المقدمة :

لا ريب إن المبادرة إلى تحديد الحقوق والالتزامات مسألة عظيمة الجدوى ، فمن يكون على بينة من حقوقه والتزاماته يتمتع بامتيازات تلك الحقوق وينهض لتنفيذ الالتزامات في النطاق القانوني لكل منهما غير متجاوز حدود الحق ولا مقصر دون الوفاء بالتزاماته مادام بصيراً بها ، عالما بحدودها مدركا لمداها ومضمونها , على أن في تعقد الحياة في العصر الحديث واشتباك المعاملات ما يجعل في التعرف على الحقوق والواجبات مشقة وصعوبة وخاصة عندما يوجد الإنسان في موقف جديد غير عادي ولا مألوف في الحياة القانونية ، وفي مثل هذا الموقف وغيره من الظروف والأحوال التي لم يتوقعها المشرع لا تهدى نصوص القانون إلى حل مشاكل الحياة حلا عادلا حاسما , هنا يشعر الإنسان بالحاجة إلى تحديد مركزه القانوني حتى يستطيع أن يتعرف على التزاماته لينفذها وعلى حقوقه وسلطاته القانونية ليستفيد منها , وليس من شك أن هذا الأمر لم يتحقق ألا إذا تضافرت جهود كل الفاعلين في المجال القانوني والفقهي والقضائي .

ففي المجال القانوني يقتضي الأمر وضع تشريعات مواكبة للتطور الذي تعرفه المسؤولية المدنية ، وتخفيف عبء الاثبات على المتضرر حتى يتمكن من الحصول على تعويض عادل يناله من المتسبب في الضرر أما مباشرة وأما عن طريق المسؤول المدني_ شركة التأمين في أغلب الأحوال_ والعمل على انشاء صناديق خاصة تدفع تعويضات ولو جزئية للمتضررين من جراء جرائم او اعتداءات يجهل المتسبب فيها أو بسبب كونه في حالة اعسار ذلك لان واجب الدولة يفرض عليها توفير الأمن والسلامة للمواطنين .

أما في المجال الفقهي ، فلا ينكر أحد الدور الذي يلعبه الفقه في صقل القواعد القانونية وتطويرها ، وكذلك ارشاده للقضاء في المسائل الفقهية والخلافية .

أما بالنسبة للقضاء فأن القاضي وهو يؤدي مهمته يبذل جهدا كبيرا في البحث عن النص القانوني الذي يطبقه على الوقائع المعروضة عليه تطبيقا سليما ، وهو يبذل جهدا أكثر عندما لا يجد النص القانوني الذي يحكم الواقعة المعروضة امامه وخاصة في المسائل المدنية وهنا يبرز الدور

المبدع للقاضي المتمثل في إيجاد حلول يستلهمها من مصادر القاعدة القانونية الأخرى ولن تؤدي رسالة القضاء على أكمل وجه الا بتضافر الجهود لكل العاملين في المجال القانوني .

ولا يخفى على أحد إن التعويض هو النتيجة الحتمية لقيام المسؤولية المدنية، حيث إن وظيفة التعويض هي إحدى الوظائف الجوهرية للمسؤولية المدنية ، ولا مجال للشك في هذه الوظيفة ، لأن المسؤولية المدنية تجب في الوقت نفسه الذي تهذب فيه السلوك الانساني ، أن تكفل تعويض ضحايا السلوك غير الاجتماعي .

لذلك نجد إن المشرع العراقي ، شأنه في ذلك شان التشريعات الاخرى ، أهتم بكل ما يتعلق بالتعويض الذي يستحقه المتضرر عند قيام المسؤولية المدنية، وينعكس هذا الاهتمام بشكل واضح في القسم المخصص لتعويض الضرر عن العمل غير المشروع في المواد من(١٨٦)الى(٢٣٢) من القانون المدني.

وفي الحقيقة إن اهتمام المشرع ، في هذا الصدد لا يقل عن اهتمام كل من ألفقه والقضاء بشكل عام عند تصديهما لموضوع يعد من أكثر الموضوعات القانونية إثارة وتعقيداً وقد تمخض عن ذلك مبدأ مهم بمقتضاه ينبغي إن يعوض المتضرر تعويضا عادلاً عن الأضرار التي لحقت به من جراء عمل غير مشروع فقد حرص المشرع العراقي على أن يترجم هذا المبدأ في ثنايا القانون المدني, وهو الاتجاه الذي ذهب اليه القضاء العراقي في إن كل ضرر محقق ينبغي التعويض عنه سواء كان هذا الضرر المحقق حالا أم مستقبلا ولا تعويض عن الضرر الاحتمالي.

غير أن هذا المعيار الواضح يثير قدراً غير قليل من الصعوبة في معرفة طبيعة بعض الصور من الضرر , هل هي من باب الضرر المحقق أم انها مجرد ضرر احتمالي ، وأبرز هذه الصور هي حالة فوات الفرصة وهي الصورة التي يتسبب فيها الفاعل في حرمان الشخص من فرصة كان يتوقع من ورائها جني كسب أو تفادي خسارة .

ويكمن موطن الصعوبة في هذه الحالة في أنه لم يعد من المجدي الانتظار لمعرفة ما إذا كان الضرر سيقع أم سيتخلف فلا يقع إذ لم يعد وقوع الضرر متوقفاً على أمر مستقبل غير محقق

الوقوع فقد تحدد مركز المتضرر تحديداً نهائياً وضاعت الفرصة التي كان يعلق عليها تحقيق مكسب أو تفادي خسارة والمثال البارز لهذه الحالة ذلك الضرر الذي يؤدي إلى الحيلولة دون أشتراك حصان سباق في سباق معين فهذا شخص يملك حصان سباق يأمل أن يكسب عن طريق اشتراكه في السباق جائزة أو قدراً كبيراً من المال فيتسبب أحد المشاهدين أو أحد المنافسين في قتله أو في احداث إصابة به تمنعه من الجري في حلبة السباق وهذا ناشر يتأخر في طبع مؤلف كان مؤلفه قد نوى تقديمه في مسابقة أدبية أو علمية أو فنية ويأمل الحصول على جائزة نقدية ضخمة ، وهذا طالب مكمل في طريقه إلى أداء امتحان الدور الثاني فتصيبه سيارة يقودها سائق متهور بسرعة غير عادية اصابة تحول بينه وبين أداء الامتحان ويضيع عليه ما كان يأمله من نجاح ، في هذه الحالات وأمثالها هل يستحق المصاب أو المتضرر التعويض عما لحقه من ضرر وما هي طبيعة هذا الضرر وما مقداره؟ وبعبارة أخرى هل يعد الضرر الذي لحق المتضرر ضرراً مؤكداً له الحق في طلب التعويض عنه أم أنه مجرد ضرر احتمالي لا تعويض عنه؟

ففكرة فوات الفرصة تعد مثالا واضحا لدمج ألحظ في المجال القانوني [1] فالفرصة تعتمد على الحظ الذي يفلت من إرادة الأفراد وتوقعاتهم ، وبمعنى آخر إن الفرصة تعني إن هناك واقعة احتمالية قد تحدث وقد لا تحدث ، ومن المعروف إن هناك كثير من الوقائع والأحداث التي لا تخضع لسيطرة الإنسان , فالفرصة تبدأ حين تتوقف القدرة البشرية عن العمل ، ورفع الفرصة على هذا النحو إلى مرتبة القواعد القانونية يدعو إلى ضرورة توضيح هذه الفكرة وتحديد علاقاتها بالاحتمال.

والواقع إن نظرية فوات الفرصة قد لاقت منذ عدة سنوات رواجا كبيرا لا سيما في القضاء الذي قضى بالتعويض عنها في الكثير من الاحكام , فاصبح هناك تعويض عن فوات فرصة النجاح المهني ، وفوات فرصة الفوز في سباق الخيول , و فوات فرصة الحصول على مساعدة أو إعالة ،

---

[1] RUELLAN carolin :la perte de chance en droit prive ,revue de la recherché juridique,1999-3, p.729

وفوات فرصة فتاة في الزواج من خطيبها الذي قتل قبل الموعد المحدد للزواج بوقت قصير ، وفوات فرصة تجنب الضرر ، وفوات فرصة الشفاء أو البقاء ...الخ .

وأمام هذا التطور القضائي كان لا بد من وضع معايير محددة للتعويض عن فوات الفرصة ، ولقد بدت احكام المحاكم في غاية الدقة والحذر فيما يتعلق بتعويض هذا الضرر ، وهو أمر طبيعي نظرا لعدم اتفاق الآراء على التطبيقات المختلفة لفكرة فوات الفرصة بالإضافة على الانتقادات الشديدة التي تعرضت لها من جانب الفقه خاصة في حالة استخدامها كأداة لأخفاء شكوك القضاة وعدم تحققهم من علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

إن ما نريد توضيحه هنا إن فكرة فوات الفرصة تعكس مفهوما واضحا محددا , فهي عبارة عن صورة أو شكل من أشكال الضرر موضوعه ضياع فرصة كانت موجودة ، وهو بمثابة احتمال غير مؤكد وغير مفترض في الوقت نفسه ، ويشكل عنصرا من عناصر الذمة المالية للمتضرر , ومما لا شك فيه إن هذا التعريف لفوات الفرصة لا يمكن تصوره أصلا إلا في إطار فكرة المسؤولية المدنية ذاتها .

مبررات اختيار الموضوع :

من المعروف إن موضوع هذه الدراسة التي تدور حول (التعويض عن فوات الفرصة) هو موضوع ينتمي إلى المسؤولية المدنية و إن اختيار موضوع من هذا القبيل إنما هو اختيار كانت من وراء عدة اعتبارات وتأتي في مقدمة هذه الاعتبارات:

١- ان فكرة التعويض عن فوات الفرصة لم تحظ بقسط كبير من عناية شرح القانون المدني فلبثت غامضة مبهمة فلم تلق من هؤلاء الشراح ما هي جديرة به من العناية إلا بالتفاتة عابرة بمناسبة انواع الضرر.

٢- ولم يكن حظها عند المشرعين أوفر من حظها عند الشراح, حيث لا تفرد اغلب التشريعات لتلك النظرية نصوصا تنظمها كما تفعل في كثير من النظريات القانونية التي لا تعظمها اهمية،

بل كل ما حظيت به من اهتمام المشرع مادة واحدة في المشروع التمهيدي للقانون المدني لعام ١٩٨٦الذي انتهى قبل ان يبدأ فبقيت بذلك نظرية فوات الفرصة خلافا لآراء الفقه ومبعثاً لاضطراب القضاء .

٣- الواقع العملي يؤكد أهمية الموضوع، فهو يدل على وجود حالات كثيرة ويتسبب فيها بعض الناس في تفويت مصالح الآخرين ترجح وجودها دون أي اعتبار لجانب الشخص الذي لحقه الضرر.

٤- لقد كانت المسؤولية المدنية على الدوام على رأس قمة المسائل والموضوعات القانونية الجديرة بالاهتمام والبحث والدراسة ولا غرابة في ذلك لأن موضوعاتها هي ترجمة لواقع الحياة من منازعات وخصومات يومية بين الأفراد فيما بينهم , وأحكام المسؤولية تمثل الحلول القانونية لتلك المنازعات الخصومات لذلك فرضت نفسها وأرست وجودها الذي سيظل حيا دائما في المجتمع ، فالحياة متجددة ومتطورة ومنازعاتها مستمرة متنوعة تتطور بتطور وتقدم الحياة وكان من نتيجة ذلك التطور عدم الثبات النسبي لاحكام المسؤولية المدنية وقواعدها فما كان مقبولا بالأمس لم يعد كذلك اليوم وما هو سائد في مكان لا يكون بالضرورة كذلك في مكان آخر من العالم.

٥- لما كانت الحياة متجددة ومتغيرة والنصوص ثابتة , ظهرت مشاكل تكتنف حياة القانون في كل المجتمعات والعصور وهي مشكلة الثغرات , اذ النصوص متناهية والوقائع غير متناهية , من هنا كانت الحاجة الى الملائمة بين عموميات النصوص وحاجات المجتمع.

٦- ومما دفعنا الى اختيار هذا الموضوع ايضا ان فكرة فوات الفرصة قد لاقت منذ عدة سنوات رواجاً وقبولا في مجال القضاء حيث اخذ القضاء يحكم بالتعويض بناءً على فكرة فوات الفرصة الذي توسع في استخدام هذه الفكرة , إلا إنه بالرغم من ذلك لم نجده يقدم لها تعريفا قانونيا محددا ، كما لم يهتم بتحديد مضمونها أو محتواها بطريقة واضحة , لذلك وجدنا ان بحث موضوع فوات الفرصة قد يساعد في بيان مفهوم الفكرة وبيان الاحكام القانونية الخاصة بها .

الهدف من الدراسة :

١) أن الهدف من هذه الدراسة هو التأكيد على أن نظرية فوات الفرصة تندرج ضمن التطور الذي تعرفه المسؤولية المدنية والتي تسعى على الدوام لملاءمة فكرة العدل و لحاجيات المجتمع الآنية بحيث ابتكر القضاء نظرية فوات الفرصة وطبقها في أكثر من مجال ولعل أخرها مجال المسؤولية الطبية حيث يمنح القضاء تعويضا جزئيا في حالات يتعذر فيها منح أي تعويض لو تم الاخذ بأركان المسؤولية المدنية بحذافيرها وبذلك تكون نظرية فوات فرصة تسير في اتجاه أنصاف المتضرر بمنحه تعويضا مستحقا في حالات ينعدم فيها التعويض.

٢) التأكيد على ان التعويض عن فوات الفرصة ذو صلة مباشرة بالقانون , لانها من الحاجات الاجتماعية والحاجة الاجتماعية هي التي تخلق النظم القانونية , فهذه لا تنشأ ولا تتطور الا من اجل تحقيق مصالح عملية تنتظر منها دون ان يلتفت في البداية الى النظرية في ذاتها , وما فيها من متانة.. ومن منطق وتبرير , اذ غالبا ما تظل النظرية ذاتها موجهة بالمصلحة الاولى التي دفعت الى التفكير في ايجادها مع ان هذا قد لا يبدو صراحة او يعترف به ... ان النتيجة تطلب اولا , اما المبدأ فيخلق بعد ذلك هذا تاريخ كل بناء , فني قانوني.

٣) أن هناك أحكاماً قضائية في هذا الموضوع، وهي تُعد بحق سوابق قضائية جديرة بالدراسة، إضافة إلى أن القضاء من مصادر الأنظمة الاحتياطية فلعل دراستها وإبرازها يكون حافزاً على إدخال هذا الموضوع في بعض الأنظمة صراحة، لما يترتب عليه من تحقيق المصالح، ودفع المفاسد في هذا الباب، وحفظ حقوق الناس التي هي مقصد للشرع والقانون.

٤) وتهدف هذه الدراسة الى الوقوف على مفهوم فوات الفرصة وتحديد طبيعتها ببيان أوجه الخلاف الذي أثير حولها.

٥) دعوة المشرع العراقي الى استباق المشاكل العملية بتنظيم قانوني خاص يكفل للمتضرر الحصول على التعويض العادل.

٦) واخيرا الإسهام في معالجة جوانب هذا الموضوع بفتح باب النقاش والبحث لتعميق الدراسة في مجال التعويض عن فوات الفرصة التي فرضت نفسها على الفقه والقضاء.

إشكالية الدراسة :

تكمن إشكالية البحث بافتراض ان هناك شخص حرم من فوز حصانه بجائزة السباق نتيجة خطأ الفارس او خطأ الناقل , او حرمان شخص من فرص التعيين كمضيف جو بسبب تعرضه لحادث اصابه بالعجز نتيجة بتر ساقه , او حرمان المدعي بالحق المتنازع عليه من فرصة كسبه امام القضاء بسبب اهمال المحامي في الدفاع عن حقوق موكله وتسببه في انقضاء مدة الاستئناف ... الخ فالسؤال الذي يرد هنا هل بأمكان صاحب الفرصة ان يطالب بالتعويض عنها , وعلى أي اساس يطالب؟

القاعدة في هذا الشأن إن صاحب الفرصة في الامثلة السابقة لم تثبت له بعد أي صفة قانونية ,ولم يثبت له أي حق على الجائزة او الوظيفة او الحق المتنازع عليه , لذا فالسؤال الذي يطرح هنا بماذا يطالب صاحب الفرصة ؟ , فهو لا يعدو ان يكون صاحب امل قد يتحقق وقد لا يتحقق اذ قد تذهب هذه الفرصة الى الغير , لكن في الوقت نفسه قد ينصرف هذا الامل الى صاحب الفرصة نفسه , وهنا تبدو مشكلة البحث في تحديد ضياع هذه الفرصة هل تعد ضرراً مستقبلاً ام ضرراً احتمالياً ام ضرراً حالاً ؟ , وكيف يتم تقدير التعويض عنها؟

ونحن نرى ان هذه اشكالية مهمة جديرة بالبحث والدراسة ومحاولة وضع الاحكام الخاصة بها ببيان مفهومها وشروطها واحكامها.

منهجية الدراسة:

اعتمدت الدراسة على المنهج المقارن إذ اعتمدنا في بحث هذا الموضوع على المقارنة بين التشريع العراقي وكل من التشريعين المصري والفرنسي في نطاق القانون المدني مع الاشارة الى بعض القوانين الأخرى كلما تطلب الأمر ذلك, كما اننا لم نهمل موقف الفقه الاسلامي الحنيف وما سطره من أحكام شرعية ضمن اطار رسالتنا ، كما اعتمدت الدراسة على المنهج التحليلي الوصفي الذي يقوم على أساس تحليل الفكرة المعروضة ومناقشتها في ضوء الآراء السديدة لكي يتم إسنادها الى النص التشريعي المعالج لها إن وجد والى الرأي الفقهي المنصب عليها ، وكذلك اعتمدت الدراسة

على المنهج التطبيقي الذي يقوم اساساً على الاعتماد على بيان بعض مواقف القضاء الفرنسي والمصري بشكل خاص مع عدم اغفال موقف القضاء العراقي كلما كان لقضائنا موقف معين , وتحليل هذه المواقف بتسليط الضوء على المهم منها ومناقشته لتتم الفائدة من البحث في موضوع البحث.