرر (١) في حالة وفاة المسؤول ، ولا تؤثر وفاة المضرور على الحكم به .

ثانيا:- ومع ذلك اذا قام الورثة بأرجاع الربح الذي حققه مورثم ، اعتبر ذلك صحيحا ولم يجز لهم العدول عنه.

هوامش البحث:-

---

[١] وتترجم هذه القاعدة باللغة الإنكليزية على النحو التالي :-

" A man shall not be allowed to profit from his own wrong."

انظر في ذلك:-

James Edelman, Gain Based Damages: Contract, Tort, Equity, and Intellectual property, Oxford Portland, Hart Publishing, London, 2002,P 81.

٢) مشار اليه في :-

Goderoy de Moncuit, La faute Lucrative, Centre de Droit et la Consommation et du Marche, Montpellier, 2010, 2011, P 135.

[٣]) وينتمي التعويض (التضمين) المضاف في حالات الخطأ المربح إلى زمرة ما يعرف في القانون الإنكليزي بالتضمينات اللاتعويضية (**Non Compensatory Damages**) والتي يدخل من ضمنها التعويض (التضمين) المضاف في حالة التعويضات (التضمينات) العقابية(**Punitive Damages**)،فضلا عن التضمينات في حالات الخطأ المربح والتي يطلق عليها بالتضمينات التربحية (**Gain Based Damages**)او(**Disgorgement Damages**) في قبال زمرة التضمينات التعويضية (**Compensatory Damages**) والتي تستند إلى العناصر التقليدية في التعويض والتي تشمل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب . انظر في ذلك:-

John Cooke, Law of Tort, Sixth Edition, Pearson, London, 2003, P381-382.

Clive Newton, General Principles of Law, Third Edition, Sweet& Maxwell, London, 1983, P215-217.

وانظر كذلك:-

Elizabeth, A.Martin, A Dictionary of Law, Seventh Edition, Oxford University Press, London,2011, P 151 (Damages).

[٤]) وهذا نص ما يقوله الكاتب الفرنسي (Juliette Meadel):-

"Une augmentation des dommages –intérêts au delà de la valeur du préjudice permettrait d'assurer efficacement la répression des fautes que leur a intérêt a commettre parce qu'il tire de l'activité dommageable un profit supérieur a la condamnation encourue."

Juliette Meadel , Faut-il introduire la faute lucrative en droit français? Petit Affiches, Avril , 2007, P6.

وانظر كذلك:-

Viney , G., traite de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin, les effets de la Responsabilité , deuxième édition, LGDJ,Paris, p. 147.

De Luca Stephanie, Quelle place en droit français pour les dommages et intérêts a titre punitif ? Université Panthéon Assas Paris 2, Paris, 2012, P40.

[٥]) انظر بحثا مقارنا حول تطبيقات فكرة الخطأ المربح في نطاق الحق في الخصوصية:-

Skiro Harder, Gain-Based Relief for Invasion of Privacy, Victoria Law Journal , Vol.1 2011, P63 and Seq.

[٦]) انظر تطبيقات مهمة لإعمال فكرة الخطأ المربح في نطاق الحق في الشهرة في القضاء الأمريكي مذكورة في:-

Henry R. Cheeseman، Business Law، Fifth Edition، Pearson ، U.S.A، 2004.P 76-77.

[٧]) كما حدث في قضية (Lake v. Bayliss 1974) والتي تتلخص وقائعها بأن مالكا لعقار باعه مرتين ، فرفع المشتري الأول الدعوى على البائع لاسترداد قيمة ثمن العقار الذي بيع به العقار الى المشتري الثاني، فأستجابت المحكمة الإنكليزية

التي رفعت اليها الدعوى لهذا الطلب وأسست حكمها على أن العقار قد بقي في حيازة بائع العقار (المالك السابق) بصفته امينا عليه (trustee)بعد انتقال الملكية إلى المدعي(المشتري الأول). انظر تفاصيل هذه القضية وقضايا مشابه:-

John D., McCamus, Disgorgement for Breach of Contract :- A Comparative Perspective, Loyola of Los Angles Law Review, Vol.36, Winter 2003, P954.

[٨]) انظر في ذلك :-

James Edleman, Op.Cit., P145.

[٩]) انظر في ذلك:-

Daniel Freidmann, Restitution for Wrongs:- The Measure of Recovery, Texas Law Review, Vol.79, 2001, P 1901 & seq.

١٠) Paula Giliker, Vicarious Liability in Tort :- Comparative Perspective, Cambridge University Press, London, 2010, P41 and seq.

١١)Hodgin, R.w, & Veitch, E., Punitive Damages : Reassessed, The International and Comparative Law Quarterly, Vol.21, No.1, 1972, P129.

Nicholas، J.، Mcbride and Roderick Bagshaw، Tort Law، Second Edition، Pearson Education Limited، London. 2005.P681.

[١٢]) وهذا نص ما قاله اللورد (Delivn) باللغة الإنكليزية :-

".....second , where the defendant's conduct has been calculated by him to make a profit himself which may exceed the compensation payable"

مشار اليه في :-

Solene Rowan , Comparative Observations on the Introduction of Punitive Damages in French Law, (Reforming the French Law of Obligations), Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Hart Publishing, London, 2009, P330-331.

١٣) Goderoy de Moncuit, Op. Cit,, P 8.

وهذا نص ما قاله باللغة الفرنسية :-

" la notion de faute lucrative désigne alors le comportement immoral , réfléchis, malhonnête, de celui qui tire bénéfice financier de la violation de la règle et de l'éthique."

١٤) Jean-Claude Bizot, Groupe de Travail sur le projet intitule " Pour une Reforme du Droit de la Responsabilité Civile, Cour de Cassation , Fevrier, 2012, P21 et 76.

[١٥]) انظر نص المادة (١٨ – أولا) من قانون بيع وايجار اموال الدول الجديد رقم (١٣) لسنة ٢٠١٣ .

[١٦]) ويجري النص الفرنسي بالكامل على النحو التالي:-"

" Art. L. 211-13 Code des assurances: "Lorsque l'offre n'a pas été faite dans les délais impartis a l'article L. 211-9, le montant de l'indemnité offerte par l'assureur ou allouée par le juge a la victime produit intérêt de plein droit au double du taux de l'intérêt légal a compter de l'expiration du délai et jusqu'au jour de l'offre ou du jugement devenu définitif. Cette pénalité peut être réduite par le juge en raison de circonstances non imputables a l'assureur."

مشار اليه في :-

Jean-Sébastien Borghetti, , Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, , Springer-Verlag / Wien, Germany , 2009, P60.

وانظر مبدأ مشابها مهما في القضاء الأمريكي في قضية (Courley v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.1990).

مشار اليه في:

William , S., Dodge, The Case For the Punitive Damages in Contract, Duke Law Journal, Vol. 48, No.4, 1999, P629 and Seq.

١٧) Richard Stone, The Modern Law of Contract, Fifth Edition, Cavendish Publishing Limited , London,2002, P 166.

18) انظر هذا الرأي ، ومناقشة مستفيضة لوجهة نظر الفقه الإنكليزي الذي يتبنى وجهة نظر مغايرة موجود في:-

Solene Rowan, Op.Cit., P 339-340.

19) انظر عرضا مفصلا للآراء الفقيه الإنكليزي (Peter Birks) وتقيما لها :-

James Edleman, Op.Cit., P 36 and Seq.

Struan Scott, Rights, Remedies, Wrongs and the Bribe Taking Fiduciary, Hart Publishing , London, 2008, P35 and Seq.

[٢٠]) انظر تفاصيل هذه القضية ومناقشة ممتعة لها :-

James Edelman, Gain Based Damages: Contract, Tort, Equity, and Intellectual property, Oxford Portland, Hart Publishing, London, 2002, P40.

[٢١]) القرار ٣٧٢ /م١ عقار/ ١٩٩٩ الصادر في ٢٩ /٩/ ١٩٩٩ ، مجلة القضاء ، الإعداد ١ ، ٢ ، ٣ ، ٤ ، ص ١٩٠ . مشار اليه في :-

المحامي الأستاذ فوزي كاظم المياحي ، دعاوى اجر المثل في تطبيقات القضاء العراقي ، مكتبة الصباح ، بغداد ، ٢٠٠٨ ، ص ٨٤-٨٥ .

[٢٢]) وهذا ما أشارت اليه المادة (٢٤٣) من القانون المدني العراقي صراحة بقولها" كل شخص ، ولو كان غير مميز، يحصل على كسب دون سبب مشروع على حساب شخص اخر ، يلتزم في حدود ما كسبه بتعويض من لحقه ضرر بسبب هذا الكسب ، ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال كسبه فيما بعد."

انظر في ذلك:-

د. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي ، الجزء الأول (مصادر الالتزام) ، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٥ .ص٤٥١

د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الاول، المجلد الثاني (نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام)،

الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩.ص١٣٢١.

د. سليمان مرقص ، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني (في الالتزامات)، المجلد الثالث(الإثراء على حساب الغير)،الطبعة الثالثة، دار الكتب القانونية، القاهرة، ١٩٩٠، ص١٣٩-١٤٠.

[٢٣]) وهذا نص ما قالته المحكمة باللغة الإنكليزية:-

" The profits conferred upon Northern Natural Gas has not "from" (or, at the expense of) the claimants."

James Edelman ,gain based damages, Op.Cit, P 39.

[٢٤]) ويجري النص الفرنسي المقترح على الوجه التالي:-

" l'auteur d'une faute manifestement délibèree ,et notamment dune faute lucrative, peut être condamné, outre les dommage –intérêts compensatoire ,a des dommage –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 dommage –intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingue de celui des autres dommages –intérêts accordes a la victime. Les dommages –intérêts punitifs ne sont pas assurables."
Solene Rowan, Op.Cit., P 856.

25) Godefroy De Moncuit, Op.Cit, p 17,18.

[٢٦]) انظر في استعراض هذا المبدأ في القانون الفرنسي :-

Lapoyade Christian, La Réparation Du Préjudice Economique Pur en Droit Français, Revue Internationale de droit comparé Vol. 50, No. 2, 1998, P368-371

وانظر ايضش:.

د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، مطبوعات جامعة الكويت١٩٩٥،ص٤٧–٥٠

[٢٧]) وهذا نص ما يقوله باللغة الفرنسية:–

" Le droit de la responsabilité civil doit pourtant avoir vocation a rétablir non pas une partie, mais chacune des parties dans la situation qui était la sienne avant la réalisation de la faute. Ce qui passe, concernant la victime, par l'application du principe de réparation intégrale , ce qui doit passer, pour certains et concernant le fauteur , par consécration d'un principe de restitution intégrale qui permettrait d'effacer les conséquences profitables de la faute."

Godefroy De Moncuit, Op.Cit, p94.

28) Vignolle.D, la consécration des fautes lucratives:- une solution au problème d'une responsabilité civile punitive? Gazette du Palais, Janvier, 2010, P7.

29) وفي ذلك يقول الباحث الإنكليزي المتميز (**Edelman**):–

" this should not understood as suggesting that the award has no penal effect but simply that the penal effect does not control the *measure* of the award."

James Edelman, Gain Based Damages, Op.Cit, P 83.

[٣٠]) انظر في ضيق ومحدودية الضرر المستأهل للتعويض في الفقه الإسلامي:–

الشيخ علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٠٠، ص١٩-٢٠.

د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، الجزء السادس، الطبعة الثانية الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ١٩٩٨ ، ص ١٦٨-١٧٢.

د. وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان (او احكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي) ، الطبعة الثانية المعدلة ، دار الفكر المعاصر، بيروت-لبنان، ١٩٨٢. ص ٥٧-٦١.

[٣١]) انظر هذه المواضع في كتب الفقه الإسلامي المقارنة :-

الطبري ابو جعفر محمد بن جرير ، اختلاف الفقهاء ، دار الكتب العلمية ، بيروت- لبنان ، ١٩٩٩، ص١٧٦-١٧٨.

ابن رشد الحفيد ابو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، حققه وعلق عليه(ابو اوس يوسف بن احمد البكري) ، بيت الافكار الدولية ، بيروت –لبنان ، ٢٠٠٩ ، ص٨٥١–٨٥٢.

الطحاوي ابو جعفر احمد بن محمد سلامة ، مختصر اختلاف الفقهاء ، الجزء الرابع، الطبعة الثانية ، تحقيق (د.عبد الله نذير احمد)، دار البشائر الاسلامية ، بيروت–لبنان ، ١٩٩٦، ص ١٨١–١٨٢.

الاستاذ على حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام ، المجلد الثالث (الشركات والوكالة) ، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية ، ٢٠٠٣ ، ص ٥١–٥٢.

[٣٢]) الشافعي ابو عبد الله محمد بن ادريس ، الام ، الجزء الثالث ، (اشرف على طبعه وباشر تصحيحه محمد زهري النجار) ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت –لبنان ، بدون سنة طبع ، ص٢٤٩

[٣٣]) الشافعي ابو عبد الله محمد بن ادريس ، المرجع السابق ، ص٢٤٩.

[٣٤]) الحلي الحسن بن يوسف مطهر، مختلف الشيعة في احكام الشريعة ، الجزء السادس (الامانات والاجارة والهبات)، الطبعة الثانية ، مطبعة مكتب الاعلام الاسلامي ، طهران ، ص ٣٤.

[٣٥]) العاملي محمد بن جمال الدين مكي و العاملي زين الدين الجبعي العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، بيروت–لبنان ، بدون سنة طبع ، ص ٥٨.

[٣٦]) عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان ، مجمع الانهر وملتقى الابحر ، الجزء الثاني، دار احياء التراث العربي ، بدون سنة طبع،ص٤٥٨–٤٥٩. وانظر كذلك في المذهب الحنفي في نفس الموضوع:– السرخسي ابو بكر محمد بن احمد ، كتاب المبسوط ، المجلد الرابع، الجزء الحادي عشر ، دار احياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، ٢٠٠٢، ص ٧٤–٧٥.

[٣٧]) ابن رشد الحفيد ابو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص٨٤٢.

[٣٨]) الشيباني محمد بن الحسن ، الأصل ، الجزء الثاني عشر ، الطبعة الأولى ، تحقيق ودراسة (محمد بوينوكالن)، دار بن حزم، ٢٠١٢ ، ص١٢٩.

[٣٩]) الشيباني محمد بن الحسن ، المرجع السابق، ص١٤٠.

[٤٠]) عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان، المرجع السابق ، ص ٣٨٤. وانظر في رأي المذاهب الإسلامية الأخرى المطابقة او المقاربة لرأي المذهب الحنفي :–

الموسوعة الفقهية (الكويتية) ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٥ ، ص ٥٥ –٥٨ تحت لفظ استعمال الوديعة.

موسوعة الفقه الاسلامي المقارن الشهيرة بموسوعة جمال عبد الناصر الفقهية ،يصدرها المجلس الاعلى للشؤون الاسلامية ، المجلد الرابع ، الجزء السابع ، القاهرة ، ١٣٩١ هجرية ، ص –١٦٦–١٦٥ تحت لفظ حكم استغلال العين المستعارة و ص١٦٦ تحت لفظ استغلال الوديعة.

[٤١]) ابن قدامة موفق الدين ابو عبد الله بن احمد بن محمد ، المغني ، الجزء السابع ، الطبعة الثالثة ، تحقيق تحقيق (د.عبد الله بن المحسن التركي ود. عبد الفتاح محمد الحلو)، دار عالم الكتب ، المملكة العربية السعودية ، ١٩٩٧، ص٣٩٧.

[٤٢]) ابن قدامة موفق الدين ابو عبد الله بن احمد بن محمد، المرجع السابق ، ص٣٩٧-٣٩٨.

[٤٣]) انظر بصورة عامة في قضايا التجاوز على الأراضي في القانون الإنكليزي:-

Nicholas , J. Mcbride & Roderick Bagshaw, Tort Law, Second Edition, Pearson Education Limited, London, 2005, P 347 and seq.

Catherine Elliott and frances Quinn, Tort Law, Fourth Edition, pearson Education Limited, London , 2003, P294 and seq.

[٤٤]) وهذا ما عبر عنه القاضي الإنكليزي (Hatherley) بقوله في قضية (Jegon v. Vivain 1871):-

" The court never allows a man to make a profit by a wrong."

James Edleman ,Gain Based Damages, Op.Cit, P 138

45)James Edleman,Gain Based Damages, Op.Cit, P 138.

46)James Edleman, Gain Based Damages, Op.Cit, P138.

47) Nicholas، J.، Mcbride and Roderick Bagshaw، Op. Cit, P 677.

James Edleman, Gain Based damages, Op.Cit., P 144-145.

48)James Edleman , Ibid., P143.

49) Madeleine Tolani, U.S.A Punitive Damages before the German Courts, Annual Survey of International and Comparative law vol. XVII, P 193-195.

وانظر في هذه القضية وموقف القانون والقضاء الالماني بصورة موسعة :-

Basil S., Markesinis and Hannes Unberath , The German Law of Torts: A Comparative Treatise, Fourth Edition, Hart Publishing, London, 2002, 74-78.

50) Jean –Sebastien Borghetti, Op.Cit, P 58-59.

51)James Edleman ,Gain based Damages, Op.Cit, P 162-163.

[٥٢]) وهذا نص ما قالته المحكمة باللغة الإنكليزية :-

" The Profit is not directly occasioned by the breach, the breach is withdrawing the ship , not in subsequently rehiring it."

Catherine Elliott and Frances Quinn, Contract Law, Fourth Edition, Pearson Education Limited, London, 2003, P280.

53)James Edleman, Gain Based Damages, Op.Cit, P 165.

54) Graham Virgo, Restitutionary Remedies for Wrongs: Causation and Remoteness, Hart Publishing , London, 2008, P318.

55) James Edleman, Gain Based Damages, Op.Cit., P213.

Graham Virgo, Op.Cit., P 309.

56) Krishneel Maharaj, The availability of Gain Based Damages For Breach of Contract, the University of British Columbia , 2012, p82 and Seq.

Guest، G.،A.، Chitty on Contracts، Vol.2(Specific Contracts)، Twenty Fourth Edition، Sweet& Maxwell، London، 1977.P 2094.

[٥٧]) وهذا نص ما قاله قاضي الموضوع –القاضي (Palmer) – باللغة الإنكليزية –:

" Mr. Larcombre was in a relationship of agency with Mr. Pederson and that Mr. Larcombre has accepted (undertaken) a fiduciary duty of loyalty . If Mr. Larcombe , or his alter ego, Varinya, has received a benefit or gain as a breach of his duty of loyalty , then, Mr. Larcombe or Varinya must account for that profit or gain."

James Edleman, Fiduciaries and Profit Disgorgement for Breach of Contract, Journal of Equity and Commercial Law, Sydney, 2012, P 10-11.

58) Richard Stone,Op. Cit., P 166.

59) John McCamus, Disgorgement For Breach Of Contract: A Comparative Perspective , Loyola of Los Angles Law Review, Vol. 36, 2003, P 947.

James Edleman, Gain based Damages, Op.Cit., P 150-154.

[٦٠]) وهذا نص البند العقدي المبرم بين المدعي والمدعى عليه باللغة الإنكليزية:–

" Not to divulge any official information gained by (him) as a result of (his) employment either in the press or in book form."

John McCamus, Op.Cit., P 947-948.

ويجدر بالإشارة هنا ، ان القضاء الأمريكي كان سباقا في إعمال الخطأ المربح في قضية مناظرة ، ففي قضية (**Snepp v. USA 1980**) والتي تتلخص

وقائعها ، إن ضابطا في المخابرات المركزية قد أصدر كتابا نشر فيه نشاطات هذه الوكالة أثناء الحرب مع فيتنام ، خلافا لبند عقدي يلزم أي عضو في الوكالة بعدم نشر أي منشور أو كتاب إلا بعد مراجعة الوكالة . صادقت المحكمة العليا الأمريكية بالأغلبية على حكم محكمة الموضوع والذي الزم الضابط بدفع كل المبالغ الذي حصل عليها من ريع الكتاب باعتباره إن العقد الذي ابرمه مع الوكالة ذو طابع خاص يجعله أمينا على ما اطلع عليه من أسرار.

James Edleman, Fiduciaries and Profit Disgorgement, Op.Cit., P 3.

61) Catherine Elliott and Frances Quinn, law of Contract, Op.Cit, P281.

James Edleman,Gain Based Damages, Op.Cit., P 153-155.

62)James Edleman ,Gain Based Damages, Op.Cit., P 142.

[٦٣]) انظر د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية ، الجزء الثاني ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٩٠ ، ص ٩٥-٩٦.

[٦٤]) انظر في الفقه المصري :-

د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع (العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة)، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩ ص٧٧٩-٧٨٣.

د. محمود جمال الدين زكي ، قانون عقد البيع في القانون المدني ، جامعة الكويت ، ١٩٧٤ ، ص ٢٧٣-٢٧٤.

انظر في الفقه العراقي:-

د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة–عقد البيع ، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة ، بغداد ،١٩٥٣ ، ص٢٧٣–٢٧٧.

د. سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة ، الجزء الاول (في البيع والايجار)، الطبعة الثالثة ، مطبعة العاني ، بغداد، ١٩٧٤، ص١٦٢–١٦٣.

[٦٥]) نقض مدني ، الطعن رقم ٦٦ لسنة ٣٤ ق –جلسة ١٩٦٧/٥/١٨ س١٨ ص١٠٦٨. مشار اليه في:–

المستشار احمد محمد عبد الصادق ، المرجع القضائي في شرح احكام القانون المدني ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى، ٢٠١١،القاهرة، ص٢٠٠.

[٦٦]) نقض مدني ، الطعن رقم ١٣٧٨ لسنة ٥٩ ق –جلسة ١٩٩٤/٢/٢٤ س٤٥ ص٤٢٩. مشار اليه في:–

المستشار احمد محمد عبد الصادق ، المرجع السابق، ص١٩١–١٩٢.

[٦٧]) نقض ٣١ /١٢/١٩٦٤ طعن ٣٩٦ س٢٩ ق . مشار اليه :–

المستشار أنور طلبه ، المطول في شرح القانون المدني ، الجزء العاشر ،المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، بلا سنة طبع ، ص ٨٢.

[٦٨]) د. علي البارودي ، العقود وعمليات البنوك التجارية ، الاسكندرية ، ١٩٦٦ ، ص ٦٥ ، والقرارات القضائية المصرية المشار اليها في (هامش ١) من الصفحة ذاتها.

[٦٩]) حيث نصت المادة (٢٨٢) من قانون التجارة رقم (٦٠) لسنة ١٩٤٣ الملغى على انه " اذا اجرى الوكيل بالعمولة المعاملة موضوعة البحث في مقاولة الوكالة بالعمولة بشرائط اكثر فائدة ، فالمنافع الزائدة من ذلك تعود كلها الى الموكل ." انظر في ذلك:–

د. صلاح الدين الناهي ، الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي ، الجزء الاول ، الطبعة الثالثة المنقحة ، المعرفة للطبع والنشر والترجمة والتأليف المحدودة ، بغداد ، ١٩٥٣ .ص ٣٠٧-٣٠٨.

[٧٠]) د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الاول ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦١ ، ص ١١٧.

وانظر موقف مجلة الأحكام العدلية والمخالف لنص المادة ١٠٦٣:-

الأستاذ منير القاضي ، شرح المجلة ، الجزء الثالث ، مطبعتا السريان والعاني ، بغداد ، ١٩٤٧ .ص ١٨ .

[٧١]) " لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم المميز غير صحيح ذلك أن الشريك الذي ينتفع بأي وجه من وجوه الانتفاع بدون أذن شركائه وجب عليه لهم اجر المثل الا ذا كان الأجر المسمى اكبر من اجر المثل فيجب عليه عندئذ ان يعطي كل شريك حصته من الأجرة المسماة وفقا للمادة ١٠٦٣ ف ٢ مدني. وبناء على ذلك فللمميز عليها ان ترجع على الشريك المؤجر لا على الشاغل (المميز). فعدم التفات المحكمة إلى ذلك اخل بصحة الحكم المميز فقرر نقضه....." رقم القرار ٢٧/حقوقية/١٩٦٨ ، تاريخ القرار ١٩٦٨/٣/٢ . منشور في:-

قضاء محكمة التمييز ، المجلد الخامس(القرارات الصادرة سنة ١٩٦٨)، المكتب الفني لمحكمة تمييز العراق، دار الحرية للطباعة –مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٧١، ص٢٨٩.

[٧٢]) قرب من ذلك :-د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي (الحقوق العينية الأصلية)، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة ، بغداد ، ١٩٥٤، ص ٦٩

[٧٣]) القرار :٢٨٨ / الهئية الاستئنافية العقار / ٢٠١٢ ، تاريخ القرار :٢٢ /٢/ ٢٠١٢ منشور في:-

القاضي لفته هامل العجيلي ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، القسم المدني ، الجزء الثالث، الطبعة الأولى ، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٣ ،ص ٢١-٢٢.

[٧٤]) وذلك اعمالا لنص المادة (٣٠٤) الفقرتين الأولى والثانية والتي نصت " ١-اذا كان الدين مشتركا ، فلكل واحد من الشركاء ان يطالب حصته منه.٢- فاذا قبض احد الشركاء شيئا من الدين المشترك ، فالشركاء الاخرون بالخيار ان شاءوا شاركوه فيما قبضه عينا ويتبعون هم والقابض المدين بما بقي لكل منهم في ذمته ، وان شاءوا تركوا للقابض ما قبضه واتبعوا المدين بحصتهم." انظر في احكام الدين المشترك في القانون المدني العراقي والفقه الاسلامي بصورة عامة:-

د. حسن على الذنون ، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام-احكام الالتزام –الاثبات)، الجامعة المستنصرية ، بغداد، ١٩٧٦ ، ص ٤٠٧-٤١٠.

د. صبحي محمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، الجزء الثاني، مطبعة الكشاف، بيروت، ١٩٤٨ ، ص ٣٥٨-٣٦٠.

[٧٥]) وكان على محكمة التمييز الموقرة ان تسند حكمها في رجوع الشريك المميز عليه (المدعي) على شريكه الاخر المميز (المدعى عليه) على اساس نص المادة (٣٠٤) الذي استشهدنا به في الهامش السابق.

[٧٦]) رقم القرار ٦٧٣/حقوقية/١٩٦٩ تاريخ القرار ٢٧ /١٠ /١٩٦٩ . منشور في:-

قضاء محكمة التمييز ، المجلد السادس(القرارات الصادرة سنة ١٩٦٩)، المكتب الفني لمحكمة تمييز العراق، دار الحرية للطباعة –مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٧٢، ص٣١١.

[٧٧]) رقم القرار ٥٣٠/حقوقية ثالثة/ ١٩٧٠- تاريخ القرار ١١/٥/١٩٧٠ منشور في:-

النشرة القضائية (يصدرها المكتب الفني بمحكمة تمييز العراق) ، العدد الثاني ، السنة الأولى ، مطبعة الادارة المحلية ، بغداد، ١٩٧١، ص٩٥.

[٧٨]) رقم القرار -١٧٧٦/حقوقية / ١٩٦٤ ، تاريخ القرار ١٠/٢/ ١٩٦٥ .منشور في:-

قضاء محكمة التمييز ، المجلد الثالث(القرارات الصادرة سنة ١٩٦٥)، المكتب الفني لمحكمة تمييز العراق، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، ١٩٦٩، ص ٣-٤.

[٧٩]) القرار ٣٧٢ /م١ عقار/ ١٩٩٩ الصادر في ٢٩ /٩/ ١٩٩٩ ، مجلة القضاء ، الأعداد ١ ، ٢ ، ٣ ، ٤ ، ص ١٩٠ . مشار اليه في :-

المحامي الأستاذ فوزي كاظم المياحي ، المصدر السابق ، ص ٨٤-٨٥ .

[٨٠]) رقم القرار -٢٢٦/ التنفيذ/ ١٩٦٤، تاريخ القرار -٨/١٢ / ١٩٦٤.

قضاء محكمة التمييز ، المجلد الثاني(القرارات الصادرة سنة ١٩٦٤)، المكتب الفني لمحكمة تمييز العراق، مطبعة الإدارة المحلية ، بغداد ، ١٩٧٨، ص٣١٣.

[٨١]) انظر مناقشة قيمة لآراء الفقه الإنكليزي مبسوطة في:-

Struan Scott, Op. Cit. , P35-36.

82) وهذا نص ما يقول اللورد (Templeman):-

" He is accountable not only for the original amount or value of the bribe , but also for the increased value of the property representing the birbe. To strip the fudicary of any surplus in excess of the initial amount of the bribe because he is not allowed to make a profit out of a breach of duty."

James Edleman , gain-based damages, Op.Cit., P110.

[٨٣]) قضاء محكمة التمييز ، المجلد الخامس(القرارات الصادرة سنة ١٩٦٨)، المكتب الفني لمحكمة تمييز العراق، دار الحرية للطباعة – مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٧١، ص٣٣٦-٣٣

وسبق ان قضت محكمة التمييز الموقرة في حكم سابق لها بان المحامي لا يستحق أجرة عن تعقيب معاملة خارجة عن حدود صلاحيته ، وهو ملزم برد هذه الأجرة التي أخذها . رقم القرار ٢٣١-حقوقية-١٩٤٤ الصادر بتأريخ ١٩٤٤/٥/٢١ . مشار اليه في:-

د. صلاح الدين الناهي ، محاضرات عن القانون المدني العراقي (الكسب دون سبب والفضالة كمصدرين للالتزام) ، معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة ، ١٩٥٨، هامش ٢ ، ص ١٤٣.

References

أولا: مراجع الفقه الإسلامي

المراجع الأصلية

١) ابن رشد الحفيد ابو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، حققه وعلق عليه(ابو اوس يوسف بن احمد البكري) ، بيت الافكار الدولية ، بيروت –لبنان ، ٢٠٠٩.

٢) ابن قدامة موفق الدين ابو عبد الله بن احمد بن محمد ، المغني ، الجزء السابع ، الطبعة الثالثة ، تحقيق تحقيق (د.عبد الله بن المحسن التركي ود. عبد الفتاح محمد الحلو)، دار عالم الكتب ، المملكة العربية السعودية ، ١٩٩٧،

٣) الحلي الحسن بن يوسف مطهر، مختلف الشيعة في احكام الشريعة ، الجزء السادس (الامانات والاجارة والهبات)، الطبعة الثانية ، مطبعة مكتب الاعلام الاسلامي ، طهران.

٤) السرخسي ابو بكر محمد بن احمد ، كتاب المبسوط ، المجلد الرابع، الجزء الحادي عشر ، دار احياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، ٢٠٠٢.

٥) الشيباني محمد بن الحسن ، الأصل ، الجزء الثاني عشر ، الطبعة الأولى ، تحقيق ودراسة (محمد بوينوكالن)، دار بن حزم، ٢٠١٢

٦) الشافعي ابو عبد الله محمد بن ادريس ، الام ، الجزء الثالث ، (اشرف على طبعه وباشر تصحيحه محمد زهري النجار) ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت –لبنان ، بدون سنة طبع .

٧) الطحاوي ابو جعفر احمد بن محمد سلامة ، مختصر اختلاف الفقهاء ، الجزء الرابع، الطبعة الثانية ، تحقيق (د.عبد الله نذير احمد)، دار البشائر الاسلامية ، بيروت–لبنان ، ١٩٩٦.

٨) الطبري ابو جعفر محمد بن جرير ، اختلاف الفقهاء ، دار الكتب العلمية ، بيروت– لبنان ، ١٩٩٩

٩) عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان ، مجمع الانهر وملتقى الابحر ، الجزء الثاني، دار احياء التراث العربي ، بدون سنة طبع.

١٠) العاملي محمد بن جمال الدين مكي و العاملي زين الدين الجبعي العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، بيروت–لبنان ، بدون سنة طبع.

الموسوعات الفقهية والمراجع الحديثة:–

١) الموسوعة الفقهية (الكويتية) ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٥ ،

٢) موسوعة الفقه الاسلامي المقارن الشهيرة بموسوعة جمال عبد الناصر الفقهية ،يصدرها المجلس الاعلى للشؤون الاسلامية ، المجلد الرابع ، الجزء السابع ، القاهرة ، ١٣٩١ هجرية.

٣) د. صبحي محمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، الجزء الثاني، مطبعة الكشاف، بيروت، ١٩٤٨

٤) الشيخ علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٠٠،.

٥) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، الجزء السادس، الطبعة الثانية الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت–لبنان، ١٩٩٨ .

٦)د. وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان (او احكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي) ، الطبعة الثانية المعدلة ، دار الفكر المعاصر، بيروت–لبنان، ١٩٨٢.

شروحات المجلة (مجلة الاحكام العدلية)

١) الاستاذ على حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام ، المجلد الثالث (الشركات والوكالة) ، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية ، ٢٠٠٣.

٢) الاستاذ منير القاضي، شرح المجلة، الجزء الثالث، مطبعة السريان والعاني، بغداد، ١٩٤٧.

ثانيا:–المراجع القانونية

الكتب القانونية :–

١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت،١٩٩٥.
٢) د. حسن على الذنون ، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام–أحكام الالتزام –الإثبات)، الجامعة المستنصرية ، بغداد، ١٩٧٦.
٣) د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي (الحقوق العينية الأصلية)، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة ، بغداد ، ١٩٥٤.
٤) د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة–عقد البيع ، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة ، بغداد ،١٩٥٣ ، ص٢٧٣–٢٧٧.

٥) د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني (في الالتزامات)، المجلد الثالث(الإثراء على حساب الغير)،الطبعة الثالثة، دار الكتب القانونية، القاهرة، ١٩٩٠.

٦) د. سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة ، الجزء الاول (في البيع والايجار)، الطبعة الثالثة ، مطبعة العاني ، بغداد، ١٩٧٤.

٧) د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الأول ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦١.

٨) د. صلاح الدين الناهي ، محاضرات عن القانون المدني العراقي (الكسب دون سبب والفضالة كمصدرين للالتزام) ، معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة ، ١٩٥٨.

٩) د. صلاح الدين الناهي ، الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي ، الجزء الاول ، الطبعة الثالثة المنقحة ، المعرفة للطبع والنشر والترجمة والتأليف المحدودة ، بغداد.

١٠) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الاول، المجلد الثاني (نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام)، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩.

١١) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع (العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة)، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩ .

١٢) د. علي البارودي ، العقود وعمليات البنوك التجارية ، الاسكندرية ، ١٩٦٦ .

١٣) المحامي الأستاذ فوزي كاظم المياحي ، دعاوى اجر المثل في تطبيقات القضاء العراقي ، مكتبة الصباح ، بغداد ، ٢٠٠٨.

١٤) الاستاذ منير القاضي ، شرح المجلة ، الجزء الثالث ، مطبعتا السريان والعاني ، بغداد ، ١٩٤٧.

١٥) د. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي ، الجزء الأول (مصادر الالتزام) ، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٥ .

١٦) د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الطبعة الثالثة ، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨.

١٧) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية ، الجزء الثاني ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٩٠.

١٨) . محمود جمال الدين زكي ، قانون عقد البيع في القانون المدني ، جامعة الكويت ، ١٩٧٤ .

المجموعات القضائية:-

١) النشرة القضائية (يصدرها المكتب الفني بمحكمة تمييز العراق) ، العدد الثاني ، السنة الأولى ، مطبعة الادارة المحلية ، بغداد، ١٩٧١.

٢) قضاء محكمة التمييز ، المجلد الثالث(القرارات الصادرة سنة ١٩٦٥)، المكتب الفني لمحكمة تمييز العراق، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، ١٩٦٩.

٣) قضاء محكمة التمييز ، المجلد الخامس(القرارات الصادرة سنة ١٩٦٨)، المكتب الفني لمحكمة تمييز العراق، دار الحرية للطباعة –مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٧١.

٤) قضاء محكمة التمييز ، المجلد السادس(القرارات الصادرة سنة ١٩٦٩)، المكتب الفني لمحكمة تمييز العراق، دار الحرية للطباعة –مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٧٢.

٥) المستشار احمد محمد عبد الصادق ، المرجع القضائي في شرح احكام القانون المدني ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى، ٢٠١١،القاهرة.

٦) القاضي لفته هامل العجيلي ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، القسم المدني ، الجزء الثالث، الطبعة الأولى ، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٣.

المراجع باللغات الأجنبية (الإنكليزية والفرنسية)

أولا:–المراجع باللغة الإنكليزية

الكتب القانونية :–

1) Basil S., Markesinis and Hannes Unberath , The German Law of Torts: A Comparative Treatise, Fourth Edition, Hart Publishing, London, 2002.

2) Catherine Elliott and Frances Quinn, Contract Law, Fourth Edition, Pearson, London, 2003.

3) Catherine Elliott and frances Quinn, Tort Law, Fourth Edition, pearson Education Limited, London , 2003.

4) Clive Newton, General Principles of Law, Third Edition, Sweet& Maxwell, London, 1983.

5) Elizabeth, A.Martin, A Dictionary of Law, Seventh Edition, Oxford University Press, London,2011, P 151 (Damages).

6) Henry R. Cheeseman، Business Law، Fifth Edition، Pearson ، U.S.A، 2004.

7) James Edelman, Gain Based Damages: Contract, Tort, Equity, and Intellectual property, Oxford Portland, Hart Publishing, London, 2002.

8) James Edelman, Gain Based Damages: Contract, Tort, Equity, and Intellectual property, Oxford Portland, Hart Publishing, London, 2002.

9) Graham Virgo, Restitutionary Remedies for Wrongs: Causation and Remoteness, Hart Publishing , London, 2008.

10) Guest، G.،A.، Chitty on Contracts، Vol.2(Specific Contracts)، Twenty Fourth Edition، Sweet& Maxwell، London، 1977.

11) Nicholas، J.، Mcbride and Roderick Bagshaw، Tort Law، Second Edition، Pearson Education Limited، London. 2005.

12) Jean-Sébastien Borghetti, , Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, , Springer-Verlag / Wien, Germany , 2009.

13) Krishneel Maharaj, The availability of Gain Based Damages For Breach of Contract, the University of British Columbia , 2012.

14) Paula Giliker, Vicarious Liability in Tort :- Comparative Perspective, Cambridge University Press, London, 2010.

15) Solene Rowan , Comparative Observations on the Introduction of Punitive Damages in French Law, (Reforming the French Law of Obligations), Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Hart Publishing, London, 2009.

16) Struan Scott, Rights, Remedies, Wrongs and the Bribe Taking Fiduciary, Hart Publishing , London, 2008.

البحوث القانونية باللغة الإنكليزية

1) Daniel Freidmann, Restitution for Wrongs:- The Measure of Recovery, Texas Law Review, Vol.79, 2001.

2) Hodgin, R.w, & Veitch, E., Punitive Damages : Reassessed, The International and Comparative Law Quarterly, Vol.21, No.1, 1972.

3) John D., McCamus, Disgorgement for Breach of Contract :- A Comparative Perspective, Loyola of Los Angles Law Review, Vol.36, Winter 2003.

4) James Edleman, Fiduciaries and Profit Disgorgement for Breach of Contract, Journal of Equity and Commercial Law, Sydney, 2012.

5) John McCamus, Disgorgement For Breach Of Contract: A Comparative Perspective , Loyola of Los Angles Law Review, Vol. 36, 2003.

6) Skiro Harder, Gain-Based Relief for Invasion of Privacy, Victoria Law Journal , Vol.1 2011.

ثانيا:- المراجع باللغة الفرنسية(الكتب القانونية والبحوث)

1) De Luca Stephanie, Quelle place en droit français pour les dommages et intérêts a titre punitif ? Université Panthéon Assas Paris 2, Paris, 2012.
2) Viney , G., traite de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin, les effets de la Responsabilité , deuxième édition, LGDJ,Paris.

3) Goderoy de Moncuit, La faute Lucrative, Centre de Droit et la Consommation et du Marche, Montpellier, 2010, 2011.

4) Juliette Meadel , Faut-il introduire la faute lucrative en droit français? Petit Affiches, Avril , 2007.

5) Jean-Claude Bizot, Groupe de Travail sur le projet intitule " Pour une Reforme du Droit de la Responsabilité Civile, Cour de Cassation , Fevrier, 2012.

6) Lapoyade Christian, La Réparation Du Préjudice Economique Pur en Droit Français, Revue Internationale de droit comparé Vol. 50, No. 2, 1998.
7) Vignolle.D, la consécration des fautes lucratives:- une solution au problème d'une responsabilité civile punitive? Gazette du Palais, Janvier, 2010.