تقدير التعويض عن تفويت الفرصة في القانون الإداري

(دراسة مقارنة)

أ.د. علاء ابراهيم الحسيني
كلية القانون _ جامعة كربلاء

سجاد جبار حميد
باحث دكتوراه في القانون الاداري

الملخص:

تعد نظرية المسؤولية الإدارية عن تفويت الفرصة من أحدث صور المسؤولية الإدارية التي أقرها القضاء الإداري عن طريق الاحتمالات عندما استعارها من القضاء العادي وعمل على تكييفها بما ينسجم مع طبيعة المسؤولية الإدارية للمرة الأولى في العام(١٩٢٨) فيما يتعلق بتفويت الفرصة في مجال الوظيفة العامة ثم وسع من نطاق تطبيقها في المجالات المختلفة، ومنذ ذلك الوقت فان السوابق القضائية تشير إلى لجوء القاضي الإداري لها في الحالات التي لا يتوفر فيها اليقين السببي، مما يتطلب منه افتراض العلاقة السببية بين فعل الإدارة وتفويت الفرصة أو على الأقل القبول بها على أساس الاحتمال الراجح ليتولى بعد ذلك تقدير التعويض المناسب لضرر تفويتها من خلال إتباعه لطريقة التعويض الحدي أو النسبي ومنح المضرور تعويضاً جزئياً يتناسب مع ضرر تفويتها.

الكلمات المفتاحية: (تقدير التعويض، القانون الإداري).

Estimating compensation for lost opportunity in administrative law

(A comparative study)

Dr. Alaa Ibrahim Al-Husseini / College of Law - University of Karbala

Sajjad Jabbar Hamid / PhD researcher in administrative law

Abstract:

The theory of administrative responsibility for missing an opportunity is one of the latest forms of administrative responsibility approved by the administrative judiciary through probabilities when it borrowed it from the ordinary judiciary and worked to adapt it in line with the nature of administrative responsibility for the first time in the year (1928) with

regard to missing the opportunity in the field of public office and then expanded From the scope of its application in various fields, Since that time, the jurisprudence indicates that the administrative judge resorts to it in cases where there is no causal certainty, which requires him to assume the causal relationship between the administration's action and the missed opportunity, or at least accept it on the basis of the most likely probability, in order to then assess the appropriate compensation for the damage of missing it from By following the method of marginal or proportional compensation and granting the victim partial compensation commensurate with the loss of the damage.

Keywords: (compensation estimation, administrative law).

المقدمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على المعلم الأول سيد الخلق وحبيب الحق نبينا محمد عليه وعلى آله أفضل الصلاة واتم السلام، أما بعد فان موضوع الدراسة يقتضي منا تقسيم المقدمة على الفقرات الآتية:.

أولاً: التعريف بالموضوع

لقد طبقت نظرية التعويض عن تفويت الفرصة من قبل القضاء الإداري في بدايتها في مجال الوظيفة العامة ثم انتقلت إلى أغلب المجالات القانونية، وتقوم نظرية تفويت الفرصة على الجمع بين اليقين النسبي والاحتمال وبذلك فهي نظرية منفردة وذات طبيعة خاصة أثبتت لنا ان القانون كائنا حيا يستجيب لتطورات الحياة ويتسع لأغلب ما يستجد في المجتمع من أجل تحقيق العدالة والإنصاف بين المخاطبين بأحكامه بصفة عامة ولمن فاتت عليه الفرصة بصفة خاصة، ولا شك أن تطور الحياة وصعوبتها في الوقت الحاضر جعل من الإنسان يسعى جاهدا لمواكبتها والعمل المنظم للاستفادة من الفرص التي يتوقع تحصيلها وعلى الإدارة عدم تفويتها وإلا وجب التعويض عن ضرر تفويتها، ورغم ذلك نلاحظ أن موضوع التعويض عن تفويت الفرصة في القانون الإداري لم يحظى

بالدراسة والأهمية المناسبة خصوصا فيما يتعلق بطرق تقدير التعويض وكيفية تحديد مقدار الفرصة الفائتة.

ثانياً: أهمية الدراسة

إن أهمية الدراسة من الناحية النظرية تكمن في حداثة الموضوع باعتبار أن دراسة موضوع تقدير التعويض عن تفويت الفرصة في القانون الإداري لم تنل الأهمية الكبيرة حتى كتابة هذه الدراسة ولعلها تكون الدراسة الأولى في هذا المجال على المستوى العربي، كما ان اهميتها من الناحية العملية تظهر في كونها تقدم اليات وطرق يمكن للقاضي اتباعها من اجل الوصول الى تحديد مقدار التعويض المناسب لإصلاح ضرر تفويت الفرصة.

ثالثا: اشكالية الدراسة

إن إشكالية هذه الدراسة تكمن في تحديد مقدار التعويض عن تفويت الفرصة إذ يجب ان يكون مساوياً

للفرصة الفائتة، ولأن الفرص مختلفة من حيث المقدار والنوع فان القاضي قد يلجأ لطرق ومبادئ مختلفة من اجل تحديد مقدار التعويض المناسب للضرر، وعلى الرغم من وجود العديد من الاحكام القضائية التي قرر فيها القضاء إلزام الإدارة بتعويض ضرر تفويت الفرصة إلا أن هذه المبادئ لا تزال يشوبها الغموض وعدم الدقة وبذلك نجد ان الإشكالية تكمن في غموض الاليات والمبادئ التي يمكن للقاضي ان يستعين بها لتحديد تحديد مقدار التعويض عن تفويت الفرصة.

رابعاً: منهجية الدراسة :

لقد اعتمدت الدراسة على المنهج التحليلي المقارن من خلال دراسة السوابق القضائية للقضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر والعراق التي أقر من خلالها بمسؤولية الإدارة عن تفويت الفرصة والزمها بالتعويض، وتحليها بهدف بيان اهم الطرق التي يتعبها القضاء في تحديد مقدار التعويض المناسب لضرر تفويت الفرصة.

تعد نظرية تفويت الفرصة واحدة من أشهر صور إدراج الصدفة في القانون لقيام المسؤولية الإدارية والتعويض عنها عن طريق الاحتمالات ويرجع تاريخ اقرارها الى مجلس الدولة الفرنسي منذ العام ١٩٦٤ عنما اقر بمسؤولية الإدارة عن تفويتها والزمها بالتعويض عن ذلك الضرر ولأجل بيان ذلك فإننا سنقوم ببيان مفهوم تفويت الفرصة وتحديد طبيعتها وطرق تقدير التعويض عن ضرر تفويتها ودور الاحتمالات في تقدير التعويض المناسب للمضرور من تفويت الفرصة عليه.

المطلب الأول

مفهوم تفويت الفرصة في القانون الإداري

لطالما اتصف معنى تفويت الفرصة بالغموض وعدم الوضوح لما يتضمن من إزدواج قائم على أساس ان الفرصة في ذاتها أمر محتمل الحصول، إلا ن تفويتها يعد ضرر حال يؤدي لقيام المسؤولية ويستوجب التعويض عنه مما سبب التباس لدى العديد من الباحثين والمتصدين للدراسات القانونية بالبحث والتحليل، وبهدف اضفاء شيئ من الإيضاح على معنى تفويت الفرصة وازالة الغموض والالتباس الذي يحيط بالمقصود منها فإننا سنقوم ببيان معنى تفويت الفرصة في كل من الفقه والاصطلاح.

الفرع الأول

معنى تفويت الفرصة في القانون الإداري

لقد حاول العديد من الباحثين بيان المقصود بتفويت الفرصة في القانون الإداري من خلال دراستهم لمسؤولية الادارة عن تفويت الفرصة كما ان القضاء الاداري ساهم بشكل كبير في ايجاد المعنى الدقيق لمفهوم تفويت الفرصة وهو ما سنحاول بيانه من خلال تحديد معنى تفويت الفرصة في الفقه والقضاء.

أولا : المعنى الفقهي لتفويت الفرصة

فكرة "تفويت الفرصة "ليست دائماً سهلة الفهم، بل غالباً ما يشوبها الغموض، لكن لحسن الحظ هناك العديد من الاكاديميين والخبراء والمحامين والقضاة حاولوا بيان معنى تفويت الفرصة[١]،إذ وضعت تعاريف عدة للفرصة من قبل فقهاء القانون تباينت فيما بينها من حيث اللفظ والمعنى تبعاً للمجال الذي ينظر من خلاله للفرصة، إذ يذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى أن المقصود بتفويت الفرصة " اختفاء احتمال حدث مناسب قبل أن تحقق هذه الفرصة"[٢]، وترى إحدى الباحثات الفرنسية[٣] أن تفويت الفرصة تعني "بناء قانوني بمعنى (الية التفكير) أو حتى عملية فنية، تسمح للقاضي بالتغلب على عدم اليقين النسبي الناتج عن حقيقة أن الحدث الخاضع للمطالبة بالتعويض عن عدم الاستفادة من الميزة التي كان الحصول عليها غير مؤكد، ويتخذ اعتماداً على طريقة الجبر المعتمدة شكل افتراض السببية أو شكل الضرر القابل للجبر"[٤]، وبذلك نجد أن تفويت الفرصة بالنسبة لها ما هي إلا اداة للتغلب على عدم اليقين النسبي بين الضرر والفعل الضار من ناحية، والتعويض عن الضرر الذي لحق بالمضرور نتيجة فقدان الميزة "الفرصة" رغم عدم وجود ما يؤكد تحققها لولا فعل الإدارة من ناحية أخرى.

بينما يعرفها بعض المختصين على الصعيد العربي بإنها تعني " الحيلولة دون وصول الشخص إلى المركز

الذي يسعى إلى الوصول اليه أو تجنب وقوعه فهي تعني عدم تحقيق الكسب المأمول أو وقوع الخسارة المرجح تجنبها"[٥]، كما عرفت بانها "حدث ما يترتب عليه تحقيق مركز محدد لشخص معين، بحيث إذا انتفى وجود هذا الحدث انتفى معه تحقيق ذلك المركز"[٦]، وفي مورد اخر عرفت بانها " الفعل الضار الذي يؤدي إلى فقدان الفرصة في تحقيق كسب مرجح أو تحاشي خسارة"[٧]، وهناك من يرى أن تفويت الفرصة تعني " ان تتسبب جهة ما بخطئها في ضياع الفرصة على صاحبها فتحرمه مما كان يتوقع تحقيقه من كسب أو حتى تجنبه خسارة[٨].

وأما بالنسبة للفقه العراقي فقد عرفها بعضهم بأنها "الحالة التي يتسبب فيها الفاعل في حرمان الشخص من الحصول على فرصة كان يتوقع من وراءها جني كسب أو تفادي خسارة"[٩]، وهناك من يعرفها بإنها "ضرر مستقبلي يؤدي إلى حرمان الشخص من فرصة كان يتوقع منها تفادي ضرر محقق"[١٠]، وهو ما لا نتفق معه إذ نجد أن التعريف المتقدم يشير الى أنها "ضرر مستقبلي" والحقيقة أن تفويت الفرصة ضرر حقيقي وليس مستقبلي، وأن المسؤولية تقوم على أساس تفويت الفرصة ذاتها، وليس على أساس الكسب المرجو منها، فالفرصة وأن كانت أمراً محتملاً في ذاتها، إلا أن تفويتها يلحق بالمضرور ضرراً محققاً ومساوياً لها.

ومن الثابت أن القانون الإداري يتعامل مع المراكز لا مع الفرضيات والآمال وأن الفرصة تمنح صاحبها مركزاً قانونياً متى ما توافرت أسباب معقولة لقبولها، وهذا ما سار عليه القضاء الإداري لاسيما مجلس الدولة الفرنسي والمصري حيث أصدر العديد من الاحكام التي الزم بها الإدارة بالتعويض عن تفويت الفرصة في مجال الوظيفة العامة أو العقد الإداري أو المجال الصحي، وبذلك نصل إلى أن الفرصة تعني (المركز الذي يمنح صاحبه ميزة للحصول كسب مرجح أو تفادي خسارة مرجحة إذا ما أستمرت الإجراءات طبقا للمجرى العادي لها)، وأن تفويت الفرصة في إطار المسؤولية الإدارية تنطبق كلما أمتلك مواطن فرصة معينة يأمل في نهايتها الحصول على كسب أو تجنب خسارة توقفت عند نقطة معينة نتيجة لفعل الإدارة أو أحد أشخاصها أو التابعين لها ويخضع تقدير ذلك لسلطة القضاء.

ثانيا : المعنى القضائي لتفويت الفرصة

يستخدم مفهوم تفويت الفرصة بشكلٍ متزايد من قبل القضاء العادي والإداري في الوقت الحالي ولكن في الوقت نفسه لا يزال غير محدد على نحو الدقة[١١]، ومن خلال الرجوع إلى عدد من الأحكام الصادرة عن المحاكم المختصة يمكن أن نقف على المفهوم القضائي لتفويت الفرصة، إذ نجد أن المحاكم الفرنسية استقرت على تعريف تفويت الفرصة في أحكامها القضائية بانها "تسبب

شخص بخطئه في تضييع فرصة على آخر تحرمه مما كان يتوقع تحقيقه من كسب أو حتى تجنب خسارة، كمن يقتل حصانا كان من المقرر أن يشترك في سباق، أو بتعويق أحد المتسابقين عن الاشتراك في سباق"[١٢].

في حين بينت المحكمة الإدارية العليا في مصر بان "أن تفويت الفرصة هو نوع من الأضرار المادية والأدبية مستحقة التعويض قانوناً إلا انه تعويض لا يتساوى بأي حال مع أصل الحق المدعى به ...وأن تفويت الفرصة يعد أمر محققاً وأن كانت الفرصة في ذاتها أمراً محتملاً "[١٣]، وأما بشأن موقف القضاء العراقي من تعريف تفوت الفرصة فعلى الرغم من ندرتها إلا أن ذلك لا يعني عدم وجود أي تعريف لها حيث سبق وأن عرفت محكمة التميز العراقية الفرصة بأنها "قيمة في ذاتها وأن الحرمان من هذه القيمة (أي الفرصة) يعد ضرراً محققا ومن ثم يستوجب التعويض عنه"[١٤]، وصفوة القول أن القضاء بنوعيه يرى أن تفويت الفرصة تعني "عنصر من عناصر الضرر يستوجب التعويض عنه ممن تسبب في ذلك متى كانت هذه الفرصة قائمة على أسباب معقولة ومرجح حصولها".

الفرع الثاني

طبيعة تفويت الفرصة في القانون الإداري

لم يكن المطالبة بالتعويض عن تفويت الفرصة امرا ممكنا في بداية الامر لأنه لا يكون إلا احتماليا وبالتالي لا تعويض عن الضرر الاحتمالي هذا ما ذهب اليه القضاء الاداري في البداية، إلا ان الامر اختلف تماما فيما بعد واصبح من الممكن مطالبة الادارة بالتعويض عن تفويت الفرصة لان الفرصة حقيقة واقعة وان كانت الميزة التي يسعى صاحب الفرصة الى تحققها احتمالية الحصول ولهذا فان تفويت الفرصة توصف بانها ذات طبيعة مزدوجة .

اولا : تفويت الفرصة ضرر محتمل

الضرر المحتمل هو ضرر غير محقق الوقوع فهو أما يقع أو لا يقع وطالما هو ضرر غير مؤكد الوقوع فلا يمكن المطالبة بالتعويض عنه، ولقد أستقر القضاء الإداريّ على أنه لا يمكن المطالبة بالتعويض مالم يقع الضرر في الحال أو الاستقبال، ولهذا لا يمكن تعويض الضرر المحتمل إلا إذا زال عنصر الاحتمال عنه وأصبح محقق الوقوع[١٥]، وبذلك فإنّ الضرر الاحتمالي هو الضرر" الذي لم يتحقق بعد، أو الذي يخشى المدعي حدوثه ببساطة"، ويستحيل إثبات وقوعه، فعندما يحكم القاضي الإداريّ في دعوى التعويض فإنّ الضرر لم يتحقق بعد وأن موضوع تحققه في المستقبل مجرد احتمال ومع ذلك يبقى احتمال حدوثه قائما، إذ بمرور الوقت سنعرف ما إذا كان هذا الضرر سيقع أو لا يقع، ولذلك لا يمكن التعويض عنه ما لم يكن محقق الوقوع[١٦]، وكما يبدو عليه الضرر المحتمل من الوضوح والدقة إلّا أنّ الواقع العملي يثير صعوبات عدة في معرفة طبيعة الضرر الذي يدعيه المضرور هل هو ضرراً محققاً أم ضرراً احتمالياً ومن أبرز تلك الأمثلة ما يتعلق بضرر تفويت الفرصة.

ومن بين التطبيقات القضائية للقضاء الإداريّ المتعلقة برفض التعويض عن تفويت الفرصة بعده ضرر محتمل ما ذهب اليه مجلس الدولة الفرنسي رفض طلب التعويض لمواطن حرم من الالتحاق بمدرسة الموسيقى معتبرا أن " قبول الطلبة يدخل ضمن السلطة التقديرية لإدارة المدرسة وأن الضرر المترتب على عدم قبوله هو ضرر محتمل لا يستحق التعويض"[١٧]، كذلك الحال بالنسبة للمحكمة الإداريّة العليا في مصر حيث قضت برفض طلب التعويض عن تفويت فرصة الترقية معتبرة أن " إلغاء قرار مجلس الجامعة بعدم ترقية أحد أعضاء الهيأة التدريسية ليس من شأنه أن يقطع بإنّ هذا القرار قد أحدث ضرر محققا لأن إلغاء القرار في حد ذاته لا يعني ضرورة ترقية المدعي إلى الوظيفة التي يطالب بها "[١٨].

ولم يكن الأمر مختلف بالنسبة لموقف القضاء العراقي حيث سبق وأن قضت محكمة التمييز برفض التعويض عن الضرر الاحتمالي في حكم لها جاء فيه "بعد التعويض للمدعي الذي طلب

بتعويضه عن فوات الفرصة المتمثلة بأجر مثل الدكاكين التي أوقفته البلدية عن بنائها بعد حصوله على الإجازة ببنائها وذلك لكونه من الأضرار الاحتمالية غير المرجحة "[١٩].

ومما يمكن أن نقف عنده أن الأحكام المشار إليها أعلاه والصادرة عن القضاء العراقي والدول المقارنة قد رفضت التعويض عن الضرر المحتمل لأنه لا يصح ان يكون أساساً لقيام المسؤولية ومن ثم المطالبة بالتعويض لأن الضرر لم يقع أصلاً وهو ما نتفق معه كمبدأ عام حيث لا تعويض عن الضرر الاحتمالي، إلّا أنّنا نختلف مع ما ذهبت اليه هذه الأحكام من الخلط بين الضرر المحتمل والضرر المحقق حيث ركزت على الميزة التي يأمل المضرور الحصول عليها والمتمثلة بـ(القبول في مدرسة الموسيقى، الترقية لعضو الهيأة التدريسية، اجر المثل للدكاكين) واعتبرتها ضرراً احتمالياً دون أن تنظر إلى تفويت الفرصة في كل هذه الحالات بوصفها تمثل فرص لدى أصحابها وان هذه الفرصة لها قيمة في ذاتها ولا يجوز تفويتها من قبل الإدارة وإلا فهي تتحمل المسؤولية عن تفويتها، وإنّ ما ذهبت اليه المحاكم بالقول أنها تمثل ضرراً احتمالياً لا يمكن الجزم بالحصول عليها "الفرص الفائتة" لولا تدخل الإدارة مردود عليها باعتبار لا يمكن الجزم أيضاً على عدم حصولهم على الميزة التي يأمل اصحاب الفرصة تحققها، انما توجد لديهم فرصة وأن عمل الإدارة قد فوت عليهم تلك الفرصة فالحق بهم ضرراً نتيجة لذلك وهو ما دفع القضاء إلى العدول عن رأيه السابق وقبل العديد من طلبات التعويض على أساس مسؤولية الإدارة عن تفويت الفرصة.

ثانيا : تفويت الفرصة ضرر مزدوج

إن كل من الضرر الاحتمالي والفرصة يشتركان في عنصر الاحتمال إلّا أنّهما يختلفان في مركز الاحتمال ودرجته والأثر المترتب عليه، إذ ينصب على الضرر في الأوّل (الضرر الاحتمالي) فيجعل منه ضرراً غير محقق الوقوع بينما يكمن عنصر الاحتمال في الثاني " تفويت الفرصة" على الفرصة ذاتها أي الميزة التي يأمل صاحب الفرصة الحصول عليها أو تجنبها لولا تدخل الإدارة الذي أدى إلى تفويتها، فإذا تسببت الإدارة أو أحد أشخاصها بتفويتها فإنّ الضرر يكون ضرراً محققاً

بالنسبة لتفويت الفرصة وضرراً احتمالياً بالنسبة للفرصة أو الميزة التي يأمل تحققها وبذلك يمكن التفرقة بين تفويت الفرصة والضرر المحتمل فإذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فإنّ تفويتها أمراً محققاً، وبعبارة أخرى أن الحرمان من الفرصة يعدد ضرراً محققاً ولو كانت الإفادة منها امراً محتملا(٢٠)، فالفرصة تختلف عن مجرد الامل الذي يكاد يكون معدوم إلا في ذهن صاحبه، بينما تكون للفرصة أسباب جدية وواقعية يمكن لصاحبها الحصول على الميزة أو تجنب الخسارة إذا ما سارت الأمور بشكل اعتيادي ومن ثمّ فإنّ تفويتها يترتب عليه ضرراً فعلياً يستوجب التعويض عنه خلافاً الضرر الاحتمالي الذي لا يمكن التعويض عنه(٢١).

ولكي نفضي على ذلك شيء من الإيضاح يمكننا أن نورد المثال الاتي، لو أن الإدارة منعت أحد المتقدمين من الاشتراك في مسابقة لغرض الحصول على وظيفة ضمن التنظيم الإداريّ لاحد المؤسسات، فإنّ المضرور لا يمكنه المطالبة بالتعويض عن عدم حصوله على ما كان يأمله (الوظيفة)لأن لا يمكن لأحد حتى القضاء أن يجزم بان صاحب الفرصة الفائتة لو أتيحت له فرصة المشاركة في المسابقة سوف يحصل على المركز أو الميزة التي يأمل الحصول عليها، انما يبقى ذلك مجرد احتمال خصوصاً في الحالات التي يكون فيها عدد المتقدمين أكبر بكثير من الدرجات المراد إشغالها من قبل المتقدمين ومن ثمّ فإنّ النجاح في المسابقة لا يترتب عليه التعيين انما هو إجراء من مجموعة إجراءات يجب إتباعها لصدور الأمر النهائي وأن تفويت أي من هذه الإجراءات يخضع لنظرية تفويت الفرصة ومبدأ التعويض عنها باعتبار الفرصة وأن كانت محتملة الوقوع إلّا أنّ تفويتها يعد ضررا محققا، ويكون سبباً لقيام المسؤولية الإداريّة، والأمر ذاته ينطبق على المناقص الذي تم إبعاده من المناقصة بطريقة غير قانونية من إبرام العقد إذ لا يمكنه في هذه الحالة مطالبة الإدارة عما فاته من ربح يمكن أن يحصل عليه لو تم إبرام العقد بينه وبين الإدارة، إنما دخوله للمناقصة يمنحه الفرصة لإبرام ذلك العقد وأن الحرمان او الإبعاد غير المشروع يترتب عليه تفويت تلك الفرصة وهي التي تلزم الإدارة بالتعويض عنها وبذلك نصل الى ان تفويت الفرصة يعد ضرر محقق

يلزم الادارة بالتعويض عنه وقد اقر القضاء الاداري بذلك في كل من العراق والدول المقارنة ومنح المضرور تعويضا عن ضرر تفويت الفرصة من خلال اتباعه لإحدى طرق تقدير التعويض عن ضرر تفويتها.

المطلب الثاني

طرق تقدير التعويض عن تفويت الفرصة

يعد مقدار التعويض عن تفويت الفرصة من المسائل الصعبة بالنسبة للقاضي باعتبار أن ضرر تفويت الفرصة يتعذر حسابه وتحديده على نحو الجزم واليقين لأنه كما سبق بيانه قائم على الرجحان والتخمين ولا يمكن أن يساوي الضرر النهائي للميزة التي يأمل المضرور الحصول عليها انما يكون مساوياً لضرر تفويت الفرصة ذاتها ولذلك يصعب إدراكها من الناحية الواقعية والقاضي يلجأ عادة عند تقدير التعويض عن تفويت الفرصة إلى إحدى طريقتين هما التعويض الجزافي والتعويض المحدد بمقدار الفرصة الفائتة وهذا ما سنحاول ايضاحه من خلال دراستنا لكل من الطريقتين.

الفرع الأوّل

طريقة التعويض الجزافي

تقوم فكرة التعويض الجزافي على منح المضرور مبلغ معين من المال تعويضاً له عما لحق به من أضرار مادية وأدبية بصورة إجمالية ومن دون أن يتم تحديد التعويض المناسب لكل مهما فمثلا تقوم الإدارة بتفويت فرصة المشاركة في مسابقات التوظيف على أحد المتقدمين فيؤدي ذلك إلى أضرار مادية متمثلة بحرمانه من الوظيفة التي كان يأمل الحصول عليها لولا تفويت فرصة المشاركة، بالإضافة إلى ضرر معنوي نتيجة لما أصابه من آلالم والم به من حزن فيتم تعويضه عن كل من الضررين بصورة جزافية، ولقد أقر المشرع التعويض الجزافي في العديد من الحالات من ذلك مثلا التعويض عن تفويت الفرصة في المجال الطبي[٢٢]، والتعويض عن تفويت فرصة البقاء على قيد الحياة أو فرصة الاستمرار في الوظيفة أو الدراسة[٢٣]، إذ إنّ المشرع حدد التعويض

المناسب لكل حالة بما لا يزيد عن خمسة ملايين دينار ولا يقل عن مليونين وخمسمائة الف دينار عما لحق المضرور من أضرار مادية

ومعنوية وهذا الذي يعبر عنه بالتعويض الجزافي[٢٤].

وغالبا ما تفضل المحاكم إتباع طريقة التعويض الجزافي في تقدير التعويض عن تفويت الفرصة من دون أن توضح أو تفسر كيفية الوصول إلى تحديد التقدير المناسب أنما تكتفي عادة بتقرير وجود الفرصة من حيث الأصل ومدى توافر أركان المسؤولية وشروطها فإذا ما توصلت إلى حقيقة وجودها وأن فعل الإدارة تسبب بتفويتها مما الحق ضرر بصاحبها قضت له بالتعويض بمبلغ من المال على نحو العموم والجزاف [٢٥]،ومن مزايا هذه الطريقة أنها تعود بالفائدة على المضرور والقضاء باعتبار أن القاضي يقتصر دوره على دراسة العلاقة السببية بين الفعل والضرر فضلا عن انها تسمح للقضاء بمنح المضرور تعويضا إجمالياً عما لحق به من ضرر من شأنه أن يغطي الضرر النهائي[٢٦].

وعلى خلاف القضاء العادي فقد أقر القضاء الإداريّ الفرنسي بالتعويض عن تفويت الفرصة تعويضا جزافيا عما لحق به بالمضرور نتيجة حرمانه من الفرصة التي كان يأمل تحققها[٢٧]، إذ سبق وان قضت محكمة الاستئناف الإداريّة في باريس بالتعويض الجزافي عن تفويت الفرصة في المجال الطبي، في قضية "Guilbot" بعد أن أقرت "بمسؤولية المستشفى عن تفويت الفرصة على المريض في عدم التعرض للخطر الذي لحق به نتيجة للخطأ الطبي الثابت، ونتيجة لما لحق به من أضرار جسمانية واضطرابات في الظروف المعيشية فإنّ السيد "Guilbot" يستحق تعويضا يقدر بمبلغ ٢٠٠٠٠٠ فرنك فرنسي عما لحق به من ضرر"[٢٨] ، هنا نجد أن المحكمة قدرت مبلغ التعويض عن تفويت الفرصة بصورة جزافية من دون الإشارة إلى مقدار المخاطر التي قد تحصل له لو كان على علم بها رغم أن ذلك يرتبط بفرصة الرفض من جهة وفرصة الشفاء من دون إجراءها من جهة اخرى.

كذلك قضت المحكمة الإداريّة العليا في مصر بإلزام الإدارة بالتعويض الجزافي عن تفويت فرصة المزاحمة لإشغال وظيفة رئيس مجلس التصميم الميكانيكي والإنتاج الذي بينه فيه "وإذ يترتب على هذا القرار حرمان المدعي من مكنة التزاحم لشغل وظيفة رئيس مجلس قسم التصميم الميكانيكي والإنتاج في الفترة من (١٩٨٨/١٠/٨) حتى تاريخ انتهاء خدماته بقرار عميد كلية الهندسة رقم (١١٣في ١٩٨٨/٤/١٧) بإحالة المدعي إلى المعاش اعتباراً من (١٩٨٨/٦/٢٧) تاريخ بلوغه سن الستين مع بقائه حتى نهاية العام الجامعي (١٩٨٧-١٩٨٨) واستغلقت بذلك أمام الطاعن فرصة المزاحمة لشغل هذه الوظيفة، ومن ثم يكون قد حاق به ضرر محقق من جراء القرار المشار إليه .... ويتمثل هذا الضرر في تفويت فرصة المزاحمة لشغل تلك الوظيفة، وهو ما يتعين تعويض المدعى عنه، وفي ضوء ذلك فإنّ المحكمة تقدر للمدعي تعويضا شاملاً مقداره الفان من الجنيهات جبراً لكافة الأضرار التي لحقته من جراء حرمانه من التزاحم لشغل وظيفة رئيس مجلس قسم التصميم الميكانيكي والإنتاج بسبب القرار رقم ٥١٢ لسنة ١٩٨٦"[٢٩].

اما بالنسبة لموقف القضاء العراقي من التعويض الجزافي عن تفويت الفرصة من قبل الإدارة فإنّ أحكامه

تتصف بالندرة وأن كان ذلك لا يعني عدم وجود أي حكم في هذا المجال، إذ من خلال الرجوع إلى سلسلة الأحكام القضائية لمحكمة التمييز الاتحادية نجد أنها سبق وأن قضت بالتعويض عن تفويت فرصة بصورة جزافية بعد أن فوتت الإدارة على مالك الأرض فرصة زراعة الحنطة والشعير عندما منعته من زراعتها وهذا ما بينته المحكمة بالقول أن "منع المالك من استغلال ملكه من قبل الجهة الرسمية يمنحه حق طلب التعويض عن فوات المنفعة لتلك المدة ويقدر التعويض بشكل إجمالي" [٣٠]، ان قبول المحكمة بالتعويض عن فوات المنفعة في الحقيقة هو تعويض عن تفويت الفرصة لان مالك الأرض لا يملك دليلاً على انه سيزرعها لو لم تمنعه الإدارة وإنّ تقدير التعويض عن تفويتها

بشكل أجمالي يعني التعويض الجزافي لأن المحكمة لم تبين عناصر الضرر على نحو مفصل بل أنها قضت بتعويضه على نحو الأجمال والجزاف.

ولم يكن الأمر مختلف بالنسبة للقضاء الإداريّ العراقي سبق وان اتبع ضمنياً طريقة التعويض الجزافي عن تفويت الفرصة في مجال الوظيفة العامة حيث إلزام الإدارة بتعويض المضرور من فرصة البقاء في الوظيفة مبلغاً مساوياً لمجموع الرواتب الأسمية طيلة مدة الإبعاد على الرغم من انه لم يقم بأي عمل لصالح الإدارة هذا ما بينته المحكمة الإداريّة العليا في حكم لها جاء فيه " لاحظت المحكمة الإداريّة العليا أن المدعي عليه أحال المدعى على التقاعد قبل استحقاقه للتقاعد وتم فيما بعد إلغاء هذا القرار لعدم صحته وإعادة المدعي إلى وظيفته.. وإذ إنّ المدعي أبعد عن الوظيفة بقرار إداري غير صحيح وقد ألغت الإدارة هذا القرار، فمن المقتضى إزالة آثاره ومن بين تلك الآثار التعويض عن الرواتب التي حرم منها طلية مدة الإبعاد وقد أستقر قضاء المحكمة الإداريّة العليا على الحكم بصرف تعويض يعادل الرواتب الأسمية في اثناء فترة الابعاد عن الوظيفة"[٣١].

وعلى الرغم من أننا نتفق مع ما ذهبت اليه المحكمة بضرورة تعويضه عما فاته من كسب نتيجة لتفويت فرصة البقاء في الوظيفة عليه إلّا أنّنا نختلف مع تسبيبها للحكم بالتعويض كونها اشارت الى ان تعويض يكون في مقابل حرمانه من الرواتب طيلة مدة الابعاد بينما في الواقع ان التعويض في مقابل تفويت الفرصة عليه لأن استمراره بالوظيفة لا يعني عدم انقطاعه عنها وان كان يملك فرصة في البقاء فيها وما يبرر ذلك حكم المحكمة نفسه عندما اقتصر التعويض على الرواتب الاسمية من دون غيرها كالمخصصات الثابتة وهو ما يعني منح تعويضا جزئياً يتناسب مع ضرر تفويت الفرصة وليس الحرمان من الميزة لان القول بغير يتطلب من المحكمة ان تزيد التعويض بما يناسب الضرر ومن ثمّ يوفق مجموع الرواتب الأسمية وهذا ما لا يمكن القبول به لان الموظف المبعد لم يقم بأي عمل لصالح الإدارة بسبب قرار الإبعاد ومن ثمّ فإنّ تعويضه يجب ان يكون جزئياً

وقد استقرت المحكمة الإداريّة العليا على تحديد التعويض بمقدار ما كان سيحصل عليه من رواتب اسمية طيلة مدة الإبعاد.

الفرع الثاني

طريقة التعويض المساوي الفرصة

تعد طريقة التعويض المساوي لقيمة الفرصة آخر ما وصل اليه القضاء فيما يتعلق بتحديد التعويض المناسب للمضرور من تفويت الفرصة ولغرض بيانها فإنّنا سنقوم بتحديد معنى الطريقة ودور الاحتمالات فيها.

أولاً : معنى التعويض المساوي للفرصة

أن مقدار التعويض عن تفويت الفرصة يتحدد وفقا لهذه الطريقة بما يساوي قيمة الفرصة الضائعة ودورها في تحقيق الفائدة المرجوة وليس بمقدار الفائدة التي كان بالإمكان تحققها لولا فعل الإدارة، فالقاضي الإداريّ لا بد له من البحث عن قيمة الفرصة الفائتة ومن ثم تقديرها ليقوم بعدها بتقدير التعويض المناسب لضرر تفويتها ويكون ذلك من خلال تحديد دور الفعل الإداريّ في تفويت الفرصة والذي يمكن أن يعبر عنه بجسامة الخطأ بالنسبة للمسؤولية الخطئية إلّا أنّ ذلك اي "جسامة الخطأ" لا يؤثر في تقدير التعويض بالنسبة للمسؤولية غير العمدية أو المسؤولية على أساس المخاطر[٣٢]، واستناداً إلى هذه الطريقة يحدد مقدار التعويض بما يساوي قيمة الفرصة فقط وليس بمقدار الفائدة التي كان المضرور يأمل الحصول عليها فيما لو تحققت [٣٣].

والقاضي عندما يلجأ إلى هذه الطريقة في تقدير التعويض يتوجب عليه أن يحدد أمرين أولهما ما كان سيحصل عليه المضرور فيما لو تحقق فرصته ثم يبين مدى إمكانية تحقق تلك الفرصة ثانياً، ومن خلال ذلك يتوصل إلى تحديد التقدير المناسب لضرر تفويتها ويمكن ايضاح ذلك الأمر بلغة الأرقام عندما يكون تحقق الفرصة التي يكسب صاحبها منفعة مقدارها عشرة آلاف دينار إذا تحققت وأن احتمال تحققها يساوي(٥٠%) فإنّ التعويض المناسب لها يعني منح صاحب الفرصة خمسة

آلاف دينار وأن مقدار هذا التعويض يمكن أن يزداد أو يقل تبعا لدرجة احتمال تحقق الفرصة الفائتة[٣٤]، ما يعني ان التعويض طبقاً لهذه الطريقة يكون مساوياً للضرر الفعلي الذي لحق بالمضرور نتيجة لتفويت الفرصة عليه من دون زيادة أو نقصان ومن أجل الوصول الى مقدار التعويض المساوي لقيمة

الفرصة يلجأ القاضي عادة إلى طريقة التعويض المضاعف التي تتم على مرحلتين:

المرحلة الأوّلى وفيها يقوم القاضي بتحديد الضرر النهائي لما كان المضرور يأمل حصوله أو تجنبه لولا فعل الإدارة الذي فوت عليه هذه الفرصة، وهنا يقوم القاضي بتحديد مبلغ التعويض طبقا للقواعد العامة وبما يغطي الأضرار كافة التي لحقت بالمضرور ففي حالة تفويت الفرصة فرصة المشاركة في منافسات الترقية يقوم القاضي بتقدير الكسب المادي والمعنوي الذي كان الموظف سيحصل عليه لولم يتم حرمانه من المشاركة في تلك المسابقة.

المرحلة الثانية يقوم القاضي من خلالها بدارسة جدية الفرصة وأثرها في تحقيق النتيجة التي كان المدعي يأمل تحققها، فكلما كانت الفرصة ممكنة التحقق كلما زاد معها مقدار التعويض والعكس صحيح، وبعبارة أخرى أن القاضي الإداريّ في هذه المرحلة يقوم بالبحث عن القيمة الذاتية للفرصة الفائتة باعتبارها جزءاً من الضرر النهائي وليس مساوياً له، حيث يقوم بدراسة وتحديد العوامل والإجراءات المختلفة التي يتوقف عليها تحقق الفرصة لولا تفويتها من قبل الإدارة، ثم يقوم بإجراء مقاربة بين الفرصة التي يأمل المضرور تحققها ومجموعة العوامل الأخرى ومن خلال هذه المقاربة يصل مقدار الفرصة بالنسبة للنتيجة المرجوة لولا فعل الإدارة والذي سيؤدي في نهاية المطاف إلى التأثير على مقدار التعويض بالزيادة أو النقصان تبعاً لمقدار الفرصة ذاتها[٣٥] .

ومعنى ذلك ان تقدير التعويض عن تفويت الفرصة يتطلب من القاضي أن يحدد مقدار الكسب الفائت الذي لا يمكن أن يكون إلا احتماليا في حد ذاته ثم يدخل في الكسب مقدار الفرصة ومدى أهميتها في تحقيقه وهو يسعى من خلال ذلك إلى تقدير الضرر الحقيقي الذي لحق بالمضرور

بسبب تفويت الفرصة عليه والمتمثل بحرمانه من حقه في الفرصة الفائتة وكما يقال "ان سلب هذا المركز في حد ذاته يعتبر ضرر محققا وأن كانت نتيجة ممارسته احتمالية" [٣٦]

ولقد لجأ القضاء الإداريّ الفرنسي إلى هذه الطريقة في إطار تقديره للتعويض عن تفويت الفرصة في المجال الطبي نتيجة لتفويت الفرصة على المريض في تجنب المخاطر أو تحسن حالته الصحية أو غيرها من الفرص، إذ سبق وأن إقرار مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض المساوي للفرصة للمرة الأوّلى في العام (٢٠٠٠) عندما قضى بمنح صاحب الفرصة الفائتة تعويضا مساوياً لخمس الضرر الكلي في القضية المعروفة بحكم (Tell) بعد أن قام القاضي الإداريّ بعملية منطيقة قارن من خلالها بين مخاطر العملية الجراحية ومخاطر المرض في حالة عدم اجرائها مستعينا برأي الخبراء الذين أكدوا أن السيد (Tell) كان يملك فرصة لرفض العملية وأن هذه الفرصة تقدربنسبة (٢٠%) وبذلك فإنّه يستحق تعويضا عن تفويتها بما يساوي الفرصة وليس الضرر النهائي[٣٧].

وأما بشأن القضاء الإداريّ في مصر فعلى الرغم من تعدد الحالات التي أقر فيها بمسؤولية الإدارة عن تفويت الفرصة وألزمها بالتعويض عن ضرر تفويتها إلّا أنّه لم يأخذ بالتعويض المساوي لقيمة الفرصة في أي منها بل اقتصر في جميعها على التعويض الجزافي، فمتى ما تأكد من وجود الفرصة وتوافر شروطها وأن فعل الإدارة هو من تسبب بتفويتها قضى بضرورة التعويض للمضرور من تفويتها من خلال تحديده لمبلغ التعويض المستحق عن الأضرار المادية والأدبية التي لحقت بالمضرور من دون أن يبحث في مقدار الفرصة ومقارنتها مع الضرر النهائي وبنفس الاتجاه سار القضاء الإداريّ في العراق.

وتكمن أهم الآثار المترتبة على التعويض المساوي لقيمة الفرصة في الحد من السلطة التقديرية الواسعة التي يتمتع بها القضاء فيما يتعلق بتقدير التعويض عن تفويت الفرصة باعتبارهم مجبرون على الالتزام بأسس محددة ودقيقة وإنّ هذه الطريقة تعد ضمانة حقيقة لمصلحة الفرد والإدارة باعتبار أنها ستجعل التعويض ممكن ولو قلت فرصه متى ما ثبت للقضاء انه كان يتمتع بحد أدنى من

الفرصة وإنّها كفيلة بتحقيق مصلحة الإدارة لان الإدارة غير ملزمة بدفع التعويض إلا بمقدار الفرصة من دون دفع أي مبالغ زيادة عنها[٣٨]، الأمر الذي يتطلب من المحكمة البحث في الاحتمالات الشخصية أو الإحصائية من الوصول إلى مقدار الفرصة كي يتنسى لها تقدير التعويض المناسب لإصلاح ضرر تفويتها.

ثانياً : دور الاحتمالات في تقدير الفرصة

قد يبدو واضحاً أن طريقة التعويض المساوي للفرصة يعني أن يتناسب مع هذه الفرصة تناسبا طرديا إلّا أنّ ذلك القول لا يخلو من غموضٍ أو تعقيد يرتبط بالفرصة ذاتها وكيف يمكن للقاضي أن يحدد مقدارها بالنسبة للضرر النهائي لفقدان الميزة التي كان صاحبها يأمل تحقيقها، بعبارة أخرى فإنّ القاضي لا يملك سلطة مطلقة في تقدير الفرصة إنما يتم ذلك من خلال الرجوع إلى الاحتمالات التي من شأنها زيادة الفرصة أو انقاصها الى حد الانعدام وهي اما تكون احتمالات شخصية أو موضوعية:.

أ- الاحتمالات الذاتية (الشخصية)

تعد العوامل الذاتية من أهم العوامل التي يمكن أن تؤثر على مقدار التعويض عن تفويت الفرصة من قبل الإدارة ولذلك غالبا ما نجد أن القاضي الإداريّ عند تقديره للتعويض يعتد بالظروف الشخصية للمضرور وان كان التعويض يقدر بالقياس إلى مقدار الضرر الذي لحق بالمضرور لا بمقدار الخطأ، وهذا يعني ان القاضي عندما يقوم بتقدير التعويض فإنّه ينظر إلى الظروف الشخصية بشكل منفرد لكل حالة[٣٩]، وتبعاً لسلطة القاضي الواسعة فيما يتعلق بتكوين عقيدته في ترجيح الكسب المحتمل على الخسارة فإنّ القضاء قد قضى بتعويض فتاة نتيجة لبتر ساقها بسبب حادث تعرضت له مما أدى إلى تفويت فرصتها في الحصول على وظيفة مضيفة طيران على الرغم من ان حصولها على تلك الوظيفة احتمالي إلّا أنّ المحكمة قدد بررت ذلك تبعا لظروفها الشخصية وما تتمتع به من خبرة سابقة مما يجعلها مؤهلة لشغل تلك الوظيفة لولا تفويت الفرصة عليها[٤٠].

وطبقا لذلك فإنّ الحق في التعويض يثبت لمن فوتت عليه الإدارة فرصة التوظيف نتيجة حرمانه من التقدم لاختبارات المؤهلة لشغل تلك الوظيفة متى ما ثبت لدى المحكمة أن ظروفه الشخصية تؤهله لشغلها وأنه قد أنتظر هذه الفرصة لمدة طويلة وأن احتمالية تحقق تلك الفرصة كانت كبيرة لولا فعل الإدارة وهذا يتطلب من القاضي ان يقف على حالة المتضرر وظروفه الشخصية من دون الاهتمام بالظروف الأخرى أو الظروف الشخصية للغير[٤١]، وفي كلا الحالتين نجد ان التعويض يرتبط ارتباطاً مباشراً بالظروف الشخصية لمن فاتت عليه الفرصة إذ أن الفتاة في الحالة الأوّلى كانت تتمتع بالخبرة في مجال الطيران فضلا عن طبيعة دراستها الأمر الذي أدى الى القول بان بتر ساقها قد حرمها من فرصة العمل كمضيفة طيران في المستقبل وهو ما لا يمكن قبوله متى ما كانت ظروفها الشخصية وطبيعة دراستها لا توحي بذلك.

والأمر سيان بالنسبة لمن حرم من فرصة المشاركة في الامتحان المؤهل للوظيفة العامة فإنّ القضاء وتبعا للظروف الشخصية للمدعي يمكن أن يقضي بمسؤولية الإدارة ومن ثم يلزمها بالتعويض عن تفويت تلك الفرصة إذا ثبت أن المدعي أحد الطلاب المتفوقين وأن حرمانه من فرصة المشاركة في الامتحان يستوجب التعويض بما يناسب الفرصة الفائتة، وهذا يعني ان مقدار التعويض عن تفويت فرصة المشاركة في الامتحان يختلف من طالبٍ الى آخر تبعا للظروف الشخصية لكلا منهم، فالطالب المتفوق والحريص يستحق تعويضا أعلى مما يستحقه غيره من الطلاب إذا كان الأخير ممن يتسم بالكسل والخمول[٤٢]، وفي ضوء ما تقدم نجد ان الظروف الشخصية تلعب دوراً مهماً في تحديد مقدار التعويض المناسب لتفويت الفرصة من قبل الإدارة خصوصا في الحالات التي يوجد فيها أكثر من شخص تم حرمانهم من فرصة معينة قد تبدو واحدة بالنسبة لهم كفرصة المشاركة في اختبارات التوظيف إلّا أنّ الظروف الشخصية لمن فاتت عليه الفرصة تختلف من شخص إلى آخر مما يعني اختلاف التعويض تبعا لتلك الظروف.

ب- الاحتمالات الرياضية (الإحصائية)

ليس لأحد أن يعرف بالتحديد النتيجة التي يمكن أن تحصل في النهاية لولا فعل الإدارة باعتبار اننا نكون أمام احتمالين متعاكسين الأوّل ما يتوقعه صاحب الفرصة والمتمثل في تحققها اما الثاني وهو الذي يعاكسه ويتوافق مع عدم تحقق تلك الفرصة ولو لم تقم الإدارة باي فعل وهذا يتطلب من القاضي البحث في هذه الاحتمالات ليصل إلى معرفة مدى إمكانية تحقق الفرصة من عدمها من خلال إتباعه للاحتمال الرياضي والذي يتطلب منه تحديد نسبة عدد الاحتمالات التي يمكن أن تحقق معها الفرصة فلو أعلنت الإدارة عن مسابقة لشغل ستة درجات وظيفية للتعين على ملاك أحد مؤسساتها، وقد خصص نصفها للتخصصات الإنسانية ونصفها الآخر للتخصصات الهندسية فإنّ احتمال تعيين مخرجات كليات القانون في الحقيقة يساوي (٦/١) لان الإدارة لم تخصص إلا درجة وظيفية واحدة من الدرجات الستة لهذا العنوان، بينما احتمالية الحصول تعيين مخرجات الكليات الإنسانية (٣/١) طالما ثلاثة من الدرجات الستة المعلن عنها تتوافق مع هذا الاحتمال في حين أن احتمالية تعيين مخرجات المجموعة الطبية لا يمكن أن تكون إلا صفراً لأن الدرجات المعلن عنها لم تخصص أي درجة للمجوعة الطبية وهذا يعني أن تحقق هذه الفرصة لا يكون إلا صفر لأن الفرصة لا وجود لها بهذه الطريقة يمكن تبسيط الاحتمال الرياضي لحساب الفرصة وتحديد التعويض المناسب لها وان كان ذلك لا ينطبق تماما مع مفهوم الفرصة لأن القول ان فرصة الشفاء للمدعي تحدد بنسبة (١٠%) لان عشرة اشخاص فقط من مجموع مائة مريض ممن يعانون من نفس حالة المضرور قد تماثلوا للشفاء لا ينفي حقيقة ان يكون نسبته أعلى ادنى من ذلك وهذا هو اليقين النسبي[٤٣]

وبذلك نجد ان العامل الإحصائي يعد من بين المعايير التي يتبعها القضاء للوصول إلى معرفة مقدار الفرص ومن ثم تحديد التعويض المناسب لها، إذ يمكن للقاضي أن يصل لمقدار الفرصة والتعويض عنها من خلال اتباعه لطريقة حسابية دقيقة من خلال ترجمتها الى معادلات رياضية

مكونة من مجموعة من الرموز والأرقام من ذلك مثلاً أن الفرصة يمكن أن تجلب لصاحبها كسباً يقدر بمائة الف دينار فيما لو تحققت وان احتمال تحقق هذا الكسب يساوي (٢٠ أو ٢٥%) من مقدار الكسب الإجمالي لتحقق الفرصة فإنّ المضرور يستحق تعويضا مساوياً لتلك الفرصة وهو ما يعني انه يستحق مبلغ مقداره عشرون الفا في الأوّلى وخمسة وعشرون الفاً في الثانية وان مقدار هذا التعويض يمكن أن يزداد أو يتناقص تبعا لمقدار الفرصة واحتمال تحقق الكسب المأمول منها.

وعلى الرغم من دقة العوامل الإحصائية في تحديد مقدار التعويض عن تفويت الفرصة إلّا أنّها غير مناسبة لبعض حالات تفويت الفرصة بل لا بد من اللجوء إلى غيرها من العوامل ويوضح (تيري فوسير) هذه الفكرة من خلال المثال الآتي " عندما يثبت أن الجريمة لم يكن من الممكن ان يرتكبها إلا شخص أعسر فسيبدو من المرجح جداً أن القاتل من بين المتهمين الاربعة هو الشخص الوحيد الأعسر هنا يبدوا الاحتمال الذاتي أكثر دقة وأقرب إلى الحقيقة من الاحتمال الرياضي لأن إتباع القاضي للاحتمال الرياضي سوف يؤدي إلى القول أن نسبة ان يكون الفرد الاعسر هو القاتل تساوي (٢٥%) لأنهم أربعة متهمين والجريمة واحدة " (٤٤)

ومهما كانت الطريقة المتبعة في تقدير التعويض عن تفويت الفرصة فإنّه يبقى تعويضا جزئيا باعتبار ان تفويت الفرصة ليس ضررا حقيقيا او نهائيا انما هو ضرر جزئي يساوي لمقدار الفرصة التي تم تفويتها وان التعويض عن هذا الضرر لا يكون الا بمقدار احتمال تحققها، ومن جانب اخر فإنّ القاضي وان كان يتمتع بسلطة واسعة لاختيار طريقة التعويض المناسبة إلّا أنّ هذه السلطة تبقى مقيدة بقيود عدة منها ما يتعلق بمقدار الفرصة وطريقة معرفة عتبتها فضلا عن مدى تأثير رأي الخبير على تحديد مقدار التعويض .

الخاتمة:

بعد ان بينا مفهوم تفويت الفرصة في القانون الاداري وتحديد طبيعة ضرر تفويتها وطرق تقدير التعويض عن ضرر تفويتها فضلا عن دراسة الاحتمالات ودورها في تحديد مقدار التعويض المناسب فأننا سنحاول بيان اهم الاستنتاجات فضلا عن تقديمنا لعدد من التوصيات .

اولا : الاستنتاجات

١- من خلال دراستنا لنظرية تفويت الفرصة في القانون الإداري نجد ان الفرصة في القانون الإداري تعني (المركز الذي يمنح صاحبه ميزة الحصول على كسب مرجح أو تفادي خسارة مرجح تجنبها إذا ما استمرت الاجراءات الإدارية طبقا للمجرى العادي لها)، بينما تفويت الفرصة يعني (نوع من الأضرار الفعلية التي تصيب المضرور نتيجة لتفويت الفرصة عليه من قبل الإدارة مما يلزمها بالتعويض عن ذلك الضرر).

٢- إن الطبيعة المزدوجة للفرصة بوصفها مركزاً قانونياً يعتد به من قبل القانون والقضاء وميزة يأمل صاحبها في نهايتها تحقق مكسب او تجنب خسارة انعكست على ضرر تفويتها كونه يؤدي إلى ضررين هما الضرر الحقيقي الذي يؤدي إلى قيام المسؤولية ويلزم الإدارة بالتعويض وهذا الضرر يتناسب طرديا مع الفرصة الفائتة باعتبارها مركزاً قائماً بذاته، واما الضرر الآخر فهو ضرر فقدان الميزة التي يسعى صاحب الفرصة إليها ولانها (الميزة) احتمالية فان ضررها لا يكون إلا احتمالياٍ وبالتي لا يمكن التعويض عنه.

٣- أن تفويت الفرصة يلزم الإدارة بالتعويض عنها وأن كان ذلك لا يخفي الصعوبات المرتبطة بتفويت الفرصة في كل من القانون الإداري والعادي إذ ان ما تقدم يسمح لعدم اليقين ليكون هو السبب لقيام المسؤولية الإدارية عن تفويت الفرصة وبذا تخرج عن الشروط الكلاسيكية للمسؤولية الإدارية لا سيما تلك المتعلقة بشرطي الضرر والعلاقة السببية لأن كلامها يخضع لشرط اليقين بشكلٍ عام لكن القضاء يكتفي بالإحتمال المرجح في نظرية تفويت الفرصة .

٤- ان السوابق القضائية تشير إلى ان القضاء يتبع أما طريقة التعويض الجزافي أو طريقة التعويض المساوي لقيمة الفرصة والمحكمة تكتفي في الأول بالإقرار بتفويت الفرصة وتحديد التعويض المناسب لضرر تفويتها من دون الدخول بأية تفاصيل، بينما تبحث في الثانية عن مقدار الفرصة والكسب النهائي من خلال اللجوء إلى الإحتمالات الذاتية(الشخصية) أو الإحصائية(الرياضية) من أجل الوصول إلى تحديد التعويض المناسب لضرر تفويتها، وإن من أهم الآثار التي تترتب على التعويض المساوي لقيمة الفرصة تكمن في امكانية تعدد الفرص وتعدد المسؤولين عن تفويتها.

ثانيا : التوصيات

١- انسجاماً مع ارادة المشرع الدستوري في تحقيق مبدأ تكافؤ الفرص بين الجميع في المجالات كافة وبما يؤدي إلى احترام الفرصة وعدم تفويتها من قبل الإدارة نقترح على المشرع العراقي مراجعة القوانين الناظمة لعلاقة الفرد بالإدارة والتي من بينها قانون الصحة العامة رقم (٨٩ لسنة ١٩٨١) المعدل وقانون العجز الصحي رقم (١١لسنة ١٩٩٩) المعدل وقانون ادارة البلديات رقم (١٦٥ لسنة ١٩٦٤)المعدل وغيرها من القوانين الناظمة للعلاقة بين المواطن والإدارة أو بين الموظف والإدارة، وتضمينها نصوصاً واضحة وصريحة تلزم الإدارة بالتعويض عن ضرر تفويت الفرصة.

٢- بالنظر لصعوبة اثبات العلاقة السببية في العديد من الحالات التي تتسبب فيها الإدارة بتفويت الفرصة فاننا نقترح على القضاء الإداري العراقي إعادة النظر بمبادئ الإقرار بتوافر العلاقة السببية في الحالات التي لا يتوافر فيها اليقين بين عمل الإدارة والضرر إلا انها (العلاقة السببية) تكون على قدر من الرجحان من خلال اللجوء إلى نظرية تفويت الفرصة وما تفرضه من البحث في الاحتمالات من أجل الوصول إلى الحالة التي يمكن معها الإقرار بتوافر العلاقة السببية على أساس الرجحان بدل اليقين إذا ما وجدت ان الأدلة تؤيد ذلك.

٣- بالنظر لاختلاف الفرص الفائتة من شخص الى اخر فاننا نقترح على القضاء الاداري العراقي الاخذ بمبدأ التعويض المساوي لقيمة الفرصة وتحديد لتعويض المناسب لها بعد الاستعانة بكل من الاحتمالات الذاتية والاحصائية وحسب الحالة التي تعرض امامه كون ذلك يساعد في تحديد مقدار التعويض على نحو دقيق فضلا عن امكانية تعدد الفرص وتعدد المسؤولين عن تفويتها.

الهوامش:

([1])Daniel Lourd,de la,Expert près la Cour d'appel et la Cour administrative d'appel de Lyon,La perte de chance devant les juridictions administratives,Colloque La perte de chance du 19-11-2018,p8.

([2]) - Lesourd Noello , le perte dune chance, Gazette du palais, 1993,p49.

([٣]) هذا ما ذهبت اليه السيدة (Alice Minet) في إطروحتها للدكتوراه حول تفويت الفرصة في القانون العام والتي جاءت بعنوان (LA PERTE DE CHANCE EN DROIT ADMINISTRATIF) "ضياع الفرصة في القانون الإداري"، التي قدمتها إلى جامعة (l'Université Panthéon-Assas (Paris II) في العام (2014) ، وقد تكونت هذه الدراسة من (٥٤٤) صفحة تناولت أغلب ما يتعلق بضياع الفرصة في القانون الإداري وموقف مجلس الدولة الفرنسي، وقد حازت على جائزة نقابة المحامين ومحكمة النقض في فرنسا، وما تزال الدراسة الموسعة الوحيدة في هذا المجال لغاية كتابة دراستنا هذه، والتي غالبا ما يتم الرجوع اليها من قبل الباحثين عند الحديث عن ضياع الفرصة في القانون والقضاء الإداري.

([4])-Alice Minet, la perte de chance en droit administratif , LGDT, paris, 2014, p29.

([٥]) بوبكر امزياني ، مسؤولية الطبيب عن تفويت الفرصة على المريض في ضوء القانون المغربي والمقارن، مجلة منازعات الأعمال، جامعة الحسن الأول، المغرب، العدد ٢٨ ،٢٠١٧، ص١٢٥.

([٦]) د.حمدي أبو النور السيد ، التعويض عن تفويت الفرصة في ضوء أحكام القضاء الإداري ، مجلة المعيار، كلية الإمام مالك للشريعة والقانون، دبي، العدد٢، ٢٠١٣، ص١٣٣ .

(٧) د. محمد المرسى زهرة، المصادر غير الإرادية للإلتزام (الفعل الضار والفعل النافع)، ط١، مطبوعات الجامعة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، ٢٠٠٢، ص١٦٠.

(٨) د. علي بابكر ابراهيم، التعويض عن تفويت الفرصة الناجمة عن الإخلال بعقود الإيجار في المملكة العربية السعودية (دراسة تحليلية)، مجلة الجامعة الإسلامية للعلوم الشرعية، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة ، مجلد ٥٥، العدد٢٠، ٢٠٢٢، ص٤٥٣.

(٩) د. حسن ذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، ج١، ط١، دار وائل، الاردن ، ٢٠٠٦، ص٢١١.

(١٠) علياء زامل مشتت، التزام الطبيب بالتبصير الطبي وأثر الإخلال به في فوات الفرصة (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة بغداد، كلية القانون،٢٠١٩،ص١١٢.

(11)Régis FRAISSE, Conseiller d'État, Président de la Cour administrative d'appel de Lyon, Introduction du Colloque, Colloque La perte de chance du 19-11-2018, p10.

(١٢) د. يوسف زكريا عيسى ارباب، التعويض الناشئ عن تفويت الفرصة أحكامه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والقانون دراسة مقارنة ، شركة مطابع السودان، السودان، ٢٠١١، ص٨٥.

(١٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن رقم(٤٣٧٨ و٤٤١٢ في ١٩٢٢/٥/٣١) لسنة٣٥ق، أشار اليه د.محمد ماهر أبو اليعنين ، التعويض عن أعمال السلطات العامة، التعويض عن أعمال السلطة التنفيذية، المركز القومي للإصدارت القانونية، القاهرة، ط١، ٢٠١٣، ص٥٠٣.

(١٤) حكم محكمة التمييز العراقية بالطعن رقم (٢٠٩/هيئة عامة أولى/ ٩٧٢ في ١٩٧٣/٦/٢) منشور في النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الرابعة، ص٧٦.

(١٥) د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١ ،٢٠٠٨، ص٥٥٥.

(16)-« qui ne s'est p réalisé, dont le requérant craint simplement qu'il ne se produise ». Alice Minet, LA Perte de chance en dorit administrative , op. cit, p116.

(17) -C.E. 19 Janvier 1951, Consorts Zanagani, R. P832

اشار اليه د.وليد فاروق جمعة ، الضرر المستحق التعويض في مجال المسؤولية الإداريّة دراسة مقارنة في القضاء الإداريّ الفرنسي والمصري ، المجلة المصرية للدراسات القانونية والإقتصادية، العدد ٨، ج١ ،٢٠١٦، ص٢٢٢.

(١٨) حكم المحكمة الإداريّة العليا المصرية بالطعن رقم (٧٠٠ في ٢٠٠١/٦/١٧)، المكتب الفني ، المجموعة لسنة ٤٠ق، ص٢١٧١ منشور على الموقع https://ahmedazimelgamel. تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٤/٢٢.

(١٩) حكم محكمة التمييز العراقية بالطعن رقم (٨٢/٢٢١،) منشور في مجموعة الاحكام العدلية، العدد٢، س١٣، ١٩٨٢،ص٢١. اشار اليه عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، ط١، منشورات دار الثقافة، عمان، ١٩٩٨، ص٣٧.

(٢٠) د.شريف الطباخ، الموسوعة الشاملة في التعويضات في ضوء القضاء والفقه، مصدر سابق،ص٢١٨-٢٢٠

(٢١) د.ذنون يونس صالح المحمدي، تعويض الأضرار الواقعة على حياة الإنسان وسلامة جسده (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٢، ص٩٨.

(٢٢) ينظر المادة (١) من قانون تعويض المتضررين الذي فقدوا جزءاً من أجسادهم جراء ممارسات النظام البائد رقم (٥) لسنة ٢٠٠٩.

(٢٣) ينظر المادة (٢) من قانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والاخطاء العسكرية والعمليات الإرهابية رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٩.

(٢٤) ينظر المادة (٩) من قانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الإرهابية رقم(٢٠) لسنة ٢٠٠٩.

(25)-Laurence Butet, Le perte de chance en matiere de responsabilite medicalie, memoire, op.cit, p71.

(٢٦) رضوان عبد الله حامد الربيعي، التعويض عن تفويت الفرصة (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الموصل، كلية الحقوق، ٢٠٢١، ص١٤١.

(٢٧) د.مصطفى راتب حسن، التعويض عن فوات الفرصة، مجلة كلية القانون والشريعة بأسيوط، مصر، المجلد٢٨، العدد ٢٨، ٢٠١٦.، ٧٨٦.

(28)- C.A.A. Paris, Ass. Plen, 9 juin 1988 . Cité in R.F.D.A, N 3, P640.

(٢٩) حكم المحكمة الإداريّة العليا المصرية بالطعن رقم(٣٥١٦علياً/في١٩٩٣/١/٩)، لسنة ٣٦ ق، أشار اليه د.محمد ماهر أبو العينين، التعويض عن أعمال السلطة التنفيذية وفقا لقضاء محاكم النقض والدستورية والإداريّة العليا، مصدر سابق، ص١٣٢.

(٣٠) حكم محكمة التمييز الاتحادية رقم (٨/أجر مثل/٢٠١٠ في ٢٠١٠/١١/١٠)، المشار اليه فيما سبق.

(٣١) حكم المحكمة الإداريّة العليا بالطعن رقم(١٥٧/قضاء موظفين/تمييز/٢٠٢١ في ٢٠٢٢/١٠/٢٠) منشور في مجموعة قرارات وفتاوى مجلس الدولة لعام ٢٠٢٢، ص٣٦٣.

(٣٢) د. حمدي أبو النور السيد ، التعويض عن تفويت الفرصة في ضوء أحكام القضاء الإداريّ، مصدر سابق ، ص١٠٧.

(٣٣) ليدية صاحب، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية،رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، الجزائر، ٢٠١١،ص١٣٣.

(٣٤) د. مصطفى راتب حسن، التعويض عن فوات الفرصة، مصدر سابق، ص٧٦٩.

(35)–Yves Chartier, La reparation du prejudice dans la responsabilie civile , Dalloz, paris, p687.

(٣٦) د.خليل سعيد خليل إعبيه، التعويض عن تفويت الفرصة،(دراسة مقارنة)، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، ٢٠١٧، ص١٠٥.

(٣٧) د. مصطفى راتب حسن، التعويض عن فوات الفرصة، مصدر سابق، ص٧٨٨.

(38)–CAA de NANCY, 3ème chambre, 19NC01789. 17/05/2022.

منشور على الموقع https://www.legifrance.gouv.fr ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٨/١٨.

(٣٩) د. حمدي، أبو النور السيد، التعويض عن تفويت الفرصة في ضوء أحكام القضاء الإداريّ، مصدر سابق،ص١٠٤.

٤٠) د.محمد محي الدين ابراهيم سليم، نطاق الضرر المرتد (دراسة تحليلية لنظرية الضرر المرتد)، ط١، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧،ص٨٤.

(٤١) د. محمد لبيب شنب، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية، ١٩٨٥، ص١١٢.

(٤٢) د. محمد محي الدين إبراهيم، نطاق الضرر المرتد، مصدر سابق، ص ٨٥.

(43)–Alice Minet, LA Perte de chance en droit administratif, op.cit,p47.

(44)–Alice Minet, LA Perte de chance en droit administratif, op.cit,p153.

المصادر

أولا : الكتب

١- د. محمد المرسى زهرة، المصادر غير الإرادية للإلتزام (الفعل الضار والفعل النافع)، ط١، مطبوعات الجامعة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، ٢٠٠٢.

٢- عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، ط١، منشورات دار الثقافة، عمان، ١٩٩٨.

٣- د. حسن ذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، ج١، ط١، دار وائل، الاردن ، ٢٠٠٦.

٤- د. يوسف زكريا عيسى ارباب، التعويض الناشئ عن تفويت الفرصة أحكامه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والقانون دراسة مقارنة ، شركة مطابع السودان، السودان، ٢٠١١.

٥- د.خليل سعيد خليل إعبيه، التعويض عن تفويت الفرصة،(دراسة مقارنة)، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، ٢٠١٧.

٦- د.محمد ماهر أبو اليعنين ، التعويض عن أعمال السلطات العامة، التعويض عن أعمال السلطة التنفيذية، المركز القومي للإصدارت القانونية، القاهرة، ط١، ٢٠١٣.

٧- د.محمد محي الدين ابراهيم سليم، نطاق الضرر المرتد (دراسة تحليلية لنظرية الضرر المرتد)، ط١، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

٨- د. محمد لبيب شنب، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية، ١٩٨٥.

٩- د.ذنون يونس صالح المحمدي، تعويض الأضرار الواقعة على حياة الإنسان وسلامة جسده (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٢.

ثانيا : الرسائل والاطاريح الجامعية

١- علياء زامل مشتت، التزام الطبيب بالتبصير الطبي وأثر الإخلال به في فوات الفرصة (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة بغداد، كلية القانون،٢٠١٩.

٢- رضوان عبد الله حامد الربيعي، التعويض عن تفويت الفرصة (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الموصل، كلية الحقوق، ٢٠٢١.

٣- ليدية صاحب، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، الجزائر، ٢٠١١.

ثالثا : البحوث والمقالات العلمية

١- بوبكر امزياني ، مسؤولية الطبيب عن تفويت الفرصة على المريض في ضوء القانون المغربي والمقارن، مجلة منازعات الأعمال، جامعة الحسن الأول، المغرب، العدد ٢٨ ،٢٠١٧.

٢- د.حمدي أبو النور السيد ، التعويض عن تفويت الفرصة في ضوء أحكام القضاء الإداري ، مجلة المعيار، كلية الإمام مالك للشريعة والقانون، دبي، العدد٢، ٢٠١٣.

٣- د. علي بابكر ابراهيم، التعويض عن تفويت الفرصة الناجمة عن الإخلال بعقود الإيجار في المملكة العربية السعودية (دراسة تحليلية)، مجلة الجامعة الإسلامية للعلوم الشرعية، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة ، مجلد ٥٥، العدد٢٠، ٢٠٢٢.

٤- د.وليد فاروق جمعة ، الضرر المستحق التعويض في مجال المسؤولية الإداريّة دراسة مقارنة في القضاء الإداريّ الفرنسي والمصري ، المجلة المصرية للدراسات القانونية والإقتصادية، العدد ٨، ج١ ،٢٠١٦.

رابعا: التشريعات

١- قانون تعويض المتضررين الذي فقدوا جزءاً من أجسادهم جراء ممارسات النظام البائد رقم (٥) لسنة ٢٠٠٩.

٢- قانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الإرهابية رقم(٢٠) لسنة ٢٠٠٩.

خامسا: المصادر الأجنبية

1- Daniel Lourd,de la,Expert près la Cour d’appel et la Cour administrative d’appel de Lyon,La perte de chance devant les juridictions administratives,Colloque La perte de chance du 19-11-2018.

2- Lesourd Noello , le perte dune chance, Gazette du palais, 1993.

3- Alice Minet, la perte de chance en droit administratif , LGDT, paris, 2014.

4- Régis FRAISSE, Conseiller d'État, Président de la Cour administrative d'appel de Lyon, Introduction du Colloque, Colloque La perte de chance du 19-11-2018.

5- Yves Chartier, La reparation du prejudice dans la responsabilie civile , Dalloz, paris.