https://doi.org/10.61353/ma.0150209

التعويض عن ضياع فرصة الانتفاع - دراسة مقارنة

ا.م.د عبد الله عبد الامير طه
كلية القانون – جامعة كربلاء
abdallah.a@uokerbala.edu.iq

تاريخ استلام البحث 2023/11/18 تاريخ ارجاع البحث 2023/12/1 تاريخ قبول البحث 2023/12/16

إنَّ الضرر الذي يستحق التعويض عنه، ويقيم المسؤولية فقد يشترط أنْ يكون محققاً , والضرر الاحتمالي لا يكفي لقيام المسؤولية أو المطالبة بالتعويض. غير أنَّ هذا المعيار الواضح نظرياً في تعويض الضرر قد يثير بعض الصعوبات من الناحية العملية حين يصعب التمييز بين ما يعدُّ ضرراً محققاً وما يعدُّ ضرراً احتمالياً ، ومن هذا القبيل فضرر حرمان الشخص من فرصة كان يحتمل أنْ تعود عليه بالكسب كتفويت فرصة استئناف حكم قضائي بسبب تأخير المحامي في تقديم الاستئناف في الميعاد القانوني ، فيكون هناك كسب احتمالي كان يمكن أنْ يتحقق أو لا يتحقق، وقد قضى فعل المدعى عليه على احتمال تحققه ، فهل ينظر في مثل هذه الحالة إلى هذا الكسب الفائت على أنه ضرر احتمالي لا يستحق عنه تعويض، أنْ ينظر إلى الحرمان من الفرصة ذاتها باعتباره ضرر محققاً. وتحديد آلية التعويض المناسبة في تقدير قيمة الضرر عن ضياع فرصة الانتفاع الذي لم يتناوله المشرّع العراقي ضمن احكام القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 ، وذلك من حيث توضيح أساس التعويض الذي تصدر المحكمة بناء عليه حكمها للمتضرر؛ بسبب فوات كسب مرجح للمتضرر، أو بسبب وقوع المتضرر في خسارة ممكن تجنبها ، وايضا من حيث توضيح اركان الضرر المتعلقة بتفويت الفرصة والذي تراعي المحكمة وجودها قبل اصدار الحكم للمتضرر بتعويضه عن اضرار تفويت فرصة الانتفاع.

The damage for which compensation is due and liability is established must be verified, and potential damage is not sufficient to establish liability or claim compensation. However, this theoretically clear standard for compensating for damage may raise some difficulties from a practical standpoint when it is difficult to distinguish between what is considered actual damage and what is considered potential damage, and of this type is the damage of depriving a person of an opportunity that was likely to bring him gain, such as missing the opportunity to appeal a judicial ruling due to a delay. The lawyer submits the appeal within the legal time limit, where there is a potential gain that may or may not have been achieved, and the defendant's action has eliminated the possibility of its realization. In such a case, should this lost gain be viewed as potential damage for which no compensation is due? Deprivation of the same opportunity is seen as a real harm. And determining the appropriate compensation mechanism in estimating the value of the damage for the loss of the opportunity to benefit, which the Iraqi legislator did not address within the provisions of the Iraqi Civil Law No. (40) of 1951, in terms of clarifying the basis of compensation upon which the court issues its ruling to the injured party due to the loss of a likely gain for the injured party or due to the occurrence of The injured party suffers an avoidable loss, and also in terms of clarifying the elements of damage related to missing the opportunity, the existence of which the court takes into account before issuing a ruling to the injured party to compensate him for the damages of missing the opportunity to benefit.

الكلمات المفتاحية: التعويض، الفرصة الضائعة، الضرر.

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0150209

المقدمة

أولا : التعريف بموضوع البحث

من المتفق عليه شرعاً وقانوناً أنَّ الضرر الذي يستحق التعويض عنه ويقيم المسؤولية يشترط أنْ يكون محققاً , والضرر الاحتمالي لا يكفي لقيام المسؤولية أو المطالبة بالتعويض. غير أن هذا المعيار الواضح نظرياً في تعويض الضرر قد يثير بعض الصعوبات من الناحية العملية حين يصعب التمييز بين ما يعتبر ضرراً محققاً وما يعتبر ضرراً احتمالياً ، ومن هذا القبيل ضرر حرمان الشخص من فرصة كان يحتمل أن تعود عليه بالكسب كتفويت فرصة استئناف حكم قضائي بسبب تأخر المحامي في تقديم الاستئناف في الميعاد القانوني ، فيكون هناك كسب احتمالي كان يمكن أنْ يتحقق أو لا يتحقق ، وقد قضى فعل المدعى عليه على احتمال تحققه ، فهل ينظر في مثل هذه الحالة إلى هذا الكسب الفائت على أنَّه ضررٌ احتمالي لا يستحق عنه تعويض، أنْ ينظر إلى الحرمان من الفرصة ذاتها باعتباره ضرر محققاً ؟ ومن خلال هذه المقدمة نتطرق الى التعريف بموضوع البحث وأهمية البحث وأهدافه وإشكاليته ومنهجية البحث وخطة البحث وكما يأتي .

ثانياً : أهمية موضوع البحث

أهميته تنبع من كونه موضوعاً إسلامي الجذور والتطبيقات ، وقد احتلت هذه الفكرة (المنفعة المقصودة وفواتها (في الفقه الإسلامي موضعاً تكررت وتجددت الإشارة إليه ، كما تنبثق من استعارة او اقتباس المشرع العراقي له من هذا الفقه على نحو يفتقر للبيان والتحديد ، ولعل ممّا يعزز هذه الأهمية هو غياب الدراسات النوعية المختصة التي تتوفر على استجلائه وبيان قواعده ، على الرغم من انتشارها على مساحة واسعة ، مما ينم عن إمكانيتها لتفسير مجموعة واسعة من الأنظمة الفقهية والقانونية ، تعجز أنظمة قانونية أخرى عن استيعابها وتقديم تفسير لها ، فضلاً عمَّا يتسم به هذا الموضوع من غموض وعدم تنظير ، وقد حق لنا تناوله والاستفادة منه في إطار ما تمليه الضرورات الاجتماعية والأهداف المنشودة في ضوء ظروف الزمان والمكان ومظاهر الواقع المتغيرة على الدوام والداعية إلى مواكبتها بتغير الأحكام ؛ بل كذلك بتغير الوسائل اللازمة لذلك بعض الأحيان .

ثالثا : أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى بلورة حقيقة فكرة فوات المنفعة المقصودة ، بصورة تلم شتاته وتجسد أبعاد فكرته وتحدد طبيعته وشرائطه وأبرز مصادره ، مع الوقوف على آثاره وفق ما يتحصل لنا من عملية تسليط الضوء على موقف الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي تشريعاً ، فقها وقضاء ، وقد سعى البحث جاهداً إلى ضرورة مسك أصول الفكرة وتحديد مداها مع هاجس علني أصل إلى تحقيقه ، وهو محاولة تنظير ضياع فرصة الانتفاع ، وانْ توخينا الدقة ، محاولة صياغة هذه الفكرة ، ولربما نقنع بان تكون صياغة أولية لها ، أو لبعض جوانبها ،بما يكون منطلقاً لدراسات مستقبلة اكثر نضجاً واعمق غوراً وأغنى مردوداً .

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0150209

رابعا: إشكالية الدراسة

يكمن جوهر المشكلة في تحديد آلية التعويض المناسبة في تقدير قيمة الضرر عن تفويت الفرصة الضاعة الذي لم يتناوله المشرع العراقي ضمن احكام القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 ، وذلك من حيث توضيح أساس التعويض الذي تصدر المحكمة بناء عليه حكمها للمتضرر عن ضرر تفويت الانتفاع بسبب فوات كسب مرجح للمتضرر أو بسبب وقوع المتضرر في خسارة ممكن تجنبها ، وايضا من حيث توضيح اركان الضرر المتعلقة بتفويت الفرصة والذي تراعي المحكمة وجودها قبل اصدار الحكم للمتضرر بتعويضه عن اضرار تفويت فرصة الانتفاع.

كما انَّ توضيح طبيعة الضرر؛ لتفويت فرصة الانتفاع الذي يختلف فيها عن الاضرار الأخرى المستقبلية منها و المحتملة ، وتوضيح شروط التعويض عن اضرار تفويت الفرصة , وايضا تبيان اركان التعويض عنه, التي تراعي المحكمة وجودها قبل النطق بالحكم لصالح المتضرر بالتعويض , وما هي الاوضاع التي تعد من نواقض التعويض إذا توافرت تؤدي الى اعفاء المتسبب بالضرر في تفويت فرصة الانتفاع من تعويض المتضرر من ذلك.

خامساً : منهجية البحث

اعتمد بحثنا على المنهج المقارن بالأساس بين القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل وبين القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 إضافة الى المنهج التحليلي معتمدا على تحليل النصوص القانونية من خلال الاستعانة بالفقه الإسلامي والقانوني والأحكام القضائية إضافة الى التحليل الشخصي في بعض المواضع .

سادساً : خطة البحث :

قسمنا بحثنا الى مبحثين، فقد نتناول في المبحث الأول ماهية ضياع فرصة الانتفاع ويقسم الى مطلبين في المطلب الأول نتناول التعريف بضياع فرصة الانتفاع ، أمّا المطلب الثاني نخصصه لبحث عناصر ضرر تفويت ضياع فرصة الانتفاع، أمّا المبحث الثاني فقد تطرقنا الى أحكام التعويض عن ضياع فرصة الانتفاع ، والذي بدوره قسمنا الى مطلبين في المطلب الأول تناولنا المسؤولية التضامنية، وموانع تقدير فرصة الانتفاع الضائعة وفي المطلب الثاني الجهات التقديرية لقيمة فرصة الانتفاع الضائعة

المبحث الأول: ماهية ضياع فرصة الانتفاع

نقوم بتقسيم بحثنا الى مطلبين في المطلب الأول نتناول التعريف بضياع فرصة الانتفاع إما المطلب الثاني نخصصه لبحث عناصر ضرر تفويت ضياع فرصة الانتفاع .

المطلب الأول: التعريف بضياع فرصه الانتفاع

إنَّ مسألة التعويض عن ضياع فرصة الانتفاع بالإضافة الى أركان الضرر المتولد عنها من المسائل التي يحيطها عدم الوضوح في مجال المسؤولية التقصيرية, وأنَّ هذه الدراسة ستتناول السعي للكشف عن تعريف لمعنى

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0150209

ضياع فرصة الانتفاع , وبعد ذلك نوضح مسالة الأساس القانوني الذي تستند عليه محكمة الموضوع في إصدار قرارها بالتعويض للمتضرر عن ضياع فرصة الانتفاع، وهذا كله سنتناوله بالتفصيل من خلال هذا المطلب وفي الفرعين التاليين .

الفرع الأول : تعريف ضياع فرصة الانتفاع

ذهب جانب من الفقه القانوني إلى تعريف ضياع فرصة الانتفاع على إنَّه حرمان الشخص من فرصة كان يحتمل أنْ تعود اليه بالكسب ،فيكون هنالك كسب مرجح كان يمكن أنْ يتحقق [1] .

أوما نقصد به: هو الحرمان من مصلحة او منفعة مشروعة انعقد سبب حصولها للمتضرر بوجود القرائن الدالة على وجودها حيث إنَّ المعتبر شرعاً هو ما يفيد اليقين أو غلبة الظن [2] .

وذهب رأي أخر من الفقه إلى انَّ ضرر تفويت الفرصة إنما هو أمر يتعلق بتقرير، ما إذا كانت الفرصة بذاتها تساوي شيئا ما , وفقد المتضرر هذا الشيء نهائيا ذلك أنَّه إذا لم يكنْ هنالك من احد يستطيع أنْ يؤكد الكسب المرجح للمتضرر في الفرصة الضائعه مما لحقه من انعدام المطالبة بما يحققه من كسب المرجح إذاً فإنَّ عدم حصول المتضرر من اي تعويض فيه ظلم لانه بالمقابل لا يستطيع اي شخص ان يؤكد عدم الكسب المرجح للمتضرر في الفرصة الفائتة وهذا لوحده ضرر حقيقي ؛لانَّ قد يكون للمتضرر فرصة ولم يحصل عليها والاخيرة قيمة مادية معينة, وبغض النظر عن الصعوبة في تقدير قيمتها الا ان وجودها لا ريب فيه وعلى المحكمة ان تبذل جهدها من اجل تقدير هذه القيمة [3] .

اما بالنسبة الى تعريف ضياع فرصة الانتفاع في القانون فإنَّ المشرّع العراقي في تشريعه المدني رقم 40 لسنه 1951 فإنَّه لم يتناول فيه فرصة الانتفاع في احكامه نصياً؛ لكن يستشف من قراءة مواده والمشرع قد قصد بالكسب الفائت هو ضياع فرصة الانتفاع , اي إنَّ المشرّع العراقي ، قد تناول فرصة الانتفاع بمصطلح أخر ضمن المسؤولية التقصيرية ،فلم يتناوله منفرداً ولم يبينْ احكامه كافة وانما تناوله كحالة من حالات مسؤولية تقصيرية وقد خصص المشرع العراقي المادة (207) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) لتقدير التعويض بالنسبة للمسؤولية التقصيرية و الذي نصت في فقرتها الأولى على إنَّ "تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر مالحق المتضرر من ضرر، وما فاته من كسب بشرط أنْ يكون هذا نتيجة طبيعة للعمل غير المشروع" [4] ولم يختلف المشرّع المصري في القانون المدني رقم (131) لسنة 1948 عن موقف القانون العراقي في عدم ايراد تعريف لفوات الفرصة .

إما من الناحية القضائية , أنَّ ابرز ما نجده لأشارة عن ضياع فرصة الانتفاع هو في قرارات المحاكم والقضاء؛ وذلك من خلال استقراء العديد من القرارات القضائية ومنها

في حين استقر الإجتهاد على أنَّ مسؤولية الضمان عن الفعل الضار أيضاً ، وأنه يشمل الضرر المادي والكسب الفائت والضرر المعنوي عملاً بأحكام المادتين (266 – 267) من القانون المدني بإعتبار الضرر

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0150209

الأدبي مضمون على المؤمن بحكم القانون ذلك أن الإصابات الجسدية تسبب للمصاب إلى جانب الأضرار المادية أضراراً أدبية كالآلام الجسمية التي يحسها المصاب في لحمه وعظمه والآلام النفسية التي يعانيها نتيجة التشويه الذي أحدثته الإصابة والآلام التي يكابدها بسبب حرمانه من مباهج الحياة وهذه الآلام الجسمسة والنفسية يتفق الفقه والقضاء على وجوب التعويض عنها وحيث توصلت محكمة الإستئناف إلى ذلك فيكون قرارها في محله.[5]

كما نلاحظ من جملة التعريفات، هي فرصة الانتفاع في الفقه فإنَّنا نستطيع أنْ نضع تعريفاً لضياع فرصة الانتفاع، فيكون قدر الامكان تعريفاً جامعاً ومانعاً للموضوع وهو "توقع المتضرر حصوله على ربح مادي من فرصة معينة وتدخل شخص اخر يضيع عليه في هذه الفرصة".

الفرع الثاني : أساس التعويض عن ضرر ضياع فرصة الانتفاع

إنَّ أساس التعويض هو حدوث ضرر نتيجة الفعل المرتكب من الشخص في نطاق المسؤولية التصرية انطلاقاً من نص المادة (204) من القانون المدني العراقي على ذلك بقولها: "كل تعد يصيب الغير بأي ضرر ... يستوجب التعويض)) اما المسؤولية العقدية فقد نصت عليها المادة 2/169 مدني عراقي ((ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد", اما القانون المدني المصري في نطاق المسؤولية التقصرية فقد نص في الماده (163) مضومنها "كل خطأ سبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض" وبذلك نلاحظ أن أساس لب التعويض هو المسؤولية التقصيرية أي وجود علاقة سببية بين الفعل الضار، وبين الضرر الذي حدث، كما يمكن أنْ يكون أساسه هو المسؤولية العقدية عند إخلال أحد المتعاقدين بأحد التزاماته مما أدى إلى ضرر للمتعاقد الآخر وبذلك يكون أساس التعويض عن الفرصة الضائعة هو تحقق الضرر، والمقصود بالضرر هنا هو فوات الفرصة كضرر محقق ، ولابد أنْ نفرق بين الضرر المحقق فعلا (فوات الفرصة) وبين الضرر الاحتمالي المتوقع حدوثه نتيجة فوات الفرصة كتأخير الموظف في إعداد وتقديم عرض الاشتراك في العطاء حتى انتهاء ميعاد تقديمه مما أدى إلى خسارة العطاء من المرجح له كسبه ضرر محقق مما يسبب لصاحب الشركة في خسارة كسب فانت كان سيتحقق لو كتب العطاء ضرر احتمالي موكد) رغم أنَّ القانون العراقي والمصري، لم يتضمنا احكام خاص بذلك؛ لذا سوف نتطرق الى أهم النظريات الفقهية التي تناولت ذلك وكما يلي [(6)] .

أولا : نظرية حرمان المتضرر من كسب مرجح

يلاحظ أنَّ اكثرية فرص الكسب المرجح التي يسعى المتضرر إلى تحقيقها هي كسب مرجح إيجابي ، يتمثل في رغبة المتضرر في الحصول على أمرما يرتب له ميزة معينة ، كترقية في العمل الاداري ، أو كسب مرجح لحق فيه خلاف ، أو اجتياز الامتحان؛ لكن نتيجة لقيام الشخص محدث الضرر بفعل حُرم المتضرر من الكسب المرجح ، بسبب عدم ثبوت فرصة الكسب المرجح للمتضرربعد, و كان فقط يتوقعها ويأمل حصول

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

النتيجة ، فالكسب الفائت يعد عند الاشخاص إما مرجحاً أو مستقبلي ، والا ثبت الحق للمتضرر بتعويضه كاملاً، ولا يقتصر تعويضه عن ضرر الضياع [7].

ولا يمكن حصر حالات الكسب الفائت؛ ولذلك لتوضيح نظرية حرمان المتضرر من كسب مرجح ، فقد ذهب جانب من الفقه مثلا الى الأتي: تعويض المتضرر عن ضرر ضياع فرصة الترقية الادارية إلى مرتبة أعلى, فيعد الحرمان من هذه الترقية الادارية كسباً مرجحاً , ولا يعده كسباً محققاً حتى وان كانت تلك الترقية وشيكة الحدوث ، مستندين على ان فرصة ترقية الموظف الى مرتبة اعلى تعد من الصلاحيات التي تمتلكها الادارة وليس حقاً مكتسباً له [8].

وذهب تجاه أخر من الفقه إلى أنَّ تعويض الاضرار الحاصلة من ضياع الفرصة في الترقية للموظف إلى مرتبة أعلى لإحالته خطأ إلى التقاعد ، وعنصر النتيجة لا يدخل في إعتباره في ضرر تفويت الفرصة على الموظف؛ لأن ترقية الاخير لا تعد حقاً له ، بسبب أنَّ ترقيته أمراً مرجحاً وغير محقق ، بينما ضياع فرصة الانتفاع الذي يمكن تعويض عنه "عدم إعطاء الموظف فرصة الترقية" ذاتها مثل غيره من الموظفين وهي ركن من أركان الضرر في ضياع الفرصة التي يجب اعتمادها في تعويض المتضرر من ضياع فرصة ترقيته[9].

فيتضح أنَّ العبرة في التعويض عن تفويت الفرصة ليست بالحرمان من الكسب الاحتمالي ؛ لكونه احتمالياً فلن يمثل الحرمان منه ضرراً محققاً ، وإنما العبرة بتفويت الفرصة ذاتها بما لحق المتضرر فعلاً من خسارة أو ضرر، محقق، يتمثل في فقدانه لفرصة ووسيلة تحقيق هذا الكسب نتيجة فعل المدعي عليه غير المشروع ، لذلك فإن حساب وتقدير الضرر الفعلي المحقق الذي لحق المتضرر يكون على ضوء ما يملك من فرص للكسب فاتت عليه ، فبقدر قيمة هذه الفرص يقدر الضرر الفعلي الذي لحقه ولذلك فإن الامر يتطلب للاعتداد بضياع الفرصة أن يكون هذا الفوات هذ الحرمان قد تم بصفة نهائية مؤكدة هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى يتطلب أن يترتب على فوات الفرصة إلحاق ضرر محقق بالمدعي، فهذان شرطان لا بد منهما للاعتداد بضياع الفرصة كما يلي:

الشرط الأول: الفقد المؤكد والنهائي للكسب المحتمل

لكي يتحقق فوات الفرصة باعتباره ضرراً محققاً واجب التعويض، يجب أن تكون فرصة تحقيق الكسب قد فاتت بصفة نهائية ومؤكدة على المتضرر، بمعنى أنْ يقطع على مدعي فوات الفرصة كل أمل في إمكان تحقيق الكسب الاحتمالي ويفقده كل وسيلة إلى ذلك ، فقد يحرم نهائياً من الكسب الذي كان يأمله على سبيل المثال الدعوى التي لم يطعن فيها الاستئناف وانتهت مدة الطعن بسبب خطأ المحضر أو إهمال المحامي – قد خسرت بصفة نهائية، والعجز الذي يلحق الفتاة التي كانت تأمل الالتحاق بعمل مضيفة جوية أو مذيعة في التليفزيون – بسبب خطأ طبيب التجميل حرمها بصفة نهائية من الاشتراك في المسابقة التي أقيمت للاختيار ،بل ومن أي مسابقة أخرى.

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0150209

الشرط الثاني: تحقق الضرر

يتعيّن أنْ يترتب على فوات الفرصة بالمعنى السابق إلحاق ضرر بالمدعي، ولما كانت الفرصة الفائتة تتمثل في محاولة تحقيق كسب معين أو تجنب ضرر أو خسارة ما، فإن عدم تحقق ذلك أو الحرمان منه يمثل ضرراً محققاً للمضرور لذا يمكن القول بأن القاعدة العامة هي أن مجرد فوات الفرصة يمثل في حد ذاته ضرراً محققاً عندما يتمثل في ضياع الهدف الذي تسعى الفرصة إلى تحقيقه من كسب للمضرور إيجابياً كان هذا الكسب أو سلبياً

ثانيا : نظرية إيقاع المتضرر بخسارة من الممكن توقيها:-

وبعد تبيان ضياع فرصة الانتفاع في نظرية حرمان المتضرر من كسب مرجح، والتي تكون نتيجة الفعل غير المشروع الصادر من الوكيل على موكله ، أو من جهة الادارة على موظفيها ، وهنالك الكثير من المصاديق التي لا يمكن حصرها بعدد ما، في حين أنَّ اضرار ضياع فرصة الانتفاع في صورة إيقاع المتضرر في خسارة كان من الممكن توقيها , وإن كانت كثيرة أيضاً إلا أن من اعم حالات ضرر ضياع الفرصة تتصور الفعل الذي يولد ضررا والصادر من الطبيب اتجاه مريضه ، أو نتيجة لموت رب الأسرة او المعيل لها أو المعيل للغير[10] .

ويعد حرمان المتضرر من كسب ممكن، أو مرجح في ضرر ضياع فرصة الانتفاع أساساً للتعويض عن ضرر الضياع ، وإنَّ هذه الصورة تعدُّ صورته الإيجابية، تقابلها صور سلبية في ضرر تفويت فرصة الانتفاع على المتضرر, تتجسد في إيقاع المتضرر بخسارة كان من الممكن توقيها، لكنها باتت مؤكدة ومتحققة نتيجة الفعل غير المشروع والصادر من الشخص المتسبب به ، وعندما فاتت فرصة توقي هذه الخسارة من قبل المتضرر أصبح ممكن أنْ يقع في المستقبل؛ لذلك بات ضرراً مؤكداً ، علماً إنَّ الخسارة التي لحقت بالمتضرر لا تكون مؤكدة ومحققة من حيث الأصل الا اذا وجدت المحكمة الأساس القانوني الملائم لتعويض المتضرر عن ضرر ضياع الفرصة, وفي حكم قضائي لمحكمة التمييز العراقية الاتحادية يجمع بين النظريتين جاء فيه "يتعين ان يكون الضرر حقيقي الذي اصاب المعي شامل لما لحقه من خسارة وما فاته من كسب ضياع الحق عليه"[11] .

وعليه فإنَّ من خلال عرض آراء الفقهاء السالفة الذكر، نؤيد الرأي الذي تبنى فكرة اعتبار أنَّ اضرار ضياع فرصة الانتفاع في إيقاع شخص المتضرر بخسارة من الممكن له توقيها على أنها مسؤولية تقصيرية وليست مسؤولية عقدية ، حتى مع وجود افتراضية وجود عقد بين الطبيب والمريض قُبيل إجرائه للعملية مثلاً وأن التزامه بذلك هو التزام ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة ، مع ذلك لا يعفيه من المسؤولية في حالة إهماله أو قيامه بفعل غير مشروع وجسيم لا يمكن لطبيب آخر مشابه له في الاختصاص والمرتبة العلمية والظروف المحيطة بالعملية أن يقوم بمثل هذا الفعل الخاطئ أو الإهمال ومهما كانت نتيجته كوفاة المريض أو اصابته بعاهة مستديمة أو مؤقتة، ف ففي جميع الأحوال تكون مسؤولية تعويض الشخص المتضرر عن الخسارة الممكن توقيها هي مسؤولية الطبيب، ويدل ذلك على أن الأساس القانوني في ضياع فرصة الانتفاع هو المسؤولية التقصيرية, وفي حكم قضائي لمحكمة النقض المصرية يؤكد ذلك اعتبار تفويت الفرصة ضمن اركان الضرر هو

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

كسب فائت إذا كان الشخص المتضرر يأمل الحصول عليه ولأسباب مقبولة, ونرى صعوبة تطبيق القواعد العامة بما تم ذكره من مواد على خصوصية التعويض في ضياع الفرصة ويرجع الامر في نهاية الامر الى القاضي في تقدير ذلك .

المطلب الثاني: عناصر تفويت ضياع فرصة الانتفاع

إنَّ عناصر ضرر تفويت فرصة الانتفاع تنحصر بوجود أمرين : أولهما: تحقق ضرر حقيقي وفعلي ، وثانيهما : التفويت المؤكد والنهائي للفرصة ، حيث يمكن للمتضرر حينها أنْ يطالب بالتعويض عن الفرصة الضائعة من جراء حرمانه من كسب ممكن أم أنَّ الفرصة الضائعة من جراء خسارة كان المتضرر ممكن توقيها وفق القواعد العامة للمسؤولية المدنية، وعليه سنتناول بفرعين الضرر الحقيقي والفعلي في تفويت الفرصة والضرر المؤكد والنهائي , وكما يلي :

الفرع الأول : تحقيق ضرر فعلي وحقيقي

ذهب اتجاه من الفقه القانوني إلى إيجاد مفهوم لتحقق ضرر فعلي وحقيقي في ضرر تفويت فرصة الانتفاع ؛ لكي يكون الضرر في تفويت الفرصة قابلاً للتعويض عنه ؛ فإنَّه يفترض أن يكون محققاً ، بمعنى أنَّ القاضي في محكمة الموضوع يكون متيقناً من ذلك الضرر ، وإلا فلا يمكن الحكم بالتعويض عنه لعدم تحققه , ولكن لا يعني بالضرورة وقوع الضرر بالفعل؛ بل يكفي بحسب رأي هذا الجانب من الفقه أنْ يكون واقعاً لا محالة في المستقبل ولا شك في وقوعه , أي أنْ يكون غير ممكن تجنبه ، عندئذ يصبح هذا الضرر قابلاً للتقدير ، وليس ذلك فقط ؛ بل يصبح الضرر المحقق واجب التعويض عنه في تفويت فرصة الانتفاع في أي عنصر من عناصر تحقق الضرر في تفويت الفرصة ، والتي تشمل الضرر الحال الماثل بالمتضرر نتيجة للفعل الضار الصادر من محدثه , ويشمل كذلك الضرر المستقبل المؤكد الحدوث لأنه يكون إمتداداً طبيعياً للحالة الراهنة ، إثر وقوع الفعل غير المشروع الضار ، وان كان غير ذلك فإن هناك ما يحول دون تحققه ووقوعه في المستقبل وبحسب هذا الرأي ، أنه إذا كان الضرر غير محقق في تفويت الفرصة فإنه يكون ضرراً إحتمالياً [12] , وذهب جانب آخر من الفقه إلى أنه لا يشترط في ضرر تفويت الفرصة أن يكون حالاً , فقد يكون مستقبلاً ، ومع ذلك يدخل في تقدير التعويض بشرط أن يكون وقوعه محققاً ، ولا يكون التعويض عن فرصة الانتفاع في ذاتها فهي أمر مؤكد ، وإنما عن تفويتها بحرمان المتضرر من هذه الفرصة , فهذا هو الضرر المحقق ، وأن وجود قدر من الإحتمالية لا يمنع من إعتبار ضرر تفويت الفرصة ضرراً محققاً [13] ، فالعبرة هنا هي برجحان وقوع الضرر بدرجة كبيرة ، ومن ثم فإن وجود قد ضئيل من الإحتمالية لا يمنع من إعتبار الضرر محققاً ، وإذا تعذر تقدير كافة الضرر في تفويت فرصة الانتفاع ؛ فإنه يمكن لقاضي الموضوع أن يحكم بالتعويض المؤقت إلى حين إكتمال كافة عناصر ضرر تفويت فرصة الإنتفاع , وبالتالي فإن إلحاق الضرر بالمتضرر لكي يطالب هذا الأخير بالتعويض عن ضرر تفويت فرصة الانتفاع , والذي قد يتمثل في محاولة تحقيق كسب مرجح معين أو في توقي

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

ضرراً أو خسارةً ما ، وأن عدم تحقيق ذلك يمثل في الحالتين ضرراً محققاً للمتضرر، إذ مجرد تفويت فرصة الانتفاع ذاتها تُعد ضرراً محققاً عندما تتمثل الغاية التي من الممكن من خلال الفرصة تحقيقها هو بالكسب المرجح للمتضرر الإيجابي أو السلبي ، وهناك حالات لا يمثل الضرر في تفويت الفرصة في ذاته ضرراً يصيب المتضرر خاصة ، وذلك عندما لا يكون المركز المترتب على الضرر في تفويت فرصة الانتفاع مركزاً ضاراً , بمعنى أن المتضرر لا يكفي له أن يثبت ضرر تفويت الفرصة للتعويض عنه ؛ بل يجب عليه إثبات الضرر الفعلي الذي أصابه من تفويت تلك الفرصة [14] .

وبناءً على ذلك، ممكن ان يتاسس مبدأ هو، يمكن تعويض ضرر تفويت فرصة الانتفاع في عقود الغرر مثل التأمين والمراهنة والمقامرة ، لأن كلا المتعاقدين يتوقعان بإحتمالية حدوث النتيجة ، وبالتالي فإنهما يقومان ابتداً بتحديد الشخص الذي يتحمل تبعة الضرر ، وبصفة خاصة يحدث هذا في عقود التأمين على الحياة , اذ لايستطيع المؤمن الرجوععلى من احدث الضرر، وذلك بسبب ان الخطر الواقع عد متوقعاً ومقبولا , ومثال على تحقق ضرر فعلي وحقيقي في تفويت الفرصة ؛ إثبات المدعية أن إبنتها قد أكملت دراستها وكانت فرصة التعيين في وظيفة ما قائمة ، حيث حكمت المحكمة بتسبيب حكمها , بوفاة البنت نتيجة حادث تعرضت له الاخيرة كافيا لرفع دعوى التعويض لصالح الام ، ليس فقط عن ضياع فرصة التعيين للبنت , بل أيضاً عن انعدام ذات التعيين وانخراطها في الحياة المهنية ، بمعنى تعويضها عن ضرر محقق وليس فقط مجرد ضياع الفرصة, ولعله يثار التساؤل بهذا الصدد ، هل ما هو المعيار في عنصر تحقق ضرر فعلي وحقيقي في تفويت فرصة الانتفاع هل هو معيار شخصي ام موضوعي؟

وللاجابة عن ذلك نقول ، بتحقق ضرر فعلي في تفويت الفرصة فهو بحد ذاته ضرر حال , وآثاره المستقبلية تتعلق بمصلحة ذات قيمة مالية للمتضرر ، ويعد تحقق الضرر الفعلي في تفويت فرصة الانتفاع على المتضرر إمتداداً طبيعياً للاضرار الحالة الصادرة من الشخص محدث الاضرار ، حتى وإن لم يتحقق الضرر فعلاً في ضياع فرصة الانتفاع , فاخيرا يكون ضرراً إحتمالياً يقع او لا يقع , وايضا أن المعيار الذي تبحث عنه محكمة الموضوع في التحقق من وجود الضرر الفعلي في تفويت الفرصة يعد معياراً موضوعياً، بسبب وقوع عبء إثبات تحقق الضرر في تفويت فرصة الانتفاع على شخص المتضرر وليس الشخص مسبب الضرر [15].

الفرع الثاني : التفويت المؤكد والنهائي للفرصة

لكي يتحقق ضياع الفرصة نهائياً , وفواتها المؤكد بإعتباره ضرراً محققاً واجب التعويض فإنه يجب أن تكون فرصة تحقيق الكسب قد فاتت بصفة مؤكدة ونهائية على المتضرر , إذْ يحرم نهائياً من الكسب الذي كان يأمله [16] , فإذا كان يكفي بالنسبة للكسب الذي يسعى المتضرر إلى تحقيقه أو يتوقعه ويأمله أن يكون كسباً محتملاً ، فإن فوات هذا الكسب والحرمان منه وضياعه نهائياً يجب أن يكون محققاً ، أي يتم يقيناً وبصفة نهائية بسبب فوات الفرصة التي كان يمكن للمتضرر أنْ يحقق بها هذا الكسب , سواء أكان كسباً إيجابياً

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

بالحصول عليه , أم كسباً سلبياً يتمثل في دفع ضرر أو خسارة متوقعة [17] , فإنَّه مع الفقد النهائي للفرصة والتفويت المؤكد لها ؛ لا يعد من الجدير بالإهتمام الإنتظار لمعرفة ما إذا كان الضرر سيقع ؛ أم سيتخلف فلا يقع , إذ لم يعدْ وقوع الضرر متوقفاً على أمر مستقبل غير متحقق الوقوع , فقد تحدد مركز المتضرر تحديداً نهائياً , وضاعت الفرصة التي كان يعلق عليها تحقيق أو تفادي خسارة [18] , وأمثلة ذلك في قرارات المحاكم كثيرة , والتي منها : مثال المحامي الذي لم يرفع الإستئناف الذي كلف به من قبل موكله حتى فات ميعاده , جعل فرصة كسب الدعوى إستئنافياً قد فاتت بصفة نهائية , إذ لم يعد بالإمكان عرض الدعوى على القضاء , فإنَّ هذه الدعوى التي لم يطعن فيها بالإستئناف وانقضت مدة الطعن خسرت بصفة نهائية , ولن يعاد النظر فيها مرة ثانية , وكذلك الطبيب بخطئه في التشخيص يكون قد فوت على المريض فرصة الشفاء بغير عاهة مستديمة بصفة نهائية , ذلك أنَّ فرصة الشفاء هذه قد فاتت على المريض بصفة مؤكدة ونهائية ؛ لأن العاهة قد علقت وإستدامت بالمريض [19] , مصدراً للكسب فسباق الخيل بدأ وانتهى دون إشتراك الحصان الذي لم يصل بسبب خطأ الناقل قبل الموعد المحدد للسباق ، ووفاة المريض أو عجزه بخطأ الطبيب قد تحقق , كالعجز الذي لحق الفتاة التي كانت تأمل الإلتحاق بعمل مضيفة جوية حرمها بصفة نهائية من الإشتراك في المسابقة التي اقيمت للإختبار بل ومن أي مسابقة أخرى , واليقين هنا يرد على عكس ما كان محتملاً أو مرجحاً من كسب يتطلع إليه المتضرر , بمعنى إنه إذا كان الكسب الذي كان يأمله المتضرر إيجاباً يتمثل في تحقيق ميزة معينة كالفوز في سباق الخيل أو الحصول على ترقية أو النجاح في مسابقة ، فإن اليقين هنا يكون في عدم تحقيق أي من هذه المزايا بأن يتأكد من خسارة السباق ، أو ضياع الترقية أو عدم إجتياز المسابقة , وإذا كان الكسب المأمول يتمثل في تجنب ضرر أو خسارة معينة كتوقي مرض معين وما يترتب عليه من الشفاء أو البقاء على الحياة , فإن اليقين هنا يتمثل في وقوع الخطر بالوفاة أو العجز الناتج عن المرض وإستمراره [20] , لذلك فإن إشتراط هذا الشرط وبحق أمر منطقي , لأنه إذا كان وجود الضرر النهائي مازال يتوقف على المستقبل , فإن هذا الضرر سيكون ضرراً إحتمالياً محضاً , ومن ثم لا يكون محلاً لأي تعويض , والذي غالباً ما تعبر عنه محكمة النقض الفرنسية بقولها يشكل وحده فوات فرصة يمكن التعويض عنها بالزوال الحالي والأكيد لإمكانية محتملة [21] , ولقيام مسؤولية المهني شرط أن يبين كيف أن خسارة الفرصة كانت أكيدة وأنها متصلة مباشرة بالفعل الضار [22] , وهكذا فإنَّ الموكل الذي يعهد إلى المحامي بمهمة تجديد الرهن العقاري , ولم يقمْ المحامي بالإجراء المطلوب في المدة المحددة قانوناً ، ولكن صدر قانون جديد يطيل من المدة المقررة لتجديد الرهن , وقرر المشرّع أنْ يكون تطبيقه بأثر رجعي على الحالات القائمة وقت صدوره , فإنَّه في مثل هذه الحالة على الرغم من تقصير المحامي في إتخاذ إجراءات التجديد إلا أنه بصدور القانون الجديد بإطالة مدة التجديد لم يفقد الموكل الوسيلة إلى ذلك , ومن ثم فإنَّ ضياع الفرصة لم يعد نهائياً , لأن الموكل يمكنه أن يعهد بالقيام بتجديد هذا الرهن إلى محام آخر [23] ,

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0150209

وفي حكم قضائي لمحكمة النقض المصرية جاء فيه:" المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا كانت الفرصة أمرا محتملا فإن تفويتها أمر محقق يجيز للمضرور 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 يكون هذا الأمل قائما على أسباب مقبولة من شأنها طبقا للمجرى الطبيعي للأمور ترجيح كسب فوته عليه العمل الضار غير المشروع". وفي حكم قضائي أخر لمحكمة النقض المصرية جاء فيه "إذ كان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد اكتفى في مقام قضاءه بالتعويض عن الضرر المادي على ما أورده من أن الوفاة فوتت على المطعون ضدها فرصة الأمل في أن تستظل برعاية ولدها المتوفى في شيخوختها دون أنْ يهتم ببحث وتمحيص ما أثارته الطاعنة من أنَّ هذا الأمل غير وارد؛ لأن المتوفى كان طفلاً يبلغ من العمر 12 عاماً يعال ولا يعول أحداً، وأنَّ لها ثلاثة أبناء قصر يكفي أنْ تستظل برعاية أبيهم في شيخوختها، أو أنْ يبين الأسباب المقبولة التي تبرر وجه ما انتهى إليه من أنَّ وفاة الابن فوتت على المطعون ضدها أملها في أن تستظل برعايته لها في شيخوختها وهو ما من شأنه أن يجهل بالأسباب التي أقام عليها قضاءه بالتعويض عن الكسب الفائت ويعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيقه لأحكام القانون، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بالقصور" (24).

المبحث الثاني: أحكام التعويض عن ضياع فرصة الانتفاع

إنَّ تناول مفهوم الفرصة الضائعة هو جزء من مفهوم الحل الأنسب لتعويض المتضرر عن ضرر تفويت الفرصة، حيث أنه لا بد من جبر هذا الضرر الذي تسبب بأذى للمتضرر, والذي أدى إلى توقف السير الطبيعي للأمور وخلف وراءه نهاية لكل ما كان المتضرر يأمل في حصوله بالمستقبل، لذلك لا يتصور أن يفلت محدث الضرر من فعله الضار دون محاكمته وإجباره على تعويض المتضرر. وعليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين سنبين في المطلب الاول: المسؤولية التضامنية وموانع تقدير فرصة الانتفاع الضائعة وسنتطرق في المطلب الثاني:الجهات التقديرية لقيمة فرصة الانتفاع الضائعة .

المطلب الأول: المسؤولية التضامنية وموانع تقدير فرصة الانتفاع الضائعة

تتمثل الجهات التقديرية لتحديد التعويض عن الفرصة الضائعة بقاضي الموضوع الذي يملك صلاحيات واسعة في ذلك نخصص الفرع الأول لبحثه اما الفرع الثاني نخصصه لموانع تقدير التعويض عن تفويت فرصة الانتفاع.

الفرع الأول : المسؤولية التضامنية في تقدير فرصة الانتفاع الضائعة

إذا كان الأصل في المسؤولية المدنية سواء العقدية أو التقصيرية هو إعادة الحال الى ماكان عليه قبل وقوع الفعل الضار، فإن هذا الأصل قد يتعذر تطبيقه في حالات معينة من مسؤولية محدث الضرر عن تعويض المتضرر في ضرر تفويت الفرصة ؛ لأنَّها تفترض أنَّ الفرصة قد ضاعت نهائياً ولن تعود ثانية ؛ لذا لن يكون

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

أمام القاضي سوى اللجوء إلى التعويض , وعند تقدير القاضي للتعويض المقابل للضرر الذي لحق المتضرر فإنه يبدأ بتحديد هذا الضرر ثم يقوم بتقديره وتقويمه مالياً سلطة تقديرية واسعة من خلال [25] تحديد المبلغ المقابل له وفق نظريات فقهية تبين المسؤولية المنفردة والمشتركة في تقدير فرصة الانتفاع انطلاقا من احكام المادة (217 \ 1) من القانون المدني العراقي اذ نصت على الاتي: " اذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الاصلي والشريك والمتسبب" في المسؤولية التقصرية . ونص المادة ونص المادة (321) حول التضامن في سداد الدين في نطاق المسؤولية العقدية نبين التضامن في حالة تعدد الشركاء في المسؤولية والتعويض عن ضياع الفرصة على عدد اتجاهات :-

الاتجاه الأول: ذهب إلى إمكان تعدد التعويضات في حال ما إذا تعددت الفرص الضائعة والتي كانت تؤدي إلى الكسب المرجح هذا من الناحية الأولى ، وكذلك تعدد المسؤولين في ضرر ضياع فرصة الانتفاع مما يستتبعه من تعدد التعويضات ,من ناحية ثانية [26] .

فمن الناحية الأولى ذهب رأي إلى أن المسؤولية المدنية تقوم بتوافر أركانها ، وبالمثل فإنَّ المسؤولية عن ضرر تفويت الفرصة تنهض بتوافر أركانها ، وهي الفعل الضار من الشخص الفاعل والضررالمتحقق من تفويت فرصة الكسب الممكن والرابطة السببية بينهما ، ففعل محدث الضرر قد ينفرد بإحداث الضرر الذي يقوم عليه طلب التعويض وقد يجتمع مع غيره من الأسباب ، ويكون نتيجة وجود أكثر من سبب أشتركوا جميعاً في إحداث الضرر المتمثل في تفويت فرصة الكسب المرجح على المتضرر ، وعليه ان الضرر المتحقق في تفويت فرصة الانتفاع قد يشترك في وقوعه على المتضرر أكثر من شخص مسبب، وتكون حصيلة كل خطا هو تضييع لأحدى الفرص المتوافرة لتحقيق الكسب المرجح ، مما يعني أن المتضرر قد توافرت له بداية أكثر من فرصة سانحة، وبفرض توافرت شروط كل منها وصلاحية كل منها للتعويض عن الضرر المحقق المتمثل بتفويت الفرصة على المتضرر ما كان يرجوه من كسب مرجح كون كل منها يشكل سبباً مرجحاً لذلك الضرر فإنه لا شك أن على القاضي الحكم بتعويض مناسب عن كل ضرر محقق وقع بالمتضرر جراء تفويت فرصته بحيث يقدر كل تعويض جزئي بقدر قيمة كل فرصة توفرت له وضاعت عليه بسبب الفعل الضار من محدث الضرر مما يعني تعدد ديون التعويض المحكوم بها بتعدد ماضاع على المتضرر من فرص المقابل للكسب المرجح الذي كان يأمله المتضرر بالضرر المحقق النسبي الذي وقع نتيجة ضياع فرصة تحقيق الكسب المرجح [27] .

ومن الناحية الثانية: إنّ تعدد المسؤولين عن فعل غير مشروع وضار، عُد كل منهم مسؤولاً بنسبة نصيبه فيه وللمحكمة أن تقضي بالتساوي أو التضامن والتكافل فيما بينهم هذا الراي متأثراً في بالفقه الإسلامي قد اختلف عن غيره في عدم تضامن المسؤولين عن الفعل الضار ويضيف أنه لا بد للمتضرر من الحصول على حكم من المحكمة لتحديد نسبة مساهمة كل من إشترك في إيقاع الفعل الضار به ، وتحديد مقدار حصة كل منهم في التعويض، أو يُحكم عليهم بالتضامن، ليتمكن المتضرر من الرجوع على أي منهم بالتعويض كاملاً،

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

ثم يرجع من دفعه منهم على شركائه بمقدار ما اقرته المحكمة من حصص استناداً الى نسبة مساهمة كل شخص منهم بالضرر، أو يحكم عليهم بالتساوي في حالة استحالة تحديد تلك الحصص. وعلى فرض إعمال مبدأ التضامن بين من يشتركون في إحداث ضرر تفويت الفرصة عند رجوع المتضرر عليهم بالتعويض فإن مقتضى التضامن هو وحدة الفعل الضار أي وحدة المصدر ووحدة الضرر. فيلتزم كل من المسؤولين عن دين التعويض كله وللمتضرر الرجوع على أي منهم بحقه في التعويض، وله خيار المطالبة القضائية على أي شخص منهم , دون البعض الاخر .

وذهب جانب من الفقه الى ليس من الضروري للحكم بتضامن الاشخاص المسببين في التعويض إذا تعدد المسؤولين عن ضياع فرصة الانتفاع وما نتجته من ضرر, وذلك لتخلف الخاصيتان المميزتان للالتزام التضامني اللتان تحكمان آثار التضامن فيما بين الدائن والمدين المتضامنين ، وهما وحدة الضرر ووحدة المصدر. فالغالب أنه عند تعدد المسؤولين عن ضرر تفويت الفرصة الواقع على المتضرر يكون مصدر المسؤولية مختلف بين كل من المسؤولين إضافة إلى عدم التزام المسؤولين بدين واحد لاختلاف الضرر المحقق في تفويت الفرصة المترتب على فعل كل منهم بناء [28] . ونرى بالامكان ان نطبق ما نصت عليه المواد القانونية السالفة الذكر واخذ بالاتجاه الاول حول الاشتراك في تعويض الغير عن ضياع الفرصة الضائعة متى ما تحققت شروطها .

الفرع الثاني: موانع تقدير التعويض عن تفويت فرصة الانتفاع

إن إلزام المدعى عليه بالتعويض عن تفويت فرصة الانتفاع لا بُدَّ أن يستند الى اثبات تحقق مسؤوليتهِ ، فإذا كان الضرر الناتج عن ضياع أو تفويت فرصة الانتفاع يرجع الى سبب أجنبي خارج عن إرادة المدعى عليه ، أو يرجع الى تصرفات مألوفة ومتفقة مع الأنظمة والأحكام القانونية وضمن حدود حُسن النيّة وعدم التعسف في استعمال الحق ، فهنا يتعين على المحكمة أن تُعفي المدعى عليه من المسؤولية ، وبالتالي يُمكن تفصيل موانع تقدير التعويض عن فرصة الانتفاع على النحو الآتي :

اولا:– القوة القاهرة أو الحادث الفجائي: ابتداءً إن المبدأ الثابت والراسخ في القانون هو "لا أحد يستطيع الالتزام بمُستحيل"[29] ، وانطلاقاً من هذا المبدأ قامت التشريعات المدنية بتجسيد نظرية القوة القاهرة كوسيلة قانونيّة تُعفي المدين من تنفيذ التزامه ، أو تعفي المدعى عليه من التعويض عن تفويت فرصة الانتفاع ، وتُعرَّف القوة القاهرة في الفقه الفرنسي بأنَّها كُل حادث ينشأ باستقلالٍ عن إرادة المدين ، ولم يكُن بوسع المدين توقّع حدوثه ولا دفع آثاره ، ويترتب عليه أن يستحيل على المدين الوفاء بالتزامه ، وتُعرَّف أيضاً بأنَّها كُل ظاهرة استثنائية تُؤدّي إلى استحالة تنفيذ الالتزام ولم يكُن المدين يتوقّعها أو يستطيع دفعها [30] ، أما تعريف القوة القاهرة في الفقه العراقي فهي كُل حادث لا يد للمدين فيه ويستحيل عليه دفعه ولم يكن يتوقّع حدوثه ويترتب عليه استحالة تنفيذ المدين لالتزامه[31] ، ويتضح من ذلك بأنَّ اعمال نظرية القوة القاهرة يستلزم تحقق ثلاثة شروط ، أولهما أن يكون الحادث ناشئ عن سبب لا يد للمدين فيه ، وثانيهما أن يكون الحادث غير متوقّع

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

ولا يُمكن دفعه من قبل المدين ، وثالثهما أن يؤدي هذا الحادث إلى جعل تنفيذ الالتزام من قبل المدين أمراً مُستحيلاً ، وأن اثبات المدين لتحقُّق هذه الشروط يُعد قرينة على أنه لم يُقصِّر في تنفيذ التزامه .

ومن الجدير بالذكر أن محكمة النقض الفرنسية قررت في قضية تتلخص وقائعها في أنَّ :((المدعي قام بصنع جهاز للمدعى عليه بناء على عقد بينهما ، ولدى تنفيذ العقد تدهورت الحالة الصحية للمدعى عليه ولم يستطع الذهاب إلى المكان المتفق عليه لتسلُّم الجهاز ، فتم الاتفاق على تحديد موعد آخر لتسليم الجهاز ، إلا أن المدعى لم يلتزم أيضاً بهذا الموعد ولذات السبب ثم توفّي بعد هذا الموعد بأيام قليلة ، فقامَ المدعي بمطالبة الخلف العام للمُتوَفّي بالتعويض إلا أن محكمة النقض اعتبرت مرض المدعى عليه قوة قاهرة تُعفيه من مسؤولية تنفيذ الالتزام وليسَ على خَلَفِهِ العام دفع تعويض للمدعي))[32] ، وبذلك يتضح أن القضاء الفرنسي يعتد بتدهور الحالة الصحية للمدين كقوة قاهرة ، إذا ما توفرت فيها شروط تطبيق القوة القاهرة .

وفي قرار آخر لمحكمة النقض الفرنسية اعتبرت من خلاله : ((أن اثبات المدين لاستحالة تنفيذ التزامه التعاقدي جرّاء تعرض حالته الصحيّة لتدهور مفاجئ لا يُمكن مقاومته يُعد قوة قاهرة تُعفيه من تنفيذ التزامه التعاقدي))[33] ، واعتبرت محكمة استئناف مدينة (Douai) الفرنسية بأنَّ قيام سُلطات مدينة نابولي الايطالية بإلغاء تنفيذ الرحلات الجوية من وإلى مدينة دواي الفرنسية بسبب التزامها بتطبيق اجراءات الحجر الصحي وخوفها من تفشي جائحة كورنا (COVID-19) لا يُعد خطأ عقدي من قبل الناقل الجوي وإنما يُعد قوة قاهرة تعفي المدين من التزامه[34] .

أما موقف المشرع العراقي من نظرية القوة القاهرة وأثرها في تفويت فرصة الانتفاع يتضح من خلال المادة (211) من القانون المدني العراقي ، والتي تنصُّ على أنه :"إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على خلاف ذلك" ، وبالتالي يتضح أن القوة القاهرة تُعد سبباً يُعفي المدعى عليه من مسؤولية التعويض عن تفويت فرصة الانتفاع متى ما توفّرت الشروط القانونيّة لإعمالها.

ثانيا:– خطأ المتضرر: إن تفويت فرصة الانتفاع إذا كان نتيجة لسبب وحيد وهو فعل المتضرر نفسه ، فهنا تُحجب المسؤولية عن المدعى عليه ، فيتحمل المتضرر نتائج فعله الضار ، أما إذا ساهم الفعل الضار من المتضرر في حدوث تفويت فرصة الانتفاع ، فإن تقدير التعويض يتوزع على مسببي تفويت فرصة الانتفاع ، وهذا ما يتضح من خلال نص المادة (211) من القانون المدني العراقي المشار اليها آنفاً.

أما عن موقف الفقه الاسلامي بشأن موانع الحكم بالتعويض عن فوات فرصة الانتفاع ، فإن هذا الفقه يأخذ بقاعدة أن محدث الضرر ضامناً لفعله سواء كان متعدياً أم غير مُتعد[35] ، وأنَّ الاعفاء من التعويض عن الضرر يكون في حالتي الآفة السماوية أو القوة القاهرة التي ليس للمدعى عليه دخل في حدوثها ، وإذا

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

كان الضرر نتيجة لخطأ المتضرر نفسه ، وبالتالي يمكن القول بأنه لا يوجد اختلاف بين موقف الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي بشأن موانع التعويض عن فوات فرصة الانتفاع .

المطلب الثاني: الجهات التقديرية لقيمة فرصة الانتفاع الضائعة

إنَّ التعويض عن ضرر ضياع فرصة الانتفاع , وانَّ التعويض بعَده ضرراً محققاً واجب التعويض بشكل مساوي لقدر الضرر المحقق والذي يتمثل بالذي كان المتضرر يأمله من كسب مرجح وحرم منه بفعل محدث الضرر، ويجد هذا التعويض أساسه وتبريره في وإضاعة ما كان لدى المتضرر من فرصة معقولة، وجدية وحقيقية لتحقيق هذا الكسب المرجح، ولذلك هي تقدر بقدر وقيمة الفرصة التي ضاعت على المتضرر، بعدها الضرر المتحقق الذي أصابه والذي يكفي أساساً للتعويض وعليه سنبحثه هذا المطلب على فرعين:-

الفرع الأول:سلطة القاضي في تقدير قيمة فرصة الانتفاع الضائعة

الفرع الثاني :إثبات تقدير قيمة فرصة الانتفاع الضائعة

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير قيمة فرصة الانتفاع الضائعة

القاعدة في تقدير التعويض عموماً : أنَّ القاضي يبدأ بتحديد الضرر ثم يقوم بتقديره وتقويمه مالياً، أي تحديد المبلغ المقابل له، وعند تطبيق هذه القاعدة على حالة فوات الفرصة، يجد القاضي نفسه أمام طرقتين الأولى: أن ينظر إلى فوات فرصة الكسب على أنها تتضمن قيمة ذاتية خاصة بها مستقلة عن قيمة الكسب الاحتمالي المنشود الذي حرم المتضرر من إمكانية تحقيقه ، فيحدد الضرر المترتب على فوات الفرصة في هذه القيمة .

والثاني : أن يغفل القاضي الفرصة في ذاتها ، وينظر إليها على أنها مجرد وسيلة أو طريقة لتحقيق كسب معين ، ليس لها قيمة خاصة في ذاتها ، وإنما تتحدد قيمتها في الكسب الذي تؤدي إليه، ومن ثم يكون فواتها وضياعها ضياعاً وفقداً لهذا الكسب فيتحدد الضرر ويقدر التعويض بقدر هذا الكسب الذي ضاع وفقد والقاضي لا يستطيع أن يلجأ إلى الطريق الثاني إلا إذا توافر لديه قناعة كبيرة نحو تحقيق فرصة الكسب بحيث لا يكون هذا الكسب محتملاً فقط، بل يكون مرجحاً إلى الحد الذي يصل إلى درجة اليقين، وذلك حتى يجسر على الحكم بالتعويض الكامل، فبعد أن يتيقن القاضي ويتأكد من جدية الفرصة وتحققها بقدر كاف بحيث يترتب على فواتها ضرر محقق، فإنه يحكم بالتعويض عن جميع الاضرار الناجمة عن ضياع فرص الانتفاع وعدم تحققها .

وياخذ على الراي أن الأخذ به يقضي على فكرة وجوهر فوات الفرصة إذ فيها الأمر لا يخرج عن فرضين اثنين:[36] .

الأول: أنْ يعوض القاضي الضرر الاحتمالي المتمثل في الكسب المحتمل الذي كان يأمله المتضرر تعويضاً كاملاً يتمثل في قيمة هذا الكسب الذي حرم منه ، وعندئذ يكون القاضي قد نظر إلى هذا الضرر على أنه ضرر

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0150209

محقق وليس فقط ضرر محتمل، وبالتالي فلن نتواجد أمام أوجه مجرد ضياع أو فوات فرصة بما تتميز به من احتمال الضرر أو رجحانه وليس التيقن منه، بل أمام حالة من حالات التعويض الكامل عن ضرر محقق .

الثاني: ألا يقضي القاضي بتعويض كلية استناداً إلى عدم وجود فرصة جدية أو حقيقية للكسب، بل مجرد كسب نظري، وبالتالي يكون الحرمان منه ضرراً نظرياً أو فرضياً بحثاً لا أساس له من الواقع، وهنا أيضاً تنتفي فكرة فوات الفرصة الانتفاع[37] .

لذلك فإن الرأي السائد فقها [38] . وقضاء[39] .في كل من فرنسا ومصر، والعراقي في نص المادة (١٦٩) مدني عراقي [40] ، يذهب إلى الأخذ بالحل الأول، والذي يرى في فقد الفرصة قيمة ذاتية خاصة في هذه القيمة فقط يتمثل الضرر المحقق الذي لحق المتضرر نتيجة فواتها، ومن ثم يقدر التعويض بقدر قيمتها، فكل فرصة من فرص الكسب تتضمن في ذاتها قدراً من احتمال تحقيق الكسب الذي يمكن أن تؤدي إليه، وبهذا القدر من الاحتمال – أي احتمال تحقيق فرصة الكسب – تتحدد قيمتها، ويتحدد قدر التعويض عن فقدها، فمع هذه الطريقة لا يكون التعويض عن فوات الفرصة إلا جزئياً، إذا لكي يكون التعويض كاملاً يجب أن يكون تحقيق الفرصة للكسب يقيناً وليس فقط محتملاً أو مرجحاً، ومن ثم الحرمان منه يمثل ضرراً محققاً، وهنا نخرج عن نطاق فوات فرصة الانتفاع .

هذا وقد قدر التعويض الجزئي الذي يتقرر في حالة فوات الفرصة يتحدد بنسبة معينة من الكسب الاحتمالي الذي كان يمكن أن تؤدي إليه الفرصة لو لم تفت على المتضرر، فلأن الضرر المحقق الذي لحق بالمتضرر يتمثل في ضياع فرصة الانتفاع ،فإن التعويض يقدر بقدر هذه الفرصة وليس بكل الكسب الذي حرم منه [41] .

والتعويض الجزئي الذي يقتصر على قيمة الفرصة الضائعة لا يمكن تحديده إلا بمقارنة الضرر الاحتمالي المقابل للكسب الاحتمالي الذي كان يأمله المتضرر بالضرر المحقق النسبي الذي وقع نتيجة ضياع فرصة تحقيق الكسب ، فمالك الحصان مثلاً الذي لم يتمكن من اشتراك حصانة في السباق نتيجة تأخر النقل ، يكون قد حرم من فرصة كسب جائزة السباق وهو الضرر المحقق هنا، أما حرمانه من الجائزة ذاتها فيكون بالنسبة له ضرراً احتمالياً حيث لا يوجد ما يؤكد أن الحصان سيفوز في السباق لو كان قد اشترك فيه. لذلك فالتعويض يجب أن يقدر فقط بقيمة الفرصة التي كانت لدى المتضرر في كسب الحصان للسباق ويتم ذلك بمقارنة الحصان بغيره من الخيول الأخرى التي اشتركت في السباق .

وقاضي الموضوع يملك سلطة كبيرة في تقدير وجود الفرصة وقيمة هذه الفرصة، والتي يجب أن تقدر بنسبة محددة من الكسب الاحتمالي، ويمكن من خلال دراسة أحكام القضاء الوصول إلى قاعدتين أساسيتين تحددان مدى سلطة قاضي الموضوع في استخلاص وتقرير وجود الفرصة الانتفاع الضائعة.

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

القاعدة الأولى : لقاضي الموضوع سلطة تقديرية في إثبات وتقرير وجود الفرصة – فرصة الكسب – والتي يترتب على فواتها ثبوت الحق في التعويض. ولا تقتصر سلطة قاضي الموضوع على تقدير وجود فرصة الكسب وضياعها بل تمتد أيضاً إلى تقرير وجود علاقة السببية بين فقد الفرصة؛ وما يترتب على ذلك من ضرر، وهذه السلطة لقاضي الموضوع ما هي إلا تطبيق للقواعد العامة التي تقضي بأن قاضي الموضوع يملك سلطة مطلقة في تقدير وجود الضرر، ولما كان فوات الفرصة مجرد نوع أو تطبيق خاص للضرر فإنه يخضع السلطة القاضي التقديرية.

الفعل المكون للخطأ وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر هو مما تستقل بتقديره محكمة الموضوع[42]

القاعدة الثانية : و للمحكمة بيان صحة الموضوع استخلاصها فيما يتعلق بوجود الفرصة وجديتها ومشروعيتها وفيما إذا كان فواتها يمثل ضرراً يستوجب التعويض أم لا، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية في حكم لها : من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه هو من المسائل التي يخضع قضاء محكمة الموضوع.

الفرع الثاني : اثبات تقدير قيمة فرصة الانتفاع الضائعة

تمتاز المسؤولية المدنية بمكانة خاصة في المحيط القانوني اذ هي محور القانون في كافة نواحيه وشق الرحى الذي يدور عليه الخصوم في المنازعات القضائية وتنقسم بدورها على عقدية وتقصيرية, فالعقدية تنشأ عن الاخلال بالتزام عقدي اما التقصيرية فتنشأ عن الأخلال بالتزام غير عقدي ناتج عن العمل غير المشروع سواء وقع على الاموال او الاشخاص وقد نصت المادة 204 من القانون المدني العراقي على ذلك بقولها ((كل تعد يصيب الغير بأي ضرر يستوجب التعويض)) اما المسؤولية العقدية فقد نصت عليها المادة 2/169 مدني عراقي ((ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد...)) وعلى الرغم من ان اركان المسؤولية المدنية بنوعيها هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما الا اننا سنجعل موضوع البحث ينصب على الضرر والخطأ فقط , فوجوده شرط جوهري لتحقق المسؤولية التقصيرية والعقدية على حد سواء , فالمسؤولية المدنية تدور مع الضرر وجودا وعدما وفي ضوء النتائج التي يستقر عليها يوصف بانه ضرر حال ولا صعوبة في تعويضه من القاضي , الا ان المسألة تذهب الى ابعد من ذلك عندما يكون الضرر مستقبل مثل ضرر الفرصة الضائعة اذ يتراخى في نتائجه ويستمر حدوثه لمدة قد تطول او تقصر حتى بعد النطق بالحكم مما يترتب عليه من صعوبات في تقدير التعويض المقابل له , كما لو كانت اصابة المتضرر تبدو هينة وقت وقوعها ثم تتفاقم عما كانت عليه فتؤدي الى عاهة مستديمة او الى القضاء على حياة المصاب , الامر الذي يدعو الى التساؤل عن كيفية اثبات مقدار التعويض عن هذا الضرر سواء كان ماليا او معنويا او جسديا , واي من طرق التعويض المعروفة اصلح من غيرها لجبره ؟ ثم ما الوقت الذي ينبغي مراعاته عند تقدير التعويض عنه ؟ وهل يمكن إعادة النظر في تقدير

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

التعويض اذا تفاقم الضرر عما كان عليه سابقاً؟ ان الإجابة عن الأسئلة المتقدمة ستكون من خلال بيان الضرر والخطاء وكما يأتي :-

أولا : الضرر في تفويت الفرصة :-

إنّ قواعد المسؤولية المدنية في تطور مستمر مواكبة الحركية الاقتصادية والاجتماعية ويتضح جليا سيرها نحو حماية المتضرر كهدف ، لأنّ الانسان أصبح ضحية التطور الحاصل في كل المجتمع فق لّت خبرته ومعرفته وتعقدت وكثرت مسببات ضرره الجسدي والنفسي والمادي فانتقلت المسؤولية من طابعها الشخصي إلى الموضوعي ولما أصبحت عاجزة في بعض الأحيان عن جبر أضرار الضحية جعل من ظهور التامين عن المسؤولية المدنية أمرا حتميا لحماية الأشخاص من الأضرار التي تسببها الأنشطة الحديثة التي يمارسها الغير وظهرت أنظمة التعويض التلقائي التي تساهم في توفير الحماية والتعويض للمضرور دون عناء إثبات الخطأ، وبطبيعة الحال كان لأنظمه التأمين دور كبير في تغيير مفهوم المسؤولية المدنية بحيث أصبح لا ينظر إليها من جانب تهذيب وإدانة الفاعل عن الضرر، ولكن من زاوية تعويض ضحية عن الضرر وهذا الاتجاه نقل بالمسؤولية عن تعويض الأضرار من الفردية إلى الجماعية أي جماعية التعويض، ولعل فكرة تفويت الفرصة تأثرت بهذا التطور الذي تشهده المسؤولية المدنية ويبقى مستمرا كحتميه علمية وواقعية، ولقد اعتبرت فكرة تفويت الفرصة فيما مضى تعويضا عن ضرر احتمالي لا يستوجب التعويض وكان ظهور هذه الفكرة يرجع إلى القضاء الفرنسي ابتداء من سنة 1889 قررت محكمة النقض الفرنسية أن خطأ وكيل الدعاوي الذي حرم موكله من استئناف حكم صادر ضده يكون ضررا محققا وحالا من شأنه إثارة مسؤولية الوكيل العقدية[43].

إذا كان الحرمان من الفرصة حتى فواتها هو ضرر محقق ولو كانت الافادة منها أمرا محتمل، فإن رفض طلب التعويض على سند أن هذا الضرر احتماليا ي ك و ن خطأ في تطبيق القانون" إذ ويعد تعويض الفرصة بحد ذاته ضرراً محققاً، يتطلب التعويض عنه والمسالة القانونية التي تثيرها فكرة تفويت الفرصة هي طبيعة الضرر المعوض عنه والتصور القانوني لهذه الحماية خاصة مع اعتراف القانون في العصر الحديث بحق الشخص في الحماية وفي كل ما يرغب فيه، لدرجة أن اعترف له بحقه في القتل الرحيم [44].

إما توفيت الفرصة بالفقه ، مفهوم "تفويت الفرصة" اذ تشير الفرصة إلى العملية أو السبل التي إن تحقيق شروط غير محددة ومحددة مسبقًا ضروري لإمكانية حدوث فرصة ما. إن إمكانية التحقيق، أو إمكانية تحقيق الربح، هو المقصود بالفرصة. أو احتمال الشفاء من المرض، وضياع الفرصة يقصد به منع الإنسان من الوصول إلى النتيجة المرجوة التي تحقق له السعادة، والتي تتمثل في إنجاز مهمة ما أو دفع مبلغ ما. وفقا للفقه الإسلامي، فإن تفويت الفرصة يعني تفويت المنفعة، وهناك شرطان أساسيان لتفويت الفرصة. وجود منفعة تثبت وجودها وتحقق تلك المنفعة التي أصابها الضرر، والتعويض في مجال المسؤولية المدنية يراد به جبر الضرر بما لحق الدائن من خسارة أو بما فاته من كسب وهذا ما نصت عليه المادة 182 من القانون المدني ولكن المشكل المثار في

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

هذا التعويض أنّه ينقسم إلى شقين وهنا تكون صعوبة تقدير التعويض في مسالة التفويت الفرصة، أما الشق الأول فيتعلق بالفرصة التي ضاعت على المدعي والتي تمثل كسبا غير مؤكد الحصول فهي ضرر احتمالي غير محقق الوقوع، والقواعد العامة تشترط في الضرر أن يكون محققا لا احتماليا، وأمّ ا الشق الثاني يتعلق بإمكانية واحتمال تحقيق هذه الفرصة أي هذا الكسب الاحتمالي والذي ضيّع بفعل المدعي عليه وتضييع الفرصة يجعل تحقيق الكسب مستحيل بعد أن كان ممكنا ومحتمل بوجود الفرصة، ففقد هذا الاحتمال في ذاته ضرر محقق، فيتعين التفريق بين نتيجة الفرصة وبين تفويت الفرصة، فنتيجة الفرصة هو أمر احتمالي غير محقق ولا يجب الضمان عنه أما تفويت الفرصة فهو أمر محقق واجب التعويض.

ثانياً : الخطأ في تفويت الفرصة:-

إنَّ الخطأ في المسؤولية عن تفويت الفرصة يتخذ الدرجات المعتادة في المسؤولية المدنية فيكون كالتالي:

1 – يكون خطأ عمدي بإخلال بواجب قانوني مقترن بقصد الاضرار بغير، فيكون تعدياً بقصد أنْ يحقق الضرر، مثل من يوخز أو يجرح حصان السباق؛ لكي يضيع فرصة الكسب على المتسابق وهذا جرم.

2 – والخطأ بإهمال هو التعدي دون قصد الاضرار بالغير فالشخص مدرك لما قام ولم يقصد بالضرر؛ لكن لم يتخذ الحيطة اللزمة لتفادي الاضرار بالغير كمسؤولية المحامي أو الطبيب. ولا يوجد تمييز الخطأ الجسيم والخطأ اليسير، [45]. لا نتعرض في هذا الموضع إلى تعريف الخطأ وعناصره لان هذا ليس موضعه، وسواء كان الخطأ جسيما أو يسيرا فانه يرتب المسؤولية عن الاضرار التي تترتب عن تفويت الفرصة كما يرتبها في غيرها من الاضرار ، أنّ أهم تطبيق للخطأ في تفويت الفرصة هو المسؤولية المهنية , مسؤولية الطبيب، مسؤولية المحامي، مسؤولية الخبراء... ، فالخطأ كأساس للمسؤولية المدنية يدعم الاخلاق الاجتماعية، والمسؤولية عن تفويت الفرصة أساسها الخطأ واجب الاثبات وأهمية ركن الخطأ في تفويت الفرصة تكمن خاصة في إقامة علاقة السببية بين الخطأ وتفويت الفرصة [46] .

الخاتمة

أولا: الاستنتاجات

. 1- تبين من خلال البحث عدم وجود تعريف متفق عليه لضياع فرصة الانتفاع من الفقه القانوني والقضاء بسبب الطبيعة القانونية للضرر في تفويت الفرصة .

2. تبين لنا من خلال ثنايا البحث أن الضرر في تفويت فرصة الانتفاع يتكون من عنصرين أحدهما وجود ضرر فعلي وحقيقي والاخر هو التفويت المؤكد لفرصة الانتفاع، ولأجل أستحقاق المتضرر التعويض يشترط توافر فرصة جدية وأثبات المتضرر وقوع الضرر عليه من خلال اثبات العلاقة السببية بين الضرر والفعل الضار.

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

3. تبين من خلال اراء الفقه الإسلامي أن الفرصة مصلحة مشروعة وأمر تفويتها يشكل مفسدة يجب درؤها بتعويض المتضرر وجبر الضرر الواقع عليه والتعويض يقدره القاضي وفقا لما يراه محققاً للعدالة ويأخذ بالاعتبار العلاقة بين الضرر والفعل الضار.

4- تبين أن أقتصار القاضي عند تقديره الضرر الذي لحق بالمتضرر على ما لحقه من خسارة فقط دون ما فات المتضرر من ربح أو منفعة باعتباره عنصر من عناصر الضرر المباشر، فهنا يعد القاضي مخالفاُ للقانون ومخطئ في تطبيقه

ثانياً: المقترحات

1. نقترح على المشرع العراقي الإشارة الصريحة وضمن نصوص القانون المدني العراقي ضرر تفويت الفرصة سواء كان ضمن المسؤولية العقدية أو التقصيرية
2. نقترح على المشرع العراقي إضافة فقرة الى نص المادة (207) هو إمكانية التعويض حتى وان كان الفعل مشروع انتج عنه خطأ الى الغير
3. نقترح على المشرع العراقي بيان أنواع التعويض عن ضياع الفرصة الضائعة على سبيل المثال وليس الحصر
4. حث القضاء على الأخذ بالمفهوم الواسع في التعويض عن ضياع الفرصة بعد ان تتحقق شروطها من تحقق الضرر وتفويت الفرصة المؤكدة مع التحقق من العلاقة السببية المباشرة بينهم .

المصادر والمراجع:

1 - نويل ليسور ، تفويت الفرص غازيت القضاء ، 1963-2 قسم الفقه : ص 38
2 - ناصر بن محمد الجوفان ، التعويض عن تفويت منفعة وفق الفقه الإسلامي ، مدونة القوانين الوضعية – بحوث و مقالات في العلوم الاقتصادية و القانونية ، ص 2.
3 - عدنان إبراهيم سرحان و نوري احمد خاطر ، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات ، دار الثقافة للطباعة و النشر ، عمان الاردن ، ص 421
4 - القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل و النافذ.
5 - راجع بذلك قرار محكمة التمييز الصادر عن الهيئة العادية رقم2004/3358فصل2005/3/30.
6 التعويض عن الفرصة الفائتة بحث منشور على الموق التالي, https://jordan-lawyer.com , تاريخ الزيارة 2023,11,19, الوقت7:55 مساءً.
7 أبو الليل , ابراهيم الدسوقي, تعويض تفويت الفرصة القسم الاول, مجلة الحقوق الكويت, مجلد 10,العدد 3, 2013,ص88.
8 ابو الليل ابراهيم الدسوقي , تفويت الفرصة, مصدر سابق, ص96
9 نقلا عن حمزة محمود جلال, العمل غير المشروع بأعتباره مصدرا للالتزام,ط1, دمشق 1985, ص103.
10 - ابو الليل ابراهيم الدسوقي , تفويت الفرصة, مصدر سابق, ص104.
11 ابراهيم المشاهدي , القضاء المدني والتجاري , ج3 , أربد , عالم الكتب الحديثة , 2009 , ص 329 .
12 د . حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية الضرر , دار وائل للنشر والتوزيع ، ط 1 ، عمان - الأردن ، 2006 ، ص 320 .
13 د . عمر الفقي ، الموسوعة القانونية في المسؤولية المدنية دعوى التعويض ، ط 1 ، 2002 ، ص 130 .
14 إبراهيم أحمد ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، ط 1 ، القاهرة – مصر ، 1999 م ، ص270.
15 أحمد ياسر مسك، التعويض عن تفويت الفرصة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط ، 2015 ، ص50 .

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0150209

16 د . إبراهيم الدسوقي أبو الليل , المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق , دار النهضة العربية , القاهرة – مصر , بلا سنة طبع , ص 124 .
17 د . وليد خالد عطية , مصدر سابق , ص 36 ؛ ينظر أيضاً : د . إبراهيم الدسوقي أبو الليل , مصدر سابق نفسه.
18خالد محمد الزومان , التعويض عن الأسهم المتداولة في السوق المالية , ص 7 , جامعة الملك سعود , بحث منشور على الموقع الالكتروني : http//: sa.edu.ksu.faculty
؛ ينظر أيضاً : د . حسن علي الذنون , مصدر سابق , ص 211 .
19 د . منذر الفضل , مصدر سابق , ص 382 ؛ ينظر : د . مصطفى مرعي , المسؤولية المدنية في القانون المصري , ط2 , مكتبة عبدالله وهبة , مصر , 1944 م , ص 106 .
20 د . نائل علي المساعدة , مصدر سابق , ص 400 ؛ ينظر : د . إبراهيم الدسوقي , مصدر سابق , ص 125
21 قرار محكمة النقض الفرنسي , الغرفة المدنية الأولى , 21 – تشرين ثاني – نوفمبر , 2006 م , النشرة المدنية 1 , رقم 498 , مدونة القانون المدني الفرنسي , ص 1357 .
22 قرار نقض جنائي فرنسي , 9 تشرين أول – أكتوبر , 1975 م , ص 1357 .
23 د . محمد حسين عبد الظاهر , المسؤولية التقصيرية , دار النهضة العربية , مصر , 2004 م , ص 416 ؛ ينظر : قرار نقض مدني فرنسي , 9 تشرين ثاني – نوفمبر , 2004 م , النشرة المدنية 1 , رقم 257 .
24 قاعدة التشريعات المصرية حكم نشر على الموقع الاكتروني الاتي https://www.mohamah.net/law . تاريخ الزيارة : 2023/12/1.
25 - عبد العزيز اللصاصمة , المسؤولية المدنية التقصيرية , الطبعة الأولى، القاهرة، 2002.,, ص147.
26 - راجع طارق نبيل وآخرون. المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. مجلة نقابة المحامين الأردنيين. الجزء 1، مطبعة التوفيق، عمان، ص295-296 .
27 - يوسف محمد , مصادر الإلتزام في القانون المدني , ط1 , دار الميسرة , عمان , 2009 , صفحة 346 .
28 - أبو الليل إبراهيم الدسوقي , تعويض تفويض الفرصة , مجلة الحقوق , مجلد رقم 10 , عدد 3 , الكويت , 2013 ص 160.
29 P.-H. Antonmattei, Contribution à l'étude de la force majeure, L.G.D.J, Thèses, Paris 1992, p.56.
30 S. Porchy-Simon, Droit civil 2éme année, les obligations, 10 édition, Dalloz, Paris, 2018, p.262
31 يُنظر : د. جواد سميسم و د. أحمد سلمان السعداوي ، مصادر الالتزام ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان، 2017 ، ص217.
32 Cass. ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168.
33 Cass. civ.1ere, Ch., 25 November, n° 2020 , 19-21.060.
34 CA Douai du 4 mars 2020, n° 20-00395.
35 أحمد نعمة العادلي ، وسائل دفع المسؤولية المدنية في القانون الخاص ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق في جامعة النهرين ، 2008 ، ص194.
36 د. حسين النوري ،نظرية الالتزام، مطبعة عين شمس ، مصر , سنة ١٩٦٠م ، ص١٢.
37 د ابراهيم الدسوقي ابو الليل ،تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، دارسة تحليلي تاصيلية لتقرير الضرر، الكويت، ١٩٩٥م.
38 د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة ،دار النهضة العربية 1987،ص٨٤ . د. سليمان مرقس ،المسؤولية المدنية في تقنيات الدول العربية، القسم الأول الأحكام العامة، مطبعة معهد البحوث والدراسات العربية، سنة ١٩٧١،ص١٣٩،د/حسين النوري، مصدر سابق، ص١٢.
39 انظر أحكام القضاء النقض المصرية ،دحسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر غير الإرادية، دار النشر،ص٤٠
40 المادة ١٦٩ من القانون المدني العراقي النافذ.
1 – اذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد او بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدره.

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0150209

2 – ويكون التعويض عن كل التزام ينشا عن العقد سواء كان التزاما بنقل ملكية او منفعة او اي حق عيني اخر او التزاما بعمل او بامتناع عن عمل ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه او بسبب التاخر في استيفائه بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام او لتاخره عن الوفاء به.

3 – فاذا كان المدين لم يرتكب غشا او خطا جسيما فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعا عادة وقت التعاقد من خسارة تحل او كسب يفوت.

41 د.عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزامات، ج١, بيروت , لبنان , بلا سنة نشر ، ص٦١.

42 د.عبد الرزاق السنهوري.،مصدر سابق ص ١٣٢.

43 ـ الحسين شمس الدين، تفويت الفرصة في المسؤولية المدنية ، رسالة الدكتوراه، ط1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، سنة 2009 ، ص 58.

44 ـ مصطفى راتب حسن علي، القانون الامريكي والايطالي والسويسري والدنّاركي والنمساوي، ارباح الانسان في الموت الرحيم في المؤسسات الخاصة، ص3.

45ـ الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الاوقاف والشؤون الدينية ، ط2، دار السلاسل ، الكويت ، ص106.

46 ـ الدسوقي ، تعويض توفيت الفرصة ، ص151.

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0