

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 ، عالماً بحدودها مدركاً 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 تهدي نصوص القانون إلى حل مشاكل الحياة حلاً عادلاً حاسماً ، 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 والفقهية والقضائي .

ففي المجال القانوني يقنضي الأمر وضع تشريعات مواكبة للتطور الذي تعرفه المسؤولية المدنية ، وتخفيف عبء الإثبات 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 الفقهية ، 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 ببذل جهدا كبيرا في البحث عن النص القانوني الذي يطبقه على الوقائع المعروضة عليه تطبيقاً سليماً ، وهو يبذل جهداً 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 شأن 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 ألقه والقضاء بشكل عام عند تصديهما لموضوع يعد من أكثر الموضوعات القانونية إثارة وتعقيداً وقد تمخض عن ذلك مبدأ مهم بمقتضاه ينبغي إن يعرض المتضرر تعويضاً 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 حالاً أم مستقبلاً 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 اشتراك 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 أحداث 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؟

فكرة 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 رواجاً كبيراً لا سيما في القضاء الذي قضى بالتعويض عنها في الكثير من الأحكام ، فاصبح هناك تعويض عن فوات فرصة النجاح المهني ، وفوات فرصة الفوز في سباق الخيول ، و فوات فرصة الحصول على مساعدة أو إعالة ، 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 .

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

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 محددًا ، 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- إن 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 أنواع الضرر.

٢- ولم يكن حظها عند المشرعين أوفر من حظها عند الشراح، حيث لا تقدر اغلب التشريعات لتلك النظرية نصوصا تنظمها كما تفعل في كثير من النظريات القانونية التي لا تعظمها أهمية، بل كل ما حظيت به من اهتمام المشرع مادة واحدة في المشروع التمهيدي للقانون المدني لعام ١٩٨٦ الذي 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 الحل القانوني 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 تكتف 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 وقبولاً 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 محددًا ، 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 اولاً , 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 بإمكان 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.

الفصل الاول ماهية فوات الفرصة

الفصل الاول ماهية فوات الفرصة

سنحاول بهذا الفصل الوقوف على تحديد مفهوم فكرة فوات الفرصة ومن ثم البحث عن اساس هذه الفكرة على مستوى المصادر القانونية وهكذا نقسم هذا الفصل الى مبحثين نخصص الاول منها للكلام عن مفهوم فوات الفرصة ونعالج في الثاني تأصيل التعويض عن فوات الفرصة.

المبحث الأول

مفهوم فوات الفرصة

أن البحث في مفهوم فوات الفرصة يستلزم تحديد معنى فوات الفرصة لغة واصطلاحاً، وتمييزه على وجه الدقة عن بعض المفاهيم الأخرى التي قد تشبهه معه من حيث المعنى بحيث يؤدي هذا التشابه إلى الخلط بينهما نظراً لتقارب المعاني والأفكار، وكذلك بيان طبيعة فوات الفرصة وهو الأمر الذي يتطلب منا تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نخصص الأول منها لتحديد معنى فوات الفرصة لغة واصطلاحاً أما المطلب الثاني فنخصصه للتمييز بين فوات الفرصة وبعض المفاهيم الأخرى التي تقترب معه في المعنى أما المطلب الأخير فنخصصه لتحديد وبيان طبيعة فوات الفرصة.

المطلب الأول

تعريف فوات الفرصة لغة واصطلاحاً

إن الوقوف على تعريف فوات الفرصة يتطلب منا بيان التعريف اللغوي لهذه الفكرة ومن ثم بيان التعريف الاصطلاحي لها، لذا نقسم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الأول منها لبيان التعريف اللغوي بينما نخصص الفرع الثاني لبيان التعريف الاصطلاحي.

الفرع الأول: التعريف اللغوي لفوات الفرصة

من الأمور المعروفة أن الكلمة الواحدة قد تستعمل أحياناً في معانٍ مختلفة، وهذا الاختلاف في الاستعمال يجب أن لا يفسر بالغموض والابهام^(١) ومن ذلك فوات الفرصة وفوات الفرصة هو

(١) صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ج ١، دار العلم للملايين،

مصطلح مركب من كلمتين هما الفوات والفرصة ولكي يتوضح مفهوم فوات الفرصة لابد من تعريف كل منهما على حدة.

أولاً تعريف الفوات: (فَوْتُ الْفَاءِ وَالْوَاوِ وَالْتَاءُ أَصِيلٌ صَحِيحٌ يَدُلُّ عَلَى خِلَافِ إِدْرَاكِ الشَّيْءِ وَالْوُصُولِ إِلَيْهِ. يُقَالُ: فَاتَهُ الشَّيْءُ فَوْتًا. وَتَقَاوَتَ الشَّيْئَانِ: تَبَاعَدَ مَا بَيْنَهُمَا، أَيْ لَمْ يُدْرِكْ هَذَا ذَلِكَ. وَالِافْتِيَاتُ: افْتِعَالَ مِنَ الْفَوْتِ، وَهُوَ السَّبْقُ إِلَى الشَّيْءِ دُونَ الْإِئْتِمَارِ. يُقَالُ: فَلَانٌ لَا يُفْتَاتُ عَلَيْهِ، أَيْ لَا يُعْمَلُ شَيْءٌ دُونَ أَمْرِهِ. وَمِنَ النَّبَابِ: الْفَوْتُ: الْفُرْجَةُ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ، كَالْفُرْجَةِ بَيْنَ الْإِصْبَعَيْنِ. وَالْجَمْعُ أَفَوَاتٌ. يُقَالُ: مَاتَ مَوْتُ الْفَوَاتِ، إِذَا فُوجِيَ، كَأَنَّهُ فَاتَهُ مَا أَرَادَ مِنْ وَصِيَّةٍ وَشِبْهَهَا. وَيُقَالُ: هُوَ مَنِّي فَوْتُ الرُّمَحِ. وَشَنِمَ رَجُلٌ آخَرَ فَقَالَ: " جَعَلَ اللَّهُ - تَعَالَى - رِزْقَهُ فَوْتُ فِيهِ "، أَيْ حَيْثُ يَرَاهُ وَلَا يَصِلُ إِلَيْهِ^(١)

وجاء في المصباح المنير :

(فَاتَ يَفُوتُ فَوْتًا وَفَوَاتًا وَفَاتَ الْأَمْرُ وَالْأَصْلُ فَاتَ وَفُتُ فِعْلُهُ وَمِنْهُ فَاتَتْ الصَّلَاةُ إِذَا خَرَجَ وَفُتُّهَا وَلَمْ تُفْعَلْ فِيهِ وَفَاتَهُ الشَّيْءُ أَعْوَزَهُ وَفَاتَهُ فَلَانٌ بِذِرَاعٍ سَبَقَهُ بِهَا وَمِنْهُ قِيلَ افْتَاتَ فَلَانٌ افْتِيَاتًا إِذَا سَبَقَ بِفِعْلٍ شَيْءٌ وَاسْتَبَدَّ بِرَأْيِهِ وَلَمْ يُؤْمَرْ فِيهِ مَنْ هُوَ أَحَقُّ مِنْهُ بِالْأَمْرِ فِيهِ وَفَلَانٌ لَا يُفْتَاتُ عَلَيْهِ أَيْ لَا يُفْعَلُ شَيْءٌ دُونَ أَمْرِهِ وَتَقَاوَتَ الشَّيْئَانِ إِذَا اخْتَلَفَا وَتَقَاوَتَا فِي الْفَضْلِ تَبَايَنًا فِيهِ تَقَاوُتًا بِضَمِّ الْوَاوِ)^(٢)

وما يهمننا من ذلك معنى الفوات الذي جاء به المعجم الوسيط لمعنى الفوات(فات)الأمر فوتا وفواتا مضى وقته ولم يفعل وفلان مضى ومر والأمر فلانا لم يدركه وفلانا في كذا وبكذا سبقه (أفاته) الأمر جعله يفوته (فوته) أفاته^(٣)

^(١) مقاييس اللغة ، ابو الحسن احمد بن فارس بن زكريا، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ،القاهرة ،ج٤، ١٩٧٩ص٤٥٧.

^(٢) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ، مكتبة لبنان، ١٩٨٧ج٧، ص٢٦٠.

^(٣) المعجم الوسيط ، ابراهيم مصطفى ، أحمد الزيات، حامد عبد القادر ، محمد النجار، دار الدعوة ، القاهرة ، ج٢، ص٧٠٥.

ثانيا تعريف الفرصة لغة: (الفرصة : الُنَهْزَةُ و النَوْبَةُ ، وقد فَرَّصَهَا فُرْصًا وَاْفْتَرَصَهَا وَتَفَرَّصَهَا ، اصَابَهَا ، وقد افْتَرَصَتْ وَاَنْتَهَزَتْ وَاْفَرَصْتُكَ الْفُرْصَةَ اَمَكُنْتُكَ ، وَاْفَرَصْتَنِي الْفُرْصَةَ أَي : اَمَكُنْتَنِي ، وَاْفْتَرَصَهَا اَيْضًا اَعْتَمَمَهَا ، قال الازهري : اَخَذْتُ مِنَ الْفُرْصَةِ وَهِيَ النَهْزَةُ يُقَالُ : وَجَدَ فُلَانٌ فُرْصَةً أَي ، نُهْزَةً ، جَاءَتْ فُرْصَتُكَ مِنَ الْبُرِّ ، أَي نَوْبَتُكَ ، وَاَنْتَهَزَ فُلَانٌ الْفُرْصَةَ أَي اَعْتَمَمَهَا وَفَارَّ بِهَا.)^(١)

وَالْفُرْصَةُ اسْمٌ مِنْ تَفَارَصَ الْقَوْمُ الْمَاءَ الْقَلِيلَ لِكُلِّ مِنْهُمْ نَوْبَةً فَيُقَالُ يَا فُلَانٌ جَاءَتْ فُرْصَتُكَ أَي نَوْبَتُكَ وَوَقْتُكَ الَّذِي تَسْقِي فِيهِ فَيَسَارِعُ لَهُ وَاَنْتَهَزَ الْفُرْصَةَ أَي شَمَرَ لَهَا مُبَادِرًا وَاَلْجَمُ فُرْصٌ مِثْلُ غُرْفَةٍ وَغُرْفٍ^(٢)

وهي طريقة من طرق حدوث واقعة قدرية ، أو إمكانية تحقق واقعة احتمالية معلقة على حصول شروط غير محددة ومعروفة سابقاً وتوضيح مدى اقتراب الاحتمال إلى التحقق بما فيه من ترجيح^(٣) ، وهو المعنى الذي يتفق وطبيعة هذا البحث.

الفرع الثاني : التعريف الاصطلاحي لفوات الفرصة
وإذا انتقلنا من المعنى اللغوي لفوات الفرصة إلى المعنى الإصلاحي وجدنا أن المقصود بالفرصة هو احتمال أو امكانية الكسب، ومن ثم يكون المقصود بفوات الفرصة هو فوات فرصة الكسب على المدعي باعتبار إن هذا الكسب يشكل حدثاً سعيداً مرغوباً فيه، والذي يتمثل في تحقيق غُرمٍ أو استبعاد غُرمٍ ، أي تحقيق الكسب المأمول أو تجنب الخسارة.^(٤)

وتطلق كلمة فرصة ليس فقط على طريقة أو امكانية تحقيق امر ما او واقعة معينة ، بل تطلق ايضا على الواقعة ذاتها القابلة للتحقق والتي غالبا ما يكون المقصود بهذه الواقعة حدثا

(١) لسان العرب ابن منظور، ج٧، دار صادر ، بيروت، ١٩٥٦، ص٦٤.

(٢) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، مصدر سابق، ص٤٦٨.

(٣) القاموس المحيط ، مجد الدين محمد يعقوب الفيروز آبادي، ط ٣ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت، ١٩٩٢، ص ٨٠٧.

(٤) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل بتعويض تفويت الفرصة، ج١، مجلة الحقوق الكويتية، السنة ١٠، عدد ٢، ١٩٨٦، ص١١١.

سارا او مرغوبا فيه , واذا كانت الفرصة تعني الاحتمال فان الفرص توضح مدى هذا الاحتمال , ومدى امكان تحققه , فالفرص ماهي الا تحديد لمدى امكان هذا الاحتمال , وهكذا فان احتمال تحقق واقعة او حدث مناسب هو مدى الفرص التي يتوفر عليها هذا الحدث , او تلك الواقعة ليتحقق أي منهما (١)

ويعرف الاستاذ الدكتور حسن ذنون فوات الفرصة بانها الصورة التي يتسبب فيها الفاعل في حرمان الشخص من فرصة كان يتوقع من وراءها جني كسب أو تفادي خسارة (٢)

او هو خطأ المدعي عليه الذي يجعل وبصورة نهائية الجزم بان الامل الذي كان يراود المدعي سيتحقق او لا يتحقق لان الفعل الضار قد قضى على احتمال تحققه (٣) او ان يتسبب شخص بخطئه في تضييع فرصة على الاخر من شأنه حرمانه مما كان يتوقعه من كسب او تجنب خسارة (٤) إذا يقصد بفوات الفرصة بصفة عامة إن المتضرر كان ينتظر في المستقبل أي يكون في مركز أفضل أو في وضع أكثر ملاءمة ، ألا أن الفعل الضار الذي ارتكبه المدعي عليه قضى على هذا الأمل (٥) وبعبارة اخرى ان فوات الفرصة تعني ضياع فرصة على شخص في تحقيق فائدة او مصلحة غير مؤكدة وذلك بسبب خطأ من شخص اخر (٦)

(١) المصدر السابق نفسه, ص ١١١.

(٢) د. حسن ذنون , المبسوط في شرح القانون المدني, ج ١, دار وائل, الاردن, ط ١, ٢٠٠٦, ص ٢١٠-٢١١ وقريب هذا المعنى د. حسين عامر, المسؤولية المدنية, التقصيرية والعقدية, ط ١, مطبعة مصر, ١٩٥٦, ص ٣١٠ وزهدي يكن , المسؤولية المدنية او الاعمال غير المباحة , ط ١ , منشورات المكتبة العصرية , بدون سبب طبع , بيروت, ص ٦٢ " أن يتسبب شخص بخطئه في تضييع فرصة على الآخر , الذي يحرم مما كان يتوقع تحقيقه من كسب أو تجنب الخسارة".

(٣) د. سعدون العامري, تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية , مركز البحوث القانونية , بغداد, ١٩٨١, ص ٢٥.

(٤) د. زهدي يكن , شرح قانون الموجبات والعقود, ج ٣ , بدون سنة طبع, ص ١٦, د. حسين عامر , مصدر سابق, ص ٣١٠.

(٥) د. ايمن ابراهيم العشماوي, تعويض تقويت الفرصة , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٥ , ص ٥٣.

(٦) د. مصطفى عبد الحميد عدوي: النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام) ط ١, ١٩٩٦ ص ٥٣٩-٥٤٠.

ويعد بعض الفقهاء الفرنسيين ان فوات الفرصة يتمثل في اختفاء احتمال حدث مناسب قبل أن تتحقق هذه الفرصة ⁽¹⁾ في حين يرى البعض الاخر إن الفرصة هي مجرد احتمال مستبعد لكل يقين ⁽²⁾ او هو الضرر المتمثل لا بضياح نتيجة ايجابية (الفوز في السباق , الشفاء او البقاء على قيد الحياة) ولكن يتمثل في قيمة الفرصة (الاحتمال) للحصول على هذه النتيجة , ومن ثم خسارة الفرصة هو شكل خاص من اشكال الضرر ⁽³⁾

وفي ضوء ما تقدم من التعريفات السابقة يمكن الوقوف على تعريف جامع لمصطلح فوات الفرصة فنعرّفها بانها فوات مصلحة محتملة مشروعة بخطأ الغير وهو تعريف وان كان مختصرا الا اننا نعتقد انه يعطي وصفا مناسباً لمصطلح فوات الفرصة من حيث المعنى.

المطلب الثاني

التمييز بين فوات الفرصة وبعض المفاهيم التي تقترب من معناها

ان تمييز فوات الفرصة عما يشتهب بها من حالات يعد مكملاً لتعريفها اذ سيتم حصر هذا المفهوم وعزله وتمييزه عما يمكن ان يحدث لبسا فيما بين هذه المفاهيم المتقاربة اللفظ او الشكل ومتباعدة المضمون ولا شك ان ذلك يعطي مفهوما متميز وواضح لفوات الفرصة , ولعل من هذه المفاهيم مفهوم فوات المنفعة ومفهوم التعرض للمخاطر ومفهوم العقد الاحتمالي, وهذا يتطلب منا تقسيم هذا المطلب الى ثلاثة فروع نخصص الاول لبيان التمييز بين فوات الفرصة وبين فوات المنفعة فيما نخصص الثاني لتمييز فوات الفرصة والتعرض للمخاطر, ونخصص الثالث لتمييز فوات الفرصة والعقد الاحتمالي.

الفرع الاول : التمييز بين فوات الفرصة وفوات المنفعة

⁽¹⁾ LESOURD Noelle, "la perte d'une chance" Gazette du palais 1963 -2- p.49.

⁽²⁾BORE Jacques, " L'indemnisation pour les chance perdues, une forme d'appréciation quantitative de la causalite dun fait dommageable" Juris Classeur Périodique(la semaine juridique)1974-1-2620 p.12

⁽³⁾ THÉVENOZ, Luc." La perte d'une chance et sa réparation".Universite de Geneve:, 2002. p. 241 <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:8319>

ان المنفعة لغة كالمصلحة وزنا ومعنى , فهي مصدر بمعنى النفع, او هي اسم للوحدة من المنافع, والنفع ما يستعان به الى الوصول الى الخير , والمنفعة اسم لكل ما ينتفع به (١) وتعرف اصطلاحاً بانها قدرة الشيء الكامنة على اشباع حاجة مشروعة بواسطة غيرها , ويضرب مثلا لذلك الماء , فهو يملك القدرة على اشباع حاجة الظمآن , ولكن هذا لا يتحقق الا بواسطة الانتفاع , والآخر عملية خارجة عن ذات المنفعة (٢) فالانتفاع هو عملية تحصيل منافع الشيء وثماره , أي استيفاء هذه المنافع وذلك بالتسلط على ذات الشيء عادة(٣)

اما بالنسبة الى تعريف الفوات فهو عملية اختلال ذاتي ومباشر لمنافع المعقود عليه بتخلفها او انتقاصها لسبب موجب لذلك كهلاكه كلياً او جزئياً ولتحقق عيب او تخلف وصف مما تخلف معه المنفعة المقصودة كلا او جزءاً او نتيجة لتنفيذ جزئي او معيب او متأخر للالتزام مما يترتب معه فقدان المتعاقد للمزايا والفوائد التي ينتجها المعقود عليه ذاته بصورة مباشرة لا تلك التي يأمل الحصول عليها بسبب المعقود عليه بصورة غير مباشرة , (٤) وجدير بالملاحظة ان هناك من يفرق بين الفوات والتقويت الذي يعني تخلف او انتقاص المنفعة لعدم استيفائها بعد تحققها خارجاً اما الفوات فهو ضياع المنفعة من غير انتفاع (٥) وبالعرض السابق يتضح الفرق بين فوات المنفعة وفوات الفرصة والذي يمكن اجماله بالآتي:

١- اختلافهما من حيث المفهوم حيث ان فوات الفرصة مفهومها هو ضياع كسب مالي او حلول خسارة كان من الممكن توقيها لو انتهزت الفرصة , في حين ان فوات المنفعة مفهومها ضياع

(١) تاج العروس من جواهر القاموس, محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني, أبو الفيض, الملقّب بمرتضى, الزبيدي, دار الهداية, ج٢, ص٢٦٠.

(٢) د. ضمير حسين ناصر المعموري , منفعة العقد والعيب الخفي, منشورات زين الحقوقية , الطبعة الاولى , ٢٠٠٩, ص٢٨.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم , الوسيط في نظرية العقد , ج ١ , شركة الطبع والنشر الاهلية , بغداد, ١٩٦٧, ص٣٩.

(٤) د. ضمير حسين ناصر, مصدر سابق, ص٧٨.

(٥) ابو العباس محمد بن احمد بن حمزة الرملي, نهاية المحتاج في شرح المنهاج , ج٥, مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده, مصر ١٩٣٨, ص١٦٨.

منافع المعقود عليه من غير انتفاع أي ان المنفعة موجودة ولكن لم يتحقق الانتفاع منها بينما الفرصة كانت موجودة لكن المسؤول اضعاعها.

٢- اختلافهما من حيث السبب فسبب فوات المنفعة يكون متعلق بذات المعقود عليه (محل المنفعة) او بتنفيذ الالتزام , اما سبب فوات الفرصة فأن سبب فواتها هو الفعل الضار الذي ارتكبه المسؤول.

٣- يظهر في نتيجة استيفاء المنفعة من محلها , ومباشرة الفرصة, ففي الحالة الاولى تنتج الفوائد والمزايا والتي تعد نتيجة مباشرة ومؤكدة ينتجها ذات المعقود عليه , اما بالنسبة للفرصة فأن نتيجة مباشرتها احتمالية^(١) فما من احد يستطيع ان يؤكد بأن الفرصة لو انتهزت لكانت ستفضي الى ما كان يصبو اليه المتضرر , بأن يجني الكسب الذي يأمله ويدفع الخسارة التي يكره تحققها وبطبيعة الحال فان تقدير التعويض سيختلف تبعاً لذلك , اذ في حالة فوات المنفعة يقدر التعويض بما يقابل المال في الاجارة والتي تعدل اجر المثل عن تلك المدة التي فقدت فيها المزايا^(٢) وبذلك قضت محكمة تمييز العراق في قرار لها " ..على المحكمة... الاستعانة بخبراء مختصين لتقدير اجر المثل الذي يستحقه المدعي عن فوات المنفعة " ^(٣) ولكن في فوات الفرصة لا يتم تقدير الفرصة على اساس نتيجة مباشرتها , ما كان يأمل المتضرر تحقيقه وانما بقدر قيمة الفرصة بحد ذاتها وهو الامر الذي اكده القضاء في احكامه والذي جاء فيه ان المطالبة بالتعويض عن تفويت منفعة والتي يقدر تعويضها باجر المثل لا يكون الا اذا كان محل المنفعة موجودا (العقار) فليس للمدعي ان يطالب بالتعويض عن الانتفاع من ابنية غير موجودة وانما

(١) د. سليمان مرقس, الوافي في شرح القانون المدني , الفعل الضار , الجزء الاول, طبعة ٥, مطبعة السلام, القاهرة , ١٩٨٨, ص ١٤٣ .

(٢) علي الخفيف , الضمان في الفقه الاسلامي , معهد البحوث والدراسات القانونية , القسم الاول, ١٩٧١, ٦١ .

(٣) قرار محكمة التمييز رقم ٢٤, هيئة مدنية , في ٢٩/١٠/٢٠٠٧, منشور على موقع السلطة القضائية الاتحادية <http://qanoun.iraqja.iq/view.361> , وقاعدة التشريعات العراقية

يستحق التعويض عن تفويت فرصة تشييد هذه الابنية وما كان سيستحقه من كسب لو انتهز هذه الفرصة⁽¹⁾

الفرع الثاني: التمييز بين فوات الفرصة والتعرض للمخاطر

يمكن اعتبار حالتي التعرض للخطر وفوات الفرصة حالتين متماثلتين تخضعان للقواعد ذاتها ، لأنه في كلتا الحالتين ، يكون الفعل الضار قد منع الضحية من التمتع بالنتيجة المرجوة من السير العادي للأمر ، مع عدم إمكانية التحديد الدقيق للسبب الحقيقي لهذا المساس ، والذي قد يكون نتيجة الصدفة او الفعل الضار أو عوامل أخرى غير معروفة⁽²⁾

والواقع إن وضع مركز المتضرر لا يكون واحداً في الحالتين (فوات الفرصة والتعرض للمخاطر) ففوات الفرصة يستلزم ظهور هذه الفرصة داخل الذمة المالية للمتضرر قبل ان تضع وتتعهد بسبب الفعل الضار، وعلى العكس من ذلك فإنه عندما يتعرض شخص معين للمخاطر إنه لا يملك في ذمته المالية _ قبل حدوث الضرر _ أية فرصة خاصة ، حيث إنه لم يتهيأ من قبل للحصول على أي ربح أو كسب ، فالدائن بالالتزام بالإعلام مثلا ليست لديه أية فرصة يمكن القول بأنها مرت بدمته المالية ، فكل ما يملك فقط هو الحق في الإعلام⁽³⁾

وبالإضافة الى ذلك فأن وقت حدوث أو تحقق الضرر ليس موحداً في الحالتين ، ففي حالة فوات الفرصة فأن ضياع الاحتمال الملائم لمصلحة المتضرر يحدث بمجرد وقوع الخطأ، وهكذا فان ناقل الحصان الذي يخلف موعده مع المالك فيتأخر عن يوم السباق ، يفوت عليه في الحال ويفقده فوراً فرصة الفوز في هذا السباق ، وعلى العكس من ذلك ففي حالة التعرض للمخاطر لا يظهر الضرر الا عندما يتحقق الخطر ، فعندما يغفل بائع المنتجات الخطرة على سبيل المثال إخبار الزبون بالمخاطر التي قد يسببها الشيء الذي اشتراه ، فإنه يعرضه بذلك

(1) قرار محكمة التمييز رقم ٢٠٩، هيئة عامة اولى، ٩٧٢، في ١٩٧٣/٦/٢، منشور في النشرة القضائية ، العدد الثاني ، السنة الرابعة ، ١٩٧٥ ، ص ٧٦ .

(2) BERAUD (M), *Le principe de la réparation de la perte de chance*"
www.droit.univparis5.fr/AOCIVCOM/01mémoire/BeraudM.pdf. P3 .

(3) د. ايمن ابراهيم العشماوي ، مصدر سابق ، ص ١٤٧ .

للمخاطر ، ولا يظهر الضرر إلا إذا تحقق الخطر فالمخاطر ليست موجودة من قبل ، وهكذا يمكن القول بأن الشخص المهني يساهم بسكوته عن بيان مخاطر الشيء ، في إنشاء مركز تعاقدى ينطوي على مخاطر بالنسبة للزبون (١)

وعلى ذلك اذا كان كل من فوات الفرصة والتعرض للمخاطر يمثلان اضرار يمكن تعويضها ، إلا أن الضرر الأول محقق ، أما الثاني فهو ضرر محتمل ، وهذا هو جوهر التمييز بين التعرض للمخاطر وفكرة فوات الفرصة.

الفرع الثالث: التمييز بين فوت الفرصة وقبول الاحتمال

توصف الفرصة بانها احتمالية دائماً ، فالاحتمال هو العنصر او العامل الأساسي في فوات الفرصة (٢) الامر الذي يقترب في معناه من مفهوم العقد الاحتمالي او النشاط الاحتمالي فالسؤال الذي يرد هنا هو اذا كان ضياع الاحتمال في فوات الفرصة هو التعويض عن هذا الضياع فهل يمكن القول معه ان ضياع هذا الاحتمال في العقد الاحتمالي او النشاط الاحتمالي يبرر التعويض عن ذلك ؟ على اعتبار ان الاحتمال في كل من فوات الفرصة والعقد الاحتمالي العامل الاساس في كل منهما.

الواقع أن هناك خلافات عديدة ثارت بين الفقهاء لمعرفة ما إذا كان الشخص الذي أبرم عقداً احتمالي يمكنه التمسك بتقويت فرصة الحصول على كسب كان يتوقعه أم لا (٣)

و يبدو إن هذا الخلاف يكمن في العلاقة التي توجد بين الاحتمال والعقد من ناحية ، وبين الاحتمال و الفرصة من ناحية أخرى. فاذا كان كل عقد يحتوي على قدر معين من الاحتمال إلا إن العقد الاحتمالي يتميز بأن الاحتمال يرد في صميم التقديرات أو التوقعات

(١) فاكير (Vacarie) فوات الفرصة، مجلة البحوث القانونية ، ١٩٨٧، ص٩١٧ اشار اليه المصدر السابق، ص١٤٨.

(٢) آلان بينابنت (BENABENT) ، الموجبات ، ترجمة منصور القاضي ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٤.

(٣) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، مصدر سابق ، ص١٢٦.

العقدية ذاتها ، و يظل هذا الاحتمال داخل العقد نفسه ، ومن ثم فهو احتمال قانوني لذلك يسمى بالعقد الاحتمالي او عقد الغرر^(١) فالعقد الاحتمالي او عقد الغرر هو عقد معاوضة يكون الاداء الذي التزم به احد الطرفين فيه متوقفا في مقداره او في وجوده على امر غير محقق الوقوع على مجرد احتمال ، بحيث لا يمكن وقت التعاقد تحديد القدر الذي يعطيه احد الطرفين او القدر الذي يأخذه ، فلا يعرف وقت التعاقد أي العاقدين سينال ربحا وأيهما ستصيبه الخسارة^(٢) ويتميز العقد الاحتمالي كما عرفته المادة (١١٠٤) من القانون المدني الفرنسي بأن الأداء الذي يلتزم به أحد الطرفين يتوقف في وجوده وفي مده ، على واقعة غير محققة أي على الحظ والاحتمال ، فسواء تعلق الأمر بعقد تأمين او بعقد إيراد مرتب مدى الحياة او بعقد مقامرة أو رهان ، فإن الاحتمال يكون في صميم العقد نفسه حيث يشكل جوهره وأساسه، فإذا اختلف هذا الاحتمال لم يعد هناك عقد لأنه يفقد موضوعه او سببه في هذه الحالة^(٣)

وإذا كان الاحتمال قد أدرج في المجال القانوني ، فإن ذلك يعني أن الأشخاص قد وافقوا على مبدأ التواجد في مركز أو وضع احتمالي ، ولن يكون هناك إذا محل للتمسك بفوات الفرصة مادام هذا الخطر مقبولا من البداية ، فقبول المخاطر عن طريق الانضمام الى عقد احتمالي لا يمنع من وجود الضرر ، ولكنه يعطل فقط أو بالأدق يمنع الدعوى التي يمكن أن تقام في هذه الحالة^(٤) ، فالمسألة هنا تتعلق بالاحتمال وليست بالفرصة ، ولهذا فان اختفاء أو ضياع هذا

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧ مجلد٢، سنة ١٩٦٤، ص ٩٨٥.

(٢) د. اسماعيل غانم النظرية العامة للالتزام ، العقد والارادة المنفردة والفعل الضار، ج١، مكتبة عبد الله وهبة، بدون سنة طبع، ص ٧١.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم ، د. عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، العاتك لصناعة الكتاب، نشر المكتبة القانونية ، بغداد، ط٤، ٢٠١٠ ص ٢٧.

(٤) د. جاسم لفته سلمان العبودي، حول المداخلات في احداث الضرر تقصيرا دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الاسلامي، مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون _جامعة بغداد ، المجلد الخامس، العددان الاول والثاني، ٢٠٠٠، ص ٣٠٦، د. حسن عكوش ، المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد ، مكتبة القاهرة الحديثة ، ١٩٥٧، ص ١٢٦، د. ايمن ابراهيم العشماوي ، مصدر سابق ، ص ٣٤.

الاحتمال المكون للعقد الاحتمالي لا يمكن ان يسمح للأشخاص سيئ الحظ التمسك بفوات الفرصة إلا إذا أثبتوا أن هذا الاختفاء ليس ثمرة للسياق أو التلاحق الطبيعي للعقد الاحتمالي^(١)

ولا يهتم القانون بالفرصة الا في حالة ضياعها فقط ، فهو اهتمام غير مباشر يأتي من خلال فكرة فوات الفرصة ، ولهذا يجب أن تكون الفرصة سابقة في وجودها على الخطأ وألا تكون قد اختفت عندما وقع الخطأ ، فالفرصة يجب أن تكون موجودة قبل حدوث الضرر ، وهي تنتقل إلى عالم القانون عن طريق استخدام الآليات الخاصة بالمسؤولية المدنية التي تكشف حينئذ عن وجودها وتكسيبها أهمية خاصة^(٢)

وهكذا فإن الفرض الخاص بالحصان الذي لم يتمكن من كسب السباق بسبب خطأ الخيال _ يعد مثالا واضحا في هذا الصدد ، ويبرز هذا المثال بوضوح خصوصية اجتماع العقد الاحتمالي (عقد الرهان) وفوات الفرصة معا ، وهناك تحليل آخر يسمح بتمييز الاحتمال عن الفرصة (الاحتمال في العقد الاحتمالي و الفرصة في فوات الفرصة) فمع أن الموضوع هنا يتعلق بعقد احتمالي ، ورغم تردد وتحفظ بعض الشراح^(٣) في قبول هذا الضرر في سباق الخيول ، إلا أن القضاء اعترف في مواضع كثيرة بأنه يمكن أن يكون هناك فوات للفرصة في هذا الصدد وقد علق البعض^(٤) على ذلك بأن المحاكم الفرنسية تكيف الضرر بأنه مباشر أو غير مباشر وفق أهوائها دون الاستناد إلى أي معيار سوى درجة احتمال الضرر أو درجة التوقع الطبيعي ، وعلى ذلك فإنه التسليم بهذا الضرر يبدو أمرا مشروعاً ، وينتج عن وجود احتمال لم يقبله أطراف العقد الاحتمالي^(٥)

^(١) RUELLAN carolin op.cit, p.732.

^(٢) د. ايمن ابراهيم العشماوي ، مصدر سابق، ص ٣٥.

^(٣) د. سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص ٣٢-٤٠، د. عبد العزيز اللصاصمة، المسؤولية المدنية التصيرية، الفعل الضار، ط١، دار الثقافة ، الاردن، ٢٠٠٢، ص٧٧، د. عبد المجيد الحكيم الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام مقارنة بالفقه الاسلامي، ج١، ط٢، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص٤٥٨.

^(٤) عبد الباقي سوادى، مسؤولية المحامي المدنية عن اخطائه، دار الثقافة، الاردن، ١٩٦٦، ص٣١٢ .

^(٥) د. خليل جريج، النظرية العامة للموجبات ، ج ١ ، مطبعة الجيلاوي ، ط١، القاهرة، ١٩٧١، ص١٠٤-١٠٥.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بالتعويض عن فوات الفرصة في دعوى تتلخص وقائعها بان قائد الحصان (الخيال) توقف ، وهو على بعد (٣٠) مترا من مكان الوصول ، عن دفع وتعزيد حصانه بينما كان منافسه يتأهب لتجاوزه من جهة اليسار ، طالب المراهن بتعويض الضرر الذي أصابه فقضت محكمة الاستئناف ، وأيدتها في ذلك محكمة النقض بحكمها الصادر في ٤/أيار-مايو/ ١٩٧٢ بمسؤولية (الخيال) عن فوات فرصة المراهن في الفوز في السباق^(١).

وعندما يصف القضاة الضرر الذي أصاب المراهن بفوات الفرصة ، فان ذلك لا يعني أبدا تعويض المراهن الذي خاب أمله عن النتيجة السيئة للرهان ، ذلك ان فرصة الكسب أو الخسارة قد أدرجت في موضوع العقد نفسه ، فالأمر هنا يتعلق باحتمال مقبول سلفا من الأطراف ، وهذا الاحتمال هو الذي يبرر الطابع الاحتمالي للعقد نفسه ، وعلى هذا فإن الفرصة _بمعنى فوات الفرصة _ تستبعد تماما من الاحتمال التعادي^(٢) ففوات الفرصة يجازي على حرمان المراهن من محاولة كسب الرهان بسبب "خطأ الغير" وينتج عن اختفاء أو ضياع فرصة حدوث واقعة ملائمة لمصلحة المتضرر ، والمشكلة الحقيقية _ كما جاء في الطعن _ هي معرفة ما إذا كان خطأ "الخيال" يدخل في عداد الاحتمالات الخاصة بالسباق أم لا؟ فهل يعتبر هذا الخطأ نوعا من الاحتمال داخل العقد الاحتمالي نفسه ، ام إنه ينفصل عنه ليستقل بذاته ويفلت من المجال القانوني الذي تشير إليه عبارة "العقد الاحتمالي" ليرتبط بالفرصة؟^(٣)

الواقع أننا لو أخذنا بالافتراض الأول فسيكون متعذراً في هذه الحالة التسليم بضرر فوات الفرصة فخطأ "الخيال" يأتي ضمن مجموعة من العناصر التي يتعذر حصرها والتي تكون الاحتمال في العقد الاحتمالي ، وهو يدخل في المجال القانوني الذي يحدده مصطلح "العقد" وقد وافق عليه الأطراف الذين قبلوا التعرض لهذا الخطر ، فالنتيجة السيئة بالنسبة للمراهن هي إحدى النهايات المحتملة والمقبولة ، وخطأ "الخيال" ليست سوى طريقة او وسيلة لحدوث الواقعة الاحتمالية ، وبالمقابل فإنه اذا لم يدرج هذا الخطأ ضمن العناصر المتعددة التي تكون الاحتمال

(١) نقض مدني فرنسي رقم ٥٩٦ في ٤ / مايو - حزيران/ ١٩٧٢، دالوز اشار اليه د. ابراهيم الدسوقي ، مصدر سابق، ص ١٠٢ هامش ٤١.

(٢) RUELLAN carolin op.cit, p.733.

(٣) د. ايمن ابراهيم العشماوي ، مصدر سابق ، ص ٣٨.

، فإنه يفلت من توقعات الأطراف في هذه الحالة ، ويمكن أن يكون سببا لضرر مستقل ، ألا وهو فوات فرصة محاولة كسب الرهان ^(١)

فهناك إذا احتمالين : احتمال خاص بالعقد الاحتمالي يدخل في توقعات الأطراف ، وهو احتمال قانوني لا يؤدي إلى قيام مسؤولية أحد المتعاقدين ، والاحتمال الآخر خاص بالفرصة والتي يمكن أن يؤدي ضياعها إلى تعويض المتضرر عن الضرر الذي ترتب على ذلك ، وهذا يعني إن هناك اختلافا في الطبيعة بين هذين الاحتمالين : الاحتمال الأول مقبول تعاقدياً ويقصد به الاحتمال في العقد الاحتمالي ، والاحتمال الثاني غير مقبول تعاقدياً ويقصد به الاحتمال الذي تنطوي عليه الفرصة ، وفي جميع الأحوال فإن الامر يتعلق باحتمال مقبول أحيانا وغير مقبول في أحيان أخرى ، فخطأ "الخيال" والذي يستقل عن الاحتمال الأصلي في العقد الاحتمالي حرم المراهن من فرصة فوز الحصان في السباق ، وإذا توافرت العناصر الأخرى للمسؤولية في هذه الحالة ، فإن المتضرر يمكنه الحصول على تعويض عن الفرصة الضائعة ^(٢)

وبعيدا عن العقد الاحتمالي يوجد هناك شكل آخر لقبول الاحتمال ، ونعني به تحديدا النشاط الاحتمالي فمنذ أن يقبل أحد الأشخاص المساهمة في نشاط احتمالي فإنه يتنازل بذلك ضمنيا عن التمسك بالضرر الناتج عن الاحتمالات المرتبطة بهذا النشاط، وهكذا تكمن الصفة الاحتمالية هنا في وجود مخاطر ترتبط بممارسة نشاط معين ولا شك إن نظرية قبول المخاطر والتي تطبق في نطاق واسع في النشاط الرياضي من شأنها أن تؤثر في تعويض الضرر ، حتى ولو كان هذا الضرر موجودا بالفعل ، ويعرف سافنيك (SAVIGNAC) قبول المخاطر في مجال الألعاب الرياضية قائلا (أي شخص يشترك في نشاط رياضي بأية صفة حتى لو كان متفرجاً

^(١) د. ابراهيم الدسوقي ، القسم الاول ، مصدر سابق، ص ١٢٩ .

^(٢) د. ايمن ابراهيم العشماوي ، مصدر سابق، ص ٣٧ .

وإن كان ذلك يخضع لبعض التحفظات- يكون قد قبل بمحض إرادته المخاطر الناشئة عن هذا النشاط ولا يستطيع بالتالي أن يبحث في مدى مسؤولية من أحدث به ضرراً^(١).

وبعبارة اخرى قبول المخاطر معناه تواجد المتضرر بإرادته في وضع يدرك مسبقاً ما ينطوي عليه من مخاطر يتحمل معها نشوء ضرر قد يصيبه^(٢).

يتضح مما تقدم أن العلاقة بين إنشاء الخطر وقبوله تكمن في إقدام المتضرر بإرادته على ممارسة الفعل الناشئ عنه الخطر وقبوله مقدماً للأضرار التي تنتج عنه، فهو بذلك يكون قد أسهم في إنشاء الخطر وقبله مقدماً^(٣)

والواقع إن فكرة قبول المخاطر والتي تشمل المخاطر العادية و المتوقعة تستتبع حرمان المتضرر من الاستفادة من فوات الفرصة طالما إنه ليس هناك فرصة ولكن احتمال مقبول مقدماً وبعبارة أخرى أكثر وضوحاً فإن قبول المخاطر "العادية والمتوقعة " من شأنه استبعاد فكرة فوات الفرصة , وبهذا الخصوص يرى الدكتور أياد عبد الجبار ملوكي بأن (الاشتراك في الالعب الرياضية الخطرة كالملاكمة وسباق السيارات ، حيث يعلم الشخص بالضرر ويرضى به ، فإن رضاء المتضرر لا يزيل عن فعل المدعى عليه صفة الخطأ ، فالأخير يبقى مخطئاً بالرغم من رضى المتضرر بالضرر)^(٤)

(١) سافينيكاك (SAVIGNAC) , المسؤولية التعاقدية عن الاصابة الرياضية, باريس, ١٩٤٣, ص ٨٠, اشار اليه ابراهيم محمد شريف السندي , الضرر الجسدي وتعويضه في المسؤولية التقصيرية , اطروحة دكتوراه, جامعة بغداد, كلية القانون , ٢٠٠٢, ص ٨٤.

(٢) د. طلبة وهبة خطاب , المسؤولية المدنية لنقل الاشخاص بالمجان, دار الفكر العربي, القاهرة, بدون سنة طبع, ص ٣١٥-٣١٦ .

(٣) د. ابراهيم محمد شريف , مصدر سابق, ص ٨٥.

(٤) د. اياد عبد الجبار ملوكي, المسؤولية المدنية عن الاشياء, اطروحة للدكتوراه, سنة ١٩٨٧ , مطبعة بابل, بغداد, ص ٢٦٢ , بالمعنى نفسه - د. عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني, ج ١, ط ٢, دار النهضة العربية , ١٩٦٤, ص ١٠٠٤.

وهكذا يتم تعيين الفرصة على أساس الحدود التي تفصل بين ما هو مقبول وما هو غير مقبول ، حيث تتدرج الفرصة حتما في المجال الأخير وعلى ذلك فإن نظرية قبول المخاطر لن تكون مؤثرة أو فعالة إلا بقدر ما يكون المتضرر مدركا بالفعل للمخاطر التي سيتعرض لها.

وإذا كان قبول المخاطر "العادية والمتوقعة" من شأنه استبعاد فكرة فوات الفرصة كما سبق القول فهل يشترط لاستخدام هذه الفكرة أن يكون الخطر غير مألوف أو غير متوقع ؟ وما هو المقصود بكلمة غير مألوف أو غير متوقع في هذه الحالة ؟ الواقع أن القضاء لم ينته إلى معيار أو تعريف حاسم في هذا الصدد ، وهو ما جعل القضاء يأتي بحلول مختلفة حسب حالة وظروف كل دعوى على حده ففي قضية متعلقة بعامل كان يعمل منذ عدة شهور في مكان خطر يتوسطه حوض غير مسور فعندما سقط فيه ذات يوم واصيب بأضرار بالغة ، قرر القضاء ان العامل كان عارفا بوجود الخطر وقابلا لتحمل تبعته ، فلا يلومن الا نفسه لان من يرض بالإصابة لا يشكو اذا تضرر^(١) الا ان القضاء خطى خطوة اخرى عندما قضت الدائرة المدنية لمحكمة النقض/التمييز الفرنسية في حكمها الصادر في ٨ مارس/شباط ١٩٩٥ ، بأن طاقم المركب الشراعي ، الذي غرق مع الامتعة ، إذا كان قد قبل المخاطر العادية للمنافسة في البحار ، إلا أنه لم يقبل بالتأكيد خطر الموت^(٢) فيمكن أن نستخلص من هذا الحكم معيار للتمييز بين المخاطر المقبولة والمخاطر غير المقبولة في إن رضاء المرء بأن لا يتعرض إلى مخاطر يعتبر مقبولا، لكنه لا يصل إلى حد المساس بحياة الشخص لأن ذلك غير مشروع وباطل^(٣)

(١) نقض مدني فرنسي نقلا عن د. جبار صابر طه، اساس المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع بين الخطأ والضرر، دار الكتب القانونية، مصر، ص ١٤٢.

(٢) نقض مدني فرنسي، الغرفة المدنية الثانية، في ٨/أذار - مارس/١٩٩٥، النشرة المدنية ٢، رقم ٨٢، مدونة القانون المدني الفرنسي ، مصدر سابق، ص ١٣٨٣.

(٣) د. سليمان مرقس ، مصدر سابق، ص ٣٢٠.

وقد نص فقهاء الشريعة الاسلامية على إنه في الجرائم التي تقع على النفس " لا عبرة بقبول المجني عليه ، لأنه عصمة نفس الإنسان مالا يحتمل الاباحة في حال ، ولذا لو قال أحد للآخر اقتلني فقتلة فالضمان واجب ، أي إن الدية واجبة على القاتل رغم قبول القاتل وأذنه"^(١)

وحاصل القول إنه إذا كانت الفرص احتمالية دائماً ، الا أنها لا تتطابق تماماً مع الاحتمال بالقدر الذي تشكل فيه الفرصة احتمال غير مقبول فالاحتمال قد يكون مقبولاً وقد يكون العكس من ذلك غير مقبول و الفرصة بمعنى فوات الفرصة لا تندرج مطلقاً في المجال القانوني للعقد الاحتمالي أو النشاط الاحتمالي لأنها عبارة عن احتمال غير مقبول أو هي واقعة محتملة لم يقبلها المتضرر مقدماً.

وإذا كانت هذه الفروق بين المفاهيم المختلفة القريبة من فكرة فوات الفرصة تبدو أمراً بالغ الصعوبة إلا إنه يترتب عليها نتائج في غاية الأهمية خاصة في ما يتعلق بمدى التعويض كما سنرى لاحقاً .

المطلب الثالث

الخلافاً الفقهي في مدى التعويض عن فوات الفرصة

(١) فريد فتیان ، مصادر الالتزام ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٧، ص ٢٣٩.

ان تحديد طبيعة فوات الفرصة ليس بالأمر اليسير ذلك إنه إذا كانت احكام المحاكم المدنية تتجه باطراد إلى أن كل ضرر محقق ينبغي التعويض عنه سواء كان هذا الضرر المحقق حالاً ام مستقبلاً وإذا كانت هذه الأحكام قد اضطرت كذلك على ان لا تعويض عن الضرر الاحتمالي فإن فوات الفرصة على شخص وحرمانه من فرصة كان يتوقع من ورائها جني كسب او تقادي خسارة تثير قدراً غير قليل من الصعوبة في معرفة طبيعتها وهل هي ضرر محقق ام أنها مجرد ضرر احتمالي ؟

ويكمن موطن الصعوبة في هذه الحالة في إنه 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 كانت يعلق عليها تحقيق مكسب أو تقادي خسارة ، والمثال البارز في هذه الحالة ذلك الضرر الذي يؤدي إلى الحيلولة دون اشتراك حصان سباق في هذا السباق 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 اوفي إحداث إصابة به تمنعه من الجري في حلبة السباق وهذا ناشر يتأخر في طبع مؤلف كان مؤلفه قد نوى على تقديمه في مسابقة أدبية أو علمية او فنية ويأمل الحصول على جائزة نقدية ضخمة وهذا طالب مكمل في طريقه الى أداء امتحان الدور الثاني فتصيبه سيارة يقودها سائق متهور يقودها بسرعة غير عادية اصابة تحول بينه وبين أداء الامتحان ويتضيع عليه ما كان يأمله من نجاح^(١) .

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 إنه مجرد ضرر احتمالي لا تعويض عنه ؟ لذلك أثارت الفرصة الكثير من التردد والنقاش والاختلاف في تحديد طبيعتها، باعتبارها ضرراً معوضاً عنه ام لا ؟ ولتحديد طبيعة الضرر الناتج عن فوات الفرصة يقتضي أن نتبع الآراء والاتجاهات التي ذهبت في تحديد طبيعة فوات الفرصة وذلك في فرعين نخصص الاول

(١) د. حسن ذنون ، مصدر سابق، ص ٢١١.

منهما لبيان الاتجاه الفقهي الراض لتعويض عن فوات الفرصة فيما نخصص الفرع الثاني للاتجاه المؤيد للتعويض عنها.

الفرع الأول : الاتجاه الراض لتعويض عن فوات الفرصة

ترجم هذا الاتجاه الفقهي العميد سافاتييه و الفقيه شابا وبحسب التوضيح الآتي:

١_ موقف العميد سافاتييه : يذهب الفقيه سافاتييه (SAVATIER) من خلال بحثه المعنون "هل يمكن لخطأ إن ينتج المسؤولية عن ضرر لم يسببه ؟ " وفي هذا الصدد يقول العميد سافاتييه ان هذا السؤال قد يثير الاستغراب دون شك ومع ذلك فنحن مضطرون إلى وضعه بسبب التأويل الذي أعطي لثلاثة قرارات في مجال المسؤولية المدنية^(١)

ويذهب إلى إن الفقه والقضاء يجمعان على إن علاقة السببية بين الخطأ والضرر ركن من الأركان الأساسية في المسؤولية المدنية فالخطأ لا يكون ضاراً إلا إذا كان السبب في الضرر الذي حاق بالضحية , حيث من المعلوم إن عبء اثبات السببية يقع , إلا في حالات جدا نادرة تقوم على القرائن قانونية للسببية , على عائق الطرف المطالب بالتعويض , طبعاً فإن هذا الاثبات يمكن أن ينتج عن قرائن الواقع , ولتثمر هذه القرائن يكفي أن تؤدي إلى قناعة القاضي , ولكن هذا الأخير لا يمكن أن يحكم , ولو جزئياً , على المدعي عليه بتعويض ضرر يقر بأن الخطأ المتسبب فيه ظل مجهولاً , ويعتبر أن شك قاضي المسؤولية المدنية حول اسباب الضرر المدعى به من لدن الضحية , لا يمكن إذا ان يترجم إلى حكم مخفف , وإذا كان القانون يفرض على القاضي ان يفصل في كل قضية رفعت إليه , ومن أجل ذلك يلزمه أن يحترم "عبء الاثبات" ويرى سافاتييه إن القاضي اذا لم يتوصل إلى اليقين , بأن ما تبقى من الشك ينبغي أن يفسر لمصلحة المدين طبقاً للقاعدة الثابتة , ومن ثم ينبغي ألا يحكم للمدعي بشيء إذ هو لم يستطيع إقناع المحكمة بحجته^(٢)

^(١) SAVATIER Rene, "Une faut peut-elle engendrer la responsabilite dun dommage sans lavoir causer?" dalloz 1970 chronique,p.123

^(٢) SAVATIER Rene,op.cit, p.123.

ويعتبر سافاتييه (SAVATIER) إنه لا يمكن مخالفة هذه القاعدة إلا في حالات خاصة , كحالات نقل عبء الاثبات على المدعي عليه فيعجز هذا الأخير , أو حالات وجود قرينة قانونية تفترض الخطأ في جانب المدعى عليه والقانون يرسم النهج للقاضي , بحيث لا يحكم بشيء للمدعي الذي لم يقتعه بوجود الحق غير القابل للتجزئة , ويذهب الى أن هذه القاعدة تنطبق أيضا على المدعي في دعوى المسؤولية الطبية , ذلك إنه يجب عليه أن يثبت ليس فقط الخطأ والضرر , ولكن أن يثبت أيضا , أن الخطأ هو الذي تسبب في الضرر , فشك القاضي في العلاقة السببية لا يجيز له أن يحكم بتعويض جزئي , كما لا يجيز له ذلك شكه في الخطأ أو الضرر , فشك القاضي في ركن من أركان المسؤولية لا يمكن أن يترجم إلا إلى رد الدعوى وليس إلى حكم بتعويض جزئي , ثم أن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ينبغي أن تقوم على عناصر مباشرة , حالة ومحققة , في حين إن مفهوم الفرصة يقوم على احتمال وافترض , وانتقد بشدة القضاء الذي يذهب الى مساءلة الطبيب عن فوات الفرصة ورأى أن من شأن هذا القضاء أن يزيد من خوف الطبيب من سيف المسؤولية فلا يبذل ذلك الجهد الزائد الذي قد تتطلبه حالة المريض , في وقت يتطلب فيه تقدم الطب من الطبيب معرفة أوسع , أكثر فأكثر , وانتباه مستمر أكثر فأكثر , وحيطة وأبحاث متعددة⁽¹⁾.

ومن اجل ذلك نجد سافاتييه يميز بين الفرصة الماضية والفرصة المستقبلية , ويقر مبدأ التعويض بالنسبة لهذه الأخيرة شريطة أن تكون للفرص قيمة مالية , أو قيمة معنوية , باعتبار إننا نكون أمام تفويت فرصة حقيقية حسب تعبيره , ويضرب أمثلة للفرصة المستقبلية , منها حالة وكيل الدعوى أو المحامي الذي بخطئه يهمل رفع الدعوى حتى سقطت بالتقادم , أو رفع الاستئناف حتى فات ميعاده , فإنه في مثل هذه الحالات تضيع على الموكل فرصة مستقبلية كانت تتمثل في كسب الدعوى أو تعديل الحكم , ونفس الشيء يقال بالنسبة للسائق المتهور الذي بطيشه يصدم الطالب فيحدث له عجزا بدنيا يحول بينه وبين المشاركة في اختبار تؤهل للحياة المهنية التي كانت الضحية تنهياً لها فالسائق يجب أن يسأل عن ضياع هذه الفرصة المستقبلية التي كانت للضحية لينجح في الامتحان ومن ثم يرى أن ما يعوض في مثل هذه الحالات (أي حالات الفرصة المستقبلية) فرصة حقيقية أي تعويض توقع مشروع للمستقبل , ذلك لأن الفرصة

⁽¹⁾ SAVATIER Rene,op. cit ,p.124.

الضائعة حسب رأيه تتحدد في مثل هذه الحالات بالنسبة للمستقبل , أما الفرصة الماضية فهي تتمثل في فرصة الشفاء أو فرصة البقاء على قيد الحياة التي تثير المسؤولية الطبية فهو يرى أن الفرصة التي يراد تعويضها هنا هي الفرصة التي كانت للمريض للإفلات من الموت أو العاهة لو ان الطبيب المعالج لم يرتكب الطيش او الاهمال المؤاخذ به أن القدر قد حسم ، قد حصلت العاهة أو الوفاة فالأمر لم يعد يتعلق بفرصة ولكن بأمر واقع ولكي يوضح رأيه يعطي الفقيه (سافاتييه) مثال أوراق اليانصيب التي يبددها الغير على صاحبها فعندما يتم السحب فإن هذه الأوراق لم تعد تمثل فرصا بالنسبة لصاحبها بل هي حسب الحالة أما حقوق مكتسبة أو حقوق غير موجودة بالمرّة و يعتقد أن المشكلة التي ينبغي الحسم فيها عندما يحصل الضرر للضحية في مجال المسؤولية الطبية هو هل كان هذا الضرر سيقع أو لا يقع في غياب الخطأ المنسوب إلى الطبيب ففي الفرضية التي يكون فيها هذا الأخير بتجنبه للخطأ كان سيجنب المريض الضرر الحاصل له فإن خطأ الطبيب في هذه الحالة يعتبر سبباً أي يكون مرتبطاً بعلاقة سببية مع الضرر (العاهة أو الوفاة) وعلى العكس من ذلك لو أن الوفاة أو العاهة كانت ستحصل بالطريقة نفسها بدون خطأ الطبيب فإن الخطأ في هذه الحالة يكون أجنبياً عن الضرر الشيء الذي تنتفي معه علاقة السببية ومن هنا فإن الأمر لا يتعلق بفرصة للمستقبل ولكن بواقعة ماضية ذات سبب غير مؤكد ويقرر في النهاية إن القاضي إذا حصل له الاقتناع الراسخ بأن الخطأ هو سبب الضرر فيلزم أن يحكم بتعويض هذا الضرر ولكن الحكم ولو بتعويض جزئي يتناسب مع الشك الحاصل له لا يكون ممكناً اذا لم تحصل القناعة الشخصية بأن الخطأ كان شرطاً ضرورياً لحدوث الضرر⁽¹⁾

٢_موقف الفقيه فرانسوا شابا(CHABAS Francois)

عبر الفقيه شابا عن موقفه من قضاء محكمة النقض الفرنسية المتعلقة بالتعويض عن فوات الفرصة في مجال المسؤولية الطبية من ان محكمة النقض الفرنسية اخذت في قضايا يكون فيها الخطأ والضرر ثابتين تغض الطرف عن العلاقة السببية بحيث يظهر إن الخطأ ينتج المسؤولية عن ضرر لم يسببه , ويعتبر إن هذا الأمر غير مقبول حيث يبتعد عن القواعد

⁽¹⁾ SAVATIER Rene,op. cit ,p.125

التقليدية للمسؤولية المدنية، و يرى في قرار لمحكمة النقض الفرنسية انه تمت فيه مواخذة الجراح أوطبيب التخدير او القابلة على خطأ مهني غير مجادل فيه ، ولكن علاقته السببية بالضرر لم تكن ثابتة بيقين ذلك إن المريض قد توفي اما أثناء الجراحة أو بعدها ، لكن غابت العلاقة السببية بين الخطأ والضرر بل ان هناك تأكيد على أن سبب الوفاة ظل غير معلوم ،لكن القضاء يحكم مع ذلك على الطبيب بعله إن الخطأ قد فوت على المريض فرصة الشفاء أو فرصة البقاء على قيد الحياة وقد انتقد بشدة هذا التوجه ناعماً أياه "بالإدانة لفائدة الشك " او ب " المسؤولية بدون علاقة سببية " فإذا كان اليقين غير موجود في مادة الاثبات وإذا كانت السببية لا تقوم إلا على الاحتمال الراجح والقوي يقول الفقيه شابا فحتى هذا الاحتمال غير موجود في هذا القرار فغالبا ما ينعت الفقه نظرية تكافؤ الاسباب بالنظرية المتسامحة لكونها تعد كل حدث متى ثبت إنه بدونه ماكان الضرر يتحقق فحتى هذا الاثبات غير متوافر في هذه القضية التي أدانت الطبيب على أساس نظرية فوات فرصة الشفاء أو فرصة البقاء على قيد الحياة^(١)

ويبدو أن الآراء السابقة قد لاقت قبولا من بعض الشراح^(٢) على اعتبار ان القضاء الذي يعتد بفوات الفرصة في مجال المسؤولية المدنية ، لا يتفق مع القواعد القانونية السليمة التي تعتد بأركان المسؤولية و التي تعتبر علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، ركناً اساسياً في المسؤولية المدنية ، وتفرض على المدعي إقامة الدليل على توافر هذا الركن بحيث لا يجوز للقاضي الحكم بالتعويض عن ضرر ما، إلا اذا كان هذا الضرر نتيجة لخطأ المدعي عليه، فالأحكام القضائية التي تعوض عن فوات الفرصة ليس فيها تعويضا عن فوات الفرصة ، وانما تعويض عن ضرر فوات كسب^(٣) رغم التأكيد على ذلك في اسباب هذه الاحكام ، ذلك إن التعويض عن ضياع الفرصة يتصل بركن الضرر ويؤدي الخطأ إلى تبديد احتمال تحقق كسب أو تجنب خسارة بحيث

(1) SHABAS Francois, "La perte d'une chance en droit francais . In Developpements recent du droit de la responsabilite civile" ,publication center detudes juridiques europeennes, Geneve, 1991,p.131.

(٢) د. حسن حنتوش الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية التعاقدية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩، ص ١١٣، د. ضمير حسين ناصر، مصدر سابق ، ص ٩٨، وفاء حلمي ابو جميل ، الخطأ الطبي ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص ٩٣.

(٣) د. ضمير حسين ناصر، مصدر سابق، ص ١٠٢.

لا يمكن أبدا معرفة ما إذا كان الضرر سيتحقق أم لن يتحقق لأن المسؤول قد عاق السير العادي للوقائع مصدر الكسب أو المانعة للخسارة، فيكون محل التعويض في هذه الحالة ، فرصة يأملها في المستقبل ويتعين على القاضي إن ينظر لتقدير هذا التعويض إلى المستقبل ليحدد مدى تحقق الفرصة فيه وفقاً للعوامل التي تسمح في كل حالة بتحديدته والتي لا يمكن أن يجريه إلا بالتوقع في المستقبل لمدى إمكان تحققها ومن ثم يكون التعويض عنها تعويض عن ضرر مستقبل يقوم على مجرد الافتراض^(١) ودعا القضاء الى عدم التعويض عنها اذ رأى في التعويض عنها اثره للدائن على حساب المدين^(٢)

اما في دعوى المسؤولية على الطبيب فيذهب هذا الاتجاه الى انه لا توجد فرصة مستقبلية قضى عليها الفعل الضار بل حادثة ماضية أسبابها غير محققة لأن الضرر _ وفاة الضحية أو العاهة_ التي علقت بالمريض او غيرهما من الأضرار قد تحققت ومن ثم ولا يثور أمام القاضي سوى البحث فيما إذا كان هذا الضرر او ذاك نتيجة خطأ الطبيب فيتحمل المسؤولية كاملة عنه او منقطع الصلة به فلا يقوم بالنتيجة أية مسؤولية ويقرر الى ان القضاء الذي يعوض فوات الفرصة في المسؤولية الطبية يخلط بين التعويض عن الفرصة الضائعة والتعويض عن احتمال التسبب في إحداث ضرر وقع فعلا ويقدر التعويض لا حسب درجة احتمال تحقق الفرصة بل بنسبة احتمال تدخل الخطأ في إحداث الضرر^(٣) كما اعتبر ان مسائلة الطبيب عن فوات الفرصة فيه حرمان الطبيب من ادنى درجات الحرية في ممارسة عمله , فيكون في خوف وقلق لاقل هفوة ولاسيما وان طبيعة العمل الطبي تسيطر عليها فكرة الاحتمال , ويؤدي حسب وجه هذا الراي الى احجام الاطباء عن ممارسة هذه المهنة الانسانية والاجتهاد فيه^(٤)

(١) د. حسن عبد الرحمن قدوس , المصادر غير الارادية للالتزام, مكتبة الجلاء , مصر, ١٩٩١, ص١٨٢-

١٨٣.

(٢) د. حسن حنتوش الحسناوي, مصدر سابق, ص ١١٤.

(٣) د. وفاء حلمي ابو الجميل , مصدر سابق, ص ٩٣.

(٤) د. وفاء حلمي ابو الجميل , مصدر سابق, ص ٩٥.

ومن العرض السابق يمكننا اجمال أهم الحجج التي استند إليها معارضو التعويض عن فوات الفرصة :

١ _ أن ضرر فوات الفرصة يشكل ضرراً محتملاً ومن ثم فقد تخلف شرط من شروط استحقاق التعويض وهو أن يكون الضرر محققاً.

٢_ وإذا كان هناك ضرر فعلا في فوات فرصة فإن هذا الضرر منقطع الصلة بينه وبين خطأ المسؤول ومن ثم فقد ركناً من أركان المسؤولية المدنية وهي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

٣_ عدم امكان الاخذ بهذا الضرر (ضرر فوات الفرصة) لصعوبة تقدير وتحديد التعويض عنه .

٤ _ أن التعويض عن فوات الفرصة يغير من طبيعة الالتزام بعناية إلى الالتزام بنتيجة وأنه سيطل كل التزام موضوعه بذل عناية , الشيء الذي يعني إنه في ظل نظام مسؤولية كهذا فإن كل ملتزم بوسيلة إذا ضيع بخطئه على الآخر فرصة تحقيق النتيجة المأمولة من العقد فإنه يجب عليه أن يعرض الضرر المترتب على فوات هذه الفرصة, ما لم يثبت ان السبب الأجنبي كان هو السبب الوحيد الذي أدى إلى ضياعها وتكريس هذا التوجه حسب هذا الرأي لا يوجد بعد ذلك التزام بوسيلة.

٥ _ حماية للطباء والاعتراف لهم بحد معقول من الحرية في ممارسة العمل الطبي دون خوف من المسؤولية المدنية خاصة فيما يتعلق بعدم التعويض عن فوات الفرصة في نطاق المسؤولية الطبية .

هذه أهم الحجج التي استند إليها معارضو التعويض عن فوات الفرصة.

الفرع الثاني : الفقه المؤيد للأخذ بفوات الفرصة

هذا الاتجاه تبناه الغالبية العظمى من الفقه^(١) لذلك اخذ هذا ألقه على عاتقه الرد على الحجج التي قال بها معارضو التعويض عن فوات الفرصة سواء أكانت في المسؤولية المدنية بشكل عام أم في المسؤولية الطبية بشكل خاص.

وإذا كان الرأي السابق ينظر إلى فوات الفرصة بأنها ضرر احتمالي لا تعويض عنه على اعتبار إن الطالب من غير المحقق سينجح في الامتحان الذي حرم من فرصة الدخول إليه، و بالمثل فلا مؤكد فوز الحصان بجائزة السباق الذي كان مقررا الاشتراك فيه، ولا دليل على أن الخاطب الذي قتل بحادث كان سيتم الزواج بخطيبته فعلاً ، ولا اثبات على ان الموكل الذي فوت المحامي عليه مواعيد الاستئناف كان بالتأكد سيكسب الدعوى أو سيعدل الحكم فيها لمصلحته ، أو لشفاء المريض حتما لولا اهمال الطبيب ، وفي مثل هذه الفروض يذهب اصحاب هذا الرأي الى القول بانه لامجال للتعويض عن كسب كان سيحدث وقد لا يحدث فلا تعويض عن مجرد احتمال او ضرر افتراضي^(٢)

الا انه يرد على ذلك بأنه إذا كان الكسب النهائي الذي يطمع اليه المتضرر مجرد احتمال ، فإن الضرر الناشئ عن كون الواقعة لم تحدث بفعل المتسبب الذي حرم المتضرر من تحقيق ما كان يأمل الحصول عليه ، هو بالفعل ضرر محقق، وفي الأمثلة السابقة فإنه إذا كان النجاح في مساعي المتضرر ، لا يعدو كونه مجرد احتمال ألا أن هذه الفرصة بالذات لم تكن في كثير من الأحيان مجرد خيال ، إضافة إلى إنه لا دليل على رسوب الطالب بالفعل لو تمكن

(١) د. حسن ذنون ، مصدر سابق، ص ٢١٤، د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، ط ١، ١٩٩١، ص ٢١٥، د. أحمد حشمت أبو استيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني ، مصادر الالتزام ، مطبعة مصر، ١٩٥٤، ص ٤٣٨، د. أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١، مصادر الالتزام ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٦٥، ص ٤٨٩، حسين عامر عبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ، ط ٢ ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٧٩ ، ص ٣٣٦، د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ص ٨٦٢ ، د. سليمان مرقس ، مصدر سابق، ص ١٤٧، د. عز الدين الديناصوري و د. عبد الحميد الشواربي ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، طبعة ٥ ، ١٩٩٦، مصر، ص ١٦٣ ، د. عصمت عبد المجيد، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، مصادر الالتزام ، طبعة ١ ، جامعة جيهان، اربيل، ٢٠١١، ص ٦٣٠، د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ج ١، مصادر الالتزامات ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، ٢٠١١، ص ٥٥٦، Henri LALOU: traite pratique de le responsabilite civil :6ed. Dalloz. 1962 p.93

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٥٢٧ .

من التقدم للامتحان ، وكذلك بالنسبة لخسارة الحصان في السباق لو أوصله الناقل في الوقت المحدد لكن من الممكن ان يكون هو الفائز، ولا نعلم اليقين إن الخاطب كان سيتخلى عن إتمام الزواج من خطيبته فقد يتم لو بقي حيا ، وبالمقابل ايضاً فلا مؤكداً ان الموكل كان سيخسر دعواه أو يرد استئنائه لو قدم في ميعاده ، أو إن المريض حتماً كان لن يشفى ولن يبقى على قيد الحياة فقد يشقى او يبقى على قيد الحياة لو توفرت له الرعاية الطبية اللازمة (١)

وفي الواقع ان التعويض عن فوت الفرصة لا يتعلق بتعويض المتضرر عن النتائج المادية والأدبية التي كان سيحققها لو اشترك في الامتحان ونجح فيه ، لأن ذلك يتعلق بتحقيق النجاح فعلا وهو أمر غير أكيد ، انما يتعلق فقط بتقرير ان الفرصة بحد ذاتها تساوي شيئاً ما، وهذا الشيء فقده المتضرر نهائياً وهو ضرر حقيقي مؤكداً، لأن الشخص كانت لديه فرصة للنجاح وقد فقدها وهذه الفرصة لها قيمة مالية معينة (٢) فاحتمال الكسب موجود وفرصته متحققة فليس دائماً ما يستند إليه المتضرر مجرد أمني وأحلام وخيال، بل يكون واقعياً حقيقياً وهذا ما يحدث في الكثير من الحالات ، لذلك فإن ما يترتب على الصفة الاحتمالية للضرر النهائي في فوات الفرصة ، أي الكسب الذي كان ينتظره المتضرر وحرمانه منه ، هو عدم جعل قدر التحقق واليقين في هذا الضرر كاملاً بل يضعفه ويقلل من دون أن يقضي عليه وألا لما وجدت الفرصة لدى المتضرر بمعناها السابق التحديد والتي تتضمن بالضرورة قدرًا كافيًا من احتمال تحقق الكسب إلى درجة أن تجعل منه امراً مرجحاً، في هذا القدر من التحقق يحدد الضرر الحقيقي الذي لحق المتضرر والذي يتمثل في مدى وقدر الفرصة التي كان يملكها في تحقيق الكسب ، فهذه الفرصة من الكسب لها ولاشك قيمة موضوعية تقدر بقدر ما تتضمنه من إمكانية لتحقيق الكسب أي يقدر ما يتهيأ لها من نصيب في الواقع (٣) .

(١) د. سعدون العامري ، مصدر سابق، ص٢٦، د. حسين عامر، عبد الرحيم عامر ، مصدر سابق ، ص٣١٠.

(٢) د. عدنان إبراهيم السرحان ، ود. نوري حمد خاطر ، شرح القانون المدني الأردني ، مصادر الحقوق الشخصية ، الفجر للطباعة ، اريد ، ١٩٩٧ ، ص٤٣٧ ، LESOURD Noelle op, cit, p.49.

(٣) د. ابراهيم الدسوقي ، مصدر سابق، ص١٤٩.

فالفُرصة تعد حقا لكل شخص في ان ينتهز الفرصة التي أتاحت له لذلك فان الحرمان من الفرصة لا يقتصر اثره على المساس بمجرد الامل في الكسب وتحقيق النتيجة المرجوة من الفرصة وانما فيه مساس بالحق في انتهاز هذه الفرصة ايضاً ومحاولة تحقيق الكسب , وسلب هذا الحق في حد ذاته يعد ضرراً محققاً^(١) .

لذلك نجد في التطبيقات القضائية المتعلقة بفوات الفرصة إصراراً على الإشارة إلى الضرر المحقق الذي وقع بالمتضرر نتيجة فوات الفرصة بفعل المتسبب لتبرير الحكم له بالتعويض عن ضياع فرصته.

فقد جاء في أحد الأحكام^(٢) : " ان ركن الضرر قد يأخذ صورة الحرمان من فرصة سانحة فيكون بذلك ضرر محققاً من ناحية إنه ضيع على من أصيب به فرصة سنحت له ... فإذا تبين من البحث إنه لو كان الاستئناف قبل شكلا لحكمت المحكمة الاستئنافية بإلغاء الحكم المستأنف فيكون المستأنف قد اصابه ضرر "

وفي التعليق على هذا الحكم يقول أحد الباحثين " أن المحامي قد فوت على الموكل فرصة كسب الدعوى بإهماله برفع الاستئناف في موعده ،وعد فوت الفرصة هو القدر المحقق من الضرر وبضياعها يكون المحامي قد قضى على أمل راود موكله في الكسب واحال أمله إلى أمر يستحيل تحقيقه^(٣) فإهمال المحامي قد قطع الطريق على موكله في تحقيق الكسب المرجو لو لم يوقف تسلسل التطور الطبيعي للأمر مما الحق ضرراً محققاً , وجاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية " أن التعويض الذي يستحقه المدعي يقتصر على الإضرار المادية التي أصابته فعلا ... لكنه لا يستحق أجر مثل الحوانيت التي في نيته تشييدها لأن هذا الضرر من الاضرار الاحتمالية التي لا يعوض عنها ، بل يستحق التعويض عن فوات الفرصة , أي فرصة تشييد

(١) د. حسن ذنون , مصدر سابق, ص ٢١٥, سليمان مرقس, مصدر سابق, ص ١٤٤.

(٢) استئناف مدني مصري رقم ٢٣٤ في ١٧/ابريل - نيسان/١٩٤٩, المحاماة السنة ٣١, ص ٧٦٩, اشار اليه حسين عامر, عبد الرحيم عامر, مصدر سابق ص ٣١١.

(٣) عبد الباقي محمود سوادي , مصدر سابق , ص ٣٠٨.

هذه الحوانيت لأن هذا الضرر يعتبر الضرر المحقق" (١), وبالمثل ذهبت في حكم آخر " إنه إذا تعسفت أمانة العاصمة بعدم منح مالك الأرض إجازة بناء ، فإنه يستحق تعويضا يعادل ما فات المالك من فرصة الانتفاع من عقاره وذلك لتحقيق الضرر في حقه بسبب تعسف الأمانة بعدم منح الإجازة ، وهكذا فإن الفرصة قيمة في ذاتها والحرمان من هذه القيمة _أي الفرصة _ يعد في ذاته ضرراً ، وضرراً محققاً ، ومن ثم يستوجب التعويض" (٢).

وهذا يعني انه في مقام تفويت أحد الاشخاص على الآخر فرصة معينة نتيجة لخطئه ينبغي أن نفرق بين الفرصة ذاتها التي ضاعت كضرر محتمل غير مؤكد لا مجال لتعويضه عنها وبين واقعة تفويتها على العاقد وحرمانه من الاشتراك فيها كضرر فعلي مؤكد يمكن التعويض عنه، فمثلاً إذا تسبب الناقل بخطئه في حرمان أحد المسافرين من دخول امتحان أو الاشتراك في مناقصة على إحدى الصفقات ، فإننا نكون أمام نوعين من الضرر، يعد أحدهما ضرراً محتملاً ، وهذا لا يمكن التعويض عنه ، والثاني ضرراً فعلياً مؤكداً يمكن التعويض عنه ، أما الضرر المحتمل فيتمثل في عدم نجاح الطالب المسافر أو عدم كسبه الصفقة لتأخر الناقل في نقله إلى مكان المناقصة، وهذا الضرر لا يعوض عنه المتضرر لأنه ليس من المؤكد أن المسافر كان سينجح في الامتحان أو في كسب الصفقة ، حيث يعد نجاحه في أيهما أمراً محتملاً قد يحدث وقد لا يحدث ، أما الضرر المؤكد الذي حدث بالفعل لهذا المسافر فيتمثل في حرمانه من دخول الامتحان أو المناقصة، والذي يعد ضرر مستقل ومغايراً عن الضرر المحتمل المتمثل في عدم النجاح أو عدم كسب الصفقة، الأمر الذي يوجب على القاضي تعويض المتضرر عن تفويت الفرصة عليه، أي عن الضرر الناشئ عن كون الواقعة (أي واقعة الوصول في الميعاد المتفق عليه) لم تحدث، والتعويض في هذه الحالة هو بالضرورة أقل من تعويض الضرر الناشئ عن خسران الصفقة أو خسران الامتحان (٣)

(١) تمييز مدني عراقي رقم ٢٢١/٤م/٩٨٢ في ١٩/٥/١٩٨٢ ، مجموعة الاحكام العدلية ، عدد ٢، سنة ١٣ .
(٢) تمييز مدني عراقي رقم ٢٠٩/٢٠٩/هيئة عامة اولى/٩٧٢ في ٢/٦/١٩٧٣ ، النشرة القضائية ، العدد الثاني ، السنة الرابعة، ص ٧٦ .
(٣) د. حمدي عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص ٥٢٧ ، د. نائل علي المساعدة ، الضرر في الفعل الضار وفقاً للقانون الأردني ، المنارة، المجلد ١٢، العدد ٣، ٢٠٠٦، ص ٣٩٩ .

وإذا كان من المتعذر قانوناً إسناد الضرر الاحتمالي أو النهائي كله إلى المدعي عليه الذي تسبب في حرمان المتضرر منه لعدم وجود علاقة سببية أكيدة ومباشرة بين هذا الضرر وفعل المدعي عليه ، فإنه يمكن القول بوجود علاقة سببية مؤكدة ومحققة بين المدعي عليه وضرر آخر جزئي أو نسبي يتمثل في فقد فرصة الحصول على هذا الكسب ، أي يتمثل في القيمة الذاتية لفرصة الكسب التي كان يملكها المدعي واضاعها عليه المدعي عليه^(١)

وليس صحيحاً أن كل شك في العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الحاصل للشخص يفضي بالضرورة إلى الإدانة على أساس فوات الفرصة كما ذهب إلى ذلك بعض الفقه^(٢) فالقضاء لا يطبق نظرية فوات الفرصة في مجال المسؤولية المدنية بطريقة عشوائية بل نجد قضاء الموضوع يدقق البحث في العلاقة السببية ويلجأ عادة إلى الخبرة في المسائل الفنية بحيث يستند إلى خبراء من أجل تقدير وجود الخطأ وعلاقته السببية في حدوث الضرر وهكذا فإن القضاء يعتبر الفرصة منعدمة بالنسبة لمسؤولية المحامي إذا اظهر للقاضي إن فرصة كسب الدعوى التي لم ترفع بخطأ المحامي إلى الجهة القضائية المختصة حتى سقطت بالتقادم أو بانقضاء الآجال، منعدمة فإنه لا يحكم للموكل بشيء^(٣) تماماً كما هو الشأن بالنسبة لمسؤولية الطبيب فإن القضاء يعتبر فرصة الشفاء منعدمة متى كان المريض قد دخل في حالة مرضية بكيفية لا رجعة فيها حتى ولو كان الطبيب قد قصر في العلاج ، أي اذا تبين للقاضي إن الخطأ الطبي الثابت ليس له أي دور في حدوث الضرر النهائي العاهة أو الوفاة وهكذا نقضت المحكمة العليا في فرنسا قرار الاستئناف الذي كان قد قضى بالمسؤولية الجزئية للطبيب بناء على فوات فرصة الشفاء، والحال إنه لم يثبت لقضاة الموضوع أي دور للخطأ الطبي الثابت في حدود العاهة اذا جاء فيه" لا يستطيع قضاة الموضوع الذين تحققوا من انتفاء الدليل على العلاقة السببية بين الخطأ المتعمد وتحقق الضرر ان يلجأوا الى فكرة خسارة الفرصة لاعتبار الطبيب

(١) د. ابراهيم الدسوقي ، مصدر سابق ص ١٤٩ .

(٢) SAVATIER Rene, op. cit , p.124.

(٣) نقض مدني فرنسي، الغرفة الاولى ، في ١٨ تشرين الاول / اكتوبر ١٩٧٨ ، مدونة القانون المدني الفرنسي، الطبعة العربية ، طبعة ٢٠٠٩/١٠٨ ، جامعة القديس يوسف، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي ، لبنان، ٢٠١٢، ص ١٣٥٧ .

مسؤولاً جزئياً عن تحقق الخطر^(١). في حين ان هناك من يقلل من اهمية علاقة السببية لتكون اقرب الى الافتراض مكتفياً بعنصر الضرر , وفي ذلك يقول الدكتور عبدالمجيد الحكيم " إذا أحدث شخص ضرراً لآخر فعليه تعويض هذا الضرر ولو لم يكن متعمدا او متعدياً فإذا قيل ما ذنب هذا الشخص فنحمله نتيجة فعل لم يردده وإنما وقع رغم إرادته ؟ وما ذنب المتضرر فنحمله ضرر لايد فيه ؟ والحقيقة إن أماننا ضرراً وذمتين يجب أن تتحمل هذا الضرر فأى الذمتين أولى بتحملة؟ العدل والمنطق يقتضيان بان الشخص الذي كان السبب لوقوع الضرر هو الذي يجب أن يتحملة لأنه لولاه لما وقع الضرر "^(٢)

وأنكر الفقه^(٣) التفرقة بين الفرصة الماضية والفرصة المستقبلية إذ عندما تعوض الفرصة الفائتة فإنها لا بد أن تكون بالضرورة وفي جميع الحالات ماضية فالشرط الأساسي لتعويض الفرصة أن تكون قد فاتت بالفعل وبصفة نهائية^(٤) فأن ضياع السباق بالنسبة لمالك الفرس ، أو خسران الدعوى بالنسبة للمتقاضى هي أيضاً اضرار متعذرة الاصلاح كفقد الحياة بالنسبة للمريض الذي أهمل الطبيب علاجه, ولا يمكن أن يتحدد ما يكون عليه المستقبل المحتمل بالنسبة للفرس أو الدعوى او المريض لو أن خطأ المدعى عليه لم يقطع التطور العادي للأمور الا بتخمين مرتد إلى الماضي.^(٥)

وقيل أيضاً إن اللجوء إلى فكرة فوات فرصة الشفاء أو البقاء على الحياة سيغير من طبيعة الالتزام الطبي ويجعله التزاماً بنتيجة وليس التزاماً بوسيلة أو بذل عناية^(٦)

غير ان هذا التخوف لا أساس له من الصحة ذلك أن كل القضايا التي أدين فيها الطبيب او الجراح أو طبيب الاختصاصي في التخدير لم تدنه من أجل تحقيق نتيجة بعينها

(١) نقض مدني فرنسي, الغرفة الاولى, في ١٧ /تشرين الثاني- نوفمبر/١٩٨٢, النشرة المدنية ١, رقم ٥٤٧ مدونة القانون المدني, مصدر سابق, ص١٣٥٨.

(٢) د. عبدالمجيد الحكيم, مصدر سابق, ص٥٠٠-٥٠١.

(٣) د. ابراهيم الدسوقي , مصدر سابق,ص١١٥ , Jacques BORE , op. cit, p.38

(٤) د. ابراهيم الدسوقي , مصدر سابق , ص١١٦.

(٥) Jacques BORE , op. cit, p.38.

(٦) SHABAS Francois, op. cit , p.131 , SAVATIER Rene,op. cit ,p.125

وانما كانت الإدانة على أساس التقصير في بذل العناية اللازمة للمريض^(١) فالأحكام التي أدانت الطبيب على اساس فوات فرصة الشفاء أو فرصة البقاء على قيد الحياة قد وقفت على ثبوت الخطأ الطبي غلط أو رعونة أو اهمال ، وليس هناك قرار أو حكم أدان الطبيب على أساس عدم الشفاء أو على أساس نتيجة العملية كما لو إن التزام الطبيب كان التزاماً بنتيجة^(٢)

وبالنسبة لصعوبة تقدير التعويض فيمكن القول إن الأضرار في القانون المدني يجب إثبات تحققها على نحو معقول و يقيني , وإنَّ قاعدة اليقين في القانون تطبق فقط على واقعة حدوث الضرر لا على مبلغ الضرر وعليه فإنه إذا نجح المدعي في إثبات وإقامة الدليل الكافي أمام المحكمة لحدوث الخسارة أو الأضرار فأنت مسألة صعوبة تقدير التعويض لا تقف حائلاً ومانعاً من مطالبة المدعي بالتعويض بعد أن أقام الحجة والدليل المقنع على واقعة تحقق الضرر أو الخسارة^(٣)

ويبقى أن نشير أخيراً إلى الرأي الذي يذهب الى أن تطبيق فوات الفرصة في مجال المسؤولية الطبية من شأنه أن تحرم الطبيب من أدنى درجات الحرية في ممارسة أعماله ، فيكون في خوف وقلق لأقل هفوة ولا سيما إن طبيعة العمل الطبي تسيطر عليها فكرة الاحتمال ويؤدي ذلك في النهاية إلى أحجام الاطباء عن ممارسة هذه المهنة الإنسانية والاجتهاد فيها^(٤)

على الرغم من وجاهة هذا الرأي إلا أن المتأمل لذلك يجد إن الطبيب لا يلتزم بشفاء المريض ولا يمنع تطور المرض ولا يتحمل تبعات المخاطر التي يكون المريض معرضاً لها أثناء العلاج أو بعده , وبمعنى آخر فإن الطبيب لا يلتزم بضمان شفاء المريض ، ألا في حالات خاصة ، كطب التجميل ، أو طب الأسنان حيث يضمن الطبيب نتيجة معينة, وكل ما في الأمر في الطب

(١) د. ابراهيم الدسوقي , مصدر سابق ص ١١٦ .

(٢) فيني (VINEY) المسؤولية المدنية , الاركان, مكتبة القانون العام والفقہ, ١٩٨٢, ص ٣٧٠ نقلاً عن د. ايمن ابراهيم العشماوي , مصدر سابق, ص ١١٥ .

(٣) د. وليد خالد عطية , القيود الواردة على تعويض الضرر العقدي في القانون الإنكليزي , ص ٣٠ ,

http://www.uobabylon.edu.iq/publications/law_edition4/article_ed4_3.doc

(٤) د. وفاء حلمي ابو الجميل , مصدر سابق , ص ٩٤ .

العلاجي هو أن يعنى الطبيب بالمريض العناية اللازمة والكافية وأن يصف له العلاج الذي يرجى من وراءه الشفاء أو تحسن الحال^(١)

بل يتمتع بهذه الحماية طالما أن الطبيب لم يخرج إثناء أدائه لواجبة نحو المريض عن قواعد وأصول الفن الطبي المتعارف عليها فلا تقوم مسؤولية، ولكن إذا خرج الطبيب عن تلك القواعد والأصول فإنه يكون قد ارتكب الخطأ الذي هو شرط لانعقاد مسؤوليته متى ترتب على ذلك الخطأ ضرر للمريض وثبتت علاقة السببية بين هذا الخطر والضرر^(٢)

وإذا كان الطبيب أو غيره من الفنيين في حاجة إلى الطمأنينة والثقة فإن المريض أو غيره من العملاء في حاجة إلى الحماية من الأخطاء الفنية، إذ ليس من العدل في شيء أن تضل ضحية الخطأ الطبي بغير تعويض وإذا كان الفقه يقبل بمسؤولية أصحاب المهن الأخرى عن فوات الفرصة كالناقل والمحامي والناشر والموثق بل نجد نظرية فوات الفرصة حتى في مسؤولية الإدارة^(٣) ومن ثم لا نعتقد أي مبرر لرفض هذه الفكرة عندما يتعلق الأمر بالمسؤولية الطبية لأن ذلك يعتبر استثناء لا تبرره أي غاية نبيلة وقد رأينا إن للفرصة قيمة في حد ذاتها ليس لفرصة الشفاء أو فرصة البقاء على قيد الحياة قيمة أكثر رفعة و أكثر نبلاً من فرصة الكسب دعوى قضائية، أو فرصة ترقية أو فرصة كسب رهان تعاقدية^(٤)، ومن جانب آخر فإن الأطباء أصبحوا يؤمنون على مسؤوليتهم المدنية بسبب الأخطاء التي تصدر منهم أو من مساعديهم أثناء مزاولتهم لمهنتهم الشيء الذي يجعل الذمة المالية للطبيب لا تتأثر بدعوى المسؤولية المقامة عليه.

كل ذلك يجعلنا نميل إلى الرأي الذي يدعو التعويض عن فوات الفرصة ومن ضمنها التعويض عن فوات الفرصة الطبية خاصة وأن هذه المهنة آخذة في التنظيم بكيفية تسير بها نحو نظام تجاري في شكل عيادات متعددة الاختصاص ومجمعات طبية متخصصة والتي وإن

^(١) Jacques BORE , op. cit, p.38.

^(٢) انظر عكس ذلك د. وفاء حلمي ابو الجميل , مصدر سابق , ص ٩٤.

^(٣) تمييز مدني عراقي رقم ٨٢/٢٢١ , مجموعة الاحكام العدلية , عدد ٢ , سنة ١٣ , ١٩٨٢ , سبق ذكره .

^(٤) Jacques BORE , op. cit, p.46.

كانت تسعى إلى تحقيق غرض نبيل يتمثل في دفع المرض والقلق عن الانسان فأنها تسعى أيضا إلى تحقيق الربح وهو شيء مشروع بطبيعة الحال, الامر الذي لا يمكن معه القول بإعفائها من المسؤولية وخاصة المسؤولية عن فوات الفرصة وهذا ما عبر عنه القضاء في احكامً حديثة نسبياً والذي يقضي بالتعويض عن فوات الفرصة في مجال المسؤولية الطبية, ومن هذه الاحكام الحكم الصادر عن محكمة استئناف نينوى بصفتها الأصلية حيث تبنى الحكم فكرة فوات الفرصة في مجال تقرير التعويض المادي والأدبي فقد جاء ضمن حيثيات الحكم وأسبابه "لقد ثبتت مسؤولية المدعى عليها الثالثة بسبب خطأها أثناء إجراء العملية مما أدى إلى وفاة ولد المدعين، عليه فالمستأنف عليهما يستحقان التعويض المادي والأدبي لانهما حرما من إعالته لهما مستقبلاً من جراء الوفاة"^(١) وقضت بذلك ايضاً محكمة تمييز العراق في قرار لها الى قبول دعوى تعويض السيدة التي أقامتها ضد طبيبها الذي لم يعلمها ان حالتها المرضية قد تؤثر على جنينها وتنتقل اليه المرض فيولد مشوها وبالفعل ولد مشوهاً فحرمت من فرصة اتخاذ قرار بإسقاط الحمل نتيجة تشوهات الجنين وانتقال المرض إليه فتوفي بعد دقائق من ولادته^(٢).

وبعد عرض الحجج والرد عليها، أصبح جلياً أنها حجج غير قاطعة وبالإمكان تنفيذ معظمها، فحجج الاتجاه الرفض تصادر بعض الثوابت وتتجاهل عقبات قانونية من دون أن تفترض حلولاً لها ولا تجد مخارج من بعض المآزق، والتي لا يسعنا تأكيدها إلا بعد التعرف على موقف القانون والقضاء وحتى الشريعة الإسلامية وهذا ما سنتناوله في المبحث الآتي

(١) رقم القرار ١٦١/منقول/٢٠٠٥ الصادر بتاريخ ٢٣/٧/٢٠٠٧ عن محكمة استئناف نينوى بصفتها الأصلية، "غير منشور". والقرار جاء إتباعاً لقرار محكمة تمييز العراق المرقم ١٠٦٢ / ١٠٦٣ / استئناف منقول / ٢٠٠٥ بتاريخ ٢٥/١/٢٠٠٦ (غير منشور) واكتسب القرار الدرجة القطعية .

(٢) تمييز مدني عراقي ذو الرقم ٤٥٠/٧٩٤ بتاريخ ١٣/٥/٢٠٠١ ، غير منشور.

المبحث

الثاني

تأصيل التعويض عن فوات الفرصة

ان كل نظام قانوني قد تبني نظرية لمصادر القانون خاصة به , فهناك نظام قانوني (جيرماني) اعتبر التشريع المصدر الرئيسي للقاعدة القانونية , وبريطانيا والولايات المتحدة اعتبرت القضاء هو المصدر , وفي فرنسا ومنذ الثورة الفرنسية اعتبر التشريع المصدر الرئيس للقاعدة القانونية ولكن دور القضاء والمبادئ العامة والفقهاء بقت تلعب دوراً كمصدر للقاعدة القانونية^(١) وفي العراق اعتمد الفقه العراقي على المادة (١) من القانون المدني العراقي في تحديد مصادر القاعدة القانونية بفقراتها(١,٢,٣) التي نصت[١-تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها, ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف, فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين. فإذا لم يوجد

(١) د. عزيز جواد هادي , دروس في المدخل لدراسة القانون , مكتبة محمود النعيمي, ٢٠٠٩-٢٠١٠, بغداد , ص٢٠.

فبمقتضى قواعد العدالة. ٣- وتستترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء في العراق، ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية] وعليه فإن عرضت قضية على القاضي العراقي بشأن التعويض عن فوات الفرصة فلا يكون أمام القاضي العراقي في هذه الفروض سوى الاحتكام إلى القواعد العامة ومصادر القاعدة القانونية التي أحال إليها القانون المدني في المادة الأولى أعلاه والتي هي التشريع والعرف^(١)، مبادئ الشريعة الإسلامية (الملائمة للقانون)^(٢)، قواعد العدالة ثم أحكام المحاكم وآراء الفقهاء في العراق والبلاد الأخرى.

ومادام العرف لم ينشأ بعد بخصوص التعويض عن فوات الفرصة، فلا يسعف القاضي في هذه الحالة الرجوع إليه ثم يكون لزاماً عليه الانتقال إلى المصدر الأخرى للقانون المدني، وبذلك تقسم المصادر إلى مصادر أصلية وتشمل التشريع والعرف والشريعة الإسلامية وقواعد العدالة ومصادر احتياطية أو تفسيرية وهي القضاء والفقهاء.

ولبحث أصل فوات الفرصة في هذه المصادر ينبغي أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نقف في المطلب الأول على تأصيل التعويض عن فوات الفرصة على مستوى المصادر الأصلية للقاعدة القانونية وفي المطلب الثاني على بحث أصلها في المصادر الاحتياطية أو التفسيرية للقاعدة القانونية.

المطلب الأول

تأصيل التعويض عن فوات الفرصة في المصادر الأصلية للقاعدة القانونية

إن الوقوف على تأصيل التعويض عن فوات الفرصة على مستوى المصادر الأصلية للقاعدة القانونية يقتضي منا أن نخصص الفرع الأول لتأصيل التعويض عن فوات الفرصة في

^(١) العرف: هو اعتياد الناس على سلوك معين في تنظيم ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة، راجع: د. عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية، الجزء الأول، مطبعة الآداب، النجف الأشرف، ١٩٧٤، ص ١٣٩.

^(٢) مبادئ الشريعة الإسلامية هي تلك المبادئ المستقرة في الفقه الإسلامي، والتي تحكم المعاملات دون العبادات، أي أنها القواعد الكلية التي أقرها الفقه الإسلامي أو الرأي الغالب فيه. ينظر: د. عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص ١٤٨.

التشريع ونخصص الفرع الثاني لبحث اصلها في الشريعة الاسلامية ونخصص الفرع الثالث لبحث اصلها في قواعد العدالة

الفرع الاول: التأصيل التشريعي لفوات الفرصة

لاشك إن للتشريع دوره الأكبر في صياغة القواعد القانونية، التي تهيأ للقضاء ممارسة مهمته في الفصل في المنازعات، وفق قواعد موضوعية تمثل ثمرة جهود الفقهاء و المفكرين النظرية وتطبيقاتها القضائية العملية، وعلى خلاف ما يراه البعض^(١) من خلو التشريعات المدنية من الإشارة إلى التعويض عن فوات الفرصة، يرى المراجع للقانون المدني الروماني (NCC) في المادة (١٣٨٥) فقرة أربعة والتي نصت على أن ((تقويت الفرصة من شأنه أن يؤدي إلى حدوث ضرر قابل للتعويض والذي يختلف عن الفائدة التي كان الدائن يأمل الحصول عليها إذا كانت هذه الفرصة حقيقية وجدية))^(٢) نصوصاً قانونية تنظم موضوع فوات الفرصة، وحتى على فرض عدم تخصيص نصوص بعينها لتنظيم موضوع التعويض عن فوات الفرصة، فإن ذلك لا يعني عدم استناد القضاء إلى أساس قانوني سليم في تقريره لهذا المبدأ، الذي ما لبث أن ثبت واستقر فقها وقضائياً في آراء الفقهاء وأحكام المحاكم، ولاشك إن النصوص التشريعية في القوانين المدنية، تشكل الدعامة والركيزة الأساسية لتقرير مبدأ التعويض عن فوات الفرصة، فمن الثابت إن المشرع في معالجته للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، قد تناول في نصوصه القانونية المبادئ العامة للتعويض، تلك المبادئ التي تجد فرصتها للتطبيق في موضوع فوات الفرصة بكل سهولة ويسر هذا ما تشهد به الأحكام القضائية المختلفة التي تناولت التعويض عن فوات الفرصة حيث ان المتأمل للنصوص التشريعية المختلفة الأتية يتضح له ذلك:

فقد نصت المادة ١٦٩/ف١ من القانون المدني العراقي^(٣): "ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزاماً بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق عيني آخر أو التزاماً

(١) د. حسن حنتوش الحساوي، مصدر سابق ص ١١٣-١١٤.

(٢) نقلاً عن د. وليد خلد عطية، مصدر سابق، ص ٣٦.

(٣) تقابلها المادة (١٨٢) من القانون المدني الجزائري على أن "يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به". والمادة (٢٦٦) من القانون المدني الاردني " يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته

بعمل أو بامتناع عن عمل ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخير في استيفائه بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به " وفي المادة (٢٠٢) نص على " كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب أو أي نوع آخر من أنواع الإيذاء يلزم بالتعويضات من أحدث الضرر " ونص كذلك في المادة (٢٠٣) ^(١) في حالة القتل وفي حالة الوفاة بسبب الجرح أو أي فعل ضار آخر يكون من أحدث الضرر مسؤولاً عن تعويض الأشخاص الذي كان يعيهم المصاب وحرموا من الاعالة بسبب القتل والوفاة " وكذلك " كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض " ^(٢) والمواد الآتية من القانون المدني المصري منه المادة (٢٢١) " يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به " والمادة (١٦٣) " كن خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " والمادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي على أن " كل فعل سبب ضرراً للغير يلزم من حصل منه الضرر بالتعويض " والمادة (١٣٨٣) من ذات القانون " إن التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، أي ما ضاع عليه منه " .

لعل في النصوص القانونية المذكورة على سبيل المثال لا الحصر السند القانوني للتعويض بشكل عام ، والتعويض عن فوات الفرصة بشكل خاص ، كتطبيق للمبادئ العامة في

من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار" . والمادة (٢٩٢) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي " يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار" والمادة (٢٢٢/ف١) من القانون المدني السوري " يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاتته من كسب "

^(١) تقابلها المادة (٢٧٤) من القانون المدني الاردني " كل من أتى فعلا ضارا بالنفس من قتل أو جرح أو إيذاء بالتعويض عما أحدثه من ضرر للمجني عليه او ورثته الشرعيين أو لمن كان يعولهم ، وحرموا من ذلك بسبب الفعل الضار "

^(٢) تقابلها المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني أن " كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر " والمادة (١٢٤) من القانون المدني الجزائري إن : " كل عمل أيا كان مرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " والمادة (١٢٢) من قانون الموجبات والعقود اللبناني " كل عمل من أحد الناس ينجم عنه ضرر غير مشروع بمصلحة الغير ، يجبر فاعله إذا كان مميزا على التعويض "

المسؤولية المدنية ، فعبارة (ضياع الحق) ، وعبارة (أي نوع من أنواع الإيذاء) ، وعبارة (أي ضرر آخر) ، وعبارة (كل فعل) ، كل هذه العبارات وغيرها لدلالة على امكانية الاستناد إلى النصوص القانونية للتعويض عن فوات الفرصة التي بدورها لا تخرج عن ضياع حق في الفرصة وكونها نوع من أنواع الإيذاء وكذلك باعتبارها ضرر من أنواع الأضرار الأخرى

كما أن فوات الفرصة كمبدأ قضائي نشأ عن طريق القضاء وتطور في مؤلفات الفقهاء ، ما كان له إن يبصر النور إلا بالاستناد الى النصوص التشريعية التي تنظم المسؤولية المدنية وتقرر التعويض بناء عليها، وفي الغالب ما نجد الإشارة إلى بعض تلك النصوص القانونية واضحة في تسبيب الأحكام القضائية المتعلقة بالتعويض عن فوات الفرصة كتطبيق للقواعد العامة في التعويض ^(١) والجدير بالملاحظة ان هناك عدد من النظم القانونية القائمة تقوم في الاساس على فكرة التعويض عن فوات الفرص كاستحقاق العربون وفي ذلك يقول الدكتور السنهوري ان العربون هو عوض الانتظار بالمبيع وتوقيف السلعة حتى يختار المشتري وتقويت فرصة البيع من شخص آخر لمدة معلومة ^(٢) كما ان قانون المرافعات العراقي قد اوجد تطبيق لهذه الفكرة وضمنها نصوصه حيث نص في المادة ١٤٦/١ " يجوز لمن يخشى فوات فرصة الاستشهاد بشاهد على موضوع لم يعرض بعد امام القضاء ويحتمل عرضه ان يطلب في مواجهة ذوي الشأن سماع ذلك الشاهد امام القضاء المستعجل وتكون المصاريف على المدعى " الا انه لم يبين جزاء تقويت تلك الفرصة بفعل الغير والذي يفترض الرجوع بها الى احكام القانون المدني ، هذا بالاضافة الى ان الحقوق التي تكون مصدرها القانون مجرد امل وفق التصنيف الذي اورده الفقه بشأن التمييز بين الحق المكتسب ومجرد الامل فالحق في الارث الذي ترتب

^(١) تمييز مدني عراقي رقم ١٤٦٤/حقوقية/١٩٦٤ في ٢٧/٢/١٩٦٥، مجموعة قضاء محكمة التمييز ، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٥ ، مجلد ٣، مطبعة الرشاد، بغداد، ١٩٦٩، ص ٥٥، وكذلك القرار رقم ٢٤٠٠/حقوقية /٦٦، في ٣١ /١/١٩٦٧، قضاء محكمة التمييز ، مجلد ٤، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٦ و١٩٦٧، مطبعة الحكومة ، بغداد، ١٩٧٠، ص ١١٧.

^(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج ٢، دار احياء التراث العربي ، ٢٠٠١، ص ١٠٠-١٠١.

بموجب قانون , فإنه حق مضاف الى ما بعد الموت لا يرتب الامجرد امل قبل وفاة مورثه (١)
وبما ان الفرصة تمثل امل له اسباب مقبولة فإنه يمكن القول ان القانون يحمي الفرصة بحكم
القياس مع فارق, الامر الذي تأكد بقيام المشروع التمهيدي للقانون المدني العراقي ١٩٨٦ بالنص
صراحة على التعويض عن فوات الفرصة في المادة (٤٢٥) "يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر
الناشئ عن تقويت الفرصة على المتضرر اذا رجح لدى المحكمة اماكن الافادة منها" ليؤكد هذا
النص على الاصل القانوني لهذه الفكرة على المستوى التشريعي وليقطع الشك حول امكانية
الأخذ بها.

الفرع الثاني :تأصيل فوات الفرصة وفق مبادئ الشريعة
الإسلامية

إن ميزة الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه إنه لا ينظر إلى خطأ الفاعل ولا إلى
ادراكه ولكنه ينظر مباشرة إلى الضرر مطلقاً دون اعتبار للواقعة التي أنشأته سواء كانت ارادية
ام غير ارادية وأوجب تعويض المتضرر عما أصابه جبراً لضرره والقصد من ذلك هو تحقيق
العدالة الاجتماعية (٢)

فالشريعة الإسلامية شريعة عادلة في جميع ثوابتها ومن عدلها إنها حرمت إلحاق الضرر
بالناس في أي صورة من الصور أو شكل من الأشكال كما حذرت من الاهیال وترك الاحتياط
المفضي إلى إلحاق الأضرار بالأنفس والأموال, ومع ذلك فإن الأضرار المفضية إلى تلف
الأبدان والأموال لا يتوقف صونها سواء كان وقوعها بطريقة التعمد والتعدي ام بسبب إهمال وقلة
الحيطة والانتباه وبخاصة في زماننا هذا الذي ازدحمت فيه المدن والطرق وانتشرت فيه الآت
مختلفة في جميع شؤون الحياة , كل ذلك قد افضى إلى وقوع الأضرار الجسمية والمالية , وكما
منعت الشريعة وحذرت من إلحاق الضرر بالناس ابتداء , فقد أوجبت إزالتها بعد وقوعها بمنع
استمرارها بأعيانها , ومحو وترميم آثارها , وجبر النقص الذي أحدثته , ورد الحالة إلى ما كانت

(١) د. عزيز جواد هادي , دروس في المدخل لدراسة القانون, مكتبة محمود النعيمي , ٢٠٠٩-٢٠١٠, ص٣٧.

(٢) د. مصطفى احمد الزرقا, الفعل الضار والضمان فيه , ط١, دار القلم للطباعة والنشر , دمشق, ١٩٨٨,
ص١٢٤.

عليه قبل حدوث الضرر بقدر الإمكان ^(١) كل ذلك بالقواعد الكلية هذه القواعد التي أسس عليها فقهاء المسلمين مذاهبيهم ومدارسهم الفقهية وبالتالي اجتهاداتهم على قواعد ومبادئ منطقية سليمة، حققوا بها عدالة منسجمة مع واقع كل عصر باسم المصالح المرسله او الاستحسان والإجماع والقياس ^(٢)

وينسب المعاصرون من الباحثين في الفقه الاسلامي الى الفقه الاسلامي قصره الضمان على الاضرار المادية الملموسة الواقعة فعلاً ، وما كان مؤكداً من الاضرار المستقبلية التي تعد في حكم الواقعة ، اما المصالح او الخسائر غير المؤكدة فلا يعرض عنها ^(٣) ولكن ذهب بعضهم الى انه يمكن ان نجد مستنداً لتعويض تلك الاضرار في السلطة الممنوحة للقاضي فيما لا نص عليه عملاً بمبدأ السياسة الشرعية لأحقاق الحق واقرار العدل ودفع الحرج والمشقة ، وأخذاً بمشروعية التعزيرات او الغرامات المالية وبحسب ما تقضيه الحاجة ^(٤) فكل من صدر عنه فعل ضار ملزم بجبر الضرر أي إصلاح ما أتلفه أو بضمان مثله او قيمته هو لفعله الضار بغيره ^(٥) إعمالاً لحديث رسول الله عليه الصلاة والسلام "لا ضرر ولا ضرار" وهو مبدأ كاف لأن يؤسس عليه التعويض عن فوات الفرصة ، عليه فإن كل فعل يترتب عليه ضرر للغير لا يعد فعلاً

^(١) د. مصطفى احمد الزرقا ، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، ج٢، دار القلم للطباعة والنشر، دمشق ، بدون سنة طبع ، ص ٩٢١-٩٧٧.

^(٢) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اسباب اختلاف الفقهاء في الاحكام الشرعية ، الدار العربية للطباعة ، ط ١ ، بغداد ، ١٩٧٦ ، ص ٣٧١.

^(٣) د. محمد صبري نزار الجندي ، في ضمان الضرر المادي الناتج عن فعل ضار دراسة في القانون المدني الاردني وقانون المعاملات المدنية لدولة الامارات ، دراسة موازنة مع الفقهاء الاسلامي والغربي، مجلة الحقوق الكويتية ، العدد ٣ ، السنة ٣٢ ، رمضان ١٤٢٩ هـ ، سبتمبر ٢٠٠٨ ، ص ١١٨ ، د. محمد فوزي فيض الله ، نظرية الضمان ، دار التراث، الكويت ، ١٩٨٣ ، ص ٩٢ ، د. وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان او المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي، الطبعة ٩ ، دار الفكر ، ٢٠١٢ ، ص ١٢٢.

^(٤) د. عدنان سرحان ، محاضرات الدراسات العليا ، جامعة الشارقة ، ص ٥ ، منشورة على صفحة الويب <http://www.lawjo.net/vb/attachment.php?attachmentid=536&d=1260168836>

^(٥) د. جبار صابر طه، مصدر سابق ص ٢١٢ .

مشروعاً وهو مخالف للشرع^(١) ومن الطبيعي أن يوجب الشرع رفع مخالفته وقد جاء تأكيد ذلك في القاعدة الكلية "الضرر يزال"

كما ان فقهاء الشريعة في الفروع المتعلقة بالضمان يذكرون عبارات الضرر ، والإتلاف والغصب والاعتداء والمباشرة والتسبب لدى بيان الأحكام المتعلقة بالمسؤولية ويقصدون بها تطبيقات الضمان أو المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي^(٢) حيث لخص الكاساني كل هذه العبارات اذ قال "كل اعتداء واضرار نشأ عنه تلف للآخرين مباشرة أو تسبباً موجب للضمان"^(٣)

وبلغ حرص فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء على أن من دفع العيوب في سلعة ثم رجع في بيعه فإنه يفقد ما دفع وحجتهم في ذلك إنه قد ضيع فرصة على البائع^(٤) وكذلك اتهام طبيب بالجهل أو اتهام تاجر بأنه عديم الأمانة أو أنه على وشك الإفلاس ... الخ ، مما يصرف الناس عن التعامل معه ويضر بمورده المالي يعتبر ضرر مالياً يوجب التعويض عنه^(٥) ، وهذا الضرر هو في واقع الأمر لا يعدو أن يكون صورة من صور فوات فرصة الكسب على الطبيب أو التاجر ومن هنا نرى أن قواعد الفقه الإسلامي تتضمن مبدأ التعويض عن فوات فرصة الكسب لان هذه القواعد تهدف إلى توزيع العدل بين الناس بكيفية لا يغبين فيها احد غريمه .

الفرع الثالث: تأصيل فوات الفرصة وفق قواعد العدالة

اصطلاح العدالة اصطلاح قديم وإذا أردنا تحديد معنى العدالة فإننا نواجه صعوبة مردها إن العدالة ليست بالشيء المادي الملموس وإنما هي مجرد فكرة معنوية ، ومن ثم فالعدالة ليست

(١) صبحي محمصاني، مصدر سابق ، ص ٢١٣ .

(٢) د. جبار صابر طه ، مصدر سابق ص ٢١٥ .

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين الكاساني ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ج ٧ ، ١٩٨٢ ، ص ١٦٥ .

(٤) المغني لابن قدامة ، ابو محمد موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة ، مكتبة القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص ٢٣٢ ، السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج ٢ ، ص ٢٦ .

(٥) د. مصطفى احمد الزرقا ، مصدر سابق ص ١٢٤ .

بالشيء الذي يتحدد موضوعيا في ذاته وإنما هي معنى يختلف تقديره باختلاف الأشخاص ومسألة تقديرية تتفاوت المجتمعات في تكييفها تبعا للعوامل المختلفة التي تتأثر بها^(١)

وقد تدخل الفقه ليعرف العدالة بالقول العدالة هي التعبير عن الشعور بالمساواة الواقعية لا المجردة وهي المساواة القائمة على مراعاة الظروف والجزئيات في كل حالة وبالنسبة لكل شخص ، وهي تصدر عن مثل عليا تهدف إلى خير الانسانية وحس التنظيم الاجتماعي^(٢)

كما عرفت أيضا بأنها القاعدة التي يوحى بها العقل القويم والتي بمقتضاها تحكم بالضرورة إن العمل ظالم أو عادل طبقاً لاتفاقه مع المعقول^(٣)

ويذهب غالبية فقهاء المسلمين على ان العدالة هي (العقل وحكمة التشريع) ولعل من أهم الأمثلة على ذلك نظرية المصالح المرسله التي لا يفصل فيها النص بالبطلان او الإجازة فتوضع لها أحكام تتفق مع العقل أو مقاصد الشارع كما في إجازة زواج زوجة المفقود بعد مدة معينة ، فهكذا يبدو تأثير قواعد العدالة على الشريعة الإسلامية لتعد مصدرا لها كما يظهر تأثير العدالة في تطوير احكام القانون^(٤) فالقانون كان وما يزال الهدف من سنه وتطبيقه ، تحقيق العدالة واشاعتها بين الناس ، ضماناً للوثام والطمأنينة بين الأفراد لأن القانون بالنسبة للمجتمع هو الحفيظ على حقوقه، ومبدأ العدالة مبدأ إنساني خالد بخلود البشرية يشعر به الضمير في أعماقه ويهفوا إليه دائما وهو يميز العدل من الظلم بإلهام ذاتي ولذلك فقد اصبح مبدأ العدالة سمة مبينة من سمات القانون ومعلما من معالمه البارزة^(٥)

وهكذا يتلخص مفهومها المطلق في إعطاء كل ذي حق حقه ، وهذا يقتضي بالضرورة الاعتراف بحقوق الآخرين والاحتراز من العدوان عليها كما يتضمن معنى أعطاء الحقوق التعويض عما لا يمكن اعطاؤه منها لمستحقيها فالعدالة ليست هي ذلك الإحساس الغامض للرأفة

(١) هانس كلسن ، النظرية المحضة في القانون ، مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨٦، ص ٥٠.

(٢) د. عزيز جواد هادي ،مصدر سابق ، ص٤٨، عبد الباقي البكري ، مصدر سابق، ص١٥٦.

(٣) د. عبد السمیع سالم الهراوي، القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، دار المعارف، سلسلة كتابك ص١٠.

(٤) د. عزيز جواد هادي ، مصدر سابق ص٤٨.

(٥) د. عبد السمیع سالم الهراوي، مصدر سابق ص٥٥-٥٦.

الذي يكون بالضرورة تحكمي ولكن انما هي ذلك الادراك للعدل الذي يسد نقص ما يعتري القانون المكتوب بحيث تعد قواعد العدالة والانصاف المتمم للقوانين والعدالة فهي روح القوانين في خصوصيتها ومضمونها^(١) فالمشرع يراعي قواعد العدالة عند سنه لتشريعات جديدة ، وهو فوق هذا قد يتأثر بها فيسعى إلى تعديل تشريعات موجودة بالفعل ليجعلها متمشية مع قواعد العدالة اما القاضي فعليه أن يتوخاها ويعمل على تحقيقها عند وضوح النص التشريعي، وعليه إن يبحث عنها ويجد في طلبها فيما لو افتقد النص أو شابه الغموض غير إنه لا يلجأ الى قواعد العدالة الا عندما يعوزه النص التشريعي فالقاضي لا يستطيع أن يتحى عن الفصل في أي قضية تعرض عليه بحجة عدم وجود حكم لها في القانون ، فإنه بعد أن يعجز عن الاهتداء إلى قاعدة قانونية يطبقها على النزاع المعروض عليه أن يستلهم القاعدة الواجبة التطبيق من مبادئ العدالة ، بديهي إن العدالة تكون في هذه الحالة مصدراً مباشراً للقانون^(٢)

والحقيقة إن قواعد العدالة كانت عوناً للقضاء في كثير من الحالات التي اعوزه النص التشريعي حيث استطاع عن طريقها اصدار مبادئ قانونية هامة أخذ بها المشرع في كثير من الاحيان ، ومن ذلك نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة ونظرية تحمل التبعة فكل هذه النظريات وغيرها كثير هي من خلق القضاء فمن ذلك مثلاً نجد نظرية الظروف الطارئة قد سعى القضاء من ورائها إلى تعديل الالتزام التعاقدى في وقت أصبح فيه الالتزام مرهقاً أو مستحيلاً بسبب ظروف مستجدة لم تكن في الامكان توقعها اثناء تكوين العقد^(٣)

وهكذا قرر القضاء في مصر " إنه وإن كان من المقرر احترام العقود باعتبارها قانون المتعاقدين مادام لم يصبح تنفيذها مستحيلاً استحالة مطلقة لحادث قهري ، إلا إنه يجب أن يكون ذلك مقيداً بمقتضيات العدل والأنصاف ، فإذا طرأت عند التنفيذ ظروف لم تكن في حسابان المتعاقدين وقت التعاقد وكان من شأنها أن تؤثر على حقوق الطرفين وواجباتهم بحيث تخل

(١) د. ثروت انيس الاسيوطي ، مبادئ القانون ، ج ٢ ، دار النهضة العربية ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٤ ، ص ١٦٠ .

(٢) د عزيز جواد هادي ، مصدر سابق ص٤٨ .

(٣) د. عزيز جواد هادي ، مصدر سابق ، ص ٤٩ .

بالتوازن في العقد إخلالا خطيرا وتجعل التنفيذ مرهقا لدرجة لم يكن يتوقعها بحالة من الأحوال فإنه يكون من الظلم احترام العقد في مثل هذه الظروف ويجب عدلا العمل على مساعدة المدين وانفاذه من الخراب " وخلصت المحكمة إلى " أن الروح التي أملت نظرية الإثراء على حساب الغير دون سبب مشروع ونظرية التعسف في استعمال الحق مع عدم وجود نصوص في القانون خاصة بهما هي نفسها التي تملئ نظرية احترام الظروف الطارئة التي لم يكن يتوقعها المتعاقدان وقت التعاقد "(١)

وقد اعتبر الفقيه السنهوري بهذا الحكم إن القضاء قد اسند في هذه الدعوى نظرية الظروف الطارئة الى مبادئ العدالة كما رأى إن قاعدة الإثراء بلا سبب تمتد جذورها فتتصل مباشرة بقواعد العدالة (٢)

وتجدر الإشارة ان المشرع العراقي قد نص على الاخذ بقواعد العدالة واعتبارها المصدر الوحيد للتطبيق في المادة ١٤٦/٢ والتي نصت "على انه اذا طرأت ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي , وان لم يكن مستحيلا, صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك, ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"

ويجب أن نعلم إن المقصود بالعدالة هنا ليس هو ما يهندي إليه القاضي في خصوصيات الدعوى بظروفها من وجهة الحكم بضميره وشعوره وتقديره بروح العدالة والأنصاف التي فطر الإنسان عليها, بل المراد بها المبادئ الأساسية التي تحكم سلوك الأفراد والتي لها إلى حد ما صفة الثبوت والاستمرار, وهي مبادئ مستنبطة من فقه القانون وأصوله(٣)

(١) استئناف مدني مصري رقم ٤١ في ٩/نيسان- ابريل/١٩٣١, مجلة المحاماة عدد ٢, ص ٦٣ اشار اليه د. عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني ج ١, مصدر سابق, ص ٥١١.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري , المصدر السابق , ص ٥٢٠.

(٣) حامد فهمي ود. محمد حامد فهمي, النقض في المواد المدنية والتجارية , مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر , القاهرة ١٩٣٧ ص ٩٨.

ونعقد إن القضاء الذي قضى بالتعويض عن فوات الفرصة قد استند إلى قواعد العدالة والإنصاف، حيث ان قواعد العدالة هي الاقرب إلى الفطرة الإنسانية^(١) ومن ثم فليس بدعا أن يستلهم القضاء أحكامه من قواعد العدالة عندما لا يجد في المصادر الرسمية مبتغاه ذلك إن العدالة الواجبة للناس تقتضي من القاضي البحث عن العدالة في كل مصادر القانون وقواعد العدالة مصدر من مصادر القاعدة القانونية لا ينبغي اغفالها أو تجاهلها فعندئذ لا محيص للقوانين عن التزام العدالة إن هي أرادت بناء مجتمع صالح يسود فيه الأخاء والمساواة بين الناس .

المطلب الثاني

تأصيل التعويض عن فوات الفرصة في المصادر
التفسيرية للقاعدة القانونية

تتمثل المصادر التفسيرية للقاعدة القانونية بأحكام القضاء وراء الفقه القانوني والتي يلجأ اليها القاضي عندما لا تسعفه المصادر الاصلية للتطبيق على الوقائع التي تعرض عليه فالسؤال الذي يرد هنا هل وجدت فكرة فوات الفرصة التطبيق في هذه المصادر ؟ وبمعنى اخر كيف تعامل القضاء والفقه من فكرة فوات الفرصة ؟

وبغية الاجابة على هذا السؤال لابد من ان نقسم هذا المطلب الى فرعين الاول في بحث اصل فوات الفرصة على مستوى القضاء والفرع الثاني في بحث اصل فوات الفرصة على مستوى الفقه .

الفرع الاول: التأصيل القضائي لفوات الفرصة

أن للقضاء دور كبير في تطوير قواعد القانون خاصة إنه يمثل الجانب العملي والتطبيقي لقواعد القانون ، وفي هذا الاطار يقول احد الفقهاء " إن القضاة خبراء في القانون والوقائع ، ولهم تقدير مطلق ولهم سلطة الأمر "^(٢)، لذلك كان له الفضل في نشأت وترسيخ

(١) عبد السميع سالم ، مصدر سابق ، ص ٥٦ .

(٢) د. عبد المنعم الشرقاوي، نظرية المصلحة في الدعوى ، مكتبة عبد الله وهبة ، الطبعة الاولى ، ١٩٤٧ ، مصر ، ص ١٥٥ .

العديد من المبادئ القانونية التي نص عليها المشرع في العديد من النصوص كنظرية الظروف الطارئة والتعسف في استعمال حق وغيرها من نظريات القانون التي نشأت واستقرت على يد القضاء .

فمن المعروف ان المحاكم المدنية تتجه باطراد إلى أن كل ضرر محقق ينبغي التعويض عنه سواء كان هذا الضرر المحقق حالاً ام مستقبلاً , ولا تعويض عن الضرر الاحتمالي⁽¹⁾ , فأن من شأن هذا التحليل ان يساعد في تحديد الضرر المترتب عن فوات الفرصة وذلك بتتبع الموقف القضائي من التعويض عن فوات الفرصة ومعرفة تعامله معها وفيما اذا وجدت هذه الفكرة اثرها لديه, وبغية الاحاطة بهذا الموقف لا بد أن نستعرض الموقف القضائي في كل من فرنسا ومصر والعراق وبعض القضاء العربي وذلك في الفقرات الآتية:

أولاً: موقف القضاء الفرنسي

رفض القضاء الفرنسي القديم الكثير من الدعاوى المطالبة بالتعويض عن فوات الفرصة على اعتبار إن الضرر المتولد عن فوات الفرصة فقد اهم شرط من شروط الضرر وهو أن يكون محققاً فهذا الضرر احتمالي لا يمكن التسليم بقبول التعويض عنه لكونه غير مؤكد⁽²⁾ فقد رفضت المحاكم الفرنسية التعويض عن عدم اشراك الحصان بالسباق نتيجة خطأ الغير⁽³⁾ اذ قررت هذه الأحكام صراحة رفضها التعويض لعدم التأكد من فوز الحصان اذ يعد الضرر هنا محتملاً لا محققاً , ذلك إنه مهما كانت خصال الحصان وميزاته الا إن أي أحد لا يستطيع أن

(1) د. حسن ذنون , مصدر سابق ص ٢١٠.

(2) المصدر السابق , ص ٢١١.

(3) ليموج, ٢٤/٣/١٨٩٦ دالوز ١٨٩٨-٢-٢٥٩, محكمة السين التجارية ١٣/ يوليو- تموز/ ١٩١٣ جازيت دي باليه ١٩١٣-١٣, د. ابراهيم الدسوقي , مصدر سابق, ص ١٤٨, هامش (١١١) وكذلك بالنسبة لقتل حصان كان مقرراً ان يشترك في السباق, روان ٨/٨/١٩٠٣ دالوز ١٩٠٤-٢-١٧٥, نقلا عن د. سليمان مرقس , مصدر سابق, ص ١٤٤.

يزعم بأنه كان سيصل الأول ويفوز بالسباق^(١) كما رفضت التعويض عن حرمان المخطوبة من الاقتران بخطيبها نتيجة موت هذا الخاطب وحرمانها من فرصة إتمام هذا الزواج^(٢)

ولعل السبب في رفض القضاء الفرنسي التعويض عن فوات الفرصة ,إنه كان ينظر إلى نتيجة الفرصة أي الفوز بالسباق ، أو الزواج من القتل ، وهذه النتيجة بطبيعتها احتمالية لذلك رفضت المحاكم في البداية الحكم بالتعويض عن فوات الفرصة مسببة أحكامها بأن الضرر الناشئ عن فوات الفرصة ضرر احتمالي.

غير انها عادت فرأت وبحق أن الحرمان من فرصة لا يقتصر أثره على المساس بمجرد الأمل في الفوز بل أن فيه مساسا بالحق في انتهاز هذه الفرصة وفي محاولة هذا الفوز وأن سلب هذا الحق في ذاته يعد ضرراً محققاً وأن كانت نتيجة مباشرته احتمالية ، فقضت بأنه إذا كان حرمان مالك الحصان الذي قتل من جائزة السباق لا يعدو أن يكون ضرراً احتمالياً فأن حرمانه من فرصة الاشتراك في السباق أو الاستمرار فيه يعد ضرراً محققاً^(٣) كما ألزمت محكمة النقض الفرنسية المحضر^(٤) الذي أهمل في اعلان صحيفة استئناف^(٥) في موعده وترتب على خطئه فوات الفرصة على المستأنف في تقديم الاستئناف في موعده بالتعويض^(٦) لان تأخير وكيل الدعوى عن تقديم الاستئناف في حكم لا يجعله مسؤولاً عن قيمة الدعوى كلها بل يجعله مسؤوليته مقصورة على مقابل فوات فرصة هذا الاستئناف مع مراعاة نسبة رجحان نجاحه فيه

(١) د. سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص ٢٧.

(٢) استئناف باريس ٢٤ مايو ١٩٣٨ جازيت دي باليه ١٩٣٨ - ٢ - ٤٦٨ ، مشار إليه عند د. محمود كمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، طبعة ٣ ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص ٥٥٢ هامش (٢٣) ، وقرار النقض المدني الفرنسي ، الغرفة المدنية الثانية ، في ٢٤ / حزيران - يونيو / ١٩٩٨ ، مدونة القانون المدني الفرنسي ، مصدر سابق ، ص ١٣٥٧.

(٣) استئناف ليون ٢٧ / أكتوبر - تشرين الاول / ١٩٣٢ د. سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص ١٤٤.

(٤) المحضر مصطلح مصري يقصد به القائم بالتبليغ حسب المصطلح العراقي.

(٥) اعلان صحيفة الاستئناف مصطلح مصري يقصد به تبليغ عريضة الاستئناف حسب المصطلح العراقي.

(٦) نقض مدني فرنسي ، الغرفة المدنية الاولى رقم ٢٠ في ١٦ / كانون الثاني - يناير / ٢٠٠٧ ، النشرة المدنية ١ ، مدونة القانون المدني الفرنسي ، مصدر سابق ، ص ١٣٥٧.

إلى نسبة عدم نجاحه , بالنظر لاحتمال الحصول على قرار اكثر ملائمة^(١) وذهبت محكمة النقض الفرنسية الى إدخال فرصة الترقية التي كان القتل سينالها لو بقي حيا في عناصر التعويض الذي فرضته على المسؤول عن مقتل أحد كبار الموظفين في حادثة^(٢) وفي قضية أخرى قررت محكمة "بورديو" الفرنسية تعويض المرشح الذي حرم من دخول اختبار الحصول على وظيفة معينة بسبب خطأ الطبيب الذي عالجه وذلك لأن خطأ الطبيب قد فوت على المريض فرصة المنافسة للحصول على الوظيفة^(٣) وقضت محكمة النقض الفرنسية للمتضررة المدعية بالتعويض عن فوات فرصة تعيينها بوظيفة مضيئة جوية والتي تتمتع في مجالها بدراسة متخصصة إضافة إلى توافر كافة الصفات والشروط اللازمة للوظيفة فيها ، ذلك أن الحادث تسبب في حرمانها من فرصتها في التعيين بها^(٤) كما تم تعويض فريق لكرة القدم عن فوات فرصة الربح التي تعرض لها بسبب فقدان أحد لاعبيه نتيجة إحدى الحوادث فإنه وإن كان الربح كسباً احتمالياً يتوافر فيه الترجيح وضياع هذا الكسب يلحق بالمتضرر ضرراً احتمالياً ، إلا أن فوات فرصة المشاركة والمنافسة لتحقيق ذلك الربح يمثل ضرراً محققاً حكمت المحكمة بالتعويض عنه^(٥) لذلك اصدر مجلس الدولة الفرنسي قراراً في ٥/كانون الثاني- يناير/٢٠٠٠ يعتبر فيه الفرصة ضرراً معوضاً عنه يختلف عن الضرر النهائي وتقييم هذا الضرر بنسبة الاصابة النهائية^(٦).

ثانياً: موقف القضاء المصري

(١) نقض مدني فرنسي رقم ٢٤٩ في ١٩/ايلول - سبتمبر/ ٢٠٠٧، النشرة المدنية ١، مدونة القانون المدني الفرنسي، مصدر سابق، ص ١٣٥٧.

(٢) نقض مدني فرنسي، ١٥/ابريل - نيسان/١٩٦٤، مجموعة احكام النقض المدنية اشار اليه د. سليمان مرقس ، مصدر سابق، ص ١٤٥ هامش ٣٣.

(٣) حكم قضائي فرنسي ، ١٩٥٠، دالوز، ص ١٢٢، اشار اليه د. حسن حنتوش ، مصدر سابق ، ص ١١٤.

(٤) نقض مدني فرنسي، سنة ١٩٧١، اشار اليه ، السنهوري ، مصدر سابق، ص ٥٢٥.

(٥) نقض فرنسي اشار اليه د. عزيز جبر ، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، ط ١ ، دار الثقافة ، عمان، ١٩٩٨ ، ص ١٠٩.

(٦) C. Muller ,la perte d'un chance Etude indemnisation en droit Suisse ,notamment dans la responsabilite medicale :in revue international de droit compare. Vol. 55N2 ,Avril-juin 2003.pp482-484.

أما في مصر فإنه من استعراض الأحكام الصادر في هذه المسألة نجد ان المحاكم المصرية تأخذ بالرأي الذين استقر عليه القضاء الفرنسي , فقد قضت محكمة الاستئناف بتعويض المستأنف عما لحقها من ضرر نتيجة إهمال المحضر في اعلان صحيفة الاستئناف وتسببه بذلك في عدم قبول الاستئناف شكلاً لرفعه بعد الميعاد وفوات الفرصة عليه ، وقد جاء في قرارها : أن الضرر قد يأخذ صورة حرمان من فرصة سانحة ... وتقويم هذه الفرصة وأن كان متعذرا ، الا أن ظروف الحال قد تعين المحكمة على إجرائها في صورة قريبة من الحقيقة ان لم تكن مطابقة لها تماما ، ويترتب على ذلك إن الحكم بالتعويض في الدعوى الحالية ... ينبغي الوقوف على ما إذا كانت مقدمة صحيفة الاستئناف محقة في استئنافها الذي أعلن بعد الميعاد , فاذا تبين من بحثه إنه لو كان استئنافها قبل شكلاً لحكمت المحكمة الاستئنافية بإلغاء الحكم المستأنف فيكون قد أصابها ضرر^(١) وقضت أيضا بأنه لا يمنع القانون من إن يحسب في الكسب الفائت الذي هو عنصر من عناصر التعويض ما كان المتضرر يأمل الحصول عليه مادام لهذا الأمل أسباب معقولة , ومن ثم فإن فوات الفرصة على الموظف في الترقية إلى درجة أعلى من درجته بسبب إحالته إلى المعاش بغير حق وهو في درجته ، عنصر من عناصر الضرر التي يجب النظر في تعويض الموظف عنها ، أما القول بأن الضرر الذي يصور في هذه الحالة مرده مجرد أمل لا يرقى إلى مرتبة الحق المؤكد اذ لا يتعلق للموظف حق الا بفوات ترقية مؤكدة فمردود بأنه إذا كانت الفرصة إمرا محتملا او مجرد أمل فإن تفويتها أمر محقق وإذا فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قرر أن الطاعن يستحق تعويضا عن إحالتها إلى المعاش بغير حق ثم استبعد عند تقدير التعويض ما كان سيبلغه من مرتب وما يحصل عليه من معاش لو أنه بقي في الخدمة الى سن الستين بمقولة إن العبرة بإحالته وقت إحالته إلى المعاش فإنه يكون قد خالف القانون^(٢) وذهبت في قضية أخرى إلى إن من المقرر في قضاء هذه المحكمة إنه إذا كانت

(١) استئناف حقوق مصر ٢٣٤-١٩٤٩ ، مجلة المحاماة ، السنة ٣١ ، ١٩٤٩ ، ٧٦٩ ومشاركة إليه ايضاً عند د . سليمان مرقس ، محاضرات في المسؤولية المدنية ، معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٥٨ ص ١٣٨ ، ووارد ايضاً عند د. سعدون العامري ، مصدر سابق ص ٨ ٢ ، وكذلك عند عبدالباقي سواوي ، مصدر سابق ص ٣١١ .

(٢) نقض مدني مصري رقم ١٥٨ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٣/١١/١٩٥٨ ، قضاء النقض المدني ١٩٣١-١٩٨٧ ، سعيد احمد شعلة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ص ١٨٩ .

الفرصة أمراً محتملاً فإن فواتها أمراً محقق ولا يمنع القانون من أن يحسب في الكسب الفائت ما كان المتضرر يأمل الحصول عليه من كسب مادام لهذا الأمل اسباب مقبولة ، وكان الحكم المطعون فيه قد ذهب إلى وصف فوات الفرصة على الطاعنين في رعاية ابنهما لهما في شيخوختهما بأنها احتمال ، فخلط بذلك بين الرعاية المرجوة من الإبن لأبويه وهي أمر احتمالي وبين فوات الأمل في هذه الرعاية وهو أمر محقق ولما كان الثابت في الأوراق إن الطاعن الأول بلغ سن الشيخوخة وإنه احيل الى المعاش قبل فوات خمسة أشهر على فقد ابنه الذي كان طالبا في الثانوية العامة وبلغ من العمر ثمانية عشر عاما الأمر الذي يبعث الأمل عند ابويه في ان يستنصلا برعايته ، وإذا افتقدها فقد فانت فرصتهما بضياح املهما . فأن الحكم المطعون فيه إذا استبعد هذا العنصر عند تقدير التعويض يكون قد خالف القانون ^(١) وقررت أيضا لا يمنع من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان للمتضرر من رجحان كسب فوت عليه العمل غير المشروع ذلك إنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً تقويتها أمر محقق يجب التعويض عنه ^(٢) وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فإن فواتها أمر محقق يجيز للمتضرر أن يطالب بالتعويض عنها ، ولا يمنع القانون من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان المتضرر يأمل الحصول عليه من كسب من وراء تحقق هذه الفرصة إلا أن ذلك مشروط بأن يكون هذا الأمل قائماً علي أسباب مقبولة من شأنها طبقاً للمجرى الطبيعي للأمر ترجيح كسب فوته عليه العمل الضار غير المشروع ^(٣) وأخيراً قررت إنه إذا كان الحرمان من الفرصة حتى فواتها هو ضرر محقق ولو كانت الإفادة منها أمراً محتملاً وكان الثابت إن الطاعنين اقاموا دعوى بطلب التعويض عن الضرر المادي الناشئ عن امتناع المطعون ضده عن طبع مؤلفهم

(١) الطعن ٨٦٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٦/٥/١٩٧٩ ، مجموعة سعيد احمد شعلة ، مصدر سابق، ص ١٩٠ وبنفس الموضوع الطعن رقم ٧٨٥ لسنة ٦٧ قضائية ، في جلسة الثلاثاء ١٥/ديسمبر -كانون الاول/١٩٩٨ ، والطعن رقم ٢٢٠٨ لسنة ٦٣ قضائية في ٢٨/مارس -اذار/٢٠٠١ ، منشورة على صفحة قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية www.arablegalportal.org

(٢) الطعن ١١٨٠ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٧/١١/١٩٨١ ، مجموعة سعيد احمد شعلة ، المصدر السابق، ص ١٩٠

(٣) الطعن رقم ٤٣٠٠ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٠ / ١١ / ١٩٩٤ لسنة ٦٣ ق س ٤٥ ص ١٣٦٣ ، موقع البوابة القانونية لمحكمة النقض المصرية <http://www.cc.gov.eg/index.html>.

وحبس أصوله عنهم خلال السنوات المقام بشأنها الدعوى بما ضيع عليهم فرصة تسويقه خلال تلك المدة وهو ضرر محقق ، فإن الحكم المطعون اذ قضى برفض طلب التعويض على سند من أن هذا الضرر احتمالي يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ^(١) وطلب التعويض المادي اذا ما اطلق دون تحديد يشمل التعويض عن فوات الفرصة ^(٢) وهكذا نخلص الى ان الاحكام السابقة للقضاء المصري تدور حول مبدأ واحد هو وجوب التعويض عن فوات الفرصة حيث يعتبر القضاء المصري فوات الفرصة ضرراً محققاً يستوجب التعويض عنه متى كانت مبنية على اسباب معقولة ومقبولة .

ثالثاً: موقف القضاء العراقي

إن المتتبع للقضاء العراقي وموقفه من التعويض عن فوات الفرصة يجد انه كان متردداً في تقرير التعويض عن فوات الفرصة معتبراً إياها ضرر محتملاً حيث كان يذهب في عدة أحكام إلى رفض التعويض عن فوات الفرصة، فقد قضت محكمة التمييز العراقية بأنه " وجد ان السبب الذي تستند إليه المميّزة في مطالبة التعويض هو أحجام طالبي الزواج من خطبتها لإشاعة زواجها من المميز عليه ، وقد بقي هذا الزعم في مجال الخيال ، وحيث إن التعويض يحكم به لتلافي ضرر محقق ولم يتأيد ذلك فيكون الحكم القاضي برد الدعوى المميّزة موافقاً للقانون " ^(٣) وقد نقضت قراراً يمكن ان يعتبر تعويضاً عن فوات فرصة اصرت فيه محكمة بداءة بغداد على اعتبار الضرر محققاً في الدعوى تتلخص وقائعها في مطالبة المدعي بالتعويض من عميد كلية الحقوق الذي منعه من الدوام في الكلية السنة الدراسية ١٩٥٦ - ١٩٥٧ وقد سبب له هذا المنع عدة ضرر معنوية ومادية ... والاضرار المادية هي تأخره عن التخرج ومزاولة المهنة والاستفادة من درجة الشهادة في التعيين وحرمانه الاستفادة من مدة الخدمة التقاعدية ، فأصدرت محكمة بداءة بغداد حكماً يقضي بالتعويض حيث اعتبرت المحكمة ان هذا

^(١) الطعن ٨٣٧ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٤/٣/١٩٨٥ ، مجموعة سعيد احمد شعلة ، مصدر سابق، ص ١٩٢ ، ومنتشور ايضاً على موقع البوابة القانونية لمحكمة النقض المصرية <http://www.cc.gov.eg/index.html>

^(٢) نقض مدني مصري رقم ٤٥٩٥ سنة ٦٤، في ٣/٦/٢٠٠٤، المكتب الفني ٥٥، قاعدة رقم ٦٠، ص ٥٨٢، المصدر السابق.

^(٣) تمييز مدني عراقي رقم /حقوقية ٧٦١ في ١٢/٦/١٩٥٦ ، قضاء محكمة التمييز، مجلد ١ ، ص ٥٣١.

المنع كان دون وجه حق كما ان فصل المدعي سبب تأخره عن التخرج من كلية الحقوق سنة كاملة كان من نتيجته ان سبب ضرر للمدعي وهو حرمانه ثمرات عمله كمحام او موظف في وظيفة تؤهله لها اجازة الحقوق سنة كاملة مستندتاً الى المادة (٢٠٤) والمادة (٢٠٧) من القانون المدني , إلا أن محكمة التمييز نقضت هذا القرار فأصرت عليه محكمة البداية فجاء قرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز ناقضاً للحكم لعدة اسباب من بينها "ان الضرر المطالب به يجب أن يكون محققاً ولا يكفي أن يكون محتمل الوقوع" (١) كما رفض التعويض عن فوات فرصة النجاح في قرار لمحكمة تمييز العراق قضت بأنه "لا يتحمل المتهم تبعة رسوب المجنى عليه في عامه الدراسي بحجة دهسه له خطأ بسيارته لان النجاح في الدراسة أمر محتمل لتدخل عوامل كثيرة فيه كالمواظبة على الدراسة والاجتهاد فيها والقابلية العقلية والقدرة على استيعاب المعلومات وحفظها ولا ينفرد بها عامل تهيئة الشخص نفسه للدراسة، ان ذلك التعويض أنما يكون عن الضرر الذي وقع فعلاً وكان نتيجة طبيعية للفعل , ولا يعوض عن الضرر الاحتمالي لاحتمال وجوده وانعدامه ولا يجوز تحميل مرتكب الضرر تبعة نتيجة قد لا تقع" (٢)

وهكذا يتضح إن القضاء العراقي كان يرفض التعويض عن فوات الفرصة باعتباره ضرراً احتمالي حتى عام ١٩٧٣ وهو العام الذي صدر فيه قرارا اصدرته الهيئة العامة لمحكمة التمييز والذي جاء في حيثياته " ولدى عطف النظر على موضوع الدعوى وجد إن المحكمة جنحت للأخذ بالخرائط التي قدمها المدعي وما سيقيمه من ابنية بموجبها في حين إن هذه الأبنية لم تبرز إلى حيز الوجود فليس للمدعي إن يطالب التعويض عن الانتفاع من ابنية غير موجودة وانما يستحق بالتعويض عن تفويت الفرصة من الانتفاع إذا ثبت تعسف أمانة العاصمة في عدم منحه إجازة البناء .." (٣) فمنذ ذلك التاريخ بدأ القضاء العراقي يعوض عن فوات الفرصة , ألا ان

(١) تمييز مدني عراقي رقم ١٤٦٤ , بحقوقية في ١٩٦٥/٢/٢٧ , قضاء محكمة التمييز , مجلد ٣ , ص ٥٥ .

(٢) تمييز مدني عراقي رقم ١٤٩٢ , في ١٩٧٤/٤/١٧ , النشرة القضائية, العدد الثاني , السنة الخامسة , ص ٣٢٦ .

(٣) تمييز مدني عراقي رقم ٢٠٩/٢٠٩ هيئة عامة اولى / ٩٧٢ في ١٩٧٣/٦/٢ , النشرة القضائية , العدد الثاني , ص ٧٦ , وكذلك القرار رقم ٩٧٢/٣/٥٣ في ١٩٧٣/٦/٦ , النشرة القضائية , العدد الثاني , السنة الرابعة , ١٩٧٥ , ص ٧٩ .

هناك من الشراح^(١) من شكك في ذلك وذهب الى ان هذا لا يكفي على حد وصفه ان يكون أساساً بالقول إن القضاء العراقي يعرض عن فوات الفرصة مستشهداً بحكم محكمة التمييز صادر في ١٩٧٨^(٢) والذي قضت فيه محكمة التمييز برد طلب الشركة المركزية للنقل بالزام المحامي وكيل الشركة بالتعويض عن تفويته فرصة الطعن عليها في قرار محكمة الاستئناف الذي نجم عنه الحجز على أرصدة الشركة ، وقد بنت محكمة التمييز قرارها على كون الضرر الذي لحق بالشركة جراء عدم تمييز وكيلها للحكم هو " ضرر احتمالي غير مرجح لان محكمة التمييز وعلى فرض وقوع التمييز كانت ستقضي بتصديقه لموقفه للقانون " ألا أن المتأمل في هذا الحكم فهو ليس رفضاً للتعويض عن فوات الفرصة بل هو العكس التأكيد على مبدأ فوات الفرصة ذلك ان محكمة التمييز في الحقيقة لم ترفض التعويض إلا لعدم وجود فرصة للشركة في تجنب ايقاع الحجز , أي ان فرصة الشركة منعدمة لان الحجز كان سيقع ولو قام وكيل الشركة بالاستئناف , الأمر الذي ينعدم معه الضرر لانعدام الفرصة .

وعلى فرض أن ثمة أحكام رفض القضاء فيها التعويض عن فوات الفرصة إلا أنها لم تتل من السياسة القضائية الرامية بالتعويض عن فوات الفرصة فعلى الرغم من قلة الأحكام الصادرة عن فوات الفرصة إلا أنها تشكل وبحق مبدأ تسيير عليه محكمة التمييز خاصة وإن التسلسل التاريخي لهذه الأحكام يبين إن محكمة التمييز سائرة نحو التعويض عن فوات الفرصة, ويعتبر صدور قرار التعويض عن فوات الفرصة من أعلى هيئة في محكمة تمييز دليل على أن فوات الفرصة مبدأ معروض عنه في القضاء العراقي الذي تأكد بصدور قرار آخر من محكمة التمييز بهيئتها العامة حيث جاء فيه " إن المدعي يستحق التعويض فوات الفرصة وذلك لأن الفرصة إذا كانت أمراً محتملاً فإنه تفويتها أمراً محققاً ... " ^(٣) وكذلك القرار الصادر من الهيئة الموسعة في محكمة التمييز العراقية : " تأييد الحكم الاستئنافي القاضي بالاستعانة بالخبرة لتقدير ما فات على الشركة المستأنفة من ربح مرجح نتيجة عدم قيام الشركة المتعاقدة معها بتنفيذ كافة

(١) د. ضمير حسين ناصر , مصدر سابق , ص ١٠٠, د. عزيز هادي جبر , مصدر سابق ص ٣٨.

(٢) تمييز مدني عراقي رقم ٧٧ , مجلة القضاء , العدد الاول والثاني , السنة ٣٣ , ص ٣١٠-٣١٤.

(٣) تمييز مدني عراقي رقم ١٧/هيئة عامة اولى / ١٩٧٥ بتاريخ ١٩٧٥/٥/٣١ , مجموعة الاحكام العدلية , العدد ٢ , السنة ٦ , ١٩٧٥ , ص ٤٢.

مقادير العمل المتفق عليها ، كونها قد تجاوزت في تقليص حجم العمل الحد المسموح به بالعقد البالغ ٢٠% ، وقد قضت محكمة الاستئناف للمستأنفة بالتعويض عما فاتها من كسب وقد أيدتها محكمة التمييز في ذلك^(١)

أي إن محكمة التمييز العراقية قد أخذت بالتعويض عن فوات فرصة الكسب في الإطار العقدي ، ذلك لأن الكسب الذي فات على الشركة المدعية والذي تطالب بالتعويض عنه في هذه الدعوى هو الحصول على ربح معين كانت تأمله وترجحه لكنه كسب غير محقق فعلاً بل احتمالي وفواته ضرر محقق ذلك لأن اخلال الشركة الأخرى بالتزاماتها العقدية فوت على الشركة المدعية فرصة تحقيق ذلك الكسب وليس تحقيق الربح فعلاً لأن الحرمان من الأولى يلحق بها ضرر محقق يعرض عنه، بينما الحرمان من الثانية مجرد ضرر احتمالي لا تعويض عنه ، ولعل صدور قرارات حديثة نسبياً يدل على ان هذا الضرر معروض عنه من قبل القضاء العراقي ، فقد جاء في احد القرارات القضائية الصادرة عن محكمة استئناف نينوى بصفتها الأصلية ضمن حيثيات الحكم وأسبابه "لقد ثبتت مسؤولية المدعى عليها الثالثة بسبب خطأها أثناء إجراء العملية مما أدى إلى وفاة ولد المدعين، عليه فالمستأنف عليهما يستحقان التعويض المادي والأدبي لانهما حرما من إعالته لهما مستقبلاً من جراء الوفاة"^(٢) كما عوض القضاء العراقي عن فوات الفرصة في حالة حرمان الام من اتخاذ القرار بإجهاض الجنين عند التحقق من تشوهاتة فقضى بأن " قبول دعوى تعويض السيدة التي أقامتها ضد طبيبها الذي لم يعلمها ان حالتها المرضية قد تؤثر على جنينها وتنقل اليه المرض فيولد مشوها وبالفعل ولد مشوهاً فحرمت من فرصة اتخاذ قرار بإسقاط الحمل نتيجة تشوهات الجنين وانتقال المرض إليه فتوفي بعد دقائق من ولادته"^(٣) ومن خلال مراجعة هذا القرار وأسبابه نجد ان محكمة التمييز أقامت المسؤولية على الطبيب على أساس الخطأ بالتشخيص المتمثل بعدم التزام الطبيب بالتبصير في التشخيص إذ لو قام

(١) تمييز مدني عراقي رقم ٨٦/٣٣٥ في ١٩٨٧/٩/٢٩ ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد ٣، ص ٢٣.

(٢) رقم القرار ١٦١/س/٢٠٠٥ الصادر بتاريخ ٢٣/٧/٢٠٠٧ عن محكمة استئناف نينوى بصفتها الأصلية، "غير منشور". والقرار جاء إتباعاً لقرار محكمة تمييز العراق المرقم ١٠٦٢ / ١٠٦٣ / استئناف / ٢٠٠٥ بتاريخ ٢٥/١/٢٠٠٦ (غير منشور) واكتسب القرار الدرجة القطعية بمضي المدة.

(٣) قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٤٥٠/٧٩٤ بتاريخ ١٣/٥/٢٠٠١ ، غير منشور .

الطبيب بتبصير الأم الحامل بحقيقة وضع الجنين وإمكانية إصابته بعدوى مرضية تنتقل إليه منها قد يؤدي إلى إصابته بتشوهات خلقية مما يعني احتمال اتخاذها قراراً بإسقاط الجنين وعدم قيام الطبيب بذلك فوت عليها فرصة اتخاذ مثل هكذا قرار, وبذلك نخلص الى ان القضاء العراقي قد مر بمرحلتين بشأن التعويض عن فوات الفرصة الاولى كان يرفض التعويض عن فوات الفرصة معتبرا اياها ضرر احتمالي الا انه عدل عن موقفه هذا في المرحلة الثانية ليعوض عن فوات الفرصة بعدها ضرر محقق يستحق صاحبها التعويض عن التسبب في ضياعها .

رابعاً: موقف القضاء العربي

ولابد اخيراً من بيان موقف القضاء العربي من التعويض عن فوات الفرصة, حيث يذهب اغلب القضاء العربي في اتجاهه الحديث نحو التعويض عن فوات الفرصة , اذ صدرت عدة إحكام تؤكد ذلك فقد أصدرت محكمة التمييز الأردنية حكماً جاء فيه إنه " ١- من المتفق عليه فقها وقضاء أن المدعي الذي يقصر في واجباته المهنية ويفوت على موكله مدد الطعن القانونية مسؤول بتفويت الفرصة عما يكسبونه من الطعن ٢- ان الفرصة وأن كانت أمراً محتملاً ألا أن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه"^(١) وجاء في حكم آخر لمحكمة التمييز الأردنية أن خطأ المحامي بتغيبه عن الحضور رغم تليغته , قد تسببت في رد الاستئناف شكلاً , مما الحق بالموكل ضرر موجبا للتعويض عن فوات الفرصة في تقديم هذا الاستئناف وقد جاء في منطوق الحكم " أن الخيار الممنوح لمحكمة الاستئناف في إهمال المستأنف مدة معينة لتدارك النقص في لائحة الاستئناف , لا يمكن أعماله الا إذا كان المستأنف حاضراً أمام المحكمة وفي حالة

(١) تمييز مدني اردني رقم ١٩٨٦/٤٨٠, حقوق, سنة النشر ١٩٨٩, عدد٦, ص١٩٨٠, منشور على قاعدة التشريعات الاردنية ,

http://www.lob.gov.jo/ui/principles/search_no.jsp?no=480&year=1986&PrincType=7&PrincPage=001980 ومنشور كذلك في مجلة نقابة المحامين الاردنيين , عدد٦, سنة١٩٨٩, المطبعة

الوطنية , عمان ,ص١٩٨٠.

غيابة يفوت على نفسه الفرصة الممنوحة له بمقتضى القانون ويعتبر خطأ المحامي من هنا موجباً للتعويض^(١)

وفي دولة الامارات قضت المحكمة الاتحادية العليا في حكم لها " إن القانون لا يمنع من أن يحسب في الكسب الفائت الذي هو عنصر من عناصر التعويض عن الضرر المادي ، ما كان المتضرر يأمل الحصول عليه ما دام لهذا الامل أسباب معقولة وذلك باعتبار أن الفرصة وإن كانت أمراً محتملاً أو مجرد أمل إلا أن تقويتها ضرر محقق^(٢) وفي ذات التوجه ، وبشأن تعويض أحد الوالدين عن الضرر المادي المتمثل في فقد فرصته في أن يستظل عند كبره برعاية ابنه المتوفى بحادث حيث جاء فيه " ولما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض طلب السيدة / تعويضها عما أصابها من ضرر مادي من جراء فقدها ما كان لها من امل في أن تستظل برعاية ابنها المتوفى على ما أورده في أسبابه من انه " خصص لها راتب شهري مقداره ٣٠٠٠ درهم متجدد مدى الحياة وهو عائد كاف لتلبية حاجاتها المعيشية يضاف الى مرتبتها الشهري الذي تتقاضاه من وظيفتها كمدرسة ولم تثبت أن هذه الموارد لا تكفي لاعانتها على اعباء الحياة المادية " فإنه يكون قد صادر على الام حقها في الرعاية الموجودة من الابن لأمه وهي امر احتمالي ولم يفتن الى أن تقويت الامل في هذه الرعاية وهو امر محقق يتعين أخذه في الاعتبار لدى تقدير التعويض مما يصيبه بالخطأ في تطبيق القانون وبقصور يوجب نقضه في هذا الخصوص " ^(٣) إن قضاء هذه المحكمة استقر على أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فإن تقويتها ضرر محقق ، ولا مانع قانوناً أن يحسب في الكسب الفائت ما كان المتضرر يأمل الحصول عليه من كسب ما دام لهذا الأمل أسباب معقولة ، ولما كان طلب الطاعنين التعويض عن الكسب الفائت يقوم على الادعاء ، بأن وفاة مورثهما فوت عليهما فرصة

(١) تمييز مدني اردني رقم ١٩٨٦/٥٧٤، حقوق، عدد ٦ ، ص ١٦٦٤، منشور على قاعدة التشريعات الاردنية، مصدر سابق.

(٢) طعن امارتي اتحادي رقم ١٦٦، ١٧٧، ١٩٦ في ١٩ / ١١ / ١٩٩٦ ، السنة ١٧ القضائية، منشور على بوابة التشريعات الاماراتية، <http://www.elaws.gov.ae/ArLegislations.aspx>

(٣) طعن امارتي اتحادي رقم ٣٢٤ في ١٩ / ٣ / ١٩٩٦ ، السنة ١٧ قضائية، منشور على صفحة بوابة التشريعات الاماراتية ، مصدر سابق.، والطعن رقم ٣٥٤ في ١٠ / ١٠ / ٢٠١٠ اداري فيما يتعلق بمسؤولية الادارة عن تعويض فوات الفرصة التي فانتت بسببها، المصدر السابق.

كسب عطفه وحنانه ورعايته لهما سيما وأنهما شيخان كبيران تقدم بهما العمر ولا معيل لهما غيره ، وأنهما كانا يأملان إنفاقه عليهما في كبرهما ، وكان لهذا الأمل أسباب معقولة خاصة وأن مورثهما كان يعمل ويحصل على أجر من عمله ، وأنه كان في مقتبل عمره وأنه كان معيلهما الوحيد ، مما يتعين معه القضاء لهما بهذا التعويض^(١) كما قضى القضاء اللبناني بالتعويض عن ضياع فرصة الترقية في المستقبل بسبب الحادث الذي تعرض له المدعي^(٢) كما اخذ القضاء الليبي بفكرة التعويض عن فوات فرصة ،مقررا ان وفاة الشاب البالغ من العمر ١٩ عاما ووالذي اوشك على الانتهاء من دراسته ، وشق طريقه في الحياة ، اضاع على والداه ما كان ينتظره منه من مد يد العون والمساعدة في حاجة مطالب الحياة المادية^(٣) ويبدو إن القضاء التونسي يستجيب للأخذ بتعويض ضياع الفرصة حيث جاء في إحدى أحكامه " حيث دأب فقه قضاء هذه المحكمة على اعتبار إن الضرر المتعلق بفوات الفرصة باعتباره فرعا من الضرر المادي يقتضي الحكم به وجود ضرر ثابت ومحدد وجدي يمكن تقديره على أسس ملموسة وواقعية"^(٤)

هذه جملة من الأحكام والقرارات التي أصدرها القضاء العربي أوردناها للاستشهاد بها على أن فكرة فوات الفرصة فكرة عرفها القضاء العربي مثلما عرفها القضاء الفرنسي والمصري والعراقي، وبذلك نخلص الى ان فوات الفرصة تجد في التطبيق القضائي الجانب العملي للتعويض عنها.

(١) طعن مدني اماراتي اتحادي رقم ٢٧ ، لسنة ٢٢ قضائية في ٢٦/١٢/٢٠٠١، بوابة التشريعات الاماراتية مصدر سابق.

(٢) مجلة نقابة المحامين السورية، عدد ١٢، كانون الاول، ١٩٧٢، ص ٥٣٤، نقلا عن د. خليل جريج، مصدر سابق، ص ١٠٥.

(٣) استئناف ليبيا رقم ١٣٨ ١٧/١/١٩٩١ اشار اليه سعد عبد الكريم العسيلي، المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي، منشورات جامعة قارونس بنغازي، ١٩٩٤، ص ١١٥.

(٤) القرار الاستئنافي تونس رقم ٢٢٦٩٩، ١٢/٥/٢٠٠١، مجموعة قرارات ٢٠٠١، ص ٢٦٩، محمد محفوظ، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، منشورات مجمع الاطرش للكتاب المختص، تونس، ٢٠١٢، ص ٥٠.

الفرع الثاني: التأصيل الفقهي لفوات الفرصة

ان للفقهاء القانونيين دور في تفسير القواعد القانونية الغامضة فقد قيل بحق إن مهمة الفقه هي تحويل الغموض إلى نظام فالفقه يقترح والقاضي و المشرع يقرران ولا يكتفي الفقه بصياغة التصورات والاختلافات إنه يدرجها ضمن مجموعة ما، ويخصص مكانا لكل مفهوم في النظام القانوني مع التأكيد إن الفقه لا يفرض حلا واحداً ونهائياً ، وهذا ما يفسر تعدد واختلاف الآراء الفقهية^(١) وتجدر الإشارة إلى أن هذه الآراء الفقهية قد لا تبقى مجرد تنظير بل قد تحظى باهتمام القضاء على مختلف درجاته فيبني عليها أحكاما في غاية الدقة والصواب ، وقد تحظى هذه الآراء باهتمام المشرع فيصوغها تشريعا متكاملا يلبي حاجة المخاطبين بأحكامها وإذا رجعنا إلى فكرة فوات الفرصة نجد إن الفقه قد واكب المسار الذي عرفه الاجتهاد القضائي بشأنها وذلك منذ أول حكم قضائي تعرض للمسؤولية عن فوات الفرصة ومحاولة البحث عن تعويض لجبر الضرر المترتب عليها، ألا ان الفقه القانوني لم يتخذ مسارا واحدا بل اختلف في ذلك بين مؤيد ومعارض حيث رأينا^(٢) ان الفقه القانوني انقسم الى اتجاهين الاول يرى في فوات الفرصة ضرر احتمالي تأثرا بالنتيجة الاحتمالية للفرصة في حين ذهب الاتجاه الثاني ويمثل غالبية الفقه وعن حق الى ان فوات الفرصة ضرر محقق لان التسبب في تفويتها فيه اعتداء على الحق في انتهازها الامر الذي يستوجب التعويض عنا ، وبذلك يجد التعويض عن فوات الفرصة الاصل الفقهي لدى الفقه القانوني ومن ثم يمكن الاستناد اليه في تبرير التعويض عنها بعده المصدر الاحتياطي لمصادر القاعدة القانونية.

(١) د. عبد المنعم الشراوي ، مصدر سابق، ص ١٥٥.

(٢) يراجع المطلب الثالث من هذا الفصل.

الفصل الثاني

اركان المسؤولية في فوات الفرصة

الفصل الثاني

اركان المسؤولية في فوات الفرصة

ان المتتبع لتطور المسؤولية المدنية منذ استقلالها عن المسؤولية الجنائية يلاحظ انها لم تنته بعد من التحول المستمر ولعل ذلك راجع الى التطورات السريعة التي تشهدها المجتمعات التي استجبت معها فرص حدوث الضرر^(١) والحقيقة ان المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي كانت ذات نشأة شخصية , وقد وضع هذا التنظيم ليواجه واقع العلاقات الاجتماعية في نهاية القرن الثامن عشر وهي الفترة التي وضع فيها تقنين نابليون^(٢)

ومن المعلوم ان المسؤولية المدنية طبقا للقانون العراقي قد تأثرت في جوهرها بمفهوم ووظيفة المسؤولية المدنية في القانونين الفرنسي والمصري باعتبارهما من المصادر التاريخية للقانون المدني العراقي لذلك ظهر هذا التأثير على المستوى القانوني والقضائي , عندئذ اخذ الفقه والقضاء على عاتقه تطوير المسؤولية طبقا للمستجدات التي جاءت نتيجة التقدم الذي عرفته المجتمعات , وفي ظل هذه التحولات التي عرفتها البشرية برزت فكرة فوات الفرصة كنتيجة لهذا التطور , حيث برزت هذه الفكرة كنتيجة حتمية لهذا التفاعل على مستوى الاجتهاد القضائي اولا وعلى مستوى الفقه ثانيا لتخرج فكرة قانونية مستجمعة لكل مقوماتها.

الا ان السؤال الذي يرد هنا ما المقصود بالمسؤولية عن فوات الفرصة , وهل يمكن تصور وجود مسؤولية بدون وجود ضرر وبالتالي وجود مصاب او متضرر يحقق به هذا الضرر , وهل يعني هذا انه يحق لنا ان نقول انه حيثما توجد فرصة تفوت شخصا من الاشخاص فهناك مسؤولية عن فوات فرصة ؟ ان الاجابة على هذا التساؤل بالنفي امر واضح لا يحتاج الى بيان فقد يوجد الضرر ولا تنهض المسؤولية ذلك ان هذا الضرر الذي يلحق المتضرر قد يكون نتيجة فعل المتضرر (من فاته الفرصة) نفسه وحينئذ لا معنى مطلقا لحماية هذا الشخص من الناحية القانونية وألقاء نتائج فعله على الغير , فمالك الحصان الذي يتأخر في احظار الحصان في الوقت المحدد بخطئه فيفوته السباق ويضيع عليه ما كان يأمله من فوز لا يستحق حماية القانون وليس له الا ان ينحي باللائمة على نفسه , وليس الامر كذلك في حالة ما اذا كان فوات

(١) د. مقدم السعيد , التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية , الطبعة الاولى , دار الحداثة , بيروت, ١٩٨٥, ص ٥.

(٢) د. محسن عبد الحميد البيه, حقيقة ازمة المسؤولية المدنية ودور تأمين المسؤولية, طبع مكتبة الجلاء الجديدة, المنصورة, سنة ١٩٩٣, ص ٢.

الفرصة نتيجة عمل شخص اخر فنحن نجد انفسنا امام شخصين اثنين ومصالحتين متعارضتين شخص من فاتته الفرصة الذي يطالب بالتعويض وشخص الفاعل يحاول التخلص من هذا التعويض , هذا التنازع بين المصلحتين المتضاربتين هو لب المسؤولية وجوهرها , ومن هنا نقول ان الشخص يكون مسؤولا كلما كان القانون يلزمه بتعويض الضرر الذي لحق بالآخرين وهذا معنى المسؤولية , فالمسؤولية عن فوات الفرصة اذا هي الالتزام الذي يقع على الشخص بتعويض الضرر الذي ألحقه بالآخرين بتفويته الفرصة عليهم بفعله او بفعل الاشخاص الذي يسأل عنهم او الاشياء التي يسأل عنها.

ولكي تتحقق المسؤولية عن فوات الفرصة لا بد من تحقق الاركان اللازمة لقيام مسؤولية محدث الضرر, فالمسؤولية عن فوات الفرصة عقدية كانت ام تقصيرية لا تقوم الا بتوافر ثلاثة اركان وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية الرابطة بين الخطأ والضرر ونخصص لكل ركن منها مبحثاً مستقلاً .

المبحث الاول

الخطأ في المسؤولية عن فوات الفرصة

ان التطور الذي عرفته المسؤولية المدنية دار حول فكرة الخطأ بحيث اخذت هذه الفكرة تضعف شيئاً فشيئاً حتى كادت تختفي في بعض الحالات تحت ستار الخطأ المفترض افتراضاً

يقبل العكس ومرة تحت ستار الخطأ المفترض افتراضاً لا يقبل اثبات العكس^(١) لذلك بدأت أهمية الخطأ كركن في المسؤولية تتقلص خاصة بعد ظهور النظرية الموضوعية ، فالخطأ في المسؤولية المدنية اصبح في مقدمة المسائل التي تشغل الان رجال الفقه والقضاء ذلك لان دعاوى التعويض قد زادت زيادة مطردة واذا اردنا ان نرد هذه الزيادات الى اسبابها وجب ان نذكر وفرة القوى التي اصبحت في حوزة الانسان وما يترتب على استنباط هذه القوى وتسخيرها من خطر يهدد الارواح والاموال^(٢) ومع ذلك بقي الخطأ محتفظاً به كأساس للمسؤولية المدنية سواء كانت عقدية ام تقصيرية ، وبغية الوصول الى مفهوم الخطأ في فوات الفرصة يقتضي ان نقسم هذا المبحث الى مطلبين نخصص الاول في بيان مفهوم الخطأ عن فوات الفرصة والثاني لبيان اهم تطبيقات الخطأ في فوات الفرصة .

المطلب الاول

مفهوم الخطأ في فوات الفرصة

في الواقع يصعب تحديد مفهوم الخطأ وبيان المراد منه ، لذلك لم ينعقد اجماع الفقه على تعريف الخطأ والسبب في ذلك يعود الى ان فكرة الخطأ نسبية تتأثر بظروف الحال والبيئة المحيطة بالشخص محدث الضرر^(٣) كما انها فكرة غير محددة لاتصالها الوثيق بالأخلاق ، ولما كانت الافكار الاخلاقية يعوزها التحديد والضبط وجب ان تكون فكرة الخطأ غير محددة ولا منضبطة^(٤) كما ترجع صعوبة ذلك ايضا في الخلاف الواقع في الفقه والقضاء على حد سواء في وصف الفعل بانه خطأ ام لا^(٥) لان اغلب التشريعات اغفلت ، عن عمد وضع تعريف للخطأ واناطت بشرح القانون القيام بهذه المهمة ، وقد بذل كل هؤلاء محاولات في سبيل وضع هذا التعريف ، فالفقهاء الأوائل ضيقوا على دائرة الأفعال التي تنطوي على الخطأ ، رغبة منهم في تقييد المسؤولية ومن ثم الوصول الى الإعفاء من التعويض ، في حين ذهب المعاصرون في

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٨٦٧ .

(٢) د. مصطفى مرعي ، المسؤولية المدنية في القانون المصري ، الطبعة الثانية ، مكتبة عبد الله وهبة ، مصر ، ١٩٤٤ ، ص ٧ .

(٣) د. خليل جريج ، مصدر سابق ، ص ١٣٣ .

(٤) د. محمد ابراهيم الدسوقي ، مصدر سابق ، ص ٢١٥ .

(٥) ينظر تفصيلاً حول موقف الفقه والقضاء : د. فتحي عبد الرحيم عبد الله ، دراسات في المسؤولية التقصيرية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٥٥ .

التوسيع من دائرة الأفعال التي تشكل وصف الخطأ ، رغبة منهم في تسهيل ثبوت المسؤولية المدنية ، ومن ثم الالتزام بالتعويض^(١) .

والملاحظ ان تعريفات الفقه للخطأ قد اثارت جدلا ونقدا شديدين وذلك بسبب ان كل فقيه ، في تعريفه كان متأثرا بإحدى النظريتين نظرية الخطأ او نظرية الضرر من جهة ومن جهة اخرى لما اصاب مفهوم الخطأ نفسه من تطور بتأثير النظريات الحديثة في المسؤولية^(٢) لذلك عرف البعض الخطأ بأنه العمل الضار غير المشروع^(٣) لكن قد يؤخذ على هذا التعريف انه غير دقيق ، فما المقصود بالعمل غير المشروع. اما الفقيه (جوسران) فيعرف الخطأ بأنه " انتهاك حرمة حق لا يستطيع من انتهاك حرمة ان يعارضه بحق اقوى او بحق مماثل^(٤) والاعتراض على هذا الرأي هو انه غير محدد ، اذ ان الحقوق تبقى بحاجة الى التحديد ، ذلك لأنه لم يبين ماهية هذه الحقوق ونوعها وحدودها وأنها اطلق ذلك ، وهذا الاطلاق يجعل من التعريف غير محدد ولا منضبط^(٥) ويورد (سافاتيه) التعريف الاتي للخطأ فيقول ان " الخطأ هو الاخلال بواجب سابق كان بالإمكان معرفته ومراعاته " ^(٦) وهو بذلك يحلل الخطأ الى عنصرين هما العنصر المادي وهو الاخلال بواجب ما والعنصر المعنوي وهو امكانية المعرفة بذلك الواجب ومراعاته ، الا ان هذا التعريف غير جامع وغير مانع فمن حيث انه غير جامع يلاحظ انه يخرج التعسف في استعمال الحق على اعتبار انه لا يمثل اخلالاً ، ومن حيث انه غير مانع ، فانه يدخل ضمن الخطأ كل ما يعتبر واجبا سواء اكان الواجب قانونيا ام ادبيا ثم انه لا يحدد الدرجة المطلوبة لإمكانية العلم بالواجب ومراعاته^(٧) ويقترب من هذا التعريف الذي قال به (ديموج) اذ ان

(١) ينظر تفصيلا : د. سليمان مرقس ، دروس في المسؤولية المدنية لطلبة الدكتوراه ١٩٥٤ ، ص ١٩٥ وما بعدها.

(٢) د. سليمان مرقس ، الوافي ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ١٥٦ .

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٧٧٧ ، عبد الحي الحجازي مصدر سابق ، ص ٤٤٣ ، د. عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص ٤٨٧ ، د. حسن علي ذنون ، ص ٢٣١ ، د. حسن الخطيب ، نطاق المسؤولية المدنية التصديرية والمسؤولية التعاقدية ، مطبعة حداد ، البصرة ، ص ٥٦-٦٠ .

(٤) نقلا عن د. عبد السلام التونسي ، مصدر سابق ، ص ١٨١ .

(٥) د. حسن علي ذنون ، صدر سابق ، ص ٢٣٣ ، السنهوري ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ٧٧٨ .

(٦) نقلا عن حسين عامر ، مصدر سابق ، ص ١٧٤ .

(٧) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٧٧٨ ، د. جبار صابر طه ، مصدر سابق ، ص ٥٧ .

ان الخطأ لديه هو اعتداء على حق يدرك المعتدي فيه جانب الاعتداء وتوجه نفس الانتقادات الموجهة الى تعريفي الاستاذين (جوسران وسافاتييه) الى هذا التعريف ايضا ^(١) واذ اتركنا هذه التعاريف نجد ان مفهوم الخطأ يتحدد وفق اكثر المفاهيم تقبلا واستقرارا لدى الفقه والقضاء وذلك بتعريف الخطأ بانه اخلاص بالتزام سابق ^(٢) ليتحدد بعده نوع المسؤولية استنادا الى نوع الالتزام المخل به لتكون تقصيرية اذا كان التزاما قانونيا، وعقدية اذا كان الالتزام المخل به عقديا.

غير ان اشتراط الخطأ لترتيب المسؤولية لم يجد تقبلا من جانب الفقه ^(٣) والقضاء المعاصرين لما ينتج عنه من مجافاة للعدل لاسيما بعد التطور الذي شهدته المجتمعات من قيام المعامل والمصانع الكبيرة ووقوع الاصابات العديدة والاضرار الكثيرة حيث اصبحت الآلة منتشرة في جميع المجالات، مما قد يؤدي الى حصول اصابات وحوادث دون ان يتمكن المتضرر من اثبات خطأ في جانب محدث الضرر وفقا للقاعدة العامة في المسؤولية القائمة على الخطأ ^(٤) فأخذا على عاتقهما استنباط وسائل جديدة لسد النقص، بغية تحقيق العدالة بالنسبة للمتضررين، وازاء هذا الوضع لم يكن امام الفقه الحديث الا الاستعانة بالنظرية المادية او الموضوعية في المسؤولية التي جعلت قوام المسؤولية عنصر الضرر واستبعدت الخطأ، وجدير بالذكر ان للفقه الاسلامي قصب السبق في هذا المضمار فقد تقدم على كل النظريات والتشريعات منذ ما يقارب اربعة عشر قرنا في التسليم بالمسؤولية المادية وفي اقرار مبدأ الغرم بالغنم ولم يأبه بعنصر

^(١) د. فخري رشيد مهنا، أساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز في الشريعة الإسلامية والقوانين الانكلوسكسونية والعربية، مطبعة الشعب، بغداد، ١٩٧٤، ص ١٢٦.

^(٢) د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، ج ١، العاتك لصناعة الكتاب، نشر المكتبة القانونية، ط ٤، بغداد، ٢٠١٠، ص ٢١٥، د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج ١، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٥، ص ٤٤٤، د. السنهوري، مصدر سابق، ص ٧٧٨.

^(٣) د. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني، تنفيذ الالتزام، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧١، ص ١١٤، د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص ٥٠٢.

^(٤) د. جبار صابر طه، مصدر سابق، ص ١٣٢.

الخطأ في التصرفات الفعلية فقد جعل مرتكب الفعل الضار ضامنا عواقب فعله بصرف النظر عن التعمد او التعدي^(١)

إذا تطور الحياة يؤثر في تطور القانون بنفس الاتجاه, لذلك نلاحظ ان المسؤولية العقدية , أصبحت لا تقوم على فكرة الخطأ او فكرة المؤاخذه , وانما مستمدة عناصرها من فكرة موضوعية مؤداها ضرورة معالجة الاختلال الذي اصاب التوازن الاقتصادي في علاقة الالتزام بسبب نقص او عيب او تأخير في تنفيذ ذلك الالتزام , او ضرورة اعادة التوازن بشكل اخر في حالة انهيار التوازن الاصلي , لاستحالة تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً , فالرأي الغالب في الفقه متجه الى عدم اشتراط توافر الخطأ في المسؤولية العقدية , او على الاقل الى اعتباره مهملًا , بمعنى ان مجرد عدم التنفيذ للالتزام يحرك المسؤولية , دون حاجة الى اثبات خطأ , مالم يثبت المدين قيام السبب الاجنبي , فلا يجوز له ان يثبت عدم التنفيذ غير راجع الى تقصيره^(٢) وهذا ما يمكن ان توجي به نص المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه " اذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه , وكذلك يكون الحكم اذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه" والمادة (١١٤٢) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على انه "على ان كل التزام بعمل او بامتناع عن عمل ينقلب الى تعويض اذا لم يحم المدين به بتنفيذه" والمادة (٢١٥) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها " اذا استحال على المدين ان ينفذ الالتزام عينياً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه , ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه , ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه " وهذا ما اكده القضاء في العديد من الاحكام ومنها حكم محكمة النقض المصرية والذي جاء فيه " عدم تنفيذ المدين للالتزام التعاقدى يعتبر خطأ يرتب مسؤوليته التي لا يدرؤها عنه الا اذا أثبت هو قيام السبب الأجنبي الذي تنتفي به علاقة السببية , وهذا السبب قد يكون حادثاً فجائياً أو قوة قاهرة أو خطأ من المتضرر أو من الغير , أي لا يستطيع التخلص من المسؤولية حتى وان لم يصدر منه خطأ لان

(١) د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير, مصدر سابق, ص ٢١٥, د. عبد الحي حجازي, مصدر سابق, ص ٢١٧.

(٢) د. حسن عبد الرحمن قدوس, الحق في التعويض, مقتضياته الغائية ومظاهر التطور المعاصر في النظم الوضعية, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٩٩, ص ١٠٠.

الخطأ هنا اقرب ما يكون مفترضاً^(١) وفي قرار اخر قضت بانه " التزام صاحب الفندق بالمحافظة على سلامة نزلائه التزام ببذل عناية يكفي فيه اثبات الدائن قيام العقد دون حاجة لأثبات الخطأ وللمدين نفي مسؤوليته بأثبات أنه بذل عناية الشخص العادي في تنفيذ التزامه"^(٢) وهذا هو مفهوم الخطأ في المسؤولية العقدية

اما مفهوم الخطأ في المسؤولية التقصيرية فاذا ما نظرنا - الى نص المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي التي نصت على ان (كل تعد يصيب الغير باي ضرر اخر غير مذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض) , والمادة (١٦٣) من القانون المدني المصري التي نصت على ان (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض) , والمادة (١٣٨٢) من التقنين المدني الفرنسي التي جاء فيها (ان كل فعل ايا كان يقع على الانسان ويحدث ضرراً بالغير يلزم من اوقع هذا الفعل الضار بخطئه ان يعرض هذا الضرر) والمادة (١٣٨٣) من التقنين المذكور التي نصت ايضاً على ان (لا يكون الانسان مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه بخطئه فقط بل بإهماله او عدم تبصره ايضاً) - فأنا نجد ان الخطأ واجب الاثبات فكلمة (تعد) وكلمة (كل خطأ) وكلمة (بخطئه) المقررة في نصوص المواد المشار اليها اعلاه يفهم منها ان المسؤولية لا تقوم بدون خطأ، الامر الذي يتعين على مدعي الضرر ان يثبت خطأ الشخص الذي صدر منه الفعل الضار ، فضلا عن علاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر الذي وقع ، فان عجز عن اثبات هذا الخطأ ، انتفت المسؤولية وامتنع على المتضرر المطالبة بحقه في التعويض^(٣) الا ان تقادم الحوادث وعدم تمكن المصاب من الحصول على التعويض وفقا لنصوص القاعدة العامة دفع الفقه الى البحث عن وسائل جديدة ابتكرها من خلال دراسة القضايا المعروضة ، فقد ذهب الفقيه (سالي) الى ان الخطأ المقصود في نص المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي ما هو الا الفعل الذي ينشأ عنه الضرر ، او هي على الاقل لا تقصد بالخطأ سوى مجرد التسبب في الاضرار بالغير ، وانها ليست الا تطبيقاً لقاعدة العدالة

(١) نقض مدني مصري رقم ١٥٢٩، لسنة ٤٩ قضائية، جلسة ١٩٨٠/٥/٢٥، ص ١٣١١، منشور موقع البوابة القانونية لمحكمة النقض المصرية <http://www.cc.gov.eg/index.html>.

(٢) نقض مدني مصري، رقم ١٤٦٦، لسنة ٤٨ قضائية، جلسة ١٩٨٠/١٣/٢٥٥، موقع البوابة القانونية لمحكمة النقض المصرية ، مصدر سابق .

(٣) د. فتحي عبد الرحيم عبد الله ، مصدر سابق ، ص ١١٢-١١٣ .

التي تقضي بان يكون لكل شخص ثمرة عمله, محاولا بذلك جعل المسؤولية موضوعية أي بدون خطأ^(١) لكن الفقيه (سالي) وجد فيما بعد ان الاعمال التحضيرية للتقنين المدني الفرنسي لا تساعده في رأيه وانها صريحة في استلزام الخطأ كأصل عام للمسؤولية التقصيرية^(٢) الا ان الفقيهان (سالي وجوسران) استمرا على المناداة بإحلال فكرة تحمل التبعة محل فكرة الخطأ لبناء المسؤولية, وبالأخص في نطاق المسؤولية الشئئية بصياغة نظرية كاملة سميت بنظرية تحمل التبعات المستحدثة^(٣) الا ان المتأمل لنصوص المسؤولية عن الغير او الاشياء وان كانت قد تقيم المسؤولية بناءً على خطأ مفترض, يجد ان المشرع لم يهمل فكرة الخطأ في تقرير المسؤولية الشئئية, لان ذلك الفرض يمكن اثبات عكسه بان يثبت المتبوع او صاحب الشيء انه لم يصدر منه خطأ باتخاذ الحيلة واليقظة في سلوكه, وبذلك تنتفي المسؤولية وان كان هناك ضرر, وهو الامر الذي اكده القضاء في الكثير من احكامه منها قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق والذي جاء فيه " ان مسؤولية المدعى عليه تنتفي بتعويض المدعى لعدم وجود خطأ صادر منه وتكون الدعوى والحالة هذه موجبة للرد " ^(٤) و جاء في قرار اخر " ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي وليس عن خطأ المدعى عليه لذلك فان المدعى عليه يكون غير ملزماً بالضمان"^(٥) وجاء في قرار اخر لمحكمة النقض المصرية " المقرر - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن المسؤولية التقصيرية لا تقوم إلا بتوافر أركانها الثلاثة من خطأ ثابت في جانب المسؤول إلى ضرر واقع في حق المتضرر وعلاقة سببية تربط بينهما " ^(٦) فالمسؤولية المدنية ترتب منذ ان يثبت وجود ارتباط الضرر المتذرع به بالخطأ الواقع برابطة سببية ملائمة وتتوفر هذه الرابطة عندما يشكل الخطأ العامل الذي من بين غيره من العوامل

(١) د. سليمان مرقس, مصدر سابق, ص ٢٢٦. د. حسين عامر, مصدر سابق, ص ١٥٥.

(٢) د. جبار صابر طه, مصدر سابق, ص ١٣٧.

(٣) د. السنهوري, الجزء الاول, مصدر سابق, ص ٧٦٨, د. جبار صابر طه, مصدر سابق, ص ١٣٩

(٤) تمييز مدني عراقي رقم ٨٩٦ في ٢/٦/٢٠٠٩ منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية.

(٥) تمييز مدني عراقي رقم ١١٨٠ في ٧/١٢/٢٠٠٩, المصدر السابق.

(٦) نقض مدني مصري, رقم ٤٢٣٧, في ١٦/١٢/٢٠٠٤, السنة ٧٣, رقم القاعدة ٥٥, ص ١٥٠, موقع البوابة القانونية لمحكمة النقض المصرية, مصدر سابق.

المثارة قد ادى دوراً مَخلاً فعلياً غير تارك لغيره من العوامل الا مجرد طابع ثانوي رغم انها ساهمت قليلاً في التسبب بالضرر^(١)

وهكذا فان النصوص والاحكام السابقة تقرر القاعدة العامة في هذا الصدد وهي ان المسؤولية المدنية مبنية على اساس الخطأ الذي يتعين على المتضرر اقامة الدليل عليه الا في احوال قليلة نص فيها المشرع على افتراض الخطأ واعفاء المتضرر من اثباته^(٢)

نخلص مما تقدم الى ان مفهوم الخطأ في فوات الفرصة يتحدد وفق المعنى الذي جاءت به محكمة النقض المصرية في ان مفهوم الخطأ يُعنى عن سائر النعوت والكنى التي تخطر للبعض في معرض التعبير عن العمل غير المشروع فهو يتناول الفعل السلبي والفعل الإيجابي , وتتصرف دلالاته إلى مجرد الإهمال والفعل العمد على حد سواء , فثمة التزام يفرض على الكافة عدم الإضرار بالغير , ومخالفة هذا النهى هي التي ينطوي فيها الخطأ , ويقتضى هذا الالتزام تبصراً في التصرف يوجب إعماله بذل عناية الرجل العادي المدرك لأفعاله , فإذا انحرف في سلوكه عن المألوف في سلوك الشخص العادي فقد تعدى وثبت عليه الخطأ بما يرتب المسؤولية في ذمته^(٣)

ويلاحظ ان المحاولات التي بذلت لاستبدال تحمل التبعة بالخطأ اساسا للمسؤولية بوجه عام لم تنجح الا في حمل المشرع على اصدار تشريعات عديدة ينظم فيها احوالا مخصوصة من المسؤولية المدنية على اساس الضمان ولعل اخرها قانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والاختفاء العسكرية والعمليات الارهابية رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٩ .

(١) محكمة فرساي الفرنسية في ٣٠/٣ آذار -مارس/١٩٨٩ , مدونة القانون المدني , مصدر سابق, ص١٣٦٢ .

(٢) د. سليمان مرقس, مصدر سابق, ص١٢٦ .

(٣) نقض مدني مصري -الدائرة المدنية رقم ١٥٢٦٠, في ١٣-٣-٢٠١٢ , سنة ٧٩, قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية , مصدر سابق.

المطلب الثاني

تطبيقات الخطأ في فوات الفرصة

نعرض في هذا المطلب لاهم التطبيقات التي كان للخطأ فيها دور حاسم في مجال فكرة فوات الفرصة واذ اننا نعرض لهذه التطبيقات ليس معنى ذلك إن فكرة فوات الفرصة لا تعرف تطبيقا لها في مجالات أخرى بل العكس من ذلك حيث تعرف لهذه الفكرة تطبيقات في المسؤولية المدنية العقديّة والتقصيرية على حدٍ سواء .

الفرع الاول: خطأ المحامي في فوات الفرصة

أن التزام كل محام هو التزام ببذل عناية ، إذ على المحامي أن يبذل العناية المطلوبة فيما عهد إليه الموكل ، فهو ملزم بمباشرة القضايا أيا كان نوعها عناية الشخص العادي ، فالقاعدة إن المحامي لا يلتزم تجاه موكلة بتحقيق نتيجة معينة، ذلك إنه لا يتصور أن يلزمه صاحب الدعوى بتحمل كسب الدعوى لصالحه أو حتمية الحصول على البراءة ، لأن ذلك ليس في يد المحامي وحده بل تتدخل في ذلك عناصر كثيرة ، منها اختلاف المحكمة والدفاع والادلة

واختلاف وجهات النظر^(١) ومن ثم فلا يجوز لموكل أن يقيم دعوى التعويض على المحامي في حالة خسارته دعواه مادام المحامي قد بذل كل الحرص والعناية المعتادة ولكن قد يرد استثناء على هذه القاعدة من ان يجري اتفاق في العقد بين المحامي والموكل على تحقيق نتيجة معينة , كما في حالة التزام المحامي بتقديم الاستئناف او تقديم التمييز, او التزامه بحضور جلسات المرافعة بنفسه^(٢) عندئذ اذا لم يقم المحامي بتنفيذ ما التزم به من اتفاق تحققت مسؤوليته حتى وان اثبت انه بذل من العناية ما يبذله الرجل المعتاد .

ولسنا بصدد الخوض في تحديد طبيعة مسؤولية المحامي بقدر ما نريد أن نقف على نوع من مسؤولية المحامي والمتمثل في فوات الفرصة على الموكل بسبب تقصير المحامي ، مع العلم إن كثيراً من المتضررين من اخطاء الدفاع غالبا ما يفضلون ترك المطالبة بحقوقهم في التعويض ، والاكتفاء برفع شكاواهم إلى نقابة المحامين تقديرا منهم لصعوبة إثبات اخطاء المحامين المهنية ولقدرة المحامين على الإفلات من المسؤولية في كثير من الأحوال^(٣)

لقد اعترف القضاء في فرنسا بقبول دعاوى الموكلين ضد وكلاء الدعاوى للمطالبة بالتعويض عن فوات الفرصة الضائعة معترفا بحق فاقده الفرصة في رفع دعواه وبقيام مسؤولية المحامي عن الضرر المحقق بضياح الفرصة^(٤) , فاذا تبين للقاضي إن فرص كسب الدعوى كانت سانحة لو عرضت على انظار القضاء, حكم للموكل بتعويض جزئي لا يصل بحال إلى

(١) عبد العزيز سليم قضايا التعويضات , الذهبي للنشر , ط ٣, القاهرة , ١٩٩٦ , ص ٥٢٠.

(٢) عبد العزيز سليم , مصدر سابق , ص ٥١٩.

(٣) عبد الباقي محمود سواوي, مصدر سابق, ص ٦.

(٤) وكان ذلك بحكم صادر محكمة بوج الفرنسية في ٢٧/ آذار - مارس / ١٩٨٤, وقرار الدائرة المدني لمحكمة النقض في ٧/ شباط - فبراير / ١٩٨٩, النشرة المدنية رقم ٦٢, مدونة القانون المدني الفرنسي , مصدر سابق. واحكام دائرة العرائض في ١٧ / يوليو - تموز / ١٩٨٩, محكمة سيبري ١٨٩١ - ١ - ٣٠٩ كما اخذت الدائرة المدنية بنفس الحل في حكمها الصادر في ٢٧ / مارس - آذار / ١٩١١, مجلة دالوز ١٩١٤ - ١ - ٢٢٥, اشار الى القرارات الاخيرة د. ابراهيم الدسوقي , مصدر سابق, ص ٨٩.

حد الكسب المأمول, اما اذا ظهر للقاضي إن فرص كسب الدعوى منعدمة أو شبه منعدمة فلا يحكم للموكل بشيء^(١).

فالسؤال الذي يرد هنا هو كيف تقوم مسؤولية المحامي تجاه الموكل بضياح الفرصة عليه ؟ ان المتأمل لمسؤولية المحامي عن فوات فرصة كسب الدعوى يرى انها تقوم على فرضيتين اثنتين تتمثل أولهما في ان اهمال المحامي قد يؤدي إلى عدم سماع الدعوى أصلا من طرف القضاء , أو بمعنى آخر أن الموكل قد حرم بخطأ الوكيل من عرض قضيته على أنظار القضاء . أما في الفرضية الثانية فإن الدعوى تكون قد رفعت إلى القضاء ولكن خطأ ما ارتكبه المحامي عند عرض الدعوى أو أثناء جريانها يكون قد ساهم في خسران الدعوى, في هذه الفرضية يكون الموكل قد جرب حظه فخرس الدعوى أما في الفرضية الاولى فإن الموكل يخسر قضيته دون أن يجرب حظه على ساحة القضاء ونقف بشيء من التفصيل على كل فرضية من هذه الفرضيات :

الفرضية الاولى: اذا لم ترفع الدعوى اصلا الى الجهة القضائية بسبب اهمال المحامي أو
تقصيره

قد يكلف المحامي برفع دعوى على الغير قبل انقضاء اجل التقادم المسقط للحق كما في الدعاوى التي ترفع على البائع بسبب عيب في المبيع^(٢) او الدعاوى التي ترفع على المهندسين المعماريين أو مقاولي البناء بسبب عيوب البناء^(٣) فإذا أهمل المحامي في رفع هذه الدعوى حتى سقط حق موكله في الادعاء فهو يسأل ليس على أساس ضياح الحق ولكن فقط عن فوات فرصة كانت سانحة فضاعت بإهمال الوكيل.. فأغفال المحامي رفع الدعوى الموكلة اليه حتى سقطت بالتقادم يشكل خطأ سلبياً من شأنه ان يحرم الوكيل من احتمال تحقق حدث مناسب

(١) نقض مدني فرنسي, الغرفة الاولى في ١٨/تشرين الاول- اكتوبر/ ١٩٧٨, مدونة القانون المدني الفرنسي , مصدر سابق, ص ١٣٥٧, د. عز الدين الديناصوري , د. عبد الحميد الشواربي, مصدر سابق , ص ١٥٧٢.

(٢) المادة (٥٧٠ / ١) من القانون المدني العراقي " لا تسمع دعوى ضمان العيب اذا انقضت ستة اشهر من وقت تسليم المبيع...."

(٣) المادة (٤/٨٧٠) من القانون المدني العراقي " تسقط دعوى الضمان المنصوص عيها في هذه المادة بانقضاء سنة واحدة من وقت حصول التهدم او انكشاف العيب" وانظر كذلك المواد ١٢٥ , ٢٣٢ , ٢٤٤ , ٢٦٩ , ٤٣٠ , ٤٣١ من نفس القانون.

مرغوب فيه ^(١) وفي ذلك قرر القضاء مسؤولية المحامي عن رفع دعوى بعد انقضاء المدة القانونية مقررة ان الضرر هنا هو خسارة فرصة ربح دعوى امام القضاء ^(٢)

الفرضية الثانية: اذا رفع المحامي الدعوى فخرها

نص قانون المحاماة العراقي رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ المعدل على واجبات المحامي في الفصل الثاني من الباب الرابع كما نظم قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ حضور المحامي في الدعوى وكيفية مباشرتها في الباب الثاني والثالث والرابع حيث اوضحت هذه المواد اجراءات مباشرة الدعوى والسير فيها , ومن ثم عدم مراعاة هذه الاجراءات القانونية يشكل خطأ من جانب المحامي يسأل عنه , عليه تقوم مسؤولية المحامي في هذه الفرضية في حالتين الاولى بسبب عدم احترام المحامي المواعيد المقررة قانونا والثانية اغفال المحامي لشكليات الدعوى.

أ- تفويت المحامي الأجل القانونية:

يتمثل تفويت المحامي للأجل القانونية بتفويته على موكلة مواعيد استئناف حكم أو مواعيد تمييز حكم واصبح هذا الحكم نهائيا في مواجهة الموكل اذ بأهماله تلك المواعيد يؤدي إلى منع أي جهة قضائية من نظر الدعوى سواء محكمة أول درجة أو محكمة استئناف أو حتى محكمة التمييز ^(٣) فيسقط حق الموكل في استئناف الدعوى التي سبق وخسرهما في مرحلة اولى كأن يهمل المحامي رفع استئناف لم يكتسب بعد قوة الشيء المقضي حتى تنتهي المدة المقررة لرفعه ويصبح الحكم بسبب إهماله باتا ، فهل يعتبر الضرر الذي لحق الموكل ضررا محققا أم هو مجرد ضرر احتمالي؟ وإذا كان ضرراً محققاً على اي أساس يقوم؟ هل على أساس فوات كسب الدعوى أم على أساس فوات فرصة كسب الدعوى فحسب ؟

أن كسب الاستئناف امر غير مؤكد كما لا يمكن القول مسبقا بخسارة هذا الاستئناف مادام القضاء لم يتصدى للدعوى ، لذلك فأن ما يمكن قوله هو أن المحامي قد فوت على موكله فرصة

^(١) LESOURD noelle op, cit, p.49

^(٢) نقض مدني فرنسي , في ١٨/كانون الاول - ديسمبر/٢٠٠١ , النشرة المدنية ١ , رقم ٣٢١ , مدونة القانون المدني الفرنسي , مصدر سابق, ص ١١٠٣ .

^(٣) د. سليمان مرقس , ج ١ , مصدر سابق, ص ٤١٠ .

كسب الدعوى بإهماله رفع الاستئناف في مواعده , وبفوات هذه الفرصة يكون المحامي قد قضى على أمل طالما راود موكله في الكسب وحول أمله من امر ممكن إلى أمر يستحيل تحقيقه (١) فخطأ المحامي قد أدى إلى إيقاف تطور سلسلة من الوقائع كان يمكن أن تكون مصدر لربح او تجنب خسارة (٢) وعلى اساس هذه النظرة قضت محكمة الاستئناف بمصر بالتعويض للمستأنف عن إهمال المحضر في إعلان صحيفة الاستئناف وتسببه بذلك في عدم قبول الاستئناف شكلاً لرفعه بعد الميعاد وقد تضمن قرار المحكمة أن الضرر قد يأخذ صورة حرمان من فرصة سانحة فيكون بذلك ضرراً محققاً من ناحية انه ضيع على من أصيب به فرصة سنحت له , ومن ثم يجب اعتبار المحامي مسؤول عن فوات الفرصة على موكله أيا كانت درجة احتمال نجاح الطعن وكسب الدعوى ذلك ان فوات الفرصة في حد ذاته يعد ضرراً محققاً يستوجب التعويض (٣) كما قضت بذلك محكمة النقض الفرنسية عن اهمال المحامي بتفويته المدة القانونية على موكله (٤).

ب- اغفال المحامي لشكليات الدعوى (عيب في الشكل)

يتطلب قانون المرافعات في مجال التقاضي شكليات واجراءات محددة كإقامة الدعوى بعريضة متضمنة طلبات المدعي الكاملة (٥) وبيانات اسم المحكمة والتاريخ وأسماء المدعي عليهم ومحال إقامتهم وبيانات موضوع الدعوى ووقائعها وأدلتها واسانيدها وتوقيع المدعي او وكيله (٦) فأغفال المحامي لهذه الشكليات في مجال التقاضي يؤدي إلى ضياع الحقوق وفوات

(١) عبد الباقي محمد سوادي , مصدر سابق, ص ٣٠٨.

(٢) د. سعدون العامري , تعويض الضرر, مصدر سابق, ص ٣٢.

(٣) استئناف مدني مصري رقم ٧٣٩ , في ١٧/ ابريل - نيسان/ ١٩٤٩ , المحاماة , السنة ٣١ , ص ٢٣٤ , والطعن رقم ٢٥٥ , لسنة ٢٠ قضائية جلسة ٢٣/٤/١٩٥٣ , ص ٩٤٩ , قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية , مصدر سابق.

(٤) نقض مدني فرنسي رقم ٢٣٤ , في ٨ / تموز - يوليو / ١٩٩٧ , مدونة القانون المدني الفرنسي, مصدر سابق , ص ١١٠٣.

(٥) المادة (٤٤ / ١) من قانون المرافعات العراقي " كل دعوى يجب ان تقام بعريضة".

(٦) المادة (٤٦) من قانون المرافعات العراقي "يجب ان تشمل عريضة الدعوى على البيانات الاتية :

١ - اسم المحكمة التي تقام الدعوى امامها .

الفرصة على اصحابها ، بحيث إن عددا كبيرا من حالات عدم القبول تكون بسبب خلو عريضة الدعوى من الأسماء أو عدم وضوحها ، أو عدم إرفاقها نسخة من القرار المطعون فقد نقضت محكمة التمييز في العراق حكم بسبب ان عريضة الدعوى لم تكن مشتملة على البيانات التي اوجبتها المادة ٤٦ من قانون المرافعات المدنية ^(١) وقد ايدت في قرار لها ما ذهبت اليه محكمة الاستئناف برد دعوى المدعي لان عريضة الدعوى جاءت غامضة وغير واضحة ولم تتضمن اي طلب للمدعي لكي تنتظر المحكمة فيه " ^(٢) وهكذا تحكم المحكمة في النهاية بتعويض اذا ما تبين لها إن الضحية (الموكل) كان بإمكانه كسب الدعوى لو أنها رفعت إلى الجهة القضائية المختصة أي لو ان الدعوى أخذت المجرى العادي للأمر, وعلى العكس من ذلك ترد المحكمة الطلب اذا ما تبين لها ان الدعوى كانت على كل حال ستخسر فيما لو رفعت , اي لم تكن هناك للمدعي أي فرصة في انجاح دعواه^(٣) ففي كل الدعاوي التي عرضت على القضاء في مجال فوات فرصة كسب الدعوى فانه يلاحظ إن القضاء يذهب إلى أن مسؤولية المحامي تكمن في كونه فوت على العميل فرصة كسب الدعوى وليس كسب الدعوى وهذا شيء أساسي.

وفي ضوء ما تقدم نرى إنه يجب اعتبار المحامي مسؤولا عن فوات الفرصة على موكله أو من يدافع عنه كفرصة الطعن في الأحكام أيا كانت درجة احتمال نجاح الطعن أو كسب

٢ - تاريخ تحرير العريضة .

٣ - اسم كل من المدعي والمدعى عليه ولقبه ومهنته ومحل اقامته , فان لم يكن للمدعى عليه محل اقامة معلوم فأخر محل كان به .

٤ - بيان المحل الذي يختاره المدعى لغرض التبليغ .

٥ - بيان موضوع الدعوى فان كان منقولاً ذكر جنسه ونوعه وقيمته واوصافه وان كان عقارا ذكر موقعه وحدوده او موقعه ورقمه او تسلسله .

٦ - وقائع الدعوى وادلتها وطلبات المدعى واسانيدها .

٧ - توقيع المدعى او وكيله اذا كان الوكيل مفوضا بسند مصدق عليه من جهة مختصة .

^(١) تمييز مدني عراقي رقم ١٠٧٧ ، في ٣١/١٠/٢٠١٠ ، قاعدة التشريعات العراقية - <http://www.iraq-ild.org>.

^(٢) تمييز مدني عراقي رقم ٩٨٧ ، في ٩/٦/٢٠٠٩ ، المصدر السابق نفسه.

^(٣) نقض مدني فرنسي ، الغرفة الاولى ، في ١٨/تشرين الاول - اكتوبر / ١٩٧٨ ، مدونة القانون المدني الفرنسي ، مصدر سابق ، ص ١٣٥٧ ، عبد الباقي محمود سوادى ، مصدر سابق ، ص ٣١١ .

الدعوى لان فوات الفرصة في حد ذاته ضرراً محققاً يستوجب التعويض أما درجة احتمال الكسب فتدخل في تقدير التعويض فإذا كان احتمال الكسب ضعيفاً نقص مبلغ التعويض بما يقابل ذلك الاحتمال .

الفرع الثاني: الخطأ الطبي في فوات الفرصة

أن علم الطب شأنه في ذلك شأن غيره من العلوم الأخرى ليس بمنأى عن الخطأ بل عن كثرة الخطأ أحياناً, فمهما تقدم علم الطب فإنه لا بد وأن نجد فرصاً للخطأ الطبي كالخطأ في تشخيص الداء أو التقصير في الرعاية أو الخطأ في التخدير أو الخطأ في العمليات الجراحية , وقد تقل فرص هذه الأخطاء مع التقدم العلمي ولكنها لا يمكن أن تستبعد بصفة نهائية وقاطعة فمثل هذا الاستبعاد هو حلم مازال بعيد المنال^(١)

فمن المعروف إن الطبيب لا يسأل عن موت المريض أو ضرره الجسدي إلا إذا كان خطأه هو السبب الأكيد لذلك , فهناك حالات يكون فيها التدخل الطبي هو الذي احدث الظاهرة المرضية مثال ذلك نسيان مادة داخل جسم المريض أدى إلى اضطرابات مضاعفة أو تخدير دون التأكد من خلو معدة المريض مما أدى إلى اختناقه فمما لا شك فيه إنه في مثل هذه الحالات يكون من المحقق إن الخطأ الطبي كان هو السبب الوحيد في حدوث الضرر وإن المسؤولية المترتبة عنه لا يمكن أن تكون الا مسؤولية كاملة^(٢) , لكن هناك حالات أخرى وهي غالبية يكون فيها خطأ الطبيب خطأ في العلاج أو تقصير في الرعاية لم يكن له من أثر سوى إنه ترك الحالة المرضية التي يشكو منها المريض تتطور , فخطأ الطبيب في هذه الحالات يكون ثابتاً لأن الطبيب لم يلتزم تجاه المريض بإعطائه العلاج المناسب والمطابق لمعطيات العلم الثابت , لكن في الوقت نفسه لم يثبت أن خطأ الطبيب هو السبب الأكيد لعجز المريض او وفاته مثلاً, وإنما ثبت إنه فوت عليه فرصة الشفاء أو فرصة البقاء على قيد الحياة بمعنى إنه لولا خطأ الطبيب لكان هناك فرصة أكبر لشفاء المريض او لبقائه حياً لذلك فالطبيب لا يسأل هنا عن الموت الذي لم يثبت إنه حدث يقينا بسبب هذا الخطأ لكن يسأل فقط عن حرمان المريض من

(١) د. سهير منتصر , المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء , دار النهضة العربية , مصر , ١٩٩٠ , ص ٦-٨ .

(٢) د. محمد حسين منصور , المسؤولية الطبية , دار الجامعة الجديدة للنشر , ١٩٩٩ . ص ١٦٦ .

فرصة الشفاء او فرصة البقاء التي فوتها عليه, وحينئذ يقدر الضرر بقدر هذه الفرصة التي ضاعت على المريض (١)

ونود ان نقف في هذا الفرع على استعراض الاخطاء الطبية التي ادين من اجلها الطبيب على اساس فوات الفرصة في الآتي:

أولاً: فوات الفرصة بسبب الخطأ في التشخيص

لا يثير مجرد الخطأ في التشخيص مسؤولية الطبيب إلا إذا كان منطويًا من جهة أولى على إهمال في الفحص الطبي وهو ما يطلق عليه "الخطأ في التشخيص" الذي مفاده تسرع الطبيب في بت وتقرير حالة المريض دون الاستماع للمعلومات أو الاستعانة بالتحاليل الطبية التي تمكنه من الوصول إلى تشخيص سليم لحالته الصحية , ومن جهة ثانية عندما يشكل ذلك الخطأ جهلاً جسيماً بأوليات الطب وهو ما يسمى بالخطأ العلمي في التشخيص (٢)

فقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أن "مسؤولية الطبيب لا تقوم في الأصل على إنه يلتزم بتحقيق غاية هي شفاء المريض وإنما يلتزم ببذل العناية الصادقة في سبيل شفاؤه. ولما كان واجب الطبيب في بذل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقظ من اوسط زملائه علماً ودراية في الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة وبصرف النظر عن المسائل التي اختلف فيها أهل المهنة لينفتح باب الاجتهاد فيها فإن انحراف الطبيب عن أداء هذا الواجب يعد خطأ يستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق بالمريض ويفوت عليه فرصة العلاج مادام هذا الخطأ قد تدخل بما يؤدي إلى ارتباطه بالضرر , فإذا كان الحكم المطعون فيه قد حصل إن الطاعن طبيب قد أمر بنقل مريضته من مستشفى إلى آخر وهي على وشك الوفاة وقبل إحالتها إلى القسم المختص لفحصها واتخاذ ما يجب بشأنها مما أدى إلى التعجيل في وفاتها واعتبر الحكم هذا التصرف خطأ لا يبرره له ادعاء الطاعن بعدم

(١) د. محمد حسين منصور, مصدر سابق , ص ١٦٧

(٢) علي عصام غصن , الخطأ الطبي , منشورات زين الحقوقية , بيروت , ٢٠٠٦ , ص ٦١-٦٤

ضرورة التدخل الجراحي اذ ان هذا الادعاء بفرض صحته لم يكن ليحول دون إحالة المريضة إلى القسم المختص لفحصها وتقرير العلاج اللازم لها وتأخير نقلها من هذا المستشفى في الوقت الملائم لحالتها المرضية فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون^(١)

فالطبيب لا يمكن أن يسأل عن أدائه للعملية ولا يجوز للمحاكم أن تناقشه فيها ولا في التشخيص الذي يعطيه لأي مريض يعرض عليه طالما إنه كان في النطاق الذي تسمح به قواعد الطب الفنية، وجدير بالتذكير أن خطأ الطبيب في تشخيص المرض ينظر فيه إلى مستواه من جهة وتخصصه من جهة أخرى ذلك إنه من البديهي إن خطأ الطبيب الاختصاصي يعتبر ادق في التقدير من خطأ طبيب في الطب العام كما أن الاختصاصي لا يسأل عن خطئه في معرفة مرض لا يدخل في دائرة اختصاصه^(٢) اذ يتكون بين الطبيب ومريضه عقد حقيقي يتضمن بالنسبة للطبيب الممارس التزاماً بتأمين العناية الدقيقة والمناسبة ومع مراعاة الظروف الاستثنائية المطابقة للمعطيات العلمية المكتسبة^(٣)

واعتد القضاء الفرنسي أيضاً بالخطأ الفاحش في تشخيص المرض الذي أدى إلى تأخير علاج الحصبة التي تطورت فيما بعد الى ولد معاقاً مخلفاً عواقب وخيمة^(٤) كما ذهب القضاء إلى اعتبار تأخير التشخيص والعلاج كان بسبب التطور الخطير الذي رتب عواقب وخيمة على المريض وأن هذه الأخطاء قد فوتت على المريض فرصة أن يكون في وضع صحي اقل خطورة من الذي يوجد عليه حالياً اذ يتحمل الاطباء بسبب اصرارهم على تشخيص خاطئ مسؤولية

(١) تقض مدني مصري رقم ٣٨١ ، في ٢٢/مارس - اذار/١٩٦٦ ، سنة ٣١ نقلا عن ادوار غالي الذهبي، خطأ الطبيب وتقويت الفرصة على المريض، مجلة ادارة قضايا الحكومة ،ع، ١٩٧١ ، ص١٩٤-١٩٥

(٢) د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ١٦٨ .

(٣) تقض مدني فرنسي، في ٣٠ /نشرين الاول - اكتوبر/١٩٦٢، مدونة القانون المدني الفرنسي، مصدر سابق، ص١٤٣٦ .

(٤) تقض مدني فرنسي ، الغرفة الاولى ، في ٢٦/ اذار - مارس /١٩٩٦، النشرة المدنية ١، رقم ١٥٦، مدونة القانون المدني الفرنسي، مصدر سابق، ص١٤٢٩ .

خسارة فرصة تجاه المريض في تحمل عواقب اخف لمرضه^(١) و نفس الحكم بالنسبة للطبيب الذي امتنع عن وصف العلاج المعهود رغم تعليمات معهد السرطان، مما أدى إلى إجراء جراحة أصبحت حتمية للمريض بعد عدة شهور، فهذا الامتناع افقد المريض بعض الفرص في الشفاء أو في التحسن، و هذه الفرص و إن كانت ضئيلة إلا أنها مع ذلك ليست افتراضية بل محققة، و يلتزم الطبيب بتعويض الضرر الناتج عن ذلك و لكن التعويض الذي يقضي به القضاء من ضياع فرصة الحياة أو الشفاء أو التحسن يكون جزئياً و ليس كاملاً يساوي كل الأضرار الناجمة عن الخطأ، سواء أكانت وفاة أو عاهة أو أي ضرر آخر^(٢).

ثانياً: فوات الفرصة بسبب التقصير في اتخاذ الحيطة اللازمة

ان الالتزام الذي يقع على عاتق كل طبيب في ان يبذل جهوداً صادقة متفقة مع ما توجبه مقتضيات العمل الطبي بحيث إن الإخلال بهذا الواجب يستوجب مساءلته عن ذلك فيعتبر تقصيراً في عمله تخدير مريض دون الاستعانة بطبيب التخدير ، أو عدم إجراء الفحص الشامل لحالة المريض قبل إجراء العملية الجراحية^(٣) لذلك ذهب القضاء في احدى القضايا الى اعتبار غياب الطبيب لم تكن تبرره اية ضرورة مهنية بالإضافة إلى كونه لم يتخذ أي إجراء بشأن من يقوم مقامه عند الاقتضاء في وقت كان يعلم إنه يتعذر الاتصال به اثناء غيابه يشكل خطأ يستوجب مساءلته خاصة وأنه قد زاد من تفاقم الخطأ الطبي كون الطبيب كان قد غادر قاعة العمليات بعد فحص متسرع والمريضة تتزف دماً حتى وهي على السرير المنتقل في الطريق إلى غرفتها وذهبت المحكمة إلى القول (وحيث ثبت للمحكمة إن السيدة (ت) وجدت نفسها محرومة من الرعاية اليقظة التي كان من حقها ان تحصل عليها بمقتضى العقد من طبيب وضعت فيه

(١) نقض مدني فرنسي ، الغرفة الاولى ، رقم ٢٣٨ في ٨/تموز - يوليو / ١٩٩٧ ، مدونة القانون المدني الفرنسي ، مصدر سابق ، ص ١٣٥٨ ، وايضاً قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٤٥٠/٧٩٤ بتاريخ ١٣/٥/٢٠٠١ ، غير منشور .

(٢) استئناف باريس ١٤ /كانون الاول - ديسمبر / ١٩٨٦ ، نقلاً عن د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ١٦٩ ، نقض مدني فرنسي الصادر في ١٩ / ايار - مايو / ١٩٩٨ ، النشرة المدنية ١ ، رقم ١٨٠ ، مدونة القانون المدني الفرنسي ، مصدر سابق ، ص ١٤٣٧ .

(٣) منير رياض حنا ، مسؤولية الاطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، ٢٠٠٨ ، ص ٤٦٦ .

تفتتها ,هذا الطبيب الذي لم يول للمريضة العناية الطبية الكافية ولم يبادر بمجرد عودته إلى تأمين علاج تكمن جدواه في التكبير به خلصت المحكمة أن اخلال الطبيب بالتزامه يكون قد ضيع على السيدة (ت) فرصة مهمة للشفاء⁽¹⁾

هذه جملة من الأخطاء الطبية التي أسس القضاء عليها القول بالتعويض عن فوات الفرصة , الا ان هذا التوجه القضائي قد لقي انتقادا شديدا من لدن بعض الفقه وعلى رأس هذا الفقه العميد سافاتييه في بحث له بعنوان " هل يمكن لخطأ أن ينتج المسؤولية عن ضرر لم يسببه" والفقيه شابا في بحث له بعنوان " نحو تغيير طبيعة الالتزام الطبي " يعارض فيه مساءلة الطبيب عن فوات الفرصة.

لكن الملاحظ إن هذا الفقه يقر بأن الخطأ الطبي في القضايا المعلق عليها كان ثابتا في حق الطبيب بما لا يدع مجالا للشك في ذلك يقول (سافاتييه) أن خطأ الطبيب كان ثابتا بيقين⁽²⁾ ونفس الرأي يذهب إليه الفقيه (شابا) اذ نجده بعد ان يستعرض مختلف الأحكام والقرارات المرتبطة بنظرية فوات الفرصة في مجال المسؤولية الطبية يقول في كل هذه القضايا فقد نسب الى الطبيب وطبيب التخدير خطأ مهني ثابت بما لا يدع مجالا للشك⁽³⁾ , وهكذا فان مسألة الطبيب عن فوات الفرصة لم تُدنه بسبب جراته ولا ادانته من اجل مخاطر مرتبطة بالعمل الطبي ولكن بسبب تقصير في العلاج او بسبب خطأ في تشخيص الداء الامر الذي فوت على مريضه فرصة مهمة للشفاء او البقاء .

⁽¹⁾ نقض مدني فرنسي في ٢٧/ ايار - مايو/ ١٩٩٨ النشرة المدنية ١, رقم ١٧٨, والقرار الصادر في ٧/ اذار - مارس/ ١٩٦٦, والقرار الصادر في ٩/ نيسان - ابريل/ ٢٠٠٤, النشرة المدنية ١, رقم ٢٦١, مدونة القانون المدني , مصدر سابق, ص ١٤٣٧.

⁽²⁾ SAVATIER Rene, op.cit, p.123.

⁽³⁾ SHABAS Francois op. cit, p.133

الفرع الثالث

فوات الفرصة نتيجة الاخلال بتنفيذ عقد او الانهاء التعسفي للمفاوضات

إن قيام عقد صحيح يفرض التزام على عاتق المدين بتنفيذ ما التزم به وعدم التأخير فيه، وان اي اخلال بذلك يشكل خطأ عقدياً ، فالخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد فالمدين الذي التزم بالعقد يجب عليه تنفيذ التزامه طبقاً لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" كما يجب على كل من المتعاقدين تنفيذ التزامه بحسن نية وبصورة تتفق وما توجبها الثقة بين الناس^(١) ولا يجوز لاحدهما الرجوع عن العقد ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي بينهما^(٢) ويجبر على تنفيذه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً^(٣)، فاذا لم يقم المدين في العقد بالتزامه كان هذا هو الخطأ العقدي ويستوي في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن عمده أو عن إهماله ، بل أن الخطأ العقدي يتحقق حتى لو كان عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة ولكن يلاحظ في هذه الحالة الأخيرة إنه إذا تحقق الخطأ العقدي ، فان علاقة السببية -وهي ركن في المسؤولية العقدية - تنعدم ، ولا تتحقق المسؤولية^(٤) وهذا ما تنص عليه المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " اذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشئت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، وكذلك يكون الحكم إذا تأخر

(١) د. عبد المجيد الحكيم ، د. عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ١٦١.

(٢) المادة (١٤٦/١ف) ، من القانون المدني العراقي.

(٣) المادة (٢٤٦/١ف) ، من القانون المدني العراقي ، وتقابلها المادة (٩٩/١ف) من القانون المدني المصري " ينفذ الالتزام جبراً على المدين".

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق، ص ٥٣٦-٥٣٧.

الملتزم في تنفيذ التزامه" فانقضاء الالتزام هنا إنما يكون نتيجة استحالة تنفيذه عينا ولعدم تحقق المسؤولية العقدية بانعدام أحد أركانها، وعليه إذا أبرم عقد وكان تنفيذه مضطرباً أو متعذراً بسبب وقوع خطأ عقدي فإن تعويض الضرر يكون مقبولاً على الأقل عندما يكون المتضرر المباشر هو الذي يطالب بالتعويض على أساس تقويت فرصة تنفيذ العقد المتفق عليه^(١) ومن أمثلة إخلال المتعاقد بالوفاء بالتزامه التعاقدية تخلف الناقل عن نقل المسافر الذي تفوته نتيجة ذلك فرصة دخول الامتحان الذي كان يسعى إلى النجاح فيه ، او تفوته فرصة الاشتراك في مناقصة كان يأمل كسبها ، او تأخر الناقل في إيصال الحصان إلى حلبة السباق المزمع اشتراكه فيه في الوقت المحدد ، فتفوته فرصة الاشتراك في السباق وضياع الجائزة عليه ، أو في إخلال وتعاكس الناشر عن طبع مؤلف وحبس أصوله عدة سنوات فتضيع على المؤلف فرصة تسويق مؤلفه ، او إخلال المحامي في استئناف حكم فتضيع على موكله فرصة كسب الحق المتنازع عليه ففي كل تلك الأمثلة وغيرها فإنه يتعين تعويض المتضرر عن فوات الفرصة عليه فحسب ، أي عن الضرر الناشئ عن ضياع فرصة تحقيق الكسب المتوقع للمتضرر سواء كان جلب منفعة أو درء خسارة وهذا الضرر يرتبط بعلاقة سببية مع الفعل الضار للمتعاقد المدين ، الذي أحل بالتزاماته العقدية ، لذلك نجد إن المحاكم لغرض الحكم بالتعويض فأنها تلزم المدعي بأن يثبت إن هناك إخلالاً وقع في العقد نتج عنه ضرر للمدعي بيد أنه على المدعي أن يثبت فقط واقعة تحقق الضرر وليس عليه أن يثبت مقداره بل عليه أن يثبت أن هناك ضرراً قد تحقق ويشفعه بدليل راجح مقبول للمحكمة التي سوف تقدر التعويض^(٢) وهكذا قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية الشركة التي قامت بتركيب جهاز انذار في حالة السرقة ، عن الإخلال بالتزامها التعاقدية لان عملية السرقة تمت ولم يعمل جهاز الانذار لذلك اعتبرت الشركة مخلة بالتزامها العقدي ومسؤول عن تعويض فوات فرصة على العميل في تجنب السرقة او الحد من اثارها في الحكم الذي جاء فيه " ان الشركة التي قامت بتركيب جهاز الانذار اخلت بالتزامها العقدي بسبب

(١) د. ايمن العشماوي، مصدر سابق، ص ١١٨.

(٢) د. وليد خالد عطيه ، مصدر سابق، ص ٣٤. وجاء حكم للمحكمة الاتحادية العليا في الامارات ان " فسخ عقد المقاوله - يجيز للطرف المتضرر مطالبة الطرف الآخر بالتعويض شاملا ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب مع اعتبار تقويت الفرصة ضرر محقق . شموله التعويض عن الضرر الأدبي عما أصاب سمعته واعتباره أو عاطفته " الطعن ٨٢، لسنة ٢١، قضائية ١٣/٥/٢٠٠١ منشور على موقع بوابة التشريعات الاماراتية.

عجز الجهاز وعدم قدرته على العمل وان الضرر الناتج عن هذا العجز يتمثل في تفويت فرصة تجنب السرقة وهو ضرر مستقل عن السرقة نفسها" (١)

و حيث ان المقرر في الشريعة الاسلامية على الوفاء بالعقود والالتزامات في مواطن كثيرة من الكتاب والسنة النبوية كقوله تعالى : **(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)** لذلك فان الوفاء بالعقود والالتزامات واجب شرعي وان الاخلال بشيء منها يوجب الجزاء على من اخل بها وعلى ذلك اصدرت هيئة كبار العلماء قراراً رقم ٢٥ بتاريخ ٢١/٨/١٣٩٤هـ/١٩٧٤م يجيز بمشروعية العوض عن الاخلال بالعقود على اعتبار انه عقوبة مالية في مقابل الاخلال به على مظنة الضرر وتفويت المنافع (٢)

ألا أن انعقاد العقد عن طريق الايجاب والقبول يمر بمرحلة أولية تسمى بمرحلة المفاوضات فقد يقوم احد المتفاوضين بقطع المفاوضات العقدية دون سبب أو بصورة مفاجئة أو يعدل ايجابه الذي سبق واوجبه , فالسؤال الذي يرد هنا هل يمكن القول ان ذلك العدول خطأ يوجد المسؤولية ؟ للإجابة على هذا التساؤل نقول أن هناك اتجاهين بشأن مسؤولية المفاوض .

أولاً: الاتجاه التقليدي

القائلون بهذا الاتجاه يرون ان المفاوضات العقدية هي عمل مادي لا يترتب أي اثر طالما لم تتجه إرادة المتعاقدين وبشكل نهائي الى التعاقد فالقانون لا يترتب أي أثر على المفاوضات العقدية فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يراه دون أي مسؤولية مادام الطرفين لم يصلا الى اتفاق (٣) وقد سادت في هذا المجال ما يسمى بنظرية الاحتمالية والتي بموجبها يتحمل كل طرف مخاطر دخوله في مفاوضات العقد وقد كانت هذه النظرية تستند إلى ضرورة حماية مبدأ حرية التعاقد خلال فترة المفاوضات ، وإن فرض أي التزام

(١) نقض مدني فرنسي الغرفة المدنية الاولى , رقم ٢٧٦, في ٦/ تشرين الاول - اكتوبر /١٩٩٨, مدونة القانون المدني الفرنسي ' مصدر سابق, ص ١١٠٤ .

(٢) مجلة البحوث الإسلامية , العدد الثاني , ج ٢, الإصدار : من شوال إلى ربيع الأول لسنة ١٣٩٥ هـ ١٣٩٦ هـ , ص ١٣٩ .

(٣) كريم كاظم الشمري, المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقد, مجلة الفتح, عدد ٢٧, ٢٠٠٦, ص ١

هذه المرحلة قد يؤدي إلى إعاقة المفاوضات العقد^(١) وإذا كانت المفاوضات العقدية علاقة تقوم بين طرفيها يستحيل على القانون إغفال امرها فمن غير المقبول مطلقاً تقييد حرية المتفاوض في أن يتعاقد أو لا يتعاقد فتلك حرية يجب أن تظل مكفولة إلى أبعد الحدود والا تردد الناس عن الدخول في أي مفاوضات وتراجع التعامل بها الأمر الذي يقتضي إقرار مبدأ إعطاء الحق لكلا الطرفين في الانسحاب من المفاوضات دون ترتيب أي مساءلة أو تعويض عنها حتى لو تعذر الوصول إلى اتفاق بينهما^(٢) فالحق في عدم الموافقة على اقتران ارادة بأخرى إلا باتفاق ثنائي متبادل يعد شيئاً مقدساً لا يجوز المساس به اذ يكون من غير المنطقي اجبار شخص بالتزام تعاقد لا يرغب المساهمة فيه^(٣) فمثلاً يرى الفقيه الفرنسي (ريبير) ان حق الامتناع عن التعاقد حق محترم وان حرية التعاقد يجب ألا تجد لها حدود^(٤)

ثانياً : الاتجاه الحديث

لم تعد المفاوضات العقدية على وفق المفهوم الحديث مجرد تبادل لوجهات النظر لا يرتب قطعها اي أثر قانوني فالمفاوضات العقدية اصبحت من الناحية العملية تستلزم دراسات عملية وأنفاق مبالغ مالية كبيرة، وأمام تطور مبدأ حسن النية في العقود الذي أصبح يشمل مرحلة تكوين العقود بعد أن كان قاصراً على مرحلة التنفيذ وامام انحسار مبدأ حرية التعاقد أدى كل ذلك إلى تطور مفهوم قطع المفاوضات العقدية واصبح من الممكن تكييف قطع المفاوضات ذاته بأنه خطأ يوجب المسؤولية على أساس اخضاع المفاوضات العقدية لمبدأ حسن النية , فمجرد البدء بإجراءات التفاوض يفرض التزاماً على الطرفين وهو التقييد بمبدأ حسن النية في التفاوض والذي من أثاره المباشرة إنه لا يجوز لأي طرف قطع المفاوضات بلا اسباب مقنعة وجدية^(٥) عليه فقد

(١) د. ايمن دواس , المسؤولية عن قطع المفاوضات دون سبب جدي, مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية, مجلد ٥, ع ١٤, فبراير/شباط, ٢٠٠٨, ص ١٦٨.

(٢) فؤاد العلواني, د. جمعة الربيعي , الاحكام العامة للتفاوض والتعاقد عبر الانترنت, بغداد, ٢٠٠٣, ص ٢٣-٢٤.

(٣) د. صلاح الدين زكي , تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين , ١٩٦٣, بدون اسم مطبعة , ص ٨٨.

(٤) نقلاً فؤاد العلواني , د. جمعة الربيعي , مصدر سابق , ص ٤٦.

(٥) د. صبري حمد خاطر , قطع المفاوضات العقدية , مجلة كلية الحقوق / جامعة النهريين , المجلد ١, عدد ٣, ١٩٩٧, ص ١٢٢-١٢٤.

اصبح للمفاوضات العقدية نظامها القانوني الذي يستلزم من كل طرف ان يتصرف على وفق مبدأ حسن النية فإذا انحرف في سلوكه عن هذا المبدأ فقد أخل بالثقة المشروعة التي تتكون نتيجة المفاوضات العقدية ويعني ارتكاب المفاوض خطأ ومن هنا يمكن تكيف قطع المفاوضات في ذاته خطأ يوجب المسؤولية ولا يشترط في هذا الخطأ توافر نية الإضرار ولا مقدار معين من جسامة خطأ^(١)

وهكذا فإن الاتجاه السائد يرى في حالة العدول عن المفاوضات هو اخلاصاً بالثقة المشروعة ويعتبر خطأ يوجب المسؤولية، الا ان الفقه انقسم رائيه في شان تحديد طبيعة ذلك الخطأ الى قسمين:

الاول: يرى اصحاب هذا الاتجاه ويتزعمه الفقيه (هيرنج) أن الخطأ في الفترة السابقة على التعاقد وسواء ترتب عليه عدم انعقاد العقد أم أدى الى بطلان هذا العقد هو خطأ عقدي يثير المسؤولية العقدية على عاتق مرتكبه بتعويض الضرر الذي لحق الطرف الآخر على افتراض وجود عقد ضمنى مقترن بكل تعاقد ، بمقتضاه يتعهد كل شخص مقدم على التعاقد للطرف الآخر بصحة التصرف وبان لا يقوم من جانبه سبب يوجب بطلان العقد وبذلك يكون رضاء المتعاقد الآخر في الوقت نفسه أيضاً قبولاً ضمناً لهذا التعهد فيتم عقد الضمان بأيجاب وقبول ضمنيين^(٢)

الثاني: يرى اصحاب هذا الاتجاه أن مبنى المسؤولية في الفترة السابقة على التعاقد في حالة عدم اتمام التعاقد هو المسؤولية التقصيرية لان العقد لا يتم الا باقتران الايجاب والقبول وهذا لم يحصل وعليه فان احكام المسؤولية التقصيرية هي التي تطبق في حالة عدم وجود عقد^(٣)

(١) كريم كاظم الشمري ، مصدر سابق ، ص ٢.

(٢) د. سليمان براك ، المفاوضات العقدية ، رسالته للماجستير ، جامعة النهرين ، ١٩٩٨ ، ص ٤٣-٤٤.

(٣) د. صبري حمد خاطر ، مصدر سابق ، ص ٣١ ، وهذا الاتجاه تبنته محكمة التقض المصرية حيث قضت بأنه " المفاوضات ليست إلا عملاً مادياً لا يرتب عليها بذاتها أي أثر قانوني فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد دون إن يتعرض لأية مسؤوليه أو يطالب ببيان المبرر لعدوله ، ولا يرتب هذا العدول مسؤولية على من عدل ألا اذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض ، وعبء اثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر يقع على عاتق ذلك الطرف ، ومن ثم فلا يجوز اعتبار مجرد

ويلاحظ بالنسبة للتطور الحالي للقضاء إنه إذا كان إبرام العقد امرا محتملا او راجحا ، فإن المحاكم تعد إنهاء المفاوضات في هذه الحالة يشكل ضررا محققا للطرف الآخر ، وتمنحه تعويضا عن فوات الفرصة ، وقد أيدت محكمة النقض من خلال هذا منظور إحدى محاكم الاستئناف في تقريرها مسؤولية البنك لأنه تسببت بقطع التمويل ، الذي كان يمنح بانتظام حتى ذلك الحين وفقا للقانون في إنهاء المفاوضات التي كانت تجرى بقصد استئناف نشاط مشروعين ، وقد أشارت محكمة النقض الى ان قضاة الدرجة الثانية " أخذوا في اعتبارهم الاحتمال القائم بتنفيذ هذين المشروعين ، أنهم قصروا التعويض على هذا الضرر المصغر المتمثل في تفويت الفرصة " (١)

ويرى (هيرنج) إن الأمر لا يتعلق هنا بفوات فرصة إبرام العقد الذي قطعت المفاوضات الدائرة بشأنه ، ولكن بتفويت فرصة إبرام عقد جديد مع الغير بشروط مماثلة ، فالمتضرر كان يمكنه بلا شك أن يجري مفاوضات أخرى تؤدي إلى نتيجة أفضل أي ان الفرصة التي ضاعت هي فرصة إبرام عقد آخر غير العقد الذي قطعت المفاوضات الخاصة به بطريقة تعسفية ويؤيد بعض الشراح بشدة هذا التحديد حيث يرى إنه من العبث التفكير في فرص إبرام عقد (او اتفاق) لم ينعقد ، غير إنه يمكن تصور إن المتضرر لو لم يتفاوض مع الطرف الذي قطع المفاوضات بشكل تعسفي لكان بإمكانه أن يبرم عقد بديلا مع الغير (٢) وهذا ما اخذ به القضاء في قضية تلخصت وقائعها بأن زوجين أعلنوا رغبتهما في قبول عرض بيع عقار ما ، وبناء على طلبهما تم تمديد مدة العرض كي يتمكن من توفير التمويل اللازم للشراء ، ولكنهما بعد مضي ثلاثة أشهر أخرى افصحا عن نيتهما الفاطعة في عدم الشراء ، حيث قرر إن مناط الحكم بالتعويض هو

العدول عن اتمام المفاوضات ذاته هو المكون لعنصر الخطأ أو الدليل على توفرها " نقض مدني في ٩/شباط - فبراير/١٩٦٧ ، مجموعة احكام النقض ، السنة ١٨ رقم ٥٢ ، ص ٣٣٤ .

(١) نقض مدني فرنسي ، في ٢٢/شباط- فبراير/١٩٩٤ ، النشرة المدنية ١ ، رقم ٩٢ ، مدونة القانون المدني الفرنسي ، مصدر سابق، ص ١٠٠٧ .

(٢) د. ايمن ابراهيم العشماوي ، مصدر سابق، ص ١٢٥-١٢٦ .

البحث فيما إذا كان البائع اعتقد إنه ملزم بعرضه وباعتقاده إنه لا يمكن النكول عنه وبذلك لم يتصرف بالعقار طوال هذه المدة وذلك أمرا اضاع عنه فرصا لبيعه^(١).

المبحث الثاني

الضرر في المسؤولية عن فوات الفرصة

من المبادئ العامة في المسؤولية المدنية إن الشخص لا يسأل عن الضرر الذي أصاب غيره الا اذا كان خطؤه هو السبب الاكيد لهذا الضرر^(٢) ومن ثم فكل خطأ يسبب ضرر للغير

(١) نقض مدني فرنسي في ٢٢/٢/٢٠٠٦ نقلا عن د. ايمن دواس مصدر سابق, ص ٢٥, وقرار النقض الفرنسي , الغرفة المدنية الثالثة, في ٣/تموز - يوليو/٢٠٠٢, النشرة المدنية ٣, رقم ١٥٧, مدونة القانون المدني الفرنسي, مصدر سابق, ص ١٠٠٧.

(٢) د. منذر الفضل, مصدر سابق, ص ٤٠٤.

يلزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر^(١) فالخطأ لا يكون منتجا ولا يعتد به في المسؤولية المدنية إلا إذا سبب للمدعي ضررا ماديا أو معنويا ، ومن ثم يتحتم على القضاء رفض طلبات التعويض إذا لم يثبت للمحكمة وجود الضرر او وجد الخطأ^(٢) والاتجاه القضائي بهذا المعنى قديم^(٣)

ويعرف الضرر بأنه الأذى يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة^(٤) مشروعة له^(٥) ذلك الحق او تلك المصلحة قد يكون متعلقا بسلامة جسم الشخص او عاطفته او بحريته او بشرفه واعتباره، وقد يكون متعلقا بأمواله فيسبب له خسارة فيها سواء كانت ناتجة عن نقصها او عن نقص منافعها او عن زوال بعض اوصافها ونحو ذلك من كل ما يترتب على نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر^(٦)

وقد عرف الضرر في الفقه الاسلامي بتعاريف متعددة ، حيث عرفه البعض تعريفا موجزا ومبسطا بانه" الحاق مفسدة بالآخرين"^(٧) كما عرف ايضا بانه الأذى الذي يصيب الشخص في كل ما حرمة الشريعة المساس به على الآخرين^(٨) فالضرر اما أن يكون ماديا أو أو أدبيا ويراد بالضرر المادي ذلك الأذى الذي يلحق خسارة مالية بالمتضرر يؤدي إلى نقص في ذمته المالية مثال ذلك المساس بحق من حقوقه المالية كحق الملكية عن طريق الاتلاف اما

(١) المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي تقابلها المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري .

(٢) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ٩.

(٣) تمييز مدني العراق، رقم ٩١١، حقوقية، في ١٩٦٣/٥/٢٨ ، قضاء محكمة تمييز العراق ، عدد ١، ص ٣٩ ، والقرار رقم ٣١١٧-حقوقية ١٩٦٣/١/٢٩ ، قضاء محكمة تمييز العراق، عدد ١، ص ٦٩.

(٤) يقصد بالمصلحة هنا (الاعتداء على مصلحة يحميها القانون اذ ان الاعتداء على مصلحة غير مشروعة لا يفتح بابا للتعويض) يشير الى ذلك د. مقدم السعيد ، مصدر سابق ، ص ٤٠.

(٥) د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٧١ ، ص ٥٨٥ وفي هذا المعنى ايضا مصطفى مرعي ، مصدر سابق، ص ١١٨.

(٦) الشيخ علي الخفيف، مصدر سابق، ص ٤٦.

(٧) د. محمد فوزي فيض الله ، مصدر سابق ، ص ٣٤.

(٨) د. جبار صابر طه ، مصدر سابق ، ص ١٢٢.

المقصود بالضرر الأدبي فهو الاذى الذي يلحق بشرف الإنسان وسمعته واعتباره ومركزه الاجتماعي^(١)

فالضرر ركن أساسي في المسؤولية لأن المسؤولية تعني التزاما بالتعويض^(٢) وهو المحور الذي تدور عليه المسؤولية بوجه عام وجودا وعدما , فاذا انتفى الضرر, فقد انتفت المسؤولية مهما كانت جسامة الخطأ فهو الذي يعطي الحق في التعويض وهو يبزر الحكم به لا الخطأ^(٣) وقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية ما يلي " فاذا لم يثبت وقوع ضرر فعلا فلا فلا محل للبحث عن المسؤولية تقصيرية كانت ام عقدية"^(٤)

وفي الفقه الاسلامي ليس كل اتلاف يوجب الضمان , فاذا وقع الضرر فعلا ووجب التعويض لان السبب يفضي الى مسببه^(٥) فاذا لم يترتب على الفعل او الاتلاف ضرر , فلا يوجب الضمان كما لو ذبح رجل شاة لآخر لا ترجى حياتها , لم يضمن قيمتها سواء كان اجنبيا او راعيا لها استحسانا^(٦) اذ انه بعمله افاد مالها ولم يضره وانه بعمله هذا لم يفوت عليه لحمها لحمها , في حين يفوت عليه لو انه تركها فتقلت بدون ذبح , ولهذا لو كان مكان الشاة فرس مثلا فانه يضمن قيمتها وقت ذبحها لاتلافه مالا , وهو ضرر كان من المحتمل ان لا يكون^(٧)

فاذا كان الضرر هو ما يصيب المدعي في حق من حقوقه المالية أو المعنوية فانه من الضروري أن يتوافر شرط المشروعية في الحق او المصلحة التي تدعي الضحية المساس بها , بحيث لا تكون هذه المصلحة مخالفا للنظام العام والآداب^(٨) وقد دأب الفقه على تقسيم الضرر

(١) د. حسن ذنون , مصدر سابق , ص ٢٠٤ .

(٢) د. عبد المجيد الحكيم , عبد الباقي البكري , محمد طه البشير , مصدر سابق ص ٢١٢ , د. سليمان مرقس , مصدر سابق, ص ١٣٣, فريد فتیان , مصادر الالتزام , مطبعة العاني, ١٩٥٧, ص ٢٨٤-٢٨٥ .

(٣) د. عبد المجيد الحكيم , مصدر سابق, ص ٥٢٥, د. حسن علي ذنون , مصدر سابق, ص ٢٢٥ .

(٤) نقض مدني مصري , رقم ١٧٢ , في ٢٧/مارس- اذار/١٩٤٧ , المحاماة السنة ٢٨ , ص ٥٦٢ .

(٥) الشيخ علي الخفيف, مصدر سابق, ص ٥٠ .

(٦) ابي محمد بن غانم بن محمد البغدادي, مجمع الضمانات , ط ١, المطبعة الخيرية , مصر ١٣٠٨ هـ , ص ٣٠٨ .

(٧) د. جبار صابر طه, مصدر سابق, ص ١٢٤ .

(٨) المصدر السابق نفسه , ص ٢٠٥ .

إلى ضرر محقق وضرر احتمالي ، وأن من شأن هذا التقسيم ان يساعدنا على الوقوف على الضرر القابل للتعويض في فوات الفرصة والضرر غير القابل له ، ذلك إن الفقه والقضاء مجمعان على التمييز بين الضرر المحقق والضرر الاحتمالي ومجمعان أيضا على أن الضرر المحقق وحده يخول الحق في التعويض ، اذ بهذا التمييز أمكن حل الإشكال الخاص بفوات الفرصة وهكذا نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نتناول في الأول الضرر المحقق في فوات الفرصة وفي الثاني الضرر الاحتمالي في فوات الفرصة ونخصص الثالث لتحديد الضرر وأهمية الفرصة الفائتة.

المطلب الأول

الضرر المحقق في فوات الفرصة

يعبر الفقه والقضاء على وجود الضرر بالضرر المحقق^(١)، ولكن متى يكون الضرر محققا؟ وهل يجب أن يتحقق فعلا ويتجسد في الواقع ، أم يجب أن يكون حالا؟ او يكفي التأكد بما لا يدع مجالا للشك إنه سيتحقق في المستقبل؟

لقد وضع الفقه مبدأ مفاده أن الضرر المحقق ، أي الذي يمكن على الأقل على مستوى المبدأ سماع دعوى المسؤولية عنه ، هو الضرر الحال او الضرر المستقبل دون الضرر الاحتمالي فما هو الضرر الحال او الضرر المستقبل في المسؤولية عن فوات الفرصة؟ ذلك ما نقف عنده في الفرعين الآتيين:

(١) د.منذر الفضل، مصدر سابق، ص ٣٣١.

الفرع الاول: فوات الفرصة ضرر حال

يمكن القول بادئ الأمر إن الضرر يكون محققا إذا كان المدعى به ثابتا على وجه التأكيد^(١) بحيث يكون القاضي واثقا من إن طالب التعويض سيكون في وضع أفضل لو أن المدعى عليه لم يرتكب الفعل الذي ترتبت عليه مسؤوليته^(٢) لكن قد يثار امام القضاء ضرر غير محقق ولا يمكن التأكد من تحققه في المستقبل لأن الشك في تحقيق الضرر ظل قائما ، بأن كانت للمدعي فرصة تحقيق كسب أو تجنب خسارة ، لكنها ضاعت عليه بفعل المدعي ضياعاً نهائيا، فآثار الخسارة وجدت في الماضي أو هي موجودة في الحاضر ، غير أنها لن تكون لها أية عواقب في المستقبل^(٣) ولتوضيح ذلك نورد الأمثلة الآتية :

أولاً: خطأ الناقل الذي يؤدي إلى تأخير وصول الفرس إلى حلبة سباق

يتجلى المثال التقليدي في الفرس الذي لم يدخل حلبة السباق بخطأ الناقل فحرم صاحبه من فرصة الحصول على إحدى جوائز السباق ، بحيث يعتبر الحرمان من الفرصة هو ضرر محقق مضى وانتهى وليست له أية عواقب في المستقبل فضاعت على مالك الفرس فرصة كسب إحدى جوائز السباق^(٤)

ثانياً: خطأ قائد الفرس الذي يؤدي الى حرمان المراهن من كسب الرهان

من الأخطاء التي تتسبب إلى قائد الفرس كونه لم يعضد الفرس عندما كان على مقربة من خط الوصول فحرم المراهن من فرصة كسب الرهان الذي راهن عليه ، ففقد فرصة كسب الجائزة أو كسب الرهان وهو ضرر حال ومحقق وقد جاء بهذا المعنى قرار صادر عن محكمة

(١) قضت محكمة النقض المصرية " إنه يجب بمقتضى القانون لصحة طلب المدعي المدني الحكم له من المحكمة الجنائية بتعويضات مدنية أن يكون الضرر المدعى به ثابتا على وجه اليقين والتأكيد ولو في المستقبل ومجرد الادعاء باحتمال وقوع الضرر لا يكفي البدهاء." نقض مدني مصري رقم ٢٤١ في ١٦/يونيو - حزيران/١٩٤٧، المحاماة ٢٨ ، ص ٧٤٦ نقلا عن د. سعدون العامري ،مصدر سابق ، ص ١٥ ، د. السنهوري ، الوسيط ج ١، ص ٨٥٨.

(٢) د. حسن ذنون ، ج ١، مصدر سابق ، ص ٢٠٦.

(٣) د. حسن ذنون ، ج ١، مصدر سابق ، ص ٢١٢.

(٤) د. ابراهيم الدسوقي ، مصدر سابق ، ص ١٠٢.

استئناف باريس حيث ذهبت إلى القول بأنه " إذا كان في مجال سباق الخيل لا يوجد ما يقطع بيقين معرفة الفرس الفائز، مادام لم يتجاوز خط الوصول ، وما دامت النتيجة لم تعلن رسميا ، وإذا كان السباق يتضمن بالضرورة الغرر ، فإن ذلك لا يمنع من اعتبار قائد الفرس الذي لم يعضد الفرس بما يلزم الاقتراب من خط الوصول ، كما يؤكد ذلك التحقيق مع مندوبي السباق والاستماع إليهم ، كونه قد ضيع على المراهن فرصة تحقيق كسب يقابل ما راهن عليه ، ان فقد هذه الفرصة التي ليست ضرر احتمالي ولا ضرر افتراضي بل هو ضرر حال ومحقق ويرتبط بعلاقة سببية مع خطأ قائد الفرس المخل بالتزاماته طبقا لما ينص عليه قانون السباقات يبرر مبدئه منح التعويض الذي قدرته المحكمة"^(١)

ثالثا: حرمان الرسام من عرض لوحاته الزيتية بسبب تأخر الناقل

وكمثال آخر للضرر الحال والمحقق الرسام الذي لم يتمكن بخطأ الناقل من عرض لوحاته الزيتية خلال العرض فضاعت عليه فرصة اعلانه فائزا بالجائزة فهذا ايضا يمثل ضررا محققا وحالا^(٢) وتجدر الإشارة إلى أنه في مثل هذه القضايا فإن التعويض لا يصل بحال الى حد المنفعة التي ضاعت على المدعي فمالك الفرس ، والرسام ، والمراهن ... لا يمكن تعويض فرصهم الضائعة بقيمة الجائزة او الكسب المأمول ,وكذلك المتقاضي الذي يفوت عليه الوكيل فرصة استئناف الدعوى لا يمكنه أن ينال تعويضا بقيمة الدعوى التي لم ترفع ,ذلك إن الضرر الحالي في كل هذه القضايا ليس هو المبالغ المأمول كسبها ، والتي فانتت على المدعي ,بل الضرر الحال هو فقد الأمل في كسبها^(٣)

وهكذا يمكن للقاضي أن يقف عند فوات الفرصة في حد ذاتها ، ويعتبر هدرها بخطأ المسؤول ضررا قائما بذاته ، ذلك إن فوات الفرصة لا يقتصر على المساس بمجرد الأمل في تحقيق الكسب أو تجنب الخسارة أي بلوغ النتيجة المأمولة ، بل يأتي ماسا بحق هو انتهاز

(١) استئناف باريس في ٢١/نوفمبر - تشرين الثاني / ١٩٧٠ ونقض جنائي فرنسي في ٩ /تشرين الاول - اكتوبر/ ١٩٧٥ ، مدونة القانون المدني الفرنسي ، مصدر سابق ص ١٣٥٧، د. ايمن العشماوي ، مصدر سابق، ص ١٣١.

(٢) د. حسن ذنون ، ج ١، مصدر سابق ، ص ٢١٢.

(٣) د. سليمان مرقس، الوافي ، ج ١، مصدر سابق، ص ١٤٤، د. حسين عامر ، مصدر سابق، ص ٣١٠.

الفرصة ومحاولة الاستفادة منها لتحقيق ذلك الكسب أو تجنب تلك الخسارة ومن ثم فإن ضياع هذا الحق يعتبر ضررا مؤكدا يستوجب التعويض وان كانت نتيجة الكسب المأمول تظل احتمالية (١)

هذه الوجهة هي التي أوضحتها محكمة النقض الفرنسية اذ رأَت في فوات الفرصة ضررا محققا كلما تبين انه بفعل المسؤول قد ضاع على المدعي احتمال وقوع حدث مناسب وإن كان تحقق الفرصة امر غير مؤكد (٢) وهذا هو التوجه الذي يسير عليه القضاء في كثير من القضايا التي تهم فوات الفرصة ومن ذلك مثلا ما ذهب إليه من أن " القانون لا يمنع من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان للمتضرر من رجحان كسب فوته عليه العمل غير المشروع وذلك إنه إذا كانت الفرصة أمرا محتملا فأن فواتها أمر محقق يجب التعويض عنه(٣)

الفرع الثاني: فوات الفرصة ضرر مستقبل

الضرر المستقبل هو ضرر تحقق سببه وتراخت نتائجها إلى المستقبل كإصابة شخص بعاهة بدنية اعجزته عن القيام بأعماله المعتادة وحرمته من الكسب فالإصابة محققة ولكن الخسائر المالية التي أصابت المتضرر من جراء عجزه عن الكسب تعد من الأضرار المستقبلية (٤) وبمعنى آخر إن تحقق الضرر لا يحصل حالا بكل مقوماته انما يكون حصوله في المستقبل أكيد بعد أن تجمعت له المعطيات التي تعمل على تحققه مستقبلا، ويمكن للمتضرر في حالة حصول الضرر المستقبل مباشرة الدعوى، فإذا كان الضرر يمكن تقديره بصورة حقيقية فإن القاضي يمنح التعويض المقابل للضرر الحال والا حدده حسب الحالة الراهنة للمتضرر حتى إذا تفاقم ضرره

(١) د. سليمان مرقس، الوافي، ج ١، مصدر سابق ١٤٣-١٤٤.

(٢) نقض مدني فرنسي، في ٢٠/نوفمبر- تشرين الثاني/١٩٧٠ نقلا عن د. حسن ذنون، مصدر سابق، ص ١١٢.

(٣) نقض مدني مصري رقم ١٩٩٥ السنة ٦١ قعي ٢١/٤/١٩٩٦، سنة ٤٧، ٦٨٥، موقع البوابة القانونية لمحكمة النقض المصري، مصدر سابق، نقض جنائي فرنسي في ٩/تشرين الاول-اكتوبر/١٩٧٥، مدونة القانون المدني الفرنسي، مصدر سابق، ص ١٣٥٧، طعن اتحادي اماراتي رقم ١٨٧، ٢٧٦ لسنة ٢٢ القضائية، في ١٦/١٠/٢٠٠٢، بوابة التشريعات الاماراتية.

(٤) د. زهدي يكن، مصدر سابق، ص ١٤.

أمكنه المطالبة به على حدة^(١) وهذا ما اكدته المادة (٤٢٣) من مشروع القانون المدني العراقي لسنة ١٩٨٦ بقولها " يكون الضرر مستقبلا اذا تحقق سببه وتراخت اثاره كلا او بعضا الى المستقبل" ولكن قد يكن الضرر المستقبل غير مؤكدة وهذا ما يسمى بالضرر الاحتمالي والأصل في هذا الضرر ألا يحكم فيه بتعويض إلا اذا وقع فعلا^(٢) ويذهب الفقه^(٣) إلى أن تقسيم الضرر المستقبل إلى ضرر احتمالي وضرر افتراضي يعتبر الحد الفاصل بين ما هو قابل للتعويض وما هو ليس كذلك. وهكذا فان الضرر المستقبل لفوات الفرصة يمكن أن يأتي في صورتين مختلفتين

١- أن يتحقق الضرر في الحال ولكنه يستمر أو يمتد إلى المستقبل

٢- ألا يتحقق إلا في المستقبل

ويمكن في مجال فوات الفرصة حيث يكون الضرر فيها مستقبلا تلخيص ذلك في حالة:

أولاً : فوات فرصة الارتقاء الى مركز دراسي او مهني

ثانياً: الحرمان من فرصة المساعدة والاعالة(الضرر المرتد)

ونقف بشيء من التفصيل على كل الحالة .

أولاً: فوات فرصة الارتقاء إلى مركز دراسي أو مهني

يتجلى مفهوم فوات فرصة الارتقاء إلى مركز دراسي او مهني بافتراض إن المدعي كان يأمل في منفعة كانت ستؤول اليه مستقبلا من خلال انتهازه لفرصة سانحة كان يعول عليها في انها تمكنه من تحقيق ما يأمله من حصوله على شهادة دراسية او دورة تدريبية تمكنه من الالتحاق بمهنة معينة او يحسن بها مركزه الوظيفي او تمنحه ترقية او ميزة في عمله فيما لو سارت الأمور وفق مجراها الطبيعي, لكن فعل المسؤول فوت عليه هذه الفرصة وبدد كل أماله في انتهازها.

(١) د. عاطف النقيب , النظرية العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي , ط٣ , منشورات عويدات , بيروت ١٩٨٤ , ص٢٨٥ .

(٢) د. عبد الحي حجازي , مصدر سابق , ص٤٧٣ .

(٣) د. سعدون العامري , مصدر سابق , ص٢٤ .

ويقر الفقه^(١) بصعوبة تقدير وتحديد هذا الضرر نظرا لكونه يتوقف في العديد من تطبيقاته على أمور أخرى خارجية غير فوات الفرصة وضياعها يصعب التكهن بها وتحديدتها واطهار دورها في إحداث الضرر ، الأمر الذي يتعذر معه تحديد مدى احتمال الضرر ورجحان تحقيقه نتيجة فوات الفرصة.

وفي هذا الصدد يقول الدكتور إبراهيم الدسوقي إن صعوبة هذه الحالة بكونها تتطلب ضرورة القيام بتقريرين لفوات الفرصة وكلاهما مستقبلي يشوبه الغموض وعدم اليقين والتحديد فيجب أولا تقدير مدى احتمال النجاح في الامتحان او الدراسة التي كان سيجريها المتضرر ، أو في المسابقة التي كان يزعم الاشتراك فيها ثم يتعين بعد ذلك تخيل وتنبؤ ما يمكن أن يؤدي إليه النجاح المحتمل ، على فرض تحقيقه ، من نجاح آخر يتمثل في الالتحاق بعمل معين أو الحصول على ميزة أو مزايا أخرى كترقية أو عمل افضل^(٢) ولعل ذلك ما يبرر حذر القضاء وعدم تقبله بسهولة لتحقق الضرر الاحتمالي في هذه الحالات التي تتضمن احتمالا مزدوجا الأمر الذي يقلل فرص التحقق ويطغى مجرد الاحتمال أو الافتراض على الرجحان في الكثير من الحالات، وتطبيقا لذلك فقد قرر القضاء ، بصدد رسوب فتاة تبلغ من العمر التاسعة عشرة في مرحلة الثانوية بسبب حادث تعرضت له ، عدم صحة ما تدعيه هذه الفتاة من ضرر يتمثل في فوات فرصة التحاقها بمهنة الصيدلة نظرا لانعدام الضرر وكونه ضررا نظريا أو وهميا^(٣) فالمتأمل للقرار السابق يجد عن حق ان رفض القضاء للتعويض عن ضياع هذه الفرصة على الرغم من فقد مركز دراسي او مهني بكون الفرصة في هذا القرار لم تصل الى درجة من الجدية لتتخذ اساسا للتعويض، الا ان الأمر يدق بصفة خاصة بالنسبة للتلاميذ صغار السن الذين مازالوا في بدء حياتهم الدراسية ،حيث يتسم مستقبلهم بالغموض وعدم الوضوح ، لذلك يقترح من الفقه^(٤) البحث فيما يحتمل ان يكون عليه مستقبل الطالب لو لم يتعرض للحادث ثم البحث عن التأثير المحتمل لهذا الحادث عليه وذلك بالاعتداد بطبيعة الدراسة التي وصل اليها الصغير

(١) د. حسن ذنون ج ١، مصدر سابق، ص ٢١٠، د. إبراهيم الدسوقي ، مصدر سابق، ص ٩١.

(٢) د. إبراهيم الدسوقي، القسم الاول ، مصدر سابق، ص ٩٢.

(٣) نقض مدني فرنسي ، رقم ٣٨٧ في ١٢/مايو - ايار/١٩٦٧، المجلة الفصلية للقانون المدني، ١٩٦٧، نقلنا عن د. إبراهيم الدسوقي، مصدر سابق، ص ٩٢.

(٤) المصدر السابق نفسه ، ص ٩٢.

ومدى استعداده وتقبله لهذه الدراسة منذ بدايتها وتقدمه فيها ومهنة والديه ودرجة تعلمهم ووظائفهم او مهنتهم وكذلك بالنسبة لآخوته ان وجدوا حيث تحدد المراكز التي وصلوا اليها والدراسات التي انهوها.

الا اننا نعتقد ان حل هذا الاشكال يكمن في ان نفرق بين ما اذا كان الحصول على هذه الميزة تلقائية بأن لا تتطلب شروط معينة الا شرط المدة, وبين تلك الميزة التي تخضع لشروط ومتطلبات اخرى.

فطبقا للحالة الاولى اذا ما اصاب المتضرر ضرر من جراء الحادث يكون الضرر ثابتا محققا لا مجرد تفويتا للفرصة اذ ان هذا الحادث منع المتضرر من مواصلة مسيرته المهنية ومن ثم حرمانه من تلك الميزة (ترقية , نجاح) مؤكدة كان سينالها بعد مدة من الزمن دون الاستناد الى شروط اخرى.

اما في الحالة الثانية فان اعتماد الميزة على عوامل اخرى وشروط اضافية يجعل فقدانها بسبب الحادث الذي تعرض له المتضرر مثلاً شروط الجدارة والاقدمية شروطاً للترقية اذ تقف هذه الشروط الاضافية لنيل الترقية كحاجز امام اعتبار الضرر المترتب عن الحادث ضرر حال يستوجب التعويض لذلك قرر القضاء الفرنسي ان حرمان المتضرر البالغ من العمر التاسعة والثلاثون من الحصول على شهادة الدكتوراه اثر حادث تعرض له , لا يقبل التعويض لان ما يدعيه المتضرر من ضرر يستند الى كسب نظري وهمي وليس ضرراً محققاً او مرجحاً فالمتضرر كان كبير السن ولم يمارس أي نشاط تدريسي او علمي يكون لشهادة الدكتوراه المحتملة تأثير عليه ^(١) وفي قرار اخر إلى اعتبار إن الضحية التي كانت تأمل ان تصبح مضيعة جو محقه في طلب تعويض عن الفرصة التي ضاعت عليها بسبب الحادث , وذلك بالرغم من إنها لم يكن عندها وعود بذلك لكنها كانت تتوفر بناءً على فرص يتمثل بكونها تلقت تدريباً في الخارج يؤهلها لأن تصبح مضيعة جو ^(٢) كما افصحت محكمة النقض المصرية عن

(١) نقض مدني فرنسي رقم ٢٥٤ في ١٠ / اكتوبر - تشرين الاول / ١٩٧٣, المجموعة المدنية - ٢- , ص ٢٠٣ .

(٢) د. وصفي ابو الذهب , تعليقات على الاحكام الفرنسية في المسؤولية المدنية , مجلة ادارة قضايا الحكومة , عدد ٢, السنة ٨ , ١٩٦٤, ص ١٢٤ .

هذا الاتجاه في احكام متعددة وصريحة من ذلك ما قضت به من انه "إذا كان الحكم قد وقف في جبر الضرر الناشئ عن خطأ عند حد القضاء للموظف على الحكومة بالفرق بين معاشه وصافي راتبه ولم يعوضه عن فرصة الترقية إلى رتبة لواء التي خلت مستندا في ذلك الى ان الترقية ليست حقا ولو تحققت فيه شرائط الأقدمية والجدارة ، بل هي حق للحكومة تتصرف فيه كما تشاء بلا رقيب ولا حسيب فإنه يكون قد أخطأ ذلك إن حرمانه من الفرصة التي سنحت له للحصول على الترقية هي عنصر من عناصر الضرر يتعين النظر فيه" (١) وجاء في قرار آخر صادر عن المحكمة نفسها " إن تفويت الفرصة على الموظف في الترقية إلى درجة أعلى من درجته بسبب إحالته إلى المعاش بغير حق قبل انتهاء مدة خدمته عنصر من عناصر الضرر الذي يجب النظر في تعويض الموظف عنه فإذا كانت الفرصة امرا محتملا فان فواتها امرا محقق ولا يمنع القانون من أن يحسب في الكسب الفائت وهو عنصر من عناصر التعويض ما كان المتضرر يأمل الحصول عليه من كسب مادام لهذا الامل اسباب مقبولة ، ومن ثم فإذا كان الحكم المطعون فيه قد قال في سبب رفض طلب التعويض ، إن فوات فرصة احتمال ترقية الطاعن لا يدخل في تقرير الضرر المادي الذي أصابه من جراء فصله من الخدمة قبل بلوغ سن المعاش لأنه مجرد احتمال ولا يصح أن ينبي عليه حق، فإن هذا القول ينطوي على خطأ في القانون ،ولا ينال من ذلك أن تكون الترقية تتم بالاختيار دون التقيد بالأكثرية وأنها من الإطلاقات التي تملكها الجهات الرئيسية للموظف إذ محل ذلك أن يكون الموظف باقيا في الخدمة " (٢) وأعتبر القضاء المصري ايضا ان فوات الفرصة على الموظف في الترقية إلى درجة أعلى من درجته بسبب إحالته الى المعاش بغير حق وهو في درجته عنصر من عناصر الضرر التي يجب النظر في تعويض الموظف عنها.

ثانياً : الحرمان من المساعدة والاعالة (الضرر المرتد)

الأصل ان الشخص لا يستطيع أن يطالب بتعويض عن ضرر اصاب غيره إلا إذا كان نائباً عن المصاب أو خلف له بان كان وارثاً مثلاً ،وعلى هذا الأساس فهو لا يستطيع ان

(١) نقض مدني مصري ،رقم ٣٥٢ في ٢٢/مارس- شباط/١٩٧٧ لسنة ٤١ ق مجموعة سعيد احمد شعله ، قضاء النقض المدني ، مصدر ، سابق ، ص ١٩٠.

(٢) نقض مدني مصري رقم ٣٠٠ في ٢٩/مارس- شباط/ ١٩٦٢ لسنة ٢٦ ق ، المصدر السابق نفسه ، ص ١٩٠.

يطالب بالتعويض في هذه الحالة بحق اكتسبه بنفسه بل بحق جاء عن طريق الميراث من مورثة وما عليه إلا إن يثبت بأنه وارث^(١) لكن قد يدعي بعض الأشخاص إن المتوفى في الحادثة كان سيساعدهم ويعيلهم في القادم من الأيام لولا تعرضه للحادث الذي أودى بحياته ومن ثم يدعون إصابتهم بضرر يتمثل في حرمانهم مستقبلاً من قيام المتوفى بمساعدتهم أو ان الضحية كانت تتطلع إلى ترقية في حياتها المهنية أو إلى مستقبل زاهر فيضيع أمل الابوين في مشاركة الضحية حياته السعيدة أو يضيع أمل الزوجة التي كانت تتطلع الى مقاسمة الزوج حياته المهنية ومن ثم بات من المتصور ان يترتب على وفاة المجني عليه أو على إصابته بإصابة تعجزه عن الكسب بفوات فرصة هذا الكسب على ذويه في تحقيق المكاسب المستقبلية التي كانت من المؤمل ان تحصل عليه الضحية , ووضح صورة لهذا النوع من الضرر هو الحرمان من الاعالة, وليبان موقف الفقه والقضاء من التعويض عن الحرمان من الاعالة باعتبارها ضرراً مرتدلاًب من ان نفرق بين حالتين:

الحالة الاولى : أن تكون هناك إعالة يقوم بها المعيل بشكل مستمر ومنتظم بالإتفاق على من يعيلهم , وقطع الاعالة في هذه الاحالة يعتبر ضرراً محققاً والفقه^(٢) والقضاء^(٣) متفقاً في ذلك , والواقع أن الأمر لا يتعلق بأمل مجرد حال دون تحققه مرتكب الفعل الضار وإنما هو اعتداء على أمر واقع هو الإعالة التي كانت قائمة قبل ارتكاب الفعل وكان المدعي يتمتع في ظلها بشيء من الأمن الاقتصادي فلم يترك مرتكب الفعل مصير الاعالة الى القدر ولكنه هدم بفعلته تلك المعيشة المطمئنة فنحن إذا أمام اعتداء على مصلحة مالية محترمة قائمة ومستمرة ومنظمة ولسنا أمام مجرد أمل في شيء قد يقع في المستقبل وقد لا يقع , لذلك لا يقال في القتل ان القاتل اعتدى على مجرد الأمل في استمرار الحياة على اعتبار إنه ليس من المحقق أن حياة

(١) د. عبد العزيز اللصاصمة , مصدر سابق , ص ٨٤.

(٢) د. سعدون العامري , مصدر سابق , ص ٤٦, د. صلاح الدين الناهي , اهم القرارات والاجتهادات القضائية , مطبعة الحوادث , بغداد , ١٩٧٥ , ص ٧٣.

(٣) وفي هذا الاتجاه سارت محكمة التمييز العراقية حينما قررت بأنه " تناول والد المتوفى المدعوس راتب شرطي لا يجرمه من التعويض عن الضرر المادي الناتج عن فقدان ابنه مادام قد ثبت بأن ذلك الابن كان يساعد أباه في الإعالة " رقم القرار ١٤٨ , مدنية/١٩٨٠ في ١٩٨٠/٢/٧ , الوقائع العدلية , عدد ١٩٨٠ , السنة ٢ , ص ٢٧٥.

القتيل كانت مستمرة لولا جريمة القتل كما لا يقال مثل هذا القول بالنسبة للحرمان من اعالة قائمة
(١)

وقد تأثر الفقه العراقي بهذا الاتجاه الأخير فذهب إلى جواز مطالبة من كان يعيلهم
القتيل بالتعويض عن الضرر الذي أصابهم من جراء حرمانهم من إعالته بقتله أو موته بشرط أن
يثبت كون الإعالة كانت مستمرة وأن فرص استمرارها كانت مؤكدة لو عاش معيلهم وأن تكون
مصلحة هؤلاء مشروعة أي أن تكون علاقتهم بالمعيل غير مخالفة للآداب أو النظام العام ، ولذا
فليس للخلية المطالبة بالتعويض عن فقد خليلها الذي كان يعيلها بالفعل قبل مصرعه (٢)

الحالة الثانية : ان لا تكون اعالة في الوقت الحاضر لكن من المحتمل ان تكون كذلك في
المستقبل كادعاء بعض الاشخاص ان المتوفى في الحادث كان سيساعدهم مستقبلا لولا تعرضه
لذلك الحادث أي يدعون اصابتهم بضرر في المستقبل يتمثل في حرمانهم من قيام المتضرر
بمساعدهم واعانتهم نتيجة وفاته ، ولان الضرر مستقبلي ولا يوجد ما يؤكد تحققه، حيث ان
حرمان المدعى عليهم من المساعدة قد يتحقق لسبب او لآخر حتى في حالة حياة المتوفى فلا
يكون الضرر الا احتماليا ، ويتحقق بصفة خاصة اذا ما ادعى المتضرر ان الضرر سيزداد
تفاقما مستقبلا نتيجة لما كان متوقعا من تحسن للمركز المالي للمتضرر وتأثير ذلك على مدى
اعانته لو ظل على قيد الحياة (٣) فهل يحق للإباء والأزواج المطالبة بتعويض فقد فرصة الاعالة
المأمولة من الإبن أو الزوج في قادم الأيام ؟ وهل يحق لزوجة المتوفى في حادث معين أن
تطلب من القضاء تقدير الضرر بحسب ما كان ستؤول إليه وضعية زوجها في المستقبل سواء
بالنسبة لحياته العادية أو حياته المهنية ؟

في مثل هذه الحالات يتعين على القاضي التأكد من وجود الفرصة ، أي احتمال او
فرصة الكسب واحتمال زيادته مستقبلا ، فاذا كانت الاعالة محتملة فأن فواتها بخطأ المسؤول

(١) د. صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ، ص ٧٤.

(٢) د.غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ،
بغداد ، ١٩٧٠ ، ص ٤٦٢-٤٦٣.

(٣) د. وصفي ابو الذهب ، مصدر سابق ، ص ١٢٥.

ضررا محقق يستوجب التعويض^(١) ويقرر القضاء التعويض عن ذلك في قضية تتلخص وقائعها بالاتي " اصيب شخص اثر حادث أدى إلى وفاته وكان هذا القتل قد أنهى دراسة الطب بنجاح ملحوظ واشتغل كطبيب مقيم في مستشفيات باريس وكان يعمل للتخصص في الجراحة فقضت المحكمة بالتعويض لزوجة هذا القتل آخذة بنظر الاعتبار كل هذه الوقائع التي كانت تبشر بمستقبل زاهر لهذا القتل والتي كانت زوجته ستستفيد منه دون أي شك^(٢) , كما قضت أن مطالبة الوالدين بالتعويض عن حرمانهما من مساعدة والدهما عندما يصبحان في حاجة إلى مساعدة ولو لم يكونا وقت موت والدهما في حاجة إلى مساعدة , وحجة القضاء فيما يذهب إليه ان الولد قد يصبح عونا لوالديه عندما يبلغا الكبر وأن اعتماد الابوين على مساعدة ولدهم لا يعتبر من قبيل الآمال البعيدة المنال ذلك أن فقدهما له يعتبر ضرر ماديا حالا واكيدا^(٣) كما قضت محكمة النقض المصرية بأن الرعاية المرجوة من الابن لأبويه امر احتمالي ولكن تفويت هذه الأمل في هذه الرعاية أمر محقق ومن ثم يجب تعويضهم عن الكسب الفائت بفقد ابنهما^(٤)

الا ان القضاء يتشدد وعن صواب في التعويض عن فوات فرصة الاعالة في الحالة التي تكون فيها الفرصة ضعيفة تبلغ حدا من الضعف ان تكون وهمية من امثلة ذلك ما قضت به محكمة التمييز العراقية في أن الضرر الذي ينشأ عن الحرمان من الإعالة من طفل صغير لأبويه هو ضرر احتمالي فقررت أنه " إذا كان القتل أو المتوفى نتيجة فعل ضار طفلا غير قادر على الكسب وإعالة أحد ، فأن وفاته لا يترتب عليها حق المطالبة بالتعويض عن الحرمان من الإعالة ، ولا مجال للقول بأن هذا الطفل لو كتب له البقاء سيكون قادرا على الكسب في يوم

(١) د. ابراهيم الدسوقي , مصدر سابق ,ص٩٧.

(٢) نقض جنائي فرنسي رقم ٥٦/١٦٤ في ٢٤/٢/١٩٧٠, الاسبوع القانوني, ١٩٧٠ نقلا عن د. حسن ذنون , مصدر سابق ص٢١٣.

(٣) نقض مدني فرنسي , رقم ١٩٤ في ٢٠/نوفمبر - تشرين الثاني/١٩٣٩ دالوز , ص٧٧, نقلا عن د. عبد العزيز اللصامة , مصدر سابق , ص٧٥.

(٤) نقض مدني مصري , رقم ١٩٩٥ , لسنة ٦١ قضائية , في ٢١/٤/١٩٩٦, سنة ٤٧ , ص٦٨٥ , والطعن رقم ٧٨٥ , لسنة ٦٧ق, في ١٥/كانون الثاني - ديسمبر/١٩٩٨ , والطعن رقم ٢٢٠٨ , لسنة ٦٣ قضائية , في ٢٨/اذار - مارس / ٢٠٠١ , قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية , مصدر سابق.

من الأيام وأن الضرر الذي يعرض عنه هو الضرر المحقق لا المحتمل" (١) وقضت محكمة النقض المصرية في " إذ كان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد اكتفي في مقام قضاءه بالتعويض عن الضرر المادي علي ما أورده من أن الوفاء فوتت علي المطعون ضدها فرصة الأمل في أن تستظل برعاية ولدها المتوفي في شيخوختها دون أن يعن ببحث وتمحيص ما أثارته الطاعنة من أن هذا الأمل غير وارد لأن المتوفي كان طفلاً يبلغ من العمر ١٢ عاماً يعال ولا يعول أحداً أن لها ثلاثة أبناء قصر يكفي أن تستظل برعاية أيهم في شيخوختها أو أن يبين الأسباب المقبولة التي تيرر وجه ما انتهى إليه من أن وفاة الإبن فوتت علي المطعون ضدها أملها في أن تستظل برعايته لها في شيخوختها وهو ما من شأنه أن يجهل بالأسباب التي أقام عليها قضاءه بالتعويض على الكسب الفائت ويعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيقه لأحكام القانون ، فأن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بالقصور" (٢)

ويرى بعض الفقه بوجوب التمييز بين حالة يسار الوالدين وقت وقوع حادثة موت الولد ومن ثم عدم دفع التعويض لهما على اعتبار انهما ربما لن يحتاجا ابدا لمساعدته في المستقبل, وبين حالة ضيقهما المادي وقت موته وبالتالي وجوب التعويض لهما لفقدهما فرصة مساعدته لهما لو بقي حيا (٣) الا ان هذا الراي لم يلق قبولا من بعض الفقه على اعتبار ان هذا التمييز غير مقنع لانه مادام المستقبل مجهولا فليس من المؤكد ان الوالدين سيبقيان على حالة اليسار التي كانا عليهم وقت موت ولدهما (٤) والحقيقة ان القضاء لا يرفض التعويض بسبب كون المعيل صغير السن بل لعدم جدية الفرصة مما يجعلها وهمية , أي ان هذا الامر لا يؤخذ على اطلاقه فان الحرمان المترتب على مقتل طفل صغير ليس كمقتل الفتى الذي يوشك ان يبلغ سن الكسب والرشد ولا امل في الاعالة لوالديه سواء (٥) وهكذا نقضت محكمة التمييز العراقية قرارا ولم تقضي

(١) تمييز مدني عراقي رقم ٧٧ في ١٩٧٥/٥/٢١ نقلا عن د. صلاح الدين الناهي , مصدر سابق , ص ٩٢.

(٢) نقض مدني مصري رقم ٤٣٠٠ , لسنة ٦٣ ق , في ١٠ / ١١ / ١٩٩٤ , سنة ٤٥ , ص ١٣٦٣ , قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية.

(٣) (مازو وتتك) , المسؤولية المدنية , ص ٢٧٧ , نقلاً عن د. عبد العزيز اللصاصمة , مصدر سابق , ص ٧٦.

(٤) د. سعدون العامري , مصدر سابق , ص ٢٤.

(٥) د. صلاح الدين الناهي , مصدر سابق , ص ٩٢.

بالتعويض بالاستناد الى صغر السن حيث جاء في حيثياته " .. ليس بالضرورة أن يكون المعيل من الكبار دائما فقد يجوز أن يكون الصغير قادرا على العمل المناسب له وليس بالضرورة أيضا أن يكون المعيل هو الذي يتحمل نفقات الإعالة بكاملها"^(١)

المطلب الثاني

الضرر الاحتمالي في فوات الفرصة

ان الضرر الاحتمالي هو ضرر لم يقع و لا يوجد ما يؤكد انه سيقع وغاية الامر ان وقوعه محتمل^(٢) لذلك لا تصح المطالبة بالتعويض عنه^(٣) اما الضرر الاحتمالي في فوات الفرصة فإنه يتمثل في ذلك الكسب الذي كان يرغب إليه المدعي وكان بالنسبة له أملا منشودا وهدفا مرغوبا يسعى إلى تحقيقه ، ونتيجة فعل المدعي عليه يصبح ذلك الكسب مستحيل التحقق بعد ان كان ممكنا محتملا ، ورغم تحقق عدم الكسب هنا وحرمان المدعي منه نهائيا فلا يمكن عد ذلك ضررا واجب التعويض ذلك ان الضرر القابل للتعويض يتعين أن يكون محققا بالتأكد والتيقن من الخسارة التي لحقت بالمتضرر ، وهذا لم يتحقق فالحرمان يرد هنا على كسب احتمالي والحرمان من كسب احتمالي فقط لا يمثل ضررا فعليا محققا^(٤) والضرر الاحتمالي في فوات الفرصة اما ان يكون ايجابيا يتمثل بالكسب الاحتمالي الذي يأمله المدعي وينتظر تحققه ، وقد يكون سلبيا يتمثل في تجنب خسارة معينة ، لذلك فالضرر الاحتمالي في فوات الفرصة لا يخرج من كونه كسبا فائتاً أو خسارة لاحقة مع مراعاة الاحتمال في كل منهما .

وبطبيعة الحال فإن الكسب الاحتمالي سواء تمثل في تحقيق الكسب أو تجنب خسارة يجب أن يكون محتملاً أو ممكن التحقق بوجود طريقة أو طرق تؤدي إليه أي بتوافر فرصة او فرص ترجح تحقيقه ، فإذا كان الكسب محقق الوقوع وليس محتملا فقط ، فان فواته يعني إصابة المتضرر بضرر محقق وليست فقط مجرد فوات فرصة لكسبه فلو كان تاجراً ينتظر تسلم شحنة

(١) تمييز مدني عراقي رقم ٩٧٥/مدنية٣ في ١٩/٢/١٩٧٦ ، مجموعة الاحكام العدلية ، عدد ١ ، السنة ٧ ، ص ٢٦ .

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ٥٧٥ .

(٣) د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٢١٢ .

(٤) د. ابراهيم الدسوقي ، القسم الاول ، مصدر سابق ، ص ٨٦ .

بضائع مرسله إليه ونتيجة خطأ الناقل لم تصل هذه البضائع أو وصلت تالفة فان الضرر الذي يلحق التاجر يكون ضرراً محققاً وليس مجرد فوت فرصة , وإذا كان الكسب مستحيلاً وليس محتملاً أو ممكناً فلن تتواجد فرصة لتحقيقه ومن ثم لن يكون هناك ضياع أو فوات لفرصة لذلك يتعين أن يكون الكسب محتملاً التحقق وأن يتحقق هذا الاحتمال بدرجة كافية إلى حد القول بترجيح وقوعه على عدم وقوعه^(١) وهكذا فان الضرر الاحتمالي في فوات الفرصة يتحدد في نتيجة الفرصة الامر الذي كان القضاء قديماً يقع في الخلط بينه(نتيجة الفرصة) وبين الضرر المحقق في فوات الفرصة ويرفض التعويض عنها باعتباره ضرراً احتمالياً من ذلك ما قضت به محكمة التمييز العراقية في قرار لها نقضت به حكماً حكمت به محكمة الموضوع بالتعويض عن فوات فرصة معتبرة ذلك ضرراً احتمالياً^(٢) .

وإذا كان الضرر الاحتمالي ضرراً غير مؤكد لا يمكن التعويض فالسؤال الذي يطرح هنا أي من الاضرار يتم التعويض عنه؟ هل هو ضياع هذه الفرصة في حد ذاتها ، والذي يطلق عليه الفقه الضرر الأولي ام هو الضرر الاحتمالي المتمثل في الكسب الفائت او الخسارة اللاحقة والذي يطلق عليه الفقه الضرر النهائي, بمعنى أي من الضررين يتم الاخذ به ؟

يستند التعويض عن فوات الفرصة على احتمال وتأكيد في آن واحد ، إلا أنهما من طبيعة مختلفة ، بمعنى يقعان على أمرين مختلفين أذ من المحتمل إن الفرصة الضائعة سوف تتحقق إلا أن هذه الفرصة قد ضاعت بصفة أكيدة مما يلحق به ضرراً, بمعنى أنه الذي يعوض عنه هو الضرر المحقق الذي يلحق المتضرر من جراء فوات الفرصة عليه في حرمانه من وسيلة أو فرص تحقيق كسب معين بصفة عامة وليس الضرر الاحتمالي, وإذا ربطنا بين الضرر المحقق والضرر الاحتمالي فالأول يتكون فيما فات على المتضرر من فرص لاستبعاد الضرر الاحتمالي^(٣) في مقام تفويت أحد العاقدين على الآخر فرصة معينة نتيجة لخطئه وينبغي أن نفرق بين الفرصة ذاتها التي ضاعت كضرر محتمل غير مؤكد لا مجال لتعويضه عنها وبين واقعة تفويتها على العاقد وحرمانه من الاشتراك فيها كضرر فعلي مؤكد يمكن التعويض عنه، فمثلاً إذا

(١) د. ابراهيم الدسوقي , مصدر سابق , ص ٨٧.

(٢) تمييز مدني عراقي رقم ١٤٦٤ /حقوقية في ٢٧/٢/١٩٦٥ , قضاء محكمة التمييز , مجلد ٣, ص ٥٥.

(٣) د. سليمان مرقس , مصدر سابق , ص ١٤٣-١٤٤.

تسبب الناقل بخطئه في حرمان أحد المسافرين من دخول امتحان أو الاشتراك في مناقصة على إحدى الصفقات ، فإننا نكون أمام نوعين من الضرر، يعد أحدهما ضرراً محتملاً ، وهذا لا يمكن التعويض عنه ، والثاني ضرراً فعلياً مؤكداً يمكن التعويض عنه ، أما الضرر المحتمل فيتمثل في عدم نجاح الطالب المسافر أو عدم كسبه الصفقة لتأخر الناقل في نقله إلى مكان المناقصة، وهذا الضرر لا يعرض عنه المتضرر لأنه ليس من المؤكد أن المسافر كان سينجح في الامتحان أو في كسب الصفقة ، حيث يعد نجاحه في أيهما أمراً محتملاً قد يحدث وقد لا يحدث ، أما الضرر المؤكد الذي حدث بالفعل لهذا المسافر فيتمثل في حرمانه من دخول الامتحان أو المناقصة، والذي يعد ضرراً مستقلاً ومغايراً عن الضرر المحتمل المتمثل في عدم النجاح أو عدم كسب الصفقة، الأمر الذي يوجب على القاضي تعويض المتضرر عن تفويت الفرصة عليه، أي عن الضرر الناشئ عن كون الواقعة (أي واقعة الوصول في الميعاد المتفق عليه) لم تحدث، والتعويض في هذه الحالة هو بالضرورة أقل من تعويض الضرر الناشئ عن خسران الصفقة أو خسران الامتحان^(١) ومع ذلك فإن للضرر الاحتمالي المتمثل في الحرمان من الكسب الاحتمالي أهمية خاصة عند حساب الضرر الحقيقي المحقق في فوات الفرصة ، إذ في ضوءه يمكن تقدير هذا الضرر الأخير الواجب التعويض ، ومن هنا كانت ضرورة وأهمية تحديد الكسب الاحتمالي في فوات الفرصة ، لذلك نجد ان القضاء عند تحديده للضرر عن فوات الفرصة يرجع إلى الكسب الاحتمالي ومدى هذا الاحتمال لتقدير وجود وتحقق الفرصة ، بل يرجع إليه أيضا لتقدير التعويض عن فواتها ، ففوات فرصة الكسب وإن كان في ذاته ضرراً محققاً إلا ان هذا الضرر المحقق يستند في وجوده وفي التعويض عنه الى كسب احتمالي ، فإن انعدم احتمال الكسب انعدمت الفرصة وإن وجد احتمال للكسب وجدت الفرصة وتعين التعويض لمجرد ضياعها^(٢).

(١) د. سيمر تناغو ، مصدر سابق، ص ١٨٣ ، د. حمدي عبد الرحمن ، مصدر سابق، ص ٥٢٨ ، د. محمد إبراهيم دسوقي ، مصدر سابق، ص ٢٨٠.

(٢) د. إبراهيم الدسوقي ، مصدر سابق ، ص ٨٤-٨٧.

ومن هنا يظهر مدى أهمية الدور الذي يحتله الكسب الاحتمالي وما يقابله من ضرر احتمالي في حالة عدم تحقق هذا الكسب في تحديد الضرر المحقق المترتب على ضياع الفرصة وفي التعويض عنها .

المبحث الثالث

علاقة السببية في فوات الفرصة

من المقرر في المسؤولية المدنية إن الشخص لا يسأل عن الضرر الذي أصاب الغير إلا إذا كان خطئه هو السبب الأكيد لهذا الضرر ، أي أن تقوم علاقة سببية بين الخطأ والضرر ، ومن المعلوم أن علاقة السببية الرابطة ما بين الخطأ والضرر معناها أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر ، ويمكن القول بأنه عندما يقع ضرر على شخص من شخص آخر نتيجة لخطأ أو رعونة أو عدم تبصر فإنه لا يمكن الجزم بقيام مسؤولية الشخص الأخير مباشرة والزامه بالتعويض ذلك ان المنطق القانوني والعقل لا يقبل هذه النتيجة البسيطة وإنما يلزم فضلا عن ذلك أن يكون الضرر قد حصل بسبب نشاط هذا الشخص أو بتعبير آخر يلزم توافر علاقة السببية بين نشاط هذا الشخص والضرر (1)

وإذا كان هذا هو المفهوم التقليدي لعلاقة السببية بكونها ركن من أركان المسؤولية المدنية . فالسؤال الذي يرد هنا هل ينطبق هذا المفهوم على العلاقة السببية لفوات الفرصة ام أن لهذا المفهوم وصفاً خاصاً بفوات الفرصة ؟ وما هي السببية التي يمكن أن يأخذ بها القاضي للفصل في موضوع التعويض عن فوات الفرصة ، هل هي نظرية تعادل الاسباب ام نظرية سبب الملائم ؟ وكيف يتم اثباتها؟ وهذا ما سنقف عنده في المطالب الآتية:

(1) د. عبد الرشيد مأمون ، علاقة السببية في المسؤولية المدنية ، دار النهضة العربية ، مصر ، بدون سنة طبع ، ص ٥٨٢ .

المطلب الاول

مفهوم علاقة السببية لفوات الفرصة

لا شك ان ما نواجهه هنا هو علاقة السببية بين فوات الفرصة والضرر الاحتمالي المحددة قيمته في الكسب الذي كان يأمله المتضرر ، التي تمثل في الوقت نفسه أيضا علاقة السببية بين فوات الفرصة والضرر المحقق والمتمثل في قيمة الفرصة ذاتها ، باعتبار أن هذا الضرر ما هو في الواقع إلا جزء أو نسبة من الضرر الاحتمالي، بيد أن المقصود هنا ليس تحقيق ووجود هذه العلاقة فهذا أمر مفترض توافره لوجود فوات الفرصة وتقرير مبدأ التعويض عنها ^(١) لذلك فالمقصود والمطلوب هنا هو ايضاح قدر ومدى هذه السببية، إذ بقدر تسبب الفرصة في تحقيق الكسب تقدر قيمتها ^(٢) ذلك إن الأصل هو انصراف التعويض إلى الضرر المؤكد في وجوده والمؤكد في مداه اما التعويض عن فوات الفرصة فيعني تعويض المتضرر عن ضرر غير مؤكد في وجوده أو مداه ولكنه راجع إلى خطأ المسؤول ^(٣)

فاذا كانت فرصة ما تؤدي بالضرورة إلى كسب معين فأن هذه الفرصة تقدر بقدر الكسب ذاته تماما دون نقصان ،لذلك فالحرمان منها يستوجب التعويض الكامل عن الكسب الذي حرم منه المتضرر ومن ثم فلا نكون هنا بصدد فوات فرصة كسب بل نكون أمام ضرر محقق يتمثل في فوات كسب ، اما إذا كانت الفرصة لا تؤدي بالضرورة إلى كسب معين بل يحتمل أو يرجح أنها تؤدي إلى ذلك وبمعنى آخر إذا لم يتم التيقن من تحقيق الفرصة للكسب بل يحتمل ذلك او يرجح فقط، فان قيمتها تمثل نسبة فقط من الكسب الاحتمالي الذي يمكن أن تؤدي إليه، وتحدد هذه النسبة بقدر الاحتمال الذي تنطوي عليه الفرصة ، ونظرا إلى أن التقدير الكمي لعلاقة السببية بين فوات الفرصة والكسب الاحتمالي الذي كان يمكن أن تؤدي إليه هذه الفرصة ، لا

^(١) ومثال ذلك انه لولا خطأ الناقل لما ضاعت الفرصة على صاحب الفرس في المشاركة في السباق ومحاوله الفوز به.

^(٢) د. ابراهيم الدسوقي ، مصدر سابق ، ص ١٦٩.

^(٣) د. سهير منتصر ، مصدر سابق ، ص ١٠٨.

يقوم على أسس وعناصر معلومة مقدما, بل تؤثر فيه عناصر احتمالية أخرى مجهولة لا يمكن التكهن بها فإن هذا التقدير الكمي لعلاقة السببية يقوم على التخمين لذلك فهو يتسم بالظن والاحتمال وليس اليقين والتأكيد الذي تتسم به السببية العادية^(١) ومن هنا فإن التقدير الكمي لعلاقة السببية في فوات الفرصة يقوم على تحديد القدر المحتمل أو المرجح لعلاقة السببية أي القدر المحتمل أن تكون فوات الفرصة قد أحدثته من ضرر وليس القدر المؤكد إحداثه كما هو الحال في السببية العادية التي تقوم على أسباب وعوامل معروفة ودورها مؤكد في احدث الضرر لذلك فإن ما يميز علاقة السببية في التعويض عن فوات الفرصة هو دورها الاحتمالي غير المحقق في إسناد فوات الفرصة الى الضرر وما ذلك في الواقع سوى ادخال لعنصر الاحتمال في علاقة السببية أي دمج العنصر الاحتمالي بالعنصر السببي^(٢)

وبناءً على ما تقدم يتضح لنا أن علاقة السببية في فوات الفرصة مفهوم خاص يتميز بقيامها على الاحتمال وليس على اليقين , لكن إذا كان هذا هو المفهوم لعلاقة السببية في فوات الفرصة فهل يجد له التبرير والإيضاح في نظريات السببية ؟

الفرع الاول : نظرية تعادل الاسباب

صاحب هذه النظرية هو الفقيه الألماني فون بوري " von Bore " الذي عرض نظريته ما بين عام(١٨٦٠و١٨٨٥) وقد ذهب الى القول بأن السببية ما هي الا علاقة ضرورية بين السبب و الاثر فالسبب امر ضروري لتحقيق الاثر^(٣)

وقد ذهب أنصار هذه النظرية إلى اعتباران الضرر يحدث نتيجة لمجموعة من الاسباب وبدونها ما كان ليحدث فهو ليس نتيجة لسبب واحد وانما لمجموعة من الاسباب وان الغاء احد هذه الاسباب يؤدي الى عدم قيام الضرر فكل الاسباب تكون متعادلة في احداث الضرر حتى إذا اختفى أحد الاسباب فان الضرر لا يقع لان كل سبب يعطي للسبب الاخر القدرة السببية وهكذا فان كل سبب اساساً لحدوث الضرر وبدونه تكون الاسباب الاخرى عديمة الجدوى^(٤) ومن

(١) د. ابراهيم الدسوقي , مصدر سابق , ص ١٧٠ .

(٢) Jacques BORE op. cit, p.17 .

(٣) علي عبيد عودة الحيلوي , العلاقة السببية بين الخطأ والضرر , رسالة ماجستير , بغداد , ١٩٧٧ , ص ١٨٠ .

(٤) د. عبد الرشيد مأمون , مصدر سابق , ص ٥٩١ .

ثم يكون مؤدى هذه النظرية أن كل سبب له دخل في إحداث الضرر مهما كان بعيدا ، إي جميع الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر تعد متكافئة وكل واحد منها يعتبر سببا في إحداثه (١)

فنظرية تعادل الأسباب تقوم في الواقع على تأكيد ويقين معين يفرضه شقها الأول وهو عدم اعتدادها كسبب للضرر إلا بالحادث الذي يثبت يقينا إن له دورا في وقوع الضرر بحيث يمكن القول معه إنه لولا تحقق هذا الحادث لما وقع الضرر ، وهذا لا يمكن قبوله مع فوات الفرصة حيث لا يمكن القول في سباقات الخيل مثلا لولا خطأ الناقل كان الحصان سيفوز بالسباق حتما وأكدوا ولولا خطأ الطبيب كان المريض سيشفى من المرض الذي ألم به أو كانت العملية ستجرح أو كان سيبقى على قيد الحياة ... ، كذلك لا يمكن القول إنه لولا الحادث الذي تعرضت له الفتاة ونتج عنه بتر ساقها كانت ستلحق بالفعل بوظيفة معينة ، ففعل المسؤول عن فوات الفرصة يقتصر دوره على إيجاد إمكانية لحدوث الضرر و ليس يقينا هو الذي أحدثه وهذا بطبيعة الحال يتعارض مع مفهوم نظرية تعادل الأسباب ، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ففي حالة تعدد الفرص التي اشترك فواتها في إحداث الضرر يقوم القضاء بتقسيم المسؤولية والتعويض بين هذه الفرص المتعددة كل بقدر تسببها في إحداث الضرر لذلك فهو ينسب إلى كل سبب جزء فقط من الضرر أما نظرية تعادل الأسباب فالعوامل والأسباب التي اشتركت في إحداث الضرر جميعها متعادلة متساوية في إنتاج الضرر ويعد كل منها قد أحدث كل الضرر لذلك فلا تقبل تقسيم المسؤولية في حالة تعدد الأسباب ذلك إنه في حالة انعدام خطأ المدعي عليه لا يعلم ما إذا كانت الأسباب الأخرى ستقوم في هذه الحالة بدور فعال في إحداث الضرر إم لا (٢)

الواقع ان نظرية تعادل الأسباب قد لاقت انتقادا على مستوى المسؤولية المدنية بصفة عامة لعدم تمييزها بين الوقائع والإحداث المختلفة التي تحيط ووقوع الضرر وتجعلها جميعا اسبابا

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ١٠٢٥ .

(٢) د. ابراهيم الدسوقي، القسم الثاني، مصدر سابق، ص ١٧٠-١٧١ .

للضرر دون تفرقة^(١) وبذلك فان هذه النظرية لا تقدم التبرير والايضاح لعلاقة السببية في فوات الفرصة

الفرع الثاني : نظرية السبب المنتج

إذا كانت نظرية تعادل الأسباب لا تساعد القضاء في البحث عن تعويض للضرر المترتب عن فوات الفرصة ,فهل تساعد نظرية السبب المنتج ؟ وفي هذا الصدد يمكن القول ان نظرية السبب المنتج تحاول عكس نظرية تكافؤ الأسباب ان تقف على السبب الفاعل الذي من شأنه أن يحدث الضرر من بين مختلف العوامل المتسببة في احداثه^(٢) وقد انحاز لهذه النظرية جانب كبير من الفقه^(٣) ومما ساعد على ترك نظرية تعادل الاسباب والذهاب إلى نظرية السبب المنتج ان القرائن القانونية على الخطأ المفترض كثرت بحيث أصبح من اليسير استظهار خطأ مفترض في جانب المسؤول ينضم إلى أخطاء أخرى أكثر وضوحا وبروزا^(٤)

ومضمون هذه النظرية والتي تنسب إلى الفقيه الألماني فون كريس " von kries " يتمثل في ان نقطة الانطلاق تكمن في أن كل حدث يتحقق فعلا إنما يترتب بالضرورة على مجموع الروابط القائمة من قبل , ويضرب (فون كريس) مثلا لتوضيح ما يريد أن يقوله مفاده أن المحتمل ذو طبيعة ذاتية , اما الممكن فذو طبيعة مادية موضوعية , فمثلا إذا جرى الرمي عشر مرات وأصيب الهدف ست فالظروف الموضوعية المحيطة في جملتها تسمح بالقول بأن الحدث سوف يتحقق , فالأمر محتمل هنا لأننا لا نستطيع أن نعلم سلفا هل سوف يتحقق الحدث أم لا فالمحتمل ذاتي , وهكذا نسمي حادثا من الحوادث إنه ممكن ان يكون موضوعيا وذلك من خلال ظروف معينة إذا كانت هذه الظروف طبقا للقوانين الوضعية السارية على الظواهر تسمح بالقول بأن الحادث سوف يتحقق^(٥)

(١) د. عاطف النقيب , مصدر سابق, ص ٢٠١.

(٢) مصطفى مرعي, مصدر سابق, ص ١١٥.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم , عبد الباقي البكري, طه البشير , مصدر سابق, ص ٢٤٠, د. عبد الرزاق السنهوري , ج ١, مصدر سابق, ص ١٠٦ , د. عبد الباقي البكري, مصدر سابق ص ٨٥.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري , ج ١, مصدر سابق, ص ١٠٢٦.

(٥) د. علي عبيد الجيلوي , مصدر سابق , ص ١٩٦-١٩٧.

ومن أجل التمييز بين العوامل الملائمة والعوامل وغير الملائمة استعمل أنصار هذه النظرية ضابطا يسمى "الاحتمال الموضوعي لتحقيق النتيجة" , ومفاده لاعتبار الفعل سببا منتجا لا بد أن يعمل بمفرده دون بقية الأسباب الأخرى فحدوث الضرر أمرا محتملا , ولا يكفي اعتباره عاملا في حدوث الضرر وأنه لولاه لما وقع بل لا بد أن يتوفر لدى هذا السبب احتمال حدوث الضرر حسب المجرى العادي للأمر وهو ما يطلق عليه بالسبب المنتج او الفعال (١) عكس السبب العارض الذي لا يحدث عادة ذلك الضرر وأن ما يسهم فقط في إحداثه باقترانه بالسبب المنتج فيؤخذ بهذا الأخير لتقرير المسؤولية ويسقط السبب العارض الذي لا يقام له وزن في تقصي رابطة السببية القانونية بين الضرر وسببه (٢).

وواضح إن هذه النظرية في تحديدها للعامل الأكثر ملاءمة لإحداث الضرر والذي يبدو السبب الحقيقي له تقوم على قدر كبير من التقدير الذي يترك لقاضي الموضوع بما يتضمن ذلك من تخمين واحتمال أيضا, لذلك فالنتائج التي تصل إليها لا تقوم على التأكيد واليقين التام بل تقترض قدرا كبيرا من الاحتمال والترجيح وان كان احتمالا وترجيحا موضوعيا وليس شخصا , مما يقربه كثيرا من الواقع والحقيقة ومن ثم إلى اليقين والتحقق , من هنا يوجد تقارب وتمائل في الأفكار بين نظرية السبب المنتج وفوات الفرصة فكلاهما يعتد بعنصر الاحتمال بالوضع الظاهر في تقدير السببية ولكنهما يبتعدان بعد ذلك ويختلفان حول نقطة أساسية جوهرية تتعلق بدور ودرجة الاعتداد بعنصر الاحتمال في كل منهما , فعند تقرير علاقة السببية الملائمة لا يعتد بالاحتمال كعنصر ضروري لا بد منه ولا ينظر إليه إلا باعتباره وسيلة للوصول إلى اليقين وليس كقيمة ذاتية فهو ليس مقصود لذاته بل باعتباره بديلا عن اليقين الذي أمام تعذر تحقيقه نلجأ إلى بديل له , أما فوات الفرصة فهي تقترض بالضرورة هذا الاحتمال الذي يعد جوهرها ولا يمكنها تركه , ففي حالة فقد فرصة العلاج مثلا لا يمكن القول على وجه التأكيد إنه لولا خطأ الطبيب كان المريض سيشفى من المرض في حالة فقد فرصة الفوز بسباق الخيل لا يمكن أيضا التأكيد إن الحصان كان سيفوز بالسباق لولا خطأ الناقل أو خطأ قائد الحصان , وكل ما يمكن تقريره ,

(١) د. حسن ذنون , المبسوط في المسؤولية المدنية ,رابطة السببية ,ج٣, دار وائل للنشر , ط١, الاردن, ٢٠٠٦, ص٢١-٢٢.

(٢) د. سليمان مرقس , مصدر سابق , ص٤٧٣.

وفي مثل هذه الحالات إنه لولا الخطأ كان هناك احتمال لشفاء المريض أو كسب السباق , فمع فوات الفرصة لا يمكن الجزم بأن خطأ الطبيب أو خطأ قائد الحصان أو خطأ الناقل بصفة عامة خطأ ضروريا ولا بد منه لفوات الكسب , كذلك لا يمكن القول إنه كان السبب المنشئ للضرر (1)

غير ان هذا الاختلاف بين نظرية السبب المنتج وفوات الفرصة حوله اهمية ودور عنصر الاحتمال ومدى الاعتداد به في كل منهما لا يحول دون اشتراكهما معا في الاعتماد على معيار التأثير السببي للعناصر والاسباب المختلفة التي اشتركت في تحقيق الضرر (المقصود هنا الضرر الاحتمالي) عند تقرير المسؤولية وتقدير التعويض (2) , ففي كلتا الحالتين يتم تقدير التعويض استنادا إلى علاقة السببية المباشرة والأكيدة التي تربط الضرر بالفعل المنشئ للمسؤولية وهو نفس الأمر الذي يحدث عند تقدير التعويض الجزئي في حالة فوات الفرصة , بصفة خاصة في موضوعات المسؤولية الطبية , حيث يقارن القاضي عند تقديره للتعويض التأثير السببي لخطأ الطبيب الذي حرم المريض من فرصة الشفاء مع التأثير السببي للحالة الصحية ومدى قابليته للشفاء وتقبل العلاج بالنظر الى حالة المرض ذاتها ومدى تقدم الطب فيها , ورغم ذلك التشابه مازال هناك فرقا بين الحالتين يتوقف على عامل الاحتمال ففي حالة تقييد التعويض بسبب الحالة المرضية للمتضرر اعمالا لنظرية السببية الملائمة فأن القاضي يقوم بالمقارنة بين سببين معروفين اشتركا معا في احداث الضرر على وجه اليقين اما في حالة ضياع الفرصة فان المقارنة تجرى بين الاثار المحتملة للعديد من العوامل هي ذاتها محتملة وليست أكيدة , فالخطأ الطبي الذي تسبب في فوات فرصة الشفاء دوره السببي غير أكيد بل محتمل فقط , ومع ذلك فانه يؤخذ على انه يؤدي إلى النتيجة الضارة ونفس الحكم ايضا بالنسبة لعوامل اخرى خارجية متعددة تكون غير مؤكدة في دورها واثرها السببي (3)

يتضح إذا ان لعلاقة السببية في فوت الفرصة مفهوما خاصا بها لذلك فان المفهوم التقليدي لعلاقة السببية سواء تمثلت في نظرية تعادل الاسباب او في نظرية السببية المنتجة تعجز في تبرير التعويض عن الضرر المترتب على فوات الفرصة , ذلك إن نظرية تعدد

(1) BERAUD (M), *op. cit.*, P.23 .

(2) د. ابراهيم الدسوقي , مصدر سابق , ص ١٧٤-١٧٥ .

(3) د. ابراهيم الدسوقي , مصدر سابق , ص ١٧٦ .

الأسباب تظل عاجزة كما رأينا في تقديم هذا التبرير ، أما النظرية المنتجة فهي إذا كانت تساعد فانها مع ذلك لا تكفي في تأسيس هذا التعويض من الناحية القانونية وهذا ما جعل الفقه يبحث عن حلول أخرى تمثلت في الجمع بين السببية والاحتمال وهذا ما نقف عنده في المطلب الآتي

المطلب الثاني

الجمع بين السببية والاحتمال

لقد تبين مما سبق عرضه إن نظرية السببية المنتجة تصلح كأساس لتبرير القيمة الذاتية للفرصة ومن ثم تبرير التعويض عن فواتها ولا ينفصها في ذلك سوى تعميق أخذها بفكرة الاحتمال ، التي تأخذ بها من حيث المبدأ وتعدت بها في تقدير التعويض وجعلها عنصرا جوهريا مقصود لذاته وليس مجرد عنصر تبعي أو عرضي ، وهذا ما دعا إليه الفقيه (بوري) حيث اعتبر إن تبرير تعويض فوات الفرصة لا يكون ممكنا إلا ضمن المفهوم السببي الذي يجمع القانون السببي بالقانون الاحتمالي الشيء الذي يمكن من إعطاء تفسير للتعويض عن فوات الفرصة التي تتميز بكونها تعدت بأسباب احتمالية بحتة وليست مؤكدة على الرغم مما يتطلب المنطق القانوني للتعويض من ضرورة قيام علاقة سببية مؤكدة ومباشرة بين الضرر والفعل المسبب له ، وقد برر بوري التعويض عن فوات الفرصة وتقدير هذا التعويض بفكرة السببية التي تعترف في حالة تعدد اسباب واقعة أو أمرا ما باختلاط السببية بالاحتمال بما اسماه القانون السببي بالقانون

الاحتمالي , مستندا في ذلك إلى حقيقة مؤداها إنه بتحليل الأسباب المختلفة لظاهرة او واقعة ما نجد دائما وفي جميع الحالات عاملا أو أكثر يكون مجهولا إلى حد معين , لذلك فإن تقرير علاقة السببية بين ظاهرتين لا يقوم دائما على اليقين والتأكيد بل يكون هناك محل لقدر من الاحتمال , استنادا إلى هذا التفكير يرى (بوري) أن علاقة السببية التي يعتد بها في التعويض عن فوات الفرصة يجب أن يفسح مجالا للأخذ بأسباب محتملة فقط وليست مؤكدة أي تعتد بالنسبة لهذه الاسباب بآثارها المحتملة وليست المؤكدة (1)

ويرى الدكتور ابراهيم الدسوقي إنه بهذا التوسع في مفهوم علاقة السببية يجب ألا ينظر إلى السبب على إنه الواقعة الضرورية التي لا بد منها لوقوع الضرر فلا يعقل مع إدخال عنصر الاحتمال في السببية نعود و نطلب التأكد واليقين لذلك فوصف السبب بأنه الشرط الضروري لا يتفق إلا مع السببية في معناها التقليدي وليس في تطبيقها على فوات الفرصة, على إن عنصر الاحتمال في علاقة السببية لا ينظر إليه ويعتد به على إنه مجرد احتمال نظري بحث , بل يتم حسابه وتقديره على أسس علمية مدروسة بحيث يمثل قيمة حقيقية يمكن الاعتماد عليها, ففي مجال فرص العلاج إذا ثبت من واقع الخبرة الطبية إن علاجا ما يجلب الشفاء بنسبة ٩٠ % فإن ذلك يعد دليلا معقولا , وأن كأن لا يصل إلى حد اليقين الا إنه يصل إلى حد الترجيح الذي يمكن معه الاعتداد به إلى درجة معقولة خاصة إذا ما تعذر الوصول الى اليقين والتأكد (2)

ويستشهد (بوري) تأكيدا وتدعيما لنظريته بما يحدث في المشروعات العامة الحديثة التي تستند في أنشطتها العملية على المعطيات الحسائية التي تقوم في جانب منها على عامل الخبرة اي على بعض التقديرات المحسوبة مسبقا كأن يقول الطبيب في تبريره لاتباع علاج معين للمريض "اني وصفت له ذلك الدواء لان السوابق أثبتت صلاحيته ونجاحه"(3)

وهكذا عندما يعتد القاضي بفوات الفرصة فإن ذلك لا يعني تركه مجال السببية بل على العكس هو يعتمدها بالإشارة إلى قانون الاحتمال فعندما يقدر القاضي قيمة الفرصة الفائتة فإنه

(1) Jacques BORE op. cit, p.23 .

(2) د. ابراهيم الدسوقي , مصدر سابق, ص ١٧٧ .

(3) Jacques BORE op. cit, p.24.

يقدر حسابيا التقابل والعلاقة بين الفعل الذي فوت الفرصة والضرر التي ترتب على ذلك ، لهذا فهو كثيرا ما يلجأ إلى أهل الخبرة لبيان هذه العلاقة ، فيطلب من الخبير الطبي مثلا بيان ما إذا كان علاج معين يجلب في الغالب الشفاء ، فإذا أجابه الخبير بأن هذا العلاج يجلب الشفاء عادة يكون في حوزة القاضي عندئذ ترجيح معقول الذي وإن كان يبتعد عن اليقين إلا انه يكون كافيا لتقرير وجود علاقة بين عدم العلاج والضرر تكفي لمساءلة الطبيب، أما اذا اجاب الخبير بأن من بين الف مريض عولج بهذه العلاج شفى منهم خمسمائة فإن القاضي عندئذ يملك يقينا حسابية كافيا لتقرير إن المريض كان يملك فرصة واحدة من بين اثنتين للشفاء ،ومن ثم لا تكون فرصة المريض في الشفاء كاملة وإنما تقدر بالنصف فقط (١)

ولقد عيب على فوات الفرصة إن القاضي عندما يقع له شك في العلاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر الحاصل للمدعي فإنه يلجأ إلى هذا المفهوم ويحكم بتعويض جزئي على الشك لا على اليقين (٢)

ألا أن المتأمل يلاحظ إننا في عالم القانون لا ندعي الوصول إلى الحقيقة إنما الرجحان الكافي اي بلوغ اليقين النسبي دون المطلق ، ولهذا فإن الفقيه (بوري) يؤكد وبحق على أن دمج القانون السببي للقانون الاحتمالي لا يتعارض مع المنطق القانوني البحت ، فعلى الرغم مما قد يبدو لأول وهلة إن ذلك التفكير يتناقض مع ما تستلزمه المسؤولية ومع ما يفترضه التعويض من ضرورة التأكد من تحقق علاقة السببية بين الضرر والفعل الموجب للمسؤولية والتعويض ، إلا إنه مع التدقيق يتضح عدم وجود لهذا التناقض فالمشرع لم يفرض على القاضي اي نظام محدد ينفذ به ولم يفرض عليه قبول التأكيد واليقين فقط في هذا المجال ،بل سمح له بالاعتداد والاخذ بتأكيد إنساني واقعي او معقول يصل اليه بمساعدة القرائن التي تترك لمطلق تقديره ، لذلك يقع على القاضي تعميق فكرة السببية باتباع تقدم الأفكار العلمية التي تسهل له عملية الإثبات من اتباع الأرقام الحسابية التي توضح ان الظواهر الاحتمالية تكون قابلة للتحقق بنسب مختلفة ، كما أن اعتداد القاضي بالاحتمال المبني على الأسس والحقائق العلمية لا يتضمن انكارا أو اعتداء على قواعد الإثبات ، فالقرائن يقتصر دورها على مجرد نقل عبء الإثبات فالحق في التعويض

(١) د. اسعد عبيد الجميلي ، الخطأ في المسؤولية الطبية ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، ١٩٩١ ، ص ٣٤٤.

(٢) Rene SAVATIER, op , cit , p.23.

لا يعرف إلا تأكيدا نسبيا وليس مطلقاً⁽¹⁾ وفي هذا المجال يستخدم القاضي في معنى نسبي كلمات لها معنى مطلق أو قريب من الإطلاق فالضرر المحقق هو غالبا الضرر الذي يعظم فيه الاحتمال والترجيح إلى درجة اعتداد القانون به , اما الضرر المحتمل فهو الذي يقل فيه ذلك الاحتمال الى درجة عدم الاعتداد به⁽²⁾

أما عن كيفية وصول القاضي إلى المعطيات العلمية الجادة وحساب الاحتمالات وتقديرها فيتم اللجوء إلى الخبرة واستشارة أهل المعرفة والتخصص , لذلك فلا غرابة أن يظهر مبدأ التعويض عن فوات الفرصة في ذلك المجال الذي يكون فيه القاضي نفسه خبيراً ومختصاً بتحديد مدى وقيمة فرص النجاح التي فانتت على المدعي نتيجة خطأ محاميه أو مستشاره القانوني لنفس العلة أيضا فقد تطور هذا القضاء في مجال المسؤولية الطبية حيث يعهد القاضي إلى اللجان الطبية المختصة تحديد الفرص التي كان يملكها المريض⁽³⁾

وهذا ما أكده القضاء الفرنسي في إحدى قراراته التي جاء فيها " وحيث إنه فيما يرجع إلى علاقة السببية بين الخطأ والضرر فإنه إذا كان الطالب لم يثبت وجودها بكيفية باتة، حيث تتوفر في هذه القضية قرائن محددة ومتسقة كافية للقول بأن ثمة علاقة سببية بين الحادث الذي وقع ضحيته رجل وبين اجهاض زوجته بعد عدة اسابيع , اثر الصدمة النفسية التي اصابتها"⁽⁴⁾ , وهو ما يسير عليه القضاء المصري ايضا اذ يقرر إن القاضي يعتمد على القرائن القوية والمحددة فإذا ثبت مثلا إن المرض في سيره الطبيعي كان مؤديا حتما بالمريض الى الوفاة سواء اجريت له العملية ام لم تجر , فلا يسأل الطبيب عن موته اما إذا كانت حالة المريض تبعث

⁽¹⁾ Jacques BORE , op. cit, p.16.

⁽²⁾ (H-L) Mazeaud – (A)- Tunc-Traite de la responsabilite-Tome-2-Paris-1970.P.216.

⁽³⁾ د. ابراهيم الدسوقي , مصدر سابق, ص ١٧٩.

⁽⁴⁾ نقض مدني فرنسي , الغرفة المدنية الثانية, ١٧/ايار -مايو/ ١٩٧٣, ص ١٣٦٣, مدونة القانون المدني الفرنسي , مصدر سابق.

على الاطمئنان إلى شفائه فإن أي خطأ من الطبيب المعالج يفوت عليه فرصة الشفاء فإنه يعتبر مرتباً بالضرر برابطة سببية كافية لقيام المسؤولية^(١)

المطلب الثالث

اثبات علاقة السببية في فوات الفرصة

من المعروف إن الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يحددها القانون من أجل تأكيد حق متنازع عليه، ومن ثم من يكون الإثبات في جوهره هو اقتناع المحكمة بهذا الادعاء أو ذلك من جانب المدعي أو المدعي عليه^(٢) ويعتبر بعض الفقه بحق إن نظرية الإثبات هي من أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقاً في الحياة العملية ، بل هي النظرية التي لا تنفك المحاكم عن تطبيقها كل يوم في ما يعرض على أنظارها من منازعات ، فالإثبات إذا هو الأداة الضرورية التي يعول عليها القاضي في التحقق من الوقائع القانونية ذلك إن ادعاء وجود حق محل نزاع من جانب المدعي إذا لم يصطحب بتقديم الدليل عليه فإن القضاء يصعب عليه التسليم بصدق هذا الادعاء، فالحق لا قيمة له ولا نفع منه إذا لم يقم عليه دليل، بل إن كثير من الناس يخسرون دعواهم ومن ثم حقوقهم لا لشيء إلا لأنهم ينقصهم دليل على هذا الحق محل الادعاء وأن الحق يتجرد من قيمته ما لم يقدم صاحبه الدليل عليه^(٣)

(١) حكم محكمة العطارين المصرية ٩ في /ابريل - نيسان/ ١٩٢٩ نقلاً عن د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ١٩٩٩، ص ١١٢.

(٢) د. عباس العبودي، احكام قانون الاثبات المدني العراقي، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٩١، ص ٥.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، مصدر سابق.

واعمالاً للقواعد العامة يقع عبء إثبات وجود الفرصة على مدعيها وفق المادة (٧) من قانون الاثبات العراقي " اولاً- البينة على من ادعى واليمين على من انكر ثانياً- المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر، والمنكر هو من يتمسك بابقاء الاصل"

فإثبات وجود الفرصة لدى من فانتت عليه الفرصة في الكسب او الشفاء أو البقاء على الحياة يقع على المدعي بالتعويض أي على المتضرر من ضياع الفرصة او وراثته وخلفه, لذلك لم يقبل القضاء الفرنسي ادعاء طالب التعويض عن فوات الفرصة طالما لم يثبت ان خسارة الفرصة كانت اكيدة ومتصلة مباشرة بالفعل الضار^(١) غير أن اثبات الفرصة في المجال الطبي بصفة خاصة تثير بعض الصعوبات فلكي يتمكن ورثة المتوفى أثر عملية جراحية او علاج طبي من التدليل على وجود فرصة الشفاء أو البقاء على الحياة لمورثهم فأن ذلك يقتضي منهم إثبات السبب الحقيقي لوفاة مورثهم ، وهذا امر يدق عليهم في الكثير من الحالات ففي حالة وفاة المريض أثر عملية جراحية مثلا , كيف يمكن لورثته ان يثبتوا ما إذا كان الطبيب او الجراح يمكنه تقادي وفاة مورثه باتباع أسلوب معين في الطب والجراحة خاصة إذا كانوا لا يعلمون السبب الحقيقي للوفاة ؟ ولعل هذه الصعوبة العملية هي التي دفعت الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية إلى اعفاء المدعي من عبء هذا الإثبات في بعض أحكامها ومن ذلك حكمها الصادر في ١٨ - اذار/مارس - ١٩٦٩ الذي أخذت بمسؤولية الطبيب المعالج عن وفاة المريض التي يقوم بعلاجها ذلك على الرغم من اسباب الوفاة ضلت غير معروفة على وجه التأكيد والتحديد ,وقد استندت في الحكم الى أن خطأ الطبيب وأن لم يكن اكيداً ان هذا الخطأ هو الذي تسبب بموت المريض فإنه على الاقل قد حرم هذا الاخير فرصة البقاء^(٢) وتجدر الاشارة إلى أن هذا الحكم وغيره من الأحكام الاخرى لم تدع ان الطبيب يقع عليه التزام بنتيجة معينة هي شفاء المريض بل مازال يلتزم فقط بالتزام بوسيلة لأن خطأ الطبيب قد ثبت فعلا ,بيد أن ما يثير التساؤل هنا هو كيفية تقرير تحقق وجود علاقة السببية بين الوفاة وبين ترك العناية التي تسببت في تطور المرض والحمى التي أصابت المريضة بينما إن سبب الوفاة ظل مجهولا ؟ الواقع أن

(١) نقض مدني فرنسي, رقم ٢٤١, في ١٤/ تشرين الاول - اكتوبر/ ١٩٩٢, مدونة القانون المدني الفرنسي , ص١٣٥٧.

(٢) نقض مدني فرنسي الغرفة المدنية الاولى في ١٨/ اذار - مارس/ ١٩٦٩, مدونة القانون المدني الفرنسي , ص١٣٥٨.

القضاء عند تعويضه لفوت الفرصة يقيم وزنا كبيرا لعنصر الاحتمال في تحقق الفرصة , لذلك يقوم بتقدير قيمة الفرصة الضائعة ومدى احتمال تحققها بالمقابلة بين الفرص الإيجابية الحسنة التي في صالح المتضرر والفرص السلبية التي في غير صالحه وهذا التقييم للفرص المختلفة يفترض بالضرورة المقارنة الجدية الدقيقة لهذه الفرص المختلفة بعد حصرها والتعرف عليها ففي سباقات الخيل تتم المقارنة بين حالة وموقف الخيول المشتركة في السباق وحالة الحصان الذي حرم من هذا الاشتراك وفي حالة الدعوى التي لم يقم المحامي باستئنافها تجري المقارنة أيضا بين قيمة الحكم الصادر وحكم الاستئناف الذي كان يتوقع صدوره لو تم هذا الاستئناف كذلك في المسائل الطبية تتم المقابلة بين الفرص الحسنة والفرص السيئة وهذه المقابلة لا يمكن في الواقع إجراؤها إلا إذا تم تحديد المرض او الخطر الذي كان المريض يتوقع ويأمل استبعاده ويتم كذلك تحديد إمكانية التدخل التي يملكها الطبيب في ظروف الزمان والمكان المتواجد فيها فإذا ظل سبب الوفاة مجهولا يكتنفه الغموض , فلا شك إن القاضي سيواجه صعوبة كبيرة في تقدير وجود الفرصة ومدى قيمتها المسائل الطبية بصفة خاصة (١)

لذلك فلا يكفي في المسائل الطبية إثبات خطأ الطبيب المعالج واغفاله للعناية الطبية لقبول فوات فرصة الشفاء أو حياة لدى المريضة بل يتعين بالإضافة إلى ذلك تحديد ما إذا كانت هذه الأخطاء على علاقة سببية ولو محتملة مع حالة المريض اللاحقة للعلاج (٢)

ونعتقد أن اثبات العلاقة السببية وإن كانت على مدعي التعويض لأن عليه إثبات اركان المسؤولية إلا أن اثباتها يكون في الغالب سهلا عن طريق قرائن الحال خاصة وإن هذه العناصر تعد وقائع مادية للدائن إثباتها بكافة طرق الإثبات, بل وتنتفي الحاجة إلى إثباتها لوضوح القرائن في كثير من الحالات , وحتى بالنسبة للمسؤولية الطبية والتي اثير الكثير من الجدل بشأنها - وإن كان الأصل فيها أن الإثبات على مدعي التعويض - المريض أو ذويه- لان أصل الالتزام فيها بذل عناية فإن هذا العبء ينتقل من الدائن الى المدين بوجود قرينة الخطأ أو الإهمال الطبي, ليقع عندئذ عليه عبء نفيها , وفي وسع المدين نفيها بطريقتين أولهما مباشر وثانيهما غير مباشر اما الطريق المباشر فهو نفيها عن طريق إثبات أن خطأه التقصيري لم يكن السبب

(١) Jacques BORE ,op. cit, p.40

(٢) د. ابراهيم الدسوقي , مصدر سابق, ص ١٢٠.

في الضرر الذي أصاب المدعي , وأما الطريق غير المباشر فهو نفيها عن طريق اثبات وجود سبب أجنبي دفع المدين إلى القيام بالعمل الذي نشأ عنه الضرر أو ان السبب الأجنبي هو الذي ألحق الضرر مباشرة بالمدعي , ويقصد بالسبب الأجنبي كل حدثا لا دخل لإرادة الإنسان في وقوعه وليس في وسعيه توقعه ولا يمكن درء نتائجه او تلافي حدوثه (١).

(١) د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير, مصدر سابق, ص ٢٤٠-٢٤١, د. جاسم لفته سلمان العبودي, مصدر سابق, ص ٢٩٥, د. سليمان مرقس, مصدر سابق, ص ٣٦٦.

الفصل الثالث تحديد التعويض عن فوات الفرصة وطرق تقديره

الفصل الثالث تحديد التعويض عن فوات الفرصة وطرق تقديره

لابد للفعل الضار من نتيجة تتمثل بالضرر، وضرر فوات الفرصة يتمثل بالأذى الواقع على الشخص نتيجة فوات فرصة كسب او تجنب خسارة، ما يترتب على الفاعل مسؤولية إصلاحه، فأثر المسؤولية هو التعويض عن قيمة الضرر الحاصل بجبره قدر المستطاع ترضية للمتضرر، لذا يشكل تقدير التعويض عن ضرر فوات الفرصة وطرق تعويضه في المسؤولية المدنية مدار الاهتمام لدى الفقه والقضاء وصولاً إلى تحقيق التعويض المناسب للمتضرر. وبغية الوصول إلى هدف التعويض عن ضرر فوات الفرصة في المسؤولية المدنية، فأن تحديده قضائياً ليس بمهمة سهلة، لكون هذا الضرر يرتبط بضرر احتمالي من جهة ولاختلاف معايير تقديره من جهة أخرى، ومن أجل الاحاطة بهذا الموضوع مع وجوب التقيد بمدى الضرر دون التأثير بالعوامل الأخرى، قسمنا الكلام في هذا الفصل إلى مبحثين، نبين في الأول تحديد التعويض عن فوات الفرصة ونبين في الثاني طرق تقدير التعويض عن فوات الفرصة.

المبحث الاول

تحديد التعويض عن فوات الفرصة وشروطه

إذا كان من آثار المسؤولية عن فوات الفرصة ان تحدث اثراً على طرفي النزاع فان هذا الاثر الاصل فيه التمكين من ذات الحق المدعى او المسؤول عنه، أي الزام المعتدي على الحق الضمان لما احدثه تعديه صيانة للحقوق وتحميلاً له تبعه تصرفه او التزامه، فأن تعذر ذلك، كأن تعرض مكان الحق الى التلف او فوات منفعته، فمن حق صاحب الحق ان يعرض حقه، لان

الحق في التشريع الاسلامي والوضعي لا يسقط من تلقاء نفسه , وانما يتحول من شكل الى اخر , ولان الشرع حمى الحقوق ومن حمايته للحقوق الزامه المعتدي على الحق الضمان لما احدثه تعديه (١) , واذا كانت المسؤولية عن فوات الفرصة بهذا الوصف فالتساؤل الذي يرد هنا وهو ما هو حقيقة هذا التعويض ؟ وما هي شروطه ؟ وما مداه ؟ ومن هنا يتعين بيان حقيقة التعويض عن فوات الفرصة في مطلب اول ثم بيان شروط هذا التعويض في المطلب الثاني ثم بعد ذلك بيان مدى هذا التعويض في المطلب الثالث.

المطلب الاول

حقيقة التعويض عن فوات الفرصة

المقصود بالتعويض، تصحيح التوازن الذي اختل وأهدر نتيجة وقوع الضرر إلى ما كان عليه، وذلك بإعادة المتضرر على حساب المسؤول إلى الحالة التي كان متوقفاً ان يكون عليها لو لم يقع الفعل الضار (٢).

وبمعنى آخر أن يتكافأ التعويض مع الضرر المحدث بالمتضرر، فلا يزيد عليه ولا ينقص عنه (٣) فالالتزام بالتعويض المدني هو وسيلة القضاء لجبر الضرر الذي لحق المتضرر وذلك بإزالة الضرر او التخفيف من وطأته , فرضه القانون على كل من سبب بفعله ضرراً للغير (٤) فهو التزام جزائي يفرضه القانون على المدين جزاء اخلاله بالتزام اولي , سواء كان هذا الالتزام منصوص عليه في القانون كالواجبات التي يفرضها قانون المرور ام اكان يفرضه القانون بطريقة غير مباشرة نتيجة الاعتراف للغير بحقوق معينة (٥) , كما انه اثر ايجابي من اثار المسؤولية المدنية في التشريع الاسلامي , ولهذا الاثر دور فاعل في استقرار النظام في الدولة

(١) د. امجد علي سعادة, النظرية العامة للمسؤولية القضائية في التشريع الاسلامي , دار الثقافة للنشر والتوزيع, عمان, ٢٠١٠, ص ٢٧٨.

(٢) ديفيد كمب- مرغريت كمب , مصدر سابق , ص ١٥.

(٣) د. ابراهيم محمد شريف , مصدر سابق , ص ١٩٨.

(٤) د. عبد العزيز اللصاصمة , مصدر سابق , ص ١٨٤.

(٥) د. سليمان مرقس, الوافي , مصدر سابق , ص ٥٠٧. د. عبد العزيز اللصاصمة , مصدر سابق , ص ١٨٤.

وفي حماية الحقوق , ذلك لان الحق يفقد قيمته ان لم تكن له دعوى تحميه , والتعويض بهذا المعنى يراعي البعد النفسي لدى صاحب الحق الفائت او المعتدى عليه , لان التعويض يكون نظير فوات حقه , فيحوّل اختصاص الشخص من محل الحق الاصيل الى محل بدلي اقتضت الضرورة التعويض به لعدم التمكن من تحقيق اختصاصه بالأصل لفوات ذاته او منفعته , فيراعى في العوض تحقيق معنى الحق وفائدته لتعذر تحقيق ذاته (١)

الا ان الامر لم يكن كذلك في الشرائع القديمة فقد كان الفعل الضار في المجتمعات البدائية يستتبع رد فعل مماثل له , فكان من حق المتضرر ان يثار لنفسه وان يلحق الاذى بمن اضره, ولم يكن في البدء لحق الثأر من حدود فكان المتضرر يندفع في استعمال هذا الحق حسبما تمليه عليه غريزته الجامحة وكان هذا الاندفاع يستثير عشيرة الجاني فيتبادل الطرفان ايقاع الاذى بعضهما ببعض ردحا طويلا من الزمن ربما استغرق عدة اجيال الى ان يتم الصلح بين الفريقين (٢)

لذلك يعتبر الاهتداء الى فكرة التعويض بحق تغيير في تاريخ البشرية لانه نقلتها من الفتن والحروب بسبب الثأر الى المساكنة والمهادنة (٣) , ولا احد ينكر الدور الذي ادته الاديان السماوية في تهذيب النفوس وكبح الجراح ملحمة الى المهادنة والمساكنة والدعوة الى السلم (٤) وعلى هذا الاساس فاذا وجدت فرصة كسب او فرصة تجنب خسارة , بالشروط التي سيتم بيانها فان الحرمان منها أي فواتها على صاحبها بغير حق , يستوجب التعويض عنها باعتبار ان هدر الفرصة هو ضرر محقق اصاب المتضرر (٥) ومن خلال هذا المفهوم يتبين لنا حقيقة مفهوم

(١) د. امجد على سعادة , مصدر سابق , ص ٢٧٨-٢٧٩.

(٢) د. سعدون العامري , مصدر سابق , ص ١٤٣.

(٣) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل, المسؤولية المدنية بين التقيد والاطلاق, طبع دار النهضة العربية, القاهرة , دون سنة طبع, ص ١٦.

(٤) ومن ذلك قوله تعالى " وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا " سورة الانفال, اية ٦١, وقوله تعالى " خُذِ الْعُقُورَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ " سورة الاعراف, اية ١٩٩.

(٥) د. عبد المعين لطفي جمعة , موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التصيرية والعقدية , الكتاب الاول, ج ٢, علم الكتاب , القاهرة , ١٩٧٩, ص ٥.

التعويض عن فوات الفرصة بأنه ثبت حق جديد لشخص على آخر بطريق القضاء في مقابل ما فوت عليه من حق.

المطلب الثاني

شروط التعويض عن فوات الفرصة

إذا كان من فانتت عليه فرصة تحقيق كسب او فرصة تجنب خسارة بفعل الغير يكون له الحق في التعويض, لنا أن نتساءل عن شروط منح هذا التعويض وهل يكفي تحقق الشروط العامة - اركان المسؤولية المدنية - ام ان التعويض عن فوات الفرصة يقتضي بالإضافة الى هذه الشروط , شروطاً أخرى ؟

من خلال استقراء أحكام القضاء وأراء الفقه القانوني ,يتضح لنا ان التعويض عن فوات الفرصة - فرصة الكسب او تجنب الخسارة - انما هو تطبيق للقواعد العامة في المسؤولية المدنية , الذي يتعين توافر الخطأ او الفعل الضار الموجب للمسؤولية ثم الضرر وعلاقة سببية بين الضرر والخطأ , بالإضافة الى شروط اخرى عبر عنها القضاء في احكامه وبينها الفقه في آرائه , ومن ثم فان القاضي في تقديره لتحقق الضرر المترتب عن فوات الفرصة ينبغي ان يتحقق , بالإضافة الى اركان المسؤولية , من وجود الشروط الآتية:

اولاً : ضرورة وجود فرصة ممكنة

ثانياً: ان تكون الفرصة جدية وحقيقية

ثالثاً: ان تفوت الفرصة على المدعي بصفة نهائية

رابعاً: قيام شك في العلاقة السببية الرابطة بين الخطأ والضرر النهائي

اولاً: ضرورة وجود فرصة ممكنة

ان القول بوجود فرصة ما , فأن ذلك يوجب وجود كسب محتمل او مرجح التحقيق , وهذا وحده لا يكفي للقول بوجود فرصة بل يتعين ان توجد بالإضافة الى ذلك طريقة او طرق لتحقيق هذا الكسب , هذه الطرق تمثل فرص تحقيق الكسب وتجعله محتملا وليس نظريا , كما

يتعين ان تكون الفرصة جدية وحقيقية كما يقرر القضاء^(١) , فمجرد اشتراك حصان في سباق لا يكفي لعد ذلك فرصة لتحقيق الفوز وكسب السباق , بل يتعين ان يتوافر ما يرجح احتمال فوز الحصان بالسباق, ويوجد هنا , في الواقع ارتباط كبير بين مدى احتمال تحقق الكسب المنشود وجدية الفرصة , فكلما زادت درجة احتمال تحقيق الكسب , أي كلما كان الكسب مرجحا , كلما وجدت فرصة جدية لتحقيقه , وبقدر توافر الفرصة الجدية للكسب , بقدر ما يكون هذا الكسب محتملا ومرجحا والعكس صحيح , كذلك فكلما قل احتمال الكسب كلما بعدت وقلت فرصة تحقيقه , وهكذا لا يكفي أن يكون الهدف محتملا في ذاته بل يتعين إن يكون محتمل التحقيق عن طريق الفرصة أو الفرص التي يملكها المتضرر^(٢)

اما كون الفرصة ممكنة أي غير مستحيلة , فيعني أن لا تكون الفرصة مستحيلة التحقيق ماديا والا اصبحت ضربا من الخيال لا يتحقق على أرض الواقع, وهكذا يجب الا يكون الكسب الذي كان مأمولا من الفرصة الضائعة مستحيلا فلا يمكن أن نتصور وجود فرصة كسب ضائعة اذا كان هذا الكسب مستحيل التحقيق, ومن ثم فالموكل الذي يتراخي في ان يكلف المحامي برفع الاستئناف على الحكم الصادر ضده حتى تنتهي المدة المقررة قانونا لقبول الاستئناف شكلا او يسعى اليه قبل انتهائها بفترة وجيزة لا تسمح عادة للمحامي بأعداد ملف القضية وايداعه المحكمة فإن هذا الموكل لا يمكنه بعد ذلك الادعاء بأن المحامي هو السبب في ضياع الوسيلة التي كان يحوزها لتحقيق هذا الكسب ومن ثم فلم تعد هناك فرصة ضائعة وإنما يوجد كسب مستحيل تحققه لا يقبل من الموكل بعد ذلك ادعائه بان المحامي ضيع عليه الفرصة^(٣)

(١) نقض جنائي فرنسي رقم ١٤٣ في ١٢/فبراير - شباط/ ١٩٧٩ المجموعة الجنائية , ص ٣٨٠, نقلا عن د. سليمان مرقس , مصدر سابق , ص ١٤٢.

(٢) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل , القسم الاول, مصدر سابق , ص ١٠٩.

(٣) د. محمد عبد الظاهر حسين , المسؤولية التقصيرية , دار النهضة العربية , ٢٠٠٤ , ص ٤١٤-٤١٥.

وعلى ذلك يبدأ القضاة أولاً بالتحقق من وجود الفرصة ثم البحث عن جديتها لذلك قضت محكمة النقض المصرية^(١) بأنه "تفويت الفرصة وإن كان يجيز للمتضرر أن يطالب بالتعويض عنه على أن يدخل في عناصره ما كان المتضرر يأمل في الحصول عليه من كسب من وراء تحقيق هذه الفرصة إلا إن ذلك مشروط بأن يكون هذا الأمل قائماً على أسباب مقبولة من شأنها طبقاً للمجرى العادي للأمر ترجيح كسب فوته عليه العمل الضار غير المشروع" أي حتى عندما توجد الفرصة فإنه يجب أن لا تكون هذه الفرصة ضعيفة أي أن لا يكون احتمال تحققها ضعيفاً^(٢)

ثانياً: أن تكون الفرصة جدية وحقيقية

يمكن من الناحية المنطقية القول بأن ضرر فوات الفرصة يقع بين الضرر المحقق من ناحية والضرر المحتمل من ناحية أخرى^(٣)، ومن أجل أن يعلن القضاء عن موقفه من مسألة التعويض عن فوات الفرصة كان لزاماً عليه أن يصف الضرر أما بأنه محقق أو احتمالي فقط، وقد لجأ في سبيل ذلك إلى معيار مؤداه أن الفرصة الضائعة يجب أن تكون حقيقية وجدية، وبذلك يتأكد القضاة من إن الربح أو الكسب الذي كأن ينتظره المتضرر كان من الممكن إن يتحقق لو إن الفعل الضار لم يقع أصلاً^(٤)، فلا يستجيب القضاء لطلبات والدي طفل صغير من أجل تعويض الكسب المأمول الذي كان يتوقعانه من ولدهما عندما تقدم بهما السن والذي ضاع عليهما بفقد الولد بخطأ المسؤول لكون هذا الكسب إنما هو كسب احتمالي، ولكي يقبل القضاء تعويض الفرصة الضائعة يجب أن يكون هناك كسب احتمالي كان يرجى تحقيقه^(٥)

(١) نقض مدني مصري رقم ٧٠٨٥ لسنة ٦٣ ق في ٣٠/١١/١٩٩٥، مجموعة المكتب الفني، ص ١٢٨٦، قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية، مصدر سابق.

(٢) د. أيمن إبراهيم العشماوي، مصدر سابق، ص ٧٢.

(٣) د. حسن ذنون، مصدر سابق، ص ٢١٥.

(٤) د. أيمن إبراهيم العشماوي، مصدر سابق، ص ٧٠-٧١.

(٥) د. محمد حسين عبد الظاهر، مصدر سابق، ص ٤١٤.

والجدير بالملاحظة هنا إن القضاء يتحقق بعناية شديدة من ان الفرصة الضائعة كانت حقيقية وجدية ففي دعوى فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية في ٢٩/فبراير - شباط/١٩٩٦ تتلخص وقائعها في ان مستخدما في شركة كان ضحية لحادث عمل ادى إلى إصابته بالعمى فقضت محكمة الاستئناف بأن صاحب العمل قد ارتكبت خطأ غير مغتفر يرتبط بالحادث بعلاقة سببية إلا إنها رفضت تعويض المتضرر عن ضياع فرصة حصوله على ترقية في عمله ولقد كان هذا الرفض محلا للطعن بالنقض، غير إن محكمة النقض قضت بأن "المتضرر الذي يعمل في مخزن ويبلغ من العمر ٢٦ عاما وقت وقوع الحادث لم يكن لديه في هذا الوقت أية خبرة أو ثقافة مهنية تسمح له بتوقع الحصول على ترقية، وهذا يعني إن الفرصة المزعومة لم تكن جدية وبذلك تكون محكمة الاستئناف قد بررت حكمها بشكل قانوني^(١)

وهكذا فالفرصة في مجال التعويض تتميز عن مجرد الامل الذي يتوقف على شعور ونفسية صاحبه ، بينما تتميز الفرصة بأنها تقدر تقديرا موضوعيا وليس شخصا فالمرضى المصاب بمرض خطير كتقصص المناعة (الايديز) قد يكون لديه الأمل في الشفاء ومع ذلك من الوجهة الطبية لا يملك فرصة جدية حقيقية في الشفاء ، فيشترط اذاً في الفرصة أن تكون جدية أو حقيقية تميزا لها عن مجرد الأمل ، وإعمالا لجدية الفرصة نجد إن القاضي عند نظره التعويض عن فوات فرصة كسب حق للمتضرر متنازع عليه امامه يقوم اولا بتقدير مدى فرص المتضرر في الحصول على هذا الحق فإذا ترجح لديه خسران المدعي للدعوى لو استمر النظر فيها وفقا للمجرى المعتاد للأمر رفض التعويض عن فوات الفرصة ، من ناحية أخرى فإن الفرصة تتميز أيضا عن التحقق واليقين فهي ليست سوى احتمال وإن كان كافيا ومعقولا لتحقيق امر معين بطريقة محددة ، بمعنى رجحان تحقق ذلك الأمر بهذه الطريقة ، فإذا كنا نشترط في الفرصة إن تكون جدية وحقيقية فلا يعني ذلك إنها تعبر عن التحقق واليقين من وقوع أمر ما ، فهي وإن كانت تعلقو مجرد الأمل الأ أنها لا تصل درجة اليقين استنادا إلى هذا المعيار ، الذي يحدد وجود وتحقيق الفرصة اي وصول درجة احتمال تحقق الفرصة الى حد الرجحان دون التأكد

(١) نقض مدني فرنسي في ٢٩/فبراير - شباط/١٩٩٦ سبق ذكره.

واليقين^(١) , فالقضاء رغم توسعه في تطبيق فوات الفرصة فانه ظل يؤكد دائما على انه لا يجوز التعويض عن فوات الفرصة الا اذا كانت حقيقية وجدية وقائمة على اسباب مقبولة^(٢) , وهو ما عبر عنه الفقه بقوله إن القاضي لا يأخذ بعين الاعتبار الضرر الا إذا كانت إمكانية تحققه تتوفر على درجة كافية من الاحتمال بمعنى , أن فرص النجاح التي فوتها خطأ المدعى عليه كانت حقيقية وجدية بحيث يقدر القاضي الفرص الضائعة بحساب الاحتمالات إلى الماضي^(٣)

ومن أجل تقدير جدية الفرصة الضائعة تضيف المحاكم أحيانا معيار تكميليا مؤداه كلما كان الوقت الذي ضاعت فيه الفرصة بعيدا عن الوقت الذي كان من الممكن ان تتحقق فيه, كلما كان طبيعياً أن نقر في النهاية بأن الأمل في تحققها كان ضعيفا, وذلك بسبب الاحداث الخارجية التي يمكن أن تتدخل في هذه الحالة , وبعبارة أخرى كلما كان تحقق الأمل بعيدا في الواقع كلما كانت الفرصة غير محققة او غير جدية^(٤) , ويتجلى هذا التطلب في حالة امكانية استغلال فرصة متاحة في المستقبل فهذا المظهر المستقبلي للفرصة يحتم على القضاء عند تقديره لجدية الفرصة الضائعة ادخال عنصر الزمن الذي كان المدعي يتوقع فيه تحقيق الامل الضائع , ويظهر هذا التطلب بصفة خاصة عندما يطلب التعويض عن ضياع فرصة الحصول على مركز دراسي او مهني لينتقل على اساسها جدية الفرصة او عدمها , مما يفرض على القضاة بحث فرص النجاح لأجل منح التعويض^(٥) , لذلك نجد يرفض التعويض بطلب من الام والاب الذين توفي ابنهما الصغير الذي يبلغ من العمر ١٢ عام^(٦) , ما يعني ان القضاء قد استخدم معيارا

(١) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل , القسم الاول , مصدر سابق , ص ١١٢.

(٢) نقض مدني مصري رقم ٨٦٠ لسنة ٤٨ ق في ١٦/٥/١٩٧٩ , مجموعة سعيد احمد شعله , مصدر سابق , ص ١٩١.

(3) (Jacques BORE) op. cit, p2.

(٤) د. جلال علي العدوي , اصول الالتزامات , مصادر الالتزام , منشأة المعارف , الاسكندرية , ١٩٩٧ , ص ٤٣٤.

(٥) نقض مدني فرنسي , الغرفة الثانية , رقم ١٢٩ , في ١٥ /كانون الثاني - يناير/ ١٩٩٧ , مدونة القانون المدني الفرنسي , مصدر سابق , ص ١٣٥٧ .

(٦) نقض مدني مصري رقم ٤٣٠٠ لسنة ٦٣ ق , في ١٠/١١/١٩٩٤ , مجموعة المكتب الفني , ص ١٣٦٣ , قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية , مصدر سابق.

زمنيا في هذا الصدد، فالربح او الكسب يجب ان يكون حدوثه متوقعا خلال فترة وشيكة الوقوع تقترب من وقوع الفعل الذي فوتها

ثالثاً: ان تفوت الفرصة على المدعي بصفة نهائية

لكي يتحقق فوات الفرصة باعتباره ضررا محققا واجب التعويض يجب ان تكون فرصة تحقيق الكسب قد فاتت بصفة مؤكدة ونهائية على المتضرر، بحيث يحرم نهائيا من الكسب الذي كان يأمله (١).

فالمحامي الذي لم يرفع الاستئناف الذي كلف به حتى فات ميعاده جعل فرصة كسب الدعوى استئنافيا بصفة نهائية ، اذ لم يعد بالمكان عرض الدعوى على القضاء ، والطبيب بخطئه في التشخيص يكون فوت على المريض فرصة الشفاء بغير عاهة مستديمة بصفة نهائية ، ذلك ان فرصة الشفاء هذه فاتت على المريض بصفة مؤكدة ونهائية ، لأن العاهة قد علقت بالمريض (٢) ، فاذا كان يكفي بالنسبة للكسب الذي يسعى المتضرر الى تحقيقه او يتوقعه ويأمله أن يكون كسبا محتملا ، فإن فوات هذا الكسب والحرمان منه يجب ان يكون محققا ، أي تم يقينا وبصفة نهائية بسبب فوات الفرصة التي كان يمكن للمتضرر أن يحقق بها هذا الكسب سواء اكان كسبا إيجابيا بالحصول عليه ام كسبا سلبيا يتمثل في دفع ضرر أو خسارة متوقعة (٣)

فمع الفقد النهائي للفرصة لم يعد من المجدي الانتظار لمعرفة ما إذا كان الضرر سيقع ام سيتخلف فلا يقع ، اذ لم يعد وقوع الضرر متوقفا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع فقد تحدد مركز المتضرر تحديدا نهائيا وضاعت الفرصة التي كان يعلق عليها تحقيق أو تفادي خسارة (٤) ، حيث اوقف المدعي عليه تطور الوقائع ومجريات الاحداث التي كان يمكن ان تكون

(١) د. ابراهيم الدسوقي ، مصدر سابق ، ص ١٢٤.

(٢) د. منذر الفضل ، مصدر سابق، ص ٣٨٢، د. مصطفى مرعي ، مصدر سابق، ص ١٠٦.

(٣) د. وليد خالد عطيه ، مصدر سابق، ص ٣٦ ، د. ابراهيم الدسوقي، مصدر سابق، ص ١٢٤.

(٤) خالد محمد الزومان ، التعويض عن الأسهم المتداولة في السوق المالية، ص ٧، جامعة الملك سعود، بحث بحث منشور على صفحة الويب <http://faculty.ksu.edu.sa/>، د. حسن ذنون ، مصدر سابق ، ص ٢١١.

مصدرا للكسب فسباق الخيل بدأ وانتهى دون اشتراك الحصان الذي لم يصل بسبب خطأ الناقل قبل الموعد المحدد للسباق ، والدعوى التي لم يطعن فيها بالاستئناف وانقضت مدة الطعن خسرت بصفة نهائية ولن يعاد النظر فيها مرة ثانية ، ووفاة المريض او عجزه بخطأ الطبيب قد تحقق ، كالعجز الذي لحق الفتاة التي كانت تأمل الالتحاق بعمل مضيئة جوية حرماها بصفة نهائية من الاشتراك في المسابقة التي اقيمت للاختبار بل ومن اي مسابقة اخرى، واليقين هنا يرد على عكس ما كان محتملا أو مرجحا من كسب يتطلع إليه المتضرر ، بمعنى إنه إذا كان الكسب الذي كان يأمله المتضرر ايجابا يتمثل في تحقيق ميزة معينة كالفوز في سباق الخيل أو الحصول على ترقية او النجاح في مسابقة ، فان اليقين هنا يكون في عدم تحقيق أي من هذه المزايا بان يتأكد من خسارة السباق ، او ضياع الترقية او عدم اجتياز المسابقة ، واذا كان الكسب المأمول يتمثل في تجنب ضرر أو خسارة معينة كتقوي مرض معين وما يترتب عليه من الشفاء أو البقاء على الحياة ، فان اليقين هنا يتمثل في وقوع الخطر بالوفاة او العجز الناتج عن المرض واستمراره (١)

لذلك فإن اشتراط هذا الشرط وبحق أمر منطقي لأنه اذا كان وجود الضرر النهائي مازال يتوقف على المستقبل ، فان هذا الضرر سيكون ضررا احتماليا محضا ومن ثم لا يكون محل لأي تعويض (٢) والذي غالبا ما تعبر عنه محكمة النقض الفرنسية بقولها يشكل وحده فوات فرصة يمكن التعويض عنها الزوال الحالي والاكيد لإمكانية محتملة (٣) ولقيام مسؤولية المهني شرط ان يبين كيف ان خسارة الفرصة كنت اكيدة وانها متصلة مباشرة بالفعل الضار (٤)

وهكذا فان الموكل الذي يعهد إلى المحامي بمهمة تجديد الرهن العقاري ولم يقم هذا الاخير بالأجراء المطلوب في المدة المحددة قانونا ، ولكن صدر قانون جديد يطيل من المدة المقررة

(١) د. نائل علي المساعدة ، مصدر سابق ص ٤٠٠، د. ابراهيم الدسوقي ، القسم الاول ، مصدر سابق ، ص ١٢٥.

(2) Jacques BORE op. cit, .p29.

(٣) نقض مدني فرنسي ، الغرفة المدنية الاولى، في ٢١/تشرين الاول - نوفمبر/٢٠٠٦، النشرة المدنية ١، رقم ٤٩٨، مدونة القانون المدني الفرنسي ، مصدر سابق، ص ١٣٥٧.

(٤) نقض جنائي فرنسي ، في ٩/ تشرين الاول - اكتوبر /١٩٧٥، المصدر السابق ، ص ١٣٥٧.

لتجديد الرهن وقرر المشرع أن يكون تطبيقه باثر رجعي على الحالات القائمة وقت صدوره، فإنه في مثل هذه الحالة على الرغم من تقصير المحامي في اتخاذ إجراءات التجديد إلا إنه بصدور القانون الجديد بإطالة مدة التجديد لم يفقد الموكل الوسيلة إلى ذلك ومن ثم فإن ضياع الفرصة لم يعد نهائياً لان الموكل يمكنه ان يعهد بالقيام بتجديد هذا الرهن إلى محام آخر^(١)

رابعاً: قيام شك في العلاقة السببية الرابطة بين الخطأ والضرر النهائي

لا يكفي في الضرر حتى يمكن اعتباره ركن ثانياً لقيام مسؤولية الفاعل تجاه المتضرر ان يكون هذا الضرر محققاً في وجوده ، وانما لابد ان يكون هذا الضرر المحقق حصل كنتيجة مباشرة للخطأ المدعى به ، وهو ما يطلق عليه الفقه " الضرر المباشر " وهو ما يكون نتيجة طبيعية للإخلال بالتزام عدم الاضرار بالغير في المسؤولية التقصيرية ، او لعدم الوفاء بالتزام ، او التأخير في الوفاء به في المسؤولية التعاقدية.

والضرر كركن في المسؤولية عن فوات الفرصة ليس هو الضرر النهائي أي الكسب الذي كان المتضرر يأمله او يصبو اليه ، ففي حالة الفرس الذي لم يشارك في السباق بخطأ الناقل فصاعت على صاحبه جائزة السباق، والمحامي الذي لم يرفع الاستئناف حتى فات مياعده فخرس الموكل دعواه، والطبيب الذي أخطأ في تشخيص المرض فلم يعط المريض الدواء الملائم حتى علقت بالمتضرر العاهة المستديمة... فإذا أردنا أن نبحث عن العلاقة السببية في كل هذه القضايا ، فإنه لا يمكن الجزم بأن الفرس لو شارك في السباق كان سيفوز بالجائزة، وأن الدعوى لو رفعت كانت ستكسب، وأن المريض لولا خطأ الطبيب كان سيسلم من العاهة، فكل ما يعلم هو أن خطأ المدعى عليه (الناقل- المحامي- الطبيب) قد قطع تطور سلسلة من الأحداث، الشيء الذي أدى إلى عدم دخول الفرس إلى حلبة السباق ، وعدم النظر في الدعوى استئنافاً ، وعدم إعطاء الدواء الملائم للمريض ، وذلك كله أدى إلى عدم الفوز بجائزة السباق بالنسبة لمالك الفرس، وإلى خسران الدعوى بالنسبة للموكل، وإلى حمل العاهة المستديمة بالنسبة للمريض، وهي أضرار نهائية، ولكن هذه الأضرار لا ترتبط بصللة مباشرة مع خطأ كل من الناقل والمحامي

(١) د. محمد حسين عبد الظاهر ، مصدر سابق ، ص٤١٦، نقض مدني فرنسي في ٩/تشرين الاول - نوفمبر/٢٠٠٤، النشرة المدنية ١، رقم ٢٥٧، مدونة القانون المدني الفرنسي، مصدر سابق، ص١٣٥٧.

والطبيب , لوجود الشك في علاقة السببية بين خطأ الفاعل والضرر النهائي، أي الكسب الضائع، هو الذي يفسر التعويض الجزئي في مجال المسؤولية عن فوت الفرصة. وهو ما حدا ببعض الفقه إلى القول ان القضاء الذي يقضي بالتعويض عن الفرصة الضائعة دون الضرر النهائي فذلك يعني قيام شك لدى القضاء في العلاقة السببية بين فعل المدعى عليه والضرر النهائي⁽¹⁾ , وهذا الشك في علاقة السببية بين خطأ الفاعل والضرر النهائي الكسب المأمول , هو الذي يفسر التعويض الجزئي في مجال المسؤولية عن فوات الفرصة .

وقد لا حظنا الانتقاد الشديد الذي وجهه الفقيه (سافاتييه) الى هذا التوجه في القضاء وخاصة في مجال المسؤولية الطبية الى القول ان شك قاضي المسؤولية المدنية حول اسباب الضرر المدعى به من لدن الضحية لا يمكن ان يترجم بواسطة حكم مخفف يسمح للقاضي ان يقدر الادانة بمقدار تدخل الخطأ في انتاج الضرر, معتبرا ان القانون اذا كان يفرض على القاضي ان يفصل في كل دعوى رفعت اليه فمن اجل ذلك عليه ان يحترم عبء الاثبات , واذا لم يتوصل القاضي الى يقين تام فإن ما تبقى من الشك ينبغي ان يفسر لمصلحة المدعى عليه طبقا لقاعدة العامة ومن ثم لا يحكم للمدعي بشيء اذا لم يستطيع اقتناع المحكمة بحجته⁽²⁾

و يرى الفقيه (سافاتييه) أن هذه القاعدة تنطبق أيضا على المدعي في المسؤولية الطبية، ذلك أنه يتوجب عليه أن يثبت ليس فقط الخطأ والضرر، ولكن أن يثبت أيضا أن هذا الخطأ هو الذي تسبب في الضرر، ومن هنا يرى هذا الفقه، أن شك القاضي في هذه العلاقة لا يسمح له بالحكم بتعويض جزئي، كما لا يسمح بذلك الشك في الخطأ أو الضرر، فشك القاضي في أحد أركان المسؤولية ، لا يمكن أن يؤدي إلا إلى رفض الدعوى وليس الى تعويض جزئي , وانتقد أيضا هذا التوجه القضائي ، في مجال المسؤولية الطبية الفقيه (شابا) ذاهبا إلى اعتبار أنه إذا كان اليقين غير موجود في مادة الإثبات ، وإذا كانت السببية لا تقوم إلا على الاحتمال

(1) د. حسن ذنون , مصدر سابق, ص ٢١٤, د. سليمان مرقس , مصدر سابق , ص ١٤٤.

(2) Rene SAVATIER O.PCT .P123.

الراجح والقوي ، فحتى هذا الاحتمال غير موجود في نظره ، في القرارات التي صدرت عن محكمة النقض الفرنسية المطبقة لنظرية فوات الفرصة في مجال المسؤولية الطبية⁽¹⁾

غير أن هناك جانب آخر من الفقه يرى أنه إذا كان الخطأ لم يحدث بالضرورة الضرر النهائي ، فإنه قد أبقى على إمكانية هذا الضرر⁽²⁾ فلأن الفرس لم يشارك في السباق لم يفز بالجائزة ، ولأن الاستئناف لم يرفع في أجله لم يتمكن المدعي من الدفاع عن مصالحه، ولأن الطبيب أخطأ في تشخيص المرض، وبالتالي لم يعط للمريض العلاج الملائم ، لذلك لم تتم لهذا الأخير إمكانية مقاومة المرض ، ولكن تتبغي الإشارة إلى أن خطأ المسؤول (الناقل- المحامي- الطبيب) ليس شرطاً ضرورياً، لفقد الفرصة أي فقد النتيجة المرجوة⁽³⁾ لان ضياع الفرصة في نظرية فوات الفرصة ، قد يحصل بسبب عوامل طبيعية أو بسبب الغير بحيث لا يعلم على وجه اليقين ان يكون خطأ الفاعل هو الذي ضيع الرهان على المدعي، ذلك أن الرهان كان من الممكن أن يضيع ولو لم يحصل الخطأ، ومن ثم فإن غياب ثبوت علاقة السببية بين ضياع هذا الرهان والخطأ ، هو سمة أساسية في نظرية فوات الفرصة ، وهو الذي يبرر التعويض الجزئي.

المطلب الثالث

مدى التعويض عن فوات الفرصة

تكمن الصعوبة الأساسية في التعويض عن فوات الفرصة في تحديد وتقدير مدى وقدر التعويض عنها ، وليس في مبدأ التعويض ذاته ، فالقاعدة العامة في تقدير التعويض هي معادلة وجبر الضرر، كل الضرر المحقق الذي اصاب المتضرر بحيث يتناسب التعويض مع هذا

(1) Francois CHABAS O.PCT P.131.

(2) Jacques BORE O.PCT .P1.

(3) Francois CHABAS O.PCT P.131.

الضرر فلا يزيد عنه ولا يقل , أي اعادة المتضرر الى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر^(١) , وهذا ما يعبر عنه بمبدأ التعويض العادل.

الا ان هذا المبدأ تعترضه صعوبة كبيرة في تطبيقه على فوات الفرصة تتمثل في ان الضرر في هذه الحالة يتعذر حسابه وتحديد تحديدا واقعيًا , لأنه يعتمد على الحدس والتخمين , فهو لا يشمل كل الضرر الاحتمالي المقابل للكسب الاحتمالي الذي كان يأمله المتضرر , وانما يمثل نسبة فقط من هذا الضرر^(٢)

ومن هنا كانت صعوبة تحديد التعويض عن فوات الفرصة , فهو يقدر اولا على اساس ضرر احتمالي وليس على اساس ضرر محقق في ذاته , وهو يحدد ثانيا بنسبة فقط من هذا الضرر تقدر بقدر ومدى احتمال تحقق الفرصة الضائعة للكسب الاحتمالي , فبهذا القدر تتحدد قيمة الفرصة ذاتها التي كان يملكها المتضرر ومن ثم يتحدد قدر التعويض عنها^(٣)

ولتحديد مدى التعويض عن فوات الفرصة ينبغي ان نتعرض اولا للقاعدة العامة في تحديد التعويض عن فوات الفرصة والتي تقتصر على قيمة الفرصة الفائتة في الفرع الاول ثم بيان الاثار التي تترتب عليها في الفرع الثاني .

الفرع الاول: قصر التعويض على قيمة الفرصة

اذا كان الاصل في المسؤولية المدنية اعادة المتضرر الى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر , فإن هذا الاصل يتعذر تطبيقه في حالة المسؤولية عن فوات الفرصة لان الضرر في فوات الفرصة يتعذر معه اعادة المتضرر الى الحالة نفسها التي كان عليها قبل وقوع الضرر , لان من شروط التعويض عن فوات الفرصة الفقد النهائي والمؤكد للفرصة لذلك كان الاصل في

(١) د. حسن حنتوش, مصدر سابق, ص ١٤٠.

(٢) نقض مدني فرنسي , الغرفة المدنية الاولى , في ٢٧ / اذار - مارس / ١٩٧٣, مدونة القانون المدني الفرنسي, مصدر سابق, ص ١٣٥٨, د. حسن ذنون , مصدر سابق, ص ٣٧٧.

(٣) نقض مدني فرنسي , الغرفة المدنية الاولى, في ٢٧/ اذار - مارس / ١٩٧٣, مدونة القانون المدني الفرنسي, مصدر سابق, ص ١٣٥٨, د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل , القسم الثاني , مصدر سابق, ص ١٥٧.

التعويض عن فوات الفرصة اللجوء الى التعويض النقدي كطريق طبيعي لجبر الضرر واصلاحه
(١) .

لذلك فان القاضي عند تقديره للتعويض المقابل للضرر الذي لحق المتضرر فانه يبدأ
اولا بتحديد هذا الضرر ثم يقوم بتقديره وتقويمه ماليا ثانيا , أي تحديد المبلغ المقابل له فاذا طبقنا
ذلك على فوات الفرصة فلن يخرج الامر عن احد التصورين او الاتجاهين الآتيين:

التصور الاول: ان يغفل القاضي الفرصة بحد ذاتها وينظر اليها على انها مجرد وسيلة او
طريقة لتحقيق كسب معين ليس لها قيمة خاصة بها , وانما تتحدد قيمتها في الكسب الذي تؤودي
اليه ومن ثم يكون ضياعها فقدا لهذا الكسب , الشيء الذي يحدد التعويض عنها بهذا الكسب ,
الا ان لجوء القاضي إلى هذه الطريقة من أجل تعويض فقد الفرصة يتطلب أساسا ان تكون لديه
قناعة كبيرة حول تحقق فرصة الكسب أو تجنب الخسارة بحيث لا يكون هذا الكسب كسبا
محملا فقط بل يكون مرجحا إلى الحد الذي يصل به إلى حد التأكد واليقين وإلا فأن أدنى شك
يحصل للقاضي يجعله لن يجرؤ على الحكم بتعويض كامل ، فبعد أن يتأكد القاضي من جدية
الفرصة وتحققها بحيث يترتب على فواتها ضرر محقق فانه يحكم بتعويض عن كل الضرر
الناجم عن فوات الفرصة وعدم تحققها (٢)

ويؤيد بعض الفقه هذا الحل ويعتبره واجب الإلتباع لانه الأكثر تبريرا باعتبار ان الفرصة
لا يقصد بها أن تظل كذلك أي مجرد فرصة للكسب فمن يملك مثل هذه الفرصة لا يرغب في
الاحتفاظ بها كمجرد وسيلة لتحقيق كسب معين بل يرغب في الكسب ذاته اي يرغب في تحقيقها
لذلك فعند تقدير التعويض عن فواتها يجب وضع المتضرر في الحالة التي يكون عليها لو
تحققت هذه الفرصة وليس تعويضه عن قيمة الفرصة ذاتها والا عد ذلك وضعا للمتضرر في
المركز او الحالة التي يكون عليها لو باع هذه الفرصة وليس لو تحققت (٣).

(١) د. منذر الفضل, مصدر سابق, ص ٤٣٠ .

(٢) د. ابراهيم الدسوقي , القسم الاول, مصدر سابق, ص ٢٥٨ .

(٣) الان بينابنت (alain BENABENT) الفرصة والقانون, ص ١٧٩, نقلا عن د. ابراهيم الدسوقي , مصدر سابق,
ص ٢٥٩ , د. ايمن العشماوي , مصدر سابق , ص ١٨٥ .

ألا أن المتأمل للتحديد الضرر وفق هذا التصور، يجد أن الأخذ به يقضي على فكرة وجوه فوات الفرصة لان الأخذ بهذه الطريقة لن يخرج عن أحد الأمرين فأما إن يعوض القاضي الضرر الاحتمالي والمتمثل في الكسب المحتمل الذي كان يأمله أو يتوقعه المتضرر تعويضا كاملا يتمثل في قيمة هذا الكسب الذي حرم منه وعندئذ يكون القاضي قد نظر إلى هذا الضرر على إنه ضرر محقق وليس فقط ضرر محتمل ، ومن ثم فلا نكون أمام مجرد ضياع فرصة بما تتميز به من احتمال الضرر وليس التيقن منه ، بل نكون أمام حالة من حالات التعويض عن ضرر محقق ، واما ألا يقضي القاضي باي تعويض استنادا الى عدم وجود فرصة جدية أو حقيقة للكسب بل مجرد كسب نظري ومن ثم يكون الحرمان منه ضررا نظريا أو وهميا لا أساس له من الواقع بمعنى اننا لا نكون امام اي ضرر، وهنا تنتفي فكرة فوات الفرصة ايضا، أي إنه في الحالتين لا نكون في الواقع أمام فرض أو حالة فوات الفرصة ففي الحالة الأولى نكون امام ضرر محقق يستوجب التعويض الكامل وليس فقط عن فوات الفرصة وفي الحالة الثانية لا نكون أمام ضرر ثابت.

التصور الثاني: ان ينظر القاضي الى فوات فرصة الكسب على انها ذات قيمة ذاتية خاصة ، ومستقلة عن قيمة الكسب الذي حرم المتضرر من إمكانية تحقيقه فيحدد الضرر المترتب على فوات الفرصة في هذه القيمة فقط وهذا الرأي وبحق ما يأخذ به الفقه^(١) والقضاء الذي يرى في فقد الفرصة قيمة ذاتية خاصة في هذه القيمة، وفيها فقط يتمثل الضرر المحقق الذي لحق المتضرر نتيجة فواتها ومن ثم يقدر التعويض بقدر قيمتها وهذا ما اكده القضاء الفرنسي في احكامه العديدة منها "في حالة خسارة الفرصة لا يمكن ان يكون التعويض عن الضرر الا جزئياً"^(٢) " ان التعويض يجب قياسه على الفرصة المفقودة ولا يمكن ان يساوي المنفعة التي كانت قد

(١) د. حسن ذنون ، مصدر سابق ، ص ٢١٤ ، د. سليمان مرقس ، مصدر سابق، ص ١٤٤ ، د. حسين عامر وعبد الرحيم عامر، مصدر سابق، ص ٣١٠.

(٢) نقض مدني فرنسي ، في ٢٧ / اذار - مارس / ١٩٧٣ ، مدونة القانون المدني الفرنسي ، مصدر سابق، ص ١٣٥٨.

وفرتها هذه الفرصة فيما لو تحققت^(١) ورفضت في دعوى طالب التعويض عن قيمة الأرباح المحتملة من إبرام العقد والذي لم يتم بسبب قطع تعسفي للمفاوضات مؤكدة على أن مبلغ الضرر الذي يكمن إعطائه للمتضرر في هذه الحالة يعادل فوات فرصة تحقيق الأرباح فقط ، وليس كل مبالغ الأرباح المرتجاة من العقد^(٢)

فكل فرصة من فرص الكسب تتضمن في ذاتها قدرا من احتمال تحقيق الكسب التي يمكن أن تؤدي إليه ، وبهذا القدر من الاحتمال أي احتمال تحقق الفرصة للكسب تتحدد قيمتها ويتحدد قدر التعويض عن فقدانها أيضا لذلك فمع هذه الطريقة لا يكون التعويض فوات الفرصة إلا جزئيا^(٣) ، فلا يحصل المتضرر على القيمة الكاملة للميزة التي كان يأمل الحصول عليها ، وإنما يحصل على جزء من تلك القيمة يتعادل مع درجة احتمال حصوله على الميزة لو كانت قد أتاحت له فرصة التقدم لها^(٤) فالفرصة المفقودة لا يمكن أن تساوي المنفعة التي تحققها الفرصة فيما لو تحققت^(٥)

هذا التعويض الجزئي يقتصر على قيمة الفرصة الضائعة والتي تحدد بمقارنة الضرر الاحتمالي المقابل للكسب الاحتمالي الذي كان يأمله المتضرر بالضرر المحقق النسبي الذي وقع نتيجة ضياع فرصة تحقيق الكسب^(٦) ، فمالك الحصان الذي لم يتمكن من إشراك حصانه في

(١) نقض مدني فرنسي ، الغرفة المدنية الاولى ، في ١٦ / تموز - يوليو / ١٩٩٨ ، النشرة المدنية ١ ، رقم ٢٦٠ ، المصدر السابق ، ص ١٣٥٨ .

(٢) نقض تجاري فرنسي ، في ٢٦ / تشرين الثاني - نوفمبر / ٢٠٠٣ ، مدونة القانون المدني الفرنسي ، مصدر سابق ، ص ١٣٤٥ .

(٣) نقض تجاري فرنسي ، في ١٩ / تشرين الاول - اكتوبر / ١٩٩٩ ، النشرة المدنية ٥ ، رقم ١٧٦ ، المصدر السابق ، ص ١٣٥٨ .

(٤) د. حسام الدين كامل الاهواني ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص ٥١٢ .

(٥) نقض مدني فرنسي ، الغرفة الاولى ، في ١٦ / تموز - يوليو / ١٩٩٨ ، النشرة المدنية ١ ، رقم ٢٦٠ ، المصدر السابق ، ص ١٣٥٨ .

(٦) نقض مدني فرنسي ، الغرفة الاولى ، في ٧ / حزيران - يونيو / ١٩٨٩ ، مدونة القانون المدني الفرنسي ، مصدر سابق ، ص ١٣٥٨ . د. ابراهيم الدسوقي ، مصدر سابق ، ص ٢٦٠ ، د. سليمان مرقس ، الوافي ج ١ ، مصدر سابق ، ص ١٤٤ .

السباق نتيجة تأخر الناقل يكون قد حرم من فرصة كسب جائزة السباق أما حرمانه من الجائزة ذاتها فيكون بالنسبة له ضرر احتمالي حيث لا يوجد ما يؤكد إن الحصان كان سيفوز بالسباق لو كان قد اشترك فيه , اما الضرر المحقق فلا يخرج عن فقد فرصة الفوز بالسباق لذلك فالتعويض يجب أن يقدر بالاعتداد فقط بقيمة الفرصة التي كان لدى المتضرر في كسب الحصان للسباق^(١), فالفرصة بحد ذاتها قيمة مالية لاشك فيها على الرغم من صعوبة تقدير هذه القيمة^(٢) نخلص من ذلك ان التعويض يتحدد بقدر الفرصة الضائعة المعتبرة بحد ذاتها وذلك بالاستقلال عن القيمة الخاصة للكسب المأمول .

الفرع الثاني: الاثار التي تترتب على تحديد التعويض بقيمة الفرصة

إذا كان الرأي السائد يذهب الى ان تحديد التعويض عن فوات الفرصة يتحدد بقيمة الفرصة والذي لا يصل بأي حال الى مقدار الكسب المأمول^(٣) , أي ان التعويض عن فوات الفرصة جزئيا بالنسبة للكسب النهائي, قد يبدو للوهلة الاولى انه تعويض جزئي عن الضرر الامر الذي يتعارض ومبدأ التعويض الكامل عن الضرر.

الا ان المتأمل للتعويض الجزئي عن فوات الفرصة والذي يقاس بنسبة من الكسب الاحتمالي فقط , وليس بقيمة الكسب الاحتمالي النهائي الكلي لا يتعارض في حقيقة الامر مع مبدأ التعويض العادل للضرر, والذي يفترض جبر الضرر وتعويض ما لحق المتضرر من ضرر , حيث بالفرض ان الضرر الذي ثبت وتحقق يكون واجب التعويض هو فقد الفرصة (فرصة الحصول على كسب معين) , اما الكسب في ذاته فهو مجرد كسب احتمالي , وليس محققا , ومن ثم فلا نواجه في الواقع بالنسبة لهذا الكسب الا مجرد احتمال يستبعد كل تأكيد وثبوت , الامر الذي يتعذر معه رفع هذا الاحتمال الى مستوى اليقين والزام المسؤول بتعويض كل الضرر فالتعويض الجزئي في حالة فقد الفرصة يتفق في الواقع مع قدر ومدى الضرر

(١) د. حسن ذنون , مصدر سابق , ص ٢١٣.

(٢) المصدر السابق نفسه ص ٢١٢.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري, ج ١, مصدر سابق, ص ٩٧٩, د. سليمان مرقس, الوافي, ج ١, مصدر سابق, ص ١٤٧.

المرتتب عليها , فهو تعويض جزئي اذا نظرنا الى الضرر الاحتمالي وقارناه به , ولكنه تعويض كامل اذا نظرنا الى الضرر المحقق الذي لحق بالمتضرر والمتمثل في فوات فرصة الكسب (١)

فمبدأ الجبر الكامل للضرر يسري في تعويض الفرصة الفائتة فلا يحصل المتضرر على القيمة الكاملة للميزة التي كان يأمل في الحصول عليها , وانما يحصل على جزء من تلك القيمة يتعادل مع درجة احتمال حصوله على الميزة لو كانت قد أتاحت له فرصة التقدم لها , والمتضرر اذا حصل على جزء من قيمة الميزة وليس على قيمتها كاملة فإنه يحصل على تعويض كامل للضرر المتمثل في تفويت الفرصة وليس على تعويض جزئي لضرره (٢)

وإذا رجعنا الى التقسيمات المعتادة للضرر والتي تصنفه من حيث نوعه الى ضرر مادي وضرر ادبي بتقسيماتها وعناصرهما المختلفة , امكنا القول ان المتضرر من فقد الفرصة لا يستند الى ضرر متميز في عناصره عن الضرر الاحتمالي والتي تكون الفرصة احد اسباب استبعاده وعدم تحقيقه , أي ان الضرر المستند اليه في فوات الفرصة لا يكون من حيث الكم متميزا عن الضرر النهائي او الاحتمالي , المتمثل في الكسب الذي كان يتوقعه المتضرر , فالحرمان من العلاج الملائم مثلا يكون سببا محتملا او ممكنا لوفاة المريض , ولا يمكن القول انه سبب لجزء فقط من هذا الضرر , وان كان هذا لا يعني انه السبب الوحيد , بل يمكن ان تشاركه اسباب اخرى , عندئذ تعدد اسباب الضرر ويكون كل منها سببا جزئيا لضرر , لذلك فان التعويض الجزئي لا يتقرر لان الضرر نفسه الذي وقع يكون جزئيا وانما لان التسبب فيه جزئيا فقط , فالتعويض عن فوات الفرصة يقدر بقدر علاقة السببية الكافية بين فوات الفرصة والضرر الذي ترتب عليها (٣) , وهكذا تكون السببية الجزئية التي تتحقق مع فوات الفرصة هي التي تبرر التعويض الجزئي الامر الذي يترتب على هذا المبدأ امكان ان تتعدد ديون التعويض بتعدد الفرص الضائعة والتي كانت تؤدي الى الكسب الاحتمالي, وامكان تعدد المسؤولين عن فوات الفرصة وهذا ما سنبينه تباعا.

(١) د. ابراهيم الدسوقي , القسم الثاني , مصدر سابق , ص ١٦٢ .

(٢) د. حسام كامل الدين الاهواني , مصدر سابق , ص ٥١٢-٥١٣ .

(٣) د. ابراهيم الدسوقي , مصدر سابق , ص ١٦٣ .

اولاً: تعدد التعويض بتعدد الفرص الضائعة

من المعلوم ان المسؤولية المدنية تقوم بتوافر اركانها وبالمثل فان المسؤولية عن فوات الفرصة تقوم بتوافر اركانها , وهي فعل محدث الضرر والضرر المحقق بتقويت فرصة الكسب وعلاقة السببية بينهما , والمسؤولية عن فوات الفرصة قد تنشأ بفعل منفرد من قبل مسؤول واحد , وقد يجتمع مع غيره من الاسباب , ويكون نتيجة وجود اكثر من سبب اشتراكها جميعا في احداث الضرر المتمثل في فوات فرصة الكسب على المتضرر^(١) أي ان الفعل المنشئ للمسؤولية والموجب للتعويض ليس في حقيقة الامر سوى احد الاسباب الاحتمالية للضرر المتمثل في الحرمان من الكسب الذي كان يأمله المتضرر , وكانت المسؤولية تقرر وكذلك التعويض وفقا للتأثير السببي للعوامل المختلفة التي ساهمت في احداث الضرر , فان النتيجة المنطقية لذلك , هي امكان اشتراك عدة اسباب في احداث هذا الضرر نتيجة اشتراك هذه الاسباب جميعا في تقويت الفرصة على المتضرر في الكسب المأمول , عندئذ تكون هذه الاسباب قد اشتركت جميعا في تحقيق النتيجة الضارة ويسأل المسؤول بقدر الفرصة التي اضاعها على المتضرر بحيث تتعدد ديون التعويض بتعدد الفرص الضائعة^(٢).

ويأخذ القضاء الفرنسي بهذا الحل في كثير من احكامه من ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بخصوص حرمان مريض من فرصة الحياة واصابته بالنوبة القلبية اثناء العملية , باشتراك خطأ الجراح لانه لم يرق بفحص المريض من الناحية الطبية قبل اجراء العملية للتأكد من قابليته لتحملها , وخطأ المستشفى الذي لم تتوافر به المادة المنبهة التي تستعمل في مثل هذه الحالات وتعد من الاشياء الضرورية التي يلزم تواجدها بالأماكن الجراحية^(٣) , فهذا الضرر الذي لحق بالمريض قد اشترك في احداثه اكثر من فعل , فأضاع كل من الجراح والمستشفى على المريض من فرصة البقاء على قيد الحياة.

(١) د. عبد العزيز اللصاصمة , مصدر سابق, ص١٤٧.

(٢) د. ابراهيم الدسوقي , مصدر سابق , ص١٦٤.

(٣) نقض مدني فرنسي , الغرفة المدنية الاولى, في ١٣/ اذار - مار/ ٢٠٠١, النشرة المدنية ١, رقم ٧٢, مدونة القانون المدني الفرنسي, مصدر سابق, ص١١٠٧, د. محمد حسين منصور , مصدر سابق , ص١٢١.

ثانيا: تعدد المسؤولين عن فوات الفرصة

يشير تعدد المسؤولين عن فوات الفرصة مسألة على قدر من الأهمية ، تتعلق بطبيعة المسؤولية في هذه الحالة وما اذا كان يسأل كل من المتسببين في ضياع الفرصة عن كل الضرر مسؤولية تضامنية او تضاممية، ام يسأل كل منهم فقط بقدر ما تسبب في فواته من ضرر دون تضامن او تضامم^(١) بينهم؟

فبالنسبة للتضامن في القانون المدني الفرنسي فانه مستبعد لأنه لا يوجد نص خاص يقرها في المسؤولية التقصيرية عند تعدد المدينين بالتعويض ، وبذلك كان موقف القضاء الفرنسي في احكامه بشأن التضامن من ذلك " لا يقضى بالتضامن بين المدينين الا في الحالات المنصوص عليها في القانون ولا يمكن استنتاجه من مجرد التزامهم بالتعويض عن الضرر^(٢) فلا

(١) يلتقي كل من التضامم و التضامن، في نقطة تتمثل أن في كليهما يوجد مدينون متعددون، فان كلا من هؤلاء المدينين - سواء في الالتزام التضاممي أو التضامني - يكون مسؤولا عن الدين بأكمله تجاه الدائن، الا ان هناك اختلاف بين الالتزامين، من ناحية المصدر و الطبيعة، فالالتزام التضامني التزام يتعدد فيه المسؤولون عن ذات الدين مع تضامن بينهم في أداءه، والتضامن كما معروف، لا يفترض وإنما لا بد للقول به من نص أو اتفاق، والتضامن، سواء كان بنص القانون أو الاتفاق يجعل الالتزام متعدد الروابط ولكنه موحد المحل ، ووحدة المحل هذه تنشأ من وحدة المصدر، وهذا التعدد في الروابط وتلك الوحدة في الهدف تخلق ما اصطلح على تسميته نيابة تبادلية بين المدينين ، في حين في الالتزام التضاممي يلتزم المسؤولون المتعددون بكل الدين أيضا، لكنهم يلتزمون بأداء مماثل ولا يقبل التجزئة ويرجع ذلك إلى تعاصر التزامات متميزة ولكنها ترمي إلى هدف واحد، ففي التضامم يوجد مدينون متعددون ملتزمون في مواجهه شخص آخر بالتزامات متماثلة فالتضامم يتعدد فيه المسؤولون ويتعدد فيه مصدر الدين ويلحقه تعدد محل الدين فشركة التامين والمؤمن له كل منهما مسؤول عن تعويض كامل الضرر، فشركه التامين بموجب عقد التامين وحسبما يقرره العقد من مدى ومقدار هذا التعويض، والمؤمن له مسؤول أيضا بالتعويض لكن بالمدى والمقدار الذي يعينه القانون .. ضمير حسين المعموري ، الالتزام الانضمامي ، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية ، مجلد ١٤ ، عدد ١ ، سنة ٢٠٠٨ ، ص ١٢٠-١٢٣ .

(٢) نقض تجاري فرنسي ، في ٢٠ / شباط - فبراير / ١٩٧٨ ، النشرة المدنية ٥ ، رقم ٧١ ، مدونة القانون المدني الفرنسي ، مصدر سابق ، ص ١١٩٢ .

فلا يستطيع قضاة الموضوع , بالاستناد الى خطأ مشترك بين المهندس المعماري ومقاول البناء , استنتاج وجود رابطة تضامنية بينهما (١)

اما بالنسبة للتضام فقد اخذ القضاء الفرنسي به في حالة تعدد الاسباب بالنسبة للضرر الواحد من ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية الذي جاء فيه " يجب ان يحكم على كل واحد من المسؤولين عن احداث الضرر ذاته بالتعويض الكامل عنه , دون الاخذ بعين الاعتبار توزيع المسؤولية الذي يقومون بتحديدده في ما بينهم والذي لا يؤثر في مدى التزاماتهم تجاه الطرف المتضرر " (٢)

وهناك من يؤيد هذا الحل بالنسبة للمسؤولية عن فوات الفرصة في حالة تعددها على اعتبار ان الافعال والاعطاء المتعدد تكون اسباباً لضرر واحد وهو الحرمان من الكسب الاحتمالي ومن ثم تكون قد اشتركت جميعها في احداث نفس النتيجة الضارة الامر الذي يستوجب المسؤولية التضاممية وفقاً للنظام الفرنسي على اعتبار ان كل منهما يكون مسؤولاً عن كل الضرر , اساس الالتزام التضاممي (٣)

الا ان المتأمل لذلك لا يمكن معه قبول ذلك الامر مع فوات الفرصة لسببين : اولهما لانه وان كانت كل من الاعطاء او الافعال الموجبة للمسؤولية والتعويض عن فوات الفرصة سبباً للضرر الاحتمالي الا انه لم يثبت انها كانت السبب الضروري او الحقيقي الذي يتطلبه الالتزام التضاممي بل هي مجرد اسباب احتمالية تتميز بها فوات الفرصة , وثانيهما لانه يتعذر القول ان كل خطأ من هذه الاعطاء قد احدث كل الضرر الاحتمالي لان فوات الفرصة تتميز بتحديددها للضرر وقصره على ذلك الذي يرتبط بعلاقة سببية مباشرة مع الخطأ او الفعل الموجب للمسؤولية , بمعنى انها تحدد مسؤولية كل خطأ من هذه الاعطاء التي اشتركت في احداث الضرر المحقق بقدر ما تسبب فيه كل من هذه الاعطاء يكون قد فوت على المتضرر بعض فرص الحصول

(١) نقض مدني فرنسي , الغرفة المدنية الاولى , في ١٤/كانون الاول - ديسمبر/ ١٩٦٤ , المصدر السابق , ص ١١٩٢ .

(٢) نقض مدني فرنسي , الغرفة المدنية الثالثة , في ٥/كانون الاول - ديسمبر/ ١٩٨٤ , مدونة القانون المدني الفرنسي , مصدر سابق , ص ١١٩٣ .

(٣) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل , القسم الثاني , مصدر سابق , ص ١٦٥ .

على الكسب المأمول ولكنها ليست نفس الفرص بل فرص مختلفة متعددة, الامر الذي يفرض استقلال ديون التعويض ويستبعد التضامم بينهما^(١) اما اذا ارتكب جميع المتسببين الخطأ نفسه , ومن ثم اضاعوا على المتضرر نفس فرص الحصول على الكسب الذي كان يأمله فهنا يمكن القول بمسؤوليتهم على وجه التضامم^(٢)

اما في القانون المدني العراقي والمصري حيث نجد ان المادة (٢١٧) من القانون المدني العراقي نصت "١- اذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الاصيل والشريك والمتسبب ٢- ويرجع من دفع التعويض باكماله على كل من الباقيين بنصيب تحدده المحكمة بحسب الاحوال وعلى قدر جسامته التعدي الذي وقع من كل منهم , فان لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي" ونصت المادة (١٦٩) من القانون المدني المصري " اذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر , وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي , الا اذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض"

وكما هو واضح بالنصوص السابقة يتطلب التضامن الى جانب تعدد المسؤولين وحدة المصدر بأن يكون التزام كل واحد من المسؤولين عن تعويض العمل غير المشروع نفسه , أي الفعل الضار الذي صدر من كل منهم ووحدة المحل أي الضرر بأن يكون الضرر الذي احدثه كل منهم هو نفس الضرر الذي احدثه الاخرون , لذلك لا يمكن اقامة التضامن في حالة تعدد المسؤولين عن ضياع الفرصة لعدم تحقق شروط التضامن من وحدة مصدر ووحدة محل^(٣).

المبحث الثاني طرق تقدير التعويض عن فوات الفرصة وسلطة القضاء فيه

(١) Jacques BORE op. ,cit. ,p133

(٢) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل , القسم الثاني , مصدر سابق, ص١٦٦.

(٣) د. انور العمروسي , التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني , ط٢, دار الفكر الجامعي, الاسكندرية , ١٩٩٩, ص٢٢٢.

المقصود بالتعويض هو تصحيح التوازن الذي اختل وأهدر نتيجة وقوع الضرر إلى ما كان عليه، وذلك بإعادة المتضرر على حساب المسؤول إلى الحالة التي كان متوقفاً ان يكون عليها لو لم يقع الفعل الضار^(١).

وبمعنى آخر أن يتكافأ التعويض مع الضرر المحدث بالمتضرر، فلا يزيد عليه ولا ينقص عنه^(٢)، وإذا كانت وظيفة القضاء في تحقيق هذا التكافؤ يسيرة في حالة الضرر المادي، فإن وظيفته صعبة في حالة ضرر فوات الفرصة، خاصة ان ضرر فوات الفرصة يجمع صور الضرر (المادي والادبي) ، لكن هذه الصعوبة في التقدير لا تحول دون اجرائه على وجه يقارب بين التعويض والضرر بشكل متناسب بالرغم من صعوبة الموازنة بينهما، مادامت الغاية من التعويض جبر الضرر وترضية المتضرر.

فضرر فوات الفرصة بعد تحقق شروطه^(٣)، يلزم محدثه بتعويض المتضرر، سواء تم تقديره اختياراً أو جبراً بواسطة القضاء، فالتعويض الاختياري يتم عن طريق الاتفاق بين محدث الضرر والمتضرر على تقدير التعويض بالشكل المناسب للأخير، قبل عرض القضية أمام القضاء^(٤)، فإذا لم يحدث مثل هذا الاتفاق بين الطرفين، أو أحل المسؤول بالتزامه فإن المتضرر يلجأ عادة إلى القضاء لإلزام المسؤول بدفع التعويض المناسب والكامل المقدر من قاضي الموضوع حسب سلطته الكاملة.

وبغية الإحاطة بسلطة القاضي في تقدير التعويض المناسب عن الضرر فوات الفرصة وكيفية تقديره، يتعين ان نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نبحت في أولهما دور القاضي في تقدير التعويض، وفي ثانيهما طرق تقدير التعويض عن فوات الفرصة.

(١) ديفيد كمب - مرغريت كمب ، ، دعاوى الضرر البدني في القانون الانكليزي، ترجمة هنري رياض، كرم شفيق، الطبعة الثانية، مطبعة دار الجيل، بيروت، ١٩٨٤، ص ١٥.

(٢) د. ابراهيم محمد شريف، مصدر سابق، ص ١٩٨.

(٣) يراجع المبحث الاول من هذا الفصل .

(٤) يلاحظ ان التعويض الاختياري أو الاتفاقي شائع في العراق في حوادث قتل الخطأ، ويسمى عادة (بالفصل العشائري) ويشير د. حسن الذنون بهذا الصدد، الى أن الاتفاق على التعويض بعد وقوع العقد يعد صلحاً بموجب المادة(٦٩٨) المدني العراقي، ويصبح العقد ملزماً ولا يجوز اقامة الدعوى للمطالبة بالتعويض استناداً للمادة (٧١٢) المدني العراقي ، (اشار إلى ذلك في مؤلفه المبسوط، ج١، مصدر سابق، ص ٢٦٥).

المطلب الأول دور القاضي في تقدير التعويض

من المبادئ المستقرة في الفقه والقضاء مبدأ التعويض الكامل للضرر مهما كان نوعه، لكن هذا الاطلاق خفف من شموليته وحدته وجود مبدأ السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع لتقدير التعويض المناسب للمتضرر، ما جعل هذين المبدأين متكاملين من الناحيتين العملية والنظرية^(١)، بيد أن سلطة المحكمة في تقدير التعويض ليست مطلقة من كل قيد بل هي مقيدة بالعديد من القيود، بعضها قيود تشريعية ينظمها المشرع ويفرضها بنصوص خاصة بالنسبة لحالات معينة من التعويض كما في حالة عدم تجاوز التعويض المالي عن الاصابة الجسدية في قانون الضمان الاجتماعي العراقي رقم (٣٩) لسنة ١٩٧١ وقانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والاطفاء العسكرية والعمليات الارهابية رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٩ لسقف مالي معين أو حصر عناصر الضرر القابلة للتعويض بالخسارة اللاحقة وبالكسب الفائت^(٢)، والبعض الآخر بقيود قضائية ومنطقية تحد من نطاق سلطة القضاء وتقيده في تقدير التعويض كما في حالة عدم جواز الحكم بالتعويض عما يزيد في طلب المدعي فالقيدان يجمعهما مبدأ عام مفاده تعويض المتضرر تعويضاً كاملاً عن الاضرار التي لحقته، أذ يكون التعويض مساوياً للضرر الذي لحقه، كافيّاً لجبره^(٣).

وإذا كان لمبدأ التعويض الكامل مجال رحب لتطبيقه في مجال الاضرار المالية فإنه يصطدم من الناحية العلمية بصعوبة لدى تقدير التعويض لضرر فوات الفرصة المحض وما يترتب عليه من نتائج مالية وغير مالية، لأن قيمة الفرصة لاتصل الى مقدار الكسب الاحتمالي اذ تقديرها بذلك الكسب يعني تعويض المتضرر عن فقدان كسب وليس فرصة كسب، ما يجعل

(١) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٦٤.

(٢) ومثل هذه القيود ما ورد في احكام المادة (٢٠٧) من القانون المدني العراقي " تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع".

(٣) نقض مدني فرنسي، الغرفة الاولى، في ٩/تشرين الاول- نوفمبر/٢٠٠٤، النشرة المدنية ١، رقم ٢٦٤، مدونة القانون المدني الفرنسي، مصدر سابق، ص ١٣٦٨ حيث جاء فيه " ان التعويض عن الضرر الذي يجب ان يكون كاملاً لا يمكن ان يتجاوز قيمة الضرر"، د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٥، ص ٥٦.

مهمة القاضي غير يسيرة في تقويمها ، ولكي يكون تقدير التعويض واقعياً أو معادلاً للضرر، يتعين على القاضي ان يعتد بصفة أساسية بالضرر الذي لحق المصاب من جراء نشاط المسؤول ، معتداً في ذلك بحالة المتضرر وظروفه الشخصية التي تؤثر في مدى الضرر الذي يصيبه، دون اعتداد بالظروف الاخرى الملايصة لوقوع الضرر، وبصفة خاصة ظروف المسؤول، كجسامة خطأه ومركزه المالي والاجتماعي، وعادة يسمى هذا النوع من التعويض بالتعويض المعادل^(١).

لكنّ هذا الاتجاه الموضوعي في تقدير التعويض لم يكن هو الغالب دائماً، فقد برز في ساحة الفقه اتجاهاً اخر ينادي بإسناد دور أكبر للخطأ في المسؤولية التقصيرية، متجاوزاً بذلك الفكرة القائلة بحصر أثر الخطأ في تحديد الشخص المسؤول فقط، وإنما لإسناد أثر اخر للخطأ في تقدير التعويض أيضاً، فبتأثر مقدار التعويض صعوداً ونزولاً حسب درجة جسامة الخطأ، وهذا الاتجاه في الفقه يعرف عادة بالاتجاه الشخصي لتقدير التعويض، وتتمثل فكرتهم في العقوبة الخاصة للمسؤول^(٢).

الواقع أن التطور الفقهي بهذا المجال لم يكن خاتمة المطاف، فقد برز اتجاه جديد في الفقه المعاصر ينادي بفكرة التعويض العادل لجبر الضرر معتداً في تقدير التعويض بالجانب الاخلاقي للمسؤولية المدنية، مبتعداً بذلك عن مبدأ التعويض الكامل المنادي به في الاتجاه الموضوعي، وبموجب هذه الفكرة لا ضرورة للتعاقد بين الضرر الذي لحق المتضرر والتعويض الذي حصل عليه ، بل يكفي هنا بتعويض عادل يتحدد وفقاً لظروف كل حالة^(٣)، وبمفهوم آخر

(١) د. محمد ابراهيم دسوقي ، المصدر السابق، ص ٣-٤ ، د. محمد لبيب شنب، مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني ، الدار الجامعية ، ١٩٨٥، ص ١١٢، علماً أن قانون الموجبات اللبناني، يشير في المادة (١/١٣٤) منه إلى هذا النوع من التعويض، حيث تنص على (ان العوض الذي يجب للمتضرر من جرم أو شبه جرم- يجب ان يكون في الاساس معادلاً للضرر الذي حل به).

(٢) مكي ابراهيم لطفي، حجم التعويض المدني الجنائي الجسماني وانعدام الدقة في تعيينه ، مجلة القضاء ، العدد ٤٣، السنة ٢٩، نقابة المحامين ، بغداد، ١٩٧٤، ص ٦٦.

(٣) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، مصدر سابق، ص ٥١، د. جليل حسن الساعدي ، الظروف الملايصة للضرر في المسؤولية التقصيرية ، مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون -جامعة بغداد، المجلد ١١، العدد الاول ، ١٩٩٦، ص ٢١٣.

فإن فكرة التعويض العادل تقابل مفهوم تطبيق العدالة، في حين تقابل فكرة التعويض المعادل مفهوم تطبيق العدل^(١).

وفي الواقع العملي تعرض على القضاء بعض الحالات تقضي فيها العدالة بالتعويض العادل مراعيًا فيه ظروف المسؤول وظروف المتضرر، مستنداً فيه قاضي الموضوع الى نصّ تشريعي أو سلطته التقديرية، فلا يكون تقدير التعويض كاملاً وإنما تقديراً عادلاً معتدلاً بالظروف الملازمة لوقوع الضرر، من درجة خطأ المسؤول وحالة الطرفين المالية فضلاً عن الظروف الأخرى^(٢).

وقد تبنت بعض التشريعات فكرة التعويض العادل، فجعلت منه مبدأ عاماً للتعويض إلى جوار مبدأ التعويض الكامل، ما يعطي دفعاً لقاضي الموضوع للاعتداد بظروف الطرفين لدى تقدير التعويض لاسيما درجة خطأ المسؤول والمركز المالي لطرفي الدعوى.

ومن هذه التشريعات، قانون الالتزامات السويسري، إذ نصت المادة (٢/٤٤) منه على انه (إذا لم يحدث الضرر عمداً ولا نتيجة خطأ جسيم، وكان تعويضه يعرض المدين لضائقة مالية، فإن القاضي يمكنه عدالة انقاص التعويض)^(٣).

وبمعنى آخر يتم تقدير التعويض ذاتياً بالنسبة لطرفي الدعوى وفق مبدأ التعويض العادل، فيضع قاضي الموضوع في اعتباره مدى ما لحق المتضرر من ضرر ومدى ما صدر من المسؤول من خطأ، ومراعياً في ذلك جميع الظروف الملازمة التي تحيط بكل من المتضرر والمسؤول معاً، ولاسيما مركزهما المالي^(٤).

(١) ان ثمة فارقاً هاماً بين العدل والعدالة يصلح ان يكون معياراً للتمييز بينهما وان قامت فكرتهما على اساس المساواة، هو ان فكرة العدل تقوم على المساواة المجردة التي تعدد بالوضع الغالب وان فكرة العدالة تقوم على المساواة الحقيقية التي تعبأ بالظروف الخاصة والجزئيات الواقعية: د. عبد الباقي البكري، مبادئ العدالة مفهومها ومنزلتها ووسائل ادراكها، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون جامعة بغداد، عدد خاص بمناسبة الاحتفال باليوبيل الماسي للكلية، ١٩٨٤، ص ٥٨.

(٢) د. محمد ابراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجماهيرية، الاسكندرية، بدون سنة طبع، ص ٩.

(٣) د. حسين عامر، مصدر سابق، ص ٥٤٠، هامش رقم ١.

(٤) د. محمد ابراهيم الدسوقي، مصدر سابق ص ١١.

اما غالبية التشريعات المدنية كالتشريع العراقي والتشريع المصري، فقد اکتفت بذكر بعض التطبيقات المتفرقة لفكرة التعويض العادل، ما يعني أن هذا النوع من التعويض يعد استثناء من الأصل العام لتقدير التعويض في التشريعات المدنية المعاصرة، ويتطلب في وجوده نصاً خاصاً.

فالقانون المدني العراقي، أورد مواد قانونية متعددة تتعلق بالتعويض العادل وعلى سبيل المثال، ما ورد في المادة (١٩١) منه، المتعلقة بمسؤولية الصبي المميز أو غير المميز أو من في حكمهما من عديمي الإدراك^(١)، وكذلك ما ورد في المادة (٢/٢١٢) منه، المتضمنة حالة الدفاع الشرعي عن النفس أو عن الغير^(٢)، وكذلك المادتان (٢/٢١٣ و ٢/٢١٤) منه، المتعلقة بحالة الضرورة^(٣)، إذ يقتصر التعويض في هذه الحالات على الضرر الذي يراه القاضي مناسباً، مراعيًا مركز الخصوم ومقتضيات العدالة.

ومهما كانت الاتجاهات الفقهية والقضائية والتشريعية في تقديرها للتعويض سواء كان عادلاً أو معادلاً، فإن التعويض القضائي لا يبرز إلى الوجود إلا بعد نشوء الضرر وتحقق شروطه كاملة، وانعدام الاتفاق بين الطرفين على تقديره، هنا تبدأ وظيفة القاضي بتحديد الضرر الذي لحق بالمصاب، ثم ينتقل بعد ذلك إلى تقدير هذا الضرر أو تقييمه، أي حساب التعويض المقابل له، فالقاضي يبدأ بتحديد الضرر واجب التعويض وينتهي بتقدير هذا الضرر^(٤)، ذلك لان معظم الأنظمة القانونية لم تعط للتقدير القضائي قدراً من الاهتمام والتنظيم، وانما اکتفت بالقليل من النصوص التشريعية التي تنظم هذا التقدير، والتي كثيراً ما تقرر في صياغة عامة، تاركة تقدير التعويض للقاضي وفقاً لسلطته التقديرية، من دون تحديد تفصيلي ودقيق للعناصر المختلفة التي يتعين على القاضي مراعاتها في هذا المجال^(٥).

(١) تقابلها المادة (٢/١٦٤) من القانون المدني المصري.

(٢) تقابلها المادة (١٦٦) من القانون المدني المصري.

(٣) تقابلها المادة (١٦٨) من القانون المدني المصري.

(٤) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مصدر سابق، ص ٦٥.

(٥) د. ابراهيم محمد شريف، مصدر سابق، ص ٢٠٢.

ومهما ذكر عن صعوبة تقدير التعويض عن ضرر فوات الفرصة بالمال في الجانب العملي لاستناد الفرصة الى ضرر احتمالي ، فان هذه الصعوبة لا تحول دون ان يحكم قاضي الموضوع بالتعويض عن ضرر فوات الفرصة ، وعادة ينحصر نطاق التعويض في المسؤولية عن فوات الفرصة بالضرر المباشر، سواء كان متوقفاً أو غير متوقع^(١)، كما في حالة دهس شخص لفتاة كانت متجه لحضور مسابقة توظيف ، ففوتت عليها الحادثة التوظيف ، مع انها لم تكن لتؤدي إلى حرمانها من التوظيف لولا اصابته بهذا الحادث، فيكون الفاعل مسؤولاً مدنياً عن ذلك، ولو كان يجهل ان المجنى عليها متقدمة الى هذه المسابقة ، ولم يكن في وسعه أن يتوقع أن تؤدي هذه الحادثة إلى حرمانها التوظيف، اما الضرر غير المباشر فلا تعويض عنه لانقطاع العلاقة السببية بينه وبين خطأ المسؤول^(٢) ، كما إذا فات على والد المجنى عليها فرصة كسب نتيجة لانشغاله بمداواته أبنته التي تعرضت للحادث، فان المسؤول عن حادث الفتاة لا يسأل عن ضياع فرصة كسب على والد الفتاة لانقطاع العلاقة السببية بين فعله غير المشروع وفوات فرصة كسب على والد المجنى عليها^(٣)

لذلك كان تقدير التعويض عن اضرار فوات الفرصة الحالية والمستقبلية يخضع لسلطان محكمة الموضوع من دون رقابة من جهة قضائية أعلى، لأن ذلك من المسائل الموضوعية أو الواقعية التي تختص بها دون معقب في غالبية التشريعات المدنية^(٤) ، وبهذا قضت محكمة النقض الفرنسية " بما ان لقضاة الموضوع سلطة مطلقة في تقدير مدى الضرر وطرق التعويض الكامل عنه ، فأن محكمة الاستئناف تتجاهل مدى سلطتها عندما تصرح بقصد رفض طلب

(١) ينظر بهذا المعنى، د. عبد المجيد الحكيم، مصدر السابق، ص ٥٥٨ ، د. سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص ١٩٢ ، د. عبد الله مبروك النجار، الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقانون ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠ ، ص ٤٢٧ .

(٢) ينظر بهذا المعنى د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام ، الاسكندرية ، ١٩٩٩-٢٠٠٠ ص ٣١٦ ، احمد حشمت ابو اسيت، مصدر سابق ، ص ٤٥٩ ، د. ابراهيم محمد شريف ، مصدر سابق ص ٢٠٣ .

(٣) مع ملاحظة وجود بعض التشريعات المدنية تنص على تعويض الضرر غير المباشر كقانون الالتزامات السويسري في احكام المادة (٩٩) منه وقانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة (١٣٤)

(٤) احمد حشمت ابو اسيت، مصدر سابق، ص ٤٤٢ ، د. محمد المنجي، دعوى التعويض عن المسؤولية المدنية بصفة عامة ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٩ ، ص ٥٢٩ .

المتضرر بعدم وجود نص^(١) وفي قرار اخر " ان تحديد وجود الضرر ومداه يعود تقديرهما لقضاء الموضوع بسلطة مطلقة"^(٢) وبذلك قضت ايضاً محكمة النقض المصرية بان " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة والمستندات المقدمة إليها والموازنة بينها والأخذ بما تطمئن إليه منها وطرح ما عداه واستخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية والضرر وعلاقة السببية بينهما ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض طالما جاء استخلاصها سائغاً فحسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها وأن تقيم قضاءها على أسباب تكفي لحمله"^(٣) , وجاء في قرار اخر " تقدير الضرر وتحديد التعويض الجابر له من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ولا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض مادام قد اعتمد في قضائه اساساً معقولاً"^(٤)

فمن المسلم به فقها وقضاء أن لقاضي الموضوع سلطة تقديرية في اثبات وتقرير وجود الحق المتنازع فيه, ولكن هذه السلطة يضيق مجالها أحياناً ويتسع أحياناً أخرى , والحق المتنازع فيه بفوات فرصته هو وجود الفرصة أي فرصة الكسب أو فرصة تجنب الخسارة التي ترتبت على ضياعها بخطأ الغير ثبوت الحق في التعويض وفي سبيل ذلك يكون للقاضي سلطة مطلقة في تقدير وجود اركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية , ولا تقتصر سلطة قاضي الموضوع على تقدير وجود فرصة الكسب وضياعها بل تمتد أيضاً إلى تقرير وجود علاقة السببية بين فقد الفرصة وما ترتب على ذلك من ضرر لدرجة إن تقرير قاضي الموضوع واعترافه بفوات فرصة الكسب يعدل الاعتراف بتوافر علاقة السببية^(٥)

(١) نقض تجاري فرنسي , في ٥/كانون الاول - ديسمبر/١٩٨٩, النشرة المدنية ٥, رقم ٣٠٧, مدونة القانون المدني الفرنسي , مصدر سابق, ص ١٣٧٠.

(٢) نقض مدني فرنسي, الغرفة الاولى, في ١٦/تموز - يوليو/١٩٩١, النشرة المدنية ١, رقم ٢٤٩, المصدر السابق, ص ١٣٧٠.

(٣) القرار ذو الرقم ٢٨ لسنة ٦٨ في ٢٨/٤/٢٠٠٥ صفحة ٧٨, منشور على موقع قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية.

(٤) نقض مدني مصرية ذو الرقم ٣١٠ لسنة ٣٢ في ١٩/٥/١٩٦٦ اشار الية سعيد احمد شعله, قضاء النقض المدني في التعويض, ١٩٣١-١٩٩٤, دار الفكر الجامعي, بدون سنة النشر, ص ٦٨, وقرارها ذو الرقم (٦٩٣٧) لسنة ٧٢ في ٨/٥/٢٠٠٥, صفحة ٧٩ منشور على قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية.

(٥) د. ابراهيم الدسوقي , مصدر سابق , ص ١٢١.

لكن ذلك لا يعني أن محكمة الموضوع لا تخضع بشكل مطلق لرقابة المحكمة العليا بالنسبة للمسائل القانونية فتكليف الضرر^(١) ، هل هو محقق أو احتمالي^(٢) ، أو هل هو ضرر مباشر أو غير مباشر ووصف الفعل هل هو خطأ أم لا؟ تعد كلها من المسائل القانونية الخاضعة لرقابة المحكمة العليا^(٣) فتمارس رقابة على صحة ما تجريه محكمة الموضوع من استخلاص يتعلق بتوافر شروط الفرصة أي تحققها وجديتها ومشروعيتها وكونها قد اعتدت بفقد تلك الفرصة ام لا ، وسلطة محكمة الموضوع في تكيف الوقائع قانونيا أي ترتيب حكم القانون على ما حصلته يخضع لرقابة محكمة التمييز ، لان وصف أي واقعة من الوقائع وصفا قانونيا يستلزم تعريف هذا الوصف ، وتحديد المعنى المقصود به قانونا^(٤) كما تتحقق من أن قضاة الموضوع قد أجابوا فعلا على طلبات الخصوم فيما يتعلق بفوات الفرصة كما هو الحال في أي موضوع آخر، من خلال استنادها الى نص المادة (١٥٩) من قانون المرافعات المدنية^(٥)

ويلاحظ إن هناك تزايدا في أحكام النقض لعدم تسبيب الاحكام والرد على طلبات الخصوم من ذلك مثلا الحكم الصادر في ٢٣-١-٢٠١١ والذي اكدت فيه محكمة التمييز العراقية بوضوح انه " يجب أن تكون الاحكام مشتملة على الاسباب التي بنيت عليها وأن تستند

(١) ذكر الاستاذ ضياء شيت خطاب أن التكييف القانوني، عبارة عن عملية قانونية يقوم بها القاضي دون ان يكون مقيداً بتكليف المدعي للدعوى أو تكليف المدعى عليه لها، ورد ذلك في مؤلفه. فن القضاء ، معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد ، ١٩٨٤ ، ص ٥٩، ويضيف د. محمد منجي- بان المحكمة مقيدة في تكيفها بالوقائع والطلبات المطروحة عليها ، مصدر سابق ص ٥٠٣.

(٢) د. احمد حشمت ابو اسنتيت، مصدر سابق ص ٤٤٢.

(٣) د. عبد الحكيم فوده ، مصدر سابق، ص ٢٦ ، د. السنهوري، مصدر سابق، ص ١٠٨٦ ، د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق، ص ٥٠٢ .

(٤) د. مصطفى مرعي ، مصدر سابق ، ص ٣٤٩.

(٥) المادة (١٥٩) من قانون المرافعات العراقي والتي تنص على انه " ١ - يجب ان تكون الاحكام مشتملة على على الاسباب التي بنيت عليها وان تستند الى احد اسباب الحكم المبينة في القانون ٢-على المحكمة ان تذكر في حكمها الاوجه التي حملتها على قبول او رد الادعاءات والدفع التي اوردها الخصوم والمواد القانونية التي استندت اليها " تقابلها المادة (٤٥٥) من قانون المرافعات المصري وتنص "يجب ان يوضح الحكم بإيجاز ادعاءات ومطالب الخصوم والادلة التي قدموها ، كما يجب ان يكون الحكم مسببا

إلى أحد أسباب الحكم المبينة بالقانون" (١) وغالباً ما تستخدم محكمة الاستئناف نفس الصيغة السابقة أو صيغة أخرى مماثلة كما هو الحال على سبيل المثال في الحكم الصادر ١٣-٦-٢٠٠٥ والذي جاء فيه " ان محكمة الموضوع لم تلتزم بأحكام الفقرتين الأولى والثانية من المادة (١٥٩) من قانون المرافعات المدنية وحيث ان الاحكام القضائية لا تصدر جزافاً وإنما يجب ان تكون مسببة ومعللة وان المحكمة عليها مناقشة الدفوع المقدمة اليها ومن ثم تقرر ما هو قانوني منها من عدمه وحيث ان الحكم المميز كان قد صدر خلاف حكم القانون لذلك قرر نقضه" (٢)

لذلك تكون مهمة القاضي في وصفه للوقائع على انها تشكل فوات فرصة , خاضعة لرقابة محكمة التمييز لأنها مسألة وصف قانوني , وهذا ما يتيح لها تحديد مفهوم فوات الفرصة ورسم الاطار القانوني لعلاقة السببية بين الخطأ الثابت والنتيجة النهائية الضارة , اما مسألة تقدير التعويض أي تحديد احتمال تحقق الفرصة فقاضي الموضوع مستقل في ذلك , وبهذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بان " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن استخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية وإن كان مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع إلا أن تكييف هذا الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه هو من المسائل التي يخضع فيها قضاء محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض " (٣) وفي قرار اخر لها بخصوص تعيين عناصر الضرر التي تدخل في حساب التعويض بوصفها مسألة قانونية، ورد فيه " تعين عناصر الضرر التي تدخل في حساب التعويض من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض اما تقدير الضرر وتحديد التعويض الجابر له فهو من مسائل الواقع التي تستقل به محكمة الموضوع متى ما لم يوجب القانون اتباع معايير معينة" (٤) لذلك فان محكمة الموضوع تخضع لرقابة محكمة التمييز فيما يتعلق بعناصر الضرر ومدى ادخالها في

(١) تمييز مدني عراقي رقم ١٦٠٣ في ٢٣/١/٢٠١١ / الهيئة المدنية المنقول / ٢٠١١, منشور في موقع قاعدة التشريعات العراقية.

(٢) استئناف مدني عراقي في ١٣/٦/٢٠٠٥ العدد/٦٨٥/م/٢٠٠٥, منشور في موقع قاعدة التشريعات العراقية.

(٣) نقض مدني مصري رقم ٤٢٣٧ لسنة ٧٣ في ١٦/١٢/٢٠٠٤ صفحة ١٥٠ منشور على موقع قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية.

(٤) قرار حكم محكمة النقض المصرية ذوالرقم ١١٣١ لسنة ٥٢ القضائية في ١١/١٢/١٩٨٥ اشار اليه عز الدين الديناصوري, د. عبد الحميد الشواربي, مصدر سابق, ص ١٠١٢.

تقدير التعويض حيث ان اغفال قاضي الموضوع لضرر فوات الفرصة ضمن عناصر الضرر المادي يوجب النقص من قبل محكمة التمييز وهذا ما قضت به في احد احكامها " التعويض عن فوات فرصة إعالة الابن لأبويه في شيخوختها هو تعويض مادي عن فوات هذه الفرصة وطلب التعويض المادي إذا ما أطلق دون تحديد يشمل التعويض عن فوات هذه الفرصة" (١)

وكثيرا ما تؤكد محكمة النقض الفرنسية ان قضاة الموضوع يتمتعون بسلطة مطلقة في تقدير مبلغ التعويض عن فوات الفرصة من ذلك مثلا الحكم الذي ايدت فيه محكمة النقض محكمة الاستئناف في تقديرها الضرر الذي اصاب ارملة وطفلها اثر وفاة الزوج في حادث مرور , وقد كان هذا الاخير يستعد للعمل كمضيف جوي بعد ان نجح في بعض الاختبارات , وقد اكدت محكمة الاستئناف والتي قدرت الضرر الاقتصادي الذي اصاب الزوجة وطفلها مستندة في ذلك الى الحرمان من الدخل السنوي كما لو كان الحصول عليه امرا مؤكدا , فانها تكون قد استخدمت بذلك-استنادا الى اسباب خالية من القصور او التناقض- سلطتها المطلقة في ان تقدر في حدود طلبات الخصوم خطورة الاضرار الناتجة عن الجريمة والتعويضات المناسبة لها (٢) وفي قرار اخر جاء فيه " يتوجب على المتضرر فقط ان يحدد المبلغ الذي يقدر به الاضرار المختلفة التي اصابته على ان تتمثل مهمة القاضي عندئذ بأن يتأكد من صحة الطلب وان يحدد بسلطته المطلقة الجزاء من هذه الاضرار المرتبطة بخسارة فرصة تجنبها " (٣)

ومع ذلك فان محكمة التمييز لم تتردد في ان تؤكد حقها في ممارسة قدر من الرقابة على تقديرات قضاة الموضوع عندما ترى ذلك ضروريا من ذلك مثلا الحكم الذي انتقدت فيه محكمة النقض الفرنسية قضاة الموضوع في تقديرهم للضرر الاقتصادي الذي اصاب ارملة وطفلها بطريقة غير مباشرة اثر وفاة الزوج حيث قدرت محكمة الاستئناف التعويض على اساس الدخل المالي للأسرة وقت وفاة الزوج , في حين انه كان يجب عليها في الواقع ان تأخذ في اعتبارها الاجر الذي كان يستحقه المتضرر المباشر في الوقت الذي صدر فيه الحكم , وفي هذه

(١) نقض مدني مصري رقم ٤٥٩٥ لسنة ٦٤ الدائرة المدنية في ٣/٦/٢٠٠٤, رقم القاعدة ١٠٧, ص ٥٨٢ منشور على موقع قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية .

(٢) نقض جنائي فرنسي في ١٣/اذار - مارس /١٩٩٦, نقلا عن د. ايمن العشماوي, مصدر سابق, ص ١٩٥

(٣) نقض مدني فرنسي , الغرفة المدنية الاولى , في ٨/تموز - يوليو /١٩٩٧, مدونة القانون المدني الفرنسي, ص ١٣٥٨, مصدر سابق.

الدعوى كانت لدى المتوفى فرصة للترقية , وكان يجب على قضاة الموضوع مراعاة ذلك في حكمهم , اما وانهم لم يفعلوا ذلك فان حكمهم يكون غير قائم على اساس من القانون^(١)

وتوضح هذ الاحكام مبدأ التقدير المطلق لقضاة الموضوع والقيود الواردة عليه في الوقت نفسه والذي من خلال تسبب الاحكام الصادرة عن قضاة الموضوع تبسط محكمة التمييز رقابتها بطريقة غير مباشرة على صحة التقديرات الخاصة بالضرر , مسبوقة برقابة شديدة على موضوع الحق باعتباره من مسائل القانون التي توجب التدقيق من قبل محكمة التمييز .

المطلب الثاني

طرق تقدير التعويض عن فوات الفرصة

تهدف السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في اثبات حرمان المتضرر من فرصة ما الى الحكم بتعويض مناسب لذلك الضياع , ويتعبير اخر كلما توافرت في الفرصة نسبة احتمال كافية لتحققها لولا الخطأ الثابت , اعتبر ضياعها ضررا اكيدا ومحققا يستوجب التعويض لجبر الضرر , واذا كان هذا التعويض محدد بقيمة الفرصة باعتبارها الضرر الذي لحق المتضرر من جراء فوات الفرصة عليه, فالسؤال الذي يرد هنا هو كيف يمكن ترجمة ضياع الفرصة الى مقدار مالي , ومن ثم تحديد التعويض المستحق؟ وعلى أي اساس او أي معيار يمكن تقدير قيمة الفرصة في حد ذاتها , هل باعتبارها مجرد وسيلة او هدف لتحقيق كسب مأمول ام تجنب خسارة متوقعة؟

هنا يكمن الغموض الذي تتميز به فوات الفرصة , ومن اجل ازالة هذا الغموض , لجأ القضاء الى التمسك بمقدار التعويض المناسب للضرر النهائي , وربطه بنسبة احتمال تحقق النتيجة المرجوة كطريقة مثلى للتعويض عن فوات الفرصة, لكن صعوبة هذه الطريقة دفع القضاء الى اتباع طريقة اخرى وهي طريقة التقدير الجزافي لضرر الفرصة مستنداً على سلطته المطلقة في تقديره للتعويض عن الضرر , وبذلك تكون هناك طريقتان للتعويض عن فوات الفرصة

(١) نقض مدني فرنسي, الغرفة الثانية, في ٢/تشرين الثاني- نوفمبر/١٩٩٤,النشرة المدنية٢, رقم ٢١٧, مدونة القانون المدني الفرنسي, مصدر سابق, ١٣٧١.

الاولى طريقة التحديد المحدد بقيمة الفرصة والثانية طريقة التعويض الجزافي للفرصة , وبغية الاحاطة بهاتين الطريقتين سنقسم هذا المطلب الى فرعين نبين في الفرع الاول الطريقة الاولى ثم نبين في الفرع الثاني الطريقة الثانية

الفرع الاول: التعويض المحدد بقيمة الفرصة يتحدد مقدار التعويض عن فوات الفرصة في قيمة الفرصة الضائعة فقط, وليس بمقدار الفائدة المرجوة منها لو تحققت, الامر الذي اكده القضاء في اكثر من مناسبة⁽¹⁾ هذا التقدير المحدد بقيمة الفرصة يعكس خصوصية فوات الفرصة باعتبارها تقوم على وجود ضررين مختلفين , الاول الضرر الاكيد الذي يتم تعويضه وهو ضرر فوات الفرصة فقط دون تعويض الحالة النهائية التي يتواجد فيها المتضرر الضرر الثاني.

ومن اجل التوصل الى اسناد قيمة مالية للفرصة الضائعة ممثلة في قيمة الضرر الذي لحق المتضرر فأنها تقدر على مرحلتين هما :

المرحلة الاولى : في مرحلة أولى يتم حساب وتقدير الضرر الاحتمالي أو النهائي كما يسميه الفقه, والذي يتمثل في الكسب المأمول الذي حرم منه المتضرر بسبب ضياع الفرصة عليه بخطأ المسؤول والمتمثل في قيمة الحق المتنازع فيه, بالنسبة لفوات فرصة الدفاع في الدعوى, وفي جائزة السباق بالنسبة لسباق الخيول, وفي قيمة الحياة, بالنسبة لفوات فرصة البقاء على قيد الحياة, وفي التمتع بمباهج الحياة وهنائها بالنسبة للحرمان من فرصة الشفاء بغير عاهة, وفي نيل الكسب الذي كان يتوقعه المتضرر من وراء تحقيق الفرصة وهكذا⁽²⁾

ويذهب جانب من الفقه الى القول انه ينبغي استبعاد جسامة الخطأ الذي يرتكبه المسؤول عن فوات الفرصة كمعيار لتحديد قيمة الفرصة وتقدير التعويض الجابر لها , معتبرا ان جسامة الخطأ , ليست دليلا ومعيار لمقدار الضرر المترتب عليه⁽³⁾ , اذ قد يترتب عن خطأ يسير ضرر جسيم , وعلى العكس من ذلك قد لا يحدث الخطأ الجسيم الا ضررا يسيرا , بل وقد لا

⁽¹⁾ cass.1 ere civ:9mai 1973,16 juil.1998, 6av.2000. cite in: M.BERAUD ,op. cit, p 30.

⁽²⁾ د. ابراهيم الدسوقي , القسم الثاني , مصدر سابق , ص ١٦٧ .

⁽³⁾ د. ابراهيم الدسوقي , مصدر سابق , ص ١٦٧ .

يحدث أي ضرر بالمرّة ، وفي مثل هذه الحالة لا يكون هناك محل للتعويض حتى ولو كان الخطأ الجسيم خطأ مهنياً (١)

ونفس الرأي يذهب إليه غالبية الفقه حيث يرى ان هدف مبدأ التعويض الكامل هو دفع التعويض إلى المتضرر بشكل معادل لقدر الضرر وقيّمته، من دون ان يتأثر مقدار التعويض وحجمه بالاعتبارات أو الظروف الخارجية عن الضرر، بمعنى اخر يقدر التعويض تقديراً موضوعياً، لتكون العبرة فيه بمدى الضرر فقط دون أي ظرف اخر، وخاصة ما يتعلق بالمسؤول، ومن ثم لا تكون لدرجة جسامه خطأ هذا الاخير ولا لظروفه الخاصة (كمركزه وحالته المالية الاجتماعية والتأمينية) أي تأثير في تقدير التعويض (٢)

وهو الامر ذاته في الفقه الاسلامي فالتقدير الموضوعي للتعويض يكون تقديراً موضوعاً بحثاً للمتضرر والمسؤول ، فلا يعتد بظروف المسؤول والمتضرر على السواء، كما هو الحال في تقدير الدية في الشريعة الاسلامية عن ضمان الاذى الذي يلحق النفس أو جسد الانسان، بما تتميز به من صفة الثبات والتساوي لجميع المتضررين ومهما اختلفت ظروفهم الخاصة (٣) واذا كان الاصل عدم الاعتداد بظروف المسؤول لدى تقدير التعويض حسب وجهة نظر هذا الجانب من الفقه ، فان جانب اخر من الفقه المدني يرى وجوب الاعتداد بظروف المسؤول لدى تقدير التعويض من قاضي الموضوع مؤسسين اتجاههم على الجانب الواقعي لتقدير التعويض (٤). ففي الواقع العملي يميل قاضي الموضوع إلى زيادة مبلغ التعويض أو تخفيضه حسب جسامه خطأ المسؤول، مادام تقديره للتعويض مسألة وقائع يستقل بها دون من رقابة محكمة التمييز (٥)

(١) د. حسن ذنون ، مصدر سابق ، ص ٣٠٠.

(٢) د. انور سلطان ، مصدر سابق ، ص ٤٩٠ ، د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، المسؤولية المدنية بين التقيد والاطلاق مصدر السابق، ص ١٨٤ ، د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص ١٠٩٨ ، د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق ، ص ٢٦٣ ، د. عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص ٥٦١.

(٣) ابراهيم محمد شريف، مصدر سابق، ص ٢٥٧.

(٤) د. سليمان مرقس، شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الالتزامات، طبعة ١٩٦٤، ص ٣٤٧، د. محمد ابراهيم الدسوقي، مصدر سابق، ص ٤٥٧، د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٧٢، د. حسن ذنون، مصدر سابق، ص ٣٠١.

(٥) د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص ٦٨، د. احمد حشمت ابو ستيت ، مصدر سابق، ص ٤٥٩ ، د. عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص ١٤٢ ، د. محمد ابراهيم الدسوقي، مصدر سابق، ص ٤٧٦.

لكن جانباً من الفقه الفرنسي ينتقد الاتجاه الاخير للقضاء ، حيث يذهب أنه لا يجوز ان يتحول التعويض إلى عقوبة خاصة ، لان هذا الاتجاه غير عادل بالنسبة للمتضرر والمسؤول، فلا يجوز حرمان المتضرر من التعويض الكامل باستقطاع جزء منه، إذا كان الخطأ يسيراً لكونه اجنبياً عن الخطأ، كما لا يجوز له ان يستفيد من جسامه الخطأ إذا كان جسيماً، فهذا الاتجاه للقضاء يعود به إلى الأزمنة السابقة ، التي لا تفصل بين العقوبة والتعويض^(١) وإذا كان هذا هو واقع الامر بالنسبة لاتجاه الفقه لمدى الاعتداد بخطأ المسؤول وظروفه الاخرى لدى تقدير التعويض عن الضرر ، فان القضاء لم يكن بعيداً عن هذا الواقع ، لا سيما ان تقدير التعويض يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي.

حيث عبرت محكمة النقض الفرنسية عن موقفها القضائي ورفضت الاعتداد بجسامه خطأ المسؤول لدى تقدير التعويض وربطت حجم التعويض بمقدار الضرر وحده دون أي اعتبار للظروف الاخرى، فقضت في قرار لها جاء فيه " يجب احتساب التعويض اللازم لتغطية الضرر الحاصل تبعاً لقيمة هذا الضرر دون ان تؤثر جسامه الخطأ على مبلغ التعويض المذكور"^(٢) وفي مصر اتجه القضاء المصري الى رفض ادخال ظروف المسؤول ضمن تقدير التعويض ففي قرار لمحكمة النقض المصرية قضت بانه (لما كان التعويض هو مقابل الضرر الذي يلحق المتضرر من الفعل الضار ولا يصح ان يتأثر بدرجة خطأ المسؤول عنه أو درجة غناه، فان ادخال جسامه الخطأ ويسار المسؤول عنه بين العناصر التي راعتها عند تقدير التعويض، يجعل الحكم معيباً متعيناً نقضه)^(٣)

اما القضاء العراقي فانه يبدو على موقف الاتجاه الموضوعي لدى تقدير التعويض عن الضرر ، فالقرارات الصادرة من محكمة التمييز تشير بصورة صريحة إلى ربط حجم التعويض زيادة أو نقصاناً مع الضرر الحاصل من دون ان تأخذ بجسامه خطأ المسؤول او الظروف الاخرى، كظروف مؤثرة لدى تقدير التعويض، فقد ورد في قرار لمحكمة التمييز أنه (وجد ان

(١) اشار إلى ذلك د. سعدون العامري ، مصدر سابق، ص ١٧٢.

(٢) نقض مدني فرنسي ، الغرفة الاولى في ٨/ايار-مايو/١٩٦٤، مونة القانون المدني الفرنسي ، مصدر سابق، ص ١٣٦٨.

(٣) قرار حكم محكمة النقض المصرية ذو الرقم ٥٧١، في ٢٠/كانون الاول - ديسمبر/١٩٤٨، نقلاً عن د. حسين عامر وعبد الرحيم عامر، مصدر سابق، ص ٥٣٩.

ظروف القضية تستدعي التشديد في الحكم ويزيد التعويض إلى مبلغ يتناسب مع الاضرار الادبية والمادية في مثل هذه الاحوال) ^(١) وفي قرار اخر لها قضت بان (شركة التأمين مسؤولة عن تعويض الضرر بصرف النظر عن خطأ السائق في الحادث...) ^(٢)

وهذا يعني أن الاتجاه القضائي يقدر التعويض تجاه طرفي الدعوى تقديراً موضوعياً من دون ان يتأثر بدرجة خطأ المسؤول ، فيكون تقدير التعويض تقديراً موضوعياً بالنسبة للمسؤول، ولكنه تقدير شخصي ذاتي أي واقعي بالنسبة للمتضرر، حيث تراعى الظروف الخاصة بهذا الاخير في تقدير التعويض الذي يستحقه ، دون الاعتداد بظروف المسؤول ، وهكذا يتعين مع التقدير الواقعي ان يتم تقدير قيمة الضرر بالنظر إلى المتضرر في كل حالة على حدة وفقاً للنظرة التي يراها قاضي الموضوع ، والتي يصل بها إلى حقيقة الضرر الذي اصاب المتضرر فعلاً.

المرحلة الثانية: أما في المرحلة الثانية ، فيتم فيها تحديد قدر الأهمية في الفرصة ، وما كان متهيئاً لها من تحقيق للكسب المأمول ، وذلك من خلال تقدير الكسب الذي كانت ستستحقه الفرصة التي أضعها المسؤول على المتضرر، وهذا القدر من الكسب الفائت يمثل القيمة الذاتية للفرصة الضائعة، والذي يجب أن يكون دائماً جزءاً فقط من الكسب المأمول الذي كان يصبو إليه المتضرر ، وهكذا في حالات فوات الفرصة يقوم القاضي بتحديد الأسباب المختلفة التي كان يتوقف عليها الكسب المأمول والذي لم يتحقق ، عندما تكون الفرصة مجرد عامل من العوامل التي تؤدي إليه، ثم يقوم بتحديد دور الفرصة في تحقيق الكسب على ضوء مدى مشاركة العوامل الأخرى، فقد يكون للفرصة دور أكبر في تحقيق الكسب، وقد لا يكون لها إلا دوراً ضئيلاً فقط، بل قد لا يكون لها أي دور بالمرّة ^(٣)

(١) قرار محكمة التمييز في العراق ذو الرقم ٤٨٧/التمييزية/ ١٩٦٤ وبتاريخ ١٩/١٢/١٩٦٤، المنشور في قضاء محكمة تميز العراق، المجلد الثاني، مطبعة الادارة المحلية ، بغداد د، ١٩٦٨، ص٤٧٦.

(٢) قرار محكمة التمييز في العراق ذو الرقم ٤٠٢/ الهيئة العامة/ ٨٢ بتاريخ ١٩/٦/١٩٨٢، اشار اليه القاضي ابراهيم المشاهدي، معين القضاة ، الجزء الاول ، المكتبة القانونية ، ٢٠٠٠، ص٢٩.

(٣) د. ابراهيم الدسوقي ، القسم الثاني، مصدر سابق، ص١٦٨.

و تعترض القضاء صعوبة كبيرة في تحديد قيمة الفرصة, ولعل هذا ما جعل (سافاتيه) يقول أن الفرصة لا يمكن ان تقتنى , أو أن يتنازل عنها إلا بقيمة اصطلاحية فكل مراهن في سباق الخيول مثلاً, يكون حراً في تقدير قيمة فرصته بحسب التصور الذي يعطيه لها^(١) وانتقد من الفقه هذا الرأي معتبراً أنه يقوم على خلط , ذاهباً الى انه لم يميز بين مبدأ الحرية التعاقدية من جهة , وتحديد القيمة الموضوعية للشيء من جهة أخرى^(٢) أما الفقيه (بوري) فهو يرى أن قيمة الفرصة تقاس في كل الأحوال بالرجوع الى المقارنة بين الفرص الجيدة والفرص الرديئة التي كانت للمدعي , وهذه المقارنة تقتضي بالضرورة إجراء مقارنة جدية بين الأولى والثانية, ففي حالة سباق الخيول مثلاً تتم المقارنة بين النتائج التي أحرزتها الخيول المشاركة في السباق , والنتائج السابقة للفرس الذي حرم من المشاركة في السباق بخطأ الناقل, وبالنسبة للدعوى القضائية التي لم تستأنف , فإن القاضي يجري المقارنة بين قيمة الدعوى المحكومة وقيمة الاستئناف الذي ضاع على صاحبه, بإهمال الوكيل , وفي مجال المسؤولية الطبية فإن المقارنة تتم بين الفرص الجيدة التي كانت للمريض في الشفاء أو النجاة من الموت وبين الفرص الرديئة التي كانت له^(٣)

فالقاضي عند تقديره للتعويض المقابل للضرر الذي لحق المتضرر من جراء فوات الفرصة عليه ان يبدأ أولاً بتحديد هذا الضرر, ثم يقوم بتقديره مالياً, أي بتحديد المبلغ المقابل له , ذلك أن فوات الفرصة يخول الحق في التعويض في حدود الكسب الذي يثبت للمحكمة أن المدعي كان سيناله لو لم يحل بينه وبين الفرصة الضائعة نتيجة خطأ المدعى عليه^(٤) أي ان مقدار التعويض الذي يتقرر في حالات المسؤولية عن فوات الفرصة يتحدد بنسبة معينة من الكسب الاحتمالي المأمول الذي كان يسعى اليه المدعي والذي يمكن ان تؤدي اليه الفرصة لو لم تفت على المتضرر بخطأ المسؤول , ولأن الضرر المحقق الذي اصاب المتضرر انما يتمثل في فقد

(١) Rene SAVATIER op. ,cit. ,p 26.

(٢) BENABEN Alain op. , cit. p 192.

(٣) Jacques BORE op. ,cit. ,p40.

(٤) د. جليل حسن الساعدي , ملاحظات في نصوص المسؤولية التقصيرية في القانون المدني العراقي, مجلة العلوم القانونية , كلية القانون - جامعة بغداد, المجلد ١٥, العددان الاول والثاني, ٢٠٠٠, ص ٤٦٠, د. ابراهيم العشماوي, مصدر سابق, ص ١٨٩.

فرصة الكسب فقط ، وليس فقد هذا الكسب في حد ذاته ، ومن ثم يكون من الطبيعي ان يقدر التعويض بقدر هذه الفرصة وليس بكل الكسب الذي حرم المتضرر منه ^(١)

وهذا يقودنا الى القول ان التعويض الذي يقتصر على قيمة الفرصة الضائعة لا يمكن تحديده الا بمقارنة الضرر النهائي المقابل للكسب الاحتمالي الذي كان يأمله المتضرر ، بالضرر الاولي (فوات الفرصة) أي الضرر المحقق النسبي الذي وقع نتيجة ضياع فرصة تحقيق الكسب ^(٢) فمالك الحصان الذي لم يتمكن من اشراك حصانه بالسباق نتيجة تأخر الناقل ، يكون قد حرم من فرصة كسب جائزة السباق ، اما حرمانه من الجائزة ذاتها فيكون بالنسبة له ضرر احتماليا حيث لا يوجد ما يؤكد ان الحصان كان سيفوز بالسباق لو كان قد اشترك فيه ، ام الضرر المحقق هنا فلا يخرج عن فقد فرصة الفوز بالسباق ، لذلك فالتعويض يجب ان يقدر بالاعتداد فقط بقيمة الفرصة التي كانت لدى المتضرر في كسب الحصان للسباق ، ويتم ذلك بمقارنة الحصان بغيره من الاحصنة الاخرى التي اشتركت في السباق ^(٣)

وإذا أردنا أن نترجم ذلك بلغة الحساب والارقام واعتبرنا أن الفرصة لو تحققت كانت ستجلب للمدعي كسبا يقدر ب (١٠٠,٠٠٠) دينار وأن احتمال تحقيق هذا الكسب كان لا يمثل سوى ٢٥%، فإن قيمة هذه الفرصة تقدر عندئذ بربع (١ / ٤) الكسب الاحتمالي أي تقدر ب (٢٥,٠٠٠) دينار ، أما إذا كانت درجة احتمال تحقيق الكسب تصلى إلى ٥٠ % فإن قيمة الفرصة تقدر عندئذ بنصف الكسب الاحتمالي الضائع على المدعي أي (٥٠,٠٠٠) دينار، وهكذا، كلما زادت درجة احتمال التحقق كلما زاد التعويض ولكن دون أن يصل إلى ١٠٠% أي التعويض الكامل، وبالعكس كلما تضاءلت درجة احتمال تحقيق الكسب كلما تضاءل التعويض إلى أن يصل إلى حد الصفر أي عندما تكون الفرصة المدعى بها وهماً ليس إلا ^(٤)

(١) د. سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص ١٤٥ .

(٢) د. ابراهيم العشماوي، مصدر سابق، ص ١٨٨ .

(٣) د. حسن علي ذنون ، مصدر سابق، ص ٢١٤ ، د. ابراهيم الدسوقي ، مصدر سابق، ص ١٦١ .

(٤) قريب هذا المعنى د. سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص ١٩٦ .

وهكذا، فإن القاضي عند تقديره للتعويض فإنه يأخذ بعين الاعتبار طبيعة الضرر الخاص المتمثل في فوات الفرصة ، ذلك أن فوات الفرصة الجدية يتأرجح فيها احتمال التحقق بدرجة أوفر من الفرصة غير الجدية ، وعلى ضوء هذا الاحتمال يقدر القاضي مبلغ التعويض الجابر للضرر^(١)

فعن طريق بحث ظروف الواقع ومقارنة الفرص الجيدة والفرص الرديئة التي كانت للضحية، يمكن للقاضي أن يصل إلى تقدير قيمة تقريبية للفرصة، وتتمثل هذه القيمة في مدى توقف الكسب عليها ومدى نسبة تحقيقها لهذا الكسب ، كما يمكن للقاضي أن يستعين بنظرية الاحتمالات من أجل التوصل إلى تقدير تقريبي لقدر ونسبة مساهمة الفرصة في تحقيق الكسب الاحتمالي الضائع بخطأ الغير على المتضرر، كما يمكن أن يستعين بالخبرة في هذا المجال، وخاصة في المسائل الفنية، كما هو الشأن في المسؤولية الطبية مثلا^(٢).

وقد سبق أن رأينا أن هذا التقدير الحسابي لقيمة الفرصة ولنسبة تحقيق الكسب الاحتمالي ما هو في واقع الأمر سوى بحث في العلاقة السببية الرابطة بين خطأ المدعى عليه وفوات الفرصة ، وبالنتيجة بحث في الدور السببي الذي لعبه الخطأ في تفويت الكسب المأمول، ومن ثم فإن البحث الذي يجريه القاضي عند تعويضه للفرصة الضائعة يدور حول السببية الاحتمالية الكافية التي سبق وان اوضحنا فيها القول عند التطرق لدراسة العلاقة السببية وقد رأينا أن هذا النهج يؤدي بالضرورة إلى أن قيمة الفرصة تتوقف على مقدار علاقة السببية بين فوات الفرصة والضرر النهائي الذي ترتب عليها، وبمعنى آخر، فإن قيمة الفرصة تتوقف على التغيير الكمي لعلاقة السببية الذي يتحدد بمدى وأهمية هذه العلاقة وجدير بالذكر أن هذا التقدير الكمي لعلاقة السببية يقوم على الحدس والتخمين لذلك فهو يتسم بالظن الاحتمالي وليس اليقين والتأكيد الذي تتسم به السببية العادية^(٣).

وهكذا، فإن التقدير الكمي للسببية في نظرية فوات الفرصة ، أي تقدير قيمة الفرصة يقوم بالأساس على تحديد القدر المحتمل أو المرجح الذي يربط العلاقة السببية القائمة بين الخطأ

(١) د. عبد العزيز اللصاصمة ، مصدر سابق ، ص ٧٩.

(٢) Jacques BORE op. ,cit. ,p22.

(٣) د. ابراهيم الدسوقي ، مصدر سابق ، ص ١٧٠.

والضرر اي القدر المحتمل الذي يكون الخطأ قد أحدثه من ضرر، وليس القدر المؤكد الذي يحدثه الفعل الضار في الأحوال العادية للمسؤولية ، أي عندما تتوافر كل أركان هذه المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية رابطة بينهما ، ومن هنا يظهر أن ما يميز علاقة السببية في التعويض عن فوات الفرصة هو دورها الاحتمالي غير المحقق في إسناد الضرر النهائي للمدعى عليه الشيء الذي يؤدي بالضرورة إلى إعطاء قيمة الفرصة الضائعة قدر هذه العلاقة السببية الجزئية فقط (١)

وبذلك نصل الى ان دراسة الفرصة عن طريق الاحتمالات تؤدي الى نتيجتين هما الاولى :
تضفي درجة احتمال تحقق الفرصة صفة المشروعية على مبلغ التعويض الممنوح لها.
اما الثانية : فتحدد الاحتمالات بالتدقيق جزء الكسب الذي اضاع على المتضرر , فاذا بلغت نسبة تحقق الفرصة الضائعة درجة عالية يمكن بواسطتها التأكيد على ان المتضرر كان سيستفيد من النتيجة المرجوة من تحققها , فان القاضي يقبل تعويض الكسب الضائع , اما اذا تبين ان نسبة الاحتمال ضئيلة او تكاد تكون معدومة , في هذه الحالة تعد الفرصة ليست حقيقية , وان ضياعها يبقى مجرد ضرر احتمالي غير قابل للتعويض.

الفرع الثاني: التقدير الجزافي للفرصة
واذا كان الاصل في طريقة التقدير للفرصة يكون بالطريقة المحددة بقيمة الفرصة والتي تعد الوسيلة المثلى للوصول الى التقدير , ولا نقول التقدير الحقيقي , وانما التقريبي لضرر فوات فرصة تحقيق كسب او تجنب خسارة , الا ان محاكم الموضوع نجدها تكتفي بتقديم مقدار معين كتعويض لفوات الفرصة دون الاشارة الى الطريقة التي بواسطتها توصلت الى تحديد ذلك المبلغ , فهي تقتصر على القول ان الفرصة كانت حقيقية واطيدة او حقيقية وجدية (٢) , وهذا راجع الى السلطة التقديرية الممنوحة لقاضي الموضوع في كيفية حساب التعويض , فهو يقوم بالتقدير النقدي لفوات الفرصة دون تحديد نسبة احتمال تحققها لولا الخطأ الثابت , أي أن المحاكم تفضل - عمليا - "عدم إيضاح وتفسير طريقة حساب وتقدير تعويضها لفوات الفرصة وتكتفي

(١) المصدر السابق نفسه , ص ١٧٠.

(٢) د. سليمان مرقس , مصدر سابق , ص ١٤٥.

عادة بتقرير أن الفرصة كانت جدية، أو أكيدة أو جدية بدرجة كبيرة وفي هذا الاتجاه يسير عليه القضاء .

ويؤيد جانب من الفقه هذا الاتجاه: ويرى إنه لا تثريب على القاضي في عدم إفصاحه للطريق الذي سلكه في تقدير التعويض طالما وضح أن المبلغ الذي حكم به يعوض الفرصة التي فانت على المتضرر^(١) ، مبررا ذلك بالنظر الى الاحتمال الذي تتضمنه فوات الفرصة فيجد القاضي نفسه مجبرا على حساب دقيق لعنصر الاحتمال وفق الطريقة الاولى

غير ان جانبا من الفقه من ينتقد هذه الطريقة ويذهب إلى القول (انه من المؤسف أن قضاة الموضوع لا يميلون عادة إلى بيان كل عنصر من عناصر الحكم في التعويض العام حتى يمكن معرفة ما يحكم به بالنسبة لفقد المكاسب المتوقعة ، إذ جرى العمل عادة أن يذكر بوجه الإجمال...)^(٢) ، ولأن تقدير التعويض في هذه الحالات لن يكون الا تقريبا وليس تقديراً محدداً ، ما يترتب عليه اما مغالاة في التقدير أو تقديره باقل مما هو مستحق^(٣) ، أو لا يشير قاضي الموضوع في حكمه إلى صور الضرر محل البحث مكتفياً بالقول أن ضرر فوات الفرصة بشقيه المادي والمعنوي المتولد نتيجة المساس غير المشروع يستحق المتضرر عنه تعويضاً إجمالياً قدره كذا وبالتالي ليس من الممكن معرفة ما إذا كان الحكم قد ادخل في اعتباره نسبة احتمال تحقق الفرصة الى الكسب النهائي ، وكذلك ضرر اختصار مدة الحياة ، ومدى تأثير العجز على فرصة الكسب ان كان من ذوي الدخل الثابت أو غير الثابت عند تقدير التعويض ، أو انه اقتصر على بعض هذه الجوانب ، ما يشكل غموضاً في ماهية التقدير كان ينبغي معه القاضي اللجوء إلى التحليل المفصل لعناصر الضرر الواجب التعويض^(٤) .

لذلك نأمل من القضاء ان يعيد النظر في اسلوب التقدير الاجمالي للتعويض عن ضرر فوات الفرصة ، لكونه يؤدي في كثير من الاحيان إلى اهدار حقوق المتضررين في الحصول

(١) د. إبراهيم الدسوقي ، مصدر سابق ، ص ١٦١ .

(٢) ديفيد كيمب و مرغريت سيلفيا كيمب، مصدر سابق ، ص ٢٩٣ .

(٣) إبراهيم المشاهدي، مناقشات قانونية ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٩٣ ، ص ٩٦ .

(٤) د. محمد ناجي ياقوت ، التعويض عن فقد توقع الحياة ، المطبعة الحديثة ، القاهرة ، ١٩٨٠ ، ص ٨٢ .

على تعويض عن ضرر محقق تقضي العدالة والقانون الحكم به لا ان يترك بلا تعويض، فالأولى بالمحاكم ان تدقق النظر في كل عنصر من العناصر المكونة للضرر وكافة صورته وان تدخلها في الاعتبار عند تقدير قيمة التعويض بإيضاحها لكيفية تقدير تعويض فوات الفرصة ، حتى يمكن مراقبة صحة تطبيقها للقانون وتجنب الخلط بين هذه العناصر وعناصر الضرر الاخرى ، لبيان مدى معادلة التعويض للضرر ومن ثم التعويض المناسب الذي يتفق وقيمة الفرصة (١)

الامر الذي عبرت عنه محكمة النقض الفرنسية على ان " تعويض ضرر فوات فرصة حصول المريض على نتائج افضل لحالته الصحية او تجنبه ضرر الاعاقة لا يتم بطريق الجراف، بل لا بد ان يمثل جزء من الاضرار اللاحقة بالمتضرر ، لذا كان على محكمة الاستئناف تقدير التعويض المناسب لمختلف هذه الاضرار" (٢) وجاء في قرار اخر " لا يجوز لقضاة الموضوع ان يحددوا الضرر بطرق الانصاف بمبلغ جزافي" (٣)

لكن استقلالية قاضي الموضوع في تقدير التعويض عن ضرر فوات الفرصة لا يعني بانه غير ملزم بالاستعانة بخبير أو أكثر في الامور الفنية (٤) ، بل العكس هو الصحيح اذ أن قاضي الموضوع بحكم الواقع يتوجب عليه الاستعانة بخبير مختص أو اكثر لتقدير التعويض المناسب (٥) ، وكما ان تقدير الضرر الادبي ليس امرا واضحا تماما ، فان تقدير الضرر الناتج

(١) كما ورد في قرار محكمة النقض المصرية ذو الرقم ٤٥٩٥ الدائرة المدنية سنة الطعن ٦٤ في ٢٠٠٤/٦/٣ رقم القاعدة ١٠٧ ص ٥٨٢ ، منشور على موقع قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية بان "المقرر - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن تقدير التعويض متى كانت أسبابه سائغة ولم يكن في القانون نص يلزم باتباع معايير معينة في خصوصه من سلطة محكمة الموضوع ولا معقب عليها من محكمة النقض في ذلك متى كان تقديره سائغاً وكانت الأسباب التي أوردتها المحكمة في شأن تقدير التعويض كافية لحمل قضائها ."

(٢) cass. 1ere civ, 17 dec. 1988 cite in :M.BERAUD, op. cit, p 31.

(٣) نقض مدني فرنسي، الغرفة الاولى في ٣/تموز - يوليو/١٩٩٦، النشرة المدنية ١، رقم ٢٩٦، مدونة القانون المدني الفرنسي، مصدر سابق، ص ١٣٦٨.

(٤) استناداً للمادة ١٢٥/١ مرافعات، المشرع العراقي اجاز لقاضي الموضوع الاستعانة برأي الخبراء في حالة وجود ما يقتضي ذلك في الدعوى.

(٥) د. محمد عبد الظاهر حسين، مصدر سابق، ص ١٦٢، د. حسين وعبد الرحيم عامر، مصدر سابق، ص ٥٦٣.

عن فوات الفرصة قد يفسح المجال للتحكم , وهذا هو السبب في ان قضاة الموضوع كثيرا ما يحاطون في هذا الصدد ويلجأون الى الخبراء حيث يكون للآراء التي يبديونها والنتائج التي يتوصلون اليها تأثير كبير على حكمهم النهائي ^(١) , وهكذا يمكن القول بانه فيما عدا الحالات التي يكون فيها القاضي نفسه خبيراً , فانه يقدر التعويض الذي سيمنحه عن فوات الفرصة بمساعدة اشخاص مهنيين ومتخصصين وهو ما يمكنه في النهاية من الوصول الى قرار بعيد عن التحكم قدر المستطاع .

وعلى الرغم من استعانة القضاء بالخبراء , الا انهم ما زالوا يتمتعون بسلطة مطلقة في تقدير قيمة التعويض عن الضرر الناتج عن فوات الفرصة , وهو ما اكده الحكم الصادر عن القضاء الفرنسي والذي اشار فيه بوضوح الى انه " يدخل في السلطة المطلقة لمحكمة الاستئناف والتي لم تنتقد برأي الخبير - تحديد قيمة التعويض عن الضرر المترتب على فوات الفرصة ,...., وبذلك يكون حكمها قائماً على اسباب مبررة قانوناً" ^(٢)

فحالة التشويه الحاصلة لشخص أو اصابته بعجز جزئي أو كلي سواء كان مؤقتاً أو دائماً، ومدى تأثير ذلك في قدرته في العمل، فضلاً عن الالام النفسية والعضوية ومدى نسبة خطأ المسؤول عنها ، لا يمكن لقاضي الموضوع تقديرها الا إذا استعان بوصف من خبير مختص في مجال الطب الجراحي , ففي فوات فرصة الاصابة بعاهة تتركز مهمة الخبير على وصف الضرر بدقة متناهية ذاكراً خصائصه وحجم التشويه ومدى امكانية إجراء عملية جراحية لتخفيف صورة التشوه ، ودرجة الالام النفسية والعضوية الحاصلة للمصاب ، تاركاً العناصر الشخصية (كالجنس والعمر والمركز الاجتماعي والحالة المهنية) لقاضي الموضوع في حالة عدم توليه ربط هذه العناصر مع العناصر الموضوعية التي اختص بها ^(٣)

وعادة تلجأ المحاكم بشكل اختياري إلى الخبراء القضائيين المختصين لتقدير التعويض عن ضرر فوات الفرصة مع الأخذ بالظروف الموضوعية والشخصية للمتضرر كافة من دون ان

(١) د. ايمن ابراهيم العشماوي, مصدر سابق, ص ١٨٩.

(٢) نقض مدني فرنسي , الغرفة الاولى , في ٦ تشرين الاول - اكتوبر/ ١٩٩٨, النشرة المدنية ١, رقم ٢٧٥, مدونة القانون المدني الفرنسي , مصدر سابق, ص ١١٣٦.

(٣) د. ابراهيم محمد شريف, مصدر سابق, ص ٢٠٦, د. سعدون العامري, مصدر سابق, ص ١٩٥.

تقوم بهذه المهام بنفسها، حيث يتعين على الخبير ان يدرج في تقريره كافة العناصر المؤثرة في تقدير التعويض ، مقدراً التعويض عن النتائج المالية والمعنوية ، بغية استحصال قناعة قاضي الموضوع والا فان القاضي غير ملزم باتباع تقرير الخبير كلاً أو جزءاً إذا كان غامضاً أو لم يتبع ما افهم من اجله (١) ، فاذا تراءى لقاضي الموضوع ان التعويض المقدر مغالى فيه أو جاء غامضاً لعدم بيان عناصر الضرر جاز لقاضي الموضوع تكليف الخبير مجدداً لتلافي النقص الوارد في تقريره بتقرير إضافي استناداً لاحكام المادة (١٣٤) من قانون المرافعات المدنية أو احالة اوراق الدعوى لخبير اخر لتقدير التعويض مجدداً بعد احاطته بجميع الظروف المحيطة بوقائع الدعوى (٢).

ومن العرض السابق فإن قاضي الموضوع يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في اختياره لطريقة تقدير التعويض عن فوات الفرصة ، لكنها ليست مطلقة من كل قيد ، وانما مقيدة بحدود قيمة الفرصة ، كما ان سلطة المحكمة في تقدير التعويض تجيز لها ان تستعين بالخبراء من اجل تقدير دقيق خاصة في المسائل الفنية ، كل ذلك مقيد برقابة محكمة التمييز والتي تحرص على صحة الاستخلاص الذي يتوصل اليه قاضي الموضوع المتعلق بعنصر ضرر فوات الفرصة .

(١) تنص المادة (٢/١٤٠) من قانون الاثبات المرقم ١٧٠ لسنة ١٩٧٩ على أن (راي الخبير لا يقيد المحكمة وعليها إذا قضت بخلاف رايه ان تضمن حكمها الاسباب التي اوجب عدم الاخذ برأي الخبير كلاً أو بعضاً))
(٢) وبهذا المعنى، قررت محكمة التمييز في العراق، بقرارها المرقم ١٦٠٦/١/الاولى/ ١٩٨٢ في ٢٦/١٠/١٩٨٢ أنه (...ليس للمحكمة ان تحكم بتعويض يقل عما قدرة الخبراء إذا اعتقدت ان تقريرهم مغالى فيه، وانما يلزم ان تعهد موضوع التقدير إلى خبراء جدد..) القرار منشور في مجلة الاحكام العدلية، العدد الرابع، السنة الثالثة عشر ١٩٨٣، ص ١٠١.