مجلة المحاكم

مجلة فصلية تعنى بالدراسات القانونية والفقهية

مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش

المدير المسؤول :
محمد بونبات

رئيس التحرير :
محمد مومن

العدد الثالث

السنة : 2007

Scanné avec CamScanner

فهـرس الموضوعـات

أولا : دراسات وأبحـاث

- محمد خيري :

المقاربات والمقارنات بين التوثيق العدلي والتوثيق العصري

- محمد بونبـات

الإكراهات في المجال العقاري والتخطيط العمراني

- المختـار بن أحمد عطـار

حماية المتضرر من خلال العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

- محمد مومـن

مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة في القانون المغربي

تعليق على قرار محكمة الإستئناف بالدار البيضـاء

رقم 778 و 779 بتاريخ 29/3/1994 في الملف التجاري

رقم 1740/91-235/93

- محمد محـروك

مدى خضوع اللوحات المعلقة بأبواب بعض مكاتب المهنيين

للإلزام الجبائي

- أحمـد خرطـة

إختصاصات العدول من خلال حقوقهم وواجباتهم

قراءة في مواد القانون 16.03 المنظم لخطة العدالة

- خالـد أيت عـلال

حـدود سلطـات المحافظ العقاري في رفض او إلغاء التعرضات

- عبد اللمالك أولاد سحمـد

مميـزات التوثيـق الرسمـي : الوثيقة العدلية نموذجـا

- نافـع غزيـل

شهـادة المرأة ومدى إمكانية توليها خطة العدالة في ضوء

الشريعة الإسلامية والقوانين المنظمـة

ثانيـا : أحكـام وقرارات قضائيـة

ثالثـا : نصـوص قانونيـة

- قانون الجنسيـة المغربيـة

- القانون المنظـم للولوجيـات

رابعـا : شخصيـات قانونيـة

- الدكتـور مأمون الكزبـري

مكتبة الدراسات القانونية
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش

Scanné avec CamScanner

مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة في القانون المغربي

تعليق على قرار محكمة الإستئناف بالدار البيضاء رقم 778 و 779 بتاريخ 1994/3/29 في الملف التجاري رقم 93/235-91/1740.

الدكتور محمد مومن
كلية الحقوق – مراكش

مقدمـــــة :

إن المتتبع لتطور المسؤولية المدنية منذ استقلالها عن المسؤولية الجنائية يلاحظ أنها لم تنته بعد من التحول الذي تعرفه باستمرار، شأنها في ذلك كل النظم المرتبطة بواقع المجتمع وما يطرأ عليه من تحولات، خصوصاً وأن التطورات السريعة التي تشهدها المجتمعات الحديثة نتج عنها زيادة فرص وقوع الحوادث وتنوع الأضرار، مما جعل الهدف الذي ينبغي الوصول إليه مباشرة هو جبر الضرر دون أن يثني عنه البحث في خطأ المخطئ، وقد استتبع ذلك توسع في حالات التعويض ليشمل ما لحق المتضرر من خسارة وكذا ما حرم منه من نفع لو لم يحصل الفعل الضار، ومنه أيضا تفويت الفرصة حيث إن القانون لا يمنع من أن يحتسب في الحرمان من النفع، الذي هو عنصر من عناصر التعويض، ما كان المضرور يأمل الحصول عليه، ما دام هذا الأمل له أسباب مقبولة، لأنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملا، فإن تفويتها أمر محقق.

وقد أجاز القضاء، منذ زمن بعيد، سماع دعاوى من أجل المطالبة بالتعويض عن تفويت الفرصة الضائعة[1] في مجالات متعددة منها مجال مسؤولية

---

[1]– الحسين شمس الدين : تفويت الفرصة في المسؤولية المدنية من الفكرة إلى النظرية – أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص – كلية الحقوق بالدار البيضاء – السنة الدامعية 2003 / 2004 – ص : 64.
Isabelle SOUPLET : La perte de chances dans le droit de la responsabilité médicale. Mémoire dans le cadre d DEA de droit public. Université de Lille II. 2002. p: 1.

Scanné avec CamScanner

المحامي عن الضرر المحقق بضياع الفرصة. ورفع الفرصة على هذا النحو إلى مرتبة القواعد القانونية يدعو إلى ضرورة دراسة هذه الفكرة وتحديد مفهومها من خلال الحكم الصادر عن محكمة الإستئناف بالدار البيضاء رقم 778 و779 بتاريخ 1994/3/29 في الملف التجاري رقم 91/1740-93/235[2] الذي تتلخص وقائعه في أن المحكمة الإبتدائية بالدار البيضاء أصدرت بتاريخ 30 مايو 1981 حكماً ضد المكتب الوطني للكهرباء قضى بأداء مبلغ 910 328 درهما مع الفوائد القانونية ابتداء من 22 نونبر 1976 علاوة على مبلغ 10000 درهم كتعويض لفائدة مؤسسة دار الفلاح.

وقد كلف م.و.ك الأستاذ (ح) للدفاع عن مصالحه في هذه القضية وذلك باستئناف هذا الحكم، إلا أن هذا الأخير لم يتقدم بعرض الوقائع طبقا لما يقضي بذلك الفصل 142 من ق.م.م[3]، وبتاريخ 14 يناير 1986 قضت محكمة الإستئناف العارض المقدم بواسطة الأستاذ(ح).

واعتبر م.و.ك أن العيب الشكلي الذي اعترى المقال الإستئنافي المقدم من طرف الأستاذ (ح) كان سبباً أساسيا أدى إلى عدم قبول الإستئناف شكلا، وهو خطأ مهني يتحمل الأستاذ (ح) مسؤوليته، خصوصاً وأن الإستئناف وطريقة تقديمه محددين في قانون المسطرة المدنية بشكل واضح بمقتضى الفصل 130 وما بعده وخاصة الفصل 142، وأن الإجتهاد القار للمجلس الأعلى ومحاكم الإستئناف سارت على اعتبار الإستئناف الخالي من تلك البيانات معيباً في شكله، وأن م.و.ك كان يتوفر على كافة الحجج لإلغاء الحكم الإبتدائي لو أن استئنافه قدم على الوجه القانوني. ومن ثم رفع دعوى أمام المحكمة الإبتدائية بالدار البيضاء أنفا التمس فيها

---

[2]– مجلة المحاكم المغربية - العدد 70 – السنة 1994 – ص: 111.

[3]– نص الفصل 142 من قانون المسطرة المدنية على أنه : "يجب أن يتضمن المقال الأسماء الشخصية والعائلية وصفة ومهنة وموطن أو محل إقامة كل من المستأنف والمستأنف عليه وكذا اسم وصفة وموطن الوكيل عند الإقتضاء، وأن يبين إذا تعلق الأمر بشركة اسمها الكامل ونوعها ومركزها وأن يتضمن كذلك موضوع الطلب والوقائع والوسائل وترفق المستندات التي يريد الطالب استعمالها بالمقال..."

Scanné avec CamScanner

الحكم بتحميل الأستاذ (ح) مسؤولية الخطأ الناتج عن المبالغ التي صرفها وهو مجبر على ذلك تنفيذا للحكم الصادر عن المحكمة الإبتدائية بتاريخ 30 مايو 1981 والتي قدرها في 549 050 درهما مع الفائدة القانونية من تاريخ الطلب.

وقد قضت المحكمة الإبتدائية في حكمها عدد 4467 الصادر بتاريخ 1990/9/17 في الملف المدني عدد 87/4158 بأن التعويض المستحق هو 20.000 درهم مع إحلال شركة التأمين محل الأستاذ (...) في الأداء بعدما تأكد لها الضرر الحاصل للمدعي من جراء تفويت الفرصة عليه في مناقشة قضيته استئنافيا، ومن جهة أخرى ثبوت الدين بذمته.

وقام المدعي (م.و.ك) باستئناف هذا الحكم مستنداً في ذلك إلى أن الحكم الإبتدائي المطعون فيه أقر بوجود مسؤولية الأستاذ (ح) في النتيجة التي آلت إليها المسطرة خلال المرحلة الإستئنافية، وبالتالي كان عليه منطقياً وواقعياً أن يساوي ما بين المسؤولية والتعويض ويحكم بتعويض يناسب جسامة تلك المسؤولية وألا يقتصر على تعويض جزئي وضئيل وهو مبلغ 20.000 درهما، لا يجبر الضرر الحاصل من جراء فوات الفرصة عليه في مناقشة قضيته في المرحلة الإستئنافية، لذلك فالمبلغ الذي طلبه العارض يشمل أصل الحق وهو المبلغ الذي أداه تنفيذا لحكم القضاء (الحكم الذي لم يستأنف)، وما كان أن يؤديه لولا المسطرة التي وجهت خطأ، إضافة إلى مبلغ الرسوم القضائية التي أداها، والتمس الطاعن تأييد الحكم المستأنف في مبدئه مع تعديله من حيث التعويض برفعه إلى مبلغ 549 050 درهماً وإحلال شرطة التأمين (...) محل الأستاذ (ح) في الأداء.

أما شركة التأمين (...) التي قضى الحكم الإبتدائي إحلالها محل الأستاذ(ح) في الأداء، فمن بين ما جاء في استئنافها بخصوص التعويض عن تفويت الفرصة أنه جاء مبالغا فيه واستند على مجرد الإحتمال والتخمين لا غير، مع أن المحكمة الإبتدائية كانت على يقين تام من مديونية المستأنف عليه وصوابية

Scanné avec CamScanner

الحكم الإبتدائي القاضي عليه بالأداء خاصة وأنه توصل بالسلعة وهو المستفيد الوحيد منها، وأن الدين ثابت في حقه بمقتضى حجج ولم يكن له أمل في التملص من أدائه لفائدة المدعية دار الفلاح. ورعم هذه العناصر نجد القاضي الإبتدائي يقوم بتعويض المستأنف عليه عن مجرد فوات الفرصة بمبلغ 20.000درهم، فالأساس من التقاضي هو اليقين وحسن النية وليس الرهان على مختلف المساطر والطعون لذلك، ومن باب التجاوز، فإن الضرر الممكن التعويض عنه حتى في هذه الحالة هو ما تكلفة م.و.ك من مصاريف بمناسبة المسطرة الإستئنافية لا غير، والتي تقدر في غياب الوثائق المثبتة لها في 2000 أو 2500درهم، ومن ثم التمست الطاعنة (شركة التأمين) إلغاء الحكم المستأنف، واحتياطيا تعديل الحكم المطعون فيه بحصر المبلغ المحكوم به في 2500 درهم على أقصى تقدير.

وقد أيدت محكمة الإستئناف في قرارها موضوع التعليق الحكم المستأنف مستندة في ذلك إلى أن الإغفال الشكلي الذي وقع فيه الأستاذ(ح)، والذي أدى إلى عدم قبول استئنافه، يعد إخلالا بقواعد المسذرة المدنية وخاصة الفصل 142 منها الذي يوضح بصفة دقيقة البيانات التي يجب أن يتضمنها مقال الإستئناف وهذا يعد خطأ مهنيا يعرضه للمسؤولية استناداً إلى مقتضيات الفصل 78 من ظهير الإلتزامات والعقود خاصة وأنه رجل قانون وبالتالي فإن المنحى الذي سار عليه قاضي الدرجة الأولى فيما يخص هذه النقطة يعد صحيحا ومبنيا على أساس.

وحيث إنه مما لا شك فيه أن الخطأ المهني الذي وقع فيه الأستاذ (ح) قد فوت على موكله م.و.ك فرصة الدفاع عن مصالحه خلال المرحلة الإستئنافية وبالتالي فإن من حق هذا الأخير مطالبته بالتعويض عما لحقه من ضرر من جراء الخطأ المهني المذكور.

وحيث إن مبلغ 20.000درهم الذي قدره قاضي الدرجة الأولى كتعويض مناسب في نظر محكمة الإستئناف لتغطية الضرر اللاحق بالمكتب و.ك، لذلك فإن

Scanné avec CamScanner

الإستئناف الذي تقدم به هذا الأخير في مواجهة الحكم الإبتدائي والرامي إلى الرفع من المبلغ المذكور ابتدائيا فإنه لا يستند على أساس ويتعين رده لأنه ليس من المؤكد بأن الحكم الصادر في مواجهة م.و.ك كان سوف يتعرض لا محالة للإلغاء.

وحيث إنه استنادا لما ذكر يتعين أيضا رد استئناف شركة التأمين لعدم استناده على أساس وبالتالي تأييد الحكم الإبتدائي في جميع مقتضياته لكونه صادف الصواب.

ويثير هذا القرار الذي يتعلق بمسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة إشكاليتين قانونيتين يرتبطان بهذا الموضوع، وهما الخطأ في تفويت الفرصة والتعويض عن فواتها. ولدراسة ذلك سنقسم هذه الدراسة إلى مبحثين نتناول كل موضوع في مبحث.

المبحث الأول

الخطأ في المسؤولية عن تفويت الفرصة

إذا كانت مسؤولية المحامي في القانون المغربي مسؤولية ثلاثية، فهي تأديبية[4] وحنائية[5] ومدنية، فإن أغلب الفقه يرى أن المسؤولية المدنية للمحامي عن أخطائه المهنية هي مسؤولية عقدية أساسها الإخلال بالتزام عقدي[6]، رغم اختلافهم حول طبيعة العقد، باستثناء الحالات التي تكون فيها هذه المسؤولية ناشئة عن نص القانون. في حين يرى البعض[7] وجوب التمييز بين مسؤوليتين عند الكلام عن

---

[4]- نصت المادة 59 من ظهير 1993/9/10 على أنه : " يعاقب تأديبيا المحامي الذي يرتكب مخالفة للنصوص القانونية أو التنظيمية وقواعد المهنة أو أعرافها أو إخلالا بالمروءة والشرف ولو تعلق الأمر بأعمال خارجة عن النطاق المهني".

[5] - راجع مقتضيات المواد 94 و95 و96 من ظهير 1993/9/10.

[6] - عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في القانون المدني الجزء الأول – دار النهضة العربية – الطبعة الثانية ص: 930.
محمد الكشبور : المهن القانونية الحرة – انطباعات حول المسؤولية والتأمين – المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية – العدد 25 السنة 1991 – ص: 126.
موحى الحمزاوي : مسؤولية المحامي في التشريع المغربي – مكتبة إديال المغرب – الدار البيضاء – الطبعة الأولى 1994 – ص : 50.

[7] - محمد نجوبي : المسؤولية المدنية للمحامي عن أخطائه المهنية – مجلة الملحق القضائي – العدد 28 – مارس 1994- ص : 149.

Scanné avec CamScanner

مسؤولية المحامي وهما المسؤولية التقصيرية تجاه الغير، والمسؤولية العقدية بالنسبة للزبائن.

ولم يخص المشرع المدنية للمحامي عن أخطائه المهنية بأي نص خاص[8]، وبذلك فهي تخضع للقواعد العامة التي تتطلب توفر ثلاثة أركان هي وجود خطأ يلحق ضرراً بالغير مع ارتباط الضرر بالخطأ بعلاقة سببية.

ويرتبط تحديد معنى خطأ المحامي بطبيعة التزامه، حيث إن القاعدة أم المحامي لا يلتزم تجاه موكله بتحقيق نتيجة ذلك أنه لا يتصور أن يلزمه صاحب الدعوى بتحمل نتيجة ذلك أنه لا يتصور أن يلزمه صاحب الدعوى بتحمل كسبها لصالحه، أو حتمية الحصول على البراءة، لأن ذلك ليس في يد المحامي وحده، بل تتداخل فيه عناصر كثيرة منها اختلاف المحاكم والدفاع في وجهة النظر وتقلب الإجتهاد.

ومن ثم فلا يجوز لموكل أن يقيم دعوى التعويض على المحامي حال خسرانه دعواه، ما دام أن المحامي قد بذل كل الحرص والعناية المعتادين، ولكنه استثناء من هذه القاعدة يجوز الإتفاق في العقد بين المحامي والموكل على تحقيق نتيجة معينة كما في حالة التزام المحامي بتقديم الطعن بالإستئناف أو بالنقض، أو كالتزامه بحضور الجلسات شخصياً.

إلا أن الحكم موضوع الدراسة يثير نوعاً خاصا من مسؤولية المحامي وهو المسؤولية عن تفويت الفرصة، فالموكل المدعي يوجد في مركز يقوم أساساً على الإحتمال حيث يملك "فرصة" معينة يأمل في تحققها نظرا لما ينطوي عليه ذلك من مزايا بالنسبة له، غير أنه يتعذر على المضرور التمسك بالضرر النهائي وهو خسارة الدعوى لأنه لا أحد يمكنه التنبؤ بالنتيجة النهائية للقضية، فالخطأ في هذه الحالة أدى إلى اختفاء الفرصة وحدوث الضرر المتمثل في حرمان مالك هذه

---

[8]– تمت الإشارة عرضاً إلى هذه المسؤولية في المادة 85 بند5 من ظهير 1993/9/10 الذي جاء فيه " إدارة أموال الهيئة، وتحديد واجبات الإشتراك وإبرام عقود التأمين عن المسؤولية المهنية لأعضائها مع مؤسسة مقبولة للتأمين".

Scanné avec CamScanner

الفرصة من الإستفادة منها . مما يستدعي قبل بيان طبيعة الخطأ في هذه المسؤولية تحديد المقصود بتفويت الفرصة.

المطلب الأول : مفهوم تفويت الفرصـــة

تطلق كلمة فرصة على طريقة أو إمكانية تحقيق أمر ما أو واقعة معينة، وكذا على ذات الواقعة القابلة للتحقق وبالتالي فهي إمكانية تحقق واقعة يكون تحققها، في حد ذاته أمراً محتملا ولكن ليس مستحيلا، ولا يختلف المدلول القانوني لهذه الكلمة عن المعنى إذ يقصد بها قانوناً الحرمان من فرصة تحقيق كسب أو تجنب خسارة، ويتمثل الضرر في فقد هذا الإحتمال والحرمان منه، أي فقد فرصة الكسب المأمول أو تجنب الخسارة[9]، وهي بذلك تختلف عن تفويت الكسب في كون أن الكسب في تفويت الفرصة يكون احتمالياً، وفي الحالة الثانية يكون الكسب محققاً، وأن القضاء لا يحكم في حالة تفويت فرصة الكسب إلا بتعويض يوازي هذه الفرصة، بينما في حالة تفويت كسب على المضرور فإن التعويض يكون كاملا يغطي كامل الضرر الحاصل له.

وتقوم فكرة تفويت الفرصة على أساس أنه إذا كان للأمل أثر في حياة الناس فجدير بالقانون أن يضفي عليه الحماية القانونية[10]. وقد أقر القضاء حماية الحق في الأمل حيث اعتبرت محكمة النقض المصرية أنه : " إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً، فإن تفويتها أمر محقق، ولا يمنع القانون من أن يحسب في الكسب الفائت ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب ما دام لهذا الأمل أسباب معقولة"[11].

---

[9]– ابراهيم الدسوقي أبو الليل : تعويض تفويت الفرصة – القسم الأول – مجلة الحقوق – جامعة الكويت – السنة العاشرة – العدد الثاني – يونيو 1986 – ص. 111.

[10] - الحسن شمس الدين : المرجع السابق – ص : 17.

[11]- الطعن رقم 31 لسنة 37ق جلسة 24 يونيو 1971 – أورده شعلة : قضاء النقض المدني – دعوى التعويض – منشأة المعرف بالإسكندرية – ص : 190.

Scanné avec CamScanner

ويتضح مما سبق أن الضرر الناتج عن تفويت الفرصة هو ضرر خاص مما يتعين معه البحث في الشروط اللازمة لوجوده (أولا) وصوره (ثانيا) خصوصا ما يتعلق منها بموضوع الدراسة.

أولا : شروط التعويض عن تفويت الفرصـــة

لا يستند إثبات ضرر تفويت الفرصة على أي نص تشريعي خاص، وإنما يرجع الأمر إلى آراء الفقه وأحكام القضاء، لذلك يتمتع قضاة الموضوع بسلطة تقدير واسعة في تقدير وجود الفرصة وفواتها. وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أنه : " وإن كان القانون لا يمنع من أن يحتسب في الكسب الفائت، باعتباره من عناصر من عناصر التعويض، ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون للأمل أسباب مقبولة"[12]. وهذه الأسباب المقبولة هي الشروط التي يجب على المدعي الذي يتمسك بتفويت الفرصة، سواء كانت فرصة الكسب أو تجنب الخسارة، إثباتها، إضافة إلى الشروط المنصوص عليها في القواعد العامة، وهي إثبات الخطأ والضرر، سواء كان أدبيا أو ماديا، وعلاقة السببية. وهذه الشروط الخاصة بتفويت الفرصة هي أن تكون هذه الفرصة حقيقية وجدية، ومشروعة، وممكنة غير مستحيلة، وأن نضيع على المدعي نهائيا، وأن تثبت العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الأولي.

1- أن تكون هذه الفرصة حقيقية وجدية

يقع ضرر تفويت الفرصة بين الضرر المحقق من ناحية والضرر المحتمل من ناحية أخرى[13]، مما يفرض أن يكون الربح أو الكسب الذي كان ينتظره المضرور كان من الممكن أن يتحقق لو أن الفعل الضار لم يقع أصلا، حيث يجب التحقق أولا من وجود الفرصة، ثم بعد ذلك يجب أن تكون هذه الفرصة جدية،

---

[12]- الطعن رقم 31 لسنة 37 ق جلسة 24 يونيو 1971 المشار إليه في الهامش السابق.

[13]- أيمن إبراهيم العشماوي : تفويت الفرصة (دراسة مقارنة) - دار النهضة العربية - القاهرة 2000 - الطبعة الثانية - ص : 70.

Scanné avec CamScanner

فالإحتمال لا يجب أن يكون ضعيفاً، وقد قضت محكمة النقض المصرية أن : "مناط التعويض عن الضرر المادي الناشئ عن تفويت الفرصة أن تكون هذه الفرصة قائمة وأن يكون الأمل في الإفادة منها له ما يبرره"[14]. وبالتالي يجب على المحكمة في تقديرها لتحقق الضرر التأكد من وجود فرصة حقيقية وجادة قد ضاعت على مدعيها، سواء كانت على شكل كسب احتمالي كان يرجى تحققه، أو خسارة احتمالية كان يطلب تجنبها، أما إذا كان هذا الكسب الضائع محققا فإن التعويض في هذه الحالة لن يكون عن تفويت الفرصة، أي ضياع فرصة تحقيق كسب احتمالي، وإنما سيكون عن ضياع هذا الكسب المحقق[15]. ومن ثم فإن الفرصة الجدية والحقيقية هي التي تعلو مجرد الأمل، ولكن دون أن تصل إلى درجة اليقيـــن[16].

2 : كون الفرصـــة مشروعـــة :

إن قواعد المسؤولية لا يمكن أن تسمح بالإعتراف بمصلحة أو وضع لا يقره القانون، أو يكون مخالفا للآداب العامة، فإن طالب التعويض لا يكتفي منه بإثبات تفويت الفرصة فحسب، وإنما يلزمه أن يثبت المساس بمصلحة يحميها القانون، وقد جاء في قرار للمجلس الأعلى : " أن السبب غير المشروع يفسد الإلتزامات ولو لم يكن السبب الوحيد في إنشائها، صالح الأسباب لا يجيز الفاسد منها ولا يمحوه"[17].

3 : كون الفرصة ممكنة وغير مستحيلـــة :

ومؤدى هذا الشرط ألا يكون الكسب الذي كان مأمولا من الفرصة الضائعة غير ممكن التحقيق ماديا، فلا يمكن أن نتصور وجود فرصة كسب ضائعة والحال

---

[14]- قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 28 أبريل 1973، طعن رقم 1380 س 52 ق – أشار إليه الحسين شمس الدين : المرجع السابق – ص 411.

[15] - الحسين شمس الدين : المرجع السابق – ص : 416.

[16] - إبراهيم الدسوقي أبو الليل : المرجع السابق – ص : 112.

[17] - قرار رقم 512 بتاريخ 14 شتنبر 1977 – مجلة المحاماة – العدد 13 – ض : 111.

Scanné avec CamScanner

أن هذا الكسب مستحيل التحقيق، فالموكل الذي يتراخى في تكليف المحامي برفع الإستئناف على الحكم الصادر ضده حتى تنتهي المدة المقررة قانوناً لقبول الإستئناف شكلا، أو يسعى إليه قبل انتهائها بفترة وجيزة لا تسمح، عادة، للمحامي بإعداد ملف القضية وإيداعه المحكمة، لا يمكنه بعد ذلك الإدعاء بأن المحامي هو السبب في ضياع الوسيلة التي كان يحوزها لتحقيق هذا الكسب، وبالتالي فلم تعد هناك فرصة ضائعة وإنما يوجد كسب مستحيل تحققه، ولا يقبل من الموكل بعد ذلك نعيه على المحامي بتفويت الفرصة[18].

4 : فوات الفرصة على المدعي بصفة نهائية :

لكي تقوم المسؤولية عن تفويت الفرصة يجب أن تكون فرصة تحقيق الكسب أو تجنب الخسارة قد فاتت على المدعي بصفة مؤكدة ونهائية بحيث يحرم منها نهائيا، فالقانون لا يهتم بالفرصة إلا في حالة ضياعها فقط، فهو اهتمام غير مباشر يأتي من خلال فكرة تفويت الفرصة، ولهذا يجب أن تكون الفرصة سابقة في وجودها للخطأ، وألا تكون قد اختفت عندما وقع الخطأ، أي أنها موجود قبل حدوث الضرر[19]. فالمحامي في هذه النازلة جعل موكله يحرم من فرصة عرض قضيته على محكمة الإستئناف بصفة نهائية، لأنه إذا كان يكتفي في الكسب الذي يسعى المضرور إلى تحقيقه أو يتوقعه أو يأمله أن يكون كسبا محتملا، فإن تفويت هذا الكسب والحرمان منه يجب أن يكون محققا، أي تم يقينا وبصفة نهائية بسبب فوات لافرصة التي كان يمكن للمضرور أن يحقق بها هذا الكسب، سواء أكان كسباً إيجابيا بالحصول عليه، أم كسبا سلبيا يتمثل في دفع ضرر أو خسارة متوقعة[20]، وبالتالي لا يبقى مع هذا الفقد النهائي للفرصة مجال للإنتظار لمعرفة ما سيؤول إليه الأمر، ذلك أن تحقق الضرر لم يعد متوقفا على وقائع مستقبلة أو

---

[18]– الحسين شمس الدين : المرجع السابق – ص : 411.
[19]– أيمن إبراهيم العشماوي : المرجع السابق – ص : 35.
[20] - الحسين شمس الدين : المرجع السابق – ص : 425.

Scanné avec CamScanner

احتمالية، بل اتضح الوضع بصفة نهائية واستقر ولن يتغير مستقبلا، لأن المسؤول، بخطئه، قد أوقف سلسلة الأحداث التي كان يمكن أن تكون مصدر كسب أو تجنب خسارة.

5 : ثبوت علاقة السببية بين الخطأ والضرر الأولي

لا يكفي في الضرر حتى يمكن اعتباره ركنا ثانيا لقيام مسؤولية الفاعل تجاه المضرور، أن يكون هذا الضرر محققا في وجوده، وإنما لا بد أن يكون هذا الضرر المحقق حصل كنتيجة مباشرة للخطأ المدعى به. وهو ما يطلق عليه الضرر المباشر. غير أن الضرر في تفويت الفرصة ليس هو الكسب النهائي الذي كانت الضحية تأمله أو تصبو إليه، أي أنه ليس ضياع النتيجة المنتظرة أو الكسب المأمول، وإنما هو ضياع الفرصة التي كانت للضحية لبلوغ هذه النتيجة، فالإغفال الشكلي للمحامي الذي أدى إلى خسران الموكل لدعواه، لا يمكن الجزم معه بأن الدعوى لو رفعت كانت ستكسب، وهو ما أكدته المحكمة بقولها : " لذلك فإن الإستئناف الذي تقدم به هذا الأخير في مواجهة الحكم الإبتدائي والرامي إلى الرفع من المبلغ المذكور إلى حدود المبلغ المطلوب ابتدائيا فإنه لا يستند على أساس ويتعين رده لأنه ليس من المؤكد بأن الحكم الصادر في مواجهة م.و.ك سوف يتعرض لا محالة للإلغاء." فكل ما يعلم هو أن خطأ المدعى عليه قد قطع تطور سلسلة من الأحداث، الشيء الذي نتج عنه عدم النظر في الدعوى استئنافياً، وأدى إلى خسران الدعوى بالنسبة للموكـــل.

وبالتالي فإن الضرر في هذه الحالة ليس هو خسران الدعوى، وهو الضرر النهائي، وإنما هو ضياع الفرصة التي كانت للمتقاضي لكسبها أو تعديلها، وهو الضرر الأولي. فالتعويض عن تفويت الفرصة ليس تعويضا عن الضرر الناتج عن حدوث واقعة كان من الممكن أن تحدث، إذ أننا لا نعلم ما إذا كانت هذه الواقعة ستحدث أم لا، ولكنه على العكس من ذلك تعويض عن الضرر الناتج عن فعل شخص ساهم في استحالة حدوث هذه الواقعة نهائيا، والتي كان من الممكن أن

Scanné avec CamScanner

تكون في مصلحة شخص آخر وهو المضرور الذي ضاعت عليه الفرصة في هذه الحالة، وبمعنى آخر فإن التعويض لن يمنح إلا عن تفويت فرصة حدوث واقعة معينة وليس عن عدم حدوث هذه الواقعـــة[21].

وجدير بالإشارة أن محكمة الموضوع تملك سلطة مطلقة في تقدير وجود الضرر، وأنه لما كان تفويت الفرصة مجرد نوع أو تطبيق خاص للضرر، فإنه يخضع بالتالي لسلطة المحكمة التقديرية ويبسط المجلس الأعلى رقابته من حيث صحة الإستخلاص، وتوفر شروط تفويت الفرصة، وبيان الضرر الحاصل للمدعي، والعناصر التي اعتمدتها المحكمة لتقدير التعويض.

ثانيا : صور تفويت الفرصة

إن عدم اهتمام المشرع المغربي بإعطاء تعريف لتفويت الفرصة أو تحديد مضمونها أو محتواها بكيفية واضحة منح المحكمة سلطة واضحة في التقدير مكنتها من توسيع نطاق تطبيقها لتشمل العديد من المجالات[22]، ولا تخرج مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة عن هذا الإطار خصوصاً وأن القاضي يأنس من نفسه القدرة على تقدير مدى حظوظ تحقق هذه الفرصة دون اللجوء إلى الخبرة، لأنه يكون في نفس الوقت قاضيا وخبيراً[23]، لذلك اعتبرت مسؤولية المحامي المرتع الخصب لنظرية تفويت الفرصة حيث تعددت صورها لتشمل حالات تفويت فرصة تحقيق كسب، أو تجنب خسارة، أو إحداث ضرر مادي أو أدبي في نفس الوقت.

---

[21] ـ أيمن إبراهيم العشماوي : تفويت الفرصة ـ دراسة مقارنة ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ ص : 24.

[22] ـ انظر في هذا الصدد :

ـ حكم المحكمة الإبتدائية بالرباط الصادر في 12 يوليوز 1990 لمسؤولية المكتب الوطني للبريد عن تأخير إيصال رسالة لحضور امتحان شفوي إلى صاحبها فضاعت عليه فرصة استعمال نجاحه في الإمتحان الكتابي والحصول على وظيفة (مجلة الإشعاع ـ العدد الرابع ـ السنة 1990 ـ ص : 169).

ـ حكم المحكمة الإدارية بمكناس في 14 نونبر 2002 في قضية العلوي ضد جماعة شرقاوة والذي قضت له بتعويض عن تفويت فرصة سائحة عليه نتيجة حرمانه من اجتياز مباراة من أجل تحسين أوضاعه الإدارية والمادية (المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ـ العدد 50 ـ ما يو /يونيو 2003 ـ ص: 223).

ـ قرار المجلس الأعلى بتاريخ 27 دجنبر 1994 المتعلق بقضية جمال ضد رئيس جماعة بريمة (إقليم سطات) التي قضت فيها المحكمة الإبتدائية بسطات في 28 غشت 1979 بتحميل رئيس هذه الجماعة مسؤولية ضياع فرصة مشاركة المدعي في مباراة توظيف مفتشي الصناعة التقليدية (قضاء المجلس الأعلى ـ العدد 47 ـ يوليوز 1995 ـ ص: 103).

[23] ـ الحسين شمس الدين : المرجع السابق ـ ص : 75.

Scanné avec CamScanner

1- تفويت فرصة تحقيق كسب.

قد يتمثل تفويت الفرصة في استحالة تحقيق كسب في المستقبل بسبب إغفال المحامي بعض الشكليات البسيطة في مجال التقاضي مما يؤدي إلى ضياع حقوق الموكل وتفويت الفرصة عليه، بحيث إن عدداً كبيراً من تصريحات عدم القبول كانت بسبب تقديم الطلب خارج الأجل، أو لو المذكرة من الأسماء، أو عدم وضوحها، أو عدم إرفاقها بنسخة من القرار المطعون فيه[24].

وفي هذا الصدد ذهبت محكمة الإستئناف بالرباط في قرار لها بتاريخ 17 دجنبر 1938 إلى القول إن المدعي الذي يحرم من فرصة كسب الدعوى بسبب إهمال المحامي في رفعها في الآجال القانونية لا تقبل دعواه المقامة ضد المحامي، والرامية إلى التعويض إلا إذا أثبت أن هذه الدعوى، لو رفعت في الوقت المناسب، كانت ستكون مؤكدة وتؤدي إلى منح تعويض إضافي[25]، وإن كان بعض الفقه يرى أن ما ذهب إليه هذا القرار محل نظر لأن تفويت الفرصة يعتبر في حد ذاته ضرراً يستوجب التعويض دون النظر في النتيجة[26].

2 : تفويت فرصة تجنب خسارة

قد يتمثل تفويت الفرصة أيضا في استحالة تجنب خسارة في المستقبل بسبب خطأ المحامي، وعلى هذا الأساس قضت محكمة الإستئناف بمصر بالتعويض للمستأنف عن إهمال المحامي في تقديم الإستئناف وتسببه في عدم قبوله شكلا لرفعه بعد الميعاد معتبرة أن الضرر قد يأخذ صورة حرمان من فرصة سائحة، فيكون بذلك ضرراً محققاً من ناحية أنه ضيع على من أصيب به فرصة سنحت له، ومن ثم يجب اعتبار المحامي مسؤولاً عن تفويت الفرصة على موكله، أيا كانت

---

[24] - عبد الله حداد : تطبيقات الدعوى الإدارية في المغرب – منشورات عكاظ الرباط – ص : 64.

[25] – القرار المؤرخ في 1938/12/17- مجموعة قرارات محكمة الإستئناف بالرباط 1939 -1940 – مجلد 10 – ص: 54 وما بعدها.

[26] - الحسين شمس الدين : المرجع السابق – ص : 84.

Scanné avec CamScanner

درجة احتمال نجاح الطعن وكسب الدعوى، لأن تفويت الفرصة في حد ذاته يعتبر ضرراً محققا يستوجب التعويض[27].

3 : تفويت الفرصة قد يشكل ضرراً ماديا أو ضرراً أدبياً أو هما معاً

إذا كان من الممكن أن يكون الضرر الناتج عن تفويت الفرصة ماديا فقط، أو أدبيا فقط حسب الأحوال، فإنه يمكن أن يكون هذا الضرر ماديا وأدبيا في نفس الوقت.

وبالرجوع إلى القرار موضوع التعليق نجد أن صورة تفويت الفرصة فيه تتحدد في تفويت فرصة تجنب خسارة وإلحاق ضرر مادي بالموكل، وهو ما عبرت عنه المحكمة بقولها : " وحيث إنه مما لا شك فيه أن الخطأ المهني الذي وقع فيه الأستاذ (ح) قد فوت على موكله م.و.ك فرصة الدفاع عن مصالحه خلال المرحلة الإستئنافية، وبالتالي فإن من حق هذا الأخير مطالبته بالتعويض عما لحقه من ضرر من جراء الخطأ المهني المذكور". أي أن إهمال المحامي نتج عنه تفويت فرصة مناقشة قضية موكله استئنافياً، فمسؤولية المحامي في هذه الحالة تكمن في كونه فوت على الموكل فرصة كسب الدعوى وليس كسب الدعوى في حد ذاته، لأن كسب الدعوى أمر غير مؤكد، كما لا يمكن القول مسبقا بخسارة هذا الإستئناف ما دام أن القضاء لم بتصد للنازلة، كل ما في الأمر أن المحامي بإهماله إدراج عرض الوقائع في استئنافه، كما يقضي بذلك الفصل 142 من قانون المسطرة المدنية[28]، يكون قد فوت على موكله فرصة كسب الدعوى وقضى على أمله في الكسب وحول هذا الأمل إلى أمر يستحيل تحقيقه. وهو بذلك يعتبر مسؤولا أيا كانت درجة احتمال نجاح الطعن أو كسب الدعوى، لأن تفويت الفرصة يعتبر

---

[27]- قرار محكمة الإستئناف بمصر بتاريخ 17 أبريل 1949 أشار إليه عبد الباقي محمود سوادي : مسؤولية المحامي عن أخطائه المهنية – عمان- 1966 – ص : 311.

[28]- ذهب المجلس الأعلى إلى نفس الإتجاه عندما اعتبر ان الإستئناف الذي لم يقدم في شكل مقال يتوفر على البيانات التي ينص عليها الفصل 142 من قانون المسطرة المدنية يكون فاسداً ويتحتم رده، وأن الحكم الذي يقضي بقبوله رغم هذا الفساد يكون معرضا للنقض.

Scanné avec CamScanner

في حد ذاته ضرراً محققا يستوجب التعويض، أما درجة احتمال الكسب فتدخل في تقدير التعويض، فإذا كان احتمال الكسب ضعيفاً نقص مبلغ التعويض، إلا أن الحكم به أمر لا بد منه[29] .

المطلب الثاني : الخطأ في المسؤولية عن تفويت الفرصة

تقضي المبادئ العامة في المسؤولية المدنية أن الشخص لا يسأل عن الضرر الذي أصاب غيره إلا إذا كان خطؤه هو سبب هذا الضرر، ومن ثم يعتبر الخطأ ركناً من الأركان الأساسية التي تقوم عليها المسؤولية، وهو إخلال الشخص بالتزام سابق سواء كان قانونيا أو عقدياً، مع إدراكه لهذا الإخلال.

ولا يخرج الخطأ في تفويت الفرصة عن هذا النطاق، سواء تعلق الأمر بالمسؤولية التعاقدية أو المسؤولية التقصيرية، وهو خطأ واجب الإثبات إلا في الأحوال التي يقرر فيها القانون قرينة الخطأ، كما هو الشأن في المسؤولية الموضوعية. وتتعدد صور هذا الخطأ في هذا النوع من المسؤولية (أولا) كما أن له طبيعة خاصة (ثانيا).

أولا : صور الخطأ في المسؤولية عن تفويت الفرصة

يرتبط الخطأ بسلوك الإنسان لذلك فهو متعدد ومختلف حسب الحالات، ويخضع الخطأ في تفويت الفرصة لنفس التقسمات الموجودة في القواعد العامة، فهناك :

1- الخطأ العمدي والخطأ بإهمال، وذلك من حيث تعلقه بالإرادة وأثر نية مرتكبه فيه.

فالخطأ العمدي هو الذي يقصد مرتكبه الإضرار بالغير، وهو الذي أشار إليه المشرع في الفصل 77 من قانون الإلتزامات والعقود، والذي يرتكبه الإنسان

---

[29]– عبد الباقي محمود سوادي : المرجع السابق – ص : 311.

Scanné avec CamScanner

عن بينة واختيار فيحدث ضرراً بالغير، مع الإشارة إلى أن النية أو القصد يجب أن يتجه إلى إحداث الضرر ذاته وليس فقط إلى ارتكاب الفعل الذي أحدث الضرر.

أما الخطأ بإهمال فهو الذي يقع دون قصد الإضرار، أي هو الإخلال بواجب مقترن بإدراك المخل دون قصد الإضرار بالغير، وأشار إليه الفصل 78 من نفس القانون حينمت عرض للخطأ الذي يرتكب من غير قصد إحداث الضرر.

2- الخطأ الإيجابي والخطأ السلبي

والخطأ الإيجابي هو فعل المخطئ فيه عملا إيجابيا، أو حسب الفصل 78 من قانون الإلتزامات والعقود فعل ما كان يجب الإمتناع عنه.

والخطأ الإيجابي هو فعل المخطئ فيه عملاً إيجابيا، أو حسب الفصل 78 من قانون الإلتزامات والعقود فعل ما كان يجب الإمتناع عنه.

أما الخطأ السلبي فهو الذي يكون فعل المخطئ فيه عملا سلبياً، أو حسب نفس الفصل ترك ما كان يجب عمله.

3- الخطأ الجسيم والخطأ اليسيـــر

إن فكرة الخطأ الجسيم ليست واحدة في القانون، فهو تارة الخطأ الذي يبلغ حداً يسمح بافتراض سوء نية الفاعل، وتارة أخرى هو بلوغ الإهمال أو عدم التبصر درجة كبيرة من الجسامة، وقد اعتد المشرع بهذا الخطأ في عدد من الحالات منها الفصلان 80 و82 من قانون الإلتزامات والعقود وكذلك في مسؤولية أصحاب المهن، كما يؤخذ بعين الإعتبار عند تحديد مقدار التعويض[30].

وهذه الصور أو الأنواع من الخطأ هي نفسها التي ترتب مسؤولية المحامي بصفة عامة، غير أن الفرق يكمن في علاقة السببية حيث تكون ثابتة بيقين في

---

[30] - الفصل 98 من قانون الإلتزامات والعقود.

Scanné avec CamScanner

حالة المسؤولية الكاملة، بينما تتأرجح هــذه العلاقة في حالة تفويت الفرصة بين الشك واليقين[31]. ويقع على المدعي عبء إثبات الخطأ.

ويتين من ذلك أن نظرية تفويت الفرصة لا تظهر أصالتها على مستوى الفعل الضار، ولا على مستوى الضرر نفسه، وإنما الجديد فيها أن الخطأ يولد علاقتين سببيتين في نفس الوقت ترتبط أولاهما بالضرر النهائي الذي هو خسران الدعوى في هذه النازلة، وترتبط الثانية بالضرر الأصلي أي بالفرصة نفسها، وهي فرصة كسب الدعوى. وهذا التحليل يؤدي بالضرورة إلى التمييز بين ضررين مختلفين، ضرر خاص وهو تفويت الفرصة، وهي فرصة كسب الدعوى. وضرر يطلق عليه الضرر النهائي وستمثل في الكسب الفائت أو الخسارة اللاحقة، وهي خسران الدعوى، مع مراعاة شروط تفويت الفرصة[32]، وما تثيره علاقة السببية في هذه الحالة من إشكالات بشكل يدعو إلى التساؤل هل بعد المسؤولية بدون خذأ ستكون المسؤولية عن تفويت الفرصة بداية لمسؤولية بدون علاقة سببية؟

ثانيــا : خطأ المحامي في تفويت الفرصــة

حددت محكمة الإستئناف في نازلة الحال خطأ المحامي من خلال الحيثيات التالية :

"... من الثابت ومن خلال وثائق الملف أن الأستاذ (ح) في إطار نيابته عن المكتب المذكور قام باستئناف الحكم الإبتدائي... إلا أنه في إطار استئنافه للحكم المشار إليه أغفل الإشارة إلى وقائع النازلة ضمن مقاله الإستئنافي مما جعل محكمة الإستئناف تقضي بعدم قبول استئنافه.

وحيث إن الإغفال الشكلي الذي وقع فيه الأستاذ(ح) يعد إخلالا بقواعد المسطرة المدنية وخاصة الفصل 142 منها الذي يوضح بصفة دقيقة البيانات التي

---

[31]- الحسين شمس الدين : المرجع السابق – ص : 256.
[32] - الحسين شمس الدين : المرجع السابق – ص : 269.

Scanné avec CamScanner

يجب أن يتضمنها مقال الإستئناف وهذا يعد خطأ مهنيا يعرضه للمسؤولية استناداً إلى مقتضيات الفصل 78 من ظهير الإلتزامات والعقود خاصة وأنه رجل قانون وبالتالي فإن المنحى الذي سار عليه قاضي الدرجة الأولى فيما يخص هذه النقطة يعد صحيحاً ومبنيا على أساس.

وحيث إنه مما لا شك فيه أن الخطأ المهني الذي وقع فيه الأستاذ (ح) قد فوت على موكله م.و.ك فرصة الدفاع عن مصالحه خلال المرحلة الإستئنافية وبالتالي فإن من حق هذا الأخير مطالبته بالتعويض عما لحقه من ضرر من جراء الخطأ المهني المذكور".

ويتبين من ذلك أن خطأ المحامي يتمثل في الإغفال الشكلي الذي وقع فيه عند استئنافه للحكم الإبتدائي المتمثل في عدم ذكر وقائع النازلة ضمن مقاله الإستئنافي مما فوت على موكله فرصة الدفاع عن مصالحه خلال المرحلة الإستئنافية، وبالتالي فإن هذا الخطأ الذي كيفته المحكمة على أنه خطأ مهني، وراعت فيه طبيعة عمل المحامي من حيث كونه رجل قانون، أدى إلى الحرمان من الفرصة حتى فواتها، وهو ضرر محقق ولو كانت الإفادة منها أمرا محتملاً، وهو ما أشارت إليه المحكمة أنه : "وحيث إنه بغض النظر عن صحة ثبوت الدين في حق م.و.ك" لأن الخطأ أدى في هذه الحالة إلى تبديد احتمال تحقق كسب خسارة بحيث لا يمكن أبداً معرفة ما إذا كان الضرر سيتحقق أم لن يتحقق، لأن المسؤول قد عاق السير العادي للوقائع مصدر الكسب أو المانعة للخسارة.

المبحث الثانـــي

التعويض عن الضرر في المسؤولية عن تفويت الفرصة

تكمن وظيفة التعويض في جبر الضرر الذي حدث للمضرور، وفي هذا الصدد نص الفصل77 من قانون الإلتزامات والعقود على أن كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، من غير أن يسمح به القانون فأحدث ضرراً ماديا أو

Scanné avec CamScanner

معنوياً للغير، التزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حدوث الضرر، شريطة أن تتوفر شروط معينة في هذا الضرر، أهمها أن يكون هذا الضرر مباشراً وشخصياً ومحققاَ، فهل تتوفر هذه الشروط في تفويت الفرصة حتى يمكن التعويض عنها؟ وكيف يتم تقدير هذا التعويض فيها؟

لدراسة ذلك سنبحث في المطلب الأول مدى التعويض عن تفويت الفرصة، وفي المطلب الثاني تقدير هذا التعويض.

المطلب الأول : مدى التعويض عن تفويت الفرصة

تتميز حالات تفويت الفرصة بأنه لا يوجد ما يؤكد أنه لولا ضياع فرصة الكسب كان المضرور سيكسب بالضرورة ما ضاع عليه من كسب، فحرمان المدعي بالحق المتنازع عليه من فرصة كسبه أمام القضاء بسبب الإغفال الشكلي للمحامي وتسببه في عدم قبول استئنافه لا يوجد ما يؤكد أن المحامي كان سيكسب دعوى موكله لو كان استأنف الحكم الإبتدائي، إلا أنه بالمقابل لا يوجد أيضا ما يؤكد أنه سيخسر هذه الدعوى حتما. لذلك فإن لفوات الفرصة قيمة أخرى غير محل للشك وتتمثل في الفرصة ذاتها[33] التي كان يمكلها المدعي وأضاعها عليه المسؤول بخطئه.

ويعتبر هذا التعويض أمراً مقبولا لأن الحرمان من تحقيق كسب احتمالي أو تجنب خسارة محتملة يعد في حقيقته ضرراً مزدوجاً، فهو من جانب ضرر احتمالي إذا نظرنا إلى هذا الكسب أو تلك الخسارة في حد ذاتها التي أصبحت مستحيلة بخطأ المسؤول. ولكنه من جانب آخر ضرر محقق إذا نظرنا إليه من ناحية الحرمان من فرصة تحقيق الكسب أو تجنب الخسارة، وهو جانب يستحق المدعي التعويض عنه[34]. وبمعنى آخر إذا كان تحقيق الكسب الإحتمالي قد بات

---

[33] - إبراهيم الدسوقي أبو الليل : المرجع السابق – ص: 149.
[34]– الحسين شمس الدين : المرجع السابق – ص : 397.

Scanné avec CamScanner

مستحيلا، فلا أقل من إعطاء الحق للمدعي في المطالبة بالتعويض عن الفعل الذي أدى إلى تلك الإستحالة والذي نتج عنه ضياع فرصة له كان يأمل تحقيقها[35].

وهكذا يمكن النظر إلى خطأ المحامي الذي تسبب في استحالة الطعن على الحكم الصادر ضد موكله، ليس باعتباره مضيعاً لفرصة على هذا الموكل في كسب الإستئناف، وإنما باعتباره مضيعا لحق الموكل في نشر دعواه على أنظار محكمة الإستئناف على الرغم من توافر كل عناصر هذا الحق بأمل إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة الإبتدائية أو على الأقل تعديله، ولا يحتاج ذلك من القضاة الذين ينظرون الدعوى المرفوعة بهذا الصدد، أن يبحثوا في درجة نجاح الإستئناف لتقرير الحق في التعويض، إذ أن ذلك يؤدي إلى الإعتقاد بأن الدعوى قد رفعت فعلا ولو جزئيا، ولكن يمكن البحث في ذلك عند تقدير التعويـــض.

المطلب الثاني : تقدير التعويض عن تفويت الفرصـــة

يتبين من خلال ما سبق أنه إذا وجدت فرصة تحقيق كسب أو فرصة تجنب خسارة بالشروط المشار إليها سابقا، فإن تفويتها على صاحبها بغير وجه حق، يستوجب التعويض عنها على اعتبار أن هدر هذه الفرصة هو ضرر محقق أصاب المضرور، ولا يكون لقيمة الفرصة الضائعة أهمية في تقرير الحكم بالتعويض من عدمه، وهو ما ذهبت إليه محكمة الإستئناف عندما استبعدت عند بحثها في خطأ المحامي النظر في ثبوت الدين من عدمه بقولها : " وحيث إنه بغض النظر عن صحة ثبوت الدين في حق م.و.ك". ولكن تكون لقيمة هذه الفرصة أهمية في تقدير مبلغ التعويض الذي سيحكم به، وهنا تكمن الصعوبة التي تواجه القضاة عند تحديدهم لمبلغ التعويض عن الفرصة الضائعة، لأنه إذا كانت القاعدة العامة هي جبر التعويض للضرر ومعادلته له، فإن التعويض في هذه الحالة يتحدد في قيمة الفرصة ذاتها[36]، وليس بقيمة الضرر النهائي المتمثل في الكسب الذي كان يصبو

---

[35]– عبد الباقي محمود سوادي : المرجع السابق – ص : 308.
[36] - إبراهيم الدسوقي أبو الليل : المرجع السابق – ص : 157.

Scanné avec CamScanner

إليه المضرور، ولكنه أصبح مستحيلا نتيجة تفويت فرصة تحققه، ويمكن للمحكمة في هذه الحالة أن تستخدم عدة طرق لهذا التحديد منها مثـــلا :

- استخدام حساب الإحتمالات المرتد إلى الماضي من خلال مقارنة الضرر النهائي بالضرر المترتب عن تفويت الفرصة، فإذا تبين للمحكمة قوة احتمالات نجاح الدعوى لو رفعت أمام القضاء، وأن الدلائل تشير كلها إلى أن المحكمة كانت ستحكم لصالح الموكل، فإنها تقضي له بتعويض يعادل الضرر الذي نتج عن فقدان الحق بخطأ المحامي. أما إذا تضح لها ضآلة فرصة الموكل في صدور حكم لصالحه نظراً لضعف أدلته وبطلان أسانيده، فإنها تحكم بمبلغ تعويض أقل باعتباره تعويضا جزافيا عن الفرصة الضائعة، وهو المعيار الذي اعتمده الحكم الإبتدائي وأيدته فيه محكمة الإستئناف عندما استدل بأنه : " تأكد للمحكمة بعد تبادل المذكرات والردود وحجز القضية للتأمل أن المدعى عليه بارتكابه خطأ مهنيا يتمثل في عدم تضمينه للمقال الإستئنافي وقائع النازلة، أدى إلى عدم قبوله شكلا من طرف محكمة الإستئناف يكون قد فوت الفرصة على المدعي في مناقشة قضيته في المرحلة الإستئنافية خاصة وأن هذا الأخير صرف مبالغ مالية تنفيذا للحكم الإبتدائي الذي يعتبر مضرا بمصالحه، وأن التعويض عن فوات الفرصة يقتضي النظر في مدى احتمال كسب الإستئناف من طرف المدعي، وأنه بالرجوع إلى القضية الأصيلة موضوع الحكم الإبتدائي المطعون فيه يتضح أن الدين ثابت بذمة م.و.ك بمقتضى الوثائق المدلى بها في الملف والتي تم فحصها من طرف القاضي الإبتدائي بحضور المكتب المذكور، الذي لم ينازع فيها، إضافة إلى أنه توصل بالتجهيزات واستفاد منها حسب تواصيل التسليم المشار إليها في الحكم.

وأن المحكمة اعتبارا لما ذكر وللضرر الحاصل للمدعي من جراء فوات الفرصة عليه في مناقشة قضيته استئنافيا، واحتمال كسبها، ونظرا لما لها من سلطة تقديرية في هذا المجال قضت له في حكمها عدد 4467 بتاريخ 1990/9/17 في

Scanné avec CamScanner

الملف عدد 87/4158 بأن التعويض المستحق له هو 20.000درهم، مع إحلال شركة التأمين محله في الأداء".

أما إذا ظهر للمحكمة أن فرص كسب الدعوى منعدمة أو شبه منعدمة فلا تحكم للموكل بشيء، أو تذهب إلى اعتبار الضرر الحاصل للموكل إنما يتمثل في الصوائر والنفقات التي تكبدها[37].

- الإستعانة بالخبراء وخاصة في المسائل الفنية وفيما عدا الحالات التي يكون فيها القاضي نفسه خبيرا.

- تحديد الأسباب المختلفة التي كان يتوقف عليها الكسب المأمول، والذي لم يتحقق، ومدى مساهمة الفرصة في احتمال تحقق الكسب، أي دورها على ضوء مدى مشاركة العوامل الأخرى، هل هو دور كبير وأساسي، أم أنه دور قليل الأهمية وغير مؤثر، أو ليس لها دور بالمرة.

- تحديد قيمة الفرصة في حد ذاتها من خلال العناصر التالية :

* هل كانت للمدعي فرصة لتحقيق كسب أو تجنب خسارة؟

* هل كانت هذه فرصته الوحيدة أم أنه كان يملك فرصاً أخرى؟

* هل تتوفر في هذه الفرصة شروطها وخاصة من حيث تحققها وجديتها ومشروعيتها وعدم استحالتها؟

* هل هذه الفرصة كانت ستؤدي بحسب السير العادي للأمور إلى تحقيق كسب أو تجنب خسارة؟

* هل ثبت أنه بسبب خطأ المسؤول لم تبق للمضرور هذه الفرصة، وهل كان الضرر سيحدث أيضا على الرغم من غياب الخطأ؟

---

[37] - الحسين شمس الدين : المرجع السابق – ص : 81.

Scanné avec CamScanner

* هل كان فوات الفرصة على المضرور بخطأ المسؤول بصفة مؤكدة ونهائية؟

* النظر في ما كان سيؤول إليه مركز المضرور إذا ما تحققت الفرصة التي كانت لديه.

– تحديد التعويض عن تفويت الفرصة وقت صدور الحكم القضائي، مما يفرض الأخذ بعين الإعتبار كافة التغييرات التي تحدث في العناصر المكونة للضرر من يوم حدوثه وحتى يوم صدور الحكم[38].

– الأخذ بعين الإعتبار أن الفرصة قد ضاعت نهائيا ولن تعود ثانية، وهو ما يجعل من الصعب الحكم بتعويض عيني في مثل هذه الحالات.

وفي جميع الأحوال فإن المحكمة إذا اقتنعت بوجود الفرصة، فإنها تنظر إلى تفويت فرصة الكسب على أنها تتضمن قيمة ذاتية خاصة بها، مستقلة عن قيمة الكسب المأمول الذي حرم المضرور من إمكانية تحقيقه، فيحدد الضرر المترتب على فوات الفرصة في هذه القيمة فقط[39]، باعتبارها القدر المحقق من الضرر الذي وقع[40]، فيكون تقدير المحكمة للتعويض على أساس تفويت الفرصة لا على أساس نتيجة هذه الفرصة. وهو ما ذهبت إليه محكمة الإستئناف عن حق عندما حددت الضرر الذي لحق بالموكل بقولها : " وحيث إنه مما لا شك فيه أن الخطأ المهني الذي وقع فيه الأستاذ (ح) قد فوت على موكله م.و.ك فرصة الدفاع عن مصالحه خلال المرحلة الإستئنافية وبالتالي فإن من حق هذا الأخير مطالبته بالتعويض عما لحقه من ضرر من جراء الخطأ المهني المذكور". فالضرر الذي لحق بالمكتب الوطني للكهرباء ليس خسران الدعوى التي لم تستأنف، بل مجرد تفويت فرصة الدفاع عن مصالحه في مرحلة الإستئناف، والفرق كبير بين الضررين. لأن

---

[38]– أيمن إبراهيم العشماوي : المرجع السابق – ص : 193.
[39]– إبراهيم الدسوقي أبو الليل : المرجع السابق – ص : 158.
[40]- عزالدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي : المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء – القاهرة الحديثة للطباعة- 1988 – ص : 161.

Scanné avec CamScanner

استئناف الدعوى لا يعني كسبها، ولكن لا يعني، من جهة أخرى، خسرانها فليس هناك دعوى خاسرة مسبقا. فالموكل في هذه الحالة لا يملك سوى مجرد أمل في كسب الدعوى، ولكن هذا الأمل أهدر بخطأ المحامي.

فلو كان الضرر هو خسران الدعوى، لكان التعويض هو حسب ما جاء في دفوع المكتب الوطني للكهرباء عندما دفع بأن : " الحكم الإبتدائي المطعون فيه أقر بوجود مسؤولية الأستاذ (ح) النتيجة التي آلت إليها المسطرة خلال المرحلة الإستئنافية، وبالتالي، كان عليه منطقيا وواقعيا أن يساوي ما بين المسؤولية والتعويض ويحكم بتعويض يناسب جسامة تلك المسؤولية وألا يقتصر على تعويض جزئي وضئيل...، لا يجبر الضرر الحاصل من جراء فوات الفرصة عليه في مناقشة قضيته في المرحلة الإستئنافية". ولكن المحكمة اعتبرت عن صواب أن الخطأ المهني لم يكن له من دور سوى تفويت الفرصة على الموكل في الدفاع عن مصالحه أمام محكمة الإستئناف.

خاتمـــــــة :

يعتبر تفويت الفرصة في حد ذاته صورة من صور الضرر موضوعه ضياع فرصة كانت موجودة من قبل، وإن كانت أمراً محتملا إلا أن تفويتها أمر محقق يجيز للمضرور أن يطالب بالتعويض عنها بدون النظر إلى النتيجة التي كان من المحتمل أن تتحقق. والمحكمة التي تنظر دعوى المسؤولية في هذه الحالة لا يلزمها البحث في قيمة الفرصة الضائعة لتحكم بالتعويض من عدمه، وإنما يجب الحكم به عن مجرد ضياع الفرصة، لأن الضياع النهائي لفرصة تحقق كسباً أو تجنب خسارة يكون ضرراً محققا قابلا للتعويض، ذلك أن تفويت الفرصة لايقتصر على المساس بمجرد الأمل في تحقيق كسب أو تجنب خسارة، أي بلوغ النتيجة المأمولة، بل يأتي ماسا بحق هو انتهاز الفرصة ومحاولة الإفادة منها لتحقيق ذلك الكسب أو تجنب الخسارة، ومن ثم فإن ضياع هذا الحق يعتبر ضرراً مؤكداً

Scanné avec CamScanner

يستوجب التعويض، وإن كانت نتيجة الكسب المأمول تظل احتمالية، فعنصر الضرر الناشئ عن تفويت الفرصة ينطوي على خاصية مباشرة ومحققة في كل مرة يثبت فيها ضياع الإحتمال الذي يناسب أو يحقق مصلحة المضرور، مع أن تحقق الفرصة نفسها ليس أمراً مؤكدا على الإطلاق. ويرتبط تحديد قيمة الفرصة بمدى وقوة علاقة السببية بين تفويت الفرصة والضرر الذي يترتب عليها، إلا أن عدم تنظيم المشرع لهذا الموضوع، وعدم تحديده لمضمون هذه الفكرة أو محتواها بطريقة واضحة يمنح ولا شك للمحكمة سلطة واسعة في التقدير، سواء بوجود الفرصة أو فواتها أو تحديد التعويض عنها، تعفيها من اللجوء إلى مفهوم أو تصور محدد لها، وتمكنها من توسيع نطاق تطبيقها بما يراعي تحقيق مزيد من العدالة والإنصاف للمضرور.

فالموكل في هــذه النازلة فاتت عليه فرصة تعديل الحكم الصادر ضده في الدعوى بسبب إهمال المحامي، فهو يوجد في مركز يقوم أساسا على الإحتمال حيث يملك فرصة معينة يأمل في تحققها نظرا لما ينطوي عليه ذلك من مزايا بالنسبة له، إلا أن خطأ المحامي أدى إلى اختفاء الفرصة وحدوث الضرر المتمثل في حرمانه من الإستفادة منها. وهذا يعني أن الضرر الناتج عن تفويت الفرصة، وإن كان ضرراً محققا يستوجب التعويض، فهو ضرر خاص لأن التعويض فيه لا يمنح إلا عن تفويت فرصة حدوث واقعة معينة وليس عن عدم حدوث هذه الواقعة، لذلك فإن المحكمة أخذت بعين الإعتبار فقط أن هناك خطأ حرم الموكل من فرصة معينة، ولم تبحث في فرصته في كسب الدعوى لتقرير التعويض. لأنه ولو كانت فرصة الموكل في ذلك ضئيلة إلا تفويت هذه الفرصة هي ضرر محقق يستحق التعويض، كل ما في الأمر أن هذا التعويض يجب أن يتناسب مع حجم الفرصة الضائعة فيزيد كلما كانت فرصة كسب الدعوى كبيرة ويقل كلما كانت هذه الفرصة ضعيفة.

Scanné avec CamScanner