مسؤولية المحامي المدنية عن تفويت الفرصة

-دراسة قانونية مقارنة-(*)

The attorney's civil liability for missing the opportunity
-A comparative legal study-

رضوان عبد الله حامد
كلية الحقوق/ جامعة الموصل

رائدة محمد محمود
كلية الحقوق/ جامعة الموصل

Radwan Abdullah Hamid
College of Law\ University of Mosul

Raida Mohamed Mahmoud
College of Law\ University of Mosul

Correspondence:
Radwan Abdullah Hamid
E-mail: alnaradwan86@gmail.com
Available online: 1/12/2023

المستخلص

تعد فكرة تفويت الفرصة مثالا واضحا لدمج الحظ في المجال القانوني، فالفرصة تعتمد على الحظ الذي يفلت من ارادة الافراد وتوقعاتهم، اي ان هناك واقعة احتمالية قد تحدث وقد لا تحدث، ويظهر ضرر تفويت الفرصة في اجراءات التقاضي وخاصة في مسؤولية المحامي فاذا فاتت الفرصة على الموكل (المضرور) قامت مسؤولية الوكيل (المحامي) ومن ثم يحق للمضرور المطالبة بالتعويض عن تلك الفرصة الضائعة، والمضرور هنا يسلك جميع الطرق والوسائل الممكنة التي تدعو الى تحقيق العدالة والانصاف له كما وأن التعويض يكون جزئيا اي فقط عن الفرصة الفائتة لا الى ما ستؤول اليه نتيجة مباشرة الفرصة الفائتة اي بمعنى ان تفويت الفرصة يعد بحد ذاته ضررا محققا يستوجب التعويض عنه، حيث جاءت الدراسة موضحة لمفهوم مسؤولية المحامي المدنية عن تفويت الفرصة من خلال توضيح الاركان المنشئة لمسؤولية المحامي وشروطها وكيفية التعويض عنها٠

(*) أستلم البحث في ٢٠٢١/١/٥ *** قبل للنشر في ٢٠٢١/٢/٤.
(*) received 5/1/2021 *Revised 26/1/2021* accepted 4/2/2021.
Doi: 10.33899/alaw.2021.129301.1124
© Authors, 2023, College of Law, University of Mosul This is an open access articl under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0).

الكلمات المفتاحية: المسؤولية المدنية للمحامي، تفويت الفرصة، تعويض الضرر.

Abstract

The idea of missing the opportunity is a clear example of incorporating luck in the legal field, as the opportunity depends on luck that escapes the will of individuals and their expectations, meaning that there is a potential event that may occur and may not occur. Thus,the harm of missing the opportunity appears in litigation procedures, especially in the responsibility of the lawyer, so if the opportunity misses the principal (The injured person) holds the responsibility of the agent (the lawyer). Therefore, the injured person has the right to claim compensation for that missed opportunity. The law here follows all possible ways and means that call for achieving justice and fairness for the injured, and that compensation is partial, that is, only for the missed opportunity, not to what will lead to it as a direct result of the missed opportunity. Meaning that missing the opportunity is in itself a real harm that needs compensation for it, where the study came clarifying the concept of a lawyer's civil liability for missing the opportunity by clarifying the elements that establish the lawyer's liability, its conditions, and how to compensate for it.

keywords: Civil liability attorney, Miss the opportunity, Damage compensation.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين محمد وعلى آله وصحبه اجمعين" لغرض الإحاطة بموضوع هذا البحث، فانه لابد من عرض مقدمته على وفق ما يأتي:

اولا: التعريف بموضوع البحث:

تعد مهنة المحاماة مهنة نبيلة سامية تحمل رسالة انسانية واجتماعية، تساعد القضاء في الوصول الى الحقيقية وتكفل المرافعة العادلة وترسخ دولة الحق والقانون،

ولخطورة الدور الذي تلعبه هذه المهنة فقد احيطت بضوابط قانونية حفاظا على سموها وتمكينها لتحقيق اهدافها، ومن ثم يكون المحامي ملزما بالوفاء بالتزاماته، والا عرض نفسه للمسؤولية سواء التأديبية منها عندما يخرق اصول المهنة وقواعد سلوكها، او الجنائية اذا كان الفعل الذي ارتكبه يشكل جريمة نص عليها قانون العقوبات او تكون مسؤوليته مدنية اذا اخل بالتزاماته وترتب عليها ضرر الحق بموكله سواء اكانت تلك المسؤولية عقدية ام تقصيرية، اذ يترتب على تفويت الفرصة حرمان الشخص من فرصة كان من المحتمل ان تعود عليه بالكسب، اذ أن المضرور كان يأمل في منفعة تؤول إليه، وكان يعول على فرصة تتيح له الحظ في أن يحقق أمله لو سارت الأمور وفق مجراها الطبعي، فأتى محدث الضرر بفعله الضار لحرمه من هذه الفرصة، فالضرر المحقق من جراء تفويت الفرصة واجب التعويض، يشمل الضرر الحال الواقع بالفعل، ويشمل كذلك الضرر المستقبل المؤكد الحدوث، والذي يكون امتداداً طبيعياً ومؤكداً لفوات الفرصة إثر وقوع الفعل الضار، ولم يكن هناك ما يحول دون تحققه ووقوعه في المستقبل، فإذا لم يكن الضرر محققاً، بل كان ضرراً احتمالياً فحسب يحتمل وقوعه يحتمل عدم وقوعه، فلا يقبل التعويض بل يتعين الانتظار إلى حين تحقق أيّ من الاحتمالين فإن وقع الضرر وتحقق استحق التعويض، وان لم يقع فلا تعويض، ولاستحقاق التعويض عن ضرر تفويت الفرصة يتعين توافر اركان المسؤولية وهي : الفعل الضار اي خطأ المحامي، ثم الضرر أخيراً العلاقة السببية بين الفعل الضار والضرر في تفويت الفرصة، فضلا عن توافر شروط خاصة بالضرر وبالفرصة التي فاتت على الموكل نتيجة خطأ المحامي.

ثانيا: اهمية موضوع البحث واسباب اختياره

تكمن اهمية موضوع البحث في ازدياد الاخطاء المرتكبة من المحامين في الواقع العملي وما يترتب على ذلك من نتائج وخيمة تصل الى ضياع حقوق الموكلين من دون مساءلة المحامي مرتكب الخطأ، ولعل السبب في ذلك ان هناك اعداد كبيرة من الناس ما زالوا غير مقتنعين بفكرة مساءلة المحامي عن اخطائه ومنها تفويت الفرصة على الموكل، اما نتيجة جهلهم بهذه المسائل، او بسبب العلاقات القائمة على الثقة بين المحامي وموكله تجعل الاخير مترددا في مقاضاة وكيله، بحيث يكون الموكل مترددا في اقامة الدعوى، فكان

لابد من التصدي لهذه الوقائع بالحلول القانونية، كإقامة الدعاوى من قبل الموكلين على المحامين سواء امام النقابة او المحاكم.

فضلا عن ان تطبيق احكام تفويت الفرصة في مجال المسؤولية المدنية للمحامي هو امر لصالح الموكل المضرور بما يخدم العدالة، وبه يتحقق الحل عند عدم امكانية تعويض المضرور وفقا للقواعد العامة.

ثالثا: هدف البحث

لم يتعرض المشرع العراقي لمسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة بنصوص خاصة بل تركها للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، واذا كانت القواعد والقوانين المدنية لا تفرق بين مسؤولية الاشخاص عن اخطائهم، فان الفقه والقضاء يقران بمسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة بسبب اخطائه المهنية، وهذا البحث جاء لتحديد مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة على موكله بسبب اهماله او خطأه الذي يترتب عليه الحاق الضرر بالموكل. فضلا عن كشف الغموض الذي يحيط بضرر تفويت الفرصة على الموكل المضرور بإيجاده وتحديد عناصره والوقوف على شروطه وسلطة المحكمة في تقديره.

رابعا: مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في عدم كفاية النصوص القانونية التي تنظمها وهو ما نسعى الى ابرازه على الاقل بالنسبة الى القواعد العامة في القانون المدني العراقي، اذ يظهر من خلال هذه الدراسة مدى النقص في الجانب التشريعي الذي ينظم مسؤولية المحامي المدنية وعدم تنظيم مسالة تفويت الفرصة في تلك المسؤولية، وهو امر يدعو الى ضرورة وضع قواعد قانونية خاصة لتنظيم احكام هذا النوع من المسؤولية.

فضلا عن تحديد اليات التعويض المناسبة في تقدير قيمة الضرر عن تفويت الفرصة، وبيان الطبيعة الخاصة لضرر تفويت الفرصة الذي يختلف عن غيره من انواع الضرر المستقبلي والضرر الاحتمالي، فضلا عن تحديد عناصره.

خامسا: تساؤلات البحث

هناك مجموعة من التساؤلات التي يثيرها موضوع البحث نحاول الاجابة عنها في ثناياه، وهي على وفق الاتي:

١. ما الطبيعة القانونية لمسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة هل هي مسؤولية عقدية ام تقصيرية؟

٢. ما صور خطأ المحامي في تفويت الفرصة؟

٣. ما شروط التعويض عن تفويت الفرصة في مسؤولية المحامي؟

٤. كيفية تقدير التعويض في مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة؟

سادسا: منهجية البحث

سنعتمد في البحث في هذا الموضوع على المنهج التحليلي المقارن من خلال تحليل نصوص القوانين المقارنة محل الدراسة فضلا عن الآراء الفقهية والاحكام القضائية ثم المقارنة بينها وصولا الى الحلول القانونية الناجعة للإشكاليات التي يثيرها موضوع البحث.

سابعا: هيكلية البحث

اقتضى البحث في هذا الموضوع ان يكون وفقا للخطة الاتية:

- المبحث الاول: اركان مسؤولية المحامي المدنية عن تفويت الفرصة
- المطلب الاول: خطأ المحامي فـــــــي تفويت الفرصة.
- المطلب الثاني: الضرر المترتب على تفويت الفرصة.
- المطلب الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في تفويت الفرصة.
- المبحث الثاني: آثار مسؤولية المحامي المدنية عن تفويت الفرصة
- المطلب الاول: شروط التعويض عن تفويت الفرصة في مسؤولية المحامي المدنية.
- المطلب الثاني: تقدير التعويض عن تفويت الفرصة في مسؤولية المحامي المدنية.

المبحث الاول

اركان مسؤولية المحامي المدنية عن تفويت الفرصة

يعد المحامي من اعوان القضاة وهو يقوم بمهمة نبيلة تساعد القضاء في الوصول الى الحقيقة وتحقيق العدالة، ولنبل هذه المهنة فقد احاط القانون ممارسة هذه المهنة بضوابط قانونية حفاظا على سموها، ومن ثم يكون المحامي ملزما بالوفاء بالتزاماته والا ترتبت مسؤوليته، ومن هذا المنطلق على المحامي اتخاذ الاجراءات الكفيلة بالحفاظ على حقوق موكله وصيانتها وتقصي كل السبل المشروعة قانونا في سبيل تحقيق ذلك، والا كان مسؤولا تجاه موكله عن تفويته الفرصة التي كان من الممكن ان تكفل حقوقه وتحميها، وحتى تثبت مسؤولية المحامي تجاه موكله عن تفويت الفرصة كان لابد من توافر اركانها

من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وبيان تلك الاركان يقتضي تقسيم هذا المبحث على وفق الاتي:

المطلب الاول: خطأ المحامي فـــــي تفويت الفرصة.

المطلب الثاني: الضرر المترتب على تفويت الفرصة.

المطلب الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في تفويت الفرصة.

المطلب الاول

خطأ المحامي في تفويت الفرصة

لايزال الخطأ هو قوام المسؤولية المدنية وأحد اركانها، وهذا ما اكدت عليه معظم التشريعات ومنها قانوننا المدني العراقي(١)، كما اخذت به معظم التشريعات المقارنة(٢) هذه التشريعات لم تعرف الخطأ واناطت بشراح القانون القيام بهذه المهمة ، وقد بذل كل هؤلاء محاولات في سبيل وضع هذا التعريف.

لذلك عرف البعض الخطأ بصورة عامة "بأنه العمل الضار غير المشروع"(٣)، بينما عرفه اخر بانه "الاخلال بواجب سابق كان بالإمكان معرفته ومراعاته"(٤)، الا ان هناك صعوبة في تحديد الخطأ الموجب لمسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة لما يحيط بمهنة المحاماة من تعقيد وما تستلزمه من جرأة واقدام، لان التفكير بعواقب ممارستها قد

---

(١) تنظر ف١من م/١٨٦ من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١

(٢) تنظر م/٢٥٦ من القانون المدني الاردني رقم(٤٣)لسنة١٩٧٦ ، تقابلها م/ (١٦٣)من القانون المدني المصري رقم(١٣١) لسنة (١٩٤٨)، م (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ط٢، الجزء الاول، (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان| ٢٠٠٠)،ص٧٧٧ , د. حسن علي ذنون , المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، ج١(دار وائل للنشر، عمان| ٢٠٠٦) ص٢٣١, د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية(مطبعة حداد , البصرة) ص٥٦-٦٠

(٤) د. حسين عامر, المسؤولية المدنية (العقدية والتقصيرية)، ط١(دار النهضة العربية، القاهرة) ص١٧٤

يقف عائقا دون تقدم المهنة وفنونها ويؤدي الى التفريط بحقوق المتقاضين، وخطأ المحامي لا يقوم مبدئيا الا اثناء ممارسة مهنة المحاماة وينجم عن الاخلال بأصولها وقواعدها الموضوعية المتعارف عليها.

لذلك يمكننا تعريف خطأ المحامي عن تفويت الفرصة بأنه: الخطأ الذي يرتكبه المحامي اثناء ممارسته لمهنته بحيث يخرج فيه عن السلوك المهني المألوف طبقا لأصول المهنة وتقاليدها ويؤدي الى تفويت الفرصة على الموكل في حماية حقوقه وكفالتها مما يلحق به الضرر، او هو تقصير في مسلك المحامي لا يقع فيه محامٍ يقظ وجد في نفس الظروف التي احاطت بالمحامي المسؤول.

والتساؤل الذي يمكن اثارته هنا هو ما طبيعة خطأ المحامي في تفويت الفرصة؟، ومن ثم ما صور هذا الخطأ؟، ان الاجابة عن هذا التساؤل تستلزم عرضها على وفق ما يأتي:

الفرع الاول: طبيعة خطأ المحامي في تفويت الفرصة.

الفرع الثاني: صور خطأ المحامي في تفويت الفرصة.

الفرع الاول

طبيعة خطأ المحامي في تفويت الفرصة

قبل بيان الطبيعة القانونية لخطأ المحامي في تفويت الفرصة فانه لا بد من بيان الطبيعة القانونية لالتزام المحامي الموجب لمساءلته عن تفويت الفرصة؟، وهل مسؤولية المحامي هنا مسؤولية عقدية اما تقصيرية؟

وإجابة على هذا التساؤل يتفق الفقه[١] والقضاء[٢] على ان التزام المحامي في اغلب الاحيان هو التزام ببذل عناية لذا يتعين عليه ان يبذل العناية اللازمة لحماية حقوق ومصالح

(١) للمزيد من التفصيل ينظر: طلبة وهبة خطاب، المسؤولية المدنية للمحامي: المحامي الفرد – المحامي في شركة المحاماة المدنية، ط١ (مطبعة سيد عبد الله وهبة، القاهرة | ١٩٨٦) ص ١٠٧.

(٢) قضت محكمة التمييز الاردنية بأن: " الاخطاء التي ترتب المسؤولية على المهندس _ شانه في ذلك شان بقية المهنيين _ لا تنحصر في الاخطاء التي تصدر عن نية سيئة فقط بل تتعدى الى كل سلوك يعد خروجا عن المألوف من اهل الصنعة في بذل=

موكله وهو عناية الشخص المعتاد وفق المعيار الموضوعي، اي ان التزام المحامي هو التزام ببذل عناية، اذ على المحامي ان يبذل العناية المطلوبة فيما عهد اليه الموكل، فهو ملزم بمباشرة القضايا أياً كان نوعها عناية الشخص العادي ، فالقاعدة ان المحامي لا يلتزم تجاه موكله بتحقيق نتيجة معينة ، ذلك انه لا يتصور ان يلزمه صاحب الدعوى بتحمل كسب الدعوى لصالحه او حتمية الحصول على البراءة ، لان ذلك ليس في يد المحامي وحده بل تتدخل في ذلك عناصر كثيرة ، منها اختلاف المحكمة والدفاع والادلة واختلاف وجهات النظر[١]، ومن ثم لا يجوز للموكل ان يقيم دعوى التعويض على المحامي في حالة خسارته دعواه مادام المحامي قد بذل كل الحرص والعناية المعتادة، ولكن قد يرد استثناء على هذه القاعدة وهو ان يكون هناك اتفاق في العقد بين المحامي والموكل على تحقيق نتيجة معينة، كما في حالة التزام المحامي بتقديم الاستئناف او التمييز، او التزامه بحضور جلسات المرافعة بنفسه[٢]، عندئذ اذا لم يقم المحامي بتنفيذ ما التزم به من اتفاق تحققت مسؤوليته حتى وان اثبت انه بذل من العناية ما بذله الرجل المعتاد.

ولسنا بصدد الخوض في تحديد مسؤولية المحامي بقدر الوقوف على نوع مسؤولية المحامي المتمثل في تفويت الفرصة على الموكل بسبب تقصير المحامي، مع العلم ان الكثير من المتضررين من اخطاء الدفاع غالبا ما يفضلون ترك المطالبة بحقوقهم في التعويض ، والاكتفاء برفع شكواهم الى نقابة المحامين تقديرا منهم لصعوبة اثبات اخطاء المحامين المهنية ولقدرة المحامين على الافلات من المسؤولية في كثير من الاحوال[٣].

=العناية التي تقتضيها اصول المهنة وقواعد المهنة"؛ قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم (٤٧٨) المبادئ القانونية ، العدد رقم(١١٤) لسنة ١٩٧٨ ، منشورات مركز العدالة، ص١٣٢

(١) محمد مؤمن، مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة في القانون المغربي، بحث منشور | مجلة الاملاك، العدد (٣)، ٢٠٠٧|ص٤٢.

(٢) عبد العزيز سليم، قضايا التعويضات، ط٣، (الذهبي للنشر، القاهرة|١٩٩٦) ص٥١٩.

(٣) عبد الباقي محمود سوادي، مسؤولية المحامي المدنية عن اخطائه المهنية، ط٢ (دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان| ١٩٩٩) ص٦.

وقد اعترف القضاء في فرنسا بقبول دعاوى الموكلين ضد وكلاء الدعاوى للمطالبة بالتعويض عن فوات الفرصة الضائعة معترفا بحق فاقد الفرصة في رفع دعواه وبقيام مسؤولية المحامي عن الضرر المحقق بضياع الفرصة(١)، فاذا تبين للقاضي إن فرص كسب الدعوى كنت سانحة لو عرضت على انظار القضاء، حكم للموكل بتعويض جزئي لا يصل بأي حال إلى الكسب المأمول، أما اذا ظهر للقاضي إن فرص كسب الدعوى منعدمة أو شبه منعدمة فلا يحكم للموكل بشيء (٢)، وبذلك يتضح ان الاصل في التزام المحامي هو التزام ببذل عناية فيما يتعلق بنتيجة الدعوى اما ما يتعلق بمباشرة اجراءاتها واتخاذ الاجراء المناسب لحماية حقوق موكله فهو التزام بتحقيق نتيجة، فلا يسأل المحامي في الفرض الاول الا اذا ثبت انه لم يبذل العناية المطلوبة اما في الفرض الثاني فانه يسأل ان لم تتحقق النتيجة المرجوة من الالتزام وهو اتخاذ الاجراء المناسب الذي يكفل به حقوق موكله.

ولقد اثارت مسالة التعويض عن تفويت الفرصة في مسؤولية المحامي تجاه موكله خلافا في تحديد طبيعة المسؤولية هل هي مسؤولية عقدية ام تقصيرية؟، واجابة عن ذلك ذهب جانب من الفقه الفرنسي(٣) الى انها مسؤولية تقصيرية قائمة على خطأ تقصيري، ذلك لأنه من غير الممكن تصور وجود عقد بين اصحاب المهن _ ومنهم المحامي _ ووكلائهم،

---

(١) وكان ذلك بحكم صادر محكمة بورج الفرنسية في ٢٧/ اذار– مارس/ ١٩٨٤؛ وقرار الدائرة المدنية لمحكمة النقض في ٧/ شباط – فبراير/١٩٨٩، النشرة المدنية رقم(٦٢)، مدونة القانون المدني الفرنسي؛ واحكام دائرة العرائض في ١٧ /يوليو– تموز/١٩٨٩، محكمة سيري١٨٩١ –١ –٣٠٩؛ كما اخذت الدائرة المدنية بنفس الحل في حكمها الصادر في٢٧ /مارس– اذار/١٩١١، مجلة دالوز ١٩١٤ –١– ٢٢٥؛ اشار الى القرارات الاخيرة: د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، |" تعويض تفويت الفرصة، القسم الثاني "| (١٩٨٦) | العدد (٢) | مجلة الكويت| ص٨٩.

(٢) نقض مدني فرنسي، الغرفة الاولى في ١٨/تشرين الاول– اكتوبر/ ١٩٧٨، مدونة القانون المدني الفرنسي، الطبعة العربية، طبعة ٢٠٠٩/١٠٨، جامعة القديس يوسف، مركز الدراسات الحقوقية، للعالم العربي، لبنان، ٢٠١٢، ص١٣٥٧؛ د. عز الدين الديناصوري، د. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ط٥، (مصر| ١٩٩٦)، ص١٥٢.

(3) APBRY et rau, cour de droit civil francais, t, 1v, no. 344 et no. 371 bis.

فالأعمال التي يؤديها المحامي لا تكون بذاتها موضوعا للعقد، فالمحامي الذي يتعهد بها لا يجبر على ادائها، ومن ثم تكون مسؤوليته تجاه موكله مسؤولية تقصيرية وليست عقدية وفي حال ما لو حرم المضرور من كسب مرجح فان من حقه ان يعوض عن تفويت الفرصة(١).

في حين ذهب راي في الفقه المصري(٢) والقضاء في العراق(٣) الى ان مسؤولية المحامي المدنية تجاه موكله هي مسؤولية عقدية اساسها الاخلال بالتزام عقدي على اساس ان العلاقة بين المحامي والموكل اساسها العقد الذي يحدد التزامات كل منهم، وان العقد القائم بين المحامي ووكيله سينصب على الحقوق الشخصية، اي ان مهنة المحامي تتصل بشخصية الوكيل وهي تمس الحقوق الشخصية ويكون العقد ملزماً للجانبين اذ يقوم المحامي بالدفاع عن موكله مقابل اتعاب يتقاضاها منه والموكل يدفع للمحامي مقابل الكسب المرجح لحقه في النزاع المنظور امام القضاء وليس حرمانه من الكسب المرجح والا رجع على المحامي بالتعويض(٤).

وذهب اتجاه ثالث(٥) الى انه على الرغم من مسؤولية المحامي هي مسؤولية عقدية تجاه موكله، فان المسؤولية التقصيرية يمكن ان تترتب في علاقته مع الغير على اعتبار ان الغير لا يرتبط مع المحامي باي علاقة تعاقدية، ومن ثم فان الضرر الذي ينسب اليه في هذه الحالة هو اخلال بالتزام قانوني مضمونه عدم الاضرار بالغير، وهذا يعني ان مسؤولية

---

(١) للمزيد من التفصيل ينظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل، (دار النهضة العربية، القاهرة، | ١٩٩٣)، ص٢٥٥.

(٢) ذهب بهذا الاتجاه: محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، ط١، (دار لنهضة العربية| ١٩٩٨) ، ص٤٩ وما بعدها.

(٣) قضت محكمة التمييز العراقية بأن: " مسؤولية المحامي التعاقدية غير متحققة، لان كل من ركن الخطأ والضرر والعلاقة السببية في المسؤولية التعاقدية لم تتوافر في الحادثة القضائية....."؛ رقم القرار(١٣٩٣)/مدنية ثالثة /١٩٨٣ في ١٩٨٤/٢/٢٨، منشور في النشرة القضائية الخامسة ١٩٨٦، ص١١٦_١١٧.

(4) Nerson, les droit extrimoniaux, these. Lyon, 1989. P 501.

(٥) وفاء جوهر، المسؤولية المدنية للمحامي عن تفويت الفرصة، |(٢٠١٠) | العدد(٣) |المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية | ص١٥

المحامي هنا تكون مزدوجة احيانا تكون تقصيرية واحيانا تكون عقدية، ولابد في الحالتين من اثبات الخطأ من المحامي ولا سيما ان التزامه هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة وهو ما يتطلب الحماية الواجب توفرها للموكل وهذا ما يدفع هذا الاتجاه بالقول ان مسؤولية المحامي هي مسؤولية قانونية ناشئة بنص القانون.

وبعد عرضنا للآراء الفقهية نرى ان مسؤولية المحامي في تفويت الفرصة على موكله هي مسؤولية عقدية بحسب الاصل وان خطأه هو خطأ عقدي، فعقد الوكالة يوجب على المحامي اتخاذ كل التدابير اللازمة لحماية حقوق موكله الا اذا شكل اخلال المحامي بالتزامه خرقا لواجب قانوني نص عليه القانون بمعناه الواسع واُغفل ذكره في عقد الوكالة، فحينئذ تكون مسؤوليته تقصيرية، ولكي تتحقق هذه المسؤولية لابد من تحقق الضرر الذي اصاب الموكل نتيجة تفويت الفرصة بسبب خطأ المحامي وتحقق العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وهذا ما ذهبت اليه محكمة الاستئناف الفرنسية بنيس[١]، كما قضت محكمة فرساي بإضاعة المحامي فرصة الكسب المرجح للموكل في الحق المتنازع عليه في نزاع قضائي نتيجة منع العميل من الاشتراك والمزايدة في عقد البيع بالمزاد العلني رغم احقية العميل في الاشتراك في المزايدة [٢].

الفرع الثاني

صور خطأ المحامي في تفويت الفرصة

ان صور خطأ المحامي الموجب لمسؤوليته عن فوات الفرصة تتمثل اما بإهمال المحامي الذي قد يؤدي إلى عدم سماع المحكمة للدعوى أصلا، او ان الدعوى تكون قد رفعت إلى القضاء ولكن خطأ ما ارتكبه المحامي بعدم اتخاذ اجراء معين عند نظر الدعوى أو أثناء سيرها يكون قد ساهم في تفويت الفرصة على الموكل في كفالة حقوقه، وذلك ما سنبينه على وفق ما يأتي:

(1) C.A. Nice 22 Decembre 1979 Dalloz- 1980. P.440.

(٢) ينظر حكم محكمة فرساي ٧ يوليو ١٩٧١، نقلا عن : ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض تفويت الفرصة، القسم الثاني، مصدر سابق، ص٩٠.

اولا: عدم رفع الدعوى اصلا الى القضاء بسبب اهمال المحامي او تقصيره

ان هذه الصورة او الفرضية ترتبط اساسا بالحالة التي يلجا اليها الموكل الى وكيله (المحامي) للدفاع عن حقوقه تحت طائلة سقوط الحق او تقادمه[١]، فقد يكلف المحامي برفع دعوى على الغير قبل انصرام اجل التقادم المسقط للحق، كما في الدعوى التي ترفع على البائع بسبب عيب في المبيع[٢]، او الدعوى التي ترفع على المهندس المعماري او مقاول البناء بسبب عيوب البناء [٣]، فاذا اهمل المحامي في رفع الدعوى حتى سقط حق موكله في الادعاء فهو يسال لا على اساس ضياع الحق، ولكن عن تفويت فرصة كانت سانحة فضاعت بإهماله، فالخطأ في مثل هذه الحالات هو خطا ثابت في ذمة المحامي الذي لم يباشر الدعوى او الطعن داخل الاجل الضامن لهما، فإغفال المحامي رفع الدعوى الموكلة اليه حتى سقطت بالتقادم يشكل خطأً سلبياً من شانه ان يحرم الموكل من تحقق حدث مناسب مرغوب فيه، وفي ذلك قرر القضاء الفرنسي مسؤولية المحامي عن رفع دعوى بعد انقضاء المدة القانونية مقرر ان الضرر هنا هو خسارة فرصة كسب دعوى امام القضاء[٤].

(١) ينظر في هذا المعنى المادة (١/٥٧٠) من القانون المدني العراقي: " لا تسمع دعوى ضمان العيب اذا انقضت ستة اشهر من وقت تسليم المبيع....". تقابلها م/٤٥٢ من القانون المدني المصري، م/٥٢١ من القانون المدني الاردني

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

(٣) تنظر: (ف ١ من م ٨٧٠)من القانون المدني العراقي.

(٤) نقض مدني فرنسي في ١٨/كانون الاول – ديسمبر/٢٠٠١،النشرة المدنية ١، رقم (٣٢١) (٣٣)، مدونة القانون المدني الفرنسي، المطبعة العربية، طبعة ٢٠٠٩/١٠٨، جامعة القديس يوسف، (مركز الدراسات الحقوقية، للعالم العربي، لبنان| ٢٠١٢)، ص١١٠٣.

كما اكدت محكمة النقض المصرية[1] هذا المبدأ في قرار جاء في حيثياته: " ان المدعى عليه (س) تقدم بطلب مفاده انه قام بتأجير محل تجاري لبيع الاسماك وبعد انذاره من قبل المالك بدفع الأجرة قام (س) بتسليم المبلغ وقدره (٤٠٠,٠٠٠) جنيه الى (محاميه) المدعى عليه قصد ادائه قبل انتهاء الاجل المحدد في الانذار، ولكن (المحامي) المدعى عليه وبإهمال منه احتفظ بالمبلغ ولم يقم بتسليمه قبل انتهاء اجل الانذار، وبما ان الضرر هنا ثابت في حق المحامي فمن حق المدعي المطالبة بالتعويض المتعلق بالمبلغ الاصلي الذي فقد بسبب اهمال المحامي، لذلك صدر الحكم القاضي على المدعى عليه بأداء مبلغ قدره(١٠٠٠,٠٠٠) جنيه كتعويض عن فقدان المبلغ الاصلي الذي ضاع بسبب اهمال المحامي وانتهاء الاجل المحدد للإنذار".

ومن خلال استقرائنا لقرار محكمة النقض المصرية يتبين لنا ان خطأ (المحامي) المدعى عليه بعدم تسليمه المبلغ قبل فوات الاجل المحدد بالإنذار الحق ضررا بالمدعي يتمثل بفوات الفرصة عليه بتجنب الحكم عليه بالتخلية لو ان (المحامي) المدعى عليه كان قد سلم المبلغ (الأجرة) خلال الاجل المحدد في الانذار لذلك فالحكم الذي قضت به محكمة النقض المصرية كان صائبا على اعتبار ان التعويض هنا ليس على اساس ضياع الحق ولكن على اساس تفويت فرصة كانت سانحه للمدعي ولكنها ضاعت بإهمال (المحامي) المدعى عليه.

ثانيا: إذا باشر المحامي الدعوى فخسرها نتيجة لعدم اتخاذه الاجراء المناسب

ان هذه الفرضية على خلاف الفرضية السابقة، اذ لا يحرم فيها الموكل من تجريب حظه امام القضاء بل ان المحامي يعرض الدعوى او الطعن على المحكمة ولكنه يخسرها بخطأ منه، فهنا يثار التساؤل الاتي: هل المحامي الذي خسر الدعوى يعتبر قد ارتكب خطأ؟، ومن ثم قد فوت فرصه على موكله؟

(١) قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٧ ابريل ١٩٧٩؛ نقلا عن: د. عبد الباقي سوداي، مصدر سابق، ص٣١١.

للإجابة على هذا التساؤل نقول ان لهذه الفرضية صوراً متعددة، نذكر منها ما نص عليه قانون المحاماة العراقي[١] (على واجبات المحامي)، كما نظم قانون المرافعات العراقي[٢]، (حضور المحامي في الدعوى وكيفية مباشرتها)، فعدم مراعاة الإجراءات القانونية من قبل المحامي يشكل خطأً من جانب المحامي يسال عنه)، وعليه فان مسؤولية المحامي في هذه الفرضية تتحقق في حالتين الأولى بسبب عدم احترام المحامي المواعيد المقررة قانونا، والثانية بسبب اغفال المحامي لشكليات الدعوى، والتي سنبينها على وفق ما يأتي

أولاً. تفويت المحامي للمواعيد والآجال القانونية

ان هذا الموضوع يطرح اشكالات عديدة حول مدى مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة، في حالة عدم رفع الدعوى في الآجال القانونية او الطعن خارج هذا الآجل، مما يؤدي الى اعتبار الحكم نهائيا[٣] في مواجهة الموكل.

ان اكثر الحالات التي يمكن تصورها والتي قد تكون اكثر الصور وقوعا تلك التي تتعلق بعدم احترام المحامي للمواعيد المقررة قانونا، اذ ان اهمال تلك المواعيد يؤدي الى منع اي جهة قضائية من نظر الدعوى سواء اكانت محكمة درجه اولى او محكمة الاستئناف او محكمة التمييز[٤] كأن يهمل المحامي رفع استئناف عن حكم لم يكتسب بعد قوة الشيء المقضي فيه حتى تنتهي المدة المقررة لرفعه ويصبح الحكم بسبب إهماله باتا.

فهل يعد الضرر الذي لحق الموكل من جراء عدم مباشرة الاجراء في الميعاد المقرر له ضررا محققا أم هو مجرد ضرر احتمالي؟ وإذا كان ضرراً محققا فعلى أي أساس يقوم؟ هل على أساس فوات كسب الدعوى أم على أساس فوات فرصة كسب الدعوى فحسب؟

---

(١) ينظر: الفصل الثاني من الباب الرابع من قانون المحاماة العراقي رقم (١٧٣) لسنة ١٩٦٥ المعدل.

(٢) ينظر: الباب الثاني والثالث والرابع من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

(٣) الاحكام النهائية او الباتة هي الاحكام التي لا تقبل اي طريق من طرق الطعن سواء كان عاديا او غير عادي.

(٤) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني – الفعل الضار، ط٥، ج١، (مطبعة السلام، القاهرة | ١٩٨٨) ص٤١٠.

في الحقيقة ان كسب الاستئناف أمر غير مؤكد تماما، كما لا يمكن القول مسبقا بخسارة هذا الاستئناف مادام القضاء لم يتصدى للدعوى بعد، لذلك فان ما يمكن قوله هو أن المحامي قد فوت على موكله فرصة كسب الدعوى بإهماله رفع الاستئناف في موعده، وبفوات هذه الفرصة يكون المحامي قد قضى على أمل طالما راود موكله في الكسب وحول أمله من امر ممكن إلى أمر يستحيل تحقيقه(١)، فخطأ المحامي قد أدى إلى إيقاف تطور سلسلة من الوقائع كان يمكن أن تكون مصدر لكسب الدعوى او الطعن أو تجنب خسارة(٢)، وعلى اساس هذه النظرة قضت محكمة الاستئناف(٣) بمصر بالتعويض للمستأنف عن إهمال المحامي بعدم رفع الدعوى داخل الاجل الى ان اعتراها جزاء السقوط وجاء في حيثيات القرار: " وحيث ان المقصود بالضرر في هذا المجال هو ضياع فرصة كسب القضية وان المحكمة لما لها من معرفة قانونية تكون ملزمة بالبحث في سبل نجاح الدعوى من عدمها وتقديم علاقة الخطأ المهني المرتكب بحظوظ نجاح الدعوى..... وحيث ان اخلال المحامي بالإجراءات الواجب اتباعها في كل قضية يعد اخلالا بواجب العناية بصفته وكيلا ملتزما اتجاه موكله وتبعا لذلك يمكن القول ان خطأ المدعى عليه المتمثل في عدم رفع الدعوى نيابة على الطرف المدعي في الوقت المحدد لها قد ترتب عنه بصفة مباشرة ضرر من نوع خاص اساسه فكرة الاحتمال ويستند الى العلاقة بين الضرر الكامل والخطأ النسبي للمتضرر في بلوغ النتيجة المبتغاة...".

ومن خلال استقرائنا لقرار محكمة استئناف مصر يتبين لنا ان المحامي الذي يهمل برفع الدعوى داخل الاجل المحدد الى ان اعتراها السقوط يكون قد ارتكب خطأ بعدم بذله الوسيلة الملزم بها عقديا مما يترتب مسؤوليته عن ضياع فرصة كسبها ، صحيح ان

(١) عبد الباقي محمد سوادي، مصدر سابق، ص٣٠٨.

(٢) د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، (منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد|١٩٨١) ص ٣٢.

(٣) استئناف مدني مصري في الطعن المرقم ٧٣٩ في١٧/ ابريل– نيسان/١٩٩٤، مجلة المحاماة، السنة ٣١، ص٢٣٤؛ والطعن رقم٢٥٥ لسنة ٢٠ قضائية جلسة ١٩٩٥/٤/٢٣، ص٩٤٩، منشور في قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية:
www.arablegalportal.org
تاريخ الزيارة: ٢٠٢٠/١١/٢

رفع الدعوى في المدة المحددة لها لا تفيد ان الموكل سيربح الدعوى او القضية حتما ولكن رفع الدعوى في اجلها المحدد يعطيه املا مشروعا في كسب الدعوى على الاغلب، وهو ما اخذت به محكمة التمييز الاردنية[١] بقرارها الذي جاء فيه: "من المتفق عليه فقها وقضاءً ان المحامي الذي يقصر في واجباته المهنية ويفوت على موكله مدد الطعن القانونية يكون مسؤول بتفويت الفرصة عما يكسبونه من الطعن"، كما قضت بذلك محكمة النقض الفرنسية عن اهمال محامي بتفويته المدة القانونية على موكله[٢].

ثانياً. اغفال المحامي لشكليات الدعوى

احاط المشرع عملية التقاضي بإجراءات شكلية خاصة، هي ضمانات للمتقاضيين ينبغي عليهم وعلى المحكمة احترامها، والتقيد بها والا ترتب الجزاء القانوني على مخالفتها وهو بطلان الاجراءات لعيب او المخالفة للشكل الذي رسمه القانون وما بني عليه من اجراءات لاحقه [٣]، لذلك نجد ان قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ يتطلب في مجال التقاضي شكليات واجراءات محددة كإقامة الدعوى بعريضة متضمنة طلبات المدعي الكاملة[٤]، فضلا عن غيرها من الاجراءات التي يتطلبها القانون[٥]، فإغفال

---

(١) قرار محكمة التمييز الاردنية(حقوق) رقم(٤٨٠)/١٩٨٦(هيئة خماسية) تاريخ ١٩٨٦/٩/٢٠، منشورات مركز عدالة.

(٢) نقض مدني فرنسي رقم (٢٣٤) في ٨ /تموز – يوليو/ ١٩٩٧، مدونة القانون المدني الفرنسي، مصدر سابق، ص١١٠٣.

(٣) عبد اللطيف البغيل، التقاضي امام المحاكم المدنية من رفع الدعوى الى صدور الحكم، ط٢، (مطبعة دار ابي رقراق، المغرب|٢٠١٤) ص١١١.

(٤) اذ نصت ف١من م/٤٤ من قانون المرافعات المدنية العراقي:" كل دعوى يجب ان تقام بعريضة".

(٥) اذ نصت م/(٤٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي: " يجب ان تشتمل عريضة الدعوى على البيانات الاتية:

١ – اسم المحكمة التي تقام الدعوى امامها.

٢ – تاريخ تحرير العريضة.

٣ – اسم كل من المدعي والمدعى عليه ولقبه ومهنته ومحل اقامته، فان لم يكن للمدعى عليه محل اقامة معلوم فآخر محل كان به.=

المحامي لهذه الشكليات في مجال التقاضي يؤدي إلى ضياع الحقوق وفوات الفرصـــة على اصحابها، بحيث إن عددا كبيرا من حالات عدم قبول الدعوى تكون بسبب خلو عريضة الدعوى من الأسماء أو عدم وضوحها، أو عدم إرفاقها نسخة من القرار المطعون فقد نقضت محكمة التمييز في العراق حكم بسبب أن عريضة الدعوى لم تكن مشتملة على البيانات التي اوجبتها المادة (٤٦) من قانون المرافعات المدنية [١]، وقد أيدت في قرار لها: "رد دعوى المدعي لان عريضة الدعوى جاءت غامضة وغير واضحة ولم تتضمن اي طلب للمدعي لكي تنظر المحكمة فيه" [٢].

وهكذا نجد ان المحكمة تحكم في النهاية بالتعويض اذا ما تبين لها ان الموكل كان بإمكانه كسب الدعوى لو انها رفعت الى الجهة القضائية المختصة، اي لو ان الدعوى اخذت المجرى العادي للأمور، وعلى العكس من ذلك ترد المحكمة الطلب اذا ما تبين لها ان الدعوى كانت على كل حال ستخسر فيما لو رفعت، اي لم تكن للمدعي اي فرصة في انجاح دعواه[٣]، ففي بعض الدعاوى التي عرضت على القضاء في مجال تفويت فرصة كسب الدعوى، انه يلاحظ ان القضاء يذهب الى ان مسؤولية المحامي تكمن في كونه فوت على الموكل فرصة كسب الدعوى وليس كسب الدعوى وهذا شيء اساسي.

=٤ – بيان المحل الذي يختاره المدعي لغرض التبليغ.

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

٦ – وقائع الدعوى وادلتها وطلبات المدعي واسانيدها.

٧ – توقيع المدعي او وكيله إذا كان الوكيل مفوضا بسند مصدق عليه من جهة مختصة ".

(١) قرار محكمة التمييز العراقية رقم (١٠٧٧) في ٢٠١٠/١٠/٣١؛ قاعدة التشريعات العراقية:

تاريخ الزيارة: ٢٠٢٠/١١/٢ http://www.iraq-ild.org.

(٢) قرار محكمة التمييز العراقية رقم(٩٨٧) في ٢٠٠٩/٦/٩، قاعدة التشريعات العراقية:

تاريخ الزيارة: ٢٠٢٠/١١/٢ http://www.iraq-ild.org.

(٣) نقض مدني فرنسي، الغرفة الاولى في ١٨/تشرين الاول –اكتوبر/ ١٩٧٨، مدونة القانون المدني الفرنسي، مصدر سابق، ص١٣٥٧؛ عبد الباقي محمود سوادي، مصدر سابق، ص٣١١.

وبهذا الصدد قضت محكمة الاستئناف في مصر بتعويض المستأنف عن اهمال المحامي في تقديم الاستئناف وتسببه في عدم قبوله شكلا لرفعه بعد الميعاد، معتبرة ان الضرر قد يأخذ صورة حرمان من فرصة سانحة فيكون بذلك ضررا محققا من ناحية انه ضيع على من اصيب به فرصة منحت له ومن ثم يجب اعتبار المحامي مسؤولا عن تفويت الفرصة على موكله أياً كانت درجة احتمال نجاح الطعن وكسب الدعوى لان تفويت الفرصة في حد ذاته يعتبر ضررا محققا يستوجب التعويض(١).

عليه وفي ضوء ما تقدم يكون المحامي مسؤولا عن تفويت الفرصة على موكله، كفرصة الطعن بالأحكام أياً كانت درجة احتمال نجاح الطعن او كسب الدعوى، لان فوات الفرصة في حد ذاته ضرر محقق يستوجب التعويض، اما درجة احتمال الكسب فتدخل في تقدير التعويض فاذا كان احتمال الكسب ضعيفا نقص مبلغ التعويض بما يقابل ذلك الاحتمال، والعكس صحيح.

المطلب الثاني

الضرر المترتب على تفويت الفرصة

الضرر هو الركن الاساس الذي ترتكز عليه مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة على موكله، فاذا لم يتحقق الضرر انتفت المسؤولية وان شكل سلوك المحامي خطأ، كتخلف المحامي عن حضور جلسة صلح مع خصم موكله على الرغم من تكليفه بذلك ولم يصب الموكل نتيجة لغياب المحامي بأي ضرر(٢).

والضرر بشكل عام "هو الاذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه او في مصلحة مشروعة"(٣)، ويتجسد بما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، وهذا الضرر قد يصيب الموكل في مصالحه المالية او في حقوقه المعنوية نتيجة لإخلال المحامي

(١) قرار محكمة استئناف مصر بتاريخ ١٩٨٥/٤/١٧ اشار اليه: عبد الباقي سوادي، مصدر سابق، ص

(٢) د. مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، (مؤسسة بحسون |١٩٩٦)، ص٥٩.

(٣) د. منصور مصطفى منصور، ود. جلال محمد ابراهيم، الوجيز في مصادر الالتزام (جامعة حلوان|٢٠٠١) ص٣٤٩، وينظر: سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ١٢٧

بالتزاماته القانونية التي توجب عليه بذل العناية اللازمة اثناء رفع الدعوى او السير في اجراءاتها، وهذا الضرر اما ان يكون ضررا ماديا يصيب المضرور في ذمته المالية من جراء اخلال المحامي بالتزامه مما ترتب عليه تفويت الفرصة على الموكل والحاقه بضرر مالي، كالرسوم القضائية والكسب الذي سيجنيه من كسب الدعوى او من تجنب خسارتها(١)، وقد يكون ضررا معنويا او ادبيا يصيب المضرور في قيمه المعنوية كالشرف او السمعة او الكرامة او شعوره وعواطفه، كما لو اهمل المحامي في اتخاذ الاجراءات اللازمة والحيطة الواجبة في المحافظة على اسرار موكله اي ان يكون نتيجة طبيعية لخطأ المحامي(٢).

وهنا لا بد من التساؤل عن ماهية الضرر الذي يكون قابلا للتعويض في تفويت المحامي للفرصة على موكله؟ وهل يعد تفويت الفرصة بحد ذاته ضررا يستوجب التعويض؟، للإجابة عن هذا التساؤل سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب الى فرعين على وفق الاتي:

الفرع الاول: ماهية الضرر القابل للتعويض في تفويت الفرصة.

الفرع الثاني: الضـــرر المتحقق فـــي تفويت الفرصـــــة.

الفرع الاول

ماهية الضرر القابل للتعويض في تفويت الفرصة

يشترط لوجوب التعويض عن الضرر في تفويت الفرصة ان يكون الضرر اكيداً اي محققا(٣)، اي الا يكون هذا الضرر احتماليا والا يكون مفترضاً(٤)، وللضرر الاكيد صورتان:

---

(١) محمد مؤمن، مصدر سابق، ص١٣.

(٢) وفاء جوهر، مصدر سابق، ص٥٠.

(٣) الضرر المحقق هو: " الضرر الذي تكونت عناصره على نحو يعطي للقاضي معطيات تقوميه وقت صدور الحكم، سواء أكان حالا أي وقع بالفعل دفعة واحدة عقب الاخلال بالالتزام، او وقع ولكنه استمر في التطور زيادة او نقصانا او ترددا الى حين المطالبة بالتعويض"؛ قرار محكمة النقض المصرية في الطعن المرقم ٠(١٢٠٨)(٨٥) في ١٩٨٦/١١/١٠، منشور في مجلة المحاماة| العدد (٢٤) |، |(١٩٨٦) | ، ص٦٦.

(٤) الضرر الاحتمالي هو: " الضرر الذي لم يتحقق وقوعه ولا دليل يشير الى وقوعه حتما، بل هو ضرر يحتمل وقوعه وعدمه، وتتفاوت درجة هذا الاحتمال قوة وضعفا، وقد=

الاولى يكون فيها الضرر حالا اي وقع بالفعل وتكونت عناصره ومظاهره التي توفر للقاضي معطيات تقويمه في ضوء الواقعة التي ثبتت وهي تفويت الفرصة على الموكل نتيجة لخطأ المحامي، والثانية يكون فيها الضرر مستقبلياً، اي ان مقوماته لم تكتمل في الوقت الحاضر وانما ظهر ما يجعل حصوله في المستقبل اكيدا بفعل تفويت الفرصة على الموكل اي يكون محقق الوقوع في المستقبل(١).

وهذا يقتضي وضع حدود فاصلة بين كل من الضرر الاكيد والضرر الاحتمالي، فالضرر الأكيد او المحقق هو ذلك الضرر الذي وقع او سيقع حتما، فهو ضرر تحقق سببه سواء وقع في الحال ام تراخت بعض اثاره الى المستقبل وكان من الممكن تقديره(٢)، ولذلك يشمل التعويض الضرر المستقبلي فضلا عن الضرر الذي تحقق بالفعل طالما كان مؤكداً تحققه في المستقبل وكان من الممكن تقديره(٣).

اما الضرر الاحتمالي فهو ضرر لم يقع ولا يوجد ما يؤكد انه سيقع في المستقبل، فالأمر في شأنه متردد بين احتمالي الوقوع وعدمه(٤)، وتتفاوت درجة الاحتمال قوة وضعفا وصولا للحالة التي يصبح من خلالها الضرر وهما، وهذا النوع من الضرر وفقا لما استقر عليه الفقه والقضاء(٥) لا يوجب التعويض لكونه ضرر افتراضي لم يتحول بعد الى يقين لذلك

=يتوقف وقوعه على ظرف غير مؤكد حصوله، فيكون عنصر الاحتمال هو الذي يحكمه ويميزه عن الضرر المستقبلي المحقق الوقوع"؛ نقلا عن: وفاء جوهر، مصدر سابق، ص٥١.

(١) عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي – الخطأ والضرر، (المنشورات الحقوقية| ١٩٩٩) ص٢٨٣.

(٢) د.عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ٢٠٠٠، ص٧٦٥.

(3) Le Tourneau et (L) cadeil: Dorit de la responsabilite et des contrats, Dallow – Paris, 2000 – 2001, P 318.

(٤) د. حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط٢،(دار المعارف|١٩٧٩)، ص٣٣٦.

(٥) د.عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص٧٦٨؛ ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية – دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض، (مطبوعات جامعة الكويت| ١٩٩٥)، ص٣٠٢.

- Cass, Civ. 13 des. 1977 rev. Tr. Dr. civ. 1978. P 652. Durry.

يجب الانتظار الى حين تحول الافتراض الى يقين[١]، وقد اكدت محكمة النقض المصرية هذه التفرقة بين الضرر المحقق والضرر الاحتمال في قرار لها جاء في حيثياته: "ان الضرر الموجب للتعويض يجب ان يكون ضررا محققا، بمعنى ان يكون قد وقع او انه سيقع حتما، اما الضرر الاحتمالي غير المحقق الوقوع فان التعويض عنه لا يستحق الا اذا وقع فعلا"[٢].

وبذلك يتضح لنا بان الضرر الذي يكون قابلا للتعويض في تفويت الفرصة على الموكل هو الضرر الاكيد المتحقق سواء اكان حالا ام كان محقق الوقوع في المستقبل خلافا للضرر الاحتمالي الذي يخرج عن هذا النطاق.

الفرع الثاني

الضـرر المتحقق في تفويت الفرصة

في مجال تفويت الفرصة تثار صعوبة ما إذا كنا امام ضرر احتمالي او ضرر محقق في الفرض الذي يكون فيه كسب الدعوى مجرد احتمال وحرم من مباشرتها نتيجة خطأ المحامي ففاتت عليه فرصة حماية حقوقه وان كانت النتيجة من مباشرتها محتملة، فهل يعد تفويت الفرصة وضياعها بحد ذاته هو الضرر الذي يستحق التعويض؟، ام الضرر الاحتمالي المتمثل في الكسب الفائت او الخسارة اللاحقة التي ستصيب الموكل نتيجة لتفويت الفرصة؟

ان الاجابة عن هذا التساؤل تقتضي التمييز بين الضرر الاحتمالي والضرر المحقق في تفويت الفرصة، للدور الذي سيلعبه كل منهما عند تقدير الضرر المحقق في تفويت الفرصة والذي على اساسه يتم تقدير التعويض.

فالضرر الاحتمالي في تفويت الفرصة يتمثل في الكسب الذي حرم منه الموكل والذي كان له امل مشروع في الحصول عليه، كالحالة التي يكون فيها للموكل حظا في استصدار حكم بشفعة الحصة المبيعة الا ان المحامي يتراخى في رفع الدعوى الى حين سقوط الاجل، فضلا عن انه يتمثل بالخسارة التي لم يتجنبها، فالكسب هنا يتخذ صورة سلبية خلافا للحالة السابقة التي يكون فيها الكسب ايجابيا، كما لو لم يقدم المحامي

(١) وفاء جوهر، مصدر سابق، ص٥٢.

(٢) قرار محكمة النقض المصرية في الطعن المرقم(٢٥) في ١٣/١٣/ ١٩٥٦، السنة القضائية ٢٩ المجموعة الرسمية، ١٩٧٥، ص٥٧٠.

الوثائق التي تثبت انقضاء مديونية موكله او سبق الفصل في الدعوى على الرغم من ان موكله قام بتزويده بكل تلك الوثائق، فهنا نكون امام احتمال تجنب الخسارة بشكل معقول بحيث يمكن القول انه كان من الممكن تجنب الخسارة لولا خطأ المحامي فهنا يتحقق احتمال الكسب لدى المضرور ويكون الحرمان منه تفويتا لفرصة تحقيقه، والضرر الاحتمالي مشروط بوجود طريقة او وسيلة تؤدي اليه، اي وجود فرصة ترجح تحقيقه، فهو لم يقع ولا يوجد من القرائن ما تؤكد انه سيقع، وكل ما في الامر ان احتمال وقوعه لم يتجاوز سوى احتمال ضعيف يبقيه في دائرة الوهم(١).

اما الضرر المحقق في تفويت الفرصة فانه يتمثل في حرمان الموكل من وسيلة وطريقة الفرصة التي كانت متاحة امامه لكسب معين، فلا يكفي لتحقيق الفرصة وجود كسب محتمل او مرجح التحقيق، بل يتعين ان توجد طريقة لتحقيق هذا الكسب(٢).

فالفرصة التي تستحق ان يعوض عنها تختلف عن مجرد الامل، فمعيار الاولى موضوعي على خلاف الامل الذي يعتمد في تقديره على عنصر ذاتي يرتبط بإرادة الشخص وطموحه(٣)، ومن هذا المنطلق فان على القاضي عند تقديره للتعويض عن فوات فرصة كسب حق للمضرور متنازع عليه امامه ان يقوم اولا بتقدير مدى الفرص المتاحة للمضرور في الحصول على هذا الحق، فاذا ترجح لديه خسران المدعي لدعواه لو استمر النظر فيها وفقا للمجرى العادي للأمور، استبعد وجود الفرصة ورفض الحكم بالتعويض عنها، وليس معنى ذلك اننا نصير امام يقين، بل نظل دائما في اطار نوع من الاحتمال، ولكنه احتمال يعلو على مجرد الامل(٤).

وعليه يكفي ان توجد فرصة على النحو السابق للقول بتفويتها، سواء اتمت مباشرة تلك الفرصة فعليا، اي ان الموكل باشر الاجراء من خلال المحامي وخسر دعواه

---

(١) وفاء جوهر، مصدر سابق، ص٥٤– ٥٥.

(٢) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص٣٢٦.

(٣) حسين شمس الدين، تفويت الفرصة في المسؤولية المدنية من الفكرة الى النظرية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، (الدار البيضاء| ٢٠٠٣–٢٠٠٤) ص١٣٤.

(٤) ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص٣٢٩.

امام القضاء، او انه لم يباشر فرصته كليا بفوات ميعادها مثلا، وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها[١] جاء في حيثياته: "حيث انه مما لاشك فيه ان الخطأ الذي وقع فيه المحامي قد فوت على موكله فرصة الدفاع عن مصالحه خلال مرحلة الاستئناف، وبالتالي فان من حق هذا الاخير مطالبته بالتعويض عما لحقه من ضرر من جراء الخطأ المهني المذكور"

واستنادا الى ما تقدم يمكن القول بان الحلول بشأن تفويت الفرصة والضرر الناجم عنها تتنازعه وجهتا نظر: الاولى تتجسد في ان تفويت الفرصة وضياعها يؤلف بذاته ضررا قائما محققا، لأنه لا يقتصر على المساس بمجرد الامل في كسب الدعوى، بل انه يمس بحق انتهاز الفرصة ومحاولة الافادة منها بنجاح، فيعد ضياع الحق في الفرصة ضررا مؤكداً وان كانت نتيجة مباشرتها احتمالية[٢]، بينما تضع وجهة النظر الثانية تفويت الفرصة في نطاق اضيق، اذ لا تقر التعويض عن تفويت الفرصة الا اذا توافرت الظروف والمعطيات التي تجعل للفرصة مجالا اكبر لتحققها او تكسبها طابعا جديا وليس احتماليا صرفا، فيشعر القاضي معها بان التعويض عن ضياع الفرصة مبرر قانونا وواقعا[٣]، ووفقا لوجهة النظر الاخيرة على الموكل ان يثبت انه لولا خطأ المحامي لكسب الدعوى او الطعن، فان لم يكن هناك سبب مقنع تكون دعوى المسؤولية بلا اساس، وفي هذا الاطار صادقت محكمة النقض الفرنسية على قرار محكمة الاستئناف القاضي باستبعاد دعوى التعويض ضد المحامي لان الموقف كان بدون امل وان الدعوى كان مصيرها الفشل[٤].

(١) قرار محكمة التمييز العراقية بالعدد ٥٥/ مدنية منقول/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٨/٢١ (غير منشور)

(٢) بلال عدنان بدر، المسؤولية المدنية للمحامي – دراسة مقارنة،(منشورات الحلبي الحقوقية|٢٠٠٧) ص١٦٣.

(٣) عاطف النقيب، مصدر سابق، ص٢٨٨.

(4) Cass, Civ. 18-7-1972, Gaz –Pal. 1973, 1, P. 56.

نقلا عن: د. محمد عبد الظاهر حسين، مصدر سابق، ص٢٩٠.

وقد اكدت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها[١] جاء في حيثياته على: "حق المتضرر في التعويض عن عدم قبول الاستئناف بسبب عدم توقيعه من جانب المحامي مما ادى الى ضياع فرصة كسبه"

وخلاصة ما تقدم يتضح لنا ان كسب الدعوى يبقى امرا محتملا غير مؤكد ولا يمكن القول ابتداء بخسارتها طالما انها لم تعرض امام القضاء، ولكن تراخي المحامي في مباشرة الاجراء القضائي حتى فوات ميعاده يقضي على امل مشروع لموكله في كسب ربح او تجنب خسارة او حول امله الى امر يستحيل تحقيقه، لان المحامي اوقف الوقائع المادية المؤدية اليه[٢]، وبذلك يكون تفويت الفرصة بحد ذاته ضررا محققا يستوجب التعويض، وذلك لان عدم مباشرة الاجراء في ميعاده يعد حرمانا للموكل من استعمال حقوقه المقررة قانونا، مما يجعله في مركز غير متكافئ مع خصمه ويعد هذا بحد ذاته ضررا قائما يستوجب التعويض.

المطلب الثالث

العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في تفويت الفرصة

لا يكفي لقيام المسؤولية على المحامي ان يكون هناك خطأ من جهة وضرر من جهة اخرى بل لابد ان يكون هذا الخطأ هو الذي ادى الى وقوع ذلك الضرر، او بعبارة اخرى لابد من قيام العلاقة السببية بين الخطأ الذي ارتكبه المحامي وبين الضرر الذي اصاب المضرور(الموكل)[٣]، وهذا يعني وجوب ان يكون الضرر المحقق قد وقع بوصفه نتيجة مباشرة للخطأ المدعى به وهو ما يطلق عليه بالضرر المباشر[٤]، بمعنى ان يكون الضرر

(1) Cass, Civ. 2-6-1966, Bull. Civ. 1969, No. 206.

نقلا عن: د. محمد عبد الظاهر حسين، مصدر سابق، ص٤٠٦.

(٢) عبد الباقي محمود سوادي، مصدر سابق، ص٣٠٨.

(٣) مأمون الكزبري، نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، ط٢، ج١،١٩٧٢، ص٤٠٧.

(٤) يقصد بالضرر المباشر بانه: ما كان نتيجة طبيعية لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، او ما كان نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع؛ تنظر: المادة (٢/١٦٩) والمادة (٢٠٧) من القانون المدني العراقي، يقابلها ف١ من م/٢٢١ من القانون المدني المصري، م/٢٢٦ من القانون المدني الأردني.

الذي لحق بالموكل ناشئا عن الخطأ الذي قام به المحامي، فلكي تقوم مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة على الموكل يشترط ات تقوم علاقة سببية بين الخطأ والضرر ومقتضى ذلك ان يكون الضرر نتيجة للخطأ[١].

ان الفرصة إذا رجح احتمال تحقيقها للكسب الاحتمالي ولم يتيقن فإن قيمة تلك الفرصة تعادل نسبة من ذلك الكسب الاحتمالي المأمول وهي تحدد بقدر الاحتمال في تلك الفرصة، مما يعني أن علاقة السببية، التي تربط بين تفويت الفرصـــة والكسب الاحتمالي، هي المعول على قدرها ومداها في تقدير قيمة الفرصة أو ما عرفناه باسم التقدير القيمي لعلاقة السببية نظرا لما ينطوي عليه الكسب الاحتمالي من احتمال وعدم يقين فإنه يعكس أثره على علاقة السببية التي تربطه بتفويت الفرصــة مما يؤدي إلى أن تقدير تلك العلاقة لا يمكن أن يبنى على أسس معروفة ومحددة مسبقا، بل تنطوي على عناصر لا تخلو من الشك والاحتمال والتخمين، وهي بذلك تختلف عن علاقة السببية العادية التي تقوم على اليقين والتأكد، والتي نصت على احكامها القوانين المدنية محل الدراسة[٢] والتي قال عنها القضاء في كثير من أحكامه((إن رابطة السببية الواجب توافرها بين الخطأ المرتكب والضرر الواقع هي علاقة السبب بالمسبب بحيث لا يمكن أن يتصور وقوع الضرر من غير وقوع الخطأ))[٣]

والعلاقة السببية هي: "تلك الرابطة التي تربط الخطأ بالضرر رابطة نتيجة اي انها تجعل الضرر نتيجة للخطأ بمعنى انها تعني اثبات ان الضرر الذي اصاب المضرور كان بسبب خطأ المدعي عليه وان الخطأ المذكور هو الذي احدث الضرر وهي ركن من اركان

(١) د. غني طه حسون، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ط١، (مطبعة المعارف، بغداد| ١٩٧١)، ص٤٦٩.

(٢) تنظر المواد (١٨٦– ٢١١) من القانون المدني العراقي، يقابلها المواد (١٦٣–١٦٥) من القانون المدني المصري، يقابلها المواد (٢٥٦–٢٦١) من القانون المدني الاردني

(٣) قرار طعن مصري ذي الرقم (٣٠٥) صادر ١٩٩٤/١٠/١٢ مشار اليه لدى: ابراهيم احمد، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات – الكتاب الاول – مصادر الارادية للالتزام، ط١، (منشورات دار النهضة العربية، القاهرة| ١٩٩٩)، ص٧٢ وما بعدها

المسؤولية المدنية عقدية كانت ام تقصيرية"[١]، والعلاقة بهذا المعنى هي علاقة تفيد تعاقبا بين امرين بحيث اذا تحقق او انعدم احد الامرين فان ذلك يؤدي الى تحقق او انعدام الامر الثاني، فالأمر الاول (خطأ المحامي) ويطلق عليه السبب، والامر الثاني (الضرر الذي اصاب الموكل) ويطلق عليه النتيجة، الا انه لا يكفي في هذا التعاقب ان يكون تعاقباً زمنياً فحسب بل يشترط فيه ان يكون تعاقبا موضوعيا، فالسبب اذن يسبق النتيجة ويؤدي اليها[٢]، فاذا كانت العلاقة السببية بين خطأ المحامي والضرر الذي اصاب المضرور (الموكل) هي ركن مستقل قائم بذاته[٣]، الا انه بإمكاننا هنا ان نضفي عليها طابعاً مادياً بحتاً فنقيم بينها وبين الخطأ والضرر ستارا ضيقا، فالسببية ليست سوى رابطة او صلة بين امرين اثنين وهما الخطأ والضرر ولا يظهر استقلالهما بوضوح اذا كان خطأ المحامي واجب الاثبات طبقا للقواعد العامة[٤]، فالموكل هنا ملزم بإثبات خطأ المحامي في تفويت الفرصة عليه واثبات هذا الخطأ غالبا ما يكون اثبات لعلاقة السببية بين الخطأ والضرر فتستتر هذه العلاقة وراء الخطأ ولا يظهر بوضوح انها ركن مستقل عنه، وانما يظهر الاستقلال بوضوح في الحالات التي تقوم فيها مسؤولية المحامي على اساس خطأ مفترض او خطأ مفرغ من اثباته ففي هذه الحالة فان الخطأ مفروغ منه ولا يكلف المضرور(الموكل) بإثباته، اما السببية فيمكن نفيها بإثبات السبب الاجنبي[٥].

وعليه لكي يكون الضرر الذي اصاب الموكل قابلا للتعويض وتتحقق مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة يجب ان يكون ناتجا مباشرة عن الخطأ الصادر عن المحامي، اي ان توجد رابطة السببية بين الخطأ والضرر، فانتفاء وجودها يدفع المحكمة الى رد دعوى

---

(١) د. حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج١، ط١، ؟(دار وائل للنشر، عمان|٢٠٠٢)، ص٢٤٨.

(٢) اشرف جهاد الاحمد، المسؤولية المدنية للمحامي عن الخطأ المهني (رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة الشرق الاوسط |٢٠١٢) ص٩٦.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص٩٤٠.

(٤) نصت المادة (١/٧) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٧٠) لسنة ١٩٧٩ على انه: " البينة على من ادعى واليمين على من انكر".

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق، ص٩٤٢؛ كذلك تنظر: المادة: (١٦٨) من القانون المدني العراقي.

المسؤولية عن المحامي[١]، اذ قد تقع حالات يظهر فيها خطأ المحامي الذي كانت ستترتب عليه المسؤولية حتما ثم يتبين عدم وجود رابطة سببية بينه وبين الضرر الحاصل كما لو وقع المحامي بغلط اثناء قيام الموظف المختص بتحرير اسم الموكل بطريقة خاطئة وذلك ادى الى تجاهل حقوق الموكل في الدوائر المعنية بالقضية وفوت عليه فرصة حماية حقوقه مما حذا بالمحكمة الى استبعاد دعوى المسؤولية لان المدعي لم يتمكن من اثبات وجود رابطة السببية بين الغلط الذي ارتكبه المحامي والضرر المشكو منه، وقد تنتفي العلاقة السببية جزئيا، كما لو اهمل المحامي في دراسة اوراق القضية واتخاذ الاجراء فيها في وقت متأخر مما ترتب عليه ان قسما من حقوق الموكل قد سقطت، ومن ثم لا يكون هناك اية علاقة سببية بين الخطأ وبين جزء من الضرر المتذرع به[٢]، وتنتفي العلاقة السببية في كل الاحوال بالسبب الاجنبي.

ومن خلال ما تقدم يتضح ان العلاقة السببية تعد ركنا اساسيا من اركان مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة وهي واجبة الاثبات الا في الاحوال التي افترض فيها وجودها عند افتراضه لخطأ المحامي فهنا اما ان يعفى الموكل من اثباتها نهائيا إذا كان الخطأ مفترضاً فرضا غير قابل لإثبات العكس او يعفى مؤقتا ان كان الخطأ مفترضاً فرضا قابلا لأثبات العكس.

المبحث الثاني

آثار مسؤولية المحامي المدنية عن تفويت الفرصة

يعد التعويض الاثر الاهم الذي يرتبه المشرع عن ثبوت قيام المسؤولية المدنية لشخص معين، اذ يعد وسيلة فعالة تمكن من جبر الضرر ومحو آثاره والأصل في التعويض انه يتم بطريقة عينيه، أي بإرجاع الحال إلى ما كان عليه وهي قاعدة أصلية في تنفيذ الالتزامات، الا انه يصار الى التنفيذ بمقابل — كوسيلة ثانوية – اذا تعذر التنفيذ العيني وهو ما ينطبق على الموضوع محل البحث اذ لا يمكن تصور ارجاع الحال إلى ما كان عليه، لأن الفرصة ضاعت نهائيا، وعليه لا يبقى سوى التعويض المالي الذي يكون مبلغ من النقود يساوي قيمة الضرر الذي اصاب المضرور.

(١) بلال عدنان بدر، مصدر سابق، ص١٦٩-١٧٠.

(٢) بلال عدنان بدر، مصدر سابق، ص١٧٠-١٧١.

ويتم تقدير التعويض بواسطة القضاء الذي يمتلك وحده سلطة تقديره في ضوء معايير محدده من قبل المشرع، الا ان ذلك لا يمنع من تحديد التعويض اتفاقا، فان كان هذا التحديد قد تم قبل وقوع الضرر سمي شرطا جزائيا وان كان بعده سمي صلحا، ويتميز التعويض في تفويت الفرصة بنوع من الخصوصية مستمدة من خصوصية الضرر الذي يلحق بالمضرور، لذلك فان اول ما يتعرض له القاضي هو تحديد شروط التعويض عن تفويت الفرصة فما هي هذه الشروط؟، وبعد تحديدها يواجه القاضي كيفية تقدير التعويض، فهل يعوض المدعي عن الفرصة الضائعة فحسب ام عن جميع الضرر الاحتمالي الذي لحقه من جراء خطأ المحامي؟، ان الاجابة على هذا التساؤل او ذاك وبيان حكم مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة تقتضي تقسيم هذا المبحث الى مطلبين وعلى وفق ما يأتي:

المطلب الاول: شروط التعويض عن تفويت الفرصة في مسؤولية المحامي المدنية.

المطلب الثاني: تقدير التعويض عن تفويت الفرصة في مسؤولية المحامي المدنية.

المطلب الاول

شروط التعويض عن تفويت الفرصة في مسؤولية المحامي المدنية

ان قيام مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة تقتضي توافر شروط خاصة فضلا عن الاركان العامة للمسؤولية _ من خطأ وضرر وعلاقة سببية _ وقد أشرنا اليها سابقا فليست كل فرصة فائتة تستوجب التعويض، بل يجب التعويض للفرصة التي استوفت شروطا خاصة، اذ يجب ان تكون الفرصة جدية وحقيقية ومشروعه، فضلا عن ضرورة كونها ممكنة التحقق وغير مستحيلة، وان تضيع على المضرور بصفة نهائية، وبيان هذه الشروط يقتضي تقسيم هذا المطلب على وفق ما يأتي:

الفرع الاول: ان تكون الفرصة حقيقية وتتسم بالمشروعية.

الفرع الثاني: ان تكون الفرصة ممكنة وان تنقضي بصفة نهائية.

الفرع الاول

أن تكون الفرصة حقيقية وتتسم بالمشروعية

يشترط ان تكون الفرصة الفائتة فرصة حقيقية اي انها تتسم بالجدية، فضلا عن انها يجب ان تكون مشروعة، وهو ما سنبينه على وفق ما يأتي:

اولا: أن تكون الفرصة حقيقية وجدية

لا يعوض عن تفويت الفرصة الا اذا كان لصاحبها حظ كبير في الافادة منها، اذ يقع ضرر تفويت الفرصة في مسؤولية المحامي بين الضرر المحقق من ناحية والضرر المحتمل من ناحية أخرى، مما يفرض أن يكون الربح أو الكسب الذي كان ينتظره المضرور كان من الممكن أن يتحقق لو أن الفعل الضار لم يقع أصلا، اذ يجب التحقق أولا من وجود الفرصة في كسب الدعوى، ثم بعد ذلك يجب أن تكون هذه الفرصة جدية، فالاحتمال لا يجب أن يكون ضعيفا[١]، فمضمون هذا الشرط ان يكون امام المضرور فرصة حقيقية وجادة لتحقيق كسب الدعوى او تجنب خسارتها، اذ ان هناك تلازم كبير بين مدى احتمال الكسب المنشود وجدية الفرصة، فكلما زادت درجة احتمال تحقيق كسب الدعوى، اي كلما كان كسب الدعوى مرجحا وجدت فرصة جدية لتحقيقه[٢]، والعكس صحيح فكلما قل الاحتمال نفدت وقلت فرصة تحقيقه، ومن ثم فان الفرصة الجدية والحقيقية هي التي تعلو الامل ولكن دون ان تصل الى درجة اليقين[٣]، وبذلك قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها[٤] جاء في حيثياته ان: "مناط التعويض عن الضرر المادي الناشئ عن تفويت الفرصة، ان تكون هذه الفرصة قائمة وان يكون الامل في الافادة منها له ما يبرره".

فتفويت الفرصة الجدية والحقيقية في جلب كسب للدعوى او تجنب خساره لها لا تفيد ان معناها ينصرف الى الضرر في فقد الاحتمال او الحرمان منه، اي فقد الفرصة في

---

(١) محمد مؤمن، مصدر سابق، ص٤٤

(٢) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض تفويت الفرصة، القسم الاول| (١٩٨٦) | العدد (٣) | مجلة الحقوق، | ص٢٦.

(٣) حسين شمس الدين، مصدر سابق، ص١١٢.

(٤) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (١٣٨٠) في ٢٨/ابريل/ ١٩٨٣؛ مشار اليه لدى: حسين شمس الدين، مصدر سابق، ص٦٤.

اثراء الذمة المالية للشخص وهو بذلك يختلف عن تفويت الكسب الذي هو كسب محقق، الامر الذي يستوجب عند تعويضه تحديد مبلغ يغطي كامل الضرر الحاصل له[١]، لذلك يتعين على القاضي التحقق من وجود فرصة حقيقية وجادة قد ضاعت على مدعيها، فلكي يقرر القاضي التعويض عن الفرصة الضائعة يجب ان يكون هناك كسب احتمالي كان يرجح تحققه، اي الا يكون الكسب الضائع محققا لان التعويض في هذه الحالة سيكون عن ضياع هذا الكسب المحقق وليس عن ضياع فرصة لتحقيق كسب احتمالي[٢].

فجدية الفرصة تزداد برجحان احتمال كسب الدعوى، علما انه لا يقصد برجحان الفرصة وصولها الى درجة اليقين، بل يكفي ان يكون هناك احتمال كافٍ ومعقول في نجاحها[٣]، ومن هذا المنطلق اعتبر القضاء الفرنسي ان القاضي وهو يبت في مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة ضد موكله بعدم رفع الدعوى الى ان طالها السقوط، فانه يقوِّم درجة جدية الفرصة المتاحة من خلال تلك الدعوى، فاذا تبين له ان طريق الدعوى هو الخسران حتى لو استمر في نظرها وفق المجرى العادي للأمور فانه يرفض طلب التعويض لوجود مانع من الوصول الى النتيجة[٤].

وعلى العكس من ذلك يرى جانب من الفقه[٥] انه لا يمكن تقرير حكم مسبق بخصوص الدعوى، فكل دعوى لها حظوظ في النجاح، ومن ثم يكون المحامي ملزما بجبر الضرر الناتج عن تفويت فرصة رفع الدعوى او الطعن حتى لو كان للموكل حظوظ ضعيفة في كسبها، وفي هذا الاطار قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها[٦] جاء في حيثياته: "ان الدعوى التي لم تستأنف بخطأ المحامي توجب تعويض الضرر المترتب عن تفويت وسيلة الضغط على المستأنف عليه، وهي وسيلة من حق كل متقاض ممارستها بمناسبة الدعوى القضائية حتى ولو لم تكن له اي فرصة في كسبها".

---

(١) وفاء جوهر، مصدر سابق، ص٦٠.

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

(٣) وفاء جوهر، المصدر السابق، ص٦١.

(4) Cass, Civ. 29 Oct 1974, G. Dalloz de palais 274-2- 1974.

(٥) محمد مؤمن، مصدر سابق، ص٤٥

(6) Cass, Civ, 19 Oct 1976, G. Dalloz de palais 274-2-1976.

ثانيا: ان تكون الفرصة مشروعة.

ان قواعد المسؤولية لا يمكن ان تسمح بالاعتراف بمصلحة او وضع لا يقره القانون او يكون مخالفا للنظام العام او الآداب العامة، لذلك فان طالب التعويض لا يلتزم بإثبات تفويت الفرصة فحسب وانما يلتزم ان يثبت المساس بمصلحة يحميها القانون[١].

ويرتبط شرط مشروعية الفرصة في حقيقته بقاعدة عامة في المجال القانوني مضمونها ان الحماية القانونية ترتبط بصفة حصرية بدائرة المشروعية فلا يمكن اقرارها في المجالات غير المشروعة، ولكي تكون مشروعة يجب ان تكون مما يجوز التعامل فيه وان لا تكون مخالفة للنظام العام والآداب العامة، فالأشياء والافعال والحقوق المعنوية الواقعة في دائرة التعامل يصح لان تكون محلا للالتزام[٢]، فالمحامي الذي يكلفه موكله بالمطالبة بدين ناتج عن مقامرة او مراهنة الى ان تقادم فلا يمكن القول هنا بانه مس مصلحة مشروعة لموكله ومن ثم فهو لم يفوت عليه اي فرصة جديرة بالحماية القانونية[٣].

الفرع الثاني

أن تكون الفرصة ممكنة وان تنقضي بصفة نهائية

يشترط ان تكون الفرصة الفائتة ممكنة غير مستحيلة، وان تنقضي او تفوت على المدعي بصفة نهائية، وهو ما سنبينه على وفق الاتي:

اولا: ان تكون الفرصة ممكنة غير مستحيلة

لا يكون للتعويض محل عند تفويت الفرصة الا اذا كانت هذه الفرصة ممكنة التحقق، فلا تعويض عن فرصة مستحيلة التحقق، وهذا الشرط في الاصل هو شرط لازم لصحة الالتزام عموما، ويجد اساسه القانوني في نص المادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي التي قضت بأنه: (ينقضي الالتزام اذا ثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلا عليه .....)، وهو ما يعبر عنه بقاعدة انه لا تكليف بمستحيل، لان الاصل في مصير الالتزام هو تنفيذه، واستحالة التنفيذ تجعل مكنة التنفيذ منعدمة[٤].

(١) وفاء جوهر، مصدر سابق، ص٦٢.
(٢) مأمون الكزبري، مصدر سابق، ص١٥٨.
(٣) وفاء جوهر، مصدر سابق، ص٦٢–٦٣.
(٤) وفاء جوهر، مصدر سابق، ص٦٣.

والاستحالة المقصودة هنا هي الاستحالة المطلقة التي لا تقوم بالنظر الى شخص المدين فحسب بل بالنسبة الى الكافة، سواء أكانت الاستحالة طبيعية ام قانونية، فالاستحالة الطبيعية هي تلك الاستحالة التي ترجع الى طبيعة المحل كمن يطلب من القضاء الحكم له بإثبات نسب لشخص اكبر منه سنا[١]، فيجب الا يكون الكسب الذي كان مؤملا من الفرصة الضائعة غير ممكن التحقق ماديا، فلا يمكن ان نتصور وجود فرصة كسب ضائعة والحال ان هذا الكسب مستحيل التحقق، فالموكل الذي يتراخى في تكليف المحامي برفع الاستئناف على الحكم الصادر ضده حتى تنتهي المدة المقررة قانونا لقبول الاستئناف شكلا او يسعى اليه قبل انتهاءه بفتره وجيزة لا تسمح عادة للمحامي بإعداد ملف القضية وايداعه للمحكمة، لا يمكنه بعد ذلك الادعاء بان المحامي هو السبب في ضياع الوسيلة التي كان يحوزها لتحقيق هذا الكسب، ومن ثم لم تعد هناك فرصة ضائعة وانما وجد كسب مستحيل تحققه ولا يقبل من الموكل بعد ذلك ادعائه على المحامي بتفويت الفرصة[٢].

اما الاستحالة القانونية فهي التي ترجع الى حق او مركز قانوني[٣]، كما في التزام محامي بالحصول على قرار من محكمة الاستئناف بقبول استئناف يقدم ضد حكم غير قابل للاستئناف، او في التزامه باستصدار قرار لقبول الطعن يكون فيه ميعاد الطعن قد انقضى[٤]، فاذا طلب المدعي من المحامي استئناف حكم لا يقبل الاستئناف فليس له بعد ذلك الادعاء بتفويت الفرصة وكذلك لو كان ميعاد الطعن قد انقضى وتعهد له محام باستئناف الطعن ثم لم يقم بذلك للاستحالة فليس للمدعي الادعاء بتفويت الفرصة.

ثانيا: فوات الفرصة على الموكل بصفة نهائية

لاستحقاق التعويض عن تفويت المحامي للفرصة على موكله في جلب الكسب او تجنب خسارة هي ان يكون فوات الفرصة نهائيا، بحيث لم يعد بإمكان المدعي ان يجرب حظه مرة اخرى للوصول الى ذلك الكسب او تجنب تلك الخسارة، بحيث كان له امل مشروع

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص٣٤٥

(٢) حسين شمس الدين، مصدر سابق، ص٤١١.

(٣) وفاء جوهر، المصدر السابق، ص٣٢.

(٤) د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، ج١، مصادر الالتزام، ط٢، (دار ابن الاثير، الموصل| ٢٠١١) ص٩٧.

للوصل اليه او تجنبه، اي ان تكون فرصة تحقيق الكسب او تجنب الخسارة قد فاتت على المدعي بصفة مؤكدة ونهائية بحيث يحرم منها نهائيا، فالقانون لا يهتم بالفرصة الا في حالة ضياعها فقط، فهو اهتمام غير مباشر يأتي من خلال فكرة تفويت الفرصة ولهذا يجب ان تكون سابقة في وجودها للخطأ والا تكون قد اختفت عندما وقع الخطأ اي انها موجودة قبل وقوع الضرر[١].

ولتوضيح هذه الفكرة يرى جانب من الفقه[٢] ان تفويت الكسب او الحرمان منه يجب ان يكون محققا، اي ان يتم يقينا وبصفة نهائية بسبب فوات الفرصة التي كان من الممكن للمضرور ان يحقق بها هذا الكسب، اي انه مع الفقد المؤكد والنهائي للكسب لا يكفي محل للانتظار لمعرفة ما سيؤول اليه الامر مستقبلا، لأنه اصبح نهائي واستقر ولن يتغير مستقبلا حيث اوقف المدعى عليه تطور الوقائع ومجريات الاحداث التي كان من الممكن ان تكون مصدر للكسب وتجنب للخسارة.

اما في حالة عدم التيقن من الحرمان النهائي للكسب الاحتمالي فانه يكون نظريا او افتراضيا، ومن ثم لا يكون اساسا للتعويض، فالمحامي الذي يكلف بتقديم الطعن ولا يقدمه بالمرة او يقدمه خارج المدة فانه يكون قد فوت على موكله بصفة نهائية فرصة عرض قضيته امام محكمة الطعن، وهذا الفقد للكسب المحتمل من ربح الطعن هو فقد مؤكد ونهائي اذ لا يتصور اعادة الطعن من جديد بإجراءات شكلية سليمة حيث ان الطعون في كل مرحلة تباشر مرة واحدة[٣]، ومن ثم لا يبقى مع هذا الفقد النهائي للفرصة مجال للانتظار ولمعرفة ما سيؤول اليه الامر، ذلك ان تحقق الضرر لم يعد متوقفا على وقائع مستقبلية او احتمالية بل اتضح الوضع بصفة نهائية واستقر ولن يتغير مستقبلا لان المسؤول بخطئه قد اوقف سلسلة الاحداث التي من الممكن ان تكون مصدر كسب او تجنب خسارة[٤]، اما في حالة رفع الدعوى قبل ان يطالها التقادم، او تقديم الطعن قبل سقوط الحق فيه فانه لا

(١) ايمن ابراهيم العشماوي، تفويت الفرصة – دراسة مقارنة (دار النهضة العربية، القاهرة| ٢٠٠٥) ص٧٠.

(٢) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض تفويت الفرصة، القسم الاول، مصدر سابق، ص٤٠–٤١.

(٣) وفاء جوهر، مصدر سابق، ص٦٤.

(٤) محمد مؤمن، مصدر سابق، ص٤٦–٤٧.

يؤدي للفقد النهائي للفرصة، اذ يستطيع المدعي في هذه الحالة اعادة رفع الدعوى بعد اصلاح العيوب الشكلية التي اعترتها[١].

المطلب الثاني

تقدير التعويض عن تفويت الفرصة في مسؤولية المحامي المدنية

التعويض "هو الحكم الذي يترتب على تحقق المسؤولية"[٢]، وهناك من يرى ان التعويض هو "اعادة التوازن الذي اختل بسبب الضرر واعادة المضرور الى حالته والتي سيكون عليها بفرض عدم تعرضه بالفعل الضار[٣]، والقاعدة ان التعويض هنا يكون نقدي متمثل بمبلغ اجمالي يغطي جميع اشكال الضرر التي لحقت بالمدعي فهو يشمل ما لحقه من خساره وما فاته من كسب، على ان يكون نتيجة طبيعية للفعل الضار[٤].

وللمحكمة المختصة – كما اشرنا سابقا – سلطة واسعة في تقدير التعويض[٥]، غير انه يلزمها بيان اسس هذا التقدير والتي هي مسائل قانونية، وهذا ما جاء بقرار محكمة النقض المصرية[٦] والذي جاء في حيثياته: "ان تقدير التعويض من مسائل الوقائع، التي يستقل بها قاضي الموضوع، الا ان مناط ذلك أن يكون هذا التقدير قائما على اساس سائغ، ومردودا الى عناصره الثابتة بالأوراق ومبرراته التي يتوازن بها اساس التعويض مع العلة من فرضه، بحيث يبدو الموضوع متكافئا مع الضرر غير زائد عليه"، بحيث يقدر

(١) وفاء جوهر، مصدر سابق، ٦٨.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص١٠٣٧.

(٣) د. احمد شوقي عبد الرحمن، مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية العقدية والتقصيرية، ط١(منشاة المعارف، الاسكندرية| ١٩٩٩) ص٦٥.

(٤) د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص٥٣٥.

(٥) تنظر: (١/٢٠٧) من القانون المدني العراقي.

(٦) قرار محكمة النقض المصرية في الطعن المرقم (٥٤/١١١١) في ١٩٨٤/١١/١٧؛ اشار اليه: محمد المنجي، دعوى التعويض (منشأة المعارف، الاسكندرية| ٢٠٠٠) ص٣٥٨.

التعويض على اساس ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب وعلى المحكمة ان تبرر ما اعتمدته في تقدير التعويض بشان حقيقة الضرر الذي لحق بالمضرور[١].

وإذا كان هذا المبدأ في التعويض فان التساؤل الذي نطرحه في هذا المجال: هل يعمل بهذا المبدأ في مجال تفويت الفرصة؟، ام ان المحامي الذي فوت على موكله فرصة النظر في طعنه امام المحكمة المختصة يكون ملزما بتعويض موكله عن الضرر المتمثل بحرمانه من الدفاع عن نفسه امام درجة اخرى من درجات التقاضي اي يكون ملزما بالتعويض عن تفويت الفرصة فحسب؟، ام ان نطاق التعويض يشمل كل الاضرار اللاحقة على تفويت الفرصة من جراء فوات كسب او تحمل خسارة؟

للإجابة عن هذا التساؤل يمكننا القول بانه في جميع حالات تفويت الفرصة لا يوجد اي دليل يؤكد انه لولا ضياع فرصة الكسب لكان المضرور سيكسب ويغنم ما فاته من ذلك الكسب، وذلك لان الكسب في حد ذاته احتمالي قد يتحقق وقد لا يتحقق لو اغتنمت الفرصة، فالضرر يأخذ نفس الوصف بالتبعية، ومن ثم فان نطاق التعويض لا يتجاوز قدر الفرصة التي كان يملكها المدعي في تحقيق الكسب اي ان المحامي لا يلتزم بالتعويض الا عن تفويت الفرصة فقط باعتباره ضرراً محققاً بحد ذاته.

فالقاضي ينظر الى فوات فرصة الكسب او تجنب الخسارة على انها تتضمن قيمة ذاتية خاصة بها مستقلة عن قيمة الكسب النهائي الاحتمالي الذي حرم المضرور من امكانية تحقيقه، فيحدد الضرر المترتب على فوات الفرصة في هذه القيمة مع الاخذ بعين الاعتبار عنصر الاحتمال في تحقق الفرصة، لذلك يتعين على القاضي تقويم قيمة الفرصة الضائعة ومدى احتمال تحققها بالمقارنة بين الفرصة الايجابية التي في صالح المضرور والفرص السلبية التي في غير صالحه، وهذا التقويم للفرصة يفترض بالضرورة المقارنة الجدية الدقيقة لهذه الفرصة بعد حصرها والتعرف عليها[٢] .

(١) قرار محكمة النقض المصرية في الطعن المرقم (٢٧٤٩) في ١٩٨٥/١١/٢٠؛ اشار اليه: عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الاعلى في قانون الالتزامات والعقود، ط١(مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء| ٢٠٠٦) ص٤٢.

(٢) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، (القسم الأول)، مصدر سابق، ص٣٦.

وبذلك يحصل المدعي على تعويض جزئي يحدد على اساس الكسب الاحتمالي الذي يمكن ان تؤدي اليه الفرصة، وعلة حصر التعويض في نطاق جزئي هو ان منح التعويض الكامل يفترض ان يكون تحقيق الفرصة للكسب او تجنب الخسارة يقيناً، وقول من هذا القبيل يخرجنا من دائرة فوات الفرصة الى دائرة تفويت الكسب المحقق[١].

ولتحديد كيفية تقدير التعويض بشكل اكثر دقة يرى جانب من الفقه[٢] استخدام حساب الاحتمالات المرتد الى الماضي من خلال مقارنة الضرر النهائي بالضرر المترتب على تفويت الفرصة فاذا تبين للمحكمة قوة احتمالات نجاح الدعوى او انها رفعت امام القضاء وان الدلائل كلها تشير الى ان المحكمة كانت ستحكم لصالح الموكل، فإنها تقضي بتعويض يماثل الضرر الذي لحق بالموكل نتيجة خطأ المحامي، اي ان التعويض يكون كليا عن جميع الاضرار التي لحقت بالموكل، اما اذا اتضح لها ضعف فرصة الموكل في كسب الدعوى وصدور الحكم لصالحه نظرا لضعف ادلته وبطلان اسانيده، فإنها تحكم بمبلغ تعويض اقل باعتباره تعويضا جزافيا عن الفرصة الضائعة فحسب ولا تحكم له بشيء خارج اطار الفرصة الضائعة.

وقد انتقد جانب من الفقه الفرنسي[٣] هذا المسلك اذ يرى ان الفرصة ليست مقصودة بذاتها فمن يملكها لا يريد الاحتفاظ بها فضلا عن انها وسيلة لكسب معين لذلك عند تقدير التعويض عن فوات الفرصة فانه يجب وضع المضرور في الحالة التي كان سيكون عليها لو تحققت الفرصة وهو ما يشرع لمبدأ التعويض الكامل في حدود الكسب الفائت او الخسارة اللاحقة، وهو ما تبنته محكمة النقض الفرنسية في قرار حديث لها بتاريخ ٥/يوليو/٢٠٠٦[٤]، وعلى الرغم من وجاهة هذا الرأي والذي تبنته محكمة النقض الفرنسية في تبريرها لكيفية احتساب التعويض عن فوات الفرصة على اعتبار ان التعويض يجب ان يقابل الضرر النهائي الذي سيؤول اليه لو تحققت الفرصة، الا ان المحكمة فاتها ان تحقق

---

(١) محمد مؤمن، مصدر سابق، ص٢٨ وما بعدها

(٢) وفاء جوهر، مصدر سابق، ٥٧ وما بعدها، د. محمد عبد الظاهر حسين، مصدر سابق، ص٧٦.

(3) Alain benabent, la chance et le droit, 1993. L.G. DJP. 179.

(٤) اذا جاء في حيثيات هذا القرار: " قد يُطلب من المحامي الذي يتسبب في خطأ مهني إصلاح الضرر الكامل من فرصة نجاح موكله".

الفرصة ليس دائماً سيكون وسيلة لتحقيق الربح فقد تؤدي الفرصة ان تحققت الى خسارة، فالمحامي الذي يفوت على موكله فرصة الطعن في حكم ما لا يمكن القول ان تقديم الطعن سيؤدي حتماً الى كسب الدعوى فقد يقدم المحامي الطعن في الوقت المناسب ومع ذلك يخسر الموكل الدعوى.

لذلك نرى ان على المحكمة في سبيل تقدير التعويض ان تحدد الاسباب المختلفة التي يتوقف عليها الكسب المأمول والذي لم يتحقق ومدى مساهمة الفرصة في احتمال تحقق الكسب، فضلا عن قيمة الفرصة ذاتها من حيث دورها في تحقيق الكسب من عدمه، وفيما ان كانت هي الفرصة الوحيدة ام كان هناك فرص اخرى كان من الممكن اللجوء اليها وانتهازها، ومدى استجماعها لشروط استحقاق التعويض في الفرصة الفائتة من جدية ومشروعية وامكانية تحقيق، فضلا عن توفر الاركان العامة لمسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة وثبوتها بحقه، ولها في سبيل ذلك الاستعانة بالخبراء في الاحوال التي لا يكون القاضي ملما بها، وان تأخذ المحكمة بعين الاعتبار كل التغيرات التي تحدث في العناصر المكونة للضرر من يوم تحققه وحتى يوم صدور الحكم، مع الاخذ بعين الاعتبار ان الفرصة قد ضاعت نهائيا ولن تعود ثانية وهو ما يجعل من الصعب الحكم بتعويض عيني في مثل هذه الحالة[١].

لذلك فان التعويض عن تفويت الفرصة يستحق عند ثبوت مسؤولية المحامي عنه بتحقق اركان المسؤولية العامة وتوفر الشروط الخاصة بتفويت الفرصة، فيكون المحامي ملزما بدفع تعويض جزئي يتناسب مع جسامة الضرر المتمثل بفوات الفرصة ذاتها، شرط ان يشمل التعويض ما لحق الموكل من خسارة وما فاته من كسب ان كانت المسؤولية قائمة على خطأ تقصيري، اما اذا كانت المسؤولية عقدية فيقتصر التعويض على ما أصاب الموكل من ضرر مباشر متوقع[٢] من جراء تفويت الفرصة فحسب من دون ان يشمل ذلك ما فاته من كسب وان يقتصر التعويض على الضرر المتوقع الا اذا ارتكب المحامي خطأ جسيما خلافا لنطاقه في المسؤولية التقصيرية اذ يشمل الضرر المباشر متوقعا كان ام غير متوقع.

(١) محمد مؤمن، مصدر سابق، ص ٢٨ وما بعدها.

(٢) تنظر المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي.

الخاتمة

بعد ان انتهينا من بحثنا هذا توصلنا الى عدد من النتائج والتوصيات التي نأمل من المشرع العراقي الاخذ بها، والتي سنبينها على وفق الاتي:

اولا: النتائج

١. ان الخطأ في تفويت الفرصة يتمثل بالخطأ الذي يرتكبه المحامي اثناء ممارسة لمهنته بحيث يخرج فيه عن السلوك المهني المألوف طبقا لأصول المهنة وتقاليدها ويؤدي الى تفويت الفرصة على الموكل في حماية حقوقه وكفالتها مما يلحق به الضرر.

٢. ان الاصل في التزام المحامي هو التزام ببذل عناية فيما يتعلق بنتيجة اتخاذ الاجراء، لذا يتعين عليه ان يبذل العناية اللازمة لحماية حقوق ومصالح موكله وهي عناية الشخص المعتاد وفق المعيار الموضوعي، الا إذا وجد اتفاق يجعل المحامي ملتزما بتحقيق نتيجة، اما التزامه باتخاذ الاجراءات التي تكفل حقوق موكله فهو التزام بتحقيق نتيجة اي ان على المحامي اتخاذ الاجراء ليكون قد اوفى بالتزامه تجاه الموكل

٣. ان مسؤولية المحامي في تفويت الفرصة على موكله هي مسؤولية عقدية بحسب الاصل وان خطأه هو خطأ عقدي، فعقد الوكالة يوجب على المحامي اتخاذ كل التدابير اللازمة لحماية حقوق موكله الا إذا شكل اخلال المحامي بالتزامه خرقا لواجب قانوني نص عليه القانون بمعناه الواسع وأُغفل ذكره في عقد الوكالة، فحينئذ تكون مسؤوليته تقصيرية لإخلاله بواجب قانوني عام.

٤. ان صور خطأ المحامي الموجب لمسؤوليته عن فوات الفرصة تتمثل اما بإهمال المحامي الذي قد يؤدي إلى عدم سماع المحكمة للدعوى أصلا، او ان الدعوى تكون قد رفعت إلى القضاء ولكن خطأ ما ارتكبه المحامي بعدم اتخاذ اجراء معين عند نظر الدعوى أو أثناء سيرها يكون قد ساهم في تفويت الفرصة على الموكل في كفالة حقوقه.

٥. يشترط لوجوب التعويض عن الضرر في تفويت الفرصة ان يكون الضرر اكيداً اي محققا، اي الا يكون هذا الضرر احتماليا والا يكون مفترضاً، اما انه وقع بالفعل وتكونت عناصره ومظاهره التي توفر للقاضي معطيات تقويمه في ضوء الواقعة التي

ثبتت وهي تفويت الفرصة على الموكل نتيجة لخطأ المحامي، او يكون الضرر مستقبلياً، اي ان مقوماته لم تكتمل في الوقت الحاضر وانما ظهر ما يجعل حصوله في المستقبل اكيدا بفعل تفويت الفرصة على الموكل اي يكون محقق الوقوع في المستقبل.

٦. ان تفويت الفرصة وضياعها يشكل بذاته ضررا قائما محققا، لانه لا يقتصر على المساس بمجرد الامل في كسب الدعوى، بل انه يمس بحق انتهاز الفرصة ومحاولة الافادة منها بنجاح، فيعد ضياع الحق في الفرصة ضررا مؤكداً وان كانت نتيجة مباشرتها احتمالية.

٧. ان الضرر الاحتمالي مرتبط بفكرة تفويت الفرصة، بمعنى ان مفهوم تفويت الفرصة يعتبر ضررا من نوع خاص اساسه فكرة الاحتمال ويستند الى العلاقة بين الضرر الكامل والحظ النسبي للمتضرر في بلوغ النتيجة.

٨. ان العلاقة السببية تعد ركنا اساسيا من اركان مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة وهي واجبة الاثبات الا في الاحوال التي افترض فيها وجودها عند افتراضه لخطأ المحامي فهنا اما ان يعفى الموكل من اثباتها نهائيا إذا كان الخطأ مفترضاً فرضا غير قابل لإثبات العكس او يعفى مؤقتا ان كان الخطأ مفترضاً فرضا قابلا لإثبات العكس.

٩. يجب لاستحقاق التعويض عن تفويت الفرصة توافر شروط خاصة فضلا عن اركان المسؤولية العامة، اذ يجب ان تكون الفرصة جدية وحقيقية ومشروعة، فضلا عن ضرورة كونها ممكنة التحقق وغير مستحيلة، وان تضيع على المضرور بصفة نهائية.

١٠. ان التعويض عن تفويت الفرصة يستحق عند ثبوت مسؤولية المحامي عنه بتحقق اركان المسؤولية العامة وتوفر الشروط الخاصة بتفويت الفرصة، فيكون المحامي ملزما بدفع التعويض الذي يتناسب مع جسامة الضرر، شرط ان يشمل التعويض ما لحق الموكل من خسارة وما فاته من كسب ان كانت المسؤولية قائمة على خطأ تقصيري، اما اذا كانت المسؤولية عقدية فيقتصر التعويض على ما أصاب الموكل من ضرر مباشر متوقع من جراء تفويت الفرصة فحسب من دون ان يشمل ذلك ما فاته من كسب وان يقتصر التعويض على الضرر المتوقع الا اذا ارتكب المحامي خطأ جسيما

خلافا لنطاقه في المسؤولية التقصيرية اذ يشمل الضرر المباشر متوقعا كان ام غير متوقع.

ثانيا: التوصيات

١. ان من اهم التوصيات التي نأمل من مشرعنا العراقي الاخذ بها هي تنظيم مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة على موكله في نصوص قانونية خاصة تحدد مسؤولية المحامي من حيث الشروط والاركان والالتزامات، وذلك لان طبيعة عمل المحامي تختلف عن غيره من الاشخاص العاديين، وبهذا الصدد نقترح ايراد النص الاتي: " يتم التعويض عن ضرر فوات الفرصة متى ما رجح للمحكمة إمكانية الإفادة منها"

٢. اضافة نص الى نصوص القانون المدني يحدد فيه المشرع الشروط اللازم توفرها في الفرصة الفائتة لاستحقاق التعويض عنها، على ان يكون النص المقترح بالشكل الاتي: (يشترط لوجوب التعويض عن الضرر في تفويت الفرصة ان تكون الفرصة جدية وحقيقية ومشروعة وممكنة، وان تضيع على المضرور بصفة نهائية).

١. اضافة نص الى نصوص القانون المدني في مجال التعويض عن الضرر المترتب على تفويت الفرصة، على وفق ما يأتي: (يقدر التعويض في فوات الفرصة بقدر ما لحق المضرور من خسارة كان مرجح تجنبها او حرماناً من كسب مرجح وكانتا نتيجة طبيعية للفعل الضار).

٢. لتجنب تناقض الاحكام القضائية كما هو الحال في القضاء الفرنسي مابين التعويض الجزافي للضرر عند فوات الفرصة وما بين التعويض الجزئي لها، نأمل من مشرعنا العراقي النص على الية تقدير التعويض بما يتناسب وخصوصية الضرر في فوات الفرصة على ان يكون النص المقترح بالشكل الاتي: " يقتصر التعويض في فوات الفرصة على قيمة الفرصة الفائتة فقط متى تحققت شروطها "

٣. وضع نص خاص في قانون المحاماة لتشكيل هيئة او تحديد لجنة ضمن نقابة المحامين لتحديد خطأ المحامي ومسؤوليته عند فوات الفرصة ومقدار الضرر الذي يلحق بالموكل، وذلك لتجنب صعوبة الاثبات في حالة احجام بعض المحامين من الشهادة ضد زميلهم.

The Authors declare That there is no conflict of interest

المصادر

اولا: الكتب

١. د.احمد شوقي عبد الرحمن، مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية العقدية والتقصيرية(ط١، منشاة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٩)

٢. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية – دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض(مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٥)

٣. د.ايمن ابراهيم العشماوي، تفويت الفرصة – دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.

٤. بلال عدنان بدر، المسؤولية المدنية للمحامي – دراسة مقارنة(منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧)

٥. د.حسن علي الذنون، د. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج١، ط١(دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٢)

٦. د.حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط٢(دار المعارف، ١٩٧٩)

٧. د. عز الدين الديناصوري، د. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ط٥(مصر، ١٩٩٦)

٨. د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني – الفعل الضار(ط٥، ج١، مطبعة السلام، القاهرة، ١٩٨٨)

٩. طلبة وهبة خطاب، المسؤولية المدنية للمحامي: المحامي الفرد _ المحامي في شركة المحاماة المدنية(ط١، مطبعة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٨٦)

١٠. د.عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي – الخطأ والضرر(المنشورات الحقوقية، ١٩٩٩)

١١. د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام(ط٢، دار ابن الاثير، الموصل، ٢٠١١)

١٢. د.عبد الباقي محمود سوادي، مسؤولية المحامي المدنية عن اخطائه المهنية، ط٢(دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩)

١٣. د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني(ط٢، الجزء الاول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠)

١٤. عبد العزيز سليم، قضايا التعويضات(ط٣ ، الذهبي للنشر، القاهرة، ١٩٩٦)

١٥. عبد اللطيف البغيل، التقاضي امام المحاكم المدنية من رفع الدعوى الى صدور الحكم(ط٢، مطبعة دار ابي رقراق، المغرب، ٢٠١٤)

١٦. د.غني طه حسون، الوجيز في النظرية العامة للالتزام(ط١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١).

١٧. مأمون الكزبري، نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي(ط٢، ج١، ١٩٧٢)

١٨. محمد المنجي، دعوى التعويض(منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٠)

١٩. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل (دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣)

٢٠. د.محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، ط١(دار لنهضة العربية، ١٩٩٨)

٢١. د.مصطفى العوجي، القانون المدني – المسؤولية المدنية،(مؤسسة بحسون، ١٩٩٦)

٢٢. د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية(مطبعة حداد، البصرة)

٢٣. د. حسن علي ذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر(، ج١ دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٦)

٢٤. د. حسين عامر، المسؤولية المدنية (العقدية والتقصيرية)(ط دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥)

٢٥. منصور مصطفى منصور، ود. جلال محمد ابراهيم، الوجيز في مصادر الالتزام(جامعة حلوان، ٢٠٠١)

٢٦. ابراهيم احمد، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات – الكتاب الاول – مصادر الارادية للالتزام(ط١، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩)

٢٧. عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الاعلى في قانون الالتزامات والعقود(ط١، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ٢٠٠٦)

٢٨. د.سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية(منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١٠)

ثانيا: البحوث والمدونات

١. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض تفويت الفرصة، القسم الاول(مجلة الحقوق الكويتية، المجلد (١٠)، العدد ا(٣)، الكويت، ١٩٨٦)

٢. د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض تفويت الفرصة، القسم الثاني(مجلة الحقوق الكويتية، العدد (٢)، السنة (١٠) ١٩٨٦٩)

٣. محمد مؤمن، مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة في القانون المغربي(مجلة الاملاك، المغرب، العدد(٣)الثالث، ٢٠٠٧).

٤. وفاء جوهر، المسؤولية المدنية للمحامي عن تفويت الفرصة(المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، المغرب، العدد (٣)، ٢٠١٠)

٥. مدونة القانون المدني الفرنسي(الطبعة العربية، طبعة ٢٠٠٩/١٠٨، جامعة القديس يوسف، مركز الدراسات الحقوقية، للعالم العربي، لبنان، ٢٠١٢)

ثالثا: الرسائل الجامعية

١. أشرف جهاد الاحمد، المسؤولية المدنية للمحامي عن الخطأ المهني، رسالة ماجستير مقدمة الى (كلية الحقوق – جامعة الشرق الاوسط ، ٢٠١٢)

٢. حسين شمس الدين، تفويت الفرصة في المسؤولية المدنية من الفكرة الى النظرية، اطروحة دكتوراه (كلية الحقوق – الدار البيضاء، ٢٠٠٣–٢٠٠٤)

رابعا: القوانين

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٢. قانون المحاماة العراقي رقم (١٧٣) لسنة ١٩٦٥ المعدل.

٣. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

٤. قانون الاثبات العراقي رقم(١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

٥. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨

٦. القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦

خامساً: مواقع الانترنت الرسمية

١. التشريعات العراقية: http://www.iraq-ild.org

٢. قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية: www.arablegalportal.org

سادسا: المصادر الاجنبية

1. 44. APBRY et rau, cour de droit civil francais.
2. 45. Nerson, les droit extrimoniaux, these. Lyon, 1989.
3. 46. Le Tourneau et (L) cadeil: Dorit de la responsabilite et des contrats, Dallow – Paris, 2000 – 2001,
4. 47. Alain benabent, la chance et le droit, 1993.

References

First: Books

1. Ahmed Shawki Abdel Rahman, The extent of compensation for the change of damage in the body of the injured and his money in contractual and tort liability, 1st Edition, Al Maarif Establishment, Alexandria, 1999.)
2. Ibrahim Al-Desouki Abu Al-Layl, Damage Compensation in Civil Liability - An original analytical study for estimating compensation, Kuwait University Press, 1995)

3. Ayman Ibrahim Al-Ashmawy, Missing the Opportunity - A Comparative Study, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 2005)
4. Bilal Adnan Badr, Lawyer's Civil Liability - A Comparative Study, Al-Halabi Legal Publications, 2007)
5. Hassan Ali Al-Dhanun, Muhammad Saeed Al-Rahho, Al-Wajeez in the General Theory of Commitment, Sources of Commitment, Part 1, 1st Edition, Wael Publishing House, Amman, 2002).
6. Hussein Amer and Abdel-Rahim Amer, tort and contract civil liability, 2nd Edition, Dar Al-Maarif, 1979)
7. D. Ezz El-Din Al-Dinsoori, d. Abdel Hamid Al-Shawarby, Civil Responsibility in the Light of Jurisprudence and the Judiciary, 5th Edition, Egypt, 1996)
8. Suleiman Markus, Al-Wafi in Explaining Civil Law - Harmful Action, Edition 5, Part 1, Peace Press, Cairo, 1988)
9. Tabla Wahba Khattab, the civil liability of the lawyer: the individual lawyer - the lawyer in the civil law firm, 1st Edition, Sayed Abdullah Wahba Press, Cairo, 1986)
10. Atef Al-Naqib, The General Theory of Responsibility for Personal Act - Fault and Harm, Legal Publications, 1999)
11. Dr. Abdul Majeed Al-Hakim, d. Abdul-Baqi Al-Bakri, d. Muhammad Taha Al-Bashir, Al-Wajeez in the General Theory of Commitment, Part 1, Sources of Consensus, Edition 2, Dar Ibn Al-Atheer, Mosul, 2011)
12. Abdul-Baqi Mahmoud Sawadi, The Lawyer's Civil Responsibility for his Professional Errors, 2nd Edition, House of Culture for Publishing and Distribution, Amman, 1999)

13. Abd Al-Razzaq Al-Sanhouri, Mediator in Explaining Civil Law, Edition 2, Part One, Al-Halabi Legal Publications, Beirut, Lebanon, 2000)
14. Abdel Aziz Selim, Compensation Cases, Al-Dhahabi for Publishing, 3rd Edition, Cairo, 1996).
15. Abd al-Latif al-Baghil, Litigation before Civil Courts, From Filing a Case to the Sentence of Verdict, 2nd Edition, Dar Abi Regraq Press, Morocco, 2014)
16. Ghani Taha Hassoun, Al Wajeez in the General Theory of Commitment, 1st Edition, Al Maaref Press, Baghdad, 1971)
17. Mamoun Kuzbari, The Theory of Commitment in Light of the Moroccan Law of Obligations and Contracts, ed. 2, C1, 1972)
18. Muhammad Al-Munji, Compensation Case, Al-Maarif Establishment, Alexandria, 2000)
19. Muhammad Abd al-Zahir Hussein, the lawyer's civil liability towards the client, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1993)
20. Muhammad Labib Shanab, Lessons in the Theory of Commitment, 1st Edition, Dar Nahda Al-Arabia, 1998)
21. Mustafa Al-Awji, Civil Law - Civil Liability, Bahsoun Foundation, 1996)
22. Dr. Hassan Al-Khatib, Scope of Neglected Civil Liability and Contractual Liability, Haddad Press, Basra.
23. Dr. Hassan Ali Thanoun, Al Masboot in Civil Liability, Damage, Part 1, Wael Publishing House, Amman, 2006)
24. Dr. Hussein Amer, Civil Liability (Nodal and Falsehood), 1st Edition, Arab Renaissance House, Cairo, 1995)
25. Mansour Mustafa Mansour, and Dr. Jalal Muhammad Ibrahim, Al Wajeez in the sources of commitment, Helwan University, 2000)

26. Ibrahim Ahmed, Mediator in the General Theory of Commitments - Book One - Sources of Voluntary Commitment, 1st Edition, Arab Renaissance Publishing House, Cairo, 1999)
27. Abdel Aziz Tawfiq, Supreme Council Judiciary in the Law of Obligations and Contracts, 1st Edition, An-Najah New Press, Casablanca, 2006,)
28. Saadoun Al-Ameri, Compensation for tort in tort, Publications of the Legal Research Center, Baghdad, 1981)

Second: Researches

29. Ibrahim Al-Desouki Abu Al-Layl, compensation for missing the opportunity, Part One, Law Magazine, Volume Ten, Number Three, Kuwait, 1986)
30. Dr. Ibrahim Al-Desouki Abu Al-Layl, compensation for missing the opportunity, Section Two, Kuwait Magazine, Second Edition, Tenth Year, 1986)
31. ohamed Moumen, The Lawyer's Responsibility for Missing the Opportunity in Moroccan Law, Al-Amlak Magazine, Issue Three, 2007)
32. Wafa Jawhar, Lawyer's Civil Liability for Missing the Opportunity, Moroccan Journal of Legal and Judicial Studies, Issue (3), 2010)
33. French Civil Law Code, Arabic Edition, Edition 108/2009, Saint Joseph University, Center for Legal Studies, for the Arab World, Lebanon, 2012)

Third: These and Dissertations

34. Ashraf Jihad Al-Ahmad, Advocate's Civil Liability for Professional Errors, Master Thesis submitted to (the Faculty of Law - Middle East University, 2012)
35. Hussein Shams El-Din, Missing the Chance in Civil Responsibility from Idea to Theory, PhD thesis submitted to the Faculty of Law - Casablanca, 2003-2004.

Fourth: Laws

36. Iraqi Civil Law No.(40) of 1951.36

37 .The Iraqi Lawyer Law No. (173) of 1965 as amended.37

38. Iraqi Civil Procedure Law No. (83) of 1969.38

39. Iraqi Evidence Law No. (107) of 1979.

Fifthly: Arab laws

40 .Egyptian Civil Law No. (131) of 194838

41 .Jordanian Civil Law No. (43) of 1976

Sixth:Internet sources

42. Iraqi Legislation: http://www.iraq-ild.org

43. The Egyptian Legislation and Jurisprudence Base: www.arablegalportal.org