تعـــــويض تفـــــويت الفـــرصـــة

القســـم الـــثـــانـي

الدكتور ابراهيم الدسوقي أبو الليل
كلية الحقوق - جامعة الكويت

تناولنا في العدد السابق الفصل الأول من دراستنا لموضوع «تعويض تفويت الفرصة» حيث تعرضنا فيه لبحث «الضرر في تفويت الفرصة»، وفي العدد الحالي نستوفي دراستنا بالتعرض للفصل الثاني والأخير منها والذي خصصناه لدراسة شروط ومدى التعويض(*).

الفصل الثاني
شروط ومدى التعويض

تمهيـــد:

٣٢ - إذا وجدت فرصة للكسب بالمعنى والشروط السابق تحديدها، فإن الحرمان منها، أي تفويتها يستوجب التعويض عنها باعتبارها ضرراً محققاً أصاب المضرور. لذلك فإن التعويض الذي يستحقه المضرور يقدر بقدر هذا الضرر المحقق، أي بقيمة الفرصة التي ضاعت عليه، وليس بقدر الضرر الاحتمالي المتمثل في الكسب الذي كان يأمله المضرور، ولكنه أصبح مستحيلاً نتيجة فوات فرصة تحقيقه.

(*) نلفت نظر القارىء إلى أن تقسيم البحث على عددين يرجع إلى الاعتبارات الفنية التي تحكم اخراج المجلة وتحديد حيز معين لكل بحث في العدد الواحد.

بيد أن مبدأ التعويض عن فوات الفرصة لم يتقرر تلقائياً، ولم يتقبله القضاء بسهولة بل مر القضاء في سبيل تقريره بعدة مراحل. كما أن تقدير قيمة الفرصة الفائتة والتي يقدر على أساسها التعويض مازال يصادف صعوبات أمام القضاء.

لذلك يتعين علينا لدراسة التعويض عن فوات الفرصة البدء بالتعرض لمبدأ التعويض ذاته من حيث تقرير القضاء له وشروطه، ثم بيان مدى هذا التعويض، وسنجعل لكل من هذين الموضوعين مبحثاً خاصاً. وذلك على الوجه الآتي:

المبحث الأول: مبدأ التعويض عن تفويت الفرصة وشروطه.

المبحث الثاني: مدى التعويض عن تفويت الفرصة.

المبحث الأول
مبدأ التعويض عن تفويت الفرصة وشروطه

تمهيـــد:

٣٣ ـ يتعرض هذا المبحث لموضوعين أساسيين، الأول مبدأ التعويض عن تفويت الفرصة من حيث اقراره من القضاء، الثاني الشروط الخاصة التي يتعين توافرها لهذا التعويض. ونتناول فيما يأتي كل من هذين الموضوعين تباعاً جاعلين لكل منهما مطلباً خاصاً.

المطلب الأول
مبدأ التعويض عن تفويت الفرصة

٣٤ ـ الصعوبة الأساسية في تقرير الحق في التعويض عن تفويت فرصة الكسب تكمن أساساً في أن الضرر «الأصلي» أو الاحتمالي حسب ما أسميناه لا يكون محققاً أو مؤكد الحدوث، بل ضرراً احتمالياً. ففي حالة الحرمان من

فوز الحصان بجائزة السباق، نتيجة خطأ قائده أو خطأ الناقل، وفي حالة حرمان المصابة من فرصة تعيينها كمضيفة جوية بسبب تعرضها لحادث أصابها بالعجز نتيجة بتر ساقها. وفي حالة حرمان المدعي بالحق المتنازع عليه من فرصة كسبه أمام القضاء بسبب اهمال المحامي في الدفاع عن حقوق موكله وتسببه في انقضاء مدة الاستئناف. . . في كل هذه الحالات وغيرها من حالات وتطبيقات فوات الفرصة، لا يوجد ما يؤكد أن الفرصة كانت ستؤدي إلى الكسب لو تم اغتنامها، ففي الواقع لا يوجد ما يؤكد أن الحصان كان سيفوز حتماً بالسباق لو اشترك فيه أو لو لم يكن «الجوكي» قد قصر في تعضيده له، ولا يوجد ما يؤكد أن المصابة كانت ستعين حتماً في وظيفة مضيفة جوية لو لم تتعرض للحادث الذي أفقدها ساقها. كذلك لا يوجد ما يؤكد أن المحامي كان سيكسب دعوى موكله لو كان قد استأنف حكم محكمة أول درجة. وفي حالة اغفال الطبيب أو اهماله في علاج مريضه لا يوجد معه ما يؤكد أنه لو لم يصدر منه ذلك الاهمال كان المريض سيشفى حتماً.

ففي هذه الحالات، وبصفة عامة في جميع حالات فوات الفرصة لا يوجد ما يؤكد أنه لولا ضياع فرصة الكسب كان المضرور سيكسب ويغنم بالحتم ما فاته من كسب. فلأن الكسب ذاته الذي كان يصبو إليه المضرور يكون احتمالياً بحتاً، فإن الضرر الذي يستند إليه في حالة فوات هذا الكسب يكون ضرراً احتمالياً أو فرضياً قد يتحقق وقد لا يتحقق. ومع هذا الاحتمال الذي ينعدم معه التحقق واليقين، الشرط الأساسي لتعويض الضرر، لا يمكن تعويض المضرور، بالاستناد إليه فقط، فلا يمكن القول هنا أن المتسبب قد أحدث هذا الضرر جميعه[١١٠].

استناداً إلى هذه النظرة الضيقة لفوات الفرصة، والتي تقتصر على الاعتماد والارتكاز على الضرر الذي كان يأمله المضرور وحرم منه نتيجة فوات

(١١٠) راجع في هذا المعنى سافاتييه، الأسبوع القانوني ١٩٦٦ ـ ٢ ـ ١٤٧٥٣، داللوز ١٩٧٠ ـ ١٢٣، وانظر ديموج، جـ٤ رقم ٣٨٧.

فرصته وكونه ضرراً احتمالياً بحتاً كان القضاء في البداية وخلال حقبة طويلة من الزمن معادياً لمبدأ تعويض فوات الفرصة، فالضرر الذي ينظر إليه القضاء ويتأسس عليه للحكم بالتعويض ضرر احتمالي، وهذا لا يكفي للتعويض.

وبالاعتداد بوجهة النظر هذه نجد القضاء الفرنسي القديم غزيراً بالاأحكام التي رفضت المطالبة بالتعويض عن فوات الفرصة، بصفة خاصة بالنسبة لسباقات الخيل[١١١]، وبالنسبة للخطيبة التي تعذر عليها الزواج بسبب الحادث المميت الذي تعرض له خطيبها[١١٢].

٣٥ ـ بيد أن هذه النظرة الضيقة لفوات الفرصة، والتي تقتصر على الاعتداد بالصفة الاحتمالية غير المؤكدة للضرر الذي حرِم المضرور من فرصة تحقيقه، نظرة منتقدة، فإذا كان لا يوجد ما يؤكد أن الحصان سيفوز بجائزة السباق، فلا يوجد أيضاً ما يؤكد عكس ذلك، أي ما يؤكد أنه لن يفوز، وإذا كان لا يوجد ما يؤكد كسب الحق أو الدعوى لو تم الاستئناف في موعده، فلا يوجد أيضاً ما يؤكد خسرانها، وهكذا... احتمال الكسب موجود وفرصته متحققة، فليس دائماً ما يستند إليه المضرور مجرد أماني وأحلام وخيال، بل قد يكون واقعياً وحقيقياً، وهذا ما يحدث في الكثير من الحالات. لذلك فإن ما يترتب على الصفة الاحتمالية للضرر النهائي في فوات الفرصة، أي الكسب الذي كان ينتظره المضرور وحرم منه، هو عدم جعل قدر التحقق واليقين في هذا الضرر كاملاً، بل يضعفه ويقلل منه دون أن يقضي عليه كلية، وإلا لما

---

(١١١) انظر على سبيل المثال، بالنسبة لعدم اشتراك الحصان في السباق نتيجة خطأ الغير، ليموج ٢٤ مارس ١٨٩٦، داللوز ١٨٩٨ ـ ٢ ـ ٢٥٩، وبالنسبة لقتل الحصان أثناء السباق، روان ٨ أغسطس ١٩٠٣، داللوز ١٩٠٤ ـ ٢ ـ ١٧٥، السين التجارية ٣ يوليو ١٩١٣ جازيت باليه ١٩١٣ ـ ٣٢ ـ وقد قررت هذه الأحكام صراحة رفضها التعويض استناداً إلى عدم التأكد من فوز الحصان بالسباق، أي استناداً إلى احتمالية الضرر وعدم التيقن منه.

(١١٢) باريس ٢٤ مايو ١٩٣٨، جازيت باليه ١٩٣٨ ـ ٢ ـ ٤٦٨ وقارن روان ٩ يوليو ١٩٥٢، داللوز ١٩١٣ ـ ١٣.

وجدت الفرصة لدى المضرور بمعناها السابق تحديده والتي تتضمن بالضرورة قدراً كافياً من احتمال تحقق الكسب إلى درجة أن تجعل منه أمراً مرجحاً.

في هذا القدر من التحقق يتحدد الضرر الحقيقي الذي لحق المضرور، والذي يتمثل في مدى وقدر الفرصة التي كان يملكها في تحقيق الكسب. فهذه الفرصة من الكسب لها ولاشك قيمة، وقيمة موضوعية تقدر بقدر ما تتضمنه من امكانية لتحقيق الكسب، أي يقدر ما يتهيأ لها من نصيب في الواقع[١١٣].

مع هذا التفكير الثاني، الذي يمنح للفرصة في ذاتها قيمة ذاتية خاصة، إذا كان من المتعذر قانوناً اسناد الضرر الاحتمالي أو النهائي كله إلى المدعى عليه الذي تسبب في حرمان المضرور منه لعدم وجود علاقة سببية أكيدة ومباشرة بين هذا الضرر وفعل المدعى عليه، فإنه يمكن القول بوجود علاقة سببية مؤكدة ومحققة بين المدعى عليه وضرر آخر جزئي أو نسبي يتمثل في فقد فرصة الحصول على هذا الكسب، أي يتمثل في القيمة الذاتية لفرصة الكسب التي كان يملكها المدعى وأضاعها عليه المدعى عليه.

فطالما كان لدى المضرور امكانية كافية أو معقولة لتحقيق كسب معين، أي وجدت له فرصة لهذا الكسب، وكانت هذه الفرصة حقيقية وجدية، فإن الحرمان منها يمثل ضرراً محققاً يتمثل في قيمة وأهمية هذه الفرصة، ومدى امكان

---

(١١٣) وإذا استبعدنا مؤقتاً القيمة الحقيقية لفرصة الكسب والتي تحدد بقدر ما تتضمنه من إمكانية لتحقيق الكسب الاحتمالي والتي تحدد بناء على ذلك بالاستناد إلى قيمة الكسب الاحتمالي في ذاته ومدى احتمال تحقيق الفرصة له، فإن لفوات الفرصة قيمة أخرى غير محل للشك، فمثلاً في حالة حرمان الحصان من السباق، فإن ذلك الحرمان، أي فوات فرصة السباق تتضمن في ذاتها وبصرف النظر عن قيمتها بالنسبة لحالة السباق، قيمة ذاتية خاصة، تتمثل كحد أدنى فيما تكبده مالك الحصان نحو اعداده للحصان ونقله إلى مضمار السباق، تتمثل كذلك في مجرد الاشتراك في السباق حتى ولو لم يكن هناك أمل في الفوز. باعتبار أن ذلك الاشتراك يمثل لدى صاحب الحصان قيمة وكسب أدبي، إضافة إلى أنه يكسب الحصان فائدة خوض تجربة السباقات والتعود عليها والتدريب على ظروفها لاكتساب الخبرات.

تحقيقها للكسب فإذا كانت فرصة الحصان في كسب السباق تقدر بنسبة ٨٠ ٪ مثلاً، وهذا ما يمكن الوصول إليه بمقارنة الحصان بغيره من الخيول الأخرى المشاركة في السباق، فإن حرمان هذا الحصان من السباق يمثل ضرراً محققاً وهو حرمانه من كسب السباق بنسبة ٨٠ ٪[١١٤].

وهكذا، يمكن تقييم وتقدير فرص الكسب الضائعة وحساب قيمة كل منها استناداً إلى ما تتضمنه من احتمال تحقيقها للكسب المأمول. وطالما أمكننا تحديد قيمة للفرصة في ذاتها، التي محرم منها المضرور، فإن حرمانه من هذه القيمة ـ أي الفرصة ـ يعد في ذاته ضرراً، وضرراً محققاً، ومن ثم يستوجب التعويض.

وهذا ما توصل إليه القضاء بالفعل، حيث اعترف للفرصة في ذاتها بقيمة موضوعية يستوجب الحرمان منها التعويض.

وكان أول تطبيق لهذه الفكرة ـ أي التعويض عن مجرد فوات الفرصة ـ في ذلك المجال الذي يستطيع القضاء بسهولة تقدير ما إذا كان المضرور يملك بالفعل فرصة حقيقية وجدية للكسب أم لا يملك، وتقدير وتقييم هذه الفرصة. ونقصد بذلك مجال الحقوق المتنازع عليها أمام القضاء.

فقد قبلت دائرة العرائض لمحكمة النقض الفرنسية، منذ عام ١٨٨٩[١١٥]، والدائرة المدنية لنفس المحكمة منذ عام ١٩١١[١١٦]، إن الحرمان من إقامة دعوى أمام القضاء نتيجة خطأ المحامي يكون ضرراً حالاً ومحققاً

---

(١١٤) لاشك أن هذه الطريقة تتضمن قدراً من التحكم وبعداً عن الواقع، لأن فرص الفوز بالسباق إذا كان مقرراً له جائزة واحدة فقط، لن تخرج عن أحد احتمالين: إما الفوز بالسباق وهنا تكون الفرصة التي يملكها الحصان كاملة أي بنسبة ١٠٠ ٪ وأما خسارة السباق وهنا تقدر الفرصة بصفر في المائة أي تنعدم كلية.

(١١٥) عرائض ١٧ يوليو ١٨٨٩، سيرى ١٨٩١ ـ ١ ـ ٣٩٩.

(١١٦) مدني ٢٧ مارس ١٩١١، داللوز ١٩١٤ ـ ١ ـ ٢٢٥ تعليق لالو.

يستوجب المسؤولية التعاقدية لهذا المحامي والزامه بالتعويض[١١٧].

ثم امتد هذا القضاء ليشمل كافة حالات فوات الفرصة الأخرى، طالما تحققت شروطها. فاعترفت محكمة النقض الفرنسية بفوات الفرصة في سباقات الخيل[١١٨]، وفي مجال الترقي والوظيفة، والمجال الطبي... وغير ذلك من المجالات والتطبيقات التي تعرضنا لها سلفاً[١١٩].

٣٦ ـ وقد لاقى هذا القضاء الذي يعوض فوات الفرصة في ذاته ترحيباً قوياً من الفقه[١٢٠]. كما اعتنقه المشرع ونظمه بنصوص تشريعية في بعض الدول من ذلك المادة ١٦١ من القانون البولوني الصادر عام ١٩٣٩، والمادة ٨٢ من القانون المدني الألماني.

ويأخذ القضاء المصري بتعويض تفويت الفرصة، وفي ذلك تقرر محكمة النقض المصرية إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً أو مجرد أمل فإن تفويتها أمر

---

(١١٧) راجع الأحكام العديدة التي أشار إليها جاك بورية في مقاله بالأسبوع القانوني ١٩٧١ ـ ١٢٦٢٠ رقم ٣.

(١١٨) انظر بصفة خاصة ٢ مدني فرنسي ١٩٧٢ ـ قضاء ٥٩٦ تعليق لوتورنو ـ المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٧٢ ـ ٧٨٣ ملاحظات ديرى الأسبوع القانون ١٩٧٢ ـ ٢ ـ ١٦٩٩٠، ١٧٦٤١.

(١١٩) وعلى العكس مما ذهب إليه القضاء العادي، قرر مجلس الدولة الفرنسي منذ عام ١٩٢٨، أن فقد الموظف لفرصة الترقية الذي له أن يعتمد عليها قانوناً يكون ضرراً مؤكداً، كما قررت المحكمة الإدارية العليا أيضاً أن الاجراء غير القانوني الذي استبعد شركة لمدة ثلاثة سنوات من الاشتراك في المزايدات في الأسواق العامة يكون قد ألحق بها ضرراً مؤكداً يتمثل في منعها من فرصة دخول هذه الأسواق.
راجع حكم ٥ ابريل ١٩٥٧ مجموعة ليبون ص ٢٤٤.

(١٢٠) مازو، المسئولية المدنية ط ٦ جـ١ رقم ٢١٩ ص ٢٧٣ وبعدها، لالو، المسؤلية المدنية رقم ١٤٦، روديير المسئولية المدنية رقم ١٥٩٩، مارتي ورينو جـ ٢ رقم ٣٧٧ مكرر، ستارك، الالتزامات رقم ١٠٥، سافاتييه، المسئولية المدنية جـ٢ رقم ٤٦٠، ٥٢٣ نويل ليسورد جازيت باليه ١٩٦٣ ـ ٤٩.

محقق[١٢١] «وأن» القانون لا يمنع من أن يحسب في الكسب الفائت الذي هو عنصر من عناصر التعويض ما كان المضرور يأمل الحصول عليه، مادام هذا الأمل له أسباب معقولة[١٢٢].

كذلك يأخذ القضاء الكويتي بالتعويض عن فوات الفرصة، ففي دعوى بالتعويض عن عناصر الضرر المترتبة على الإصابة التي أقعدت مهندس شاب عن العمل، ادعى المضرور أن أمله كمهندس في تحسين مركزه قد ضاع، كما ضاعت عليه فرص النجاح تبعاً لطبيعة مهنته، وتحطم مستقبله على صخرة العجز الذي أصابه.

وقد عوضت محكمة الاستئناف العليا المضرور عن ضياع الفرصة ضمن عناصر الضرر الأخرى، وإن لم تحدد لذلك مبلغاً مستقلاً، بل أدرجته ضمن عناصر الضرر الأخرى لتحكم بمبلغ شامل[١٢٣] لكل عناصر الضرر.

وهكذا، أصبح مبدأ تعويض فوات الفرصة مسلماً به ومستقراً في مختلف الأنظمة القانونية. بل وقد ظهر حديثاً تطوراً هاماً في مجال ونطاق تطبيق هذا المبدأ، حيث قبله القضاء في المجال الطبي، وأجاز بناء عليه الحكم بالتعويض عن ضياع فرصة الشفاء أو البقاء على الحياة، سواء تسبب في الحرمان من الفرصة الطبيب المعالج أو الجراح أو المساعدون والمعاونون الطبيون، بل وحتى إدارة المستشفى. ورغم انتقاد بعض الفقهاء لهذا التوسع، استناداً إلى عدم توافر علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر في هذه الحالات، إلا أن محكمة النقض الفرنسية لم تقبل هذا الانتقاد، على ما سبق أن وضحنا[١٢٤].

---

(١٢١) نقض مدني مصري ١٣ نوفمبر ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض س ٩ ص ٦٨٤ رقم ٨٨.

(١٢٢) نقض مدني مصري أول ابريل ١٩٤٣، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، جـ٢ ص ٢٩٠ رقم ١٢٦.

(١٢٣) محكمة الاستئناف العليا، الدائرة التجارية الثالثة بتاريخ ٢٠ / ١ / ١٩٨١، حكم غير منشور.

(١٢٤) انظر ١ مدني فرنسي ١٤ ديسمبر ١٩٦٥، الأسبوع القانوني ١٩٦٦ ـ ٢ ـ ١٤٧٥٣، ١٨ مارس ١٩٦٩، ٢٧ يناير ١٩٧٠ الأسبوع القانوني ١٩٧٠ ـ ٢ ـ ٦٤٢٢. وراجع ما سبق.

المطلب الثاني
شروط التعويض عن فوات الفرصة

٣٧ ـ بعد أن وضحنا تقرير واستقرار مبدأ تعويض الضرر المترتب على ضياع الفرصة ، لنا أن نتساءل عن شروط هذا التعويض وما إذا كان يكتفي بالشروط العامة في التعويض والمسئولية أم أنه يتضمن خروجا على هذه القواعد ويتطلب شروطا خاصة .

والواقع أن التعويض عن فوات الفرصة مجرد تطبيق للقواعد العامة في المسئولية المدنية وتعويض الضرر . لذلك يتعين توافر شروط ثلاثة لكى يقوم الحق في التعويض عن الضرر المترتب على تفويت الفرصة وهي : الخطأ أو الفعل الموجب للمسئولة ، ثم الضرر، وأخيرا علاقة السببية بين الخطأ والضرر .

أما وقد سبق أن تعرضنا للضرر المحقق الواجب التعويض في تفويت الفرصة، فلا يتبقى لنا سوى شرطى الخطأ أو الفعل الموجب للمسؤلية، وعلاقة السببية، ولن نتعرض هنا ايضا لعلاقة السببية لانها ستكون محل دراستنا في المبحث الثاني من هذا الفصل، لذلك نقتصر هنا على التعرض للفعل الموجب للمسئولية والتعويض عن فوات الفرصة، بصفة خاصة تحديد ما اذا كان يشترط في هذا الفعل أن يكون خاطئا، أم أن الخطأ ليس بضروري للتعويض عن فوات الفرصة .

٣٨ ـ والواقع أن نظرية فوات الفرصة ولكونها مجرد تطبيق للقواعد العامة في المسئولية، ليس لها تطلب خاص بالنسبة للفعل الموجب لها، فليس في هذا المجال أثير وظهر أصل هذه النظرية، وإنما في مجال الضرر المترتب عليها ومدى اعتباره ضررا محققا، لذلك فأن كل فعل ضار يستوجب قيام مسئولية مرتكبة يكفي لتعويض الضرر المترتب على فوات الفرصة، بصرف النظر عما إذا كان هذا الفعل خاطئا أم غير خاطىء .

فهذه النظرية يمكن أن تتواجد لتطبيق في نطاق المسئولية الموضوعية على حارس الاشياء التي تحتاج حراستها لعناية خاصة، والتي لا تحتاج لقيامها إلى فكرة الخطأ، كأن يحرم المضرور نتيجة اصابته في حادث سيارة من فرصة الترقى[١٢٥]، فالتعويض عن فوات هذه الفرصة لا يستوجب اثبات خطأ حارس السيارة، بل يكفي إثبات قيام مسئولية حارسها التي لا تحتاج إلى فكرة الخطأ .

كما تتواجد في نطاق المسئولية الشخصية المؤسسة على الخطأ ، بصفة خاصة الخطأ المهنى، كالخطأ الطبي على الوجه السابق تعرضنا له تفصيلا، وهنا ننوه إلى ما لاحظه بعض الفقهاء من أن تطلب الخطأ الاكيد والثابت قد يتعارض مع العناصر الاحتمالية التي ادخلتها هذه النظرية على تقدير علاقة السببية كما سنرى تفصيلا في المبحث التالى[١٢٦] .

ففي المسائل الطبية كثيرا ما يفقد المريض فرصة الشفاء من المرض أو فرصة البقاء على الحياة دون ادنى خطأ من الطبيب المعالج، لأن هذه الفرص ترتبط إلى حد كبير بظروف تبعد عن قدرة الطبيب وتتصل بعوامل خارجية عنه ، كنوع وطبيعة المرض الذي يشكو منه المريض ومدى خطورته وخطورة ما قد يلزم اجراؤه من عمليات جراحية، وكذلك حالة المريض ذاته ومدى تأصل المرض فيه. فالطبيب في هذا المجال يواجه مخاطر لم ينشئها ولايد له فيها يتحدد دوره في محاولة درء هذه المخاطر وتخليص المريض أو المصاب منها وكل ذلك في حدود القدر المتاح للبشر، وعلى ضوء معطيات الظروف والامكانيات التي يتواجد فيها من حيث الزمان والمكان والاجهزة العلمية المتاحة له، والتي تختلف من حالة إلى أخرى. هذا بالاضافة إلى ضرورة الاعتداد بالاخطار العلاجية والطبية التي ترتبط بكل نوع من انواع العلاج والدواء، وكذلك الاعتداد

---

(١٢٥) أنظر تطبيقا لذلك ٢ مدني فرنسي ٩ يوليو ١٩٥٤ ، داللوز ١٩٥٤ ـ ٦٢٧، ٢٠ ديسمبر ١٩٦٦، المجموعة المدنية ـ ٢ ـ رقم ٩٧٩ . ص ٦٨٤ .

(١٢٦) انظر في تفصيل ذلك المبحث الثاني من هذا الفصل، بصفة خاصة فقرة رقم ٥٤ وبعدها .

بالتقدم العلمى والطبى في المجالات المرضية المختلفة .

كل هذه العناصر الواقعية المختلفة التي تقوم بدور ما في تقدير خطأ الطبيب لها بلا شك دورها وتأثيرها في تقرير التعويض عن فوات الفرصة في المجال الطبي. لذلك نجد أن القضاء يحرص ويهتم باضهار خطأ الطبيب واهماله في العناية الطبية قبل قبوله لمبدأ التعويض عن فوات الفرصة .

٣٩ ـ من ناحية أخرى، فقد ذهب بعض الشراح، هنا ايضا، أي في مجال المسئولية الشخصية التي تقوم على فكرة الخطأ واجب الاثبات، إلى ضرورة التمييز، في سباقات الخيل بصفة خاصة، بين نوعين من الاخطاء النوع الاول خاص بما يمكن تسميته بالخطأ الفني، أي الخطأ الذي يقع من المتسابقين ويتعلق بخططهم في السباق والتدريب والاستعداد له سواء تعلق بهم أو تعلق بالخيول قيادتهم. والنوع الثاني خاص بما يسمى الخطأ التنظيمي، كتقصير واهمال «الجوكى» وعدم تعضيدة لجواده، والتواطؤ الصادر منه بمختلف صوره. ولدى هؤلاء الشراح الخطأ الأول أي الخطأ الفني يكون مرتبطا بالسباق ولصيقا به فيرد عليه عنصر الاحتمال الذي يميز هذه السباقات والذي يكون بالتالي متوقعا ومقبولا من المتراهنين فلا يحق لهم الاستناد عليه كأساس للتعويض عن فوات الفرصة. أما الخطأ الثانى، أي الخطأ التنظيمى فعلى العكس من سابقه يحق للمتراهنين استبعاده من نطاق توقعهم، فلا يكون مقبولا منهم، ولا يتحملوا نبعاته، ويحق لهم الاستناد عليه للتعويض عن فوات فرصة الكسب عليهم[١٢٧] .

ويبدو أن محكمة النقض الفرنسية تتجه إلى قبول هذه التفرقة عن فوات

---

(١٢٧) أنظر ديري، المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٧٠، ص ٧٨٤، ١٩٧١ ص ٣٨٠. وانظر عكس ذلك تعليقات وملاحظات بينابنت ولوتورنو، الاسبوع والقانوني ١٩٧٢ ـ ٢ ـ ١٦٩٩٠، وكذلك جيرس كلاسير، المسئولية المدنية رقم ١٩٥، اللذين يريا ان عنصر الاحتمال يجب الاعتداد به بالنسبة لكل الاخطاء سواء تعلقت بمسلك الحصان أو بمسلك قائده، وسواء كانت فنية أو تنظيمية .

الفرصة[١٢٨] ، فلا تعتد بفوات الفرصة مع النوع الاول من الخطأ عند التعويض .

٤٠ ـ وأخيرا ، فأن تطلبنا للفعل الضار كشرط لتعويض فوات الفرصة لا يعنى ضرورة أن يكون الفعل ضارا في ذاته، بل قد يكون كذلك وقد لا يكون. فبتر ساق المتقدمة لوظيفة المضيفة الجوية يكون في ذاته ضررا جسمانيا قابلا للتعويض، والتعويض هنا يكون عن الضرر الجسماني المحقق الذي يتمثل في فقد الساق، وهذا لا يمنع ان الفعل الضار نفسه يكون سببا في ضرر آخر، هو تفويت فرصة التعيين في الوظيفة المطلوبة على الفتاه التي بتر ساقها، بينما في حالات اخرى لا يكون الفعل فيها ضارا في ذاته، وإنما يترتب عليه الضرر المتمثل في فوات الفرصة فقط ، فتأخر الناقل في توصل الحصان إلى مضمار السابق لا يعد فعلا ضارا في حد ذاته، ومع ذلك قد يترتب عليه فوات فرصة الحصان من الاشتراك في السباق .

المبحث الثانى
مدى التعويض عن فوات الفرصة

تمهيد : ـ

٤١ ـ تكمن الصعوبة الاساسية في التعويض عن فوات الفرصة في تحديد وتقدير مدى وقدر التعويض عنها وليس في مبدأ التعويض ذاته، فالقاعدة العامة في تقدير التعويض هي معادلته وجبره للضرر، كل الضرر المحقق الذي أصاب المضرور بحيث يتساوى التعويض مع هذا الضرر فلا يزيد عنه ولا يقل، وهذا ما يعبر عنه بمبدأ التعويض الكامل .

غير أن تطبيق مبدأ التعويض الكامل على فوات الفرصة تعترضه صعوبة كبيرة تتمثل في أن الضرر في هذه الحالة يتعذر حسابه وتحديده تحديداً واقعيا

---

(١٢٨) أنظر بصفة خاصة ٢ مدنى فرنسي ٤ مايو ١٩٧٢، داللوز ١٩٧٢ ـ ٥٩٦ .

حقيقيا، بل يعتمد تقديره على الحدس والتخمين، فهو لا يشمل كل الضرر الاحتمالي المقابل للكسب الاحتمالي الذي كأن يأمله المضرور، وإنما يمثل نسبة فقط من هذا الضرر .

ومن هنا كانت صعوبة تقدير التعويض، فهو يقدر أولا على أساس ضرر احتمالي وليس محققا في ذاته، وهو يحدد ثانيا بنسبة فقط من هذا الضرر تقدر بقدر ومدى احتمال تحقيق الفرصة، الضائعة، للكسب الاحتمالي. فبهذا القدر تتحدد قيمة الفرصة ذاتها التي كان يملكها المضرور، ومن ثم يتحدد قدر التعويض عنها. وهكذا يتحدد التعويض عن فوات الفرصة في قيمة الفرصة ذاتها .

يتعين علينا اذن لتحديد مدى التعويض عن فوات الفرصة أن نتعرض أولا للقاعدة العامة في تقديره والتي تقصره على قيمة الفرصة الفائته، ثم نتعرض ثانيا لبيان كيفية تحديد حساب هذه القيمة، ومعيار ذلك التحديد، والاثار التي تترتب عليه. وفي تعرضنا لهذين الموضوعين سنجعل لكل منهما مطلبا خاصا، وذلك على الوجه الآتى : ـ

المطلب الاول : قصر التعويض عن قيمة الفرصة .

المطلب الثاني : تقدير قيمة الفرصة .

المطلب الاول
قصر التعويض على قيمة الفرصة

مبدأ التعويض الجزئي : ـ

٤٢ ـ اذا كان الاصل في المسئولية المدنية هو اعادة المضرور الى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، فان هذا الاصل يتعذر تطبيقه في حالة المسئولية عن فوات الفرصة، فالفرض أن الفرصة قد ضاعت نهائيا ولن تعود ثانية، لذا لن يكون امام القاضي الا اللجوء إلى التعويض .

وعند تقدير القاضي للتعويض المقابل للضرر الذي لحق المضرور فانه يبدأ بتحديد هذا الضرر ثم يقوم بتقديره وتقويمه ماليا ، أي تحديد المبلغ المقابل له . فإذا طبقنا ذلك على فوات الفرصة، فلن يخرج الامر عن أحد التصورين أو الاتجاهين الآتيين: فاما أن ينظر القاضي إلى فوات فرصة الكسب على أنها تتضمن قيمة ذاتية خاصة بها مستقلة عن قيمة الكسب الاصلي الاحتمالي الذي حرم المضرور من امكانية تحقيقه، فيحدد الضرر المترتب على فوات الفرصة في هذه القيمة .

واما أن يغفل القاضي الفرصة في ذاتها وينظر اليها على أنها مجرد وسيلة أو طريقة لتحقيق كسب معين ، ليس لها قيمة خاصة بها وإنما تتحدد قيمتها في الكسب الذي تؤدي اليه ، ومن ثم يكون فواتها وضياعها ضياعا وفقدا لهذا الكسب فيتحدد الضرر فيه وبقدر التعويض بقدره .

والواقع ان اللجوء إلى الطريقة الثانية في تعويض فقد الفرصة يتطلب أساسا لها أن تتكون لدى القاضي قناعة كبيرة نحو تحقق فرصة الكسب بحيث لا يكون محتملا فقط بل يكون مرجحا إلى الحد الذي يصل به إلى حد اليقين، وإلا فلن يجسر القاضي على الحكم بالتعويض الكامل. فبعد أن يتيقن القاضي ويتأكد من جدية الفرصة وتحققها بقدر كاف بحيث يترتب على فواتها ضرر محقق، فأنه يحكم بالتعويض عن كل الضرر الناجم عن فوات الفرصة وعدم تحققها[١٢٩] .

ويرى جانب من الفقه أن[١٣٠] هذا الحل واجب الاتباع واكثر تبريرا، باعتبار أن الفرصة لا يقصد بها أن تظل كذلك، أي مجرد فرصة للكسب، فمن

---

(١٢٩) ويبدو أن القضاء الاداري الفرنسي يميل إلى الأخذ بهذه الوجهة في تعويض فقد الفرصة، راجع في تفصيل ذلك لو بادير، : A. De LABADERE **traité élèmentaire** de droit administratif, Tome.1, 1970, No. 1194.

(١٣٠) راجع بينابنت، رقم ٢٣٧ ص ١٧٩ : **Alain Benabent,** la chance et le droit, 1933, No. 237, P. 179.

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 المضرور في الحالة التي يكون عليها لو تحققت هذه الفرصة، وليس تعويضه عن قيمة الفرصة ذاتها، والا عد ذلك وضعا للمضرور في المركز أو الحالة التي يكون عليها لو باع هذه الفرصة، وليس لو تحققت .

٤٣ ـ بيد أننا لا نتفق مع وجهة النظر السابقة التي تقضى على فكرة وجوهر فوات الفرصة، فمع هذه الطريقة لن يخرج الامر عن أحد حلين : فأما أن يعوض القاضي الضرر الاحتمالي، والمتمثل في الكسب المحتمل الذي كان يأمله أو يتوقعه المضرور، تعويضا كاملا يتمثل في قيمة هذا الكسب الذي حرم منه، وعندئذ يكون القاضي قد نظر إلى هذا الضرر على أنه ضرر محقق وليس فقط ضرر محتمل، وبالتالي فلا نتواجد أمام مجرد ضياع فرصة بما تتميز به من احتمال الضرر وليس التيقن منه، بل امام حالة من حالات التعويض الكامل عن ضرر محقق .

وأما الا يقضى القاضى بتعويض كلية استنادا إلى عدم وجود فرصة جدية أو حقيقية للكسب، بل مجرد كسب نظرى وبالتالي يكون الحرمان منه ضررا نظريا أو فرضيا بحتا لا أساس له من الواقع، وبالاحرى لا نكون أمام ضرر كلية. وهنا أيضا تنتفى فكرة فوات الفرصة التي لا تكتفى، وحسب ما انتهينا، بالضرر النظري البحت الذي يعنى انعدام الضرر .

نخلص مما سبق أنه في حالتي التعويض الكامل وانعدام التعويض كلية لا نكون في الواقع أمام فرض أو حالة فوات الفرصة. في الحالة الاولى نكون أمام ضرر محقق يستوجب التعويض الكامل وليس فقط عن فوات الفرصة، وفي الحالة الثانية لا نكون أمام ضرر كلية .

لذلك، فان الرأي السائد فقها[١٣١] وقضاء[١٣٢] يذهب إلى وجهة النظر الاولى التى ترى في فقد الفرصة قيمة ذاتية خاصة، في هذه القيمة، وفيها فقط، يتمثل الضرر المحقق الذى لحق المضرور نتيجة فواتها، ومن ثم يقدر التعويض بقدر قيمتها. فكل فرصة من فرص الكسب تتضمن في ذاتها قدرا من احتمال تحقيق الكسب الذي يمكن ان تؤدى اليه، وبهذا القدر من الاحتمال، أي احتمال تحقيق الفرصة للكسب، تتحدد قيمتها، ويتحدد قدر التعويض عن فقدها ايضا، لذلك فمع هذه الطريقة لا يكون التعويض عن فوات الفرصة الا جزئيا، اذ لكى يكون التعويض كاملا يجب ان يكون تحقيق الفرصة للكسب يقينا وليس فقط محتملا أو مرجحا ومن ثم يكون الحرمان من هذا الكسب ضررا محققا، وهنا نخرج عن نطاق فقد الفرصة .

٤٤ ـ أما قدر التعويض الجزئي الذي يتقرر في حالة فوات الفرصة فيتحدد بنسبة معينة من الكسب الاحتمالي الذي كان يمكن ان تؤدي اليه الفرصة لو لم تفت على المضرور . فلأن الضرر المحقق الذي أصاب المضرور يتمثل في فقد فرصة الكسب ، فأن التعويض يقدر بقدر هذه الفرصة وليس بكل الكسب الذي حُرم منه .

هذا التعويض الجزئي الذي يقتصر على قيمة الفرصة الضائعة لا يمكن تحديده الا بمقارنة الضرر الاحتمالي، المقابل للكسب الاحتمالي الذي كان يأمله المضرور، بالضرر المحقق، النسبي، الذي وقع نتيجة ضياع فرصة تحقيق الكسب. فمالك الحصان الذي لم يتمكن من اشراك حصانه بالسباق نتيجة تأخر الناقل، يكون قد حرم من فرصة كسب جائزة السابق، أما حرمانه من

---

(١٣١) مازو، المسئولية المدنية جـ ١ ص ٢٧٨، رودير، المسئولية المدنية رقم ١٥٥٩، ستارك، الالتزامات رقم ١٠٥، بوريه مقاله بالاسبوع القانوني ١٩٧٤ رقم ٦ شارتييه، رقم ٥٥٨ .

(١٣٢) ١ مدنى فرنسي ٢ مايو ١٩٧٨، المجموعة المدنية ـ ١ـ رقم ١٦٧، ١ مدنى فرنسي ٢٧ مايو ١٩٧٣، المجموعة المدنية ـ ١ ـ رقم ١١٥، ١ مدنى فرنسي ٩ مايو ١٩٧٣، الاسبوع القانوني ١٩٧٤ ـ ٢ ١٧٦٤٣ .

الجائزة ذاتها فيكون بالنسبة له ضررا احتماليا حيث لا يوجد ما يؤكد ان الحصان كان سيفوز بالسباق لو كان قد اشترك فيه. اما الضرر المحقق هنا فلا يخرج عن فقد فرصة الفوز بالسباق، لذلك فالتعويض يجب أن يقدر بالاعتداد فقط بقيمة الفرصة التي كانت لدى المضرور في كسب الحصان للسباق، ويتم ذلك بمقارنة الحصان بغيره من الاحصنة الاخرى التي اشتركت في السابق .

لذلك نجد ان قاضي الموضوع يملك سلطة كبيرة في تقدير وجود الفرصة وقيمة هذه الفرصة، التي يجب ان تقدر بنسبة محددة من الكسب الاحتمالي[١٣٣] .

وفي سبيل القاضى لهذا التقدير للتعويض الجزئي عن فوات الفرصة يتعين عليه ان يلجأ في الواقع إلى تقديرين : يوضح في أولهما ما كان سيؤل اليه مركز المضرور اذا ما تحققت الفرصة التي كانت لديه. ويحدد في التقدير الثاني قيمة الفرصة ذاتها، أي درجة احتمال تحقيقها للكسب المأمول. فإذا ترجمنا ذلك بلغة الحساب والارقام، واعتبرنا ان تحقيق الفرصة يجلب للمدعي كسبا يقدر بعشرة الاف دينار، وان احتمال تحقيق الفرصة لهذا الكسب يمثل ٥٠٪، فأن قيمة هذه الفرصة تقدر بنصف الكسب الاحتمالي، اي تقدر بخمسة الاف دينار .

غير أن المحاكم تفضل ـ عملا ـ عدم ايضاح وتفسير طريقة حساب وتقدير تعويضها لتفويت الفرصة، وتكتفي عادة بتقرير ان الفرصة كانت جدية، أو أكيدة، أو جدية بدرجة كبيرة[١٣٤] .

ولا شك أن تقدير التعويض الجزئي الذي يتقرر في حالة فوات الفرصة

---

(١٣٣) نقض مدني فرنسي ٩ مايو ١٩٧٣، الاسبوع القانوني ١٩٧٤ ـ ٢ـ ١٧٦٤٣ .

(١٣٤) ولا تثريب على القاضي في عدم افصاحه للطريق الذي سلكه في تقدير التعويض، طالما وضح أن المبلغ الذي حكم به يعوض الفرصة التي فاتت على المضرور. أنظر في هذا ١ مدنى فرنسي ٢١ نوفمبر ١٩٧٨، الاسبوع القانوني ١٩٧٩ ـ ٢ ـ ١٩٠٣٣ .

يتضمن قدرا من التحكم، ويرجع ذلك إلى طبيعة الضرر في هذه الحالة، ففي حالة المتراهن الذي ادعى انه خسر مائة الف فرنك قيمة الجائزة التي كانت مخصصة للسباق الذي تراهن فيه، نتيجة اهمال «جوكى» الحصان الذي تراهن عليه وعدم مساعدته للحصان لحظة انهائه السباق، قضت له المحكمة بخمسة عشر الف فقط .

أساس ومعيار التعويض الجزئي :

٤٥ ـ بعد ان انتهينا من تقرير مبدأ التعويض الجزئي الذي يقصر التعويض عن فوات الفرصة على قيمة هذه الفرصة، يحق لنا ان نتساءل عن الاساس الذي يقوم عليه هذا التقييد ومعياره .

وفي الاجابة على هذا التساؤل نبادر بالاشارة إلى أن قصر التعويض عن فوات الفرصة على قيمة هذه الفرصة لا يتضمن أي اعتداء على مبدأ التعويض الكامل للضرر، حيث بالفرض ان الضرر الذي ثبت وتحقق، وبالتالي يكون واجب التعويض، هو فقد الفرضة، فرصة الحصول على كسب معين، أما الكسب في ذاته فهو مجرد احتمال، وليس محققا، ومن ثم فلا نواجه في الواقع بالنسبة لهذا الكسب الا مجرد إحتمال يستبعد كل تأكيد وثبوت، الامر الذي يتعذر معه رفع هذا الاحتمال إلى مستوى اليقين والزام المسئول بتعويض كل الضرر. فالتعويض الجزئي في حالة فقد الفرصة يتفق في الواقع مع قدر ومدى الضرر المترتب عليها، فهو تعويض جزئي اذا نظرنا إلى الضرر الاحتمالي وقارناه به، ولكنه تعويض كامل إذا نظرنا إلى الضرر المحقق الذي لحق بالمضرور والمتمثل في تفويت فرصة الكسب .

حقيقة اذا رجعنا الى التقسيمات المعتادة للضرر والتي تصنفه من حيث نوعه إلى ضرر مادي وضرر أدبي بتقسيماتها وعناصرهما المختلفة، امكننا القول ان المضرور من فقد الفرصة لا يستند إلى ضرر متميز في عناصره عن الضرر الاحتمالي والتي تكون الفرصة أحد أسباب استبعاده وعدم تحقيقه .

وحقيقة ان الضرر المستند إليه في تفويت الفرصة لا يكون من حيث

الكم ـ ايضا ـ متميزا عن الضرر النهائي أو الاحتمالي، أي المتمثل في الكسب الذي كان يتوقعه المضرور، فالحرمان من العلاج الملائم، مثلا، يكون سببا محتملا أو ممكنا لوفاة المريض، ولا يمكن القول انه سبب لجزء فقط من هذا الضرر .

وإن كان هذا لا يعني أنه السبب الوحيد، بل يمكن أن تشاركه أسباب أخرى، عندئذ تتعدد أسباب الضرر ويكون كل منها سبباً «جزئيا» للضرر .

لذلك فأن التعويض الجزئي لا يتقرر لأن الضرر نفسه الذي وقع يكون جزئيا، وإنما لان التسبب فيه كان جزئيا فقط، فالتعويض في تفويت الفرصة يقدر بقدر علاقة السببيه المحتملة بين فوات الفرصة والضرر الذي ترتب عليها. وهكذا نرى أن السببية الجزئية التي تتحقق مع فوات الفرصة هي التي تبرر التعويض الجزئي. وهذا ما سنتعرض له تفصيلا في المطلب الثاني عند توضيحنا لكيفية حساب وتقدير قيمة الفرصة الفائته والذي يتحدد فيها قدر التعويض[١٣٥] .

نتائج التعويض الجزئي :

٤٦ ـ يترتب على مبدأ التعويض الجزئي عن فوات الفرصة بعض النتائج الهامة، يأتي في مقدمتها امكان تعدد ديون التعويض اذا تعددت الفرص الضائعة والتي كانت تؤدي إلى الكسب الاحتمالي، وكذلك استقلال هذه الديون المتعددة بعضها عن البعض الآخر وانعدام التضامن فيها :

أ ـ تعدد التعويض بتعدد الفرص الضائعة :

لأن الفعل المنشيء للمسئولية والموجب للتعويض ليس في الحقيقة سوى احد الاسباب الاحتمالية للضرر المتمثل في الحرمان من الكسب الذي كان يأمله المضرور، وكانت المسئولية تقرر ـ وكذلك التعويض ـ وفقا للتأثير السببي للعوامل المختلفة التي ساهمت في احداث الضرر، فأن النتيجة المنطقية لذلك

---

(١٣٥) راجع فقرة رقم ٥١ وبعدها .

امكان اشتراك عدة أسباب في أحداث هذا الضرر نتيجة اشتراكهما جميعاً في تفويت فرص المضرور في الكسب الاحتمالي، عندئذ تكون هذه الاسباب قد اشتركت جميعها في تحقيق النتيجة الضارة، ويسأل كل منها بقدر الفرصة التي اضاعها على ما سنرى تفصيلا فتتعدد بذلك ديون التعويض بتعدد الفرص الضائعة .

وهذا الحل هو ما أخذ به بالفعل القضاء الفرنسي، حيث قضت محكمة النقض[١٣٦] بالزام كل من الطبيب والحكيمة بالتعويض لاهدارهما معا فرصة الشفاء والبقاء على الحياة لمريضه، فارقت الحياة بعد ولادتها لابنها الثامن بعدة أيام أثر اصابتها بحمى شديده. فبعد مضى ثلاثة أيام من وضع السيدة لمولودها بالمستشفى، قامت الحكيمة باخراجها من هذا المستشفى، بعد استشارة الطبيب المعالج تليفونيا، وذلك على الرغم من حالتها المرضية السيئة والتي كانت تستوجب استمرار وجودها بالمستشفى لتلقى العلاج اللازم. أما الطبيب المعالج فقد توقف عن رعايتها مكتفيا بمنحها بعض المقويات، لذلك وبعد مضى اسبوعين عادت المريضة للمستشفى حيث تبين اصابتها بانيميا حادة وحمى شديدة، اديا إلى وفاتها بعد ١٢ يوما، وإن كان سبب الوفاة الحقيقي ظل مجهولا .

كانت محكمة الاستئناف قد قررت ان اخراج الحكيمة للمريضة وعدم عناية الطبيب لها قد اشتركا معا في حرمانها من فرصة العلاج والشفاء مما آلم بها من أمراض[١٣٧] ملقية بالعبىء الأكبر من المسئولية والتعويض على الطبيب. ايدت محكمة النقض حكم الاستئناف في تقريره للمسئولية والتعويض وفقا للتأثير السببى للأخطاء المرتكبة من الطبيب والحكيمة ومدى تسبب كل منهما في الضرر النهائي .

---

(١٣٦) ١ نقض مدني فرنسي ٢٥ مايو ١٩٧١ سابق الاشارة اليه .

(١٣٧) انظر حكم محكمة ريوم الصادر في ٣٠ يونية ١٩٦٩، سابق الاشارة اليه .

ب ـ طبيعة المسئولية في حالة تعدد المسئولين عن فوات الفرصة :

٤٧ ـ يثير تعدد المسئولين في حالة تعدد الفرص الضائعة مسألة أخرى على قدر من الأهمية، تتعلق بطبيعة المسئولية في هذه الحالة وما إذا كان يسأل كل من المتسببين في ضياع الفرصة عن كل الضرر مسئولية تضامنية أو تضامية، أم يسأل كل منهم فقط بقدر ما تسبب في فواته من ضرر دون تضامن أو تضامم بينهم .

ونبادر هنا باستبعاد التضامن بالنسبة للقانون الفرنسي حيث لا يوجود نص خاص يقرره في المسئولية التقصيرية عند تعدد المدينين بالتعويض، على خلاف الحال في القانونين المصري والكويتي[١٣٨] .

أما بالنسبة للتضامم، فقد رفضه القضاء الفرنسي وقبل الانفصال التام لديون التعويض، في حكم محكمة استئناف ريوم السابق الاشارة اليه، ورفض بالتالي المسئولية التضامية لكل من الطبيب والحكيمة، مستندا في ذلك إلى أن الخطأ الذي صدر من كل منهما كان مستقلا تماما عن خطأ الآخر، سواء من حيث السبب أو المصدر، أو من حيث الاثار .

والواقع أن هذا الحل مبرر تماما ونوافقه فيما ذهب اليه، ونرى أنه يمثل القاعدة الواجبة الاتباع في حالة تعدد الفرص الضائعة على المضرور، شريطة أن يرجع فوات هذه الفرص المتعددة إلى أسباب مختلفة، بمعنى الا ينسب إلى كل من المتسببين نفس الخطأ أو الفعل الموجب للمسئولية .

ولا يمكن الاعتراض هنا بأن الاخطاء أو الأفعال المتعددة، وعلى الرغم من تعددها الا أنها تكون أسبابا لضرر واحد هو الحرمان من الكسب الاحتمالي، فتكون بالتالي قد اشتركت جميعها في احداث نفس النتيجة الضارة، الامر الذي يستوجب المسئولية التضامية وفقا للنظام الفرنسي، باعتبار ان كلا منهما يكون مسئولا عن كل الضرر، أساس الالتزام التضامي .

---

(١٣٨) راجع المادتين (١٦٩) مدني مصري، (٢٢٨) مدني كويتي .

فلا يمكن في الواقع قبول ذلك الاعتراض مع التعويض عن فوات الفرصة لسببين : أولهما، لأنه وأن كانت كل من الاخطاء أو الأفعال الموجبة للمسئولية والتعويض عن فوات الفرصة سببا للضرر الاحتمالي، إلا أنه لم يثبت أنها كانت السبب الضروري أو الحقيقي الذي يتطلبه الالتزام التضامن بل هي مجرد أسباب إحتمالية تتميز بها نظرية فوات الفرصة .

وثانيهما، لأنه يتعذر القول ان كل خطأ من هذه الأخطاء قد أحدث كل الضرر الاحتمالي، لأن نظرية فوات الفرصة تتميز بتحديدها للضرر وقصره على ذلك الذي يرتبط بعلاقة سببية مباشرة مع الخطأ أو الفعل الموجب للمسئولية، بمعنى أنها تحدد مسئولية كل خطأ من الأخطاء التي اشتركت في احداث الضرر المحقق بقدر ما تسبب فيه كل من هذه الاخطاء من ضرر . ينتج عن ذلك ان كل خطأ من هذه الاخطاء يكون قد فوت على المضرور بعض فرص الحصول على الكسب المأمول، ولكنها ليست نفس الفرص، بل فرص مختلفة متعددة، الأمر الذي يفرض استقلال ديون التعويض ويستبعد التضامم بينها[١٣٩] .

أما إذا ارتكب جميع المتسببين نفس الخطأ، وبالتالي اضاعوا على المضرور نفس فرصة الحصول على الكسب الذي كان يأمله، فهنا يمكن القول بمسئوليتهم على وجه التضامم .

٤٨ ـ أما في القانون المصري ووفقا للمادة ١٦٩ من التقنين المدني، إذا تعدد المسئولين عن فعل ضار فأنهم يكونوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر. وكما هو واضح يتطلب التضامن إلى جانب تعدد المسئولين، وحدة المصدر، بأن يكون التزام كل واحد من المسئولين عن التعويض، نفس العمل غير المشروع، أي الفعل الضار الذي صدر من كل منهم، ووحدة المحل، أي الضرر، بأن يكون الضرر الذي أحدثه كل منهم هو نفس الضرر الذي أحدثه

(١٣٩) راجع بوريه مقالة السابق الاشارة إليه، رقم ١١ .

الاخرون. لذلك فلا يمكن اقامة التضامن في حالة تعدد المسئولين عن ضياع الفرصة لعدم تحقق شرطي وحدة المصدر ووحدة الضرر.

وكما سبق ان وضحنا بالنسبة للقضاء الفرنسي، لا يمكن هنا اللجوء إلى فكرة التضامم لعدم توافر شروطها.

المطلب الثاني
تقدير قيمة الفرصة

٤٩ ـ نصل اخيرا إلى تحديد وتقدير قيمة الفرصة الضائعة، باعتبار أنها تمثل الضرر المحقق الذي لحق المضرور من فوات الفرصة عليه، وبالتالي تحدد هذه القيمة التعويض المستحق. فعلى أي أساس، واستنادا إلى أي معيار يمكن تقدير قيمة الفرصة في ذاتها، باعتبارها مجرد وسيلة أو طريقة لتحقيق الكسب الذي يصبوا إليه المضرور؟

نبادر أولا باستبعاد جسامة الخطأ الذي يرتكبه المسئول عن فوات الفرصة كمعيار لتحديد قيمة الفرصة وقدر التعويض، فجسامة الخطأ ليست دليلاً ومعياراً لقدر الضرر المترتب عليه، اذ قد يترتب عن خطأ يسير ضرر جسيم، والعكس، قد لا يحدث الخطأ الجسيم الا ضررا قليلا، بل وقد لا يحدث ضررا كلية، وفي هذه الحالة لا يكون هناك محل للتعويض، حتى ولو كان الخطأ الجسيم خطأ مهنيا.[١٤٠] خاصة وأن التعويض عن فوات الفرصة يمكن مواجهته سواء بالنسبة للمسئولية الخطئية التي تقوم فقط استنادا إلى الخطأ

(١٤٠) ١ مدني فرنسي ٢٩ ابريل ١٩٦٣، الاسبوع القانوني ١٩٦٣ ـ ٢ ـ ١٣٢٢٦، ٢٥ مايو ١٩٧١، المجموعة المدنية ـ ١ ـ رقم ١٦٩. والوقاع أن جسامة الخطأ لا تأثير لها على قدر التعويض إلا في حالات استثنائية ينظمها المشرع بنص صريح لعلة خاصة بها، خروجا على القاعدة العامة، راجع مقالنا في التقدير القضائي للتعويض، مجلة المحامي الكويت ـ مايو/يونيو ١٩٨٥ ص ٦٧، فقرة ٨٨ وبعدها.

الذي يصدر من المسئول، وكذلك في المسئولية غير الخطئية التي لا تحتاج الخطأ اساسا ومعيارا لها[١٤١] .

٥٠ ـ والواقع أن قيمة الفرصة ممثلة في قيمة الضرر الذي لحق المضرور تقدر على مرحلتين، في المرحلة الاولى يتم حساب وتقدير الضرر الاحتمالي أو النهائي، كما يسميه البعض، الذي يتمثل في الكسب الاصلي الاحتمالي الذي حُرم منه المضرور بسبب فوات فرصته، أي جائزة السباق في سباقات الخيل، وقيمة الحياة وهنائها والتمتع بها بالنسبة للحرمان من فرصة الشفاء، وقيمة الحق المتنازع عليه بالنسبة لفوات فرصة الدفاع . . . وهنا يكون تقدير قيمة الضرر مجرد تطبيق للقواعد العامة لا اختلاف فيها بالنسبة لفوات الفرصة .

وفي المرحلة الثانية يتم فيها تحديد قدر الاهمية في الفرصة وما كان مهيأ لها من تحقيق للكسب وذلك من خلال تقدير الكسب الذي كانت ستحققه الفرصة التي أضاعها المسئول على المضرور فيمثل هذا القدر من الكسب الذي فات على المضرور، القيمة الذاتية للفرصة الضائعة، والذي يكون دائما جزءاً فقط من الكسب الاحتمالي أو النهائي .

ففي كل حالات فوات الفرصة يقوم القاضي بتحديد الاسباب والعوامل المختلفة التي يتوقف عليها الكسب المأمول، والتي تكون الفرصة مجرد سبب أو عامل من هذه العوامل، ثم يقوم بتحديد دور الفرصة في تحقيق الكسب على ضوء مدى مشاركة العوامل الاخرى، فقد يكون لها الدور الاكبر، وقد يكون دورها ضئيلا أو محدودا .

وهكذا، عن طريق بحث ظروف الواقع يصل القاضي إلى تقدير قيمة تقريبية للفرصة تتمثل في مدى توقف الكسب عليها ومدى نسبة تحقيقها لهذا الكسب. وباستخدام الارقام يقدر القاضي برقم حسابي تقريبي قدر ونسبة

---

(١٤١) ستارك، رقم ١٠٥ ص ٣٥. وأنظر ٢ مدني فرنسي ٩ يوليو ١٩٥٤ ـ داللوز ١٩٥٧ ـ ٦٢٧ .

مساهمة الفرصة في تحقيق الكسب الاحتمالي .

هذا التقدير الحسابي لقدر ونسبة تحقيق الفرصة للكسب الاحتمالي ما هو في الواقع الا تقدير للعلاقة بين الفرصة والكسب الاحتمالي، أي تقدير لمدى تسبب الفرصة في تحقيق هذا الكسب، وبالتالي لمدى تسبب فوات الفرصة في وقوع الضرر، وبعبارة أخرى ما هو إلا تطبيق لفكرة السببية .

نصل اذن إلى أن معيار تقدير قيمة الفرصة ينحصر في علاقة السببية بين فوات الفرصة والضرر، ولكن أية سببية نواجهها هنا، وما معيارها ؟ .

٥١ ـ لا شك أن ما نواجهه هنا هو علاقة السببية بين فوات الفرصة والضرر الاحتمالي المحددة قيمته في الكسب الذي كان يأمله المضرور، والتى تمثل في نفس الوقت أيضا علاقة السببية بين فوات الفرصة والضرر المحقق والمتمثل في قيمة الفرصة في ذاتها، باعتبار أن هذا الضرر ما هو في الواقع الا 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، لذلك فالمقصود والمطلوب هنا هو ايضاح قدر ومدى هذه السببية، اذ بقدر تسبب الفرصة في تحقيق الكسب تقدر قيمتها .

فإذا كانت فرصة ما تؤدي بالحتم والضرورة إلى كسب معين، فأن هذه الفرصة تقدر بقدر الكسب ذاته تماما دون نقصان، لذلك فالحرمان منها يستوجب التعويض الكامل عن الكسب الذي حرم منه المضرور، ومن ثم فلا نكون هنا بصدد فوات فرصة كسب بل نكون أمام ضرر محقق يتمثل في كل ما ضاع من كسب .

أما 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 أو يرجح فقط، فأن قيمتها تمثل نسبة فقط من الكسب الاحتمالي الذي يمكن ان تؤدي اليه، وتحدد هذه النسبة بقدر الاحتمال الذي تنطوى عليه الفرصة

وهكذا نرى أن قيمة الفرصة تتوقف على قدر ومدى علاقة السببية بين فوات الفرصة والضرر الذي ترتب عليها، وبمعنى آخر تتوقف على التقدير الكمي أو القيمي لعلاقة السببية، الذي يتحدد بمدى وقوة هذه العلاقة .

ونظرا إلى أن هذا التقدير الكمي لعلاقة السببية بين فوات الفرصة والكسب الاحتمالي، الذي كان يمكن أن تؤدي اليه هذه الفرصة، لا يقوم على أسس وعناصر معلومة مقدما، بل تؤثر فيه عناصر احتمالية أخرى مجهولة لا يمكن التكهن بها، فأن هذا التقدير الكمى لعلاقة السببية يقوم على الحدث والتخمين، لذلك فهو يتسم بالظن والاحتمال وليس اليقين والتأكيد الذي تتسم به السببية العادية .

ومن هنا فان التقدير الكمي للسببية في فوات الفرصة، أي تقدير قيمة الفرصة، يقوم على تحديد القدر المحتمل أو المرجح لعلاقة السببية، أي القدر المحتمل أن يكون تفويت الفرصة قد احدثه من ضرر، وليس القدر المؤكد أحداثه كما هو الحال في السببية العادية التي تقوم على أسباب وعوامل معروفة ودورها مؤكدا في احداث الضرر. ولذلك فأن ما يميز علاقة السببية في التعويض عن تفويت الفرصة هو دورها الاحتمالي غير المحقق في اسناد الضرر لفوات الفرصة، وما ذلك في الواقع سوى ادخال لعنصر الاحتمال في علاقة السببية، أي دمج العنصر الاحتمالي بالعنصر السببي، أو دمج القانون الاحتمالي بالقانون السببي كما عبر البعض عن ذلك[١٤٢] .

خلاصة ما سبق أن تحديد قيمة الفرصة الفائتة وبالتالي التعويض عن الضرر المترتب على ذلك، سواء في تقريره أو مداه يكمن في علاقة السببية بمفهومها الخاص في تفويت الفرصة، والذي يتميز بقيامها على الاحتمال وليس اليقين. فما هو هذا المفهوم الخاص لعلاقة السببية في تطبيقها على فوات الفرصة ؟ .

---

(١٤٢) بوريه مقاله السابق .

مفهوم السببية في تفويت الفرصة :

٥٢ ـ من عرضنا السابق يتضح لنا أن لعلاقة السببية في تفويت الفرصة مفهوماً خاصاً بها، لذلك فأن المفهوم التقليدي لعلاقة السببية سواء تمثلت في نظرية تعادل الاسباب أو السببية الملائمة لا يجدينا كثيرا في تبرير وايضاح التعويض عن الضرر المترتب على فوات الفرصة، وكذلك في تحديد قيمة هذا الضرر. فنظرية تعادل الاسباب تعجز عن تقديم هذا التبرير، ونظرية السببية الملائمة وان كانت تساعد ألا أنها لا تكفي في هذا الصدد .

عجز نظرية تعادل الاسباب :

٥٣ ـ وفقا لنظرية تعادل الاسباب، يعد سببا للضرركل شرط أو عامل ضروري لوقوع الضرر، بحيث لا يمكن للضرر أن يحدث دونه، فالسبب لدى هذه النظرية هو الشرط أو العامل الذي لا بد منه لوقوع الضرر، بحيث يكون وقوع الضرر متوقفا على توافر هذا العامل. فجوهر هذه النظرية انها تعتبر كل العوامل التي اشتركت في وقوع الضرر أسبابا له طالما كانت ضرورية لوقوعه. من ناحية أخرى فأن نظرية تعادل الاسباب تعترف بتساوي وتعادل جميع أسباب الضرر، فكلها متساوية ومتعادلة في انتاج الضرر .

فنظرية تعادل الاسباب تقوم في الواقع على تأكيد ويقين معين يفرضه شقها الأول وهو عدم اعتدادها كسبب للضرر إلا بالحادث الذي يثبت يقينا أن له دورا في وقوع الضرر بحيث يمكن القول معه أنه لولا تحقق هذا الحادث لما وقع الضرر. وهذا مالا يمكن قبوله مع فوات الفرصة، حيث لا يمكن القول في سباقات الخيل مثلا، أنه لولا خطأ الناقل كان الحصان سيفوز بالسباق حتما وأكيدا، ولولا خطأ الطبيب، في المجال الطبي، كان المريض سيشفى من المرض الذي آلم به، أو كانت العملية ستنجح أو كان سيبقى على قيد الحياة . . . كذلك لا يمكن القول أنه لولا الحادث الذي تعرضت له الفتاة ونتج عنه بتر ساقها كانت ستلحق بالفعل بوظيفة معينة .

فكما سبق ان وضحنا، فعل المدعى عليه في جميع حالات فوات الفرصة يقتصر دوره على إيجاد امكانية لحدوث الضرر، وليس يقينا هو الذي أحدثه، وهذا لا يتمشى مع تفكير ومفهوم تعادل الاسباب .

من ناحية أخرى، ففي حالة تعدد الفرص التي اشترك فواتها في احداث الضرر يقوم القضاء ـ كما سنرى ـ بتقسيم المسئولية والتعويض بين هذه الفرص المتعددة كل بقدر تسببها في احداث الضرر لذلك فهو ينسب إلى كل سبب جزء فقط من الضرر. أما مع نظرية تعادل الأسباب، فالعوامل والأسباب التي اشتركت في احداث الضرر جميعها متعادلة متساوية في إنتاج الضرر ويعد كل منها قد أحدث كل الضرر، لذلك فلا تقبل تقسيم المسئولية في حالة تعدد الاسباب، ذلك أنه في حالة انعدام خطأ المدعى عليه، لا يعلم ما إذا كانت **الأسباب الأخرى ستقوم في هذه الحالة بدور فعال في احداث الضرر أم لا**[١٤٣].

والواقع أن انتقاد نظرية تعادل الاسباب غير قاصر على تطبيقها على التعويض عن فوات الفرصة، بل هي منتقدة كمعيار عام للمسئولية لعدم تمييزها بين الوقائع والاحداث المختلفة التي تحيط وقوع الضرر وتجعلها جميعا أسبابا للضرر دون تفرقة . وهنا ـ بصفة خاصة ـ تتضمن نظرية تعادل الاسباب ثغرة قوية تتمثل في اعتدادها بالدور الكيفي لعلاقة السببية واهمالها كلية دورها الكمي، وبمعنى آخر اعتدادها بالتقدير الكيفي دون التقدير الكمي، المعترف به في كافة الظواهر الاخرى[١٤٤] وذلك على الرغم من أن هذا الدور الكمي للسببية هو الوحيد الذي يسمح بتقدير حقيقة كل دور في احداث الضرر ومدى

---

(١٤٣) بوريه، مقاله السابق، رقم ١٦ .

(١٤٤) راجع : Halbwachs:

— Reflexion sur la **causalité** physique in les **théories** de la **causalité.** Publies sous la direction de Jean Piaget, Paris, 1971., P. 26 et P. 33.

مساهمته في المسئولية والتعويض[١٤٥] .

عدم كفاية نظرية السببية الملائمة :

٥٤ ـ حاولت نظرية السببية الملائمة تفادى العيب الذي وقعت فيه نظرية تعادل الاسباب، ولذلك فهى لم تعتد من بين العوامل المختلفة التي ساهمت وشاركت في احداث الضرر، والتي تعد أسبابا لها وفقا لنظرية تعادل الاسباب، إلا بتلك العوامل الاكثر ملاءمة لاحداث الضرر، وهي التي تبدو، نظرا لأهميتها الخاصة ودورها المتميز، السبب الحقيقي للضرر، أي الذي يسند إليه الضرر فعلا .

وواضح أن هذه النظرية، في تحديدها للعامل الاكثر ملاءمة لاحداث الضرر والذي يبدو السبب الحقيقي له، تقوم على قدر كبير من التقدير الذي يترك لقاضي الموضوع، بما يتضمن ذلك من حدث وتخمين واحتمال ايضا، لذلك فالنتائج التي تصل اليها لا تقوم على التأكيد واليقين التام، بل تفترض قدرا كبيرا من الاحتمال والترجيح، وإن كان احتمالا وترجيحا موضوعيا وليس شخصيا، مما يقربه كثيرا الى الواقع والحقيقة، ومن ثم إلى اليقين والتحقق[١٤٦] .

---

(١٤٥) نسب الفقه إلى هذه النظرية كذلك أنها تستبعد دون وجه حق من الوقائع السببية الافعال الانسانية غير الخاطئة، وفي ذلك خلط للسببية مع الاسناد، كما أنها تستبعد الظواهر الطبيعية التي يمكن أن تقوم بدور في تحقيق الضرر. هذا بالاضافة إلى أنها تقيم مسئولية المدعى عليه على أساس الوقائع والحوداث الخاطئة التي تصدر عنه حتى ولو كانت بعيدة وعرضية في احداث الضرر .

راجع في نقد نظرية تعادل الاسباب بول اسمان، المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٣٤ ـ ٣١٦، مارتى، رسالته في فكرة السببية في المسئولية المدنية، اكس ١٩١٤، ليجال، رسالته في الاهمال وعدم التبصر، باريس ١٩٢٢، مارتى، فكرة علاقة السببية كشرط للمسئولية المدنية، المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٣٩ ص ٦٨٥ .

(١٤٦) ونشير هنا إلى أن التقدير وما يتضمنه من ظن وافتراض غير قاصر على نظرية السببية الملائمة، بل هو متحقق أيضا في نظرية تعادل الاسباب، ويظهر ذلك بصفة خاصة عند تحديد الوقائع والعوامل المختلفة الضرورية لاحداث الضرر والتي لا يقع بدونها، ولكن =

ومن هنا وجد تقارب وتماثل في الأفكار بين نظرية السببية الملائمة ونظرية فوات الفرصة، فكلاهما يعتد بعنصر الاحتمال، بالوضع الظاهر في تقدير السببة، 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 مقصودا لذاته، بل باعتباره بديلا عن اليقين، الذي أمام تعذر تحقيقه نلجأ إلى بديل له .

أما نظرية فوات الفرصة فهى تفترض بالضرورة هذا الاحتمال، الذي يعد من جوهرها ولا يمكنها تفاديه. ففي حالة فقد فرصة العلاج مثلا، لا يمكن الجزم والتأكيد أنه لولا خطأ الطبيب كان المريض سيشفى من المرض. وفي حالة فقد فرصة الفوز بسباق الخيل لا يمكن أيضا التأكيد بأن الحصان كان سيفوز بالسباق، لولا خطأ الناقل أو خطأ الجوكي .

وكل ما يمكن تقريره في مثل هذه الخالات أنه لولا الخطأ كان هناك احتمال لشفاء المريض أو كسب السباق . فمع فوات الفرصة لا يمكن الجزم بأن خطأ الطبيب أو خطأ الجوكي أو خطأ الناقل، وبصفة عامة خطأ من فوت الفرصة، كان شرطا ضروريا ولا بد منه "sin qua non" لفوات الكسب، كذلك لا يمكن القول ـ من باب أولى ـ أنه كان السبب المنشىء للضرر .

غير أن هذا الاختلاف بين نظرية السببية الملائمة ونظرية فوات الفرصة حول أهمية ودور عنصر الاحتمال ومدى الاعتداد به في كل منهما لا يحول دون

= التقدير والافتراض مع السببية الملائمة، الذي يميزها عن سابقتها، يتميز بأنه افتراض أي ظن وتخمين يرد على قدر ومدى الضرر الذي يحتمل أن يرتبه كل عامل من هذه العوامل، وليس فقط على هذه العوامل ذاتها، وذلك يسمح ـ كما يقرر بوريه ـ بأن يضفى على السببيه القانونية قيمة اجتماعية، راجع، جاك بوريه، قم ١٨ من مقاله السابق الاشارة اليه .

اشتراكهما معا في الاعتماد على معيار التأثير السببى للعناصر والاسباب المختلفة التي اشتركت في تحقيق الضرر عند تقرير المسئولية وتقدير التعويض[١٤٧] . يستوى في ذلك أن يكون هذا التأثير السببي تأثيرا كيفيا[١٤٨] أو تأثيرا كميا[١٤٩] . ففي كلتا الحالتين يتم تقدير التعويض استنادا إلى علاقة السببية المباشرة والاكيدة التي تربط الضرر بالفعل المنشىء للمسئولية، وهو نفس ما يحدث عند تقدير التعويض الجزئي في حالة فوات الفرصة، بصفة خاصة في موضوعات المسئولية الطبية، حيث يقارن القاضي، عند تقديره للتعويض، التأثير السببي لخطأ الطبيب الذي حرم المريض من فرصة الشفاء مع التأثير السببي للحالة الصحية للمريض ومدى قابليته للشفاء، وتقبل العلاج بالنظر إلى حالة المرض ذاتها ومدى تقدم الطب فيها[١٥٠] .

ورغم ذلك التشابه فما زال هناك فارق بين الحالتين يتوقف على عامل الاحتمال. ففي حالة تقييد التعويض بسبب الحالة المرضية للمضرور اعمالا لنظرية السببية الملائمة، فأن القاضي يقوم بالمقارنة بين سببين معروفين اشتركا معا في احداث الضرر على وجه اليقين. أما في حالة ضياع الفرصة فأن المقارنة تجرى بين الآثار المحتملة للعديد من العوامل هي ذاتها محتملة وليست أكيدة.

---

(١٤٧) والمقصود بالضرر هنا، مع تفويت الفرصة، الضرر الاحتمالي، وقد اعتنقت بعض التشريعات هذا الحل بنص خاص، أنظر على سبيل المثال المادة ٢٥٤ من القانون الالماني، والمادة ١٥٨ من قانون الالتزامات البولونى .

(١٤٨) وإلى طريقة التقدير الكيفي يمكننا أن نشير إلى القضاء الذي يقسم التعويض في حالة خطأ المضرور وعند تعدد المسئولين وفقا لمدى تسبب كل منهم في الضرر. أنظر على سبيل المثال ٢ مدني فرنسي ١٢ مايو ١٩٧١، الاسبوع القانوني ١٩٧٢ ـ ٢ ـ ١٧٠٨٦ .

(١٤٩) وهذا ما يحدث في حالة تخفيف المسئولية وانقاص التعويض في حالة اشتراك بعض الوقائع الطبيعية مع خطأ الانسان في احداث الضرر أو تشديد نتائجه. أنظر على سبيل المثال مدني فرنسي ١٠ مارس ١٩٤٨، المجموعة المدنية ـ ١ ـ رقم ٨٣ ص ٢٥٤. وكذلك في حالة انقاص التعويض بسبب الحالة المرضية للمضرور واستعداده السابق للضرر .

(١٥٠) أنظر في هذا المعنى ١ مدنى فرنسي ١٨ مارس ١٩٦٩ الاسبوع القانوني ١٩٧٠ ـ ١٦٤٢٢ تعليق رابى .

فالخطأ الطبي الذي تسبب في تفويت فرصة الشفاء دوره السببي غير أكيد بل محتمل فقط، ومع ذلك فأنه يؤخذ على أنه يؤدي إلى النتيجة الضارة، ونفس الحكم أيضا بالنسبة لعوامل أخرى خارجية متعددة تكون غير مؤكدة في دورها وأثرها السببي .

وهكذا نرى أن التعويض في تفويت الفرصة يقدر دائما بالاستناد إلى الاحتمال وليس اليقين، وهذا مالا يمكن قبوله إلا بالتوسع في التفكير التقليدي للسببية الملائمة بإدخال عنصر الاحتمال فيها. لذلك فأن اللجوء إلى فكرة السببية الملائمة وأن كان يساعد في تقدير قيمة الفرصة الضائعة وتعويضها تعويضا جزئيا، إلا أنها لا تكفي في الواقع لتأسيس وتبرير هذا التعويض تأسيساً كاملا من الوجهة القانونية مالم تعمق تفكيرها عن عنصر الاحتمال بجعله عنصراً أساسياً جوهرياً وليس عرضياً .

الجمع بين السببية والاحتمال :

٥٥ ـ تبين لنا مما سبق أن نظرية السببية الملائمة تصلح كأساس لتبرير القيمة الذاتية للفرصة، ومن ثم تبرير التعويض عن فواتها، ولا ينقصها في ذلك سوى تعميق أخذها بفكرة الاحتمال، التي تأخذ بها من حيث المبدأ وتعتد بها في تقدير التعويض، وجعلها عنصرا جوهريا مقصودا لذاته، وليس مجرد عنصر تبعي أو عرضي .

وهذا ما لجأ إليه بعض الفقهاء مطالبا بالجمع بين كل من السببية والاحتمال في معيار واحد يمكن بمقتضاه تبرير وتفسير التعويض عن فوات الفرصة، التي تتميز باعتدادها بأسباب احتمالية بحتة وليست مؤكدة، على الرغم مما يتطلبه المنطق القانوني للتعويض من ضرورة تحقيق ووجود علاقة سببية أكيدة ومباشرة بين الضرر والفعل المسبب له .

فقد برر الفقيه جاك بوريه[١٥١] التعويض عن فوات الفرصة وقدر هذا

(١٥١) مقاله السابق الاشارة اليه بالاسبوع القانوني ١٩٧٤ ـ ١ ـ ٢٦٢٠ .

التعويض بفكرة السببية التي تعترف، في حالة تعدد أسباب واقعة أو أمر ما باختلاط السببية بالاحتمال أو بما أسماه القانون السببي بالقانون الاحتمالي، مستندا في ذلك إلى حقيقة مؤدها أنه بتحليل الاسباب المختلفة لظاهرة أو واقعة ما، نجد دائما وفي جميع الحالات عاملا أو أكثر يكون مجهولا إلى حد ما، لذلك فأن تقرير توافر علاقة السببية بين ظاهرتين لا يقوم دائما على اليقين والتأكيد، بل يكون هناك محل لقدر من الاحتمال .

استنادا إلى هذا التفكير يرى بوريه أن علاقة السببية التي يعتد بها في التعويض عن فوات الفرصة يجب أن تفسح مجالا للأخذ بأسباب محتملة فقط وليست مؤكدة، أي تعتد بالنسبة لهذه الاسباب باثارها المحتملة وليست المؤكدة[١٥٢] .

٥٦ ـ على أن عنصر الاحتمال في علاقة السببية لا ينظر إليه ويعتد به على أنه مجرد إحتمال نظري بحت، 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 أن علاجا ما يجلب الشفاء بنسبة ٩٠٪، فأن ذلك يعد دليلا معقولا، الذي وإن كان لا يصل إليحد اليقين إلا أنه يصل إلى حد الترجيح الذي يمكن معه الاعتداد به إلى درجة معقولة[١٥٣] خاصة إذا ما تعذر الوصول إلى اليقين والتأكد. .

---

(١٥٢) المقال السابق رقم ٢٣ . وبهذا التوسع في مفهوم علاقة السببية يجب الا ينظر إلى السبب على أنه الواقعة الضرورية التي لا بد منها لوقوع الضرر، فلا يعقل مع ادخال عنصر الاحتمال في السببية أن نعود ونطلب التأكد واليقين، لذلك فوصف السبب بأنه الشرط الضروري "sin qua non" لا يتمشى الا مع السببية بمعناها التقليدي وليس في تطبيقها على فوات الفرصة .

(١٥٣) ويستشهد بوريه تأكيدا وتدعيما لنظريته بما يحدث في المشروعات العامة الحديثة، التي تستند في انشطتها العملية على المعطيات الحسابية، والتي تقوم في جانب منها على عامل «الخبرة» أي على بعض التقديرات المحسوبة مسبقا، كأن يقول الشخص مثلا في تبريره أو تفضيله لعمل معين: «أنى قمت بذلك العمل لأن السوابق اثبتت صلاحيته ونجاحه».

وهكذا، عندما يعتد القاضي بفوات الفرصة، فأنه لا يترك مجال السببية، بل على العكس هو يعضدها بالاشارة إلى قانون الاحتمال الذي نعتد به دائما في حياتنا العملية دون أن ندرك ذلك. وعندما يقدر القاضي قيمة الفرصة الفائته فأنه يقدر حسابيا التقابل والعلاقة بين الفعل الذي فوت الفرصة والضرر الذي 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 يبعد عن اليقين إلا أنه يكون كافيا لتقرير وجود علاقة بين عدم العلاج والضرر تكفى لمساءلة الطبيب، أما إذا أجاب الخبير بأن من بين ألف مريض عولج بهذا العلاج شفى منهم خمسمائة، فأن القاضي عندئذ يملك «يقينا» حسابيا كافيا لتقرير أن المريض كان يملك فرصة واحدة من بين اثنتين للشفاء، وبالتالي لا تكون فرصة المريض في الشفاء كاملة وإنما تقدر بالنصف فقط.

٥٧ ـ ولم يفت الأستاذ بوريه أن يوضح ويؤكد أن دمج القانون السببي بالقانون الاحتمالي، على الوجه السابق، لا تعارض فيه مع المنطق القانوني البحت، فعلى الرغم مما قد يبدو لأول وهلة أن ذلك التفكير يتناقض مع ما تستلزمه المسئولية وما يفترضه التعويض من ضرورة التأكد من تحقق علاقة السببية بين الضرر والفعل الموجب للمسئولية والتعويض، إلا أنه مع التدقيق يتضح عدم وجود لهذا التناقض، فالمشرع ـ يقرر الأستاذ بوريه ـ لم يفرض على القاضي أي نظام محدد للسببية يتقيد به، ولم يفرض عليه قبول التأكيد واليقين فقط في هذا المجال، بل سمح له بالاعتداد والأخذ بتأكيد انساني واقعي أو معقول، يصل إليه بمساعدة القرائن التي تترك لمطلق تقديره لذلك يقع على القاضي تعميق فكرة السببية باتباع تقدم الافكار العلمية التي تسهل له عملية الاثبات، مع اتباع الارقام الحسابية التي توضح أن الظواهر الاحتمالية تكون قابلة للتحقق بنسب مختلفة. ويؤكد بوريه أن اعتداد القاضي بالاحتمال المبنى

على الاسس والحقائق العلمية لا يتضمن انكارا أو اعتداء على قواعد الاثبات، والقرائن يقتصر دورها على مجرد نقل عبء أو محل الاثبات فالحق في التعويض، كما يقرر الفقه، لا يعرف الا تأكيدا نسبيا وليس مطلقا[١٥٤] وفي هذا المجال يستخدم القاضي في معنى نسبي كلمات لها عادة معنى مطلق أو قريب من الاطلاق. فالضرر المحقق هو غالبا الضرر الذي يعظم فيه الاحتمال والترجيح إلى درجة اعتداد القانون به، أما الضرر المحتمل فهو الذي يقل فيه ذلك الاحتمال إلى درجة عدم الاعتداد به[١٥٥].

٥٨ ـ أما عن كيفية وصول القاضي إلى المعطيات العلمية الجادة وحساب الاحتمالات وتقديرها، فيتم، كما يقرر الاستاذ بوريه، باللجوء إلى الخبرة واستشارة أهل المعرفة والتخصص. لذلك فلا غرابة أن يظهر مبدأ التعويض عن فوات الفرصة في ذلك المجال الذي يكون فيه القاضي نفسه «خبيرا» ومختصا بتحديد مدى وقيمة فرص النجاح التي فاتت على المدعى نتيجة خطأ محاميه أو مستشاره القانوني. لنفس العلة أيضا فقد تطور هذا القضاء في مجال المسئولية الطبية حيث يعهد القاضي إلى اللجان الطبية المختصة تحديد الفرص التي كان يملكها المريض. أخيرا فأن اللجوء إلى الخبرة في مجال تعويض فوات الفرصةلا يمثل صعوبات تذكر، خاصة وأن هذه الخبرة وتقريرها ليست ملزمة للقاضي وتتم تحت رقابته.

---

(١٥٤) ستارك، الالتزامات، رقم ١٠٤.

(١٥٥) مازو وتنك، المسئولية المدنية جـ ١ رقم ٢١٦.

الخاتمـــة

٥٩ ـ تعرضنا في دراستنا السابقة لتعويض فوات الفرصة، وبالاحرى تعويض الضرر المترتب على تفويت فرصة الكسب. وتبين لنا أن هذا التعويض تعترضه صعوبتان، احداهما خاصة بتقرير مبدأ التعويض ذاته، أي قبول التعويض عن فوات الفرصة، والثانية خاصة بمدى هذا التعويض عند اقراره .

أما عن مبدأ التعويض عن فوات الفرصة، فأن العقبة الاساسية التي تعترضه تتعلق بطبيعة الضرر المترتب على فوات الفرصة وكونه ضررا احتماليا وليس محققا. فالتعويض يفترض أساسا له ضررا محققا لحق المطالب به، أما الضرر الاحتمالي، الذي يتحقق مع فوات الفرصة فلا يكفى للتعويض لكونه مجرد ضرر افتراضي نظري .

بيد أنه إذا كان الضرر الذي يتحقق مع فوات الفرصة، والمتمثل في الحرمان من الكسب الاحتمالي الذي كان يمكن أن تؤدي اليه الفرصة، ضررا احتماليا، فأن للفرصة ذاتها قيمة خاصة ذاتية، وحرمان المضرور من هذه القيمة يمثل، ولا شك، ضررا محققا، ويستوجب، لكونه كذلك التعويض. واستنادا إلى هذا المنطق قام القضاء بالفعل بالتعويض عن تفويت الفرصة، باعتبار أن فوات الفرصة في ذاته يمثل ضررا محققا، هو حرمان المضرور من هذه الفرصة بما لها من قيمة ذاتية، ومن ثم يستوجب التعويض، الذي يتحدد في قيمة الفرصة ذاتها وليس في قيمة الكسب الذي كان يمكن أن تحققه .

وأما عن مدى وقدر التعويض عن فوات الفرصة فأن العقبة التي تواجهه تتمثل في صعوبة تقدير هذا التعويض، فلأن الضرر احتمالي غير محقق فأن تعويضه، على فرض اقراره، يستعصى عن التقدير والتحديد. أما وقد تحدد التعويض عن فوات الفرصة، في قيمة هذه الفرصة وليس قيمة الكسب

الاحتمالي الذي تؤدي إليه، فقد زالت عقبة التقدير، فالتعويض يقدر بقدر الضرر، والضرر تمثل في قيمة الفرصة، اذن فالتعويض عن فوات الفرصة يتحدد في قيمتها الذاتية، والتي يترك تقديرها لقاضي الموضوع اعمالا لسلطته المعترف له بها في هذا المجال .

وفي تحديد القضاء للقيمة الذاتية للفرصة يلجأ في الواقع إلى الكسب الاحتمالي، على أساس أن قيمة الفرصة وأهميتها تتحدد فيما تتضمنه من امكانية لتحقيق ما تؤدي إليه. فبقدر تحقيق الفرصة للكسب بقدر ما يكون لها من قيمة ذاتية، بمعنى آخر تتحدد قيمة الفرصة، أساس تقدير التعويض، بعلاقة السببية بين الفرصة والضرر المتمثل في الكسب الاحتمالي الذي فات على المضرور وحرم منه. ولأن هذا الكسب احتمالي فيكون الضرر المقابل له احتماليا أيضا، ومن ثم فأن علاقة السببية تكون بدورها احتمالية وليست محققة لأنها ترتبط بعامل احتمالي غير محقق وهو الضرر .

وهذا ما يميز في الواقع التعويض عن فوات الفرصة، فهو يعتمد ويقوم بصفة أساسية على الاحتمال والتوقع وليس الجزم واليقين، لأن عناصره التي يقوم عليها من ضرر وعلاقة سببية ليست محققة وإنما احتمالية فقط .

٦٠ ـ والواقع لو أننا أخذنا بالمنطق القانوني البحت، وطبقنا قواعد وشروط التعويض على فوات الفرصة لتعذر علينا الوصول إلى النتيجة التي انتهينا اليها بتعويض فوات الفرصة .

فالفرصة التي يستند المضرور على فواتها لتعويض الضرر الذي يدعيه لن تخرج عن أحد الاحتمالين الآتيين :

ـ فاما أنها كانت تؤدي بالفعل إلى الكسب الذي كان يأمله المضرور لو اتيحت هذه الفرصة، وفي هذه الحالة يستوجب تفويتها التعويض الكامل عن كل الكسب الذي حرم منه المضرور، لأنه يمثل عندئذ ضررا محققا .

ـ واما انها لم تكن تؤدي بحال من الأحوال إلى الكسب الذي كان يأمله

المدعى، وهنا لا يكون لفواتها أي تأثير عليه، ولا يكون هناك محل للتعويض، لا تعويض كامل ولا تعويض جزئي .

ولذلك فالادق فيما يتعلق بتعويض فوات الفرصة، محاولة التوصل إلى أحد الاحتمالين السابقين، أما بتقرير ان ضررا محققا لا بد وأن يلحق المدعى نتيجة تفويت فرصة الكسب عليه، أو تأكيد انعدام كل ضرر مع تفويت الفرصة، وفي الحالة الأولى نتواجد أمام مسئولية كاملة عن ضرر محقق تفرض التعويض الكامل، وفي الحالة الثانية لا تكون هناك مسئولية كلية. بمعنى آخر أن ما يجب أن ينتهى اليه فوات الفرصة هو إما التعويض الكامل أو عدم التعويض كلية، ولا محل للتعويض الجزئي .

فأن تعذر على القاضي ترجيح أيا من الاحتمالين السابقين، فهنا تفرض نظرية فوات الفرصة وجودها، ليس استنادا إلى اعتبارات قانونية، وإنما املاء لاعتبارات واقعية تتعلق بصعوبة الاثبات، وخشية الحكم بتعويض كامل، في حالات لا يثبت فيها الحق في التعويض مطلقا، أو العكس رفض التعويض كلية في حالات قد يستحق فيها التعويض الكامل، فيكون أعدل الامور الحكم بتعويض جزئي يتوقف على قدر الاحتمال المتوفر لتحقيق الفرصة للكسب .

وعندئذ الا يجب أن نعترف أن الضرر الذي يعوض هو في الواقع ضرر احتمالي وليس محققا، وان تعويضه يتم على سبيل الاستثناء، ولذلك فأن تعويضه يكون جزئيا، باعتباره حلا وسطا بين التعويض الكامل وانعدام التعويض .

هذا ما نراه فعلا، ومن ثم نقرر صراحة في ختام دراستنا أن التعويض عن فوات الفرصة هو في الحقيقة تعويض عن ضرر احتمالي اقتضته ضرورات الواقع، وأملته اعتبارات العدالة. فالقيمة الذاتية للفرصة التي يتم التعويض على أساسها باعتبارها ضررا محققا تستند في وجودها وفي مداها على ضرر احتمالي، بل وتقدر بجزء من هذا الضرر، ومن ثم فلن تخرج بدورها عن كونها ضررا احتماليا ايضا .