Salma Abid Mnif
PROFESSEURE DE L'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR EN DROIT PRIVÉ

سلمى عبيد المنيف

الوظيفة الوقائية

هل تقتصر المسؤولية المدنية على أداء دور تعويضي يتمثل في جبر الضرر بعد وقوعه، أم أنها تؤدي أيضًا، إلى جانب ذلك، دورًا وقائيًا يهدف إلى منع وقوع الضرر أصلًا؟

Salma Abid Mnif

- ✓ يرى جانب كبير من الفقه أن الوظيفة التعويضية للمسؤولية المدنية يجب أن تتدعم بأخرى وقائية
- ✓ هذه الرؤيا دافع عنها الفيلسوف الألماني **جوناس هانس** الذي بيّن أنّ التطور التكنولوجي الحديث منح للإنسان وسائل تدميره الذاتي بشكل يهدّد بتقويض البشرية جمعاء .
- ✓ انطلاقا من هذه المعاينة أَصَّلَ هذا الفيلسوف لوظيفة جديدة للمسؤولية المدنية تكون فيه هذه الأخيرة موجهة للمستقبل لا للماضي .
- ✓ الوظيفة التعويضية موجهة **للماضي** لمحاولة محو اثار الفعل الضار
- ✓ أما الوظيفة الوقائية التي يدافع عنها هانس فهي موجهة **للمستقبل** لمنع وقوع الفعل الضار.

- هذه الرؤيا انتقدها البعض، فقانون المسؤولية المدنية يوجب وقوع الضرر للتعويض عنه ويشترط فيه أن يكون محققا .فلا يقبل التعويض عن الضرر الاحتمالي.
- لذلك لا يمكن تصور أي دور للمسؤولية المدنية في غياب ضرر يجب جبره

- ✓ هذه الانتقادات تبدو مبالغ فيها.
- ✓ وضعت مجلة الالتزامات والعقود عددا من الفصول التي تؤسّس "لدعاوى واقية للضّرر" عندما يكون هذا الأخير وشيكا أو متوقّعا بصورة جدية، من ذلك الفصول 97، 98 و99 م.ا.ع..
- ✓ فهذه الفصول تؤسّس للمسؤوليّة الوقائيّة إذ **أنّ مجرّد التّهديد بحصول الضّرر يمكّن من القيام بدعوى رفع المضرّة.**

Salma Abid Mnif

وقد طبّق فقه القضاء التونسي هذه الوظيفة الوقائيّة ب**إزالة محطّات الهواتف الجوّالة** عند إقامتها في مناطق سكنيّة.

- ✓ **محكمة الاستئناف بصفاقس بتاريخ 12 أفريل2007** حيث اعتبرت المحكمة أنّ هناك خطر جدّي ناجم عن الذّبذبات التي ترسلها محطّة إرسال هواتف جوّالة خاصة في مكان لا يتعدّى 8 أمتار عن المنطقة السكنيّة.
- ✓ فرغم عدم حصول أضرار بصورة محققة إلاّ أنّ الدّراسات أكّدت وجود أضرار خطيرة على صحّة الإنسان ما لم يتمّ احترام مسافات معيّنة. وعلى هذا الأساس قضت المحكمة بإزالة خطّة الإرسال.
- ✓ وهو الموقف الذي تبنته **المحكمة الابتدائية بصفاقس في الحكم الصادر بتاريخ 5 ماي 2009** .

- ✓ وقد أيدت محكمة التعقيب التوجه الذي ذهب إليه قضاة الأصل انطلاقا من **قرارها عدد 2010-35235 الصادر بتاريخ 6 مارس 2012**

"... ولئن تفترض الدعاوى مناط الفصل 99 .... ثبوت الضرر الموجب للرفع إلاّ أنّ ذلك **لا يستوجب أن يكون هذا الضرر قد تحقق وحصل نهائيا** وبدت اثاره وألحق نتائج سلبية بالمتضرر بل يكفي أن يكون **محقق الحصول مستقبلا** حصل مصدره وسببه ويستنتج اثاره مستقبلا وتظهر نتائجه حتما مع تقدم الزمن سيما وأنّ تركيز المحطة القاعدية موضوع النزاع من شأنه أن يصدر أمواجا كهرومغناطيسية سيكون لها **انعكاس سلبي ومخاطر على صحة وسلامة الأشخاص المحيطين بها جراء الاشعاعات".**

Salma Abid Manif

- ✓ نفس الموقف الذي تبنّته المحكمة في قرارها عدد **1342-2013 صادر بتاريخ 8 أفريل** 2013 والذي أيّدت فيه قضاة الأصل الذين قضوا بإزالة محطة اتصال هاتف جوال لعدم احترامها للموصفات الواجب توفرها
- ✓ قرار**عدد 49512 الصادر بتاريخ 22 فيفري 2018** "وحيث إن لم يكن الضرر حالا فان **خشية المعقب ضدهم المستقبلية من إمكانية تعرضهم لأضرار صحية تتمثل في حد ذاتها ضررا حالا ومباشرا** لما يولده لديهم الشعور بالخوف وعدم الطمأنينة من تكدير لحياتهم وهو ما أكدته أغلب الدراسات العلمية الحديثة المنجزة في هذا المجال".
- ➢ ويبدو أنّ المحكمة في هذا القرار قد كرست نوعا خاصا من الأضرار المعنوية وهو **ضرر "القلق"**

- ✓ **قرار عدد 21934 الصادر بتاريخ 5 ماي 2021** فقد اعتبرت المحكمة أنّ المضرة" المشتكى منها ثابتة وتتمثل في **خطر الاشعاعات الكهرومغناطيسية** الناتجة عن تركيز المحطات القاعدية للهواتف الجوالة والتي تمس خاصة الجهاز العصبي والتركيز الذهني والتغيرات السلوكية واضطرابات النوم والجهاز العصبي والجهاز المناعي والجهاز القلبي وأمراض السرطان"

يستدعي تحليل فقه القضاء المؤيد للإزالة أو لإيقاف أشغال تركيز الهواتف الجوالة في المناطق السكنية إبداء بعض الملحوظات.

1. ترتكز كل هذه القرارات على **نظرية مضار الجوار** التي كرستها مجلة الالتزامات والعقود بالفصلين 99 و 100
2. يشترط تطبيق الفصلين 99 و 100 **وجود الضرر** لتطبيقه. ويمكن للضرر أن يكون **مستقبليا** لكن شريطة أن يكون **محققا**. ومن هنا نفهم "حرج "بعض القرارات التي حاولت البحث عن وجود هذا الشرط.

Salma Abid Mnif

- ✓ فقد اعتبره عدد 35235-2010 الصادر بتاريخ 6 مارس 2012 **ضررا مستقبليا** وهو موقف قابل للنقاش فالأضرار التي يمكن أن تصدر عن محطات ارسال الهواتف الجوالة ليست محققة الوقوع. **فالشك في وجود خطر أو إمكانية حدوثه لا تعني بالمرة وجود ضرر.**
- ✓ أما **قرار عدد 49512 الصادر بتاريخ 22 فيفري 2018** فقد اعتبر أنّ **الضرر حال ومباشر** ومتمثل في القلق أو الخشية من وقوع أضرار صحية وهو موقف قابل للنقاش.
- ✓ إذ لا يستجيب مجرد القلق أو الخوف من وقوع الضرر لشروط الضرر الموجب للتعويض.

➢ **فمن الواضح أنّ هناك تعسف في اللجوء لمضار الجوار للتعويض عن هذه المخاطر.**

- يبدو أنّ الأساس الحقيقي لطلب الإزالة لا يكمن في الفصلين 99 و 100 من م ا ع وإنّما في **مبدأ الحيطة و الحذر.**
- وهو ما تفطن اليه **القرار التعقيبي عدد 36017 الصادر بتاريخ 8 فيفري** 2017 ففي هذا القرار اعتبرت المحكمة " ...أنّه في المجال البيئي فانه **سواء الضرر ثابت أو احتمالي بصفة جدية** يوجب رفع المضرة بموجب المبادئ الدولية التي صادقت عليها تونس بما أمضت من اتفاقيات تخص حماية البيئة المكرسة لمبدأ **الحيطة و الحذر**".
- يبدو أنّ الأساس الحقيقي لطلب الإزالة لا يكمن في الفصلين 99 و 100 من م ا ع وإنّما في مبدأ الحيطة و الحذر. وهو ما تفطن اليه **القرار التعقيبي عدد 36017 الصادر بتاريخ 8 فيفري** 2017 .
- صيغ هذا المبدأ لأول مرة في **اعلان ريو سنة 1992** المتعلق بشأن البيئة والتنمية

Salma Abid Mnif

- يقصد به أنّه عندما **تكون هناك تهديدات بوقوع مخاطر جسيمة لا رجعة فيها دون أن يكون هناك يقين علمي بوقوعها فـ**إنّ ذلك **لا يمكن أن يكون مبررا لتأجيل اعتماد تدابير فعالة لمنع التدهور البيئي.**
- تختلف الحيطة عن الوقاية لأنّ هذه الأخيرة "تتعلق بالأضرار المعروفة بينما الحيطة تتعلق بالأضرار التي يصعب التعرف عليها".
- كما كرسه كذلك **قانون عدد 25 لسنة 2019 المؤرخ في 26 فيفري 2019** المتعلق بالسلامة الصحية للمواد الغذائية وأغذية الحيوانات .
- هناك من يعتبر أن مبدأ الحيطة موجه لأشخاص القانون العام لاتخاذ التدابير اللازمة لمنع وقوع الخطر فهي لا تعني أشخاص القانون الخاص
- كما أن القاضي لا يمكنه التدخل ليحل محل الإدارة ليأذن بالإزالة خاصة إذا ما تحصل محدث الخطر على ترخيص اداري.
- لكن مجمل الفقه يعتبر أن مبدأ الحيطة موجه أيضا لأشخاص القانون الخاص الذين هم مطالبون باحترامه عند ممارسة نشاطهم.
- كما أنّ القاضي الذي يعدّ "حامي الحقوق والحريات" مدعو أيضا لتطبيقه
- يتعيّن أن يطبق القاضي مبدأ الحيطة بصورة معتدلة. إذ يجب أولا أن يكون هناك خطر جسيم لا يمكن تداركه كما أنّ القاضي مطالب باحترام مبدأ التناسب.
- قرار تعقيبي مدني صادر عن الدوائر المجتمعة،عدد 36870 مؤرّخ في 24 / 04 / 1997 الذي أكدت فيه "أنّ اختيار القاضي الجزاء المناسب بالحكم بالإزالة أو اتخاذ الوسائل اللازمة لرفع الضرر يتوقف على معرفة عوامل عديدة فإذا كانت الإزالة من شأنها أن تتسبب في خسارة فادحة فإن القاضي يقتصر على الحل الثاني كما لو كانت الإزالة تؤدي إلى وقف نشاط ضروري للاقتصاد الوطني عملا بقاعدة الأصل ارتكاب أخف الضررين "

Salma Abid Mnif

- **الوظيفة الزجرية**

✓ تلعب المسؤوليّة المدنيّة دورا زجريّا كلّما كان مقدار التّعويض مرتبطا بدرجة الخطأ وهذا الدّور نجد له أثرا في الفصلين 107 و 278 من م.ا.ع.

✓ إذ يعتبر المشرّع أنّه يجوز للقاضي أن يحدث تفاوتا في مقدار التّعويض "بحسب خطأ المدين وتغريره (الفصل 107) أو خطأ المدين وتدليسه (الفصل 278)". لكن يبدو أنّ فقه القضاء يتجاهل هذه الإمكانيّة ويتشبّث بالوظيفة التعويضيّة للمسؤوليّة المدنيّة

✓ بعد أن كان القانون المقارن يتجاهل هو أيضا الوظيفة الزجريّة للمسؤوليّة المدنيّة أصبح يُولي هذه الوظيفة اهتماما خاصّا بها في صورة ارتكاب الشّخص المسؤول لخطأ مربح.

1. الخطأ المربح هو الخطأ الذي يرتكبه الشّخص المسؤول بغاية تحقيق أرباح تفوق قيمتها مبالغ التّعويض التي يحكم بها لجبر الضّرر

مثال أول: الاعتداء على الحق في الصّورة من قبل دار نشر، يمكن لهذه الأخيرة تحقيق أرباح ماديّة كبيرة قد تفوق بكثير الضّرر المعنوي الذي يلحق بصاحب الصّورة.

مثال ثاني: الاعتداء على الملكيّة الصناعيّة والفكريّة كتقليد علامة عالميّة مشهورة قد يسمح للمقلّد بتحقيق أرباح ماديّة كبيرة تفوق الضّرر المعنوي الذي يلحق صاحب الملكيّة.

- تسمح الشريعة العامة بتحقيق جزاء رادع لهذه الأخطاء بما أن الفصلين 107 و 278 م ا ع يكرسان التعويض العقابي. لكن تبقى هذه الامكانية نظرية في ظل تمسك فقه القضاء بالوظيفة التعويضية ورفضه تكريس الوظيفة الزجرية للمسؤولية المدنية.

Salma Abid Mnif

- اتجهت بعض النصوص الخاصة إلى اعتماد الخطية المدنية كآلية لضمان ردع المخطئ ومنعه من الاستفادة المالية من خطئه.
- وتعرف **الخطية المدنية** بكونها مبلغ مالي يُلزم القاضي المخطئ بدفعه، لا بقصد جبر الضرر الذي لحق المتضرر، بل بهدف **معاقبة السلوك غير المشروع وردع مرتكبه** ومنع تكراره.
- وهي تختلف عن التعويض المدني التقليدي الذي يهدف أساسًا إلى إصلاح الضرر الذي أصاب المتضرر .
- وتتميز الخطية المدنية عادةً بأن غايتها **زجرية وردعية** وليست تعويضية.
- كما يمكن أن **تتجاوز مقدار الضرر الفعلي** الذي لحق بالمتضرر وهي غالبًا ما **تُصرف لفائدة الخزينة العامة** وليس لفائدة المتضرر

✓ كرس المشرع الخطية المدنية كجزاء لارتكاب خطا مربح في العديد من النصوص الخاصة منها - **الفصل 40 من القانون عدد 117 المؤرخ في 14 نوفمبر** 1994 المتعلّق بإعادة تنظيم السوق الماليّة الذي أباح **لهيئة السوق المالية** "...أن تسلّط على مرتكبي الممارسات المشار اليها آنفا خطيّة مالية لفائدة الخزينة العامة للدولة لا يتجاوز مقدارها 20.000 دينار، **وفي صورة تحقيق أرباح يمكن أن يبلغ مقدار تلك الخطيّة خمسة أضعاف مبلغ الأرباح المحققة على أن يكون مقدار الخطية المالية متلائما مع خطورة التجاوزات المقترفة ومتناسبا مع المنافع والارباح المنجزّة عنها".**

- وهو نفس الحل الذي ذهب اليه **بالفصل 29 من المرسوم عدد 116 مرسوم عدد 116 المؤرخ في 2 نوفمبر 2011** المتعلق بحرية الاتصال السمعي والبصري وبإحداث هيئة عليا مستقلة للاتصال السمعي والبصري. اذ يعطي هذا الفصل للهيئة في حالة خرق المقتضيات والالتزامات الواردة بالنصوص الجاري بها العمل أو بكراسات

Salma Abid Manif

الشروط أو باتفاقيات الإجازة' إمكانية تسليط خطية مدنية التي يجب أن " .تكون متناسبة مع خطورة المخالفات المنسوبة **ومرتبطة بالمنافع التي يجنيها المخالف** دون أن تتجاوز خمسة بالمائة (5 %) من رقم المعاملات الخالي من الأداء المحقق خلال السنة المالية المختومة والسابقة لاقتراف المخالفة"

- يعطي **الفصل 1266-1 من مشروع تنقيح أحكام المسؤوليّة المدنيّة الفرنسي** المؤرّخ في **19 مارس 2017** للقاضي إمكانيّة "تسليط خطيّة مدنيّة" في صورة ارتكاب الشّخص المسؤول لخطأ مربح
- وهو نفس الحل الذي يقترحه **الفصل 1303-8** من **مشروع إصلاح نظام المسؤولية المدنية وتحسين تعويض الضحايا** المؤرخ **16 سبتمبر 2025**

- كما تدخل المشرع الفرنسي بتاريخ **30 أفريل 2025** ليضيف **الفصل 1254** للمجلة المدنية ليكرس جزاء **الخطية المدنية** عند ارتكاب المسؤول لخطأ مربح تنتج عنه أضرارجماعية

- أمّا **القانون البلجيكي** فهو يمكن في **الفصل 6-31** الجديد من المجلة المدنية فهو يمكّن المتضرّر من الحصول على **مبالغ إضافيّة للتّعويض** إذا اتّضح أنّ المسؤول قد انتهك عن عمد، وبهدف تحقيق ربح، حقًا من حقوق الشخصية للمتضرر أو أضرّ بشرفه أو سمعته، و يعادل هذا التعويض كل الربح الصافي الذي حققه المسؤول أو جزءًا منه.

Salma Abid Manif