الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جـــــــامعة غردايـــــــة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

عنوان المذكرة:

التعويض عن ضرر فوات الفرصة

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر حقوق

تخصص: قانون خاص

إعداد الطالبان:

- لعساكر ابراهيم.
- بضليس يوسف.

تحت إشراف الدكتور:

– الشيخ صالح بشير

لجنة المناقشة

الإسم واللقب	الجامعة	الصفة
أ. د / باباعمي	جامعة غرداية	رئيسا
أ.د / الشيخ صالح بشير	جامعة غرداية	مشرفا ومقررا
أ. د / جقاوة قادة	جامعة غرداية	مناقشا

السنة الجامعية: 2019_2020 م

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

وَقُلِ ٱعۡمَلُواْ فَسَيَرَى ٱللَّهُ عَمَلَكُمۡ وَرَسُولُهُۥ وَٱلۡمُؤۡمِنُونَۖ وَسَتُرَدُّونَ إِلَىٰ
عَٰلِمِ ٱلۡغَيۡبِ وَٱلشَّهَٰدَةِ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمۡ تَعۡمَلُونَ ١٠٥

سورة التوبة الآية 105

إهداء

الحمد لله الذي به تتم الصالحات والصلاة والسلام على خير الخلق محمد عليه أزكى الصلاة والتسليم.

ما أجمل أن يجود المرء بأغلى ما لديه والأجمل أن يهدي الأغلى للأغلى هي ثمرة جهد أهديها إلى التي كانت سببا لنجاحي إلى رمز الحب والتضحية، إلى القلب الناصع بالبياض أمي الحبيبة حفظك الله تعالى ورعاك

إلى من كلله الله الهيبة والوقار إلى من علمني العطاء بكل فخر أرجو من الله أن يمد في عمرك أبي العزيز

إلى الشموع التي أنارت دربي والتي كانت مصدر إلهام لي إخوتي وأخواتي حفظهم الله تعالى

إلى صديقي وزميلي في العمل الذي عمل بكل إخلاص في سبيل إنجاح هذا العمل والذي كان مصدر قوة وإلهام لي

إلى كل من آنسني في دراستي وشاركني همومي زملائي وأصدقائي

لعساكر إبراهيم

إهداء

بسم الله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه

أهدي ثمرة جهدي إلى أمي الغالية قرة عيني أطال الله في عمرها

إلى أبي الحبيب الذي سهر على راحتي أطال الله في عمره

إلى إخواني وأخواتي، إلى من جعلهم الله إخوة في الله ومن أحببتهم وزملائي وأصدقائي وإلى جميع من ساهم في إنجاز هذا العمل المتواضع خاصة الصديق والزميل إبراهيم لعساكر وإلى كل من ساعدني في إنجاز هذه المذكرة.

بضليس يوسف

شكر وتقدير

نشكر الله عز وجل الذي أعاننا على إتمام هذا العمل، ونشكره ونحمده على هدايته لنا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

وإيمانا بفضل الاعتراف بالجميل، وامتثالا لتوجيه نبينا محمد صلى الله عليه وسلم الذي قال :

<< من لا يشكر الناس لا يشكر الله >>

نتوجه بالشكر والتقدير والعرفان إلى دكتورنا المشرف الفاضل الشيخ صالح بشير الذي أمدنا بنصائحه وتوجيهاته ومعاملته الحسنة، والذي قبل الإشراف على هذه المذكرة وتشجيعه المتواصل طيلة إنجازها، وملاحظاته القيمة التي ساعدت على إتمام انجاز هذا العمل.

كما أتقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بالموافقة على مناقشة هذه الدراسة لأجل تقويمها وإثراءها

وإلى جميع أساتذتنا الأفاضل الذين أمدونا بالعلم خلال مسارنا العلمي.

وختاما إلى جميع الإداريين بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة غرداية

قائمة المختصرات

باللغة العربية والفرنسية:

المختصر	الشرح
ج.ر	الجريدة الرسمية
ق.م.ج	القانون المدني الجزائري
ط	طبعة
س	سنة
ج	جزء
د.س.ن	دون سنة النشر
د.د.ن	دون دار النشر
ص	صفحة
ص.ص	من صفحة الى صفحة
P	Page
Pp	de la page à la page
E	Edition
N°	Numéro

الملخص:

يكتسي الضرر أهمية بالغة لتحقيق المسؤولية بوجه عام، وهو أساس تعويض المتضرر، سواء تحقق خطأ المسؤول أم لا، وينشأ حق المطالبة بالتعويض باللجوء إلى القضاء مهما كان نوع الضرر ودرجته ماديا كان أو معنويا، وحتى فوات الفرصة التي تعتبر بمثابة ضرر محقق يستوجب التعويض، فالضرر هنا يتكون من عنصرين هما، العنصر الأول وهو تحقق ضرر فعلي وحقيقي، والعنصر الثاني وهو الفوات المؤكد والنهائي للفرصة.

يتحصل المتضرر على تعويض إما من المسؤول مباشرة، أو تتحمل عنه شركة التأمين على أساس وجود تأمين إجباري بذلك، بالإضافة لما يتحصل عليه من تعويضات عينية ونقدية تتكفل بها هيئة الضمان الاجتماعي، كلما تحققت شروط التغطية على أن تتمكن هذه الأخيرة من حق الرجوع على المسؤول عن كل التجاوزات التي تسبب لها نفقات إضافية، رغم الاختلاف فيما يذهب اليه القضاء عند استعماله لنظرية فوات الفرصة، الا ان الهدف الذي يصبو اليه يعتبر واحدا في كل الحالات، ويتمثل في تحقيق العدالة والانصاف بين طرفي العلاقة.

الكلمات المفتاحية: الضرر، فوات الفرصة، المتضرر، التعويض.

Summary :

Compensation in the area is based on the damage which is of paramount importance in establishing responsibility, and which the patient cannot receive compensation for damage suffered, whether the damage resulted from a fault or not.

The victim can seek compensation through the courts regardless of the degree of damage, whether material or moral, or even the loss of a chance, and this to force the manager to repair the damage it caused.

The damage here consists of two components: the first component, which is actual, and real harm, and the second component, which is the definite and final miss of the opportunity.

The victim obtains compensation either directly from the responsible or by the insurance company in the event that last took out a liability insurance contract, she can also be compensated by social security when there beneficiary

Despite the difference in what the judiciary goes to when it uses the theory of missed opportunity, the goal it seeks is considered one in all cases, and that is to achieve justice and equity between the two parties to the relationship

مقدمة

المقدمة:

أولا مدخل العام للموضوع:

مهما اختلفت الآراء حول تحديد أساس المسؤولية المدنية واعتبار الخطأ هو الأساس المتفق عليه، الا انه يبقى الضرر هو الشرط الأساسي لاستحقاق التعويض. فمتى تحقق الضرر وتم اثباته، تقوم المسؤولية واستوجب التعويض عنه.

ويعد موضوع ضرر فوات الفرصة من المواضيع التي استحقت المناقشة واستوجب من القضاء أن يعرض لها في اجتهاد ليس محدودا معالمه. وكان يعول على فرصة تتيح له الحظ في أن يحقق أمله لو سارت الأمور وفق مجراها الطبيعي حيث يفترض في ضرر فوات الفرصة أن المضرور كان يأمل في منفعة تؤول إليه، فأتى محدث الضرر بفعله الضار ليحرمه من هذه الفرصة، ويبدد أمله ويجعل من المستحيل الجزم بجدوى تلك الفرصة وما ستكشف عنه لو أتيحت له. رغم انه لم يكن يهتم في البداية بالضرر المعنوي بنفس درجة اهتمامه بالضرر المادي لصعوبة تقديره.

الا انه توصلت التشريعات الى النص على ضرورة التعويض عن هذا الضرر رغم الخلاف الفقهي والقضائي الذي دام حقبة من الزمن بين الاخذ والرفض. فإذا لم يكن الضرر محققا، بل كان ضررا احتماليا فحسب يحتمل وقوعه ويحتمل عدم وقوعه، فلا يقبل التعويض بل يتعين الانتظار إلى حين تحقق أيا من الاحتمالين فإن وقع الضرر وتحقق استحق التعويض، وان لم يقع فلا تعويض.

فالهدف من إقامة المسؤولية هو جبر الضرر المترتب عن اخلال بالتزام عقدي او الضرر الناتج عن الاخلال بالتزام قانوني، أي التعويض عنه أيا كان ماديا او معنويا، لذلك يتعين توافر ثلاثة شروط لكي يقوم الحق في التعويض عن الضرر المترتب على فوات الفرصة وهي :الفعل الضار، ثم الضرر واخيرا العلاقة السببية بين الفعل الضار والضرر في فوات الفرصة.

ثانيا: إشكالية البحث:

من خلال دراستنا لهذا الموضوع تتمثل اشكاليتنا الرئيسية فيما يلي: ما طبيعة التعويض عن ضرر فوات الفرصة. وما احكامه الفقهية والقضائية؟

ويندرج تحت الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية من أهمها:

1-هل هناك تعريف محدد يمكن له وصف ضرر فوات الفرصة ؟

2-ما هي الشروط الخاصة للضرر في فوات الفرصة عن المضرور؟

3-ما هي الشروط الخاصة لتعويض المضرور عن ضرر فوات الفرصة؟

4-هل يرتبط التعويض عن ضرر فوات الفرصة بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي وغيره من انوع الضرر؟

ثالثا: أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع في الدعائم التي تقوم عليها نظرية فوات الفرصة وفي جميع حالاتها هو علم الاحتمالات، وبالتالي يمكننا القول ان نظرية فوات الفرصة هي نتاج الدمج بين العلم القانوني وعلم الاحتمالات ليكون لدينا نظرية فريدة من نوعها لا مثيل لها. وتتضمن هذه الدراسة أهمية علمية تتكون من جانبين أساسيين هما، أهمية نظرية والتي تحتوي على إضافة مفهوم عن ضرر فوات الفرصة الواقع على المضرور، وعلى الطبيعة القانونية لضرر فوات الفرصة وعلى التطور التاريخي من خلال نظرة الفقه والقضاء في تعويض المضرور عن ضرر فوات الفرصة في القوانين القديمة والحديثة، وتمييز طبيعة ضرر فوات الفرصة عن غيره من أنواع الضرر هذا كله من جانب، ومن جانب آخر تتطرق هذا الدراسة إلى الأهمية العملية في تقدير التعويض العادل عن ضرر فوات

الفرصة ومدى جدية الفرصة التي يستحق المضرور التعويض عنها عند ادعائه بوقوع ضرر فوات الفرصة وذلك من خلال الاجتهادات القضائية بخصوص ضرر فوات الفرصة، وكيفية إثبات هذا الضرر بالطرق القانونية التي اقتنعت بها المحكمة في قرارها بتعويض المضرور وكيفية تقديرها لهذا التعويض.

فنظرية فوات الفرصة تثبت لنا وعن يقين ان القانون ليس كيانا جامدا مغلقا على نفسه يأبى ان ينظم جميع الاحداث في المجتمع. بل انه كيانا مرنا يفتح ذراعيه دائما لكل ما يستجد من احداث، رائدة في ذلك دائما تحقيق المزيد من العدالة والانصاف للمجتمع بصفة عامة وللمضرورين بصفة خاصة.

رابعا: أهداف الدراسة:

يمكن توضيح هدف هذه الدراسة من عدة نواحي:

أولا: الكشف عن الغموض الذي يحيط بضرر فوات الفرصة على المضرور بإيجاد العلاقة بين الضرر الذي وقع فعلا على المضرور وبين الضرر الذي تسبب به محدث الضرر وتمييزه عن غيره من أنواع الضرر.

ثانيا :تحديد عناصر الضرر في فوات الفرصة والمبادئ الأساسية لتعويض المضرور عن ضرر فوات الفرصة وشروط تعويض المضرور عن ضرر فوات الفرصة.

ثالثا :توضيح السلطة التقديرية للمحكمة قبل الحكم بالتعويض للمضرور عن ضرر فوات الفرصة التي قد يقع عليه من جراء الضرر الفعلي الذي تسبب به محدث الضرر.

خامسا: سبب اختيار الموضوع:

سبب اختيارنا للموضوع هو: التخصص القانوني الذي يفرض هذه الدراسة من ناحية ومن ناحية أخرى الميل الشخصي لدراسة القانون المدني بالإضافة الى رغبة الباحث وهدفه الشخصي والاساسي لنيل والحصول على شهادة الماستر في تخصص القانون الخاص.

سادسا: أهمية الدراسة:

ان تطبيق نظرية فوات الفرصة في جميع المجالات هو امر في صالح المضرور وتحقيق العدالة، ونوع الحل المتوازن عند عدم إمكانية تعويض المضرور وفقا للقواعد العامة.

وكانت نشأة نظرية فوات الفرصة في جميع المجالات، وكان اول تطبيق الفكرة في مجال الحقوق المتنازع عليها امام القضاء ومن أهمها المجال الطبي.

ومن اهم الدعائم التي تقوم عليها نظرية فوات الفرصة في جميع حالاتها هو علم الاحتمالات، وبالتالي يمكننا القول ان نظرية فوات الفرصة هي نتاج دمج بين العلم القانوني وعلم الاحتمالات ليكون لدينا نظرية فريدة من نوعها لا مثيل لها.

فنظرية فوات الفرصة تثبت لنا عن تثبت لنا وعن يقين ان القانون ليس كيانا جامدا مغلقا على نفسه يأبى ان ينظم جميع الاحداث في المجتمع. بل انه كيانا مرنا يفتح ذراعيه دائما لكل ما يستجد من احداث، مراده في ذلك دائما تحقيق المزيد من العدالة والانصاف في المجتمع بصفة عامة والمضرورين بصفة خاصة.

سابعا: منهج الدراسة:

نظرا لتشعب المسائل التي يتناولها موضوع التعويض عن ضرر فوات الفرصة فقد اعتمدنا في إنجازه على المنهج الوصفي التحليلي والاعتماد على المواد من 124 الى 140 لقانون المدني الجزائري في العمل المستحق للتعويض عموما.

وأيضا بعد التركيز على اراء الفقه واجتهادات المحاكم يعتمد من خلالها على استنباط تعريف عن ضرر فوات الفرصة، وعناصر ضرر فوات الفرصة، والمبادئ الأساسية وعناصر التعويض عن ضرر فوات الفرصة، وازالة الغموض الذي يحيط بموضوع الدراسة والاستعانة بالمصادر العلمية المختلفة ومقارنتها بموقف المشرع الجزائري مع بعض التشريعات.

ثامنا: الدراسات السابقة:

توجد بعض الدراسات وثيقة الصلة بهذا الموضوع نذكر منها:

1-سي يوسف زهية حورية، إشكالية التعويض عن الضرر المعنوي، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو.

2-امُحَّد بوصيدة، معايير تقدير التعويض عن ضرر معنوي، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، جامعة 20 اوت 1955 سكيكدة.

3-سليمان حاج عزام، الركن المعنوي في جريمة الصرف بين الانعدام والافتراض، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة مسيلة.

4-عبوب زهيرة، طبيعة التعويض عن ضرر معنوي، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة حسيبة بن بوعلي.

تاسعا: صعوبات الدراسة:

ان دراسة هذا الموضوع ينتج عنه مجموعة من الصعوبات من أهمها:

-ان الموضوع يتطلب دراسة عدة جوانب

-تقييد الباحث بعدد محدود من الصفحات مما تجعله يشح في اثراء بحثه بمعلومات كان يراها مهمة لدراسة موضوعه إضافة الى ان القانون الجزائري لم يفصل في موضوع التعويض عن ضرر فوات الفرصة بل تناول التعويض عموما، وان القضاء الجزائري لا يزال فتيا مقارنة بنظيره الفرنسي.

عاشرا: تقسيم الدراسة:

للإجابة على إشكالية البحث قسمنا الخطة الى فصلين، الفصل الأول بعنوان طبيعة الضرر في فوات الفرصة والذي يتضمن مبحثين، الأول يتمثل في مفهوم الضرر عن فوات الفرصة، ويندرج فيه تعريف ضرر فوات الفرصة، وتمييز ضرر فوات الفرصة عن غيره من أنواع الضرر. اما المبحث الثاني فيتمثل في الأساس القانوني للتعويض عن ضرر فوات الفرصة وينقسم الى مطلبين، يتمثل الأول في أساس التعويض عن فوات الفرصة، اما الثاني فيتمثل في المبادئ الأساسية للتعويض عن ضرر فوات الفرصة.

في حين ان الفصل الثاني بعنوان نطاق الضرر في فوات الفرصة والذي ينقسم بدوره الى مبحثين، الأول يتحدث عن احكام التعويض عن ضرر فوات الفرصة والذي يتفرع الى مطلبين، الأول موقف الفقه والقضاء من التعويض عن ضرر فوات الفرصة، الثاني شروط التعويض عن ضرر فوات الفرصة، اما المبحث الثاني فيتمثل في سلطة القاضي في تقدير التعويض، تطرقنا فيه الى تقدير قيمة الفرصة الفائتة كمطلب اول، وحصر التعويض بقيمة الفرصة الفائتة كمطلب ثاني، وأخيرا يكون الملخص والخاتمة.

الفصل الأول

طبيعة الضرر في فوات الفرصة

الفصل الأول: طبيعة الضرر في فوات الفرصة

يقتضي الحديث عن موضوع التعويض عن ضرر فوات الفرصة وطبيعته ومفاهيمه، والإشارة إلى أنه يعد الركن الأساسي لقيام المسؤولية المدنية بنوعيها العقدية والتقصيرية، فهي تعرف بأنها " حالة الشخص الذي ارتكب أمرا يستوجب المؤاخذة" وتعرف أيضا بأنها " حالة الشخص الذي ارتكب أمرا يستوجب إلزامه بتعويض ما سببه من ضرر للغير، و تجمع القوانين المدنية على القاعدة التي مفادها أن الفرد لا يسأل مدنيا إلا على ما يرتكبه شخصيا من أخطاء ضارة بالغير، على أن زيادة تدخل المشرع في تنظيم العلاقات المتشعبة بين الأفراد نتيجة التطور الحاصل في نشاطاتهم قد أدى إلى توسع التشريعات في مفهوم المسؤولية، ولم تعد تتطلب ضرورة وقوع الخطأ ممن يراد مساءلته شخصيا، وانتهت القاعدة الراسخة التي كانت تقضي بعدم مسؤولية الإدارة، إلا أن التشريعات الوضعية المعاصرة ، قد وضعت نصوصا قانونية تتضمن قواعد المسؤولية الشخصية و المسؤولية عن فعل الغير ، و المسؤولية عن الأشياء ، و هذه المسؤوليات تشتمل على طرق قانونية يستطيع أن يسلكها المتضرر بهدف الحصول على حقه ، فإذا سد أمامه طريق منها ، فليس هناك ما يمنع أن يستند في دعواه إلى نص قانوني آخر ، فالهدف الرئيسي من هذه المسؤوليات هو حماية المتضرر و جبر ما أصابه من أضرار.

لهذا تم تقسيم هذا الفصل الى مبحثين، الأول نتطرق فيه الى مفهوم الضرر عن فوات الفرصة، أما المبحث الثاني فنتطرق فيه إلى الأساس القانوني للتعويض عن ضرر فوات الفرصة.

المبحث الأول: مفهوم الضرر عن فوات الفرصة

لدراسة مصطلح التعويض عموما يشمل تعويض الأضرار المالية وغير المالية أو الأدبية او الأدبية التي تصيب المتضرر، أما التعويض بمعناه الضيق يعني إصلاح الضرر وجبره، بمعنى إعادة مركز المالي للمتضرر إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر ويفترض فيه إمكانية إزالة الضرر ورفعه، إما عن طريق دفع مبلغ من النقود يساوي ثمن الشيء الذي أضر به.

ومفهوم التعويض عن ضرر فوات الفرصة قد يكون غامضا لدى الكثير، ولتوضيح هذا المفهوم يجب علينا بيان تعريف ضرر فوات الفرصة (المطلب الأول)، وكذلك تمييز ضرر فوات الفرصة عن غيره من أنواع الضرر (المطلب الثاني). وذلك على النحو الذي يأتي تفصيلا.

المطلب الأول: تعريف ضرر فوات الفرصة

لقد تناول المشرع الجزائري في القانون المدني من المواد (124 -140) والتي تتحدث عن التعويض عموما أحكام المسؤولية التقصيرية أو الفعل الضار، وكان الاتجاه الذي سار في طريقه هو الانحياز إلى جانب الضعيف (المتضرر) بإيصال التعويض له بأيسر الطرق من خلال تسهيل إثبات الفعل الضار، وبافتراض أن الفعل الضار في جانب محدث الضرر مع السماح له بنفي هذه القرينة[1].

وتم تنظيم أحكام موضوع التعويض عن ضرر فوات الفرصة في المواد السابق ذكرها، لكن كيف يمكن لنا التعرض لتعويض ضرر فوات الفرصة وعناصرها دون البحث في تعريف ضرر فوات الفرصة؟ لذلك سنستعرض في هذا المطلب تعريف ضرر فوات الفرصة لغة واصطلاحا أولا، ثم الضرر المادي والمعنوي وصوره ثانيا.

1–المواد من 124 إلى 140 من القانون المدني الجزائري، الفصل 3، العمل المستحق للتعويض.

الفرع الأول :تعريف ضرر فوات الفرصة لغة واصطلاحا:

أولا لغة:

يتكون معنى ضرر فوات الفرصة في اللغة من ثلاث أقسام هي ضرر، وفوات، وفرصة. وبالتالي يكون تعريف ضرر فوات الفرصة، من خلال بعض التعريفات اللغوية هو القحط والشدة وسوء الحال الذي يصيب المتضرر في أمر ذهب عنه وأفاته إياه غيره كان من الممكن له إنتهازه[1].

ثانيا اصطلاحا:

التعويض عن فوات الفرصة ليس لديه تعريف واضح في كتب فقهاء القدامى، لأن هذه الوقائع بهذه الصورة لم تقع في عصرهم بصورة واضحة، ولو وقعت لأجابوا عليها وعرفوها تعريفا شاملا جامعا مانعا.

ولقد حاول بعض الفقهاء المعاصرين تعريفه بأنه (أن يتسبب شخص بخطئه في تضييع فرصة على آخر، يترتب عليه حرمانه مما كان يتوقع تحقيقه من كسب او من تجنب خسارة) [2].

وذهب رأي آخر إلى تعريف ضرر فوات الفرصة على أنه الفعل الضار الذي قد يؤدي إلى أن يفقد المتضرر فرصة تحقيق كسب مرجح أو تحاشي خسارة، فضرر فوات الفرصة يفترض أن المتضرر كان يأمل في منفعة يحققها أو في تحاشي خسارة تهدده، وكان يعول على أن هذه الفرصة تتيح له إمكانية تحقيق ما كان يأمله لو سارت الأمور في مجراها الطبيعي، فجاء محدث الضرر وتسبب بفعله الضار في حرمانه من هذه الفرصة، وتبديد أمله نهائيا في تحقيق ما كان يصبو إليه [3].

وذهب رأي آخر إلى أن ضرر فوات الفرصة إنما هو أمر يتعلق بتقرير ما إذا كانت الفرصة بحد ذاتها تساوي شيئا ما وأن هذا الشيئ فقده المتضرر نهائيا، ذلك أنه إذا لم يكن هناك من أحد يستطيع أن يؤكد الكسب المرجح للمتضرر في الفرصة الفائتة مما تبعه إنعدام حقه في المطالبة بما كان سيحققه من كسب مرجح، إذا فأن حرمان

1-ابادي مجد الدين محمد بن يعقوب فيروز، معجم قاموس المحيط، ط3، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، 2008، ص987

2-يوسف زكريا عيسى، التعويض الناشئ عن تفويت الفرصة أحكامه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والقانون، ماجيستير في الشريعة والقانون، كلية الدراسات العليا، جامعة أم درمان، الخرطوم، 2009.

3- زهرة، محمد المرسي المصادر غير الإرادية للإلتزام (الفعل الضار والفعل النافع) .جامعة الإمارات العربية المتحدة، مطبوعات الجامعة64 ، ط1، 2002 ص160.

المتضرر من أي تعويض فيه ظلم لأنه بالمقابل لا يستطيع أحد أن يؤكد عدم الكسب المرجح للمتضرر في الفرصة الفائتة وهذا بحد ذاته ضرر حقيقي مؤكد لأن المتضرر كانت لديه فرصة وقد فقدها وهذه الفرصة لها قيمة مالية معينة ومهما تكن الصعوبة في تقدير قيمتها إلا أن وجودها لا ريب فيه وعلى القاضي أن يبذل جهده لتقدير هذه القيم[1] . بالتعرض إلى جانب الفقهاء ممن وجدوا معنى ضرر فوات الفرصة يجب ألا نغض الطرف عما توصل إليه الفقه والقضاء في معنى ضرر فوات الفرصة، وبناء على هذا يجب عرض آراء الفقهاء وما توصلت إلى المحاكم الفرنسية ومن ثم المصرية في قراراتها حول ضرر فوات الفرصة للإستخلاص معنا لها، واضع بعين الإعتبار مقارنتها مع ما توصلت إليه المحاكم الجزائرية في قراراتها بهذا الشأن.

الفرع الثاني: تعريف الضرر المعنوي والمادي:

لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية وقوع الفعل الضار، بل لا بد أن يترتب على الفعل ضررا وإلا انتفت مصلحة المدعى في قيام دعواه.

أولا: الضرر

الضرر هو المساس بحق أو بمصلحة مشروعة للإنسان، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو عاطفته أو ماله أو حريته أو شرفه أو اعتباره أو غير ذلك[2] . والضرر هو الشرط الثاني اللازم لقيام المسؤولية، وهو الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله وهذا هو الضرر المادي، أو هو الذي يصيب عاطفة المتضرر أو سمعته أو شعوره، وهذا هو الضرر الأدبي.

1 – عدنان إبراهيم السرحان ، نوري حمد خاطر ، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص421 .

2 – طه عبد المولى طه، التعويض عن الأضرار الجسدية في ضوء الفقه وقضاء النقض الحديث، ص63 .

ثانيا: الضرر الجسماني والمادي

الضرر المادي هو في البداية وقبل كل شيء كل إصابة تلحق الجسم كالجروح الخطيرة والتي قد تؤدي إلى الوفاة، وهذه الإصابات تستوجب تعويض الضحية .والأصح أن نقول تعويض وليس إصلاح بالنسبة للأضرار الجسمانية لأنه من الصعب إصلاح الضرر الجسماني إذ من غير الممكن أن. نحيي الميت أو نصلح للمتضرر رجل أو يد بترت [1].

والضرر الجسماني هو الضرر الذي يصيب الإنسان في جسمه، فإما أن يؤدي إلى إصابته أو إلى وفاته، ومهما كانت النتيجة فإنه يترتب على ذلك أضرار مادية وأدبية، كما يمكن أن تلحق هذه الأضرار الغير من ذوي المتضرر، وبالتالي يثبت حقهم في المطالبة بالتعويض.

والضرر واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات وفي نفس الوقت تعتبر مسألة موضوعية لا رقابة للمحكمة عليها إلا فيما يخص شروط الضرر. وتتزايد أهمية الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في القانون المعاصر .وهذا هو الاتجاه الذي أخذت به الشريعة الإسلامية منذ قرون، حيث يلتزم المسؤول بالتعويض دون حاجة إلى إثبات الخطأ، رغبة في الحرص على جبر الضرر إعمالاً بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"[2]، فيكفي للضمان أن يؤدي الفعل إلى إلحاق ضرر بالغير[3].

يتبين من خلال هذه التعاريف أنه قد يصيب الضرر المادي والجسماني على سبيل المثال الضرر الطبي في جسد المريض (أولا) باعتباره فواتا لفرصة الشفاء، كما يمكن أن يمس ذمته المالية (ثانيا).

1 - Le dommage corporel est d'abord et avant tout l'atteinte portée à l'intégrité physique de la personne: les blessures plus ou moins graves et à plus forte raison la mort. Ces dommages appellent, bien entendu ,l'indemnisation de la victime .Mieux vaut dire indemnisation que réparation, car on ne ressuscite pas les morts ; et il est malaisé c'est le moins qu'on puisse dire .de rendre à l'amputé son bras ou sa jambe. Cf. François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, Droit civil (les obligations) ,6eme édition Dalloz, Paris 1996, p.559.

2- .رواه الإمام مالك في الموطأ، في باب القضاء في المرفق، تحقيق محمود بن الجميل، دار الإمام مالك، البليدة الجزائر، ص435 .

3- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص768 .

أولا :الضرر الجسدي

يقصد بالضرر الجسدي الأذى الذي يصيب جسم الإنسان، الذي قد يقع على حق الإنسان في الحياة فيزهق روحه، أو على مبدأ التكامل الجسدي، أو الحق في السلامة الجسدية ولا يزهق الروح[1]، وإنما يمس بدنه بالأذى ليسبب له عجزا جسمانيا.

1-الضرر الجسدي المؤدي للوفاة

يسمى كذلك بالضرر الجسدي المميت وهو ضرر إزهاق الروح بسبب عمل غير مشروع إرتكبه الغير على جسد الإنسان، فتتعطل جميع وظائف الجسد، إذ يعتبر عدوان على حق الإنسان في الحياة، فنصت معظم التشريعات المقارنة على هذا الحق، كما نصت عليه أيضا المواثيق العالمية كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن لعام 1948، كما منعت جميع الشرائع السماوية الاعتداء على الروح بإزهاقها لأنها من خلق الله، ويعتبر الاعتداء عليها عدوان على حقوق الله[2]،ويقصد به الضرر الذي ترتبت عنه الوفاة، ويعتبر أشد أنواع الضرر، وذلك لإصابة الروح، كتأخر طبيب التخدير المشرف على حالة المريض وهو تحت التخدير أثناء التدخل الجراحي بعدم الإسراع والسعي إلى إفاقته وحصول موت خلايا المخ وبالتالي موت الدماغ[3] ، كما قد تترتب وفاة المريض بسبب خضوعه لأعمال الوقاية المفروضة من قبل الدولة حماية للصحة العامة، إذ يمكن أن يكون ضرر إزهاق الروح ناتج عن خطأ الطبيب أو نشاط المستشفى، يقع على عاتق الطبيب إسعاف المريض وتقديم له العلاج الضروري [4]، ومع ذلك قد يمتنع الطبيب عن علاجه، أو إنقاذ حياته دون مبرر[5].

1-منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،1996 ، ص402 .

2- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص404 .

3- منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية .الرياض،2004 ، ص59.

4-المادة 9 من م.أ.ط تنص عما يلي:"يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا وأن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له."

5 - يتمتع الطبيب وفقا للإتجاه السائد في الفقه الفرنسي كسائر المواطنين بكامل الحرية في ممارسة مهنته بالطريقة التي يفضلها، إذ له الحق في قبول أو رفض العلاج، ولا يلتزم بالاستجابة لطلب المريض لأنه لو إعتبر ملزما بذلك، لأصبح في حالة عبودية لا تطاق، لكن ظهور الإتجاهات الحديثة والوظيفة الإجتماعية للحقوق قيدت حرية الطبيب فحريته في مزاولة مهنته يجب أن تستعمل في حدود هذا الغرض الإجتماعي، وإلا كان متعسفا في إستعمال حقه لأن هناك واجب إنساني يفرض عليه إتجاه المرضى والمجتمع تفرضه أصول ومقتضيات مهنته. ينظر :زاهية حورية سي يوسف، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الخاص الأول، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو2008 ، ص 66.

يترتب على امتناع الطبيب عن تقديم العلاج إصابة المريض بضرر من شأنه أن يؤدي إلى وفاته، ومن ثمة تقوم مسؤولية الطبيب، ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن ما عرض الفرنسية إثر وفاة المريضة بسبب رفض الطبيب علاجها Bordeau " على محكمة " بوردو وتتلخص وقائع هذه القضية أن طبيبا كان يعالج مريضته من استسقاء حاد في الرئة وشفيت إلا أنها غيرت الطبيب المعالج بطبيب آخر لمتابعة حالتها، وفي إحدى الليالي أصيبت باختناق، فبادرت أسرتها إلى استدعاء طبيب ثالث يقطن على بعد أربعة كيلومترات بالرغم من وجود طبيبين يسكنان بجوارها، لكن طلب منهم هذا الطبيب الاستعانة بالطبيب المعالج وأنه سيحضر إذا لم يستطيع هذا الأخير الحضور، حيث تم إبلاغ الطبيب المعالج إلا أن الوقت كان قد فات، ووجد المريضة عند حضوره توفيت[1] ، لو تدخل هذا الطبيب الثالث في الوقت المناسب لما توفيت المريضة، ونتج عنها فوات فرصة الشفاء لها و التي كانت محتملة.

يلتزم الطبيب بتشخيص المرض الذي يشكو منه المريض، ويعرف بأنّه فن التعرف على المرض بواسطة تقنيات عديدة مثل الفحص، واللمس، وتسمع دقات القلب، وقياس ضغط الدم بمساعدة أجهزة بسيطة كالسماعة، ومطرقة قياس ردود الفعل، وجهاز قياس ضغط الدم إذ ظلّت لفترة طويلة الأدوات التي يلجأ إليها الطبيب لتشخيص المرض[2] .

يعتبر الطبيب مسؤولا عما يبذله من عناية كافية في علاجه للمريض، ويكون ذلك عن طريق تحديد طبيعة المرض واختيار الدواء المناسب له، والخطأ في هذه الحالة يكون في صورة ما إذا قام الطبيب باختيار الدواء دون مراعاة ما إذا كان جسم المريض يتحمله كحالة إعطاء جرعة لا يتحملها جسم المريض عن طريق الحساسية خاصة إذا كان الطبيب أخصائيا[3].

1 ـ أدانت محكمة بوردو الطبيب الثالث بموجب قرارها الصادر بتاريخ 1955/01/25 والمؤيد بقرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1985/02/20 بحجة أنه ما دام قد علم هذا الأخير بالخطر كان عليه أن يبادر بالتدخل السريع . .أنظر :د /طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص246

2 ـجابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2000 ، ص67

3 ـيزيد دلال وعبد الجليل مختار، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الثالث، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، جامعة سيدي بلعباس،2007 ، ص61- 62 .

2-الضرر الجسدي المؤدي للعجز

يسمى كذلك بالضرر الجسدي غير المميت وهو تلك الإصابة اللاحقة بجسد الإنسان وما يترتب عنه من عجز جسماني[1]، كإتلاف عضو من أعضاء الجسم أو الانتقاص منه أو إحداث جرح[2]، أو التسبب بالعجز الدائم أو التعطيل عن العمل، فقد يؤدي إلى تعطيل كلي أو جزئي لبعض وظائف الجسم، بمعنى إصابة المريض نتيجة خطأ الطبيب، أو بسبب سوء العلاج الذي يتلقاه في المستشفى بعاهة مستديمة. يترتب على خطأ الطبيب في التشخيص المساس بسلامة المريض الجسدية، كإصابته بعاهة، أو عجز دائم، أو عجز مؤقت، وهو ما حدث في قضية عرضت على محكمة "التمييز الأردنية "تتلخص وقائعها في أن طفلة أصيبت بعاهة نتجت عن كسر في إحدى عظام الرقبة، وبسبب الخطأ في التشخيص لم يتم علاجه في أوانه بسبب عدم تصوير رقبتها، وهو ما أدى إلى الخطأ في العلاج، مما ترتب عنه إصابة الطفلة بعاهة، وتعتبر هذه العاهة صورة من صور الضرر الطبي المادي المتمثل في العجز الجسماني[3]، يؤدي سوء العلاج إلى فقدان المريض لعضو من أعضائه، فيصاب بعاهة مستديمة ومن أمثلة ذلك ما عرض على القضاء الجزائري[4] إثر كسر قدم المريض، ترتب على سوء وضع الجبس على قدمه تعفنها، مما أدى إلى بترها، فأصيب بعاهة دائمة مستديمة ويعتبر الخطأ العلاجي السبب المباشر في الضرر الذي لحق بالمريض. يمكن أن يصاب أيضا المريض بعجز جسماني نتيجة خطأ المستشفى، كأن يصاب بشلل نتيجة أعمال التمريض، وهو ما تحقق فعلا في قضية السيدة" دريج " إذ أصيبت بشلل في أطرافها السفلية ناتج عن عملية الحقن داخل العضل، فقضى مجلس الدولة الفرنسي بأن الشلل الذي أصيبت به المريضة يرجع إلى خطأ في تنظيم وتسيير المرفق العام الطبي[5]، يعتبر هذا الشلل صورة من صور العجز الجسماني.

1 – علي عصام غصن، الخطأ الطبي، ط2، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010 ، ص180 .

2 – منصور عمر المعايطة، مرجع سابق، ص59 .

3 ـ ألزمت محكمة التمييز الأردنية بتاريخ 1991/05/12 المستشفى وصاحبه(الطبيب) بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الطفلة .نقلا عن : طلال عجاج، مرجع سابق، ص257 .

4 ـ قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء قسنطينة بتاريخ 1988/02/03 الذي قضى بمسؤولية المستشفى بسبب بتر رجل المريض الناتج عن سوء العلاج. نقلا عن :حسين طاهري، الخطأ الطبي والعلاجي في المستشفيات العامة دراسة مقارنة (الجزائر-فرنسا)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2004 ، ص29

5 ـ قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 26 فيفري .1962 نقلا عن :أحمد عيسى، مرجع سابق، ص66 .

ثانيا-الضرر المالي أو الاقتصادي:

الضرر المالي[1] هو الخسارة التي تصيب الذمة المالية للشخص المتضرر[2]، ويشمل هذا الضرر ما لحق المريض من خسارة مالية كمصاريف العلاج والأدوية، أو إجراء عملية جراحية[3]، كما لو أدى التدخل الجراحي إلى إصابة ساق المريض بتعفن فينفق مبالغ مالية من أجل إجراء عملية جراحية، كذلك دفع مبالغ مالية أخرى مقابل إقامته في المستشفى، وما فاته من كسب نتيجة تعطله عن العمل خلال فترة خضوعه للعلاج وإصلاح الخطأ الطبي ، بمعنى إضعاف قدرته على الكسب كليا أو جزئيا بسبب العجز، ويرجع هذا إلى الإصابات البدنية، كالأنداب والتشوهات والحروق[4] .

يمكن أن يلحق الضرر المالي ذوي المريض في حالة وفاة العائل لهم، أو لمن يثبت أن المريض المتوفى كان يعوله وقت وفاته، إذ يصاب أولاد المتوفى بضرر مالي بسبب حرمانهم من حقهم في نفقة والدهم، نفس الضرر يصيب أقارب المريض المتوفى، متى أثبتوا بأن هذا الأخير كان يعولهم فعلا على نحو دائم ومستمر، وأن فرصة الإستمرار في ذلك كانت محققة[5].يشمل الضرر المالي على عنصرين، يتمثل الأول في المصاريف والنفقات التي خسرها المتضرر في العلاج وإجراء العملية الجراحية وشراء الأدوية ومصاريف إقامته في المستشفى، والثاني يتمثل في إنقطاع دخله الشهري بسبب تعطله عن العمل نتيجة خطأ الجراح [6].

1 _ينصب الضرر المالي على الذمة المالية للمضرور فيؤدي إلى تلفه جزئيا أو كليا أو إلى الإنقاص في قيمته أو تفويت منفعته، ومثاله إتلاف المحاصيل الزراعية أو غصب الأرض أو كسر زجاج السيارة وغيرها، فهذا الأذى يسبب للشخص خسارة مالية، يعتبر كذلك من قبيل الأضرار المالية المساس بحق الشخص في حريته أو حقه في العمل أو التنقل التي يوجب القانون التعويض عنها . ينظر: منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 407.

2 _عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات (المدنية والجنائية والتأديبية)، الطبعة الثانية منشأة المعارف، الإسكندرية،2004 ، ص 92

3 _منصور عمر المعايطة، المرجع السابق، ص 59

4 _منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،1995 ، ص50 . ينظر: منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزامات، المرجع السابق، ص407 .

5 _ منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحيين في ضوء الفقه والقضاء الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي الإسكندرية،2008، ص48 .

6 _Michèle HARICHAUX-RAMU، Santé، Responsabilité du médecin، Responsabilité civile، Editions Technique، Jurais-classeurs، Fasc. 440-1, 1993، p 13.

يجتمع الضرر المالي والجسدي معا، كما لو أصيب شخص بعاهة مستديمة نتيجة خطأ الطبيب، فيشكو ضررا جسديا وضررا ماليا نظرا لما يتطلبه من علاج ونفقات شراء الأدوية و تعطله عن العمل[1]،كما لو سقط شخص فوق طاولة العمليات وهو تحت التخدير، فأصيب بكسور على مستوى ساقيه، فيشكو المريض ضررا جسديا متمثلا في الكسور، وضررا ماليا متمثل في المبالغ المالية التي ينفقها في سبيل علاجه، وانقطاع دخله الشهري خلال فترة خضوعه للعلاج.

ثالثا: الضرر المعنوي:

لا يقتصر الضرر المعوض عليه في الضرر المادي الجسدي والمالي، بل يتعدى إلى ما هو نفسي وهو ما يسمى بالضرر المعنوي [2] ، يلحق الشخص في غير حقوقه المالية ولا في سلامته الجسدية، وإنما يصيبه في كرامته أو شعوره أو شرفه أو عاطفته، ويقصد به الأذى الذي يلحق شرف الإنسان وسمعته واعتباره ومركزه الاجتماعي [3].

يقصد به في المجال الطبي ذلك الضرر الذي يصيب المريض في شعوره وأحاسيسه نتيجة الآلام والمعاناة الناتجة عن المساس بسلامته الجسدية بسبب خطأ الطبيب أو الجراح أو سوء العلاج الذي تلقاه في المستشفى، ويتمثل أيضا في الآلام الجسمانية والنفسية التي يشعر بها المريض، ويظهر فيما قد ينشأ من تشوهات وندب وعجز في أعضاء جسمه أو بعضها [4]، كما يظهر أيضا في حالة الاعتداء على اعتبار المريض، كما في حالة قيام الطبيب بإفشاء سر المريض، فيصاب بضرر يمس بسمعته أو كيانه الاجتماعي أو حياته الخاصة، وتسمى هذه الحالات بالضرر المعنوي .

أولا :الضرر المعنوي:

يلحق المريض إثر التدخل الطبي على جسمه أو عند تلقيه الخدمة الطبية من المستشفى أضرار مختلفة، تمس كيانه الجسدي، كالجروح، أو فقد أحد أعضاء الجسم، أو التشويه، مما يجعل المريض يشعر بآلام جسمانية، أو يصاحب الآلام الجسمانية ألام نفسية بشعر بها المتضرر، ويمكن أن ترتب الإصابة اللاحقة بالمريض تشويه، وهذا

---

1 ـعلي عصام غصن، مرجع سابق، ص180 .

2 ـ يسمى الضرر المعنوي أيضا بالضرر الأدبي.

3 –حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الضرر) ، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2006 ، ص204.

4 ـمحمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2006، ص169 . ينظر : منصور عمر المعايطة، المرجع السابق، ص60.

التشويه يمس مظهره الجمالي، وقد يشعر المتضرر بآلام معنوية ناتجة عن حرمانه من متع الحياة، أو أن يصاب بضرر في حالة إفشاء الطبيب مرضه للغير.

ثانيا :صور الضرر المعنوي:

1-الضرر المتعلق بالآلام الجسمانية والنفسية

يشعر المريض إثر إصابته بضرر جسماني بآلام جسدية بسبب العجز الدائم أو المؤقت اللاحق به بسبب خطأ الطبيب، أو نتيجة سوء العلاج الذي تلقاه في المستشفى.

كما يتسبب بهذه الآلام استعمال الطبيب لأدوات وأجهزة طبية عند التدخل الطبي على جسد المريض بصفة خاطئة. تُحدث الآلام الجسمانية للمصاب ضرر معنويا بخلاف الضرر المادي مع العلم أن هناك ارتباط بينهما، وبدون الضرر المادي لا وجود لمثل هذه الآلام، والتي تستوجب التعويض.

إن صعوبة تحديد مدى الألم الجسدي ومعالمه لدى المصاب بسبب غياب معيار يحكم الأذى الجسدي من جهة، ولكون عناصره ذاتية تختلف من شخص إلى أخر بحسب السن والجنس ودرجة ومحل الإصابة في الجسم من جهة أخرى، فيلجأ القاضي في هذه الحالة إلى الاستعانة برأي الطبيب الخبير من أجل وصف الألم الجسدي، فيحدد الطبيب وصف هذا الألم انطلاقا من أثر عقاقير مخدرة أو منومة في الحد من الأوجاع أو إزالتها لمدة معينة.

تترك الإصابة الجسمانية من عاهة أو عطل دائم أو عجز أو بتر لعضو آلام نفسية تتمثل في الحزن والحسرة والضيق، فإذا أصيبت مثلا فتاة بشلل في ذراعها، فإنها تتألم بداخلها لهذا الأثر الظاهر في جسمها، فتظل تتعذب نفسيا طالما بقيت تشعر بأثر الإصابة فيكفيها أن تفكر بأن مثل هذه الإصابة ومثل هذا الألم قد يحرمها من الزواج حتى يزداد الأسى فيها، وهو ما قضت به محكمة" باريس بتاريخ 1 مارسParis " 1949[1] ، يتبين إثر ذلك الأثر النفسي البالغ الذي تتركه الإصابة الجسمانية من حرمان الشخص من أداء حاجياته بنفسه، واستعانته بالغير في ذلك إذا لزم الأمر هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن هذه الإصابة تمنعه من أداء وظيفته مما يحرمه من الدخل، ومثل هذه الآلام تزيد من شعوره بالأسى.

1 _ تتلخص وقائع هذه القضية أن الطبيب وضع الجبس على قدم المريض، فأخذ هذا الأخير يصرخ من شدة الألم طوال الأيام التالية بشكل غير عادي، ولم يعر الطبيب أي اهتمام لهذه الآلام، مما أدى بعد عدة أيام إلى شلل حركة أعصاب القدم والأوعية الدموية التي تغذيها، أدى هذا إلى حدوث غنغرينا (تعفن) لا يمكن معالجتها إلا ببتر القدم، وأن هذا البتر كان نتيجة الأخطاء المتعددة المرتكبة من قبل الطبيب .نقلا عن منير رياض حنا، مرجع سابق، ص161

2-الضرر الجمالي

يقصد به التشوهات، الندبات التي تصيب جسم الإنسان نتيجة الإصابات اللاحقة به وتظهر أهميته أكثر كصورة من صور الضرر المعنوي في مجال جراحة التجميل، هذا بالنظر إلى ما تهدف إليه هذه الجراحة، وبالتالي الإنتقاص من جمال الجسم والخلقة وما ينجر عن ذلك من تشويه .يرتكز الضرر المعنوي في مجال جراحة التجميل على الضرر الجمالي بغض النظر عن الآلام الجسمانية أو الضرر التألمي.

قد يجتمع الضررين الجسماني والجمالي في آن واحد وهو ما توصلت إليه محكم " Paris" باريس 1913/10/23[1].

باعتبار الضرر الجمالي صورة من صور الضرر المعنوي الذي يستوجب التعويض يتم تقديره بالإستناد إلى عدة معايير كالسن والجنس، والوظيفة، والوضع العائلي، وذلك لاختلاف هذا الضرر من شخص إلى أخر، ويختلف أيضا حسب جنس الشخص المصاب، فالتشويه في وجه المرأة يكون أشد أثرا من التشويه ذاته في وجه الرجل[2]، ويختلف كذلك حسب ما كان المصاب متزوجا أو أعزبا، إذ أنه في الحالة الأخيرة يؤثر الضرر على فرص زواجه كما يؤثر على صلاحيته للزواج[3]، ويدخل في تقدير هذا التعويض مستوى الجمال السابق للشخص المصاب[4].

3-الضرر المتعلق بحرمان الإنسان من متع الحياة العادية

هو ذلك الضرر الذي يمكن أن يؤدي إلى حرمان الشخص المصاب من التمتع بالحياة العادية التي يتمتع بها شخص سليم الجسم، كما لو أدى خطأ الطبيب في علاج المريض أو نشاط المستشفى عند تقديم الخدمات الطبية إلى إصابة المريض بشلل في ساقه ومن شأن هذه الإصابة أن تمنعه من ممارسة الرياضة التي اعتاد

1 _ تتلخص وقائع هذه القضية في توجه فتاة إلى طبيب التجميل من أجل إزالة الشعر الكثيف الموجود في منطقة الدقن بهدف إزالة ذلك الشعر، فأصيبت على إثره بحروق "Rotindjene" فقام طبيب التجميل بتعريض الفتاة لأشعة " روتنجن ظاهرة على وجهها، فإلى جانب إصابتها بضرر جسماني متمثل في الحروق، أصيبت في الوقت نفسه بضرر جمالي، إذ أصبح وجهها نتيجة هذه الحروق مشوها، ومن شأن هذا الضرر الجمالي أن يقلل من حظوظ هذه الفتاة إما في الحياة المهنية، أو في فرص الزواج. ينظر :عبد الشواربي، المرجع السابق، ص93 .

2 _.عاطف النقيب، نظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي (الخطأ والضرر)، ط 3، منشورات عويدات (بيروت–باريس)، وبين ديوان المطبوعات الجامعية (الجزائر)، 1989، ص317 .

3 _عبد العزيز اللصاصمة، نظرية الالتزامات في ضوء القانون المدني المقارن، المسؤولية المدنية التقصيرية (الفعل الضار أساسها وشروطها)، الدار العلمية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص115 .

4 _ يقول" بوريس ستارك " أنّه يلعب الضرر المتعلق بالمظهر الجمالي دور كبير في بعض المهن كتعرض مضيفة الطيران لتشويه يمنح لها الحق بالتعويض عن الضرر المادي والضرر المتعلق بالمظهر الجمالي حتى ولو لم يؤثر على عملها، وهو ما أخذت به محكمة " نيم NIME" في 1952/12/22. عبد العزيز اللصاصمة، المرجع السابق، ص115

عليها[1]، مما يجعله لا يحيا حياة عادية، فإذا كان المصاب طفل فمن شأن الإصابة أن تحرمه من التمتع بطفولته أما إذا كان المصاب مؤهل للزاج فإن الإصابة تحرمه من متعة الزواج.

4-الضرر الناتج عن المساس بشرف واعتبار المريض

يظهر المساس باعتبار المريض عندما يقوم الطبيب بإفشاء سر المهنة، فيصاب المريض بضرر يمس سمعته أو كيانه الاجتماعي أو حياته الخاصة [2]، بإعتبار أن الالتزام بالسر من الالتزامات القانونية والواجبات الأخلاقية التي يتقيد بها الطبيب [3] نص المشرع الجزائري على هذا الالتزام في عدة نصوص سواء في قانون حماية الصحة وترقيتها، أو في مدونة أخلاقيات الطب، ويتضح من خلال تلك النصوص أنه يقع على كل العاملين في المجال الطبي احترام السر المهني والذي يشمل جميع المعلومات التي يحصلون عليها أثناء أدائهم لمهامهم من فحص وتشخيص وعلاج وحتى المعلومات الشخصية التي قد تحصلوا عليها من المريض، وكل إفشاء لهذه المعلومات معاقب عليها جزائيا، كما لو كشف الطبيب على امرأة فوجد أنها في حالة إجهاض، وقام بإخبار خطيبها لكونه صديقه بأن خطيبته في حالة إجهاض، وهو ما يمس بشرف واعتبار المريضة.

يحق للمريض أو ذويه في حالة تضرره من جراء إفشاء سر يتعلق بالمرض الذي يعاني منه اللجوء للقضاء والمطالبة بالتعويض لمثل هذا الضرر [4].

1 ـعاطف النقيب، المرجع السابق، ص318

2 ـطلال عجاج، المرجع السابق، ص 374 و375.

3 ـ يلتزم الطبيب بالاحتفاظ بكل ما يصل إلى علمه أو يكتشفه عن المريض من أسرار، ويتعين عليه ألا يفشيها للغير، وذلك استنادا إلى ثقة المريض في طبيبه، إذ تدفعه هذه الثقة ورغبته في التخلص من ألامه إلى أن يفضي إليه بأخص أسراره ويطلعه على ما لم يطلع أحد عليه، ويشكل إخلال الطبيب بثقة المريض خطأ يسأل عنه مدنيا وجنائيا. سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعديهم، مدنيا، جنائيا، إداريا منشأة المعارف، الإسكندرية،2004 ، ص314 .

4 ـ يبيح للطبيب في بعض الحالات بإفشاء السر الطبي في حالة ما إذا كانت المصلحة من الإفشاء هو حماية مصلحة أو حق أجدر بالحماية والرعاية من المصلحة في الكتمان، ومن أمثلة ذلك مثلا إذا علم الطبيب أن مريضه المصاب بمرض معد يعمل بأحد المنشآت التي تتعامل مع أفراد المجتمع، فيقوم بإبلاغ جهة عمله بذلك يمنع انتشار المرض بين المتعاملين معه، فإن المصلحة في كتمان المرض أقل أهمية من المصلحة في منع انتشاره بطريقة وبائية بين أفراد المجتمع، وترجح مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد، كذلك في حالة ما إذا أستدعي لأداء الشهادة أمام القضاء، كذلك في حالة ممارسة الطبيب لأعمال الخبرة. شريف طباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2005، ص109 .

المطلب الثاني: تمييز ضرر فوات الفرصة عن غيره من أنواع الضرر

يعتبر ضرر فوات الفرصة ومن خلال ما سبق توضيحه في تعريفه وطبيعته، بأنه يعد نتيجة عن الفعل الضار لمحدث الضرر مما أدى إلى تحقق ضررٍ مؤكد ونهائي، وبالتالي يمكن مسائلة محدث الضرر عن تعويض المتضرر في ضرر فوات الفرصة، فالمسؤولية المدنية بنوعيها لا تنشأ ولا تقوم بغير وقوع ضرر محقق ونهائي يمس مصلحة مشروعة للمتضرر، إذا فإن تعويض المتضرر هو لأجل جبر ضرر فوات الفرصة الذي أصاب مصلحة المتضرر.

وضرر فوات الفرصة الذي يسعى المتضرر في الدعوى إلى التعويض عنه هو الضرر الذي لحق به فعلا، بمعنى أن يتمثل هذا الضرر إما بحرمان المتضرر من فرصة تحقيق كسب مرجح أو أن يتمثل في إيقاع المتضرر لخسارة كان مرجحا له تجنبها، وما عدا ذلك من أضرار فإنها تكون إفتراضية أو من محض آمال المتضرر لا يقبل التعويض عنها كون أن قاضي الموضوع عندما يبحث فيها يجد أنها غير جدية أو أن الضرر لا يمس مصلحة ترقى إلى مستوى التعويض عنها.

الفرع الأول :التمييز بين ضرر فوات الفرصة والضرر المستقبلي

ذهب رأي إلى أن الضرر المستقبلي هو ضرر تحقق سببه، وتراخت آثاره كلها أو بعضها إلى المستقبل، وهو يشمل كل ما كان سيحققه المتضرر من ربح في مستقبل حياته مما يعتبر أن أكثرها ضررا مستقبلي، وأن هذا الضرر وبحسب نظر هذا الإتجاه يعتبر في حكم الضرر المحقق ويستتبع المسؤولية والتعويض، وذهب إتجاه آخر إلى أن الضرر المستقبلي هو ضرر محقق الوقوع، ويستطيع القاضي تقدير الضرر حين حدوثه فيمكنه الحكم بتعويض مؤقت مع الإحتفاظ للمتضرر بحقه في إستكمال التعويض [1] .

ذهب رأي آخر إلى أن الضرر المستقبلي هو ضرر لم يقع بعد وليس كل ضرر مستقبلي يستبعد من عناصر الضرر الواجب التعويض عنه، إذ يجب أن يكون الضرر محققا سواءً كان قد وقع بالفعل أم كان مستقبلي، فالمهم في الضرر الذي يعتد به في عناصر التعويض أن يكون محققا سواءً وقع أم لا، أما الضرر المستقبلي غير المؤكد وقوعه فهو ضرر محتمل يستبعد من عناصر الضرر الواجب تعويضه [2].

1 ـحسين عامر .المسؤولية المدنية، 1956 ص317 . ينظر: حمزة، محمود جلال .العمل غير المشروع بإعتباره مصدرا للإلتزام .دمشق،1985، ص 101.

2 ـزهرة، مُحَمَّد المرسي .المرجع السابق، 2002 ص 158

وذهب جانب آخر من الرأي إلى أنه لكي يؤخذ الضرر المستقبلي في الإعتبار عند نظر القاضي في دعوى التعويض يجب أن يتصف بصفتين هما، أولا أن يكون وقوع الضرر مؤكداً، وثانيا أن يكون بالإمكان تحديد قيمة التعويض بشأن الضرر، وبحسب نظر هذا الإتجاه فإنه لكي يتوفر هذان الشرطان يجب أن يكون الفعل الضار قد ألحق بالمتضرر ضررا جسديا وبذلك يمكن للقاضي أن يحدد ما يشمله التعويض عن الضرر المستقبلي[1] .

أيضا فإن هناك أمثلة كثيرة عن الضرر المستقبلي كمن يتصدع جدار منزله من جراء الحفر الذي قام به جاره فسقوط الجدار أو ربما الدار كلها محقق في المستقبل، فمطالبة صاحب الجدار بالتعويض عن الضرر المستقبلي لا عيب فيه ويقوم على أساس سليم. ويمكن أن يتصور الضرر المستقبلي ممثلا بالنفقات التي سيتكبدها المتضرر الذي يعمل طبيبا أو مندوبا للمبيعات قد أصيبت سيارته بأضرار جراء حادث حيث تستغرق سيارته وقتا لإصلاحها مما سيحرمه من متابعة عمله وضياع وقته هذا بالإضافة إلى المصاريف التي يتكبدها من أجل إستئجار سيارة أخرى لمتابعة نشاطه المهني فهذا كله يتضمن التعويض عن الضرر المستقبلي. بناًء على ما تقدم يرى البعض أن جوهر التفرقة بين كل من الضررين يكمن في حقيقة أن المتضرر في ضرر فوات الفرصة يعوض عن كسب مرجح كان سيعود عليه بالربح أو ما يتجنبه من خسارة، لكن تدخل محدث الضرر بفعله الضار أدى إلى ضياع هذا الكسب المرجح عن المتضرر نهائيا بحيث أنه من الاستحالة أن يتكرر في المستقبل، بينما الضرر المستقبلي لا يعدو إلا أن يكون مجموع النفقات التي ينفقها المتضرر جراء ضرر حالي مؤكد وإلا فإنه لن يعوض عما قد ينفق من خسارة في المستقبل. لذلك فإن المحكمة أعتبرت أن الضرر الذي يتوقف على أمور مستقبلية غير مؤكدة لا يصلح أن يكون محلا للتعويض عن ضرر فوات الفرصة فهي لا تعد إلا أن تكون مجرد أمل وافتراضات من المتضرر، لكن بالرجوع إلى القرار القضائي السابق وفقا لمفهوم المخالفة إذا كان الضرر يتوقف على أمور مستقبلية ومؤكد الوقوع فإنها قد تصلح لأن تكون محلا للتعويض عن ضرر فوات الفرصة[2].

الفرع الثاني :التمييز بين ضرر فوات الفرصة والضرر المحتمل

ذهب رأي إلى أن الضرر المحتمل لا يوجب التعويض عنه إذ يعد بحسب رأيهم أنه ضرر مستقبلي غير مؤكد الوقوع، أي لا يوجد ما يؤكد أنه سيقع وبالتالي لا يكون كافيا لقيام مسؤولية محدث الضرر بتعويض المتضرر عنه،

1_ العوجي، مصطفى .القانون المدني (الجزء الثاني) المسؤولية المدنية .منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، بيروت، لبنان،2007 ، ص 200

2_ حكم محكمة النقض الفرنسية 42 كانون الثاني (جانفي) 1916 سيريه 1916-1-146 ينظر حمزة، محمود جلال،العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، دمشق، سوريا،1985، ص 101

وذهب إتجاه آخر إلى أن الضرر المحتمل غير مؤكد الحصول إذ يخرج عن دائرة المطالبة بالتعويض وذلك بسبب تعذر تحديد تاريخه وبالتالي تعذر تقدير التعويض عنه .

وذهب رأي آخر إلى أن الضرر المحتمل هو الضرر الذي لم يقع ولا يوجد ما يؤكد أنه سوف يقع إذ هو ضرر يحتمل وقوعه وعدم وقوعه، وأنه ضرر تتفاوت درجة إحتمال وقوعه من عدمه قوة وضعفا فتصل من الضعف والوهن حدا يعتبر وهميا وإفتراضيا حيث لا يكون التعويض عنه واجبا ولا تتحقق معه المسؤولية المدنية إلا بعد أن يتحقق الضرر فعلا [1].

وذهب رأي آخر إلى أن الضرر المحتمل هو ضرر مستقبلي غير محقق الوقوع قد يقع وقد لا يقع والأصل بأن هذا الضرر لا يستدعي مسؤولية محدث الضرر ومن ثم لا يلتزم بتعويضه، إذ قد يحكم بتعويض على أمل أن يتحقق مثل هذا الضرر فلا يقع فيثري المتضرر بدون سبب على حساب محدث الضرر، لذلك لا مناص من الانتظار حتى يقع بالفعل وعندئذ يكون ضررا حالا يجب تعويضه [2].

وهذا ما أخذ به القضاء الجزائري، إذ قضت غرفة القانون الخاص بالمحكمة العليا في الملف رقم 24599 بتاريخ 1982/06/23 [3] بأن التعويض يخص الأضرار الحالة والمؤكدة، بمعنى أنه مستقر على عدم التعويض على الضرر المحتمل، نلاحظ أن القضاء الجزائري أصاب حين استقر على عدم التعويض على الضرر المحتمل، لأنه لو قضى بالعكس فذلك يفتح المجال لكل شخص ونخص بالذكر المريض الذي يرى أنه يحتمل أن يصاب بضرر ما في المستقبل من جراء التدخل الطبي بأن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بالتعويض، وهذا من شأنه أن يؤثر سلبا على عمل الطبيب.

ومن الأمثلة على الضرر المحتمل ضرب الحامل على بطنها ضربا يحتمل معه إجهاضها أو عدمه فلا يجوز لها أن تطالب سلفا بتعويض عن الإجهاض ما دام أنه لم يقع ولم يتأكد أنه سيقع، أما بعد أن يقع الإجهاض فإن الضرر يصبح حالا يستوجب التعويض. ومثال آخر عن الضرر المحتمل أن يمزق شخص ورقة يانصيب مملوكة لشخص آخر وكان رقمها ثابتا حيث لا يمكن القول بأن الشخص الذي مزق تلك الورقة قد أفقد مالك الورقة قيمة الجائزة الأولى

1_سليمان مرقس، المرجع السابق .2013 .ص.140-141

2_زهرة، مُحَمَّد المرسي المرجع السابق .2002 .ص 156

3_مُحَمَّد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر،2007 ، ص 274

المخصصة لهذا اليانصيب، لأن هذا الضرر هو ضرر إحتمالي يتوقف تحققه أو تخلفه على نتيجة السحب فإن تم السحب وربحت تلك الورقة كان الضرر متحققا وإلا تخلف وإنتفى وجوده أصلا.

بناًء على ما تقدم يرى الباحث أن ما يتميز به الضرر في فوات الفرصة عن الضرر المحتمل، هو أن ضرر فوات الفرصة وقع فعلا بالمتضرر وأدى إلى خسارة محققة كان مرجحا له الحصول عليها مستقبلا لو لم يتدخل محدث الضرر بفعله الضار إلى عجز المتضرر من الحصول عليها، في حين أن الضرر الإحتمالي لم يقع بالفعل مما يجعل خسارة المتضرر ليست محققه بل هي مجرد وهم وإفتراض لا صحة له بالأصل .وهذا ما يؤكده قرار المحكمة الأخير حين ذكرت أن ضرر فوات الفرصة هو ضرر حال ومحقق بينما الضرر المحتمل مفترض ولم يتحقق وقوعه لذا لا يمكن التعويض عنه ما لم يتحقق بالفعل.

الفرع الثالث :التمييز بين ضرر فوات الفرصة والضرر المتفاقم

ذهب جانب من الفقه إلى أن الضرر المتفاقم هو ما يطالب به المتضرر من إعادة النظر في التعويض المقرر له عندما يطرأ سبب جديد يبرر هذه الإعادة شرط أن لا يكون تفاقم الضرر نتيجة لعوامل وأسباب خارجة عن حلقة السببية التي تربط بين الفعل الضار والضرر الحاصل سابقا[1].

كذلك فقد قضت محكمة إستئناف فرنسية في قرار لها بهذا الإتجاه السابق، حيث نصت في قرارها أنه:"يحق للمتضرر في حال تفاقم حالته أن يطالب بتعويض إضافي وإن كان قبض مبلغا بتاريخ الحادث، لأنه ليس في القضية ما يدل على أن هذا المبلغ كان مقطوعا نهائيا وإنما كان بالأحرى على سبيل التعويض عن حالة الجريح الحاضرة دون أخذ ما يمكن حدوثه في المستقبل بعين الإعتبار"[2] .

ومثال الضرر المتفاقم هو كمن أصيب بضرر بسيط في قدمه جراء حادث ما، وتم التعويض عنه بالكامل، وبعد فترة أصيب المتضرر بمضاعفات جسدية أدت إلى إصابته بعجز دائم ولا دخل في حصول ذلك أن صدر فعل ضار من الطبيب، أو إهمال من المتضرر، أو وجود عاهة سابقة ساهمت في حصول العجز المشكو منه، في هذه الحالة يمكن للمتضرر الرجوع بتعويض على محدث الضرر نتيجة الضرر المتفاقم. بناًء على ما تقدم يرى الباحث أن التمييز

1 ـالعوجي، مصطفى، المرجع السابق، 2007، ص201 .

2 ـالنشرة القضائية اللبنانية 1951 ص20 . ينظر العوجي مصطفى، مرجع سابق، ص201 .

بين ضرر فوات الفرصة والضرر المتفاقم، هو بالتركيز في نتيجة الفعل الضار الصادر من محدث الضرر في ضرر فوات الفرصة الذي أدى إلى توقف سير الأمور الطبيعي وهو ما كان المتضرر يأمل حصوله جالبا له كسب مرجح له في المستقبل، بينما الضرر المتفاقم هو نفس الفعل الضار من محدث الضرر لكنه أدى إلى زيادة الضرر بشكل غير متوقع عند تعويضه عن الضرر الفعلي الذي وقع عليه سابقاً، ولكن ليس بالضرورة أن يكون المتضرر قد فاتت عليه فرصة ما كان يأمل توقعها وإلا كان قد تم تعويضه عنها.

الفرع الرابع :التمييز بين ضرر فوات الفرصة والضرر المباشر والضرر غير المباشر والضرر المرتد

أولا :الضرر المباشر

ذهب رأي إلى أن الضرر المباشر هو ذلك الضرر الذي إرتبط بالفعل الضار رابطة السبب والنتيجة أي أن الضرر متصل بالفعل الضار إتصالا مباشرا وكان نتيجة طبيعية له ولم يكن بوسع المتضرر أن يتفاداه ببذل جهد معقول[1]، وبحسب رأي هذا الإتجاه فإن الضرر المباشر ينقسم إلى نوعين ضرر مباشر متوقع وضرر مباشر غير متوقع[2]، فالضرر المباشر المتوقع هو الضرر المتصل بالفعل الضار إتصالا مباشرا وكان نتيجة طبيعية له بينما الضرر المباشر غير المتوقع هو الضرر الذي لا يعتبر نتيجة طبيعية مألوفة للفعل الضار[3] .

ثانيا :الضرر غير مباشر

وأما عن الضرر غير المباشر يرى نفس الإتجاه السابق أنه ذلك الضرر الذي لم يكن نتيجة مباشرة للفعل الضار أي أنه الضرر الذي فصل بينه وبين الفعل الضار سبب أجنبي قطع رابطة السببية وبحسب أ ري هذا الإتجاه أنه لا تعويض عن هذا النوع من الضرر في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية .وأما عن الضرر المرتد يرى إتجاه من الراي أنه هو ذلك الضرر الذي يلحق بشخص آخر غير المتضرر لكنه نتيجة لإصابة الشخص المتضرر، أي أن الضرر يصيب شخصا آخر بالتبعية .

1 _الذنون، حسن علي، والرحو، محمّد سعيد .المرجع السابق، 2002، ص 266

2 _ الذنون، حسن علي، والرحو، محمّد سعيد .المرجع السابق. ص267

3 _عزيز كاظم جبر .الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية .ط 1، عمان، 1998، ص241 ، ينظر حسن على الذنون .(2006) المرجع السابق .ص241 ، ينظر محمود جمال الدين ذكي . الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات،1978 ص558 ، ينظر الجبوري، ياسين محمّد .المرجع السابق، 2008، ص 588

ثالثا : الضرر المرتد

وذهب رأي آخر إلى أن الضرر المرتد هو أن يكون الضرر الذي يصيب الضحية المباشرة للفعل الضار مصدرا لأضرار أخرى تصيب شخصا أو أشخاصا آخرين يرتبطون بالضحية المباشرة برابطة قرابة أو مصاهرة أو حتى صداقة، وبحسب هذا الرأي لا يقتصر الضرر المرتد على أقارب المتضرر الأصلي، وإنما يشمل ذلك كل شخص كانت له بالمتضرر علاقة أو مصلحة تأثرت بسبب الفعل الضار [1]. ومن الأمثلة على الضرر المباشر، والضرر غير المباشر كالذي يستأجر آلة حصادة فيخل المؤجر بإلتزامه بالإمتناع عن التنفيذ وتسليم الآلة المتفق عليها أو التأخر في تسليمها، مما يضطر معه المستأجر إلى إستئجار ماكنة حصاد أخرى مشابهة للآلة السابقة لكن بأجرة تزيد عنها، وأن ما تسبب به المؤجر نتيجة إخلاله بإلتزامه في تلف بعض المحاصيل لتأخر حصادها وخسارة المستأجر التي أدى في نهاية المطاف إلى وفاة والد المستأجر بسبب مرض عضال، لأنه عجز عن معالجته والعناية به في فترة مرضه بسبب خسارة المحصول وعدم توفر المال اللازم لمعالجته[2] . إذا من خلال هذا المثال فإن الضرر المباشر المتوقع يتمثل هنا في الفرق ببدل الإيجار الذي دفعه المستأجر من زيادة قيمة الإيجار عند إستئجاره آلة الحصاد الثانية، والضرر المباشر غير المتوقع هو تلف بعض محصول المستأجر نتيجة تأخر المستأجر عن حصاد محصوله، أما الضرر الغير مباشر فهو وفاة والد المستأجر نتيجة فقره وعجزه عن دفع المبالغ اللازمة للعناية الطبية المستمرة ومعالجته عند إصابته بالمرض [3].

وأما عن الضرر المرتد فمثاله كما لو حصل وأن تسبب شخص بقتل شخص آخر فالقتل هنا ضرر لحق المقتول في حياته ثم هو ضرر يصيب أهل المقتول وذويه ممن كان المقتول يعولهم قانونا إذ سوف ينقطع مورد رزقهم، والحق الذي يعد الإخلال به ضررا أصاب أهل المقتول وأولاده وذويه تبعا هو حقهم في النفقة قبل أبيهم المقتول ولذلك فإنه إذا ثبت أن المقتول لم يكن عائلهم فإن حقهم سيتحدد في المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي الذي أصاب المقتول ذاته دون التعويض عن الضرر المرتد .

بناًء على ما ذكرنا فإن الفرق بين ضرر فوات الفرصة وغيره من أنواع الضرر يكمن من خلال العلاقة السببية، ففي الضرر المباشر تكون العلاقة السببية بين الفعل الضار والضرر المباشر بالإتصال ما بين محدث الضرر والمتضرر

1ـ حسن أبو النجا .النظرية العامة للضرر المرتد في المسؤولية التقصيرية .دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه .من جامعة باريس، 1983. ينظر زهرة، محمد المرسي .المرجع السابق،2002 ، ص166

2ـ الذنون، حسن علي، والرحو، محمد سعيد.المرجع السابق، 2002، ص267

3ـ رمضان أبو السعد، مصادر الإلتزام .ص .358 ينظر: الجبوري، ياسين محمد .المرجع السابق 2008. ص559

شخص آخر متضرر من ضرر المتضرر الأول، وفي الضرر المرتد فإن العلاقة السببية تكون بين الفعل الضار والضرر بالتبعية ما بين محدث الضرر وأقرباء المتضرر .بينما في ضرر فوات الفرصة فإن العلاقة السببية تكون بين الفعل الضار والضرر بالترجيح بين ما كان المتضرر يأمل في تحقيقه من كسب مرجح في المستقبل وبين حقيقة الفرصة التي يدعى بها من حيث ثبوتها وجديتها.

يعد أن تطرقنا في المبحث الأول إلى مفهوم ضرر فوات الفرصة والتمييز بينه وبين الأنواع الأخرى من الأضرار، سوف نتناول في المبحث الثاني الأساس القانوني والمبادئ الأساسية للتعويض عن ضرر فوات الفرصة.

المبحث الثاني: الأساس القانوني للتعويض عن ضرر فوات الفرصة

لتحديد ودراسة الأساس القانوني للتعويض عن ضرر فوات الفرصة بصورة واضحة ودقيقة يجب علينا تحديد أساس التعويض عن فوات الفرصة تحديدا جامعا مانعا، ولذلك سوف نتناول في هذا المبحث أساس التعويض عن فوات الفرصة كمطلب اول، وكمطلب ثان نتطرق الى المبادئ الأساسية للتعويض عن فوات الفرصة.

المطلب الأول: أساس التعويض عن فوات الفرصة

يرى بعض الفقهاء أن التعويض عن فوات الفرصة يعتمد ويقوم بصفة أساسية على الاحتمال والتوقع، وليس الجزم واليقين، لأن عناصره التي يقوم عليها من ضرر وعلاقة سببية ليست محققة وانما احتمالية فقط، ولكن تعرضوا مباشرة لبيان طريقته وتقديره عند تعرضهم للحديث عن جزاء المسئولية وهو عندهم واضح لا يحتاج إلى تعريف، وهو كما عرفه الأستاذ السنهوري " ما يلتزم به المسئول في المسئولية المدنية تجاه من أصابه بضرر، فهو جزاء للمسئولية".

الفرع الأول :الضرر أساس التعويض عن فوات الفرصة

التعويض يرتبط وجوداً وعدماً بالضرر، فلا يتقرر ولا ينشأ الحق فيه إلا إذا تحقق الضرر، فلا يكفي لاستحقاق التعويض عند تنفيذ المدين لالتزامه بالعقد، كما لا يكفي الخطأ أو المسلك غير المشروع بصفة عامة، بل يتعين إلى جانب ذلك أن يصيب المدعى ضرراً نتيجة عدم تنفيذ العقد أو نتيجة الفعل غير المشروع [1].

فأساس التعويض هو الضرر الذي يدور وجوداً وعدماً معه، فإن وجد الضرر استحق التعويض، وان انتفى الضرر انتفى التعويض [2].

1 ـ إبراهيم الدسوقى أبو الليل :تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض، مطبوعات جامعة الكويت، 1995، ص17 ،18، وفى نفس المعنوي وائل محمود أبو الفتوح :المسؤولية المدنية عون عمليات نقل الدم دراسة مقارنة، غير منشور،2005 ، ص 695

2 ـحمد سلمان سليمان الزيود :المسؤولية المدنية عن عملية نقول الدم الملوث، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الموضوعي، دار النهضة العربية،2009 ، ص562

والضرر المعوض عنه في نظرية فوات الفرصة، هو فوات الفرصة ذاتها كضرر محقق ومستقل عن الضرر النهائي الاحتمالي، ولكي يستحق المتضرر تعويضاً عن فوات الفرصة لابد وأن يثبت أن ثمة فرصة قد فاتت عليه، بسبب خطأ الغير.

ومن هنا فالحرمان من الفرصة وفواتها، هو في حد ذاته ضرر حال محقق، وهناك من الحالات ما يكون فيها الضرر مفترضاً لا يحتاج إلى إثباته، وتوجد بذلك قرينة لصالح المتضرر.

فتنص المادة 176 من القانون المدني الجزائري، تعفي الدائن من إثبات الضرر، وليس معنى ذلك أن الضرر غير مطلوب للتعويض، ومثال لهذه القرينة ما يدرج في العقود، ويعرف باسم الشرط الجزائي لضمان تنفيذ العقد، فلا يكون المدعى بحاجة إلى إثبات الضرر [1].

ومن هنا فإنه في الحالات التي يعفى فيها المريض المتضرر من إثبات الضرر، يبقى التعويض مؤسساً على الضرر ويستند إليه، غاية ما هناك أن هذا الضرر يكون مفترضاً فيعفى المتضرر من إثباته.

الفرع الثاني: كفاية الضرر كأساس للتعويض عن فوات الفرصة

التعويض قد ينفصل عن الخطأ ويظهر ذلك بوضوح في الحالات التي يتحمل فيها التعويض شخصاً آخر غير من أحدث الضرر بفعله الخاطئ، ففي التأمين من المسئولية يستطيع المتضرر بما له من حق مباشر تجاه المؤمن أن يرجع عليه مباشرة بقدر التعويض الملتزم به، وفى حوادث العمل يرجع العامل بحقه في التعويض مباشرة على الجهة الملتزمة بالضمان أو التأمين الاجتماعي [2].

كما أن هناك حالات كثيرة تقوم فيها المسئولية دون حاجة إلى فكرة الخطأ، فلا يتطلب الخطأ كأساس للتعويض ويكتفى فقط بالضرر كأساس للتعويض [3] .

1 ـ المادة 176 من القانون المدني الجزائري تنص على :" إذا استحال على المدين ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، مالم يثبت استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه"

2 ـ إبراهيم الدسوقي أبو الليل :مرجع سابق، ص20 ،21

3 ـ حتى بالنسبة للحالات التي يكتفى فيها بالضرر لقيام الحق في التعويض، لا يكفي الضرر أيًا كان، بل يتعين أن يجد هذا الضرر مصدره في الاعتداء على مصلحة مشروعة، أي يحميها القانون، بالإضافة إلى انعدام الحق في إحداث هذا الضرر، بمعنى أن يكون قد وقع دون وجه حق :ينظر: أبو ابراهيم الدسوقي أبو الليل: المرجع السابق، ص22 ،23

وفى نظرية فوات الفرصة، يلعب الخطأ دورا هاماً في اكتمال عناصر المسئولية المدنية عن فوات الفرصة، فلا مسئولية عن فوات الفرصة بدون خطأ، وبالتالي يمكننا القول ان الضرر وحده أو بتعبير أدق فوات الفرصة- لا يصلح لوحده أساساً للتعويض عن فوات الفرصة، وانما لابد أن يكون- بجانبه الخطأ.

الفرع الثالث: نظرية حرمان المتضرر من كسب مرجح

بتفحص حالات وصور ضرر فوات الفرصة يلاحظ أن غالبية فرص الكسب المرجح التي يسعى المتضرر إلى تحقيقها هي كسب مرجح إيجابي، يتمثل في رجاء حصول المتضرر على أمر مرغوب يرتب له ميزة معينة، كترقية بالعمل، أو كسب مرجح لحق متنازع عليه، أو النجاح في الإمتحان. لكن نتيجة للفعل الضار الصادر عن محدث الضرر حرم المتضرر من هذا الكسب المرجح، لأن المتضرر لم تثبت له فرصة الكسب المرجح بعد وإنما كان فقط يتوقعها ويأمل تحقق النتيجة وهي فرصة الكسب المرجح، فإن هذا الكسب يعتبر لدى البعض مرجحا أو مستقبلي وهو ضرر ليس مؤكد، وإلا ثبت للمتضرر الحق في تعويضه كاملاً، وليس فقط تعويضه عن ضرر ضياع تلك الفرصة[1].

ولما كانت حالات الكسب الفائت متعددة ولا يمكن حصرها، ويأتي ذلك في نطاق توضيح نظرية حرمان المتضرر من كسب مرجح.

الفرع الرابع :نظرية إيقاع المتضرر بخسارة من المرجح تجنبها

وبعد عرض صور ضرر فوات الفرصة في نظرية حرمان المتضرر من كسب مرجح والتي قد تكون نتيجة الفعل الضار الصادر من المحامي على موكله، أو من جهة العمل على الموظف، أو عقد بيع بين شركات أو غيرها من الحالات كثير الصور التي لا يمكن تعدادها على سبيل الحصر، في حين أن ضرر فوات الفرصة في صورة إيقاع المتضرر في خسار كان مرجحا له تجنبها وإن كانت كثيرة أيضا إلا أن من أشهر حالات ضرر فوات الفرصة فيها تتمثل في أن يكون نتيجة للفعل الضار الصادر من الطبيب على مريضه، أونتيجة لوفاة رب الأسرة المعيل لها أو المعيل للغير [2].

وكما أن حرمان المتضرر من كسب مرجح في ضرر فوات الفرصة يمكن أن يكون أساسا للتعويض عن ضرر فوات الفرصة، وإن صورة هذا الكسب المرجح تتمثل في المتضرر عن ضرر فوات الفرصة في صورته الإيجابية، لكن

1 ـأبو الليل إبراهيم الدسوقي .تعويض تفويت الفرصة .مجلة الحقوق، الكويت، مجلد10 ، العدد 3، 2013 ص88 .

2 ـالمرجع السابق ص 104.

هناك أيضا صور سلبية في ضرر فوات الفرصة على المتضرر تتمثل في إيقاع المتضرر بخسارة كان مرجحا له تجنبها، لكنها أصبحت أكيدة ومحققة نتيجة الفعل الضار الصادر من محدث الضرر، إذا فالمتضرر عندما فاتته فرصة تجنب هذه الخسارة أي فرصة تجنب ضرر كان مرجحا أن يقع في المستقبل أصبح ضررا مؤكد ومحققا، وهذه الخسارة التي لحقت المتضرر لا تكون من حيث الأصل وفي ذاتها مؤكدة ومحققة إلى أن يجد قاض الموضوع الأساس القانوني الملائم لتعويض المتضرر عن ضرر فوات فرصة.

المطلب الثاني :المبادئ الأساسية للتعويض عن ضرر فوات الفرصة

مما لا شك فيه في الوقت الحاضر أن القضاء أصبح يعتبر أن ضرر فوات الفرصة واجب التعويض، لما كان الأمر يتعلق بضياع أمل حقيقي وجدي بالحصول على مميزات مستقبلية إذا ضاع هذا الأمل وأصبح مستحيلا بالفعل الضار الصادر من محدث الضرر، وحيث أن لهذا التعويض مبادئ يستند عليها قاضي الموضوع قبل الحكم للمتضرر بالتعويض وهما مبدأين أساسيين، مبدأ وجود الفرصة وجديتها وسنتناوله في الفرع الأول، ومبدأ إثبات المتضرر لضرر فوات الفرصة في الفرع الثاني، وكذا نناقش المبادئ الأساسية في الفقه الاسلامي والقانون في الفرع الثالث من هذا المطلب.

الفرع الأول :مبدأ وجود الفرصة وجديتها

ذهب رأي إلى أنه لا يكفي أن يكون الهدف أو المقصد من التعويض عن ضرر فوات الفرصة بأن تكون الفرصة مرجحه الوقوع، بل لا بد من أن تكون الفرصة محتملة التحقق والحدوث مستقبلاً بما يملكه المتضرر من الطرق والوسائل، بمعنى أن القاضي يشترط ثانياً أن تكون الفرصة جدية وحقيقية لا أن تكون وليدة الأفكار والخيال بأن يبني القاضي رجحان كسب المتضرر للفرصة الفائتة على أسباب معقولة[1] .

ويضيف الرأي السابق إلى أن جدية الفرصة بنظره لا تعني بالضرورة تحققها ذلك أنه تبعا لمبدأ النسبية فإن الإحتمال لا يؤول دائما إلى التحقق بصفة مطلقة حتى ولو توافرت له مسبباته، وأن ظروف الحال والواقع هي الطريقة الأفضل في تحديد مدى جدية الفرصة لما لها من دور في تمييزها عن مجرد الأمل الذي إختلقه المتضرر من مشاعره وأحاسيسه، وأن ظروف الحال والواقع أيضا هي التي تدل على مدى رجحان تحقق فرصة معينة بوسيلة محددة يملكها

[1] ـ إبراهيم أحمد .الوسيط في النظرية العامة للإلتزامات مصادر الإلتزام، ط1، القاهرة،1999، ص 524 و525 .ينظر: إعبية، خليل سعيد خليل ، المرجع السابق، 2005 .ص47

المتضرر لكنها لا تصل بحال من الأحوال إلى درجة اليقين والتحقق، فالفرصة الجدية بنظره تزيد عن الأمل وتقل عن اليقين.

ذهب رأي آخر إلى أن القضاء يشترط لإمكانية التعويض عن ضرر فوات الفرصة أن تكون الفرصة حقيقية وجدية، وذلك يستند على مدى قرب اللحظة التي كان سيمارس فيها المتضرر فرصته وقت حرمانه منها، فإذا كان على وشك إجتياز الفرصة فإن الفرصة تعتبر حقيقية، فكلما أثبت المتضرر أنه قد حرم من فرصة خلال ممارسته إياها أو كان على وشك ممارستها، كلما كانت الفرصة حقيقية وليست إفتراضية[1] .

ويعتبر رأي آخر أنه ليس بالضرورة أن تكون الفرصة محققه بل يكفي أن تكون نسبية، إذ يحبذ لو أنه ذهب بالقول في جدية الفرصة أنها تعني بالضرور تحققها وليس العكس، لأن وجود الجدية في الفرصة الفائتة هو ما يجعلها حقيقية أي أن جدية الفرصة ووجود الفرصة وجهين لعملة واحدة كلا منها لصيق بالآخر، كذلك يحبذ لو أن يتبع قاضي الموضوع عند تحري مدى جدية الفرصة وحقيقتها لمبدأ النسبية بل لمبدأ الترجيح وحرية الإثبات بكافة الطرق، فهذا هو الأصل في كافة دعاوى التعويض عن الفعل الضار [2].

الفرع الثاني :مبدأ إثبات المتضرر لضرر فوات الفرصة

ذهب رأي إلى أن عبء إثبات وجود الفرصة الجدية والحقيقية يقع على عاتق مدعيها أي المتضرر وذلك إعمالا للقواعد العامة للإثبات. وذهب رأي آخر إلى أن إثبات ضرر فوات الفرصة قد يرد في إطار المسؤولية العقدية كما قد يكون ضمن المسؤولية التقصيرية، وحتى على فرض إختلاف قواعد الإثبات في كل من المسؤوليتين، فإن هذا الإختلاف ليس له إنعكاس يذكر على إثبات الفرصة ذاتها، وبحسب رأي هذا الإتجاه فإنه لا يكفي من المتضرر المدعي بضرر فوات الفرصة في أحكام المسؤولية العقدية إثبات وجود العقد بينه وبين محدث الضرر المدعى عليه، بل يجبأ يضا على المتضرر إثبات ما يدعيه من فرصة كانت مرجحه له وضاعت عليه نتيجة إخلال محدث الضرر في تنفيذ ما بينهما من عقد بهدف المطالبة بالتعويض عن ضرر فوات الفرصة .

1 _ Civ.2e.3 nov 1977 p.667–com.19. juill.1971, D.1972. Sommé. p52 ينظر: زهرة، محمد .المرسي .(2002) مرجع سابق .ص 163

2 _ يوسف زكريا عيسى .المرجع السابق، 2011، ص 136

كذلك ذهب اتجاه آخر إلى أنه لا فرق في طبيعة الإثبات ما بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، فهما تتحدان في السبب وفي النتيجة وأن الفروق هي فروق ظاهرية لا تثبت عند إمعان النظر فيها وهذا ما يظهر جليا في إطار المسؤولية التقصيرية، حيث يكون على المتضرر المطالب بالتعويض عن ضرر فوات الفرصة تحمل عبء إثبات وقوع الفعل الضار والضرر الذي لحق به في فوات فرصته الجدية والحقيقية في تحقيق ما كان يسعى له من كسب نهائي مرجح له وعلاقة السببية بين الفعل الضار وضرر فوات الفرصة، أي تكفل المتضرر بإثبات الفرصة الجدية التي توفرت له وفاتت عليه بفعل محدث الضرر لكي يتمكن من إثبات ما لحق به من ضرر حقيقي[1].

وأما عن القضاء فإنه عند تعويضه عن ضرر فوات الفرصة يقيم وزنا كبيرا لعنصر الترجيح في تحقق الفرصة، لذلك يقوم تقدير قيمة الفرصة الضائعة ومدى ترجيح تحققها بالمقابلة بين الفرص الإيجابية الحسنة التي في صالح المتضرر وبين الفرص السلبية التي في غير صالحه، وهذا التقييم للفرص المختلفة يفترض بالضرورة المقارنة الجدية والدقيقة لهذه الفرص المختلفة بعد حصرها والتعرف عليها [2].

بناءً على ما تقدم يمكن إثبات ضرر فوات الفرصة بكافة الطرق، وأن عبؤه يقع على عاتق من يدعي وقوع ضرر فوات الفرصة عليه وهو المتضرر، وأنه لا فرق في طريقة إثباته ما بين المسؤولية المدنية والمسؤولية التقصيرية.

الفرع الثالث: المبادئ الأساسية في الفقه الاسلامي والقانون

أولا: في الفقه الإسلامي

يشترط الفقه الإسلامي في فوات المنفعة " فوات الفرصة " أن يكون قد انعقد سبب وجودها، والتحقق منه ان لم يكن ظاهراً لأن هذا مما تختلف فيه الوقائع، وإنه بالنظر في كتب الفقه يتبين لنا انه لم يشتهر هذا المصطلح (التعويض عن الضرر المعنوي أو الأدبي) بين فقهائنا القدامى، كذلك لا أحد يستطيع انكار أن مصطلح (الضرر) قد ورد في النصوص الشرعية عامة في الحديث الثابت " لا ضرر ولا ضرار" ومطلقة في النصوص الشرعية، فهو حينئذ يشمل كل ضرر، وكل ما يسمى بالضرر في كل عصر، فإذا كان الضرر المعنوي ضررا فعلا، وهو كذلك فإنه داخل في مذلوله على سبيل الحقيقة وليس المجاز.

1ـ إعبية، خليل سعيد خليل .مرجع سابق .2005 ص54

2ـ أبو الليل، إبراهيم الدسوقي .المرجع السابق، 2013، ص 119

كذلك من المعلوم بالضرورة ان الشريعة الإسلامية فرضت تعويضات كالدية وغيرها، وعقوبات غير مالية عن الاعتداء على الشرف والكرامة مثل الجلد ثمانين جلدة للقذف، والعزيز على أي اعتداء على العرض والشرف وغيرهما بالسب والاهانة ونحوهما، في غير القذف بالزنا، وعلل الفقهاء ذلك هذا التعزيز (لأنه آذاه بإلحاق الشين به)، حيث استدلوا بقوله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم...}، وجه الاستدلال بهذه الآية ان الله تعالى جعل التجارة بالمال فقط، والضرر المعنوي ليس بالمال وحينئذ لا يجوز التعويض عنه بالمال.

واستدلوا ذلك في النص النبوي الوارد في حرمة الاعتداء على الأموال والاعراض والانفس مثل قوله ﷺ:" إن دماءكم واموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا" وقوله:" كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه".

فذهب جماعة من المعاصرين الى ان الفقه الإسلامي لا يعترف بذلك، فلا تعويض فيه الا على الاضرار الواقعة التي يمكن تقويمها بالمال، إضافة الى ان الاضرار المعنوية كجرح الشعور وثلم الشرف لا يمكن تعويضها بالمال، ولا رفعها وازالتها به، وتنجبر به، ولذلك فإن علاجها في الفقه الإسلامي يكون بالعقوبات لا بالضمان المالي[1].

ثانيا: في القانون

الأصل أن الضرر الذي يقبل التعويض عنه، هو الضرر المحقق سواءً قد وقع بالفعل، أو أن وقوعه في المستقبل لا محالة فيه، أما الضرر المحتمل فلا يكون محلاً للتعويض ما لم يقع بالفعل فيصبح محققاً، وبالتالي يتقرر تعويضه، أو يزول احتمال وقوعه فيتأكد عدم تعويضه.

وخروجاً على هذا الأصل فقد ظهر إتجاه في الفقه والقضاء يرى جواز التعويض عن الفرصة الفائتة، وتتبلور هذه الفكرة في حالة ما إذا كانت هناك فرصة أمام شخص لتحقيق كسب معين، أو تجنب خسارة معينة، فإنه وإن كانت هذه الفرصة مجرد أمل يرجو الشخص تحقيقه، ومن ثم فإن تحقيق تلك الفرصة أمرٌ إحتمالي قد يحدث وقد لا يحدث إلا أنّ الحيلولة بين هذا الشخص وبين محاولته تحقيق فرصته تقضي على هذا الإحتمال وتحيل الفرصة التي كانت أملاً محتملاً إلى أمر مستحيل. وبعبارةٍ أخرى، فإنه وإنْ كان الضرر الذي سيترتب على عدم تحقيق الفرصة

1 ـ علي محي الدين القرة الداغي، كيفية دلالة السنة على الاحكام، قطر، 1991، ص 131

ضرراً محتملاً لا يقبل التعويض، فإن الضرر الذي ترتب بالفعل نتيجة القضاء على عنصر الإحتمال الذي تقوم عليه الفرصة، ضرر محقق يقبل التعويض.إلا أن بعض الفقهاء يرى أن هذه الفكرة تقوم على أساس الشك في وجود السببية، شكاً يحمل المسئولية من نطاق السببية اليقينية إلى نطاق السببية الإحتمالية وذلك على أساس أنه يكفي للحكم على الطبيب بالتعويض أن يثبت أنه قد أضاع على المريض فرصة بقائه على قيد الحياة، أو فرصة سلامته الجسدية، دون أن يتأكد القاضي من أن خطأ الطبيب هو السبب [1].

واستناداً إلى هذه النظرة الضيقة لفوات الفرصة والتي تركز على الإعتماد على الضرر الذي كان يأمله المتضرر، وحرم من نتيجة فوات فرصته، وكونه ضرراً إحتمالياً بحتاً، فإن القضاء وخلال حقبه طويلة من الزمن كان معادياً لمبدأ تعويض فوات الفرصة، فالضرر الذي ينظر إليه القضاء ويستند عليه ضرر إحتمالي، وهذا لا يكفي للتعويض.

بيد أن هذه النظرية الضيقة لفوات الفرصة والتي تقتصر على الصفة الإحتمالية غير المؤكدة للضرر الذي حُرم المتضرر من فرصة تحققه نظرية منتقدة، فإذا لم يوجد ما يؤكد أن الحصان سيفوز بالسباق فلا يوجد ما يؤكد عكس ذلك، وبالتالي لما وجدت الفرصة لدى المتضرر بمعناها السابق تحديده، والتي تضمن بالضرورة قدراً كافياً من تحقق الكسب، أي بقدر ما يتهيأ لها من نصيب في الواقع. عليه وطالما كان للمتضرر إمكانية كافية أو معقولة لتحقيق كسب معين، أي وجدت له فرصة لهذا الكسب، وكانت هذه الفرصة حقيقية وجدية ، فإنّ الحرمان منها يمثل ضرراً محققاً يتمثل في قيمة وأهمية هذه الفرصة ، ومدى إمكانية تحققها للكسب، ويمكن تقدير فرص الكسب الضائعة وحساب قيمة كل منها استنادا على تحقيقها للكسب المأمول وطالما أمكننا تحديد قيمة الفرصة في ذاتها التي حرم منها المتضرر، فإن حرمانه من هذه القيمة أي الفرصة يعد في ذاته ضرراً ، وضررٌ محقق ومن ثم يستوجب التعويض .

يطبق القاضي فكرة " الفرصة الفائتة" إذ فإنه تنتقل من سببية احتمالية إلى سببية أبعد مدى في هذه الاحتمالية، فالفرص والاحتمال حقيقة في السببية، حتى في النطاق التقليدي لها، والذي يمثله نظريتا السببية .الأمر الذي لا يوجد معه ما يحول التعويض عن فوات الفرصة[2].

كما ان المشرع الجزائري حدد في التعويض الجزافي قواعد يمكن معها الحصول على التعويض بصفة دقيقة، في حين انه وفقا للتحديد القانوني للمسؤولية مادام ان الضرر لم يصل لدرجة الحد الأقصى للتعويض المحدد فان القاضي

1ـ يوسف زكريا عيسى، المرجع السابق، ص 127.

2ـ المرجع نفسه، ص 128.

هو الذي يقدر التعويض وفقا للقواعد العامة، ومن الأمثلة في هذا الشأن عديدة كتحديد مسؤولية أصحاب الفنادق فيما يتعلق بالنقود والأوراق المالية والاشياء الثمينة عن تعويض لا يتجاوز خمسمائة دينار جزائري، كما بينته المادة 599 في فقرتها الثانية من القانون المدني والتي تتناول مسؤولية أصحاب الفنادق عن ما يترتب من أضرار لممتلكات المسافرين والنزلاء [1].

ووفقا للتحديد القانوني للمسؤولية في مجال تطبيقه في المسؤولية العقدية ويظهر جليا في مسؤولية الناقل مثلا، كما هو عليه الحال في الطيران المدني والقانون البحري.

لقد تناول المشرع الجزائري مسؤولية الناقل الجوي من خلال القانون رقم 98-06 المؤرخ في 1998/06/27 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني وقد استنبط الاحكام المنظمة لها من قواعد اتفاقية فارسوفيا المؤرخة 1929/10/12 وبروتوكول لاهاي المؤرخ في 1955/09/28 المصادق عليها من طرف الجزائر[2].

وتناول أيضا في مسؤولية الناقل البحري من خلال الامر رقم 76-08 المؤرخ في 1976/10/23 المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-05 المؤرخ في 1998/06/25 والمتعلق بالقانون البحري.

ويرتب عقد النقل البحري على عاتق الناقل التزامات ومتى تم الاخلال بها ترتبت مسؤولية الناقل البحري [3].

1_المادة 599 من القانون المدني الجزائري /2 "وكذلك يكونون مسؤولين سواء عن السرقة أو الضرر الذي لحق أمتعة المسافرين والنزلاء أو السرقة التي تقع بسبب تابعيهم أو بسبب المترددين على الفندق .

2_صادقت الجزائر على اتفاقية فارسوفيا المتعلقة بوضع قواعد النقل الجوي بمقتضى المرسوم رقم 64-74 المؤرخ في 1964/03/02 الجريدة الرسمية رقم 26. وصادقت على بروتوكول لاهاي بموجب المرسوم 95-214 المؤرخ في 1995/08/08.

3_مصطفى كمال طه، مبادئ القانون البحري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ط 3، ص 247

ملخص الفصل:

تكمن خلاصة هذا الفصل حول طبيعة ومفهوم الضرر عن فوات الفرصة، حيث يعتبر انه قابل للتعويض عنه، وله صورتان رئيسيتان وهما فوات فرصة تحقق كسب او فوات فرصة تجنب خسارة، كما أن مفهوم ضرر فوات الفرصة يختلف عن العديد من المفاهيم التي قد تختلط به، وتناولنا الضرر المادي والمعنوي بصفة عامة، ثم ميزنا بين ضرر فوات الفرصة عن غيره من أنواع الضرر مثل المستقبلي والمحتمل وكذا المباشر وغير المباشر منها والمتفاقم.

بعد ذلك تعرضنا لمبدأ تعويض عن فوات الفرصة وكيف رفض بعض الفقهاء التعويض عنه، ومن جهة أخرى أقر رأي ثان بالتعويض عن فوات الفرصة، ورجحنا الرأي الثاني حيث تم التعرض لمفهوم التعويض عن فوات الفرصة، فأوضحنا المقصود بالتعويض عنه، وأوضحنا أساس التعويض عن فوات الفرصة في الفقه والقانون.

الفصل الثاني

نطاق الضرر في فوات الفرصة

الفصل الثاني: نطاق الضرر عن فوات الفرصة

يتطرق هذا الفصل لدراسة نطاق الضرر عن فوات الفرصة وبيان أحكام الضرر على مختلف صوره في مجال التعويض عنه، من خلال اللجوء إلى القضاء لإنصاف المتضرر وذوي حقوقه عن الأضرار الناتجة عن الأخطاء المرتكبة من طرف المسؤول، يتم التعويض بكافة صوره إما عن طريق التعويض المباشر المتمثل في التعويض العيني والتعويض بمقابل، أو غير المباشر بإدخال شركة التأمين وكذا دور الضمان الإجتماعي في تقديم بعض التعويضات النقدية والعينية تخفف من حدة الخطر الذي ألحق بالمصاب.

ولدراسة نطاق الضرر في فوات الفرصة قمنا بتقسيمه الى مبحثين نتناول في المبحث الأول أحكام التعويض عن ضرر فوات الفرصة، أما في المبحث الثاني فنتناول فيه سلطة القاضي في تقدير التعويض.

المبحث الأول: أحكام التعويض عن ضرر فوات الفرصة

لقد قنن المشرع الجزائري أحكام التعويض في المواد من 124 إلى 133 ثم من المادة 182 إلى 187 من التقنين المدني، ناقلا الفكر الذي استقر عليه هذا الأخير، باعتبار أن وظيفة التعويض هي الإصلاح لا عقاب المخطئ[1].

وبعد أن تناولت الدراسة في الفصل السابق مفهوم ضرر فوات الفرصة، وأنه من أولى قواعد العدالة والإنصاف تعويض كل ضرر يصيب مصلحة المتضرر أو أي حق من حقوقه، وحيث أن ضرر فوات الفرصة ذو طبيعة خاصة عن غيره من الأضرار التي تلحق بالمتضرر. ولغرض دراسة هذه احكام التعويض قسمنا هذا المبحث الى مطلبين اثنين، بحيث خصص المطلب الأول لموقف الفقه والقضاء من التعويض عن ضرر فوات الفرصة، اما المطلب الثاني فخصص لشروط التعويض عن ضرر فوات الفرصة.

المطلب الأول: موقف الفقه والقضاء من التعويض عن فوات الفرصة

لقد تناول الفقه التمييز بين نوعين من المسؤولية المدنية، فتعرف المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالتزام عقدي مسؤولية عقدية، والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بالتزام قانوني مسؤولية تقصيرية، ويفترض النوع الأول من المسؤولية قيام رابطة عقدية بين المسؤول والمتضرر، أما المسؤولية التقصيرية فتقوم حين تنتفي هذه الرابطة بينهما.

1–المواد من 124 إلى 133 (العمل المستحق للتعويض) و من 182 إلى 187 (التنفيذ بطريقة التعويض)، من القانون المدني الجزائري .

الفرع الأول :إقرار مبدأ التعويض بصفة عامة

أثارت فكرة التعويض عن فوات الفرصة الكثير من الجدل في الفقه والقضاء، وأفرز ذلك اتجاهين مختلفين، أحدهما يرى أن التعويض عن فوات الفرصة فكرة تستعصى على القبول، أما الاتجاه الثاني فيرى أنه لا مانع من قبول التعويض عن فوات الفرصة، وقد حاول أنصار كل اتجاه ذكر الأسانيد التي تدعم وجهة نظره، وسوف نعرض لكل اتجاه وأسانيده[1].

الاتجاه الأول :عدم جواز التعويض عن فوات الفرصة

على الرغم من أن فوات الفرصة هو ضرر كثير الوقوع عملياً، إلا أن أنصار هذا الاتجاه ذهبوا إلى رفض التعويض عن فوات الفرصة وقصر التعويض على الضرر بمفهومه العادي، ولم يعترفوا للمتضرر بالحق في الحصول على تعويض وفقاً لقواعد المسئولية المدنية.ولقد كان القضاء وخلال حقبة طويلة من الزمن معادياً لمبدأ التعويض عن فوات الفرصة، ونجد أن القضاء الفرنسي القديم غنياً بالأحكام التي رفضت المطالبة بالتعويض عن فوات الفرصة، وبصفة خاصة بالنسبة لسباقات الخيل، وبالنسبة للخطيبة التي تعذر عليها الزواج بسبب الحادث المميت الذى تعرض له خطيبها[2] .

وأصحاب هذا الاتجاه أقاموه على العديد من الحجج نذكر منها:

1- الأمر يتعلق بضرر مستقبلي، ومن المعروف أن الوظيفة الأساسية للمسئولية المدنية في النظام الفرنسي هي تعويض الأضرار التي وقعت بالفعل، فالتشريع الفرنسي لا يعطى للمحاكم كما تفعل بعض- القوانين الأجنبية الحق في منع ضرر على وشك الحدوث على- سبيل الاحتياط.

2- ورفض البعض فكرة تعويض فوات الفرصة، استناداً إلى حجة عملية فحواها أنه حتى لو تم التسليم بمبدأ التعويض عن فوات الفرصة، فإن الواقع العملي سيفرز لنا مشكلة تحول دون تطبيق مبدأ التعويض، وهي كيفية تقدير التعويض عن فوات الفرصة[3] .

1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل :المرجع السابق، ص354

2-المرجع السابق، ص 354

3- أيمن ابو ابراهيم العشماوي :تفويت الفرصة (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ط2، القاهر ة ،2004، ص58 .

3-يرى البعض أن اللجوء إلى مفهوم فوات الفرصة غير ذي فائدة، فالمهم فقط عند وجود الضرر هو البحث فيما إذا كان خطأ الطبيب هو سبب في وجوده أو أن هذا الخطأ قد أسهم في وجوده، وعندما يكون دور الخطأ غير أكيد أو مشكوك فيه فإن مسئولية الطبيب يجب أن تستبعد، وهي يجب أن تستبعد بالتأكيد من باب أولى عند عدم وجود الضرر أصلاً، ودعا هذا الجانب من الفقه إلى حصر دور فوات الفرصة في حدود تقدير حجم الضرر.

4-الفرصة الفائتة ليست إلا ضررا غير محقق أو ضررا احتمالياً، فهي ليست أكيدة الوقوع وبالتالي لا يجوز التعويض عنها [1] .

الاتجاه الثاني :جواز التعويض عن فوات الفرصة

على عكس ما ذهب إليه أنصار الاتجاه الأول الرافض للتعويض عن فوات الفرصة، يرى بعض الفقه جواز التعويض عن فوات الفرصة، فالفرصة وان كانت مجرد أمل يرجو الشخص تحقيقه، ومن ثم فإن تحقيق تلك الفرصة أمر احتمالي قد يحدث وقد لا يحدث، إلا أن الحيلولة بين هذا الشخص وبين محاولة تحقيق فرصته تقضى على هذا الاحتمال، وتحيل الفرصة التي كانت أمرا محتملاً إلى أمر مستحيل، وبعبارة أخرى أنه وان كان الضرر الذي سيترتب على عدم تحقق الفرصة ضررا محتملاً لا يقبل التعويض، فإن الضرر الذي ترتب بالفعل نتيجة القضاء على عنصر الاحتمال الذي تقوم عليه الفرصة، هو ضرر محقق يقبل التعويض.

ورغم أن المحاكم الفرنسية أول الأمر، رجحت وجهة النظر الأولى وقضت برفض التعويض عن فوات الفرصة بناء على أن الضرر فيها ليس محققاً لأنه لا يمس بحق ثابت وانما يقتصر على المساس بمجرد أمل، إلا أنها عادت فرأت أن الحرمان من فرصة لا يقتصر أثره على المساس بمجرد الأمل في الفوز بل إن فيه أيضاً مساساً بالحق في انتهاز هذه الفرصة وفى محاولة هذا الفوز، وأن سلب هذا الحق في ذاته يعتبر ضررا محققاً [2]، كما أخذت أيضاً محكمة النقض المصرية بمبدأ التعويض عن فوات الفرصة[3]، وقد ذهب الفقه والقضاء في بلجيكا إلى جواز التعويض عن فوات الفرصة، واشترط لذلك وجوب توافر رابطة السببية بين خطأ الطبيب وفوات الفرصة [4].

1- إبراهيم أحمد مُحَمّد الرواشدة :المسئولية المدنية لطبيب التخدير دراسة مقارنة،- دار الكتب القانونية، الاردن،2010 ، ص301 .

2- سليمان مرقس :أصول الإثبات واجرءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارناً بتقنيات سائر البلاد العربية، ط 4، بدون ناشر،1986 ، ص.143

3- سهير منتصر :الالتزام بالتبصير في العقود المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة،1990، ص109 ؛ ينظر: شحاتة غريب شلقامي :التعويض عن ميلاد طفل من ذوي الاحتياجات الخاصة (دراسة تحليلية للتطور القضائي الفرنسي والموقف في القانون المصري والفقه الإسلامي) ، دار النهضة العربية، القاهرة،2008 ، ص157 .

4- أحمد محمود سعد :مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه- دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه والقضاء المصريين والفرنسيين، ط2، دار النهضة العربية،2007 ، ص470

ولقد قام أنصار هذا الاتجاه بإثبات صحة رأيهم من خلال تفنيد الحجج التي قال بها المعارضين لمبدأ التعويض عن فوات الفرصة:

1-يرى هذا الاتجاه أنه فيما يتعلق بالصفة المستقبلية للضرر فمن المؤكد في الواقع أنها لم تشكل أبداً عقبة مطلقة أمام التعويض، ولعل خير مثال على ذلك هو الضرر المستمر والذي يظهر قبل صدور الحكم بالتعويض، وتستمر آثاره الضارة بعد صدوره (كالعجز عن العمل، ومضار الجوار، والاعتداء على الملكية) ...، ولقد سلمت المحاكم دائماً بضرورة أخذ هذا الاستمرار في الاعتبار[1] .

2-الادعاء بأن الفرصة الفائتة ضرر غير محقق أو احتمالي ادعاء غير صحيح حيث يعترف القانون في الواقع بقيمة حقيقية ومؤكدة لوجود الفرصة، وليس أدل على ذلك من أنه ليس هناك أي خلاف على أن ورقة اليانصيب-والتي لا تمثل سوى مجرد فرصة -يمكن أن تباع في مقابل ثمن .ويمكن القول بأن ممارسة التأمين تقوم على فكرة أن الاحتمال أو الحظ له قيمة في حد ذاته حيث أن المخاطر التي تشكل موضوع التأمين ليست في الواقع سوى حظ[2].

3-رفض مبدأ التعويض عن فوات الفرصة لا يجوز تبريره بصعوبة تقدير التعويض عن فوات الفرصة، كما أنه هناك القليل من الأحكام التي رفضت التعويض استناداً إلى هذه الحجة على الرغم من أنها تقبل التعويض عن الأضرار الأدبية (وخاصة الضرر الذي يصيب الشعور) ، وهي أضرار لا شك أن تقديرها مالياً هو أمر صعب تماماًكما هو الحال بالنسبة للضرر الناتج عن فوات الفرصة إن لم يكن أكثر منه صعوبة[3].

الفرع الثاني :موقف الفقه والتشريع الجزائري من وجوبية التعويض عن الضرر المعنوي بصفة خاصة

يعتبر التعويض هو وسيلة لجبر الضرر المترتب عن خطأ عقد أو قانوني[4]. والمبدأ المعمول به في المسؤولية المدنية هو التعويض عن الضررين المادي والأدبي. إلاّ أن التعويض عن هذا الأخير أثار خلافا فقهيا. فهناك من ذهب إلى رفض التعويض عن هذا النوع من الضرر وهناك من أيّد التعويض عنه ولكلّ مبرارته الخاصة.

1- أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص59

2-المرجع السابق ص60

3- ابو ابراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص333 ؛ ينظر: ابو براهيم العشماوي :المرجع السابق، ص60

4-والاصل انه لا يلجأ الى التعويض الا في حالة استحالة التنفيذ العيني سواء كان في الجانب العقدي او التقصيري وهذا طبقا للمادة 176 من القانون المدني الجزائري، التي تنص على (" إذا استحال على المدين ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الالتزامه ......)

أما النسبة لموقف المشرع المدني، قبل التعديل 2005 فقد جاء بنصوص عامة، وأحيانا تدل على استبعاد الضرر المعنوي من دائرة التعويض رغم نصه في قوانين خاصة على إلزامية التعويض عنه، إلاّ أنه بعد التعديل في سنة 2005، أشار المشرع صراحة في المادة 182 مكرر إلى ضرورة التعويض عن هذا الضرر.

أولا: موقف الفقه

انقسم الفقه حول مسألة التعويض عن الضرر المعنوي إلى فريقين. فريق رافض للتعويض، لكون الضرر المعنوي يمسّ الشرف والكرامة وهذا غير قابل للتقويم، فكرامة الشخص وشرفه لا يمكن أن تكون محلا للمساومة أمام المحاكم[1]، هذا من جانب. ومن جانب آخر أن التعويض عنه لا يزيل الضرر كما هو الحال في الضرر المادي، بل يبقى الضرر الذي هو الألم ساكنا في الشعور والإحساس طول حياة الإنسان، ولا يمحو الحزن ما لا يرّد الجمال الضائع. بل وحتى لو تمّ تقديره، فهذا يعد تقديرا تعسفياً. إضافة إلى ذلك يرى هذا الاتجاه أن الضرر المعنوي هو غير مادي والتالي يستحيل التعويض عنه، كما أنه لا ينقص من الذمة المالية للمتضرر.

وحتى لو سلمت النّقود ستصلِح الضرر المعنوي، فإن القاضي يصطدم باستحالة مادية لتحديد مبلغ التعويض[2]. ويرى بعض من الفقه[3]، أنّه إذا تمّ التعويض عن الضرر الأدبي، فهذا يتنافر مع قواعد الأخلاق، إذ ليس من المتصور أن يفيد الوارث ماديا من الألم الذ أصاب المورث. لذا يرى أنه ولو تم التعويض عنه، فهو ليس لإصلاح الضرر بل عقوبة للمخطئ.

لكن هناك اتجاه مناقض للرأي الأول والذي يؤكد على وجوبية التعويض عن الضرر المعنوي مستندين في ذلك إلى حديث النّبي ﷺ: **(لا ضرر ولا ضرار)**.

فالتعويض عن الضرر المعنوي في نظر هذا الاتجاه، لا عني إحلال النّقود محل هذا الضرر، لكن هي وسيلة لرفع معنويات المتضرر.

وفي هذا الصدد يذهب الفقيه الفرنسي ستارك STARK، أنه من الأحسن أن يحصل المتضرر على التعويض حتى ولو كان غير ملائم، خير من عدم التعويض عنه أصلا[4].

1– سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981، ص78

2–مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 69

3– مُحَّد إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 470

4–سعيد مقدم، مرجع سابق، ص 18

يرى أنصار هذا الاتجاه أيضا، أن مسألة تقدير التعويض المعنوي تعود للقاضي رغم صعوبة تقديره النقود. إذ لا ستحيل على القاضي تقدير التعويض عن الضرر المعنوي لعدم تجسيده في صورة مادية، بل له الاستعانة ببعض الظروف التي يمكن أن تساعده في التقدير، كالحالة الاجتماعية للمتضرر، أو مركزه المالي مثلا. فإذا كانت مسألة الشرف والمكانة والألم النفسي، لا تقدران بالمال. فمهما كان الأمر، فالتعويض أتي وسيلة إرضاء وتطييب لخاطر الشخص المتضرر[1] .

فإذا ان التعويض لا يمنح للمتضرر لإزالة الضرر، لكن هو وسيلة إرضاء تجعله يتحمل ألمه وقوم بتوظيف المال ما يعود عليه بالنفع. فإذا تمكن التعويض من تحقيق المنفعة المبتغاة، فهنا يكون الضرر المعنوي قد عوض عنه[2]. فالاعتراف بالتعويض عن الضرر المعنوي ليس مطلبا ماليا، أي ليس الغرض منه هو الحصول على المال، بقدر ما هو الاعتراف بالألم الجسدي والكرامة الإنسانية[3].

يرى هذا الاتجاه أنّه رغم صعوبة تقدير الضرر المعنوي لكونه لا يتجسد في صورة مادية، إلا أنّه أشد من الضرر المادي ولذا يجب التعويض عنه. فمثلا، العاهة التي تتسبب للشخص نتيجة حادث مرور، فهذا ضرر مادي لكون هذا قعده عن العمل، لكن الألم النفسي والحسرة الذي يتركه في نفس الضحية أشدّ، رغم أن التعويض عنه في الغالب لا يرضي النفس[4].

ونفس الشيء إذا أصيبت الضحية في حادثة ما، ببعض التشوهات في وجهها، فهذا ضرر يصيب المظهر الجمالي ستوجب التعويض لما لهذا المظهر من أهمية خاصة النسبة لبعض فئات المجتمع الفنانين والفنانات والمضيفات العاملات في الطائرات. بالإضافة إلى الضرر المعنوي المتمثل في إحجام الضحية للظهور أمام الغير والوجع الذي تشعر به عند النظر إليها الاستياء والاستهزاء، فهذا الضرر تكون درجة الحسرة فيه أكبر وأشدّ من الضرر المادي، ولذا يجب التعويض عنه.

1–مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 2، المسؤولية المدنية، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص64.

2-Frères Mazeaud et chabas، leçons de droit civil، T2 (Obligations)، Editions Montchretien1991، n°419.

3-CATHERINE MEIMON NEISENBAUM، Le préjudice moral d'une victime، l'indemnisation Trop rare.

4 -CATHERINE MEIMON NEISENBAUM ،IBID.

ذلك لو أن طبيبا جراحا أجرى عملية جراحية لفنان عمل في مجال الفن والغناء، وأخطأ الطبيب في العملية مما تسبب في ضياع صوت الفنان وأصيب بتشويه لا يرجى زواله. فمن حق الفنان المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي لعدم تمكنه من ممارسة الغناء والفن وعن الضرر المعنوي الذي شعر به عند فقدان ما كان يحبه.

ثانيا: موقف المشرع

اختلفت التشريعات المدنية في مدى الأخذ التعويض عن الضرر المعنوي. فعلى سبيل المثال القانون المدني الفرنسي -باعتباره القانون الذي استمد مشرعنا منه معظم نصوص القانون المدني-، نص على التعويض عن الضرر الذي يتسبب من أي فعل، أي أن النص جاء عاما لم يحدد نوع الضرر القابل للتعويض، وهذا ما فتح الجدال بين الفّقه والقضاء. وهو نفس الموقف الذي تبناه مشرعنا في المادة 124 قانون مدني -قبل التعديل 2005- التي جاءت أيضا عامة مطلقة. إذ تنص على ما يلي :(كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه وسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض). فكانت هذه المادة مطابقة تقريبا لنص المادة 1382 قانون مدني فرنسي . ما جاء أيضا في المادة 47 من قانون مدني التي تنص على ما يلي:(لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما قد لحقه من ضرر)[1].

ويتضح من هذه النصوص عدم التمييز في مسألة التعويض بين الضرر المادي والمعنوي، إذ جاء النص عاما تاركا المجال في ذلك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع والذي يتعذر عليه في غالب الأحيان الحكم التعويض عنه لعدم وجود نص ستند إليه. وحتى بالرجوع إلى نص المادة 182 /1 قانون مدني، نجد أن المشرع منح للقاضي سلطة تقدير التعويض بناء على عنصرين، أي (الخسارة التي لحقت الدائن والكسب الفائت)، فهذين العنصرين يتجرد منهما الضرر المعنوي. وهذا ما يؤكد أن المشرع في البداية لم يكن الأخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي في المسائل المدنية[2]. لكن نجد موقفه مغاير في القوانين الخاصة وحتى في الدستور. فقد نصت المادة 34 ضمن فقرتها الثانية من هذا الأخير على ما يلي: (يحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة).

1_ سي يوسف زهية حورية، التعويض عن الضرر المعنوي، رسائل ماجيستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2009، ص 12

2_ المادة 182 فقرة 1، من القانون المدني الجزائري تنص عما يلي :"إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في إستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

وذلك جاء في القوانين الخاصة الأخرى بالنص صراحة على التعويض عن الضرر المعنوي. فعلى سبيل المثال في المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري التي تتضمن الحكم بالتعويض إذا ترتب العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي[1]. ونصت أيضا المادة 6 من القانون رقم 11/90 مؤرخ في 21 أفريل 1990 يتعلق علاقات العمل[2]، ضمن فقرتها الثانية على ما يلي: (... احترام السلامة البدنية والمعنوية للعمال وكرامتهم....).

يفهم من هذا النص أن التعويض شمل فقط الضرر المعنوي المتعلق الشرف والسمعة والحرية. ويقصي التعويض عن الضرر المعنوي المتمثل في الآلام النفسية التي تسببها التشوهات أو العاهات نتيجة استعمال المنتوجات أو استهلاكها وكذا الآلام التي تلحق بالعاطفة والشعور، ولذا كان من الأحسن استعمال كلمة إصلاح الضرر المعنوي.

وحتى ولو اعتمدنا ذلك، إلا أن كلمة التعويض عن الضرر المعنوي، مستبعدة، لأنّ التعويض لا يمكن أن يتناسب مع الضرر إطلاقا مهما.

ونخلص إلى القول أن المشرع الجزائري حرص على ضرورة حماية حياة الإنسان من أي أذى يمكن أن يمسّ مصلحة الشخص سواء كانت مالية أو غير مالية وإلزامية التعويض عن الضرر المعنوي مثل الضرر المادي.

المطلب الثاني: شروط التعويض عن ضرر فوات الفرصة

لقد شهد تعويض فوات الفرصة تردداً في أحكام القضاء الفرنسي، والى حد ما في أحكام القضاء المصري، ففي حين ذهبت أحكام عديدة إلى تقريب الفرصة من الضرر الاحتمالي واعتباره من ثم ضررا لا يقبل التعويض عنه، فإن أحكاماً أخرى ذهب–على خلاف ذلك–إلى قبول التعويض عن هذا الضرر. وحتى يمكن التعويض عن فوات الفرصة، لابد وأن يقوم المتضرر بإثبات عناصر المسئولية من خطأ وضرر (المتمثل في فوات الفرصة) وعلاقة سببية مباشرة وأكيدة دون الخطأ وفوات الفرصة.

ولكي يكون فوات الفرصة ضررا موجباً للتعويض يجب أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط، وسنتناول كل شرط منها على حدة في فرع مستقل، على النحو التالي:

[1] المادة 5 :(أمر رقم 05–02 المؤرخ في 27فيبراير 2005)، تنص على ما يلي: " الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها، وإذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم التعويض".

[2] –الجريدة الرسمية، العدد 17، الصادرة في 1990/04/25، المادة 6 من قانون العمل.

الفرع الأول: أن يكون فوات الفرصة محققا

للتعويض عن فوات الفرصة، يجب أن يمثل فوات الفرصة ضررا محققاً، ولذلك سوف نقوم ببيان المقصود بالضرر المحقق(أولاً) ، كما أنه لكي يكون فوات الفرصة ضررا محققاً يجب توافر مجموعة من الشروط (ثانياً).

أولاً :المقصود بالضرر المحقق

يعد الضرر محققا إذا كان من قبيل الضرر المستقبلي، ويقصد بهذا الأخير الضرر الذي قام سببه وإن تراخت آثاره كلها أو بعضها في المستقبل، كالضرر اللاحق بالشخص نتيجة خطأ الجراح، أو خطأ المستشفى بسبب سوء تقديم الخدمة الطبية له، غير أن نتائجه لم تظهر إلا بعد فترة، فيعتبر هذا النوع من الضرر ضرر محقق، فتشترط جميع التقنينات في قيام المسئولية أن يكون ثمة فعل سبب ضررا. وألا يكون افتراضياً أو وهمياً أو احتمالياً، وهذا الوصف من الوقوع الفعلي، يشمل ذلك الضرر الحال الذي أصاب المتضرر في جسمه أو ماله وقت المطالبة بالتعويض، وكذلك يشمل ذلك الضرر المستقبل الذي سيتحقق وقوعه، أي أن موجباته ستؤدى بالحلم إلى تحققه[1].

فلا يقصد بالضرر المحقق كونه الضرر الحال فحسب بل كذلك يشمل الضرر الذي قام سببه وان تراخت آثاره كلها أو بعضها في المستقبل[2]، فالطبيب الذي يحدث بخطئه ضررا للمريض يقعده عن العمل، كما لو كان يعمل سائقاً أو عون أمن أو غير ذلك وفقد البصر كلياً أو في إحدى عينيه، ويثبت من التقارير الطبية أنه لا سبيل لعلاجها، أو أن الأمر يتطلب إجراء عملية جراحية بعد مضى ثلاث سنوات مثلاً منعاً للمضاعفات المحتملة للعاهة، فهنا يستحق المريض تعويضاً مشتملاً على عنصرين : العنصر الحال وهو ما أصابه من ضرر عاجل وهو فقد البصر، والعنصر المستقبل وهو عجزه عن العمل في المستقبل وكسب لقمة العيش أو ما سينفقه من مصاريف بشأن العملية.
وهناك من الحالات ما تتوافر فيها احتمالات قوية تفيد بوجود الضرر، دون التمكن من تأكيد وجوده بطريقة محققة، وبخصوص هذه الحالات يرى الأمل بل أن فيه مساساً بالحق في انتهاز هذه الفرصة، وأن سلب هذا الحق في ذاته يعتبر ضررا محققاً وان كانت نتيجته مباشرة احتمالية[3].

1_ صالح حمليل، المسؤولية الجزائية الطبية، دراسة مقارنة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الخاص الأول، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 294.

2_ إبراهيم الدسوقي أبو الليل :تعويض تفويت الفرصة (القسم الأول) ، مجلة الحقوق، جامعة الكويت،1986 ، ص109

3_ سليمان مرقس :المرجع السابق، ص143 ؛ ينظر: إبراهيم أحمد محمود الرواشدة :المسؤولية لطبيب التخدير، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، ص299 .

ثانياً :شروط تحقق فوات الفرصة

1–أن تكون الفرصة حقيقية وجدية

الكسب الاحتمالي الذي كان يأمله المدعى وينتظر تحقيقه قد يكون إيجابياً يتمثل في تحقيق كسب ما، وقد يكون سلبياً يتمثل في تجنب خسارة معينة. لذلك فالضرر الاحتمالي في فوات الفرصة لا يخرج بدوره عن كونه كسباً فائتاً أو خسارة لاحقة، مع مراعاة الاحتمال في كل منهما[1]، وهو ما يعبر عنه بأن الفرصة حقيقية وجدية، وليست مجرد وهم أو افتراض[2].

فمجرد اشتراك حصان في سباق لا يكفي لعد ذلك فرصة لتحقيق الفوز وكسب السباق، بل يتعين أن يتوافر ما يرجح احتمال فوز الحصان بالسباق[3]، ولقبول التعويض عن فوات الفرصة، فإن القضاة يقومون بالتحقق من وجود الفرصة، ويلجئون في سبيل ذلك إلى حساب الاحتمالات.

فالحصان الذي يتأخر بفعل الناقل ولا يستطيع أن يبدأ السباق الذي يتنافس معه فيه عشرة خيول أخرى، كانت لديه فرصة واحدة على عشرة للفوز بهذا السباق، فالفرصة كانت موجودة إذن، وهو ما يبرر تعويض المتضرر عن ضياعها .وكذلك إذا حرم طالب متفوق من دخول الامتحان دون وجه حق، فإنه يستحق التعويض لأن فرصة دخول الامتحان قد فاتته دون حق وكان احتمال نجاحه كبيرا، بخلاف الطالب غير المتفوق، لأن الفرصة التي قد تفوته بحرمانه من دخول الامتحان غير محتملة الكسب، فكان فوات هذه الفرصة عليه ضررا محتملا[4].

1_ إبراهيم الدسوقي أبو الليل: مرجع سابق، ص301 .

2_ ليديه صاحب :مرجع سابق، ص119 ،120

3_ إبراهيم الدسوقي أبو الليل: التعويض عن تفويت الفرصة (القسم الأول)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 1986، ص109 .

4_ أيمن إبراهيم العشماوي :المرجع السابق، ص71 ،72

فلكي يتم التعويض عن فوات الفرصة لابد ألا يكون هناك علاقة سببية مباشرة بين الخطأ الطبي والأضرار التي لحقت بالمريض في الوقت، الذي يكون لدى المريض فرصة حقيقية في الشفاء وتحسن حالته[1]، ففوات فرصة الكسب وان كان في ذاته ضررا محققاً، فإن هذا الضرر المحقق يستند في وجوده وفى التعويض عنه إلى كسب احتمالي، فإن انعدم احتمال الكسب، انعدمت الفرصة، وان وجد احتمال معقول للكسب وجدت الفرصة، وتعين التعويض لمجرد ضياعها[2].

فالقاضي عند نظره التعويض عن فوات فرصة كسب حق للمتضرر متنازع عليه أمامه يقوم أولاً بتقدير مدى فرص المتضرر في الحصول على هذا الحق، فإذا ترجح لديه خسران المدعى للدعوى لو استمر النظر فيها وفقاً للمجرى المعتاد للأمور، استبعد وجود الفرصة ورفض التعويض[3] .

وتكون هناك فرصة حقيقية للشفاء ضاعت على المريض، في الحالات التي يفقد فيها المريض كل إمكانية اختيار البديل، أو يحرم من حقه في الاختيار من بين البدائل المطروحة ما يراه مناسباً ومحققاً لغرضه ولا يصيبه بأضرار أو يسبب له أضرار أقل جسامة من تكل التي تحققت نتيجة تدخل الطبيب [4].

هناك اتجاهان متناقضان بشأن تطلب أن تكون الفرصة حقيقية وجدية، بمعنى أن يوجد كسب محتمل يمكن أن يتحقق لولا فوات هذه الفرصة.

الاتجاه الأول:

وهو معتمد كثيرا لدى القضاء، ومؤيد من الفقه، وهذا الاتجاه لا يعتبر مجرد ضياع الفرصة ضرار محققاً، وانما لابد وأن يظهر حقاً قد فقد، وتطبيقاً لذلك فإن العميل الذي لم يكن بيده وسيلة جادة للإعتراض على الحكم لا يكون لطلبه بالتعويض أساس إذا نسى المحامي عمل المعارضة على الحكم بحجة أن هذا الإجراء كان سيسمح له

1-Danièle Cristal: Indemnisation de la perte de chances: Le conseil d'état poursuit sa conversion au probabilisme، Revue de droit sanitaire et social, 2008، p.567.

2- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المرجع السابق، ص294 .

3- يوسف زكريا عيسى: التعويض الناشئ عن تفويت الفرصة، مرجع سابق، ص137 .

4- محمد عبد الظاهر حسين: مشكلات المسئولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، دار النهضة العربية، 1995، ص137 .

بوقت من أجل التحلل من دينه، وفى نفس المعنى وافقت محكمة النقض الفرنسية محكمة الاستئناف التي أبعدت دعوى المطالبة بالتعويض ضد المحامي، إذ كان الموقف بدون أمل والدعوى كان مصيرها الفشل[1].

الاتجاه الثاني:

وهو يعتبر ضياع الفرصة في حد ذاته ضررا محققاً، بدون النظر إلى النتيجة المحتملة، وذلك بسبب الضياع النهائي لفرصة تحقيق كسب أو تجنب خسارة[2].

ويجب التأكيد على أنه حتى يقبل القاضي التعويض عن الفرصة الفائتة يجب أن يكون هناك مجرد كسب احتمالي كان يرجى تحققه، أي لا يكون الكسب الفائت محققاً لأن التعويض في هذه الحالة سيكون عن ضياع هذا الكسب المحقق، وليس عن فوات فرصة لتحقيق كسب احتمالي، وأيضاً يجب ألا يكون الكسب الذي كان مأمولاً من الفرصة الفائتة مستحيلاً، لأننا لا يمكن أن نتصور وجود فرصة فائتة مع هذا الكسب المستحيل.

دور الاحتمالات في إسناد صفة الحقيقة والجدية للفرصة:

للقول ان الفرصة حقيقية وجدية، فلابد من وجود كسب احتمالي كان يمكن تحققه، إلا أنه بفوات فرصة تحققه، أضحى مستحيلاً تحققه. ويمكن القول ان مقدار الاحتمال له تأثير في مدى جدية الفرصة واعتبارها حقيقية، كلما ازدت درجة احتمال تحقق الكسب كلما وجدت فرصة جدية لتحقيقه. أي أن الفرصة التي يمكن الاعتداد بها ينبغي أن يكون مرجحاً تحققها، ولتقدير درجة احتمال تحقق الفرصة سوف يستند القاضي إلى الضرر النهائي الذي يسمح بتقييم نسبة احتمال تحققها، فالقاضي يجب أن يقتنع باحتمال تحقق الفرصة الفائتة وتقدير مدى جدية الفرصة الفائتة[3].

ويثور التساؤل، هل هناك حد أدنى لنسبة احتمال تحقق الكسب الاحتمالي حتى يمكن القول بوجود ضرر فوات الفرصة، أم أن أي نسبة تكفي للقول ان الفرصة الفائتة كانت فرصة حقيقية وجدية؟

1- محمد عبد الظاهر حسين :المرجع السابق، ص401

2-المرجع السابق، ص403

3-Laurence Butte: op.cit. p.43.

إن الأستاذ" جاك بورى J. Bore في دراسته لدور الاحتمالات في إسناد الفرصة صفة الحقيقة والجدية، وتقليص عنصر الشك واليقين في تحقق الفرصة، دعا القضاة إلى إسقاط نسبة % 20 أو % 40 من الشك والتمسك بنسبة % 80 أو % 60 من احتمالات تحقق الكسب الاحتمالي، لإثبات وجود ضرر وسيط متمثل في فوات الفرصة، الذي رغم كونه ضرراً جزئياً، إلا أنه ضرر أكيد ومحقق[1].

إثبات أن الفرصة حقيقة وجدية:

إعمالاً للقواعد العامة، يقع عبء إثبات وجود فرصة جدية وحقيقية على مدعيها، فلا يكفي ثبوت إهمال الطبيب وعدم عنايته بالمريض بل يجب على هذا الأخير إثبات تمتعه بفرص في الشفاء أو البقاء على قيد الحياة قبل التدخل الطبي، وما على الطبيب أن يثبت أن تدخله لم يكن ليغير شيئاً في حالة المريض الصحية حتى يدفع المسئولية، فوجود أدنى شك في تحسين حالة المريض الصحية بالتدخل الطبي الفعال يفيد الطبيب في دعوى التعويض عن فوات الفرصة.

ولقد أشار المستشار Lecourteir في أحد تقاريره أن الفرصة الفائتة المعوض عنها يجب أن تكون حقيقة وجدية واثبات ذلك يكون على عاتق من يدعى لك، وفى النهاية يترك تقدير ذلك لقاضى الموضوع وفقاً لسلطته التقديرية [2].

لكن تثير مهمة إثبات الفرصة في المجال الطبي بعض الصعوبات، فلكي يتمكن ورثة المتوفى مثلاً عقب عملية جراحية من التدليل على تمتع مورثهم بفرصة في الشفاء أو في البقاء على قيد الحياة، فإن ذلك يتضمنهم إثبات السبب الحقيقي للوفاة، وهو أمر مستحيل في غالب الأحيان، إذا كيف يمكنهم تقرير ما إذا كان الجراح يمكنه تفادي وفاة المريض باتباع أسلوب معين في الجراحة أو تفادي الوفاة لولا الخطأ الثابت[3]؟

1-Chartier (Yves): La reparation du prejudice dans la responsabilté civile، Dalloz، Paris, 1983، p.50.

2-Laurence Butet: op. cit.، p.42.

3– ليديه صاحب: فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص 96 ، 97.

2-أن تتوفر وسيلة أو طريقة لتحقيق الكسب الاحتمالي:

الكسب الاحتمالي سواء تمثل في تحقيق كسب أو تجنب خسارة، يجب أن يكون محتملاً أو ممكن التحقق، بوجود طريقة أو طرق تؤدى إليه، أي بتوافر فرصة أو فرص ترجح تحقيقه[1]، أي أنه لا يكفي وجود كسب احتمالي بل يتعين وجود طريقة أو وسيلة كان في الإمكان استخدامها للحصول عليه حتى لا يكون الكسب نظرياً.

فعندما يدعى مريض بفوات فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، يجب إقامة الدليل على أن حالة المريض كانت غير ميؤوس منها أو أنها في سبيل التحسن أو على الأقل ليست نحو الاتجاه للأسوأ[2] ، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية في الكثير من أحكامها بأن" المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فإن فواتها أمر محقق يجيز للمتضرر أن يطالب بالتعويض عنها، ولا يمنع القانون من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان المتضرر يأمل الحصول عليه من كسب من وراء تحقق هذه الفرصة إلا أن ذلك مشروط بأن يكون هذا الأمل قائماً على أسباب مقبولة من شأنها طبقاً للمجرى العادي للأمور ترجيح كسب فوته عليه العمل الضار غير المشروع"[3].

فإذا توفى طفل بسبب خطأ طبي ولم يكن ذا الطفل قد وصل بعد إلى درجة متقدمة من الدراسة، فلا يمكن لوالديه الادعاء بضرر مادي راجع إلى حرمانهما مستقبلاً من نفقة تعولهما في شيخوختهما، إذ أنه لا يمكن التأكيد مسبقاً بأن الطفل سيكمل دراسته حتى نهايتها، أو أن والديه سيبقيان على قيد الحياة إلى الوقت الذي يكونان بحاجة إلى مساعدة ابنهما.

ويختلف الأمر لو كان الابن بلغ دراسته الجامعية، الأمر الذي يؤكد بأنه مؤهل لمركز مرموق في المهنة، ويتيح له أن يقدم العون لوالديه عند كبرهما، فلا يوصف الضرر المادي اللاحق بالوالدين في هذه الحالة بالضرر المحتمل، فوفاة ابنهما قد أضاع عليهما فرصة الاستفادة من مساعدة الابن، فيستوجب ضياع هذه الفرصة التعويض عنها[4]،

1- محمد عبد الظاهر حسين :مرجع سابق، ص409 ، 410 .

2- عبد الفتاح بيومي حجازي :مرجع سابق، ص165 .

3- نقض مدني الطعن رقم 2854- لسونة 73 ق، جلسة2005 / 3 / 27 ، (نقض مدني، الطعن رقم 3853 لسنة 74 ق، جلسة 2005 / 5 / 22) .

4-كريمة عباشي: الضرر في المجال الطبي، رسائل ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزى وزو، كلية الحقوق، 2011 م، ص37 .

3–أن يكون الكسب الاحتمالي وشيكا:

من أجل تقدير جدية الفرصة الضائعة تضيف المحاكم شرطاً تكميلياً مؤداه أنه كلما كان الوقت الذي ضاعت فيه الفرصة بعيداً عن الوقت الذي كان من الممكن أن تتحقق فيه، كلما كان طبيعياً أن تستوفى النهاية بأن الأمل في تحققها كان ضعيفاً، وذلك بسبب الأحداث الخارجية التي يمكن أن تتدخل في هذه الحالة، وبعبارة أخرى فإنه كلما كان تحقق الأمل بعيداً في الواقع كلما كانت الفرصة غير محققة أو احتمالية[1]، ولذلك فإن فوات فرصة الحصول مساعدة أو إعانة لم يتم التعويض عنها إلا إذا كانت شروط منح المساعدة قد توافرت من قبل أو أوشكت على ذلك في الوقت الذي حدث أو تدخل فيه الفعل الضار[2] .

4–أن يتأكد فوات الفرصة نهائيا:

للاعتداد بفوات الفرصة، لابد أن يكون الحرمان منها قد تم بصفة نهائية مؤكدة[3]، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها[4].

ومعنى ذلك أن يقطع على مدعى الفرصة كل أمل في إمكان تحقق الكسب الاحتمالي، ويفقد كل وسيلة إلى ذلك، فالعميل الذي يعهد إلى المحامي مهمة تجديد الرهن العقاري، ولم يقم هذا الأخير بهذا الإجراء في المدة المحددة قانوناً، ولكن في نفس الوقت صدر قانون جديد يطيل من المدة المقررة لتجديد الرهن ويكون تطبيقه بأثر رجعي على الحالات القائمة في وقت صدوره .ففي هذه الحالة على الرغم من تقصير المحامي في اتخاذ إجراءات التجديد إلا أنه بصدور القانون الجديد بإطالة مدة التجديد لم يعد بعد نهائياً، إذ يملك العميل أن يعهد بالقيام بتجديد الرهن إلى محام آخر[5] .

ففي حالة فوات فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، يكون فوات الفرصة بصفة نهائية بوفاة المريض، وفى حالة فوات فرصة الإجهاض الاختياري للجنين، تفوت هذه الفرصة نهائياً بتحقق الخطر الطبي.

1_ أيمن إبراهيم العشماوي :تفويت الفرصة، مرجع سابق، ص75 .

2_ أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع نفسه ص 76 ،77.

3_ ليديه صاحب :مرجع سابق، ص.120

4_ Laurence Butet: op. cit.، p. 15

5– محمد عبد الظاهر حسين : مرجع سابق، ص411 .

فمع الفقه المؤكد والنهائي للكسب الاحتمالي لا يكون ثمة محل للانتظار لمعرفة ما سيؤول إليه الأمر مستقبلاً، أي معرفة ما إذا كان الضرر سيقع أولاً، إذ أن تحقق الضرر لم يعد متوقفاً على وقائع مستقبلية أو احتمالية، بل الوضع وضح نهائياً واستقر، ولن يتغير مستقبلاً، حيث أوقت المدعى عليه تطور الوقائع ومجريات الأحداث التي كان يمكن أن تكون مصدرا للكسب أو عدم الخسارة.

وضرورة التيقن والتحقق من الحرمان النهائي من الكسب الاحتمالي أمر منطقي، حيث يمثل الحرمان في هذه الحالة ضرراً محققاً، وتطبيقاً لذلك قررت محكمة النقض الفرنسية أن المؤمن له الذي أبرم أثر نصيحة المؤمن وثيقة تأمين تسمح للشركة المؤمنة بالتمسك قبله بأسباب محددة للسقوط، لا يمكنه المطالبة بالتعويض طالما لم يقع أي حادث بعد، فالضرر حتى هذه اللحظة فرضياً أو نظرياً بحتاً لا يكفي للتعويض[1].

الفرع الثاني: أن يكون الضرر شخصيا ومباشرا:

أولا: أن يكون شخصيا:

أي أن يكون الضرر قد أصاب طالب التعويض شخصيا، إذ لا يستطيع أي شخص المطالبة بتعويض الضرر الذي لحق غيره. وهذا ما ذهب إليه أحد شراح القانون، أن الضرر الأدبي ضرر شخصي بحت للمجني عليه الذي له مطلق التقدير في المطالبة به أو تركه.

لكن قد يصيب الضرر شخصا آخر غير من وقع عليه الفعل الضار. فمثلا إذ تم الاعتداء على أحد الأشخاص بالقتل وليكن زوجا. فهذا الفعل ينشأ عنه ضرر مادي للزوجة وهو فقد المعيل، الإضافة إلى الضرر المعنوي الذي هو الحزن والألم الذي ينجم عن فقدانه وهذا ما سمى الضرر المرتد. لم يشر المشرع الجزائري إلى جواز تعويض الضرر الذي يلحق بالغير أي الارتداد على خلاف المشرع المصري الذي نص عليه في المادة 222 /1قانون مدني، ما يلي :(شمل التعويض الضرر الأدبي أيضا، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد مقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء...)[2].

1_ إبراهيم الدسوقي أبو الليل :مرجع سابق، ص 340 و341.

2_ سي يوسف زهية حورية، التعويض عن الضرر المعنوي، رسائل ماجيستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،الجزائر ، ص 15

ثانيا أن يكون مباشرا:

قصد الضرر المباشر هو الضرر الذي يترتب كنتيجة طبيعية لعدم الوفاء الالتزام أو التأخر في الوفاء به، وهذا ما أكده المشرع في المادة 182 ق م

ما يلي:(.... بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء التزام أو للتأخر في الوفاء به....).

وفهم من هذا النص، أن يكون الضرر قد نشأ عن الخطأ، أي وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر. إذ يشترط لتحق المباشرة عدم تخلل سبب فاصل بين الخطأ والضرر، فعل المتضرر. فمثلا، إذا ساهم المتضرر في النتيجة التي وصل إليها، فهنا لا تتحقق المباشرة، وبالتالي لاضمان ولا تعويض[1].

ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يتمكن الدائن من تفاديه ببذل جهل معقول. ويعوض عن الضرر المباشر سواء ان متوقعا أو غير متوقعا. إذ في المسؤولية العقدية يعوض عن الضرر المعنوي المباشر المتوقع فقط، إلا إذا ثبت هناك غش في جانب المسؤول عن الضرر، فيكون ملزما التعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع، وهذا صرح المادة 2/182 قانون مدني جزائري. أما في المسؤولية التقصيرية، فيعوض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع. وبناء على ذلك فقد ذهب القضاء المصري إلى أن التعويض على أساس المسؤولية العقدية أخف منه على أساس المسؤولية التقصيرية[2]. لكن البعض يرد على ذلك بالقول، رغم أن التعويض أشدّ في نطاق المسؤولية التقصيرية، إلا أنّ القاضي لا يلقى صعوبة في تقديره[3].

1_ باسل محمد يوسف قبها، التعويض عن الضرر الادبي، رسائل ماجيستير، (دراسة مقارنة)، نابلس، فلسطين،2009، ص40.

2_ ياسين محمد يحي، الحق في التعويض عن الضرر الادبي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1905، القاهرة، ص 190.

3_ منير قزمان، التعويض المادي في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص104

بعد أن تناولنا في المبحث الأول لأحكام التعويض عن ضرر فوات الفرصة في الفقه والقضاء، وشروط التعويض عنه، سوف نتناول في المبحث الثاني سلطة القاضي في تقدير التعويض، بما فيه من تقدير قيمة الفرصة الفائتة وحصر التعويض .

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض

يتم تحديد مبلغ التعويض طبقا للقواعد العامة الذي سيمنح للمتضرر عن الفعل الضار، إما باتفاق طرفي العقد على مقداره مسبقا وهو ما يسمى بالشرط الجزائي، وإما أن يحدد بموجب نص قانوني.

وفي حالة عدم تحديد مقدار التعويض لا اتفاقا ولا قانونا، فيحدد بمقتضى حكم قضائي، ويستند القاضي عند النظر في الدعوى، وتقدير مبلغ التعويض الممنوح للمتضرر إلى معايير معينة.

المطلب الأول: تقدير قيمة الفرصة الفائتة

قد يتفق الأطراف أثناء إبرام العقد أو في اتفاق لاحق على تحديد مقدار التعويض الذي سيدفع للمتضرر نتيجة إخلال المدين بتنفيذ التزامه التعاقدي، كما قد يحدد مبلغ التعويض بموجب نص قانوني، وإذ لم يحد مبلغ التعويض لا من قبل الأطراف ولا من القانون، سيتولى القاضي تحديده.

وسنتناول في هذا المطلب التقدير الاتفاقي والقانوني والقضائي في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني طريقة التقدير قيمة التعويض عن فوات الفرصة، وفي الفرع الأخير دور الاحتمالات في تقييم الفرصة.

الفرع الأول: التقدير الاتفاقي والقانوني والقضائي

يتمتع قضاة الموضوع بحرية واسعة في تقدير التعويض، إذ لهم حرية اختيار الوسيلة التي تعوض المتضرر، كما أنهم يحددون مبلغ التعويض بالقدر الذي يجعل مناسباً مع الضرر الواقع، والمحكمة وهي بسبيلها إلى ذلك قد تلجأ إلى إحدى طريقتين:

الطريقة الأولى :هي أن تقدر المحكمة التعويض بطريقة شاملة جزافية بحيث يصلح بطريقة شاملة جزافية كل الأضرار.

أما الطريقة الثانية :أن تصدر المحكمة حكمها بالتعويض بطريقة تفصيلية محددة فيه ادعاءات المدعى التي تم الاستجابة لها، وتلك التي تم استبعادها.

أولا: التقدير الاتفاقي

أجاز المشرع الجزائري لطرفي العقد الاتفاق مسبقا على تحديد مبلغ التعويض، وذلك بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق، والذي يسمى " بالشرط الجزائي"[1]، الذي يجد مجاله في المسؤولية العقدية، إذ يجوز للمتعاقدين من أن يحددا مسبقا قيمة التعويض بالنص عليها في العقد طبقا للمادة 183من القانون المدني الجزائري[2] المبرم بينهما أو في اتفاق لاحق لإبرام العقد، على أن تراعى أحكام المادة176[3] من نفس القانون، ويشترط أن يتم الاتفاق قبل وقوع الإخلال بالالتزام.

يقصد بالشرط الجزائي ذلك الاتفاق الموجود بين المتعاقدين مسبقا حول مقدار التعويض الواجب أداؤه إذا أخل المدين مستقبلا بالتزامه، بعدم تنفيذه أو بالتأخير في تنفيذه، ويشترط لاعتبار هذا الاتفاق شرطا جزائيا أن يتم قبل الإخلال بالالتزام، أما لو تم بعد ذلك فإنه يعتبر اتفاقا على تعويض مستحق بالفعل[4].

يطبق الشرط الجزائي على المسائل الاقتصادية، ويبقى عديم الأثر بالنسبة للأضرار الجسدية، إذ لا يمكن أن تكون سلامة الإنسان في جسمه محل اتفاق مالي[5]، لأنه مهما كان مبلغ التعويض لن يعيد للمتضرر حالته الصحية الأصلية، ولا البهجة والطمأنينة.

1–حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص346

2 –المادة 183 من القانون المدني الجزائري تنص عما يلي: " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد، أو في إتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة". أحكام المواد 176 إلى181

3 –المادة 176 من القانون المدني الجزائري تنص عما يلي:

"إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه، ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه."

4 –منير قزمان ، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء ،مرجع سابق، ص104

5– أحمد عباس حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص177

لا يعتبر الشرط الجزائي مصدرا لإلزام المدين بالتعويض، فهو ليس إلا مجرد تقدير التعويض الواجب أداؤه في حالة إخلال المدين بالتزامه الأصلي[1].

ثانيا: التقدير القانوني

قد يكون مصدر تقدير التعويض في المسائل الاقتصادية النص القانوني، وهذا ما نستخلصه من المادة186 من القانون المدني الجزائري[2] التي نصت على تعويض الضرر اللاحق بالمتضرر بسبب تأخر المدين في تنفيذ التزامه.

ومثالا لذلك تطبيق نص هذه المادة في إطار مجال الطبي، لكون التزام الطبيب في العقد الطبي ليس مبلغا من النقود، بل هو " اتفاق بينه وبين المريض على أن يقوم بعلاجه في مقابل أجر معلوم"[3]، كما يمكن أن يؤدي تأخر الطبيب في علاج المريض إلى إصابته بأضرار تمس بسلامته الجسدية، ومهما كان مبلغ التعويض الذي سيمنح له بسبب التأخير لن يغطي حجم الأضرار اللاحقة به.

من غير المجال الطبي حدد المشرع الجزائري مقدار التعويض في بعض القوانين الخاصة، فنجد مثلا قانون رقم 83-13 [4] المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، حدد التعويضات التي تمنح للمتضرر من قبل هيئات الضمان الاجتماعي بسبب المرض والعجز الكلي المؤقت.

أمام غياب أي نص قانوني صريح سواء في مدونة أخلاقيات الطب، أو قانون حماية الصحة وترقيتها، يحدد مقدار التعويض الذي سيمنح للمتضرر سواء عن العجز الجسماني أو الضرر الجمالي اللاحق بالمريض بسبب خطأ أو نشاط المسؤول تبقى المادتين 131و 182من القانون المدني الجزائري هما المطبقتان في مجال المسؤولية الطبية.

1_ يشترط لإستحقاق الشرط الجزائي توفر الخطأ في جانب المدين، لذلك يسقط الشرط الجزائي إذا إنتفى الضرر، إذ يقيم الشرط الجزائي قرينة قانونية على أن إخلال المدين بإلتزامه يسبب ضررا للدائن وهذه القرينة قاطعة، إذ يستطيع المدين أن يثبت أن خطئه لم يسبب ضررا للدائن، لذا ينقل الشرط الجزائي عبء الإثبات من الدائن إلى المدين. يشترط أيضا إعذار المدين، فالشرط الجزائي تقدير إتفاقي للتعويض، ولما كان التعويض لا يستحق إلا بعد الإعذار، لذلك لا يجوز للدائن المطالبة بتطبيق الجزاء المشروط إلا بعد إتخاذ هذا الإجراء في مواجهة المدين. أنظر :منير قزمان، مرجع سابق، ص 107ص105 .

2– المادة 186 من القانون المدني الجزائري تنص عما يلي: "إذا كان محل الإلتزام بين أفراد مبلغا من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى وتأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعوض للدائن الضرر اللاحق من هذا التأخير."

3 –عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع، المجلد الأول، ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004 ، ص 19 و20

4–قانون رقم 83-13 مؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق ل:1983/07/20 يتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، ج رعدد 28 لعام1983 ،المؤرخة في 1983/07/05

ثالثا: التقدير القضائي

أمام استحالة تحديد مبلغ التعويض باتفاق الطرفين على سبيل المثال في المجال الطبي من جهة، وغياب أي نص قانوني يحدده من جهة أخرى، يتولى قاضي الموضوع الذي ينظر في الدعوى بتقدير قيمته الذي سيمنح للمتضرر، إذ يتمتع بالسلطة التقديرية في تقديره ولا رقابة لمحكمة النقض عليه إلا من حيث التسبيب[1] ، بمعنى أن تقدير التعويض جبرا للضرر اللاحق بالمتضرر يعد من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع دون رقابة من محكمة النقض أو مجلس الدولة[2].

لكن تحديد الضرر القابل للتعويض يعد من المسائل القانونية، تتقيد سلطة قاضي الموضوع المدني أو الإداري حسب الأحوال لما لمحكمة النقض أو مجلس الدولة حق الرقابة عليه في تحديد نوع الضرر هل هو ضرر حال أم مستقبل، مادي أو معنوي، إذ أن عدم بيان عناصر الضرر يجعل الحكم قاصر التسبيب وعرضة للبطلان، لذا يتعين على قاضي الموضوع أن يبين الضرر القابل للتعويض، وكلها تعتبر من المسائل القانونية[3]، التي تخضع لرقابة محكمة النقض، أو مجلس الدولة، لأن هذا التعيين من قبل التكييف القانوني للوقائع[4].

الفرع الثاني: طريقة تقدير قيمة التعويض عن فوات الفرصة

تبرز خصوصية ضرر فوات الفرصة عند التطرق الى كيفية تقدير التعويض المناسب له. اذ تتم طريقة التعويض في مرحلتين هما:

الأولى وتتمثل في حساب نسبة احتمال تحقق الفرصة لولا الخطأ، واما الثانية فهي تتجلى في ربط تلك النسبة بقيمة التعويض عن الضرر النهائي، لذا يطلق عليها تسمية "طريقة التعويض المضاعف" اولا.

اما ثانيا نتطرق الى الادراج في النتيجة الحسابية التي يتم التوصل اليها بعض العناصر المعروفة في القواعد العامة التي تحكم في التعويض عن الضرر.

1– عبد العزيز اللصاصمة، المرجع السابق، ص199

2– حسين طاهري، المرجع السابق، ص64

3–قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 1969/04/24، منير قزمان، المرجع السابق، ص45

4– حسين طاهري، المرجع السابق، ص64

أولا: طريقة التقدير المضاعف لفوات الفرصة

تتم طريقة التقدير المضاعف لضرر فوات الفرصة عن طريق الربط بين قيمة الضرر النهائي ونسبة احتمال تحقق الفرصة، فتعكس النتيجة النهائية قصر التعويض عن الفرصة الضائعة فقط. بهذه الطريقة يتم استبعاد طريقة التعويض الجزافي لها.

1- محدودية التعويض في الفرصة الضائعة:

يتحدد مقدار التعويض عن فوات الفرصة في قيمة الفرصة الضائعة فقط، وليس بمقدار الفائدة المرجوة منها لو تحققت. أكد القضاء الفرنسي على هذا المبدأ في أكثر من مناسبة [1]، بهذه الطريقة يكون القضاء قد وضع حدا اقصى لقيمة التعويض عن فوات الفرصة الذي لا يجب ان يكون اعلى من القيمة التقريبية للفرصة الضائعة في حد ذاتها، ولا مساويا لقيمة التعويض عن الضرر النهائي اللاحق بالمتضرر.

هذه المحدودية المجسدة في قيمة الفرصة تعكس مرة أخرى خصوصية نظرية فوات الفرصة باعتبارها فكرة تقوم على وجود ضررين مغايرين لكنهما مرتبطان، الا ان الضرر الأكيد الذي يتم تعويضه هو ضرر فوات الفرصة فقط دون تعويض الحالة النهائية التي يتواجد فيها المتضرر.

يبرر الأستاذ "بوري" هذا المبدأ على أساس أن مقدار التعويض لابد ان يكون 'موازيا للعلاقة السببية المحتملة بين الخطأ الثابت والضرر النهائي'[2]، فخاصية الاحتمال التي تتميز بها الفرصة هي التي تطفي الصفة الاكيدة لضرر فوات الفرصة، اذ تعتبر بمثابة شرط في تقدير قيمة التعويض وحاجزا له، فتمنعه من بلوغ قيمة مالية لتغطية الضرر النهائي الذي يعتبر ضررا غير أكيد[3].

1-Cass. 1ère Civ : 9 mai 1973, 16 juil. 1998, 6 av. 2000, … « La réparation de la perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée,.. ». Cité in : M. BERAUD, Le principe de la réparation…, op. cit, p 30.

2-Cité in: Rodolphe ARZAC، L'indemnisation de la perte de chance…، op. cit، p 782

3-M. BERAUD، Le principe de la réparation…، op. cit, p 30.

من اجل التوصل الى اسناد قيمة مالية للفرصة الضائعة، لابد على قاضي الموضوع تطبيق طريقة يطلق عليها "طريقة التقدير المضاعف" التي تتم وفق مرحلتين أساسيتين هما:

المرحلة الأولى: يقوم فيها القاضي بحساب وتقدير قيمة الضرر النهائي، والذي يتمثل في الكسب الأصلي الاحتمالي الذي حرم منه المتضرر بسبب فوات فرصته[1]، وبتعبير آخر، على القاضي تقدير مبلغ التعويض الإجمالي للضرر النهائي اللاحق بالمتضرر، وذلك تطبيقا للقواعد العامة اذ يشمل الضرر الجسماني، والضرر المادي، والضرر المعنوي[2].

المرحلة الثانية: يتم فيها تحديد قدر الأهمية في الفرصة وما كان مهيأ لها في تحقيق النتيجة المرجوة، ويمثل ذلك القدر من الكسب "القيمة الذاتية للفرصة الضائعة"، والذي يعكس دائما جزءا من الضرر النهائي[3]، ويتحدد هذا الجزء استنادا الى نسبة احتمال رفض المتضرر للفرصة لو تم اعلامه بخطرها[4].

تهدف هذه العملية الحسابية الى إيجاد توازن عددي يحدد بواسطته قيمة الفرصة، والتي يسند لها عامل الفعالية او التأثير مثلها مثل الأسباب الأخرى التي قد تؤدي الى وقوع الضرر النهائي. يعني ذلك، تجزئة هذا الأخير الى عدد معين من الاحتمالات التي تسند كل واحدة منها الى احدى العوامل المؤدية الى وقوعه.

تم استنباط هذه النسبة عن طريق التقريب من جهة أولى، بين مخاطر العملية الجراحية المقترحة، ومن جهة ثانية، مخاطر المرض في حالة عدم الخضوع لها. فالمقارنة بين هذه المخاطر من طرف الخبراء الطبيين والاستعانة بالاحتمالات وجدوا أن احتمال رفض المريض للعملية يقدر بنسبة 20 %[5].

1–ابراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص168

2–Nathalie ALBERT، Obligation d'information médicale…، op. cit, p 360. Voir not: Yves CHARTIER, La réparation du préjudice…, op. cit, p 687.

3–ابراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، نفس المرجع، ص168

4–Sanaa MARZOUG، L'obligation d'information…، op. cit, p 65.

5– من اجل التنظيم الإداري المحكم للقضاء، قام مجلس الدولة بالفصل في موضوع النزاع تطبيقا لنص المادة 2/821 من تقنين القضاء الإداري حتى يكون هذا الحل كنموذج لقضاة الموضوع عند الفصل في مثل هذه القضايا. ينظر:

Sabine BOUSSARD, Comment sanctionner la violation du droit à l'information de l'usager du système de santé ?, les incertitudes de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et la qualité du système de santé, R.D.P, n° 1, 2004, p 197.

إذن المبدأ المعمول به هو تقدير مبلغ التعويض المناسب للضرر النهائي ثم إسناد الفرصة الضائعة نسبة احتمال تحققها، فيحصل المتضرر في النهاية على تعويض جزئي. هذا الأخير اختلفت الآراء بشأنه بين القبول والرفض، إلا أنها اتفقت على رفضها البات التعويض ضرر فوات الفرصة تعويضا جزافيا.

ثانيا : رفض التعويض الجزافي لضرر فوات الفرصة

إن تعويض فوات الفرصة تعويضا جزافيا كان دائما مرفوضا، لأنه يعبر عن تعويض رمزي لضرر معنوي أو نفسي أو مادي بسيط لا أكثر من ذلك، مما يسقط على ضرر فوات الفرصة خصوصياته. نتيجة لذلك، لا يمكن قصر على مجرد ضرر معنوي بسيط أو غيره مادام أنه قد يشملها. يمكن لفوات الفرصة أن يكون لها آثار وخيمة على المتضرر كأثر مادي، وجسماني (العجز أو الوفاة) ونفسي (حرمان من المتعة والبهجة ...) أي قد يكون فوات الفرصة مصدر لعدة أضرار تصيب المريض جراء حرمانه من إمكانية الشفاء أو حرمانه من الحصول على نتائج أفضل.

يلاحظ أن القاضي الإداري قام بتقدير قيمة التعويض عن فوات الفرصة بطريقة مباشرة، دون الإشارة إلى درجة الخطر الذي قد يتعرض له المريض في حالة رفضه للعملية الجراحية، وهو على علم كامل بكل مخاطرها. فهذا الإجراء يساعده في معرفة مدى أهمية فرصة الشفاء الضائعة على المريض، وهل الإعلام الكامل من عدمه، قد يجنبه الخطر الذي تحقق. كما أن القاضي لم يتعرض إلى تقدير قيمة التعويض للأضرار الأخرى اللاحقة بالمريض لإسناد جزء منها لفوات الفرصة، كل هذه الأسباب تعكس توجه القاضي الإداري إلى تعويض جزافي لفوات الفرصة الذي يعتبره ضرر ذات طبيعة مغايرة للضرر النهائي.

الفرع الثالث: معايير تقدير التعويض

يجب أن يكون التعويض طبقا للقاعدة العامة على قدر كاف لجبر الضرر، فلا يزيد عن الضرر ولا يقل عنه، ولم يترك المشرع للقاضي سلطة تحديده بل حدد له معايير يستند عليها، وتتمثل طبقا للمادة 131 [1] و182 [2] من

1- المادة 131 من القانون المدني الجزائري تنص عما يلي " :يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبق لأحكام المادتين 182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير "

2- المادة 182 من القانون المدني الجزائري تنص عما يلي " :إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في إستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول .غير أنه إذا كان الإلتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد"

القانون المدني الجزائري في الضرر المباشر والظروف الملابسة المحيطة بالمتضرر وقت وقوع الفعل الضار، وقد يتغير الضرر منذ وقوعه إلى يوم النطق بالحكم.

1-معيار الضرر المباشر:

يتبين من نص المادتين 131 و 182السالف ذكرهما، أن التعويض مقياسه الضرر المباشر، فالتعويض في أية صورة كانت تعويضا عينيا أو بمقابل، نقديا أو غير نقدي مقسطا أو إيراد مرتبا .يقدر بمعيار الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ، سواء كان هذا الضرر ماديا أو معنويا، متوقعا أو غير متوقع، حالا أو مستقبلا ما دام محققا[1].

يشمل التعويض في المسؤولية التقصيرية والعقدية على الضرر المباشر، وهذا ما أكدته المادة 131 السالفة الذكر، فالتعويض في المسؤولية التقصيرية يقتصر على الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، بخلاف التعويض في المسؤولية العقدية الذي يشمل على الضرر المباشر المتوقع ما عدا ما حالتي الغش والخطأ الجسيم[2].

يشمل الضرر المباشر عنصرين الخسارة التي أصابت المتضرر والكسب الذي فاته وهذا ما أكدته المادة 182[3] السالفة الذكر، ويتحقق ذلك في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية.

بتطبيق هذه المادة على المجال الطبي، يتحصل المريض المصاب بعجز جسماني نتيجة خطأ الطبيب على تعويض عما أصاب جسمه من ضرر وألم نفسي، وما أنفقه من مبالغ مالية قصد العلاج، وهذا ما نستخلصه من عبارة (ما لحقه من خسارة)، كما يستحق التعويض عما فاته من كسب[4]، بسبب نقص دخله إذا كان عاملا يتقاضى أجرا، فنتيجة لهذه الإصابة لن يتحصل عليه.

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام (مصادر الإلتزام) المجلد الثاني، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ،2000، ص 1097.

2- حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص 314

3-المادة 182 من القانون المدني الجزائري تنص عما يلي... " :ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب"

4- أحمد حسن الحياري، المرجع السابق، ص 169

واجه هذا المعيار بعض الصعوبات خصوصا في تقدير القاضي التعويض عن الضرر المعنوي، الذي يتعذر تقديره بالمال كتقدير الآلام النفسية مثلا، لكن استطاع القضاء من التغلب على هذه الصعوبات، فحيث كان ينظر إلى جسامة الخطأ أو تفاهته في المسؤولية التقصيرية عند تقدير التعويض، مما أدى إلى احتجاج غالبية الفقه الغربي التي رأت أنه من غير الجائز للقضاء إدخال جسامة الخطأ أو تفاهته عند تقدير التعويض، إذ رأت أن الخطأ ما هو إلا ركن لإقامة المسؤولية بغض النظر عن مداه، وتكمن العبرة في جسامة الضرر عند تقدير التعويض وليس جسامة الخطأ[1]، أما في المسؤولية العقدية فإن معظم التشريعات أخذت بعين الاعتبار جسامة الخطأ، وألحقت الخطأ الجسيم بالغش، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 182[2] المذكورة آنفا، بمعنى أن الطبيب الذي يرتكب غشا أو خطأ جسيم، يلتزم بتعويض المريض عن الضرر الذي لم يكن من الممكن أن يتوقعه الرجل العادي عند إبرام العقد[3]. فتكون المسؤولية هنا مشددة إذ يتم التعويض على الضرر المتوقع وغير المتوقع.

إذا رأى القاضي وقت إصدار حكمه بالتعويض أن بعض عناصر الضرر لم تستقر بصفة نهائية، ويحتمل أن يتطور الضرر، فله الحكم بحق المتضرر في المطالبة خلال فترة معينة في إعادة النظر في تقدير التعويض، وهذا ما أكدته المادة 131 من القانون المدني الجزائري.

2-تأثير الظروف الملابسة

يقصد بالظروف الملابسة التي جاءت بها المادة 131 [4] السالفة الذكر الظروف الشخصية المتعلقة بالشخص المتضرر لا تلك المتعلقة بالمسؤول، وتتعلق هذه الظروف الشخصية بحالة المتضرر الصحية والعائلية والمالية[5]، فيجب على القاضي أن يدخل الظروف الشخصية التي تحيط بالمتضرر عند تقدير التعويض اللاحق به، فيقدر التعويض على أساس ذاتي، وليس على أساس موضوعي، فيؤخذ بعين الاعتبار الحالة الصحية للمتضرر، ويقدر مدى تأثير الفعل

1- قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1946/10/21 أن " :التعويض عن الضرر المدني الذي أقره القانون في المسؤولية التقصيرية يشمل جل الضرر المدني بغض النظر عن جسامة الخطأ". ينظر: أحمد حسن الحياري، المرجع السابق، ص 170.

2- الفقرة الثانية من المادة 182 من القانون المدني الجزائري تنص عما يلي..." :غير أنه إذا كان محل الإلتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ."

3- أحمد حسن الحياري، المرجع السابق، ص 170.

4-المادة 131 من القانون المدني الجزائري تنص عما يلي " :يقدر القاضي مدى التعويض...مع مراعاة الظروف الملابسة"

5- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 193.

الضار عليه، ومدى ما سببه من ضرر، فمثلا في مجال جراحة التجميل، يجب الأخذ بعين الاعتبار حالة الزبون قبل التدخل الجراحي فإذا كان التشويه أو العيب المراد تحسينه بعملية جراحية تجميلية خفيفا جدا، وبعد العملية تفاقم وازداد تشوها بسبب خطأ الجراح، فتقدير التعويض في هذه الحالة يكون أشد بالمقارنة إذا ما كان التشوه المراد تحسينه عيبا ملحوظا وبارزا[1].

أما تقدير الحالة العائلية للمتضرر، فمن يعول زوجة وأولاد يكون ضرره أشد من ضرر الأعزب الذي لا يعول إلا نفسه، كما يؤخذ بعين الاعتبار الحالة المالية للمتضرر ولا يقصد بذلك بأن المتضرر إذا كان غنيا كان أقل حاجة إلى التعويض من الفقير فالضرر واحد، أصاب غنيا أو فقيرا، وإنما الذي يدخل في الاعتبار هو اختلاف الكسب الفائت للمتضرر من جراء الإصابة اللاحقة به، فمن كان كسبه أكبر كان الضرر اللاحق به أشد، كما يدخل بعين الاعتبار أيضا حالة المتضرر المهنية فتشويه وجه ممثلة يصيبها بضرر أشد بكثير من الذي يصيب وجه عامل يعمل في مصنع أو منجم[2].

لا يؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير التعويض الظروف الشخصية التي تحيط بالمسؤول فإذا كان المسئول غنيا، لا يعني أنه سيدفع تعويضا أكثر، أو أنه إذا كان فقيرا سيدفع تعويضا أقل، وسواء كان المسؤول لا يعول إلا نفسه أو يعول أسرة كبيرة، فهو يدفع التعويض بقدر ما أحدثه من الضرر، دون مراعاة لظروفه الشخصية، إذ العبرة في تحديد مدى الضرر بالظروف الشخصية التي تحيط بالمتضرر لا بالمسؤول.

لا يعتد عند تقدير التعويض بجسامة الخطأ المرتكب من قبل المسؤول، لأن المسؤولية المدنية غرضها جبر الضرر، لا معاقبة المسؤول، فمهما كان الخطأ جسيما فإن التعويض لا يكون إلا بقدر الضرر، ومهما كان الخطأ يسيرا فإن التعويض يجب أن يكون عن الضرر المباشر الذي أحدثه، وهذا هو الفرق بين المسؤولية العقدية والجنائية والتعويض المدني الذي لا يراعي إلا الضرر، غير أنه من الناحية العملية فإن القضاء عادة ما يدخل في حسابه عند تقدير التعويض جسامة الخطأ الصادر من المسؤول فيميل إلى الزيادة فيه، وإلى التخفيف من التعويض إذا كان الخطأ يسيرا[3].

1– سامية بومدين، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2001، ص 164

2– محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام–الواقعة القانونية (العمل غير المشروع–شبه العقود، والقانون)، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004 ، ص 162.

3– عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 1101.

3-مراعاة الضرر المتغير

يمكن أن يتغير الضرر ما بين وقت أو يوم وقوعه إلى يوم النطق بالحكم، كما لو كسرت ساق المريض إثر سقوطه فوق طاولة العمليات وهو تحت التخدير، وعند مطالبته بالتعويض كانت الإصابة قد تطورت فتخلف عنها عاهة مستديمة، كما لو تعفنت ساقه مما استوجب بترها، فيتعين على القاضي في هذه الحالة أن يدخل في حسابه عند تقدير التعويض تطور الإصابة من يوم وقوعها إلى يوم صدور الحكم، فيقدر القاضي الضرر على أنه عاهة مستديمة[1]، كذلك الحال في حالة ما إذا أصبح الضرر أخف من يوم وقوعه إلى يوم صدور الحكم، فأصبح الكسر أقل خطورة مما كان عليه، فالقاضي يعتمد بذلك في تقديره التعويض، فالعبرة إذن في تقدير التعويض بيوم صدور الحكم، سواء اشتد الضرر أو خف.

أما إذا كان الضرر لم يتغير منذ وقوعه إلى يوم صدور الحكم، والذي تغير هو سعر القيمة النقدية الذي يقدر به التعويض أو أسعار السوق بوجه عام، فالعبرة بالسعر منذ وقوع الضرر أو إنخفض[2]، على أنه إذا كان المتضرر قد أصلح الضرر بماله الخاص فإنه يرجع بما دفعه فعلا، مهما تغير السعر يوم صدور الحكم.

وإذا طلب المتضرر بعد الحكم له بالتعويض تعويضا جديد، فاستجابت المحكمة لطلبه دون أن تبين التغير الذي طرأ على حالته نتيجة تفاقم الضرر فإن الحكم يستوجب النقض[3].

المطلب الثاني: حصر التعويض بقيمة الفرصة الفائتة

بعدما تطرقنا الى كيفية تقدير قيمة الفرصة الفائتة والمعيار الذي على أساسه يمكن تحديد قيمتها فإنه لابد من التوصل إلى التطبيق العملي في تعويض المتضرر عن ضرر فوات الفرصة، سنتناول في هذا المطلب فرعين وهما، الفرع الأول نتناول فيه سلطة المحكمة التقديرية للتعويض الجزئي عن ضرر فوات الفرصة، وفي الفرع الثاني نتناول فيه أسباب الإعفاء من التعويض عن ضرر فوات الفرصة.

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ص1102 .

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ص 1103 -1110.

3-قضى المجلس الأعلى بموجب قراره الصادر بتاريخ 3 مارس 1983 في ملف رقم 23615 1983 بأنه " :يستخلص من القرار المطعون فيه وأوراق الملف والتقرير الطبي أن حالة الضحية لم تتغير ولم يتفاقم ضررها عما كان عليه في السابق هذا ولما قضى مجلس جيجل بمنح تعويض جديد للمطعون ضده بدون أن يبين التغير الذي طرأ على حالة الضحية والعناصر التي تظهر تفاقم العاهة المستديمة بها فإنه يكون قد خرق قوة الشيء المقضي فيه مما يعرض قراره للنقض ."ينظر: محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 164.

الفرع الاول :سلطة المحكمة التقديرية للتعويض الجزئي عن ضرر فوات الفرصة:

إن القاعدة العامة في تقدير التعويض هي جبره للضرر، فتكمن الصعوبة الأساسية في التعويض عن ضرر فوات الفرصة في تحديد وتقدير مدى وقدر الفرصة الفائته وليس في مبدأ التعويض ذاته، فكل الضرر المحقق الذي أصاب المتضرر بحيث يتساوى التعويض مع هذا الضرر فلا يزيد عنه ولا يقل، وهذا يعبر عنه بمبدأ التعويض الكامل .غير أن تطبيق مبدأ التعويض الكامل على ضرر فوات الفرصة تعترضه صعوبة كبيرة تتمثل في أن الضرر في هذه الحالة يتعذر حسابه وتحديده تحديدا واقعيا حقيقياً، بل يعتمد تقديره على الحدس والتخمين، فهو لا يشمل كل الضرر المحقق المقابل للكسب المرجح الذي كان يأمله المتضرر، وإنما يتمثل نسبة فقط من هذا الضرر[1] .

إن القاضي عند البدء في بحثه عن تعويض المتضرر عن ضرر فوات الفرصة يدخل في تقديره لضرر فوات الفرصة عند نظره للدعوى في طريقتين هما، تقدير تعويض المتضرر بناًء على الفرصة الفائته ذاتها أو تقدير تعويض المتضرر بناًء على الكسب المرجح والنهائي الفائت، ومن ثم نتطرق إلى تناول آثار التعويض الجزئي عن ضرر فوات الفرصة[2].

وكما ان المشرع الجزائري لم يفصل في التعويض عن فوات الفرصة بصفة خاصة، فقد أدرجت تحت مضمون التعويض عن الاضرار بصفة عامة وفي التحديد القانوني للمسؤولية، فإنه لم يحدد نوع الضرر القابل للتعويض وهذا ما فتح الجدال بين الفقه والقضاء، وحسب ما جاء في المادة 124 من القانون المدني (معدلة) والتي تتضمن وجوبية التعويض للشخص مرتكب الضرر أيا كان فعله[3].

كما جاء أيضا في المادة 47 من القانون المدني التي تقضي على ان لكل متضرر له الحق في المطالبة بالتعويض حسب الضرر الذي لحق به [1]

وفي هذا الصدد يتضح من هذه النصوص عدم التمييز في مسألة التعويض بين الضرر المادي والمعنوي وضرر فوات الفرصة، اذ جاء النص عاما تاركا المجال للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع للفصل فيه.

1- أبو الليل، إبراهيم الدسوقي. مرجع سابق. 2013 ص156.

2-ياسر احمد مسك، التعويض عن ضرر تفويت الفرصة-دراسة مقارنة-، رسائل ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2015/2014، ص 106

3- المادة 124 من القانون المدني الجزائري تنص على "الفعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثهبالتعويض"

1-المادة 47 من القانون المدني الجزائري التي تنص على "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما قد لحقه من ضرار".

أولا :تقدير تعويض المتضرر بناءً على الفرصة الفائته ذاتها:

ذهب رأي إلى أن طريقة القضاء في تعويض المتضرر بناًء على الفرصة الفائتة ذاتها يستلزم وضع المتضرر في الحالة التي كان يصبوا إليها لو لم تتحقق الفرصة، ولا يكفي لذلك تعويض المتضرر عن قيمة الفرصة الفائتة ذاتها، وإلا كان ذلك وبحسب هذا الاتجاه بمثابة تعويض المتضرر عن بيع هذه الفرصة وليس عن تحققها، لأن صاحب الفرصة الفائتة يسعى من ورائها لتحقيق الكسب المرجح والنهائي فهو يرغب في إغتنام تلك الفرصة لا في الاحتفاظ فيها أو بيعها .إذا للتعويض عن ضرر فوات الفرصة في هذه الحالة تعويضا جزئيا فإنه يجب أن يكون الضرر النهائي مرجحا وليس محققاً، فإذا كان الكسب المرجح النهائي المأمول مؤكدا ومحققا فإن المتضرر يستحق التعويض الكامل عن كل ذلك الكسب الفائت لا عن مجرد ضرر فوات الفرصة .

وذهب رأي آخر إلى أن القاضي في تقديره لتعويض المتضرر فيما إذا كانت فرصة ما تؤدي بالحتم والضرورة إلى كسب مرجح فإن هذه الفرصة تقدر بقدر الكسب المرجح ذاته تماما دون نقصان لذلك فإن الحرمان منها يستوجب التعويض الكامل عن الكسب المرجح الذي حرم منه المتضرر، ومن ثم فلا تكون هذه الحالة بصدد ضرر فوات فرصة كسب مرجح بل نكون أمام ضرر محقق يتمثل في كل ما ضاع من كسب مرجح، بينما إذا كانت الفرصة في ذاتها لا تؤدي بالضرورة إلى كسب مرجح معين بل مرجح أنها تؤدي إلى ذلك، بمعنى آخر إذا لم يتم التيقن من تحقيق فرصة الكسب بل يرجح ذلك فإن قيمتها تمثل نسبة فقط من الكسب المرجح الذي يمكن أن تؤدي إليه وتحدد هذه النسبة بقدر الرجحان الذي تنطوي عليه الفرصة [1] .

وحسب قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1989/02/08 الذي ينص على أن يكون تقدير التعويض على ضوء الضرر الذي أصاب المتضرر بالذات، فلا يزيد عن الضرر ولا يقل عنه [2].

ثانيا: تقدير تعويض المتضرر بناءً على الكسب الفائت:

ذهب رأي إلى أن القاضي في تقديره لتعويض المتضرر على أساس أن ينظر إلى الفرصة على أنها مجرد وسيلة أو طريقة كسب مرجح وليس لها قيمة خاصة بها وإنما تتحدد قيمتها في الكسب المرجح الذي تؤدي إليه، ومن ثم يكن فواتها وضياعها وفقا لهذا الكسب المرجح فيتحدد ضرر فوات الفرصة فيه ويقدر التعويض بقدره، فبعد أن يتيقن

1- ياسر احمد مسك، المرجع السابق، ص 94.

2- قرار المحكمة الجزائرية العليا –الغرفة المدنية-1989/02/08، الملف رقم 58012، المجلة القضائية، العدد 2 لسنة 1992، ص 14

القاضي ويتأكد من جدية الفرصة وتحققها بقدر كاف بحيث يترتب على تف ويتها ضرر محقق فإنه يحكم بالتعويض عن كل الضرر الناجم عن فوات الفرصة وعدم تحققها، وبحسب هذا الرأي فأن هذا الحل هو واجب الإتباع وأكثر مناسبة وتبريرا بإعتبار أن الفرصة لا يقصد بها أن تظل كذلك أي مجرد فرصة الكسب المرجح، فمن يملك مثل هذه الفرصة لا يرغب في الإحتفاظ بها كمجرد وسيلة لتحقيق كسب مرجح بل يرغب في الكسب ذاته أي يرغب في تحقيقها، لذلك فعند تقدير التعويض عن ضرر فوات الفرصة يجب وضع المتضرر في الحالة التي يكون عليها لو تحققت هذه الفرصة، وليس تعويضه عن قيمة الفرصة ذاتها وإلا عد ذلك وضعا للمتضرر في المركز أو الحالة التي يكون عليها لو باع هذه الفرصة وليس لو تحققت [1] .

وذهب رأي آخر إلى أنه لا يعني بالضرورة أن يكون التعويض عن ضرر فوات الفرصة جزئيا .فالمتضرر قد يحصل على التعويض كاملا .لأن التعويض يتمثل في جبر الضرر وهو حرمانه من فرصة الكسب المرجح .ونظرا إلى أن إجتياز المتضرر الفرصة بنجاح ليس مؤكدا عادةً، فإن التعويض يكون إذا أقل مما كان سيحصل عليه المتضرر لو لم يقع الحادث واجتياز المتضرر الفرصة بنجاح .فالتعويض لا يتمثل في حالة فوات الفرصة في فقدان الكسب المرجح المنتظر من تحقق الفرصة وإنما من فقدان فرصة الحصول على الكسب المرجح[2] .

ومثال ذلك هو مقدار تعويض متسابق عن حرمانه من فرصة التقدم لوظيفة كان قد تم الإعلان عنها، أقل من قيمة المرتب الذي كان سيحصل عليه لو اجتاز المسابقة بنجاح .ومثال ذلك أيضا كما لو كان المتضرر طالبا متفوقا كان نجاحه بحسب المجرى العادي للأمور. فيكون مقدار تعويضه عن فوات الفرصة يكاد يتعادل مع مقدار تعويض عن فوات الكسب المرجح ذاته وهو النجاح[3] .

ثالثا: آثار التعويض الجزئي عن ضرر فوات الفرصة:

إذا كان الأصل في المسؤولية المدنية سواء العقدية أو التقصيرية هو إعادة المتضرر إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، فإن هذا الأصل قد يتعذر تطبيقه في بعض حالات مسؤولية المتسبب بالضرر عن تعويض المتضرر، لأنها تفترض أن الفرصة قد ضاعت نهائيا ولن تعود ثانية لذا لن يكون أمام القاضي سوى اللجوء إلى التعويض .وعند

1–ياسر احمد مسك، المرجع السابق، ص 95

2– نفس المرجع، ص 96

3– نفس المرجع، ص 97

تقدير القاضي للتعويض المقابل للضرر الذي لحق المتضرر فإنه يبدأ بتحديد هذا الضرر ثم يقوم بتقديره وتقويمه مالياً، أي تحديد المبلغ المقابل له وفقا لأحد الطرق السابق ذكرها في تقدير تعويض المتضرر.

وذهب إتجاه إلى أن تقدير التعويض الجزئي الذي يتقرر في حالة ضرر فوات الفرصة يتحدد بنسبة معينة من الكسب المرجح الذي يمكن أن تؤدي إليه الفرصة، لو لم تفت على المتضرر فلأن الضرر المحقق الذي أصاب المتضرر يتمثل في فقد فرصة الكسب المرجح فإن التعويض يقدر بقدر هذه الفرصة وليس بكل الكسب المرجح الذي حرم منه .هذا التعويض الجزئي الذي يقتصر على قيمة الفرصة الضائعة لا يمكن تحديده إلا بمقارنة الضرر المحقق المقابل للكسب المرجح الذي كان يأمله المتضرر بالضرر المحقق النسبي الذي وقع نتيجة ضياع فرصة تحقيق الكسب المرجح .

كذلك يترتب على مبدأ التعويض الجزئي عن ضرر فوات الفرصة بعض النتائج الهامة، يأتي في مقدمتها 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 فوات الفرصة مما قد يتبع ذلك في تعدد التعويضات هذا من الناحية ثانية[1] .

فمن الناحية الأولى ذهب رأي إلى أن المسؤولية المدنية تقوم بتوافر أركانها، وبالمثل فإن المسؤولية عن ضرر فوات الفرصة تنهض بتوافر أركانها، وهي الفعل الضار من محدث الضرر والضرر المحقق بفوات فرصة الكسب المرجح وعلاقة 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 جميعا في إحداث الضرر المتمثل في فوات فرصة الكسب المرجح على المتضرر، إذا فإن الضرر المحقق في فوات الفرصة قد يشترك في إلحاقه بالمتضرر أكثر من مسبب، ويكون مؤدى كل سبب هو تضييع أحد 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 بفوات الفرصة على المتضرر ما كان يرجوه من كسب مرجح كون كل منها يشكل سببا مرجحا لذلك الضرر فإنه لا شك أن على القاضي الحكم بتعويض مناسب عن كل ضرر محقق وقع بالمتضرر جراء فوات 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 ما فات على المتضرر من فرص[2].

1–ياسر احمد مسك، مرجع سابق، ص 97–98

2–نفس المرجع، ص 101

الفرع الثاني :أسباب الإعفاء (موانع المسؤولية) من التعويض عن ضرر فوات الفرصة:

قبل البدء في تناول أسباب الإعفاء من التعويض عن ضرر فوات الفرصة نتطرق إلى أنه لا يجوز بأي حال من الأحوال إتفاق الأطراف على الإعفاء من المسؤولية العقدية، والسبب في ذلك أن أحكام المسؤولية التقصيرية متعلقة بالنظام العام، ولا يجوز الخروج عليها كما أن جواز الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية يفتح المجال للطرف القوي من الأشخاص بإرغام الطرف الضعيف على ما لا يريده، وبالتالي ارتكاب ما يشاء من الأفعال الضارة دون توخي الحيطة والحذر طالما يعلم أنه لا يوجد من يسأله عن الأضرار التي يسببها[1].

ذهب رأي إلى أنه عندما ينص القانون على أن فعلا معينا لا يشكل بالمعنى المقصود فعل ضار فيكون إذا ممارسة أي شخص هذا الفعل يعتبر على أنه حق مشروع إذا ما أحدث ضرر فوات الفرصة ضمن حدود حسن النية إعتبر ضرر فوات الفرصة مشروعاً، أين تيجة طبيعية لممارسة هذا الحق، فلا يترتب إلتزام بالتعويض عنه على عاتق محدث الضرر، كما أن الفعل ذاته يمكن أن لا يتصف بصفة الفعل الضار بعد النظر إلى طبيعته فيشكل تصرفا عاديا ومألوفا ومتفقا مع الأنظمة والأحكام القانونية فلا مسؤولية على من صدر عنه، وإن أحدث ضرر فوات الفرصة بإعتبارهن تيجة عادية للتصرف الحاصل، ولكن بحسب هذا الرأي فإنه لا سبيل إلى منع ضرر فوات الفرصة هذا سوى بمنع ممارسة الحق ذاته وهذا الأمر غير وارد على الإطلاق، لذا فإنه يترتبإ ذا تحمل ضرر فوات الفرصة هذا كحدث مرافق لحياة الإنسان في المجتمعات المعاصرة[2].

وأيا كان الطريق الذي يختاره محدث الضرر لنفي المسؤولية فإنه يقع على عاتقه عبء نفي السببية أو إثبات السبب الأجنبي فهو يشمل الحادث الفجائي والقوة القاهرة وهذا ما سنتناوله أولاً، ثم فعل المتضرر نفسه ثانياً، ثم فعل الغير ثالثاً، أي أنها الأسباب القانونية ذاتها في الإعفاء من المسؤولية .وذلك كله بالتفصيل الآتي:

أولا :الحادث الفجائي والقوة القاهرة كمانع من موانع مسؤولية التعويض عن ضرر فوات الفرصة:

ذهب رأي إلى أن الحادث الفجائي والقوة القاهرة تعبيران مختلفان لكنهما يدلان على معنى واحد يقصد به أمر غير متوقع الحصول وغير ممكن تلافيه يجبر الشخص على الإخلال بإلتزاماته المدنية، ولا توجد حوات تعتبر في ذاتها حوادث فجائية أو قوة قاهرة بل إن أكثر الحوادث التي يتصور أن تكون كذلك يصح ألا تثبت لها هذه الصفة تبعا

[1]–عبيدات يوسف محمد، المرجع السابق، ص346

[2]–العوجي مصطفى، المرجع السابق، ص 349

لظروف الحال ولتوافر شروط السبب الأجنبي، فالحرب والثورة والإضراب والحريق وإنفجار الآلات تعتبر حوادث فجائية وعلى من يتمسك بإعتبارها كذلك أن يثبت توافر تلك الشروط فيها، وله أن يستفيد في ذلك من قرائن الأحوال التي تسمح بإفتراض تلك الشروط وإعتبار الحادث فجائيا إلى أن يثبت خصمه عكس ذلك[1] .

أما بالنسبة للاتفاق على التخفيف، إذا كان يرمي الى التحقيق من احكام المسؤولية العقدية فهو اتفاق صحيح من الناحية القانونية، لذلك المشرع الجزائري قد اجاز الشرط الجزائي.

أما إذا كان الاتفاق على تحقيق المسؤولية يتعلق بالمسؤولية التقصيرية فهو اتفاق غير جائز، ذلك ان الاتفاق على التخفيف من المسؤولية التقصيرية يقترب بشكل كبير من شرط الاعفاء من المسؤولية عن العمل الاجرامي والذي أبطله المشرع الجزائري بصريح نص المادة 178 /03 [2] بالإضافة الى القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ الذي نصت عليه نفس المادة من الفقرة 01 [3] .

ثانيا : فعل المتضرر كمانع من موانع مسؤولية التعويض عن ضرر فوات الفرصة:

ذهب رأي إلى أن المبدأ المكرس قانونا في مجال المسؤولية التقصيرية، هو أن الفعل الضار إذا صدر من المتضرر نفسه وكان السبب الوحيد لحدوث ضرر فوات الفرصة فمن شأنه أن يحجب المسؤولية عن أي شخص آخر، فيتحمل المتضرر نتائج فعله الضار ولا مجال لإلقاء المسؤولية على عاتق آخر .أما إذا ساهم الفعل الضار من المتضرر في حدوث ضرر فوات الفرصة فإنه يعود للقاضي توزيع المسؤولية بين مسببي ضرر فوات الفرصة. ولكن لا بد من أن يتصل الفعل الضار المدلي بحصوله سببيا في ضرر فوات الفرصة، أما إذا لم يكن له من تأثير مباشر على ضرر فوات الفرصة فلا يعتد به على أنه سبب معف من مسؤولية التعويض عن ضرر فوات الفرصة[4] .

وهناك موقف آخر يرى أنه إذا كانت العلاقة السببية بين الفعل الضار من المتضرر وضرر فوات الفرصة ثابته على وجه التحقيق وأثبت محدث الضرر أن المتضرراً يضا قد تسبب بفعله الضار في وقوع الحادث كما في الفرض السابق، فقد ثبت بذلك أن لضرر فوات الفرصة سببين لكل منهما فعله الضار فتوزع المسؤولية بينهما وتسمى هذه

1–مرقس سليمان، المرجع السابق، ص 492

2–المادة 3/178 من القانون المدني الجزائري، تنص على "…. ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الفعل الاجرامي "

3–المادة 178 /1 من القانون المدني الجزائري، تنص على" يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة …"

4–العوجي مصطفى، المرجع السابق، ص 361

الحالة حالة الفعل الضار المشترك .غير أنه إذا كان أحد الفعلين الضارين نتيجة للآخر فإن السبب الأول يقدم على التالي ويستغرقه ويوجب تحميل المسؤولية كلها لمن إرتكبه [1] .

ثالثا :فعل الغير كمانع من موانع مسؤولية التعويض عن ضرر فوات الفرصة:

ذهب رأي إلى أنه إذا أثبت محدث الضرر أن ضرر فوات الفرصة الذي لحق المتضرر راجع إلى الفعل الضار الصادر من شخص أجنبي عنه فإنه بذلك يكون قد أثبت السبب الأجنبي بركنيه ركن السببية بين الفعل الضار الأجنبي وضرر فوات الفرصة، وركن إنتفاء التوقع لأن ليس على المرء أن يتوقع الأفعال الضارة الصادرة عن غيره .فإن كانت السببية بين ضرر فوات الفرصة والفعل الضار غير ثابتة على وجه التحقيق اعتبر الفعل الضار الصادر عن الغير هو السبب الوحيد في حدوث ضرر فوات الفرصة، لأنه سبب أجنبي عن محدث الضرر وبالتالي تنتفي عنه مسؤولية هذا الأخير ويصبح للمتضرر أن يطالب بتعويض ضرر فوات الفرصة من ذلك الغير.

وإن كانت تلك السببية ثابتة على وجه التحقق فقد ثبت أن لضرر فوات الفرصة سببين وأصبح كل من محدث الضرر والغير– إذا أدخل في الدعوى–مسؤولا عن تعويض ضرر فوات الفرصة، وكانا مسؤولين قبل المتضرر بالتضامن بينهما بحيث يجوز له أن يرجع على أيهما بالتعويض كاملاً، وجاز لمن وفى التعويض منهما أن يرجع على الآخر بنصيبه فيه .

ويكون توزيع المسؤولية بينهما في علاقة أحدهما بالآخر كما في توزيع المسؤولية بين المتضرر ومحدث الضرر إلا إذا كان أحد الفعلين الضارين هو الذي سبب الآخر أو بلغ حدا من الجسامة بحيث يسمو على الآخر ويستغرقه فحينئذ يبقى هو المعتبر وحده ويهدر الفعل الضار الآخر، كما تقدم في الفعل الضار الصادر عن المتضرر[2].

ونجد اتجاه آخر يرى أنه يفترض للتذرع بالفعل الضار الصادر من الغير كمانع للمسؤولية أن يكون المتضرر قد أقام الدعوى على محدث الضرر ناسبا إليه التسبب بضرر فوات الفرصة فأدلى هذا الأخير بأنه لم يتسبب هو بضرر فوات الفرصة بل شخص ثالث، ويكفي في هذه الحالة أن يثبت أنه لم يقم بأي فعل ضار مسبب لضرر فوات

1–مرقس سليمان، المرجع السابق، ص 500

2– المرجع السابق، ص 502

الفرصة، كالقول مثلا أن الشئ الواقع تحت حراسته لم يكن له دور في إحداثه، بل أن هناك شخصا آخر تسبب به كليا أو ساهم في إحداثه [1].

ومثال ذلك أن المتبوع لا يستطيع أن يتمسك بالفعل الضار الصادر عن التابع لكي يتخلص من مسؤوليته أمام الغير فالتابع ليس من الغير بالنسبة للمتبوع. كذلك لا يستطيع الأب والأم التمسك بالفعل الضار الصادر عن ابنهم القاصر لدفع مسؤوليتهم عن الأضرار التي سببها الإبن للغير، كما لا يجوز للمدين في نطاق المسؤولية العقدية التمسك الفعل الضار الصادر عن مساعديه للتخص من مسؤوليته عن عدم تنفيذ الإلتزام العقدي أو الإخلال به في مواجهة الدائن [2] .

1-العوجي مصطفى، المرجع السابق، ص 383

2- زهرة محمد المرسي، المرجع السابق، ص267

ملخص الفصل:

نستخلص مما سبق انه لتقدير التعويض عن الضرر بما فيه ضرر فوات الفرصة توجد عدة معايير بغية تحقيق العدالة على نحو كامل بين الضحايا، وأن القضاء له سلطة شبه مطلقة في تقدير هذا النوع من التعويض دون التقييد بأية قيود، اذ يلاحظ عن الاحكام القضائية الاختلاف في تقدير التعويض من قاض لآخر ولو تعلق الامر بنفس الضرر.

تمكننا هذه الدراسة من الكشف عن بعض معايير تقدير التعويض وحصره من خلال قراءة بعض قرارات القضاء والدراسات الفقهية وبعض الحلول التشريعية ودراسة أسباب الاعفاء (موانع المسؤولية).

خاتمة

الخاتمة:

وفي نهاية هذه الدراسة والتي تطرقنا فيها الى موضوع تعويض عن ضرر فوات الفرصة، ومن خلال محاولتنا الالمام بجميع جوانب هذا الموضوع تناولنا في بداية عرضنا مفهوم فوات الفرصة، حيث استنتجنا أن فوات الفرصة بحد ذاته هو ضرر قابل للتعويض عنه لو صورتان رئيسيتان (فوات فرصة تحقق كسب أو فوات فرصة تجنب خسارة) ، كما أن مفهوم فوات الفرصة يختلف عن العديد من المفاهيم التي قد تختلط به، ثم تناولنا الأساس القانوني للتعويض عن فوات الفرصة بحد ذاته بما فيه المبادئ الأساسية للتعويض عن ضرر فوات الفرصة. وبعدها انتقلنا الى تعرضنا لمبدأ التعويض عن فوات الفرصة وكيف رفض بعض الفقه التعويض عن فوات الفرصة، وعلى النقيض من ذلك أقر رأي ثان التعويض عن فوات الفرصة، ورجحنا الرأي الثاني، حيث تم التعرض لمفهوم التعويض عن فوات الفرصة فأوضحنا المقصود بالتعويض عن فوات الفرصة ثم أوضحنا أساس التعويض عن فوات الفرصة، وتناولنا مدى قبول

الفكر القانوني لمبدأ التعويض عن فوات الفرصة، ثم بعد ذلك تعرضنا لشروط التعويض عن فوات الفرصة، فيجب أن يكون فوات الفرصة محققاً، كما أنه يجب أن يكون فوات الفرصة ضرراً مباشراً وشخصياً، كما أنه يجب أن تمثل الفرصة الفائتة حقاً مكتسباً أو مصلحة مشروعة للمضرور، وفي الأخير بيّنا تقدير التعويض عن فوات الفرصة، حيث تكلمنا عن أن قاضى الموضوع له سلطة كبيرة في تقدير التعويض عن فوات الفرصة، وأن للمحكمة العليا دوراً هاماً في الرقابة على ممارسة قاضى الموضوع لهذه السلطة من خلال الرقابة على سلامة الوصف القانوني ومن خلال الرقابة على التأسيس القانوني.

ومن هذا المنطلق نقدم بعض النتائج التي توصلنا اليها من خلال بحثنا المتواضع:

1-أن كل من القانون الفرنسي والمصري والأردني وغيرها من التشريعات قد تطرقت الى موضوعنا التعويض عن ضرر فوات الفرصة بشكل عام ومفصل الا القانون المدني الجزائري فقد تطرق الى التعويض عن الاضرار بصفة عامة ولم يهتم بموضوع فوات الفرصة بشكل خاص لم يكن من السهل التعمق في تفاصيله.

2-أن الضرر في فوات الفرصة يتكون من عنصرين هما، العنصر الأول وهو تحقق ضرر فعلي وحقيقي، والعنصر الثاني وهو الفوات المؤكد والنهائي للفرصة.

3-عدم استقرار الفقه والقضاء على تعريف محدد ودقيق يعبر عن ضرر فوات الفرصة والذي يمكن من خلاله توضيح معنى هذا الضرر بسبب الطبيعة الخاصة التي تحيط بضرر فوات الفرصة.

4-كثرت الحالات التي يتشابه فيها ضرر فوات الفرصة مع غيره من أنواع الضرر كالضرر المحتمل والضرر المستقبلي شكل صعوبة للقضاء في الحكم للمضرور بتعويض عادل عن ضرر فوات الفرصة نظرا إلى إستحالة تكرار الفرصة الفائتة على المضرور مرة أخرى.

5-يعتبر الضرر أهم ركن في المسؤولية المدنية بوجه عام، وهو أساس للتعويض، إذ يعوض المضرور في جميع الحالات نتيجة الأذى اللاحق به في جسمه أو ماله أو شعوره وعاطفته وحتى فوات فرصة كانت محققة، سواء إرتكب الخطأ أو لم يرتكب.

6-رغم الاختلاف فيما يذهب اليه القضاء عند استعماله لنظرية فوات الفرصة، الا ان الهدف الذي يصبو اليه يعتبر واحدا في كل الحالات، ويتمثل في تحقيق العدالة والانصاف بين طرفي العلاقة. فاذا طبق القاضي نظرية فوات الفرصة بشكلها التقليدي، باعتبار ضياع الفرصة ضررا محققا واجب التعويض عنه، تهدف العدالة في هذه الحالة، الى عدم استبعاد الفرصة التي يتمتع بها الشخص من المجال القانوني متى كانت حقيقية وجدية.

7-عددت المادة 182 من القانون المدني مصادر تقدير التعويض وذكرت منها التعويض الذي يعهد للقاضي ويكون في حالة غياب التقدير الاتفاقي او القانوني للتعويض، وعلى القاضي وهو يحدد مقداره ان يراعي بعض الاعتبارات ويتقيد ببعض القيود حتى يكون تقديره مناسبا مع حجم وجسامة الضرر الحاصل لان القاضي يكون محل رقابة المحكمة العليا من خلال العناصر التي اعتمد عليها اثناء تقديره للتعويض.

8-قد يكون فوات الفرصة ضررا ماديا كفوات كسب مادي مثلا كان بإمكان المضرور تحقيقه، وقد يكون ضررا معنويا كفوات فرصة الزواج بالعدول عن الخطبة تعسفا.

9-شروط الضرر هي ان يكون شخصيا، مباشرا، محققا وماسا بمصلحة مشروعة او حق ثابت.

10- يعتبر التمييز بين العدالة الخاضعة للمعايير القانونية التي يسري عليها التطبيق الصحيح لنظرية فوات الفرصة والعدالة المطلقة امرا ضروريا، لأنه يضع حدودا بين التطبيق المبرر لنظرية فوات الفرصة وتطبيق التمادي لها.

ومن خلال ما سبق نقدم اهم التوصيات والاقتراحات التالية:

1-لتكريس دولة القانون في ارض الواقع يعتب الامر ليس بالهين، انما يحتج ذلك الى تظافر وتوحيد جهود كل سلطات الدولة وكذا مواطنيها بما لهم من وعي من خلال نشر الثقافة القانونية في اوساطنا.

2-يعاب على المشرع الجزائري اهماله النص على الأشخاص الذي ينتقل إليهم الحق في التعويض عن ضرر فوات الفرصة، ويعتبر هذا من باب القصور، وعلى المشرع الجزائري تدارك ذلك، وعليه لم يكن من السهل التعمق في تفاصيل موضوع فوات الفرصة.

3-الأخذ بمعيار الخطر والضرر وهو يعني جعل التعويض في مستوى الخطر الذي واجه الضحية. وهو يسمح بتعويض ضحايا الشروع ولو لم تقع جريمة بالفعل، وإن لم ينتج من جراء ذلك أي ضرر.

4-أن يتأكد قاضي الموضوع قبل الحكم للمضرور بالتعويض عن ضرر فوات الفرصة من توافر عناصر الضرر في فوات الفرصة، وأن يتأكد من توافر مبادئ وشروط التعويض عن ضرر فوات الفرصة.

5-أن يقوم قاضي الموضوع بتعويض المضرور في ضرر فوات الفرصة تعويضا عادلا بناًء على أسباب معقولة وذلك بالتركيز على توافر عناصر ضرر فوات الفرصة من وجود ضرر محقق وفعلي ومن وجود فوات مؤكد ونهائي للفرصة، وأيضا بالتركيز على توافر مبادئ التعويض عن ضرر فوات الفرصة من حيث توافر مبدأ وجود الفرصة وجديتها ومن حيث توافر مبدأ قوة أدلة الإثبات للمضرور في ضرر فوات الفرصة، وعلى أن يراعي قاضي الموضوع أيضا التحقق من توافر شروط التعويض عن ضرر فوات الفرصة من حيث وقوع الفعل الضار ومن حيث توافر العلاقة السببية بين الفعل الضار والضرر المحقق والفعلي في فوات الفرصة.

المصادر والمراجع:

أولا :باللغة العربية

1-النصوص القانونية:

قانون رقم 83-13 المؤرخ في 21 رمضان 1403 الموافق لي 02 جويلية 1983 يتعلق بحوادث العمل والامراض المهنية، ج.ر عدد 28 لعام 1983 المؤرخة في 1983/07/05.

قانون رقم 98-06 المؤرخ في 1998/06/27 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني.

الامر رقم 76-08 المؤرخ في 1976/10/23 المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-05 المؤرخ 1998/06/25 والمتعلق بالقانون البحري.

الامر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يوليو 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

الامر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني.

2 – الكتب:

– أحمد حسن عباس الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2008.

– زهرة، مُحَّد المرسي .المصادر غير الإرادية للإلتزام (الفعل الضار والفعل النافع) .مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، ط1، العين، الإمارات، 2002.

– سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1992 .

– طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب: دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2004.

– عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي (الخطأ والضرر)، ط3، منشورات عويدات وديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1984 .

- عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات) المدنية والجنائية والتأديبية(، الطبعة الثانية منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، المجلد الثاني، ط3 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان،2000.
- الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل(مصادر الالتزام)، الجزء السابع، المجلد السابع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- عبد العزيز اللصاصمة، نظرية الإلتزامات في ضوء القانون المدني المقارن، المسؤولية المدنية التقصيرية (الفعل الضار، أساسها وشروطها)، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.
- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الواقعة القانونية، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،2007 .
- عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
- علي عصام غصن، الخطأ الطبي، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010.
- مُحَمَّد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، (د.ب.ن(،) د.تا).
- مُحَمَّد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007.
- منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1995.
- النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية والوضعية، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996.

- منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية الرياض، 2004.

- منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

- منير قزمان، التعويض في ضوء الفقه والقضاء (أنواع المسؤولية-الأحكام العامة-إثبات ونفي أركان المسؤولية-النصوص القانونية بالمقارنة بالتشريعات العربية-أحكام النقض)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.

- يزيد دلال وعبد الجليل مختار، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الثالث، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، جامعة سيدي بلعباس، 2007.

3-الرسائل العلمية:

سامية بومدين، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2011 / 2012.

عيسى لعلاوي، التعويض في المسؤولية التقصيرية للإدارة، رسالة ماجستير في الإدارة والمالية العامة، معهد الحقوق والعلوم السياسية، 2017/2016.

ليدية صاحب، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2012/2011.

زاهية حورية سي يوسف، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008 /2009.

أحمد ياسر مسك، التعويض عن ضرر تفويت الفرصة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2016/2015.

عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012/2011.

4 –المقالات:

مُحَّد بوصيدة، معايير تقدير التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، العدد 12، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2016.

زاهية حورية سي يوسف، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، المجلة المسؤولية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008.

يزيد دلال وعبد الجليل مختار، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الثالث، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر،2007

عبوب زهيرة، طبيعة التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الجزائر، 2016.

ثانيا: باللغة الفرنسية

-AKIDA M, La responsabilité pénale des médecins, du chef D'homicide et de blessure par imprudence, L.G.D.J، Paris, 1994.

-ALBERT Nathalie, obligation d'information médicale et Responsabilité, R.F.D.A, n° 2, 2003.

-BOUSSARD Sabine, la perte de chance en matière de responsabilité hospitalière : les vicissitudes de la perte de chance dans le droit de la responsabilité hospitalière, R.F.D.A, n° 5, 2008.

-Cass. Civ. 1ére ch, 20 mai 1936 :».Cité par : Centre de Documentation Multimédia en Droit Médical.

-C.E. Avis, 19 mars 2003, n° 251980, M.H et CPAM de Tourcoing c/ Centre hospitalier de Tourcoing.

-C.A.A de lyon, plén, n° 89LY01742, du 21 décembre 1990.

فهرس المحتويات

إهداء..... أ
إهداء..... ب
شكر وتقدير ..... ج
قائمة المختصرات ..... د
ملخص البحث ..... هـ
الملخص بالإنجليزية ..... و
مقدمة 1
الفصل الأول: طبيعة الضرر في فوات الفرصة..... 6
المبحث الأول: مفهوم الضرر عن فوات الفرصة 8
المطلب الأول: تعريف ضرر فوات الفرصة..... 8
الفرع الأول: تعريف ضرر فوات الفرصة لغة واصطلاحا..... 9
الفرع الثاني: تعريف الضرر المعنوي والمادي..... 10
المطلب الثاني: تمييز ضرر فوات الفرصة عن غيره من أنواع الضرر..... 20
الفرع الأول: التمييز بين ضرر فوات الفرصة والضرر المستقبلي..... 20
الفرع الثاني: التمييز بين ضرر فوات الفرصة والضرر المحتمل..... 21
الفرع الثالث: التمييز بين ضرر فوات الفرصة والضرر المتفاقم 23
الفرع الرابع: التمييز بين ضرر فوات الفرصة والضرر المباشر والضرر غير مباشر والضرر المرتد..... 24
المبحث الثاني: الأساس القانوني للتعويض عن ضرر فوات الفرصة..... 27
المطلب الأول: أساس التعويض عن فوات الفرصة 27
الفرع الأول: الضرر أساس التعويض عن فوات الفرصة..... 27
الفرع الثاني: مدى كفاية الضرر كأساس للتعويض عن فوات الفرصة..... 28
الفرع الثالث: نظرية حرمان المتضرر من كسب المرجح..... 29
الفرع الرابع: نظرية إيقاع المتضرر بخسارة من المرجح تجنبها..... 29
المطلب الثاني: المبادئ الأساسية للتعويض عن ضرر فوات الفرصة..... 30
الفرع الأول: مبدأ وجود الفرصة وجديتها..... 30

الفرع الثاني: مبدأ إثبات المتضرر لضرر فوات الفرصة..... 31
الفرع الثالث: المبادئ الأساسية في الفقه الإسلامي والقانون..... 32
ملخص الفصل..... 36
الفصل الثاني: نطاق الضرر في فوات الفرصة 37
المبحث الأول: احكام التعويض عن ضرر فوات الفرصة..... 38
المطلب الأول: موقف الفقه والقضاء من التعويض عن فوات الفرصة..... 38
الفرع الأول: إقرار مبدأ التعويض بصفة عامة..... 39
الفرع الثاني: موقف الفقه والتشريع الجزائري من وجوبية التعويض عن المعنوي بصفة خاصة..... 41
المطلب الثاني: شروط التعويض عن ضرر فوات الفرصة..... 45
الفرع الأول: ان يكون فوات الفرصة محققا..... 46
الفرع الثاني: ان يكون الضرر شخصيا ومباشرا..... 53
المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض..... 55
المطلب الأول: تقدير قيمة الفرصة الفائتة 55
الفرع الأول: التقدير الاتفاقي والقانوني والقضائي..... 55
الفرع الثاني: طريقة تقدير قيمة التعويض عن فوات الفرصة 58
الفرع الثالث: معايير تقدير التعويض ودور الاحتمالات في تقسيم الفرصة الفائتة 61
المطلب الثاني: حصر التعويض بقيمة الفرصة الفائتة 65
الفرع الأول: سلطة المحكمة التقديرية للتعويض الجزئي عن ضرر فوات الفرصة 66
الفرع الثاني: أسباب الاعفاء (موانع المسؤولية) من التعويض عن ضرر فوات الفرصة 70
ملخص الفصل 74
الخاتمة 75
المصادر والمراجع 79
فهرس المحتويات 80