جـامعـــة النجاح الوطنية

كليـــة الدراســـات العليـــا

المسؤولية المدنية للمحامي عن تفويت الفرصة

إعداد

عمرو مصباح توفيق أبو كشك

إشراف

د. مؤيد حطاب

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجه الماجستير في القانون الخاص، من كلية الدراسات العليا، في جامعة النجاح الوطنية، نابلس– فلسطين.

2022

المسؤولية المدنية للمحامي عن تفويت الفرصة

إعداد

عمرو مصباح توفيق أبو كشك

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ 21/ 12 / 2022 وأجيزت:

أعضاء لجنة المناقشة	التوقيع
1. د. مؤيد خطاب (مشرفاً ورئيساً)	.....
2. د. محمد عمارنه (ممتحناً خارجياً)	.....
3. د.اشرف حسين (ممتحناً داخلياً)	.....

الإهداء

إلى من هم اكرم منا جميعا إلى أقمار هذا الوطن الذين بذلوا أرواحهم ودماءهم الطاهرة سراجا ينير هذه الأرض.

إلى صناع الأمجاد الناظرين لبزوخ شمس الحرية والعودة الميمونة لعائلاتهم إلى الأسرى والمبعدين، وإلى جرحى هذا الوطن المكلوم.

إلى روح عمي العزيز الذي لا يغيب عنا طيفه إلى الغائب الحاضر المرحوم/ الأستاذ زاهر توفيق ابو كشك.

إلى من شرفني بحمل اسمه وزرع في قلبي شغف العلم والمعرفة وإلى من حملتي على كتفيه لأصعد في سلم العلم والعلماء، إلى معلمي الأول وملهمي الأبدي والدي العزيز.

إلى من سكبت عصارة عمرها زيتا تضيء به سراج حياتي إلى والدتي الغاليه .

إلى إخوتي الأعزاء ورفاق دربي (أسيل، أحمد، عبد الناصر)، وزهرات القلب (سلمى وجوليا) .

وإلى كل من علمني حرفا، الى أساتذتي وعلميني الأفاضل في جميع المراحل الدراسيه ، وخاصة أستاذتي ومعلمتي المحامية عبير توفيق ابو كشك

إلى كل من ساندني ولو بابتسامة، إلى جميع الأصدقاء والأحبه لكل منكم اسمه ولقبه ومسماه ومكانه في قلبي .

اليكم جميعًا اهدي ثمره عملي المتواضع هذا.

الشكر

أتقدّم بخالص الشّكر وجزيل العرفان إلى جامعة النجاح الوطنية، وإلى كليّة الدّراسات العليا في الجامعة ممثّلةً بعميدها وأساتذتها الأفاضل، وجميع العاملين فيها.

كما أتقدّم بجزيل الشّكر والعرفان إلى أستاذي الدكتور **:مؤيد خطاب** المشرف على هذه الرّسالة، لما قدَّمَه لي من جهد وافر وخيّر أعانني على إنجاز هذا العمل.

وكما أتقدم بالشكر للأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة، **الدكتور القدير محمد عمارنه ، والدكتور القدير أشرف ملحم** لما لهم من فضلٍ في إثرائها بملاحظاتهم وإرشاداتهم، التي من شأنها الارتقاء بجودة هذا العمل وإخراجه بالشَّكل المطلوب.

كما أتقدم بالشّكر والامتنان إلى كل مَنْ مدَّ لي يد العون والمساعدة بتزويدي بكافَّة المعلومات التي كانت ذات أهميّةٍ في إعداد هذه الدّراسة وخروجها بالشَّكل المطلوب. وإلى كل مَنْ قدم لي يد المساعدة طوال فترة دراستي إلى هذه اللحظة.

الإقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل عنوان:

المسؤولية المدنية للمحامي عن تفويت الفرصة

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة هي نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة اليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أية درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

اسم الطالب: _____

التوقيع: _____

التاريخ: _____

فهـرس المحتويـات

الإهداء ..... ج

الشكر ..... د

الإقرار ..... هـ

فهرس المحتويـات ..... و

الملخص ..... ح

المقدمة 1

أهمية الدراسة 1

أهداف الدراسة 2

مشكلة الدراسة 3

تساؤلات الدراسة 3

نطاق وحدود الدراسة والمنهجية المتبعة 3

الدراسات السابقة 4

الفصل الأول: التأصيل الفقهي والقانوني لضرر تفويت الفرصة والتعويض عنها 6

المبحث الأول: الضرر الناجم عن تفويت الفرصة وأساس مسؤولية المحامي عنه 7

المطلب الأول: المقصود بالضرر عن تفويت الفرصة وعناصره وصوره 8

الفرع الأول: ماهية الضرر في تفويت الفرصة والاراء الفقهيه حوله 8

الفرع الثاني: عناصر ضرر تفويت الفرصة وصوره 18

المطلب الثاني: مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة وموقف التشريعات الفلسطينية منها 23

الفرع الأول: أساس المسؤولية المدنية للمحامي 23

الفرع الثاني: موقف التشريعات الفلسطينيه من التعويض عن تفويت الفرصة 34

المبحث الثاني: علاقة السببية في ضرر تفويت الفرصة وأحكام التعويض عنه 37

المطلب الأول: نظريات العلاقة السببية للتعويض عن ضرر تفويت الفرصة وموقف التشريعات منها ... 38

الفرع الأول: نظريات العلاقة السببية ومدى صلاحيتها على تفويت الفرصة 39

الفرع الثاني: موقف قانون المخالفات المدنية من العلاقة السببية 42
المطلب الثاني: مبادئ وشروط التعويض عن تفويت الفرصة 44
الفرع الأول: الشروط الخاصة بالتعويض عن ضرر تفويت الفرصة 44
الفرع الثاني: تحديد قيمه الفرصة الفائتة وتقدير التعويض عنها 48
الفصل الثاني: تطبيقات خطأ المحامي عن تفويت الفرصة وموانع مسؤوليته 56
المبحث الأول: خطأ المحامي في تفويت الفرصة وتطبيقاته 57
المطلب الأول: أخطاء المحامي المرتبطة بالإجراءات وتطبيقاتها 58
الفرع الأول: تقديم الدعاوي والطعون واللوائح بشكل معيب وخارج المدد القانونية 59
الفرع الثاني: أخطاء المحامي المرتبطة بإثارة الدفوع أثناء المحاكمة 66
الفرع الثالث: خطأ المحامي في تقديم البينات المتعلقة بالدعوى وتفويت فرصة تقديمها 72
المطلب الثاني: تطبيقات خطأ المحامي الناتج عن الجهل بالقانون والإهمال والتقصير 78
الفرع الأول: خطأ المحامي الناتج عن الجهل بالقانون والاستقرار القضائي 78
الفرع الثاني: خطأ المحامي الناتج عن الإهمال والتقصير 85
المبحث الثاني: دعوى المسؤولية المدنية للمحامي وموانع مسؤوليته 87
المطلب الأول: شروط قبول دعوى مسؤولية المحامي المدنية 87
الفرع الأول: شرط المصلحة 88
الفرع الثاني: شرط الأهلية 92
المطلب الثاني: موانع مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة 95
الفرع الأول: القوة القاهرة أو الحادث الفجائي 95
الفرع الثاني: خطأ المضرور وفعل الغير 101
الخاتمة 112
أولاً– النتائج: 112
ثانياً – التوصيات: 114
المراجع العلمية 116
Abstract ..... b

المسؤولية المدنية للمحامي عن تفويت الفرصة

إعداد

عمرو مصباح توفيق أبو كشك

إشراف

د. مؤيد حطاب

الملخص

هدفت هذه الدراسة إلى البحث في مسؤولية المحامي المدنية عن تفويت الفرصة حيث قام الباحث بعرض ماهية ضرر تفويت الفرصة وطبيعته، وبيان صوره وعناصره والجدل الفقهي والقضائي حول إمكانية التعويض عنه، وموقف الفلسطينية منه، وكذلك قام الباحث بدراسة أركان المسؤولية المدنية بشكل عام وتطويع القواعد العامة على مسؤولية المحامي المدنية عن تفويت الفرصة، وذلك من خلال دراسة النظريات الفقهية الخاصة بالعلاقة السببية بين الخطأ والضرر وقياس مدى صلاحية تطبيق هذه النظريات على مسألة تفويت الفرصة بشكل عام، وعلى مسؤولية المحامي عنها بشكل خاص، ومدى تناسبها مع طبيعة عمله، وبيان النظرية التي تبنتها التشريعات الفلسطينية النافذة .

كما قام الباحث ببيان شروط التعويض عن ضرر تفويت الفرصة، وذلك بدراسة الشروط الخاصة التي يجب توافرها لتكون الفرصة الضائعة ضرراً محققاً يستوجب التعويض عنها، وكيفية تقدير قيمة الفرصة ومعايير تحديد قيمتها، وعرض الآراء الفقهية الخاصة بذلك وقياس مدى صلاحية تطبيق كل منها وبيان الرأي الأنسب للتطبيق عليها، ودراسة مبدأ التعويض عن ضرر تفويت الفرصة وعرض طريقه حساب التعويض الجزئي عنها وتطبيقات عمليه في موضوع الدراسة.

وقام الباحث بعرض العديد من التطبيقات العملية لبعض الأخطاء التي قد يقع فيها المحامي أثناء ممارسة عمله، سواء تلك المرتبطة بالجانب الإجرائي أو تلك الناتجة عن الجهل بالقانون، والأخطاء تكون نتيجة إهماله وتقصيره في متابعة العمل المكلف به؛ وذلك من خلال دراسة نصوص القوانين الفلسطينية الناظمة

لإجراءات التقاضي والإثبات في الدعاوي الحقوقية والجزائية، والتشريعات التي تنظم أعمال المحاماة وآدابها والقوانين التي تحكم التعويض، وبيان طبيعة الالتزام الملقى على عاتق المحامي في كل منها، وبيان مدى إمكانية أن تكون النتائج المترتبة عليها تفويتاً للفرصة، وبيان موقف القوانين الفلسطينية وبعض القوانين العربية وأحكام القضاء الفلسطيني وبعض أحكام القضاء الأجنبي بهذا الخصوص.

كما بينت الدراسة الأحكام العامة التي تنظم الدعوى الحقوقية شروط قبولها بشكل عام والتي تقام على المحامي بشكل خاص وبيان موانع مسؤولية المحامي المدنية خاصة في مسألة تفويت الفرصة وذلك ببيان مفهوم السبب الأجنبي بشكل عام وعرض مفهوم القوة القاهرة أو الحادث الفجائي وخطأ المضرور وفعل الغير وشروط كل منها، ومدى إعتبارها أسباباً لدفع المسؤولية المدنية عنه، وعرض موقف التشريعات السارية في فلسطين بهذا الخصوص وعرض العديد من التطبيقات العملية عليها.

وفي خاتمة الدراسة بين الباحث أهم النتائج التي توصل إليها، وأشار إلى مجموعة من التوصيات لعلها تلقى قبولاً واهتماماً لدى القائمين على وضع المنظومة التشريعية الفلسطينية.

كلمات مفتاحية: المسؤولية المدنية، تفويت الفرصة، تعويض، تشريعات فلسطينية.

المقدمة

"تعد المسؤولية المدنية بشكل عام من الموضوعات الهامة في دراسة القانون، التي لم يتوانَ الفقهاء في مختلف الأنظمة القانونية عن تناولها دراسة وتحليلاً"، سواء على النطاق التشريعي أو الفقهي، ويرجع ذلك إلى أهمية هذه المسؤولية، التي تنصب في السلوك الإنساني للفرد في المجتمع، وما يعقب ذلك السلوك من تصرفات قد ينتج عنها الضرر وبالنتيجة قيام المسؤولية المدنية.

ولعل أبرز ما يمكن أن يطرح في موضوع "المسؤولية المدنية" هو مسؤولية المحامي وذلك كونه غير معصوم عن الخطأ، لا سيما وأنه من أعوان القضاء ويعهد إليه القيام بواجباته دون الإخلال بها، وهذا يتطلب منه الالتزام بالضوابط والقواعد القانونية التي يفرضها عليها تشريعات تنظيم مهنة المحاماة وأعرافها وتقاليدها، الأمر الذي يرتب عليه عقب إخلاله بها مسؤوليتة الضرر الذي قد يتسبب به، فكل خطأ ينجم عنه إضرار بالغير يلزم فاعله بالتعويض أياً كانت مهنة أو مركز مرتكبها ولما كان أخطر ما قد يرتكبه المحامي في هذا الصدد هو تفويت الفرصة على موكله، حيث أن ذلك يفترض بطبيعة الحال جبر هذا الضرر فضرر تفويت الفرصة كان نقطة خلاف ما بين الفقهاء، فهو ضرر بحد ذاته يستلزم التعويض إذا ما توافرت به شروط معينه تجعله محلاً للتعويض

ولبيان المسؤولية المدنية للمحامي عن تفويت الفرصة فقد ارتأى الباحث اللجوء للقواعد العامة في محاولة لتطويعها كوسيلة يمكن الإستناد عليها في سبيل حصول المتضرر على حقه في التعويض عما أصابة من ضرر.

أهمية الدراسة

ترجع أهمية اختيار موضوع الدراسة لعدة أسباب منه:

1- خصوصية مهنة المحاماة وانعكاسات تلك الخصوصية على مسؤولية المحامي تجاه موكله وإتجاه الغير.

2- عدم وجود نص خاص ينظم مسؤولية المحامي عن أخطائه تحديداً فيما يتعلق بمسأله فوات الفرصة، وما قد يترتب على ذلك من نتائج وخيمة قد تصل إلى ضياع الحقوق.

3- إمكانية تطبيق القواعد العامة لتنفيذ المحامي لالتزاماته عند إخلاله بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه.

4- قصور التشريعات المنظمة لمهنة المحاماة عن معالجة موضوع للمسؤولية المدنية للمحامي مكتفية بعرض التزامات المحامي والجزاءات التأديبية مما يقتضي بيان موقف القانون من تلك المسؤولية وسائر القوانين ذات العلاقة.

5- تحديد الطبيعة القانونية لالتزامات المحامي تجاه موكله إن كانت بذل عناية أم تحقيق نتيجة؟ وموقف المشرع من ذلك.

6- أن هناك ضياع لحقوق المتضررين احياناً بسبب أخطاء المحامين، ذلك لأنهم يتركون المطالبة بحقوقهم بالتعويض والاكتفاء برفع شكواهم إلى المجالس التأديبية المختصة في نقابة المحامين.

أهداف الدراسة

تسعى هذه الدراسة لتحقيق جملة من الأهداف:

1- بيان المقصود تفويت الفرصة.

2- التعرف إلى الشروط الخاصة للضرر في تفويت الفرصة على المضرور.

3- بيان أركان مسؤولية المحامي المدنية عن ضرر تفويت الفرصة وموانع مسؤوليته.

4- التعرف على الطبيعة القانونية للعلاقة بين المحامي وموكله.

5- بيان طبيعة الالتزام الملقاة على عاتق المحامي أثناء أداء عمله.

مشكلة الدراسة

تكمن مشكلة الدراسة من خلال النقص التشريعي الذي ينظم المسؤولية المدنية للمحامي تجاه موكله عندما يخل بالعقد المبرم بينهما أو في حالة خطأه مما يخضع هذه المسؤولية إلى القواعد العامة، وإزاء هذا القصور التشريعي الذي يعتري موضوع مسؤولية المحامي وخاصة في إطار موضوع تفويت الفرصة كان لا بد من التغلب على هذه المعضلة من خلال البحث عن القواعد التي يمكن تسخيرها لتطبق في هذا الإطار، والتي يمكن بموجبها مساءلة المحامي عن هذا الضرر نظراً لخصوصيته، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى هو قلة الأحكام القضائية المتعلقة بمسؤولية المحامي المدنية تجاه موكله لا سيما عن تفويت الفرصة، وعليه فإن مشكلة الدراسة الرئيس تكمن في الإجابة عن التساؤل التالي: ما هي المسؤولية المترتبة على المحامي الذي يخل بالتزاماته تجاه موكله في تفويت الفرصة ؟

تساؤلات الدراسة

1- ما المقصود بتفويت الفرصة ؟

2- ماالشروط الخاصة للضرر في تفويت الفرصة على المضرور؟

3- ما أركان مسؤولية المحامي المدنية عن ضرر تفويت الفرصة وموانع مسؤوليته؟

4- ما الطبيعة القانونية للعلاقة بين المحامي وموكله؟

5- ما طبيعة الالتزام الملقى على عاتق المحامي أثناء أداء عمله؟

نطاق وحدود الدراسة والمنهجية المتبعة

اتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي حيث تم تحليل التشريعات القانونية السارية في الضفة الغربية ذات الصلة بموضوع الدراسة ومحاولة تطويعها على نحو يسهم في بناء أساس سليم لمساءلة المحامي عن تفويت الفرصة، والاسترشاد بأحكام الفقه والقضاء كلما أمكن ذلك للوقوف على جوانب القصور التشريعي.

الدراسات السابقة

لم يصل لعلم الباحث أي دراسة في فلسطين متخصصة بموضوع الدراسة، إلا أنه يوجد بعض الدراسات العربية التي لها علاقة بالموضوع، ومن هذه الدراسات :

1- **التعويض عن تفويت الفرصة.** دراسة مقدمة من الدكتور إبراهيم الدسوقي أبوالليل، جامعة الكويت 1989م .تناولت هذه الدراسة التعويض عن تفويت الفرصة بإعتبارها مقابلاً لجبر الضرر الذي يصيب المتضرر، وكيفية التعويض عنه بصفته ضرر يحتمل وقوعه وعدم وقوعه حيث بين الكاتب فيها صفات الحرمان من الكسب الفائت وشروطه، ومدى التعويض عن تفويت الفرصة بالقوانين المقارنة وموقف القضاء منها، إلا أنه لم يعالج مسألة التعويض عن فوات الفرصة في مجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي ولم يعالج أيضا بشكل مباشر مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة وأركان قيام مسؤوليته.

2- **مسؤولية المحامي عن الخطأ المهني.** دراسة مقدمة من الباحث أشرف جهاد الأحمد للحصول على درجة الماجستير بالقانون الخاص من جامعة الشرق الأوسط- الأردن2012 وقد تناولت الدراسة ماهية المحاماة والتكييف القانوني لمسؤولية المحامي المدنية وموقف المشرع الأردني منها، وتحديد خصائص عقد المحاماة وأركان مسؤولية المحامي، إلا أن الباحث لم يعالج مسألة تفويت الفرصة على الموكل وتقدير الفرصة والتعويض عنها وموقف الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية بهذه الخصوص .

3- **مسؤولية المحامي المدنية عن إخلاله بواجباته المهنية موضوعاً وإجرائياً في ظل النظام التشريعي الفلسطيني**- للباحثة سائدة جمال ولد علي للحصول على درجة الماجستير بالقانون الخاص من جامعة النجاح الوطنية – فلسطين 2015 وقد تناولت الدراسة مهنة المحاماة وأساسها وتطورها وماهيتها وبيان طبيعة مسؤولية المحامي المدنية وأحكام قيامها عند الإخلال بواجباته المهنية، إلا أنها لم تعالج أركان المسؤولية المدنية للمحامي بشكل تفصيلي، والخطأ المرتبط بالإجراءات أثناء التقاضي

أو الجهل بالقانون والإهمال والتقصير وتقديم الإستشارات القانونية، كما لم تتناول مسألة تفويت الفرصة على الموكل إلا بشكل موجز من خلال فرع واحد بالدراسة، كما لم تعالج طبيعة الضرر الواقع على الموكل وتقدير قيمة الفرصة الفائتة وإثباتها وسلطة القضاء فيه ومبدأ التعويض عن تفويت الفرصة وشروطه وأساسه ومعاييره والأحكام القضائية المتعلقة به.

4- **التعويض عن تفويت الفرصة "دراسة مقارنة"**- للباحث أحمد ياسر مسك للحصول على درجة الماجستير بالقانون الخاص من جامعة الشرق الأوسط – المملكة الأردنية الهاشمية 2015، وقد تناولت الدراسة ماهية ضرر تفويت الفرصة وعناصره، وأساس وأحكام التعويض عنه، وحالات اعفاء المتسبب به من التعويض، إلا أنها لم تعالج المسؤولية المحامي المدنية عن ضرر تفويت الفرصه، كما لم تتناول مسألة تفويت الفرصة على الموكل، كما لم تعالج طبيعة الضرر الواقع على الموكل وتقدير قيمة الفرصة الفائتة وإثباتها.

الفصل الأول

التأصيل الفقهي والقانوني لضرر تفويت الفرصة والتعويض عنها

يتصل في فكرة الضرر مسألة تفويت الفرصة، فتحديد الضرر في تفويت الفرصة يثير العديد من الصعوبات فيما إذا كان ضرراً محققاً أو احتمالياً، مثل: تفويت فرصة شخص لكسب حق متنازع فيه أمام القضاء، فهذا الكسب قد يكون احتمالياً غير مؤكد، لا يستطيع المتضرر معه المطالبة بالتعويض لاحتمالية وقوعه وتحققه فخسارة دعوى الحق المتنازع عليه في هذه الحالة لا تمثل ضرراً محققاً إذ لم يثبت المدعي المتضرر تحقق كسب الحق المتنازع به أو تجنب الخسارة.

"ويعد موضوع ضرر تفويت الفرصة من الموضوعات التي تستحق المناقشة والتحليل وتستوجب من القضاء النظر إليها باجتهاد غير محدود، حيث يفترض في ضرر تفويت الفرصة أن المضرور كان يأمل في منفعة تؤول إليه، وكان يعول على فرصة تتيح له الحظ في أن يحقق أمله لو سارت الأمور كما يجب، فجاء محدث الضرر بفعله الضار ليحرمه من تلك الفرصة، وبدد آماله وجعل من المستحيل الجزم بجدوى تلك الفرصة وما ستكشف عنه فيما لو أتيحت له."

"فالضرر المحقق هو ضرر واجب التعويض، ويشمل الضرر الحال الماثل بالفعل، والضرر المستقبل المؤكد حدوثه، ولم يكن هناك ما يحول دون تحققه ووقعه مستقبلاً"[1]، "فإذا لم يكن الضرر محققاً، وكان احتمالياً فقط، أي يحتمل وقوعه ويحتمل عدم وقوعه، فلا يقبل التعويض بل يتعين الانتظار لحين تحقق أياً من الاحتمالين، فإن وقع الضرر وتحقق، فقد استحق التعويض، وإن لم يقع لا تعويض له"[2].

"فالتعويض عن ضرر تفويت الفرصة هو مجرد تطبيق للقواعد العامة في المسؤولية المدنية في تعويض الضرر، لذلك يتعين توفر ثلاثة شروط لكي يقوم الحق في التعويض عن الضرر الذي يترتب على تفويت

(1) تناغو، سمير عبد السيد: **مصادر الالتزام:** مكتبة الوفاء القانونية السلسلة: الكتب القانونية.مصر. الإسكندرية. ط3 2005.ص225.

(2) عبد الرحمن، أحمد شوقي: **الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص287.

الفرصة وهي:1- الفعل الضار، 2-الضرر، 3-العلاقة السببية بين الفعل الضار والضرر في تفويت الفرصة"[1].

وعليه ومن أجل الإجابة على هذه التساؤلات فقد ارتأى الباحث تناول هذا الفصل في مبحثين:

المبحث الأول: الضرر الناجم عن تفويت الفرصة وأساس مسؤولية المحامي عنه.

المبحث الثاني: العلاقة السببية في ضرر تفويت الفرصة وأحكام التعويض عنه.

المبحث الأول: الضرر الناجم عن تفويت الفرصة وأساس مسؤولية المحامي عنه

إن مسألة ضرر تفويت الفرصة هي من أكثر الموضوعات التي يحيطها الغموض في مجال المسؤولية المدنية، بعد كثرة الخلافات بشأن التعويض عن ضرر تفويت الفرصة لدى الفقه والقضاء، وعليه فإن التعويض عن هذا الضرر يقتضي البحث في عناصره من حيث كونه محققاً أم احتمالياً، ومن حيث أن تفويت الفرصة على المضرور مؤكدة ونهائية أم أنها ستتكرر مرة أخرى في وقت قريب، وأنه لا ضرر وقع على المضرور لكي يستحق التعويض.

"حيث تقوم فكرة التعويض بالمسؤولية المدنية بشكل عام على توافر أركانها، فحتى يتم النظر في دعوى المسؤولية المدنية لا بد من أن تتوافر فيها الأركان الأساسية؛ وذلك لكي يستحق معها المتضرر التعويض وهذه الأركان هي: الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية؛ فالمسؤولية المدنية لا تقوم بتوافر الخطأ أو الانحراف أو التعدي فقط وإثبات عدم تنفيذ الالتزام، وإنما يجب أن ينتج عن هذا الخطأ أو السلوك ضرر يرتبط بالخطأ؛ فإذا انتفى الضرر أو العلاقة السببية مع الخطأ تنتفي المسؤولية المدنية"[2].

---

(1) أحمد، محمد شريف: **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999، ص196.

(2) الديناصوري، عزالدين، والشواربي، عبدالحميد: **المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء**. ط5.مصر.الإسكندرية: **دار المطبوعات الجامعية**.1996.ص10.

وحيث أن التعويض مقابلاً وجابراً للضرر الذي يصيب المتضرر فيجب أن يكون هذا الضرر واقعاً لا محال ولا شك في وقوعه مستقبلاً[1]، فعبء إثبات الضرر يقع على عاتق المتضرر والمكلف بإثباته بكافه طرق الإثبات[2]، وبشكل عام يشترط بالضرر واجب التعويض أن يكون محققاً حالاً أي وقع فعلاً أو مستقبلياً محقق الوقوع وإمتداداً طبيعياً للخطأ ومرتبطاً به.

ولقد أثارت مسألة التعويض عن تفويت الفرصة بشكل عام والتكييف القانوني لطبيعة المسؤولية المدنية للمحامي عنها بشكل خاص جدلاً واسعاً وذلك للطبيعة الخاصة لضرر تفويت الفرصة؛ لذا سيتم في هذا المبحث الحديث عن ماهية ضرر تفويت الفرصة واهم الآراء الفقهية والإجتهادات القضائية بخصوصه وصور ضرر تفويت الفرصة والعناصر الواجب توافرها فيه وذلك من خلال المطلب الأول، أما المطلب الثاني سيتم تخصيصه لعرض الأساس القانوني لمسؤولية المحامي المدنية عن تفويت الفرصة والآراء الفقهية بهذا الخصوص مصحوباً ببيان موقف مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية الفلسطيني بهذا الصدد.

المطلب الأول: المقصود بالضرر عن تفويت الفرصة وعناصره وصوره

سنعرض في هذا المطلب ماهية ضرر تفويت الفرصة والآراء الفقهية بهذا الخصوص وصوره وعرض تطبيقاته في مسؤولية المحامي، وبيان العناصر الواجب توافرها في هذا الضرر.

الفرع الأول: ماهية الضرر في تفويت الفرصة والاراء الفقهيه حوله

سيتم من خلال هذا الفرع : الحديث عن مفهوم الضرر في تفويت الفرصة، بينما سيكون إطار الحديث في القسم الثاني منه عن الجدل الفقهي حول إمكانية التعويض عن ضرر تفويت الفرصة.

---

(1) منصور،أمجد محمد: **النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام** . ط8.عمان- الأردن:**دار الثقافة للنشر والتوزيع**.2015.ص291-292.

(2) نشأت،أحمد : **رسالة الإثبات**.الجزء الأول. ط.7. القاهرة. مصر :**دار الفكر العربي** .1971.ص 53.

أولاً- مفهوم الضرر في تفويت الفرصة لغتاً وإصطلاحاً :

أ- لغتاً

"يُعرف الضرر بأنه من الضُرّ، وضد النفع، ضره وأضره وضاره ضارةً وضراراً، والضرر هو الضيق، والضرة شدة الحال والأذية"[1].

والتفويت: "هو مصدر فَوَّتَ :فعل فوَّتَ يفوِّت، تفويتًا، فهو مُفَوِّت، والمفعول مفوّت، فاته الأمر فوتاً وفواتاً: ذهب عنه، وفاته إياه غيره وفوت الفوات: الفجأة، والفوات الفرصة بين الإصبعين"[2].

والفرصة في اللغة: فَرَصَ الثوب فرصاً: شقه طويلاً وخرقه، وفرص الفرصة: اغتنمها وفاز بها، الفرصة: النوبة وتكون بين القوم فيتناوبونها على الماء، جمعها فرص[3]، فالفرصة: النهزة والنوبة، فرصها أصابها، وآفترصت: آنتهزت، فرصتك من البشر أي نوبتك، وانتهز فلان الفرصة: اغتنمها وفاز بها[4]. والفرصة تعني: آختلس الشيء حذراً من فواته[5].

وتطلق كلمة فرصة ليس فقط على طريقة وإمكانية تحقيق أمر أو واقعة ما، بل تطلق على ذات الواقعة القابلة للتحقق، والتي غالباً ما يكون المقصود بهذه الواقعة حدثاً ساراً ومرغوباً فيه، والذي يمثل الكسب الاحتمالي المأمول تحقيقه، وإذا استخدمت كلمة فرصة في صيغة الجمع أي (فرص) فإنها تعطي المعنى نفسه لكن ينظر إليها من زاوية أخرى، فإذا كانت الفرصة تعني الاحتمال، فإن الفرص توضح مدى هذا الاحتمال ومدى إمكانية تحققه، فالفرص ما هي إلا تحديد لمدى إمكانية الإحتمال، وهكذا نرى أن هناك

---

(1)الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب: **القاموس المحيط** . دار المعرفة للطباعة، لبنان. بيروت.ط3، 2008، ص774.

(2) **المرجع السابق** .ص1271.

(3) مجمع اللغة العربية:**المعجم الوسيط**. القاهرة . جمهورية مصر العربية: مكتبة الشروق الدولية .2004.ص 682.

(4) ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم: **لسان العرب**. المجلد 7.جمهورية مصر العربية: دار الحديث.2003.ص68.

(5) المناوي، محمد عبد الرؤوف، **التوقيف على مهمات التعاريف**، ط1، عالم الكتب، القاهرة، 1990، ص258.

ارتباطاً قوياً بين الفرص والاحتمالات، فهما تعبيران لذات المعنى، فالفرصة هي إمكانية واحتمال تحقق أمر ما هو في ذاته محتملاً، ليس محققاً ولا مستحيلاً[1].

وتفويت الفرصة يعني "أن المضرور كان ينتظر في المستقبل أن يكون في مركز أفضل أو في وضع أكثر ملائمة إلا أن المدعى عليه قد قضي على هذا الأمل"[2].

والتعويض عن الفرصة يعني "أن يتسبب شخص بخطئه في تضييع فرصة على آخر يترتب عليه حرمانه مما كان يتوقع تحقيقه من كسب أو تجنب خسارة"[3].

ب- إصطلاحاً:

فيعرف تفويت الفرصة إصطلاحاً بأنه: "الحرمان من فرصة تحقيق كسب أو تجنب خسارة، ويتمثل الضرر بفقد هذا الاحتمال والحرمان منه، أي فقد فرصة الكسب أو تجنب الخسارة"[4]، وعرف أيضاً بأنه "الكسب الذي كان يصبو إليه المدعي-المتضرر- وكان بالنسبة له أملاً منشوداً وهدفاً مرغوباً يسعى إلى تحقيقه، ونتيجة فعل المدعى عليه – المتسبب بالضرر- يصبح ذلك الكسب مستحيل التحقق بعد أن كان ممكناً محتملاً"[5].

---

(1) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، **تعويض تفويت الفرصة**، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة العاشرة، القسم الأول، 1986، ص 110-111.

(2) العشماوي، أيمن إبراهيم، **تفويت الفرصة دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص53.

(3) النشار، محمد فتح الله، **حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون**، 2002، ص207.

(4)شمس الدين، حسين.**تفويت الفرصة في المسؤولية المدنية من الفكرة إلى النظرية**. مجلة المناهج القانونية 2005 : العدد 7,8 : 157-172 ص 157.

(5) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي:**تعويض تفويت الفرصة (القسم الثاني)**. جامعة الكويت- مجلس النشر العلمي 1986: المجلد 10 العدد 2 : 81-130. ص 86.

ويعرف ضرر تفويت الفرصة إصطلاحاً بأنه "حرمان الشخص من فرصة كان من المحتمل أن تعود عليه بالكسب، إذ يكون هناك كسب مرجح كان يمكن أن يتحقق وقد قضى محدث الضرر بفعله الضار على تحققه"[1].

كما يعرف بأنه :"الواقعة التي يتسبب فيها الفاعل في حرمان الشخص من فرصة كان يتوقع من ورائها جني كسب أو تجنب خسارة"[2].

وهناك من ذهب "إلى تعريف ضرر تفويت الفرصة بأنه الفعل الضار الذي قد يؤدي إلى أن يفقد المضرور الفرصة لتحقيق كسب مرجح أو تحاشي خسارة، فضرر تفويت الفرصة يفترض أن المضرور كان يأمل في منفعة يحققها أو في تحاشي خسارة تهدده، وكان يعول على أن هذه الفرصة تتيح له إمكانية تحقيق ما كان يأمله لو سارت الأمور في مجراها الطبيعي، فجاء محدث الضرر وتسبب بفعله في حرمانه من هذه الفرصة، وتبديد أمله بشكل نهائي في تحقيق ما كان يصبو إليه"[3].

يتضح للباحث من خلال التعريفات السابقة بأن الفقه أجمع بأن تفويت الفرصة هو ضرر ينحصر في أحدى صورتين: إما الحرمان من فرصة الكسب، أو تجنب الخسارة والتي سنبينها في الفرع الثاني من هذا المطلب، ولكن إختلف الفقه حول إمكانية التعويض عنه فقد إنقسم إلى جانبين مختلفين، الجانب الأول رفض التعويض عنها والجانب الثاني أجازها وهو ما سنعرضه في هذه المرحلة.

ثانياً: الآراء الفقهيه حول إمكانية التعويض عن ضرر تفويت الفرصة:

لقد تعددت آراء الفقه والإجتهادات القضائية وثار جدل واسع حول مسألة إمكانية التعويض عن ضرر تفويت الفرصة؛ وذلك لخصوصية وطبيعة الضرر فيها باعتباره ضرراً محتملاً لا يجوز التعويض عنه أو

---

(1) مرقس، سليمان: **المسؤولية المدني في تقنينات البلاد العربية**. ط1. معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة–.مصر:1971. ص 312.

(2) الدندون، حسن: **المبسوط في المسؤولية المدنية** (الجزء الأول :الضرر). ط1 .عمان . الأردن: دار وائل للنشر .2006. ص210.

(3) زهرة، محمد المرسي، المصادر غير الإرادية للالتزام، الفعل الضار والفعل النافع، ط1، مطبوعات جامعة الإمارات، 2002، ص160.

ضرراً محققاً يقبل التعويض، فقد إنقسم إلى جانبين مختلفين، حيث يرى الجانب الأول رفض فكرة التعويض عن تفويت الفرصة وعدم جوازها، فيما ذهب الجانب الثاني إلى جواز ذلك وعدم وجود ما يمنع من قبول التعويض فيها، وقد تبنى كل جانب العديد من الحجج والأسانيد نعرضها فيما يلي:

- الاتجاه الرافض للتعويض عن ضرر تفويت الفرصة:

"ذهب هذا الجانب من الفقه إلى رفض "فكرة التعويض عن ضرر تفويت الفرصة وقصر التعويض على الضرر بمفهومه العادي، حيث يرى أنصاره عدم وجوب التعويض عن الضرر الناجم عن تفويت الفرصة"[1].

حيث عدوا أن الضرر المحقق هو الواجب للتعويض فقط، فلم يعترفوا للمضرور بالحق في الحصول على التعويض وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية؛ وذلك على سند من القول بأن تفويت فرصة الكسب تعني إحتمالية تحققه وليس التيقن منه، فعدم تحقق الكسب والحرمان من فرصة تحقق الكسب المحتمل أو تجنب الخسارة لا يمكن الإعتداد به ضرراً واجب التعويض، وإنما ضرر إحتمالي يتمثل في حرمان من إحتمالية الكسب "ولا يستوجب التعويض إعتبار أن التعويض هو لجبر الضرر الذي يصيب المضرور ومقابل له فيتعين أن يكون محققاً وحالاً وليس محتملاً، فالحرمان من الفرصة يرد على ما هو إحتمالي التحقق فقد لا يشكل ضرراً فعلياً محققاً، فالتعويض يجب أن يكون عن الضرر الحال والماثل بالفعل والضرر المستقبلي مؤكد الحدوث، والذي يكون إمتداداً طبيعياً ومؤكداً للواقع الراهن أثناء وقوع الفعل الضار، ولا يوجد هناك ما يحول دون تحققه ووقعه مستقبلاً"[2]، "فإذا لم يكن الضرر محققاً، وكان آحتمالياً فقط ويحتمل وقوعه وعدم وقوعه، فلا يقبل التعويض بل يفضل الإنتظار لحين تحقق أياً من الإحتمالين، فإذا ما وقع الضرر وتحقق،

---

(1) الخفيف، علي:**الضمان في الفقه الإسلامي:** معهد البحوث الإسلامية: القاهرة.جمهورية مصر العربية . 1973، ص 57. وأيضاً الدندون، حسن: **المبسوط في المسؤولية المدنية** (الجزء الأول :الضرر). ط1 .عمان . الأردن: دار وائل للنشر .2006. ص212-211. وايضاً علي، مصطفى راتب حسن. "**التعويض عن فوات الفرصة** ".مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط: **جامعة الأزهر - كلية الشريعة والقانون بأسيوط** ع28 (2016): 705 - 814. ص 718 .

(2) تناغو، سمير عبد السيد: **مصادر الالتزام:** منشأة المعارف. الإسكندرية. جمهورية مصر العربية . 2005. ص225.

فقد إستحق التعويض، وإن لم يقع فلا تعويض وهذا الأمر لا ينطبق على ضرر تفويت الفرصة لإحتمالية تحققه" [1].

وقد دعم أصحاب هذا الإتجاه رأيهم على العديد من الحجج والأسانيد وهي كما يلي:

أ- إن القول بالأخذ في "مبدأ التعويض عن تفويت الفرصة سوف يعمل على تغيير طبيعة الإلتزام الواقع على عاتق المهن الحرة ذات الطابع الخاص كالمحاماة والطب ويحوله من بذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة"[2].

ب- "إن الفرصة الفائتة تعد ضرراً غير محقق وإحتمالياً، مما يعني أنها ليست مؤكدة ولا يجوز التعويض عنها"[3].

ت- "إن مفهوم التعويض عن تفويت الفرصة غير ذي فائدة؛ لأن قبول فكرة تطبيقه سوف تنقلنا إلى مشكله أخرى، وهي كيفية تقدير تعويض الضرر الناتج عنه"ا[4].

ث- إن اللجوء للتعويض عن تفويت الفرصة غير مجدٍ، فالبحث بوجود الضرر يستوجب البحث فيما إذا كان الخطأ هو السبب في وجوده، أو أن هذا الخطأ قد أسهم بذلك؛ فعندما يكون الخطأ غير مؤكد أو مشكوك فيه، فإن المسؤولية يجب أن تستبعد بالتأكيد من باب أولى، عند عدم وجود الضرر أصلاً[5].

---

(1) عبد الرحمن، أحمد شوقي، **الدراسات البحثية في المسؤولية المدينة**. منشأة المعارف.الإسكندرية. جمهورية مصر العربية. 2007، ص287.

(2) الشمري، منى: **المسؤولية المدنية للطبيب عن تفويت الفرصة في ظل القانون القطري"دراسة قانونية مقارنه"**. (رسالة ماجستير غير منشوره).جامعة قطر. قطر. إمارة قطر. 2020 .ص 52.

(3)علي، مصطفى راتب حسن: **مرجع سابق** . ص 718 .

(4) مسك، أحمد: **التعويض عن ضرر تفويت الفرصة دراسة مقارنه**.(رسالة ماجستير غير منشورة).**جامعة الشرق الأوسط** .عمان .المملكة الأردنية الهاشمية .2015، ص 17.

(5) الرواشدة، إبراهيم:**المسؤولية المدنية لطبيب التخدير"دراسة مقارنة"**. مصر- القاهرة: **دار الكتب القانونية**. 2010.ص301

ج- إن التعويض يجب أن يقتصر على الفرصة المستقبلية دون الفرصة الماضية، وأن أغلب الفرص الفائتة على المضرور هي فرص ماضية؛ ولذلك فإنه من غير الصحيح أن يطبق القضاء فكرة التعويض عن الفرصة الفائتة الماضية[1].

ح- إن تطبيق مبدأ التعويض عن تفويت الفرصة من شأنه أن يقيم قرينة المسؤولية بشكل جزئي، ففي أغلب الحالات تكون الرابطة السببية محلاً للشك، وأن ذلك يؤدي إلى تراخي القضاة عن دورهم بشأن البحث عن وجود العلاقة السببية من عدمها، فالقاضي عندما يقرر خطأ المحامي أو إهماله الكامن في تفويت الفرصة على المتضرر سواء تحقيق كسب أو تجنب خسارة؛ فإن حكم التعويض ليس بوضع مؤكد، وإنما هو في دائرة الشك فالقاضي ليس متأكداً بأن خطأ المحامي هو الذي تسبب في تفويت الفرصة على المضرور[2] ، وأن ضرر لم يصب حقاً من حقوق الشخص المضرور إنما إنصب على مجرد أمل له في الكسب المرجح أو تفويت الخسارة[3].

- الاتجاه المؤيد للتعويض عن تفويت الفرصة:

فقد ذهب أنصار هذا الاتجاه-وهو ما يؤيده الباحث-إلى تبني فكرة جواز التعويض عن تفويت الفرصة، حيث يرى أنصار هذا الاتجاه وجوب ضمان التعويض لفوات الفرصة[4]، بحيث يمكن للحاكم أن يحكم به "بناءً على القواعد العامة التي تنفي وقوع الضرر وتطالب بضمان الأضرار المترتبة على الفعل، بسبب تقصير أو إهمال أو عدم إحتراز، ، كقاعدة (الضرر يزال)[5] وقاعدة (لا ضرر ولا ضرار)"[1].

---

(1) الشمري، منى : **مرجع سابق**.ص 53.

(2) عشماوي، أيمن: **تفويت الفرصة"دراسة مقارنه"**. ط2 . القاهرة.مصر :**دار النهضة العربية**.2002.ص 161.

(3) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: **تعويض الضرر في المسؤولية المدنية دراسة تحليلية تأصيله لتقدير التعويض**.ط1.الكويت.الكويت: جامعة الكويت .1995. ص 618.

(4) الزحيلي، وهبة، **نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي**. دار الفكر المعاصر، بيروت.لبنان، 2008، ص24-25. وأيضاً منتصر، سهير: **الالتزام بالتبصير في العقود المدنية.دار النهضة العربية القاهرة.جمهورية مصر العربية**.1990.ص109 . وأيضاً مرقس، سليمان: **أصول الاثبات واجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارناً بتقنينات سائر البلاد العربية**. عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع.القاهرة.جمهورية مصر العربية.1986.ص143.

(5) انظر نص المادة (19): **مجلة الأحكام العدلية**

إن ضرر تفويت فرصة هو ضرر بحد ذاته، يتمثل في حرمان المتضرر من فرصة التطور الطبيعي للأمور، حيث إن الحرمان من هذه الفرصة هو الضرر المحقق الذي يستحق "المتضرر التعويض عنه، إذ أن الفرصة حتى وإن كانت أمراً محتملاً فإن تفويتها يستحق التعويض عنها، "وأن تفويت الفرصة يعتبر ضرراً حالاً وأنه في حال لم يحكم للمضرور بالتعويض عن كل الضرر فيجب أن يحكم له بالتعويض عن مجرد تفويت الفرصة"[2]، فالفرصة وإن كانت مجرد أملٍ منشود يرجو الشخص تحقيقه فإن تحقق تلك الفرصة أمر إحتمالي قد يحدث، وقد لا يحدث، إلا أن الحيلولة بين هذا الشخص وبين محاولة تحقيق فرصته تقضي على هذا الإحتمال، وتحول الفرصة التي كانت أمراً محتملاً إلى أمر مستحيل تحققه؛ "بسبب الفعل الضار من محدث الضرر، الذي حرم المضرور من فرصة كان من شأنها أن تجعل له حظاً في تحقيق أمله لو سارت الأمور كما ينبغي، لكن قد صار من المستحيل بشكل نهائي الجزم بأنه سيتحقق، أو لا يتحقق، لو لم يتدخل محدث الضرر بفعله الضار في وقف هذا السير الطبيعي للأمور[3]، وبعبارة أخرى وإن كان الضرر الذي سيترتب على عدم تحقيق الفرصة ضرراً محتملاً لا يقبل التعويض؛ فإن الضرر الذي ترتب بالفعل نتيجة القضاء على عنصر الاحتمال الذي تقوم عليه الفرصة هو ضرر محقق يقبل التعويض[4].

لقد برر أنصار هذا الاتجاه رأيهم مستخدمين العديد من الحجج والأسانيد منها:

أ- إن التخوف من إستخدام مبدأ التعويض عن تفويت الفرصة بدعوى أنها سوف تغيير من طبيعة "الالتزام من بذل عناية إلى تحقيق نتيجة لا أساس له، بل إن جل الأحكام التي أخذت في مبدأ تفويت الفرصة إهتمت بإظهار الخطأ وإسناده إلى محدث الضرر، بحيث يجب على القاضي الإعتداد

---

(1) انظر نص المادة (20): **مجلة الأحكام العدلية**

(2) أرباب، يوسف: **التعويض الناشئ عن تفويت الفرصة وأحكامه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والقانون "دراسة مقارنة"**.(أطروحة دكتوراه غير منشورة).جامعة أم الردمان الإسلامية. الخرطوم.السودان:2011.ص85.

(3) الجبوري، ياسين: **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، مصادر الالتزامات**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص555.

(4)علي، مصطفى راتب حسن: **مرجع سابق**. ص719.

بتفويت الفرصة وأن يتأكد من تحققها، وتوافرها وفواتها، بسبب ذلك الخطأ؛ والذي يجب أن يكون واضحاً ولا مجال للشك فيه"[1].

ب- إن التفرقة بين الفرصة الماضية والفرصة المستقبلية منتهياً إلى أن الفرص الضائعة في المستقبل وحدها هي التي يمكن قبولها تفرقة غير صحيحة، ولا أساس لها من الصحة، فلا يوجد ما يسمى بفرصة ماضية وفرصة مستقبلية، فأي فرصة فائته هي فرصة ماضيه، وما يجب توافره حتى نحكم في التعويض؛ أن نكون أمام فرصة تم تفويتها من المسؤول، وأن تفويت هذه الفرصة سبب ضرر محقق للمضرور[2].

ج- "إذا لم يتم التأكد من الكسب المرجح للمضرور في الفرصة الفائتة مما قد يتبعه من إنعدام الحق في المطالبة فيما كان سيحققه من كسب مرجح، فحرمان المضرور من أي تعويض فيه ظلم؛ لأنه بالمقابل لا يستطيع أحد أن يؤكد عدم الكسب المرجح له في الفرصة الفائتة، وهذا بحد ذاته ضرر حقيقي مؤكد؛ لأن المضرور كانت لديه فرصة وقد فقدها، وهذه الفرصة لها قيمة مهما تكن الصعوبة في تقديرها"[3].

ويجدر بنا الإشارة أن الإجتهاد القضائي المصري والأردني وإعتد بضرر تفويت الفرصة كضرر محقق بحد ذاته -وهو ما يتمنى الباحث على القضاء الفلسطيني تبنيه- ويستدل على ذلك من "الحكم الصادر عن محكمة النقض المصرية بقولها :"..أما القول بأن الضرر الذي يصور في هذه الحالة مردة مجرد أمل لا

---

(1)الشمري، منى: **مرجع سابق**. ص55.

(2) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: **مرجع سابق**. ص 332.

(3)السرحان،عدنان وإبراهيم وخاطر ،نوري حمد: **شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصيه الإلتزامات دراسة مقارنه**.ط5.عمان . المملكة الأردنية الهاشمية : **دار الثقافة للنشر والتوزيع** .2012 .ص 421.

يرقى إلى مرتبة الحق المؤكد إذ لا يتعلق للموظف حق إلا بتفويت ترقية مؤكدة فمرده بأنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً أو مجرد أمل فإن تفويتها أمر محقق"[1].

وفي ذات السياق جاء في عدة أحكام صادرة عن "محكمة التمييز الأردنية في هذا الموضوع، فقضت في حكم لها على محامين في مسؤوليتهم بتعويض المضرور عن تفويت الفرصة، وذلك بسبب أنهم قد قصروا في واجباتهم المهنية، وأن أحد المحامين قد فوت على موكله فرصة تقديم الطعن ضمن المدد القانونية المقررة في إجراءات الخصومة القضائية، مما ألحق بموكله خسارة عن الكسب المرجح من الطعن، وبسبب أن محامي آخر قد فوت على موكله فرصة الكسب المرجح للنزاع؛ لأنه تغيب عن حضور جلسات المحاكمة رغم تبليغه بموعد الجلسة تبليغاً صحيحاً مما أدى إلى رد الإستئناف شكلاً وألحق بموكله خسارةً موجبة التعويض عن ضرر تفويت فرصة تقديم الإستئناف"[2].

وكذلك في حكم آخر لمحكمة التمييز الأردنية : "أن المتفق عليه فقهاً وقضاءً التفرقة واجبة بين الفرصة ذاتها وبين تفويت الفرصة إذ أن الفرصة ذاتها هي من قبيل الضرر الإحتمالي والتي لا يترتب عليها التعويض عن الأضرار، أما تفويت الفرصة من قبيل الضرر المحقق والذي يوجب التعويض"[3].

ومما سبق فإن ضرر تفويت الفرصة يعد ضرراً محققاً بحد ذاته، إذا ما نظرنا له من منطلق الحرمان من فرصة تحقيقه، حيث أن مجرد تفويت الفرصة يعد بحد ذاته ضرراً وعليه؛ يعتبر المحامي مسؤولاً عن تعويض ضرر تفويت الفرصة على موكله أو من يدافع عنه بالتراخي في آتخاذ الإجراء القانوني في الميعاد، كما لو أقام الدعوى بعد مرور الزمن، أو طعن في الحكم بعد المدد القانونية، وهو يسأل بسبب هذا التقصير عن تعويض المتضرر؛ لأن تفويت الفرصة في حد ذاته ضرر محقق يستوجب التعويض،

---

(1) ينظر: حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 1958/11/13 والحكم الصادر بتاريخ 1977/3/22. **مجموعه أحكام النقض المدنية.** السنة 9 رقم 88.ص 684.

(2) ينظر: حكم محكمة التمييز الأردنية حقوق رقم (1986/480)، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، عدد6، 1989، وحكم رقم (1986/574)، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، عدد6، 1989، ص 1664.

(3) ينظر: حكم محكمة التمييز الأردنية رقم 2018/5738.الصادر بتاريخ 2018/9/17 .

أما درجة إحتمال كسب الدعوى أو نتيجة الطعن التي تعد أمراً محتملاً فيدخل في تقدير التعويض، حيث يتفاوت مقدار التعويض تبعاً لمدى إحتمال كسب الدعوى، فإذا كان الإحتمال كبيراً في كسب الإستئناف أو النقض يقضي بتعويض يتناسب وهذا الإحتمال وإذا كان إحتمال الكسب ضعيفاً نقص مبلغ التعويض، إلا أن الحكم به أمر لا بد منه، حتى لو ثبت بأن نتيجة الدعوى لن تتغير، وأن رفع الطعن في موعده لن يغير من الحكم في الدعوى[1].

الفرع الثاني: عناصر ضرر تفويت الفرصة وصوره

لقد بينا سابقاً تعدد آراء الفقهاء والإجتهادات القضائية المختلفة في تحديد طبيعة الضرر في تفويت الفرصة وقابليته للتعويض، إلا أنه يشترط لإعتبار ضرر تفويت الفرصة مستوجباً للتعويض، وجود عنصرين وهما: جديه الفرصة، والفقد النهائي للفرصة، كما يوجد لضرر تفويت الفرصة صورتين هما: الحرمان من الكسب المرجح، والحرمان من فرصة تجنب الخسارة، وسنعرض في هذا الفرع عناصر ضرر تفويت الفرصة (أولاً)، صور ضرر تفويت الفرصة (ثانياً) وذلك على النحو الآتي:

أولاً- عناصر ضرر تفويت الفرصة:

لا بد من توافر عدة عناصر حتى يعد تفويت الفرصة ضرراً محققاً يقبل التعويض وهذه العناصر تتمثل في جدية الفرصة، بمعنى أن تكون الفرصة حقيقية وجدية يفترض رجحان الكسب بها أو تجنب الخسارة، والفقد النهائي للفرصة بمعنى أن تكون الفرصة قد فقدت بشكل مؤكد ونهائي، بحيث تضيع الفرصة جراء خطأ الفاعل وتفوت معه فرصة الكسب والحرمان من تحققه نهائياً، وتصبح صيرورة هذا الكسب أو تجنب الخسارة أمراً مستحيلاً بعد أن كان محتملاً.

(1)التكروري، عثمان: **المسؤولية المدنية للمحامي عن الخطأ المهني**. (بحث غير منشور) .جامعة القدس . القدس- فلسطين.ص24.

وسوف نستعرض تلك العناصر كما يلي:

أ- جدية الفرصة:

يتوجب وجود فرصة "جدية وحقيقية للكسب أو تجنب الخسارة إلى جانب إحتمالية تحقق الفرصة، فكل ما كانت الفرصة مرجحة زادت نسبة الضرر بقدر توافرها، ولكي يتحقق الضرر في تفويت الفرصة، لا يكفي وجود الأمل والرغبة لدى المتضرر، بل يجب أن تكون هذه الفرصة حقيقية وجدية، إذ يتوقف وجود الفرصة على مدى احتماليتها ونجاحها وتحققها، فيشترط في الفرصة أن تكون جدية وحقيقية لتميزها عن مجرد الأمل"[1].

"وإعمالاً لجدية الفرصة نجد أن القاضي عند نظره للتعويض عن تفويت فرصة كسب حق للمضرور متنازع عليه أمامه، يقوم ابتداءً في تقدير مدى فرصة المضرور بالحصول على هذا الحق، فإذا ترجح لديه خسران المدعي للدعوى لو استمر النظر فيها وفقاً للمجرى المعتاد للأمور يرفض التعويض، فالفرصة تتحقق بتجربتها ومباشرتها فعلاً أي أن الموكل جرب حظه في دعواه وخسرها أمام القضاء، أو لم يجرب الفرصة كلياً كما هو الحال بالنسبة للحالة التي لا تقدم فيها الدعوى أو الطعن إلى المحكمة إلى حين إنصراف الأجل النظامي كان يتعين رفعها خلاله"[2].

ب- الفقد النهائي للفرصة وتحقق الضرر:

"يتمثل الضرر في تفويت الفرصة بآعتباره ضرراً محققاً على أساس تفويت ما كان لدى المتضرر من فرص معقولة وجدية وحقيقية، فحساب وتقدير الضرر الفعلي المحقق الذي لحق بالمضرور يكون بناءً على الفقد النهائي لفرص الكسب أو تجنب الخسارة، فيشترط أن تكون فرصة تحقق الكسب أو تجنب

---

(1) جاء في الحكم الصادر عن محكمة النقض المصرية رقم 63/7085 . الصادر بتاريخ 1955/11/30:"تفويت الفرصة وإن جاز للمضرور أن يطالب بالتعويض عنه على أن يدخل في عناصره ما كان يأمل في الحصول عليه من كسب من وراء تحقيق هذا الفرصة، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون هذا الأمل قائماً على أسباب مقبولة من شأنها، طبقاً للمجرى العادي للأمور، ترجح كسب فوته عليه العمل الضار غير المشروع".

(2) جواهر، وفاء : **المسؤولية المدنية للمحامي عن تفويت الفرصة. المجلة المغربية للدراسات القانونية القضائية** 2010: العدد 3 : 15-69 .ص55

الخسارة ، فقدت بشكل نهائي ومؤكد، حيث لا يكون ثمه محل للانتظار لمعرفة ما سيؤول إليه الأمر مستقبلاً، أي معرفه ما إذا كان الضرر سيقع أم لا إذ أن تحقق الضرر لم يعد متوقفاً على وقائع مستقبلية أو آحتمالية، بل الوضع أصبح نهائياً وآستقر ولن يتغير مستقبلاً"[1].

فعدم قيام المحامي بالطعن في الحكم الصادر ضد مصلحة موكله داخل الآجال القانونية يصبح طعنه غير مقبول شكلاً ويكسبه قوة الأمر المقضي به وفقدان موكله الحق في سماع طعنه أمام القضاء بصفه نهائية ومؤكدة، فنتيجة لخطأ محدث الضرر– المحامي– فقد يتوقف التطور في الوقائع ومجريات ومراحل الدعوى والأحداث التي كان سيتم البناء عليها في الكسب أو تجنب الخسارة[2]، يجدر بنا الإشارة الى قرار محكمة التمييز الأردنية بهذا الخصوص والذي جاء فيه: " قيام مسؤولية المحامي الذي فوت على موكله فرصة المدد القانونية المقررة في إجراءات الخصومة"[3]

ومما سبق يجد الباحث أن تحقق الفرصة وحده لا يكفي لاعتبار الضرر الناتج عن تفويتها ضرراً محققاً قابلاً للتعويض، إنما يشترط أن يلحق ضرراً فعلياً وحقيقياً بالمضرور نتيجة تفويت هذه الفرصة.

فقد تكون الفرصة الفائتة لا تشكل ضرراً فعلياً إيجابياً أو سلبياً فلا يمثل مجرد فوات الفرصة في حد ذاته ضرر يصيب من فاتته الفرصة، حيث يتحقق ذلك بصفة خاصة عندما لايكون المركز المترتب على فوات الفرصة مركزاً ضاراً عندئذ لا يكفي إثبات فوات الفرصة للتعويض، بل يقع على عاتق المضرور "إثبات الضرر الفعلي الذي أصابة والذي يطالب التعويض عنه، فالأصل أن عبئ إثبات وقوع الضرر يكون على المتضرر، سواء كان الضرر الذي أصابة مباشرة أو إرتد عليه من ضرر أصاب غير" [4].

---

(1) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: **مرجع سابق**. ص124.

(2) منصور، أمجد: **مرجع سابق**. ص 329.

(3) حكم محكمة التمييز الأردنية رقم 82/768 بتاريخ 1983/3/29. **مجلة نقابة المحامين الأردنيين**. س31، ع 8–5 .ص 625

(4) مرقس، سليمان : **الوافي في شرح القانون المدني**. المجلد الأول. الفعل الضرر والمسؤولية المدنية . ط 5 .القاهرة. مصر : مطبعة مصر الجديدة. 1992 . ص570.

ثانياً- صور ضرر تفويت الفرصة:

تتمثل صور الضرر في تفويت الفرصة في صورتين هي: الحرمان من كسب مرجح، والحرمان من فرصة تجنب الخسارة، وسنعرض صورها وبعضاً من الأمثلة على تطبيقاتها في نطاق مسؤولية المحامي المدنية عن تفويت الفرصة وهي كما يلي:

أ- الحرمان من كسب مرجح:

"إن الكسب المرجح الذي كان المضرور يسعى لتحقيقه في ضرر تفويت الفرصة بشكل عام، يتمثل: في افتراض أن هذا المضرور كان يأمل في منفعة غالباً ما تكون كسباً مرجحاً إيجابياً سيؤول إليه بفضل هذه الفرصة، التي كان يعول عليها لتحقيق أمله، إذ أنها ترتب للمضرور ميزة معينة له، وفق سير المجرى المعتاد للأمور، إلا أن الفعل الضار الصادر عن محدث الضرر قد أوقف تطور سلسلة الوقائع التي من المرجح أن تكون مصدراً للكسب المرجح، الأمر الذي أدى لتفويت الفرصة وبدد الأمل في هذا الكسب المرجح وحرم المضرور من تحقيقه، فحرمان المضرور من فرصة الكسب هو مرجح وليس مؤكداً"[1].

ويدخل ضمن تطبيقات الحرمان من الكسب الإيجابي العديد من التطبيقات التي يصعب حصرها، فهي تتمثل في كل فرصة تحقيق كسب ضاعت على المضرور نتيجة خطأ المحامي، سواء كانت عند قيامه تمثيله بالدعاوي، أو عند قيامه بأي من الأعمال القانونية الأخرى كتقاعس المحامي عن إقامة الدعوى في نطاق أجلها القانوني؛ مما يترتب عليه سقوطها أو إقامتها بشكل مخالف لأحكام وأصول القانون، أو التقاعس عن تقديم البينات والمستندات التي تثبت دعوى موكله رغم تزويده بها أو تقديمها بشكل مخالف للأصول والقانون، وإثارة الدفوع والإعتراضات على البينات المقدمة من الخصم وتفويت فرصه تقديمها، والأخطاء الناتجة عن الإهمال والتقصير في متابعة الدعوى، وتنظيم العقود والسندات القانونية بطريقه تحرم أحد أطرافها من تحقيق الكسب والمنفعة المرجوة منها، أو الامتناع عن القيام بأي عمل كان سيعود بالنفع والكسب على موكله وغيرها العديد من التطبيقات، التي سنتناولها في الفصل الثاني من هذا الدراسة .

(1) أعبية، خليل سعيد، مرجع سابق، ص11.

ب- الحرمان من فرصه تجنب الخسارة:

إن تفويت الفرصة قد يكون سلبياً يتمثل: في ضياع فرصة تجنب خسارة من المرجح تجنبها، وهو شكل خاص من أشكال ضرر تفويت الفرصة، ويعني إيقاع المضرور في خسارة كان من المحتمل تجنبها[1]، فإذا حصلت هذه الخسارة فإن المضرور وقتها يكون قد فاتته فرصة تجنب ضرر كان من محتملاً فقط فأصبح محققاً، ولا يكفي أن تكون هذه الخسارة محتملة التجنب فقط بل يجب أن يكون لهذه الخسارة فرصة معقولة لتجنبها لولا فعل محدث الضرر أو إهماله ليكون الحرمان من هذه الخسارة ضرراً[2].

وتتمثل تطبيقات الضرر الواقع نتيجة الحرمان من تجنب الخسارة في موضوع دراستنا بالعديد من التطبيقات التي يصعب حصرها، والتي تتمثل في تفويت كل فرصه لتجنب الخسارة أو إيقاع المضرور في خسارة من المرجح تجنبها نتيجة خطأ المحامي سواء عند تمثيل موكله كمدعٍ أو مدعى عليه، أو متهم أو مشتكي، عند قيامه بأي من الأعمال المكلف بها، ونورد بعضها على سبيل المثال لا الحصر: عدم قيام المحامي في ممارسة حق موكله بالطعن في الأحكام الصادرة ضده، أو تقديم هذه الطعون خارج المدد القانونية، أو عدم قيام المحامي بإثارة الدفوع القانونية بالشكل السليم والصحيح المتفق وأحكام القانون وهي الدفوع التي تنصب في مصلحة موكله ويتعلق إثارتها على الخصوم ويكون لها تأثير بالحكم الفاصل في الدعوى، كالدفع بسقوط الحق المدعى به لعله مرور الزمن أو التقادم، أو الخطأ بتقديم البينات اللازمة لدفع الدعوى المنعقدة في مواجهة موكله، وإثارة الدفوع المتعلقة بها فعندما يكون المحامي وكيلاً عن المدعي عليه، قد يؤدي هذا الخطأ لعدم القدرة على نفي إدعاءات المدعي، وفي هذا أيضاً الخطأ الناتج عن تنظيم السندات والعقود القانونية بشكل غير صحيح؛ مما يوقع موكله في خسارة من المرجح تجنبها ويلحق به الضرر، وغيرها العديد من التطبيقات التي سنتناولها في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

---

(1) تايه، أحمد محمود : **التعويض عن فوات الفرصة** (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة بغداد .بغداد .العراق:2014.ص13.

(2) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: **مرجع سابق** .ص 105

المطلب الثاني: مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة وموقف التشريعات الفلسطينية منها

يعد التكييف القانوني للمسؤولية المدنية للمحامي من أصعب وأدق المسائل التي لطالما أثارت جدل الفقهاء والقانونين، وقد تجلت هذه المسألة جلياً في مسؤوليته عن تفويت الفرصة بأنها تقوم على أساس المسؤولية العقدية، أم المسؤولية التقصيرية، الأمر الذي يختلف معه تطبيق أحكام مسؤولية المحامي بالتعويض عن ضرر تفويت الفرصة عند حرمان المضرور من كسب مرجح أو تجنب خسارة، وسوف نعرض في هذا المطلب الآراء بهذا الخصوص وأهم الإنتقادات التي وجهت لها ومدى إنطباق أحكامها على مسألة تفويت الفرصة(الفرع الأول)، وموقف التشريعات الفلسطينية السارية بهذا الشأن .

الفرع الأول: أساس المسؤولية المدنية للمحامي

سيتم من خلال هذا الفرع التطرق إلى الأساس القانوني لقيام المسؤولية المدنية للمحامي بشكل عام والآراء الفقهية بهذا الخصوص، ومدى انطباق أحكامها على كل من: المسؤولية العقدية والآراء المختلفة في تكييف طبيعة العقد بين المحامي وموكله (أولاً)، والمسؤولية التقصيرية (ثانياً)، بالإضافة إلى بيان وهم الأسانيد التي تبناها أصحاب هذا الآراء والإنتقادات التي وجهت لها، ومدى إنطباق أحكامها على مسألة تفويت الفرصة عند حرمان المضرور من كسب مرجح أو تجنب خسارة.

أولاً: المسؤولية المدنية للمحامي تقوم على أساس المسؤولية العقدية:

ذهب جانب من الفقه لإعتبار مسؤولية المحامي هي مسؤولية عقدية تقوم على أساس العقد ما بين المحامي وموكله والإخلال بالالتزام العقدي، إذ إن العلاقة القانونية بين المحامي وموكله تقوم على وجود رابطة عقدية يكون عقداً رضائياً أو مكتوباً[1]؛ وذلك على سند من القول بأن المحاميين عادة ما يرتبطون بعملائهم بعقود محلها تقديم الخدمات القانونية لقاء مقابل مادي أي وجود التزامات متبادلة بين الطرفين، كما أن أغلب التشريعات الخاصة درجت على وصف هذه العلاقة بالوكاله، وأن المحامي وكيل عن موكله

(1) السنهوري، عبدالرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني** .ج1.ط2. القاهرة– مصر: دار النهضة العربية. 1994. ص 930. وايضاً شنب، محمد لبيب: **شرح أحكام عقد المقاولة**. ط1.مصر. القاهرة : **دار النهضة العربية**. 1962.ص11. أيضاً كمال، ثروت قاسم: **الوجيز في شرح أحكام عقد المقاولة**. مطبعة اوفيست الوسام.بغداد العراق .ج2.ط1. 1976.ص355.

ما يعني أنها قد إعتبرتها علاقة عقدية[1]، وقد تعرض هذا الرأي للعديد من الإنتقادات، وقد اختلف الفقهاء من أنصار هذا الرأي في تحديد طبيعة هذا العقد، فقد ذهب جانب إلى اعتباره عقد وكالة، فيما ذهب جانب أخر لاعتباره عقد مقاولة، وذهب جانب آخر من أنصار هذا الرأي لاعتباره عقد عمل وهي كما يلي :

أ- عقد الوكالة: [2]

يعرف عقد الوكالة بأنه:"عقد يخول بموجبه أحد الطرفين الآخر سلطة تمثيلية في القيام باسمه ولحسابه بإبرام تصرف قانوني، أو إبرام سلسلة من التصرفات القانونية"[3].

وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه: "تفويض أحد في شغل لآخر وإقامته مقامه في ذلك الشغل ويقال لذلك الشخص موكل ولمن أقامه وكيل ولذلك الأَمر موكل به"[4]".

وقد ذهب جانب من الفقه إلى تكييف العلاقة بين المحامي وموكله بأنها تقوم على أساس عقد الوكالة وأن معظم خصائصه وأحكامه تنطبق عليها[5]؛ ويرى أنصار هذا الإتجاه بأن الوكالة التي تربط المحامي بموكله هي وكالة من نوع خاص تسمى الوكالة بالخصومة والتي تخوله رفع الدعوى ومتابعة إجراءاتها والإدعاء بالحقوق والدفاع أمام المحاكم ودوائر التحقيق[6]، وتعد حكراً على المحامين دون غيرهم[7]، وقد

---

(1) الأحمد، أشرف جهاد: **المسؤولية المدنية للمحامي عن الخطأ المهني**. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الشرق الأوسط . عمان. الأردن. 2021.ص27.

(2)عرفته المادة(833): **القانون المدني الأردني رقم(43)لسنه(1976)**:الوكاله : "عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخص آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم". وأيضاً عرفته المادة (699): **القانون المدني المصري رقم (131)لسنه(1948)**."عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل". وايضاً عرفته المادة(297): **مشروع القانون المدني الفلسطيني**. بأنه : "عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل وبذات السياق

(3) فيغو، عبدالسلام أحمد: "**عقد الوكالة "**.منشورات مجلة الحقوق – سلسلة المعارف القانونية والقضائية: الإصدار (39)، 2016، ص104.

(4) انظر: نص المادة (1449) **من مجلة الأحكام العدلية**.

(5) كرمييه: احد فقهاء القانون المدني الفرنسي: في مهنه المحاماة. 1954 فقرة 102. ص106. أيضاً السنهوري، عبدالرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني. دار النهضه العربيه.القاهرة جمهورية مصر العربية. ج7 . ص21 . أيضاً كمال، ثروت قاسم: **مرجع سابق**.ص355.

(6) تنص المادة (1516): **مجلة الأحكام العدلية**" "لكل من المدعي والمدعى عليه أن يوكل من يشاء بالخصومة ولا يشترط رضاء الآخر".

(7) أرجعية، عصرانية: **المسؤولية المدنية للمحامي"دراسة مقارنة"** .ط1. مصر. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.2019.ص 61.

عرفها حكم محكمة النقض الفلسطينية بأنها :" توكيل بالخصومة يخول الوكيل سلطة القيام بالأعمال والإجراءات القانونية اللازمة لرفع الدعوى ومتابعتها والدفاع فيها وإتخاذ الإجراءات التحفظية إلى أن يصدر الحكم في موضوعها في درجة التقاضي التي وكل فيها وإعلان هذا الحكم"[1]، وذلك على اعتبار أن الطابع الشخصي للمحامي وعامل الثقة هما محل آعتبار للموكل والمحامي عند إبرام عقد الوكالة وأن هذا العقد ينتهي بوفاة أحد طرفيه، كما أن موضوعه النشاط الذهني أو الجسدي الذي يقوم به المحامي بالخصوص الموكل إليه مقابل الآتعاب التي يتقاضاها من موكله للقيام بهذه الأعمال؛ فإذن هو عقد تبادلي بينهما إضافة لأنه عقد غير لازم بحيث يجوز لأحد أطرافه التحلل منه بإرادته المنفردة، وبالتالي يكون متناسباً مع أحكام عقد الوكالة[(2)].

لقد تعرض هذا الرأي للإنتقاد على عدة أوجه سواء من ناحية عدم انطباق أحكام عقد الوكالة على جميع التزامات المحامي، أو من ناحية عدم انسجام أحكام عقد الوكالة مع الدور الخطير الذي يقوم به المحامي في المجتمع؛ وذلك على سند من القول بأن عقد الوكالة بالأصل هو عقد تبرع بأن يؤدي الوكيل عمله دون مقابل ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، وهذا على عكس طبيعة عمل المحامي والرابط بين المحامي وموكله التي يتكون أساسها القيام بأعمال قانونية مقابل أجر مادي[(3)]؛ فيكون للمحامي المطالبة بحقه في مقابل ما يقوم به من أعمال حتى ولو لم يكن هنالك اتفاق واضح، وأن هذا التكييف يتنافى ويتعارض مع المبادئ التي تقوم عليها مهنة المحاماة؛ فالوكيل في كثير من حالات الوكالة يخضع لتعليمات وتوجيهات موكله إذ أنه يتصرف لحسابه ومن حقه أن يملي عليه شروطه[4]، بحيث قد يصل إلى أن المحامي يصبح

---

(1) حكم محكمة النقض الفلسطينية : في الدعوى الحقوقيه رقم (2015/1224) بتاريخ 2019/12/29.

(2) السنهوري، عبدالرزاق: **مرجع سابق**.ص1119.

(3) تنص المادة (21):**قانون المحامين النظاميين الفلسطينين رقم (3) لسنة1999 وتعديلاته**. المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية. العدد 30 بتاريخ 1999/10/10"للمحامي الحق في تقاضي بدل أتعاب عما يقوم به من أعمال ضمن نطاق مهنته، كما له الحق في إستيفاء أية مصروفات قضائية تحملها في سبيل القضية التي كان وكيلاً فيها شريطة أن تكون مؤيدة بالمستندات".

(4) الأحمد، أشرف: **مرجع سابق**. ص38.

في مركز تابع للموكل، ويسأل الأخير عنه مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع؛ إذ أنه لا يمكن للموكل أن يلزم المحامي بأن يسلك طريقاً معينة يراها مجدية[1].

ب- عقد المقاولة "[2]:

يعرف عقد المقاولة بأنه:"عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر، دون أن يخضع لإشرافه أو إدارته "[3].

وعرفته مجلة الأحكام العدلية تحت مصطلح الإستصناع بأنه:" الاستصناع عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئا، فالعامل صانع والمشتري مستصنع، والشيء مصنوع"[4].

ولقد ذهب جانب من الفقه إلى تكييف العلاقة بين المحامي وموكله بأنها تقوم على أساس عقد مقاولة[5]، فقد أسس أنصار هذا الرأي إلى أن المحامي يمارس أعماله دون أن يخضع لتبعية أو إشراف من جانب موكله، ويمارس أعمال مهنته بصفة مستقلة عنه، حيث يبقى المحامي ملزماً بأداء الأعمال المتفق عليها لصالح موكله لقاء الأجر المتفق عليه، وأن الأتعاب التي يتقاضاها المحامي تكون مرتبطةً بالأعمال التي يؤديها، والتي تكون بالغالب أعمال مادية، فالمرافعة وإعطاء الإستشارات القانونية هي من قبيل الأعمال المادية ولا تعتبر من الأعمال القانونية؛ لأن المحامي يترافع أمام المحاكم للدفاع عن مصالح موكله أو يكتفي بإرشاده فيفعل ذلك باسمه الشخصي لا باسم من يدافع عنه ولا ينوب عنه أو يمثله فيما قام به؛

---

(1) حسين، محمد عبد الظاهر: **المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل**. ط1:**دار النهضة للنشر والتوزيع**.القاهرة.مصر.القاهرة. 1993.ص82.

(2)عرفته المادة(780): **القانون المدني الأردني رقم(43) لسنه 1976**.المنشور بالجريدة الرسمية الأردنية. العدد(2654). بتاريخ 1976/8/1"عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الأخر".وبذات السياق عرفته (699): **القانون المدني المصري رقم (131) لسنه 1948**."عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيء أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الأخر" وأيضاً عرفته المادة(790): **مشروع القانون المدني الفلسطيني** بأنه: "عقد "يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به المتعاقد للآخر.

(3) شنب، محمد لبيب: **مرجع سابق**.ص11.

(4) ينظر: نص المادة (124) : **مجلة الأحكام العدلية**.

(5) الفقيه : جوسران. **أحد فقهاء القانون المدني الفرنسي** .وأيضاً الفقيه الفرنسي: جان مارزو.أحد فقهاء القانون المدني الفرنسي والفقيه كرمييه : **أحد فقهاء القانون المدني الفرنسي** ، وأيضاً عبد الرزاق السنهوري: **أحد فقهاء القانون المدني المصري** .نقلاً عن : شنب، محمد لبيب ،:مرجع سابق.ص20.

ولذلك فإن هذا العقد يعد عقد مقاوله، أما في حال وجود أعمال قانونية بين الأعمال التي يقوم بها المحامي فهي تتفرع عن الأعمال المادية[1]، وفي حال وجود أعمال قانونية متداخلة مع الأعمال المادية ولا يمكن فصلها عن بعضها؛ فإنه لا مانع من إخضاع هذه العلاقة القانونية لنوعين من العقود بحيث تطبق أحكام عقد الوكالة على الأعمال القانونية وأحكام عقد المقاولة على الأعمال المادية، ولا يؤثر ذلك في اعتبار المحامي مقاولاً ما دامت خصائص عقد المقاولة متوفرة[2].

قد تعرض هذا الرأي لعدة إنتقادات من مؤيدي الاتجاهات السابقة أهمها: إن التزام المحامي يكون في أغلب الأحيان التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة، أما لمقاول يقع على عاتقة الالتزام تحقيق نتيجة[3]، كما أن عقد المقاولة هو من العقود اللآزمة، الذي لا يستطيع أحد أطرافه أن يتحلل من تنفيذه دون موافقة الطرف الأخر، وإلا كان مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي سببه له نتيجة عدم تنفيذ الالتزام، وذلك على عكس العقد الذي يجمع المحامي بموكله، والذي يعتبر من العقود غير اللآزمة، إذ يستطيع أحد أطرافه إنهاء العقد بإرادته المنفردة دون الرجوع للطرف الأخر، كما أن العلاقة العقدية بين المحامي وموكله تقوم على أساس الآعتبار الشخصي وينتهي بوفاة أحد أطرافه؛ وذلك على عكس عقد المقاولة الذي لا ينتهي بوفاة المقاول، وأن المقاول يتعاقد لآسمه الشخصي ولحسابه، أما المحامي فإنه يقوم بأعماله نيابة عن موكله وتنصرف آثار هذه الأعمال إلى الموكل فقط[4].

ومما سبق يرى الباحث استبعاد هذا الرأي مستعيناً بالإنتقادات التي وجهت له بالإضافة للقول بأن أي أعمال مادية يقوم بها المحامي أثناء ممارسة مهنته تنتج عن التصرفات القانونية التي تكون موضوع علاقته مع موكله؛ وذلك لطبيعة مهنة المحاماة؛ حيث تكون الأعمال المادية تابعة وضرورية لتنفيذ التزامه وإنجاز التصرفات القانونية، كما أن تكييف علاقة المحامي بموكله على هذا الأساس يتعارض مع الطبيعة

---

(1) محمد، رايس. **المسؤولية المدنية للمحامي**. مجلة الحقوق جامعة الكويت: المجلد 39 العدد 3 : 273-306. 2010، ص 245.

(2) شيب، محمد لبيب: **مرجع السابق**.ص60.

(3) إرجيعة، عصارنة: **مرجع سابق**.ص55.

(4) الأحمد، أشرف: **مرجع سابق**.ص40.

الخاصة لمهنة المحاماة؛ فأعمال المقاولة تعد من الأعمال التجارية التي تهدف إلى تحقيق الربح يكتسب المقاول في أغلب الأحيان صفة التاجر عند ممارسة نشاطاته[1]، وهذا يخالف طبيعة مهنة المحاماة التي تعد من الأعمال المدنية الحرة وتنظمها قواعد خاصة بها، فجميع الأعمال التي يقوم بها المحامي أثناء ممارسة أعمال مهنته تعد من الأعمال المدنية، التي لا يمكن وصفها بأنها أعمال تجارية، والتي حظر المشرع الفلسطيني على المحامي آحترافها[2].

ت- عقد العمل:

يعرف عقد العمل الفردي بأنه:" اتفاق يقوم بموجبه شخص بأداء عمل خاص لحساب شخص آخر ،وتحت إدارته وإشرافه"[3].

وعرفه قانون العمل الفلسطيني بأنه:"اتفاق كتابي أو شفهي صريح أو ضمني، يبرم بين صاحب عمل وعامل لمدة محددة، أو غير محددة، لإنجاز عمل معين يلتزم بموجبه العامل بأداء عمل لمصلحة صاحب العمل، وتحت إدارته وإشرافه"[4].

---

(1) تنص مادة (6) **من قانون التجارة الأردني رقم(12) لسنه (1966)**. المنشور بالجريدة الرسمية الأردنية. العدد (1910). بتاريخ 1966/3/30 بأنه:"تعد الأعمال التالية بحكم ماهيتها الذاتية أعمالاً تجارية برية: أ- شراء البضائع وغيرها من المنقولات المادية لأجل بيعها بربح ما سواء بيعت على حالتها أم بعد شغلها أو تحويلها ب- شراء تلك الأشياء المنقولة نفسها لأجل تأجيرها أو استئجارها لأجل تأجيرها ثانية ج- البيع أو الاستئجار أو التأجير ثانية للأشياء المشتراة أو المستأجرة على الوجه المبين فيما تقدم د- أعمال الصرافة والمبادلة المالية ومعاملات المصارف العامة والخاصة- توريد المواد- أعمال الصناعة وإن تكن مقترنة باستثمار زراعي إلا إذا كان تحويل المواد يتم بعمل يدوي بسيط- النقل براً أو جواً أو على سطح الماء ح- العمالة والسمسرقط- التأمين بأنواعه ي- المشاهد والمعارض العامة ك- التزام الطبع ل- التخزين العام م- المناجم والبترولن- الأعمال العقاريةس- شراء العقارات لبيعها بربحع- وكالة الأشغال 2-وتعد كذلك من الأعمال التجارية البرية بحكم ماهيتها الذاتية الأعمال التي يمكن اعتبارها مماثلة للأعمال المتقدمة لتشابه صفاتهاوغاياتها.

(2) تنص المادة(4/7) من **قانون المحامين النظاميين الفلسطينيين رقم (3) لسنة(1999) وتعديلاته:** "لا يجوز الجمع بين مزاولة مهنة المحاماة وبين: 1- رئاسة السلطة التشريعية. 2- منصب الوزارة. 3- الوظائف العامة أو الخاصة الدائمة أو المؤقتة براتب أو بمكافأة فيما عدا أساتذة الجامعات المسجلين في سجل المحامين المزاولين. 4- احتراف التجارة وتمثيل الشركات أو المؤسسات في أعمالها التجارية ورئاسة أو نيابة رئاسة مجالس الشركات أو المؤسسات على اختلاف أنواعها وجنسياتها. 5- جميع الأعمال التي تتنافى مع استقلالية أو كرامة مهنة المحاماة."

(3) نصرة،أحمد: **قانون العمل الفلسطيني**.ط2.رام الله.فلسطين. كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت.2012.ص55.

(4) ينظر المادة (25) من **قانون العمل الفلسطيني رقم(7)لسنة 2000**. المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية .العدد رقم(39) .بتاريخ2000/11/27. بذات السياق عرفته المادة (2) من **قانون العمل الأردني رقم(51) لسنة (2002)** المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية .العدد رقم 4567.بتاريخ 2020/10/10."إتفاق شفهي أو كتابي صريح أو ضمني يتعهد العامل بموجبه أن يعمل

ولقد ذهب جانب من الفقه إلى تكييف علاقة المحامي بموكله بأنها تقوم على أساس عقد العمل[1]، باعتبار أن طبيعة العلاقة التي تجمع المحامي وموكله تدخل ضمن العلاقات العمالية؛ لأن المحامي يؤدي عملاً لصالح موكله، وأن هذا العلاقة تمثل إجارة خدمات خاصة عندما يتم تحديد الأتعاب المقابلة للعمل على أساس الوقت والجهد مع وجود خاصية وحيده له هي أن عقد العمل هذا ينصب ويتعلق بعمل ذهني، فعمل أصحاب المهن الحرة باعتباره عملاً عقلياً وذهنياً لا يختلف عن الأعمال اليدوية، التي تشكل موضوعاً لعقد العمل مع وجوب مراعاة الاستقلالية التي يتمتع بها المحامي في بعض الفروض[2]، ولا يختلف الأمر إذا كان المحامي يخضع للتبعية والإشراف والرقابة من موكله، وكانت العلاقة التبعية تنظيمية، وهو الحال عندما يكون المحامي يعمل في شركة أو مؤسسة ما ويباشر أعماله القانونية لصالحها وفي مقرها ويراعى في عمله التوجيهات والرقابة من رب العمل[3].

ولقد تعرض هذا الرأي لعدة انتقادات أهمها: أن علاقة المحامي وموكله لا تخضع للعلاقة العمالية كونها تقوم بالأساس على وجود علاقة التبعية والإشراف بين العامل ورب العمل وهو أمر غير متصور في هذا العلاقة ويتعارض مع استقلالية مهنه المحاماة[4]، كما أن العقد الذي يجمع المحامي وموكله يحتاج إلى شكلية معينة من أجل أن يتمكن المحامي من البدء في أعمال مهنته؛ وذلك بخلاف عقد العمل الذي ينعقد رضائياً بمجرد التقاء الإيجاب والقبول ولا يشترط فيه شكلية معينة، بالإضافة لأن أتعاب المحاماة لا يمكن

لدى صاحب العمل وتحت إشرافه وإدارته مقابل أجر، ويكون عقد العمل لمدة محددة أو غير محددة أو لعمل معين أو غير معين.وبذات السياق عرفته المادة قانون العمل المصري بأنه "العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل بأن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إدارته لقاء أجر أيا كان نوعه.

(1) خطاب، طلبة وهبة :**مسؤولية المدنية للمحامي المحامي الفرد – المحامي في شركة المحاماة المدنية**. ط1.القاهرة .جمهورية مصر العربية:**مكتبة سيد عبدالله وهبة**.1986. ص 44

(2) رايس، محمد:**مرجع سابق**.ص245.

(3) شنب محمد، لبيب: **مرجع سابق**.ص65.

(4) طه، شعبان احمد: **المسؤولية المدنية عن الخطأ المهني لكل من الطبيب والصيدلي والمحامي والمهندس المعماري** . ط1.الإسكندرية. جمهورية مصر العربية: دار الجامعة الجديدة .2010. ص 245.

أن تتخذ صفة الأجر الذي يتصف بالثبات ولا ينعقد عقد العمل بدونه على عكس الأتعاب التي تتغير حسب ظروف ووقائع كل قضية[1].

ومما سبق يرى الباحث أن تكييف علاقة المحامي بموكله بناءً على أحكام عقد العمل هو تكييف قد جانب من الصواب؛ حيث إن عناصر عقد العمل لا تنطبق على هذا العلاقة، فالأعمال التي يقوم بها المحامي أثناء ممارسة مهنته سواء كانت مادية أو قانونية يمارسها بصفته القانونية كمحامٍ يستمد حريته المهنية في ممارستها سنداً لأحكام القوانين والأنظمة واللوائح التي تنظم مهنته، كما أن المحامي لا يخضع لتبعية وإشراف موكله أثناء قيامه بهذه الأعمال، والتي هي أساس وجود العلاقة العمالية، كما أنه لا يتقاضى الأجر بالمفهوم التقليدي له الوارد في العقود العمالية، وأن هذا الرأي يخالف الطبيعة القانونية الخاصة لمهنة المحاماة التي نظمها القانون بأحكام خاصة بها ويتعارض مع سمو هذه المهنة.

ويضيف الباحث بأن المحامي يكون عملاً إذا كان يعمل لدى شخصيه طبيعية أو معنويه ولحسابها، دون أن يمتد ذلك للعلاقه التي تربطه بموكله مثل: أن يكون المحامي عاملاً في مكتب أو شركة محاماه، أو في دائرة قانونية تابعة لبنك أو مؤسسة مصرفية وغيرها، وهو ما جاء في أحد أحكام محكمة التمييز الأردنية بقولها:" إذا كانت المدعية تعمل متفرغة لدى المدعى عليه بنك عمان للاستثمار في الدائرة القانونية التابعة له تحت إشراف وإدارة مدير الدائرة القانونية التابعة له وتتقاضى أجراً؛ فإن عنصر التبعية متوفر في عقد العمل بينهما وبين صاحب البنك"[2].

(1) الأشرف، أحمد:**مرجع سابق**.ص35 .

(2) ينظر حكم محكمة التمييز الأردنية، تمييز حقوق رقم (2004/27)، بتاريخ 2005/1/13، منشورات مركز عدالة.

ثانياً–المسؤولية المدنية للمحامي على أساس المسؤولية التقصيرية:

يرى جانب من الفقه إلى استحالة تصور وجود الرابطة العقدية بين سائر أصحاب المهن الحرة وعملائهم، فيرى أصحاب هذا الرأي أن مسؤولية أصحاب هذه المهن اتجاه عملائهم هي مسؤولية تقصيرية[1]، تقوم على أساس مخالفة التزام قانوني فهذه العلاقة لا يحددها العقد ولا تقوم على أساسه، فلا يمكن أن تؤدي ممارستهم لمهنهم إلى عقد ملزم من الناحية المدنية، وباعتبار مهنة المحاماة من المهن الحرة؛ فإن مسؤولية المحامي تقوم على أساس المسؤولية التقصيرية والتي تتمثل في العموم بالإحجام عن بذل العناية الواجب بذلها من قبل شخص معتاد محاط بنفس الظروف المحيطة به وفقاً لأصول المهنة وقواعد القانون، فالعلاقة التي تجمع بين المحامي وموكله لا يمكن أن تخضع لرابطة العقدية؛ فهي لا تقوم مسؤوليتهم على أساس عقدي وإنما تحددها القوانين والأنظمة واللوائح[2].

وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى العديد من الحجج والأسانيد التي تدعم رأيهم والتي نوردها فيما يلي:

1- إن الزعم بوجود العلاقة التعاقدية بين المحامي وموكله يفنده عدم توافر أركان العقد، فحتى يكون العقد صحيحاً يجب أن تتوافر الشروط العامة اللازمة لإبرامه صحيحاً، فلو سلمنا بوجود علاقة تبادل بين المحامي وموكله بشكل صريح في أغلب الحالات، وضمنية في بعضها، فالرابطة العقدية تنتفي لتخلف ركني المحل والسبب، ولانعدام آثار العقد فهذا العقد قد ينصب على الحقوق الشخصية أو غير المالية، وهي حقوق خارجة عن دائرة التعامل التجاري ولا يمكن أن تكون بنفسها وبذاتها محلاً للعقد[3].

---

(1) Rebert Foose, La Responsabilite Civile des Avocats, THESE,1936. Aubry and Rau Cours de droit Civil Fancais de apres Lameth de Zachrise 5 ed. No. 344, n.371: نقلاً عن : سمودي، عبدالباقي : **مرجع سابق** . ص100

(2) رايس، محمد: **مرجع سابق**. ص 246.

(3) حسين، محمد ظاهر: **المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل**. ط1.القاهرة . جمهورية مصر العربية : دار النهضة للنشر والتوزيع. 1993.ص 257.

2- أن التسليم بوجود الرابطة العقدية بين المحامي وموكله يتعارض مع مفهوم آثار العقد، فالأصل أن العقد يلزم أطرافه بجميع الآثار المترتبة عليه وأي خرق له من أحد الأطراف يعرض هذا الطرف للحكم عليه بالتعويض عن الأضرار التي سببها، الأمر الذي لا يتحقق عند ارتباط المحامي بموكله لوجود قاعدة تقضي بمبدأ استقلال مهنة المحاماة فالمحامي يستطيع بعد قبوله الدعوى أن يغيير رأيه ويرفض تقديم الخدمة القانونية لموكله حتى لو وقع ذلك بعد المباشرة بالتنفيذ دون أن يلتزم بتقديم أسباب عدوله لموكله، وفي ذلك خروج عن أحكام العقد لما يعنيه من استبعاد أحد الطرفين في العدول عن العقد عدولاً لا تترتب عليه مسؤولية مدنية[1].

3- إن طبيعة النشاط المهني القائم في مجال المهن الحرة، لا يمكن أن يُسأل عنه أصحاب هذه المهن عقدياً، فلا يمكن إجبارهم على القيام بها إذا لم يرغبوا بذلك، فالطبيعة العقدية لهذه الأعمال تختلف عن غيرها من الأعمال الأخرى وبناءً عليه؛ فإن ممارسة أعمال مهنة المحاماة لا يكون الهدف الرئيس منها هو ضمان وسيلة العيش أو الكسب بقدر ما هي خدمة أو فضل من جانب المحامي؛ فإن عدم تنفيذه أو تخلفه عن أدائها لا يمنح المضرور حق المطالبة بالتعويض بناءً على القواعد التي تتعلق بالمسؤولية العقدية، ولكن ذلك لا يعني أن المحامي سيتحلل من أي التزام مدني، وإنما سيكون مسؤولاً عن تقصيره في أدائه لخدماته وعن أخطائه بتطبيق القواعد التي تتعلق بالمسؤولية التقصيرية[2].

ولقد تعرض هذا الرأي لعدة انتقادات أهمها: القول بأن الحقوق الشخصية وإن كانت لا تقبل البيع أو الشراء وبالتالي التعامل التجاري فليس هناك ما يمنع من أن تكون محلاً للحماية والدفاع عنها، وأن القول بأن مهنة المحاماه هي من المهن الحرة، فالمحامي لا يمكن إجباره على تنفيذ تعهده فهذا صحيح، ومع ذلك ليس هناك ما يمنع بأن يتحمل التعويض عن عدم التنفيذ إذا كان مرد ذلك إلى تقاعس المحامي أو خطئه، فاستحالة التنفيذ الجبري للالتزام عندما يقتضي ذلك تدخل المدين شخصياً لا يحول دون إمكانية جبر

(1) سوادي، عبد الباقي: **مرجع سابق**.102.

(2) رايس، محمد: **مرجع سابق**. ص248

الضرر وتعويض ما نتج من عدم التنفيذ من أضرار، إضافةً إلى ذلك أنه لا فرق بين العمل الذي يؤديه الشخص بيده، والعمل الذهني الذي يلعب فيه عقل الإنسان الدور الأبرز، فهذه تفرقة تاريخية أصبحت مهجورة، فلم يعد يقبل بها في الوقت الحاضر، أما من ناحية آثار العقد فإنهم يبررون أن الحديث عن أن الوكالة التي تجمع المحامي بموكله غير لازمه لأطرافها، ومن حق كل من المحامي والموكل الرجوع عن إرادته في أي لحظة لا يمكن التسليم به خاصة من جانب حق المحامي في حال عدم رغبته متابعة الدعوى؛ لما يترتب على هذا الحق من حرمان المضرور من كسب مرجح، بحيث يعد المحامي مسؤولاً بتعويض المضرور عن ضرر تفويت الفرصة، إذ من الواجب على المحامي قبلها إخطار موكله برغبته في عدم متابعه الدعوى في وقت مناسب وقبل مدة معقولة تسمح له أن يتدبر أموره وإيجاد محامٍ آخر حتى لا يحرم من فرصة الكسب المرجح للدعوى[1].

ومما سبق يرى الباحث بأن المسؤولية المدنية للمحامي في مواجهة موكله هي مسؤولية عقدية، لأنها تترتب على خرق أحد الالتزامات الناشئة والمفروضة بمقتضى عقد الوكالة بين الطرفين وهو التكيف الأصح للرابطه العقديه التي تجمع المحامي بموكله، فمن المعلوم أنه وفي إطار المسؤولية المدنية فإن المسؤولية العقدية تجبّ المسؤولية التقصيرية.

ولا محل للقول بأن الأعمال التي يقوم بها المحامي لا تقتصر على التصرفات القانونية التي يؤديها في الترافع والتمثيل والدفاع في الدعوي أمام القضاء، بحيث تمتد لتشمل جميع الأعمال التي نص عليها القانون وخاصة قانون المحاميين النظاميين الفلسطينيين مثل: تنظيم العقود، وتقديم الإستشارات القانونية، والتمثيل أمام الجهات الرسمية والخاصة[2]، والإنتداب القضائي في دعاوي الجنايات[1]، وتكليف المحامي

(1) **المرجع سابق**. ص 248.

(2) تنص المادة (2):**قانون المحامين النظاميين الفلسطينيين رقم (3) لسنة(1999) وتعديلاته** المحاماة مهنة حرة تعاون السلطة القضائية في تحقيق العدالة وتأكيد سيادة القانون وفي كفالة حق الدفاع عن حقوق المواطنين وحرياتهم. ويزاول المحامون وحدهم مهنة المحاماة، ولا سلطان عليهم في مزاولتهم إلا لضمائرهم وأحكام القانون. وتشمل أعمال مهنة المحاماة:- 1- التوكل عن الغير للادعاء بالحقوق والدفاع عنها لدى: أ- المحاكم كافة على اختلاف أنواعها ودرجاتها. ب- المحكمين ودوائر النيابة العامة. ج-

بالقيام بأعمال المعونة القانونية من قبل النقيب[2] وغيرها من الأعمال التي ترتبط بمهنته والتي لا يشترط أن يرتبط بها المحامي بوكالة أو حتى عقد مكتوب مع موكله؛ فيرى الباحث أن جميع هذا الأعمال لا تتعارض مع خصائص عقد الوكالة، وأن ذلك تكيف العلاقه بين المحامي وموكله على غير ذلك يقلص من إستقلالية مهنة المحاماة والدور الريادي الذي يقوم به المحامي في حفظ مبدأ سيادة القانون.

الفرع الثاني: موقف التشريعات الفلسطينية من التعويض عن تفويت الفرصة

أولاً – موقف مجلة الأحكام العدلية :

"لم تنظم مجله الأحكام العدلية التعويض عن تفويت الفرصة بشكل مباشر، إلا أنها أشارت إلى الضرر الفاحش الذي يمنع الحوائج الأصلية أي المنفعة، وذلك في نص المادة (1199) منه بقولها:" والضرر الفاحش هو كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو يضر بالبناء أي يجلب له وهناً ويكون سبب انهدامه""[3]، فالضرر في تفويت الفرصة للوهله الأولى هو ضرر إحتمالي وليس حالاً ولا يقبل التعويض عنه .

الجهات الرسمية والمؤسسات العامة والخاصة 2- تنظيم العقود والقيام بالإجراءات التي يستلزمها ذلك. 3- تقديم الاستشارات القانونية.

(1) تنص المادة (244)**:قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة (2001)**. المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية.العدد(75) بتاريخ 2001/5/12"تسأل المحكمة المتهم إذا اختار محامياً للدفاع عنه، فإن لم يكن قد فعل بسبب ضعف حالته المادية انتدب له رئيس المحكمة محامياً، مارس المهنة لمدة لا تقل عن خمس سنوات، أو مارس قبل حصوله على إجازة المحاماة العمل في النيابة العامة أو في القضاء مدة لا تقل عن سنتي" وأيضاً تنص المادة (245): من ذات القانون "تقرر المحكمة في ختام المحاكمة أتعاب المحامي المنتدب بموجب المادة السابقة وتصرف الأتعاب من خزينة المحكمة".

(2) تنص المادة(2/44): **قانون المحامين النظاميين الفلسطينيين رقم (3) لسنة(1999) وتعديلاته**"أ- لنقيب المحامين أن يكلف أي محام بخدمة مهنية مجانية يقدمها للنقابة مرة كل سنة وتقتصر هذه الخدمة المجانية على القيام بأحد الأعمال الآتية: 1- إلقاء محاضرة على المتدربين. 2- تقديم استشارات قانونية للمتمرنين. 3- إعداد دروس قانونية، أو محاضرات لمؤتمرات المحامين. 4- تنظيم أعمال المؤتمرات، والمكاتب الدائمة لاتحاد المحامين العرب. 5- إعداد المقالات الحقوقية التي يحسن نشرها في المجلات الحقوقية أو في مجلة تصدرها النقابة. 6- مساعدة المجلس في بعض أعماله. 7- الدفاع عن شخص ثبت للنقيب فقره وعدم استطاعته دفع أي أجور للمحامي ".

(3) ينظر: نص المادة (1199): **مجلة الأحكام العدلية**

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الدكتور امين دواس يرى أن مجلة الأحكام العدلية وإن كانت تقبل "التعويض عن المنافع" التي تحقق فواتها أي الكسب الفائت، إلا أنها لا تقبل التعويض عن تفويت الفرصة[1]،

ويرى الباحث انه اذا نظرنا للضرر في تفويت الفرصة بشكل مباشر ودون البحث في أسبابه ومفهومه وطبيعته قد يكييف على أساس احتماليه تحقق النتيجة ؛ وبالتالي يكون غير قابل للتعويض، الا أنه وبالنظر لمفهوم ضرر تفويت الفرصة باعتباره ضرراً محققً يقوم على أساس أن ضياع الفرصة ذاتها هي ضرر محقق ناتج عن تفويت فرصه تحقيق الكسب أو تجنب الخسارة ، دون البحث في امكانية تحقق الهدف المنشود من التجربة، فإنه يكون ضرراً محققً يقبل التعويض، على سند من القول بأن مجلة الاحكام العدلية عملت على جبر الضرر والضمان للمضرور، فقد نصت مادة (19) منها: " لا ضرر ولا ضرار" ، والمادة (20)" الضرر يزال" ، وكذلك والمادة (25)منها " الضرر لا يزال بمثله" ، فعدم شمل تفويت الفرصة في الاضرار التي تقبل التعويض يحرم المضرور من الضمان وجبر الضرر ويلحق به ضررً جديداً ويخالف ما جاء في صحيح النصوص سالفه الذكر.

ثانياً– موقف قانون المخالفات المدنية:

لقد أجاز قانون المخالفات المدنية الفلسطيني التعويض عن تفويت الفرصة خاصة تلك الفرصة التي تفوت نتيجة إهمال وتقصير أصحاب المهن والحرف، فقد نصت المادة (1/50) منه: "كل من سبب، بإهماله، ضرراً لشخص آخر هو مدين له بواجب يقضي عليه بأن لا يكون مهملاً تجاهه في الظروف التي وقع فيها الإهمال، يعتبر أنه ارتكب مخالفة مدنية، ويكون الشخص مديناً بهذا الواجب لجميع الأشخاص الذين

(1) دواس، أمين: **مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية**، ط1، المعهد القضائي الفلسطيني، رام الله، 2012، ص186.

ينتظر من شخص عاقل أن يتوقع تضررهم من جراء الإهمال، وإلى صاحب أي مال يتوقع في مثل تلك الظروف، تضرره بسبب الإهمال"[1].

"وجاء في نص المادة(60/أ) من قانون المخالفات المدنية شرط التعويض والتي جاء فيها:"يجوز الحكم بالتعويض إما منفرداً أو مضافاً إلى أمر تحذيري أو بديلاً منه ويشترط في ذلك ما يلي: أ- إذا كان قد لحق بالمدعي ضرر، فلا يحكم بالعقوبة إلا عن الضرر الذي قد ينشأ بصورة طبيعية في سياق الأمور الاعتيادية والذي ينجم مباشرة عن المخالفة المدنية التي ارتكبها المدعى عليه."[2].

ومما سبق يستنتج الباحث بان قانون المخالفات المدنية الفلسطيني قد وضع صورتين للإهمال والتقصير الذي يستوجب التعويض؛ وذلك في الفقرة الثالثة من المادة (3/50)من ذات القانون وهي: الإهمال والتقصير في إتيان فعل أو الامتناع عن فعل لا يقع فيه الشخص المعتاد معتدل الإدراك والتبصر الواقع في ذات الظروف التي وقع فيها الفعل، الإهمال والتقصير في أخذ الحيطة والحذر أثناء ممارسة المهن والحرف والصناعات التي لا يقع فيها الشخص المعتدل الإدراك ذو البصيرة من ذوي الكفاية في تلك المهنة[3].

ويتبين بأن قانون المخالفات المدنية قد أجاز التعويض عن ضرر تفويت الفرصة إذا كان مرده الإهمال أو التقصير في اتخاذ الحيطة والحذر وخاصة ذلك الضرر الذي يلحق بالمضرور من أعمال المهن والحرف،

---

(1) ينظر: نص المادة(51/ا) من**قانون المخالفات المدنية الفلسطيني رقم(36) لسنة 1944وتعديلاته**. المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية (الإنتداب البريطاني) رقم (1380)، والصادر عن المندوب السامي البريطاني بتاريخ 1944/12/28. المعدل بموجب قانون المخالفات المدنية الفلسطيني المعدل رقم (5) لسنة (1947)، والصادر عن المندوب السامي البريطاني بتاريخ 1947/3/14.

(2) ينظر نص المادة (60): **قانون المخالفات المدنية الفلسطيني رقم(36) لسنة 1944 وتعديلاته**.

(3) ينظر: نص المادة(3/50) من**قانون المخالفات المدنية الفلسطيني رقم(36) لسنة 1944 وتعديلاته**"يتألف الإهمال من:أولاً: إتيان فعل لا يأتيه شخص معتدل الإدراك ذو بصيرة في الظروف التي وقع فيها الفعل، أو التقصير في إتيان فعل لا يقصر مثل هذا الشخص في إتيانه في الظروف التي وقع فيها التقصير.ثانياً: التقصير في استعمال الحذق أو اتخاذ الحيطة في ممارسة مهنة أو حرفة أو صنعة مما يستعمله أو يتخذه الشخص المعتدل الإدراك ذو البصيرة من ذوي الكفاية في تلك المهنة أو الحرفة أو الصنعة، في الأحوال التي وقع فيها التقصير .إن الإشارة إلى إهمال شخص تشمل إهمال أي شخص آخر، أو وجد مثل هذا الشخص، يكون الشخص المذكور أولاً مسؤولاً تجاهه".

فكل إضرار بالغير يستوجب فاعله بالتعويض وعليه؛ يكون المحامي في فلسطين مسؤولاً عن تعويض موكله عن ضرر تفويت الفرصة إذا تحققت الأحكام والشروط الخاصة به، إذا كان الضرر نتيجه إهماله وتقصيره، ونشأ بشكل طبيعي في سياق الأمور الاعتيادية، وهو الأمر الذي يمكن استنباطه من النصوص المذكورة انفاً فخطأ المحامي في عدم إقامة الدعوى بشكل المتفق وأحكام القانون أو إقامته للطعن خارج الأجل القانوني وغيرها، تندرج جميعها تحت مفهوم الإهمال والتقصير، فالمحامي الذي يقصر في أداء عمله يكون مهملاً ومقصراً في أداء الواجب المكلف به بغض النظر عن طبيعة التزامه سواء كان بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية، وإن عدم تطرق مجلة الأحكام العدلية للتعويض عن تفويت الفرصة لا يعني بأن المهنيين بشكل عام والمحاميين على وجهه الخصوص غير مسؤولين عن ضرر تفويت الفرصة"[1]. ؛ حيث إن المادة (71) من قانون المخالفات المدنية قد أبطل العمل بالتشريعات والقواعد التي تتعارض معه[2].

المبحث الثاني: علاقة السببية في ضرر تفويت الفرصة وأحكام التعويض عنه

"لا يكفي لقيام أحكام المسؤولية المدنية، وقوع الضرر بل يجب أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر، أي أن تكون هناك رابطة سببية ما بين الخطأ والضرر، والتي تعرف بالعلاقة السببية، وتعرف العلاقة السببية بأنها: " الرابط الذي يربط السبب بالمسبوب والعلة بالمعلول"[3].

---

(1) يجدر بنا الأشارة أن مشروع القانون المدني الفلسطيني لم ينظم بشكل مباشر حق المضرور في المطالبة بالتعويض عن تفويت الفرصة؛ إلا أن ذلك يمكن استنباطه من نص المادة(1/239) منه التي جاء فيها: "**يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام كلياً أو جزئياً، أو تنفيذه على وجه معيب، أو للتأخر في الوفاء به، ويعد الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول**" يستدل من نص المادة سالفة الذكر انه قد أجاز التعويض عن تفويت الفرصة والكسب الفائت؛ فقد منحت المتضرر حق المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر مما يعني بأن المحامي يكون مسؤولاً عن تعويض موكله عن ضرر تفويت الفرصة، الذي كانت نتيجة طبيعية للخطأ الذي وقع منه.

(2) ينظر نص المادة (71) : **قانون المخالفات المدنية الفلسطيني رقم(36) لسنة 1944**. "يبطل العمل بالتشاريع المذكورة في الحقل الأول من ذيلهذا القانون في فلسطين". أشارت المادة (1)من ذيل القانون المذكور إلى مجلة الأحكام العدلية بالحقل الأول منه.

(3) الأشهب، احمد عبدالسلام. "**علاقة السببية فى القانون والشريعة الاسلامية** ".مجلة العلوم الإنسانية والتطبيقية: الجامعة الأسمرية الإسلامية زليتن – كليتى الآداب والعلوم ع6 (2005): 58 – 81 .ص 58.

فقد يلحق الضرر بالدائن ويقع الخطأ من قبل المدين دون أن يكون الضرر ناشيء عن هذا الخطأ، وبالتالي تنتفي المسؤولية المدنية والتعويض لعدم وجود الرابطة السببية بينهم، وقد اختلف الفقه في تحديد النظرية التي تحكم العلاقة السببية في موضوع المسؤولية المدنية لا سيما مسألة تفويت الفرصة، فتبنى جانب منهم نظرية السبب المنتج فيما ذهب الجانب الأخر لتبني نظرية تعدد الأسباب، ولا يكفي للتعويض عن ضرر تفويت الفرصة توافر الأركان العامة للمسؤولية المدنية والشروط العامة للتعويض عن الضرر المعتاد؛ إنما يشترط توافر شروط خاصة إلى جانبها ليصار إلى قيام أحكام المسؤولية المدنية عن تفويت الفرصة والتعويض عنها. لذا سيتم في هذا المبحث الحديث عن النظريات التي تحكم العلاقة السببية بشكل عام، ودراسة مدى صلاحية تطبيق كل منها على مسألة تفويت الفرصة وخاصة فيما يتعلق بمسؤولية المحامي المدنية عنها، وبيان موقف التشريعات الفلسطينية منها في المطلب الأول، بالإضافة لعرض مبادئ وشروط التعويض عن تفويت الفرصة، وذلك من خلال بيان الشروط الخاصة للتعويض عن ضرر تفويت الفرصة، وكيفيه تحديد قيمه الفرصة الفائتة والمعايير التي تحكمها، وطريقه تقدير التعويض عنها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: نظريات العلاقة السببية للتعويض عن ضرر تفويت الفرصة وموقف التشريعات منها

لقد ظهرت العديد من النظريات لتحديد أسس قيام العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية المدنية وهي: نظرية تعدد الأسباب ونظرية السبب المنتج، والتي سنعرضها في هذا المطلب، وبيان مدى صلاحية تطبيق كل منها على مسألة تفويت الفرصة وخاصة في مسؤولية المحامي المدنية عنها في الفرع الأول، بالإضافة إلى بيان موقف مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية الفلسطيني من هذه النظريات ومدى صلاحية تطبيقها على مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: نظريات العلاقة السببية ومدى صلاحيتها على تفويت الفرصة

سنعرض في هذا الفرع اهم النظريات التي تحكم العلاقة السببية في ضرر تفويت الفرصة وهي: نظرية تعادل الأسباب ونظرية السبب المنتج، ومدى صلاحية تطبيقها على تفويت الفرصة فيما يلي:

أولاً- نظرية تعدد الأسباب:

"مؤدى هذه النظرية أنه: إذا أسهمت عدة أسباب في إحداث الضرر؛ فإن كل سبب له دخل في وقوع الضرر بحيث لولاه لما وقع الضرر إذا تعرف هذا النظرية السبب بأنه : "هو مجموعة العوامل التي ساهمت في إحداث النتيجة"[1]، بحيث لا يمكن فصل العوامل التي أحدثت النتيجة ع العوامل الأخرى فتنظر جميعها على قدم المساواة، فالرابطة السببية وفقً لذا النظرية لا تنقطع حتى وإن أحدثت النتيجة عوامل أخرى سواء أكانت عوامل إنسانية أم طبيعية، فهي لا تميز بين الأسباب ولا وجه للاعتداد ببعضها وإسقاط البعض الأخرى، فكل العوامل مجتمعة ساهمت في إحداث النتيجة بشكل متكافئ[2].

يتضح لنا مما سبق بأن هذه النظرية توسع نطاق المسؤولية حيث تشمل العوامل والظروف البعيدة، فتكون جميعها أسباباً يعتد بها في إحداث الضرر سواء كانت هذه الأسباب منتجه أو عارضة، فهي تفترض قيام العلاقة السببية بين الضرر وكل فعل ضار أو عامل تسبب في أحداثه، فهي لا تميز بين كثير من الوقائع والأحداث المختلفة ولا تفرق بينها مهما كانت نسبتها في إيقاع الضر، فهي تعتد في التقدير الكيفي لعلاقة السببية؛ أي بكيفية تسبب الفعل الضار في إحداث الضرر كون الضرر لا يحدث إلا بارتكاب هذا الفعل الضار دون أي اعتبار للتقدير الكمي للعلاقة السببية، وقدر مساهمة الفعل الضار في إيقاع الضرر لمعرفه دورها الحقيقي في إيقاعه[3].

---

(1) بونة، أحمد محمد. **"أحكام علاقة السببية "**.مجلة العلوم القانونية: جامعة الزيتونة – كلية القانون ترهونة س2، ع3. 2014. ص12.

(2) عبدالرحمن، خالد حمدي. "**رابطة السببية: بحث في تحديد مدلول فعل الشئ و المسئولية عن حوادث السيارات في القانون الفرنسي "**.**مجلة البحوث القانونية والاقتصادية:** جامعة المنوفية – كلية الحقوق مج 13، ع 25 ،2004. ص 474.

(3) مسك، أحمد: **مرجع سابق** .ص 79.

وعليه يرى الباحث أن نظرية تعدد الأسباب غير صالحه للتطبيق على ضرر تفويت الفرصة؛ لأنها تقوم على حقيقة تسبب الفعل الضار أو الخطأ يقيناً بإيقاع الضرر بحيث لا يمكن أن يقع الضرر إلا بارتكاب ذلك الفعل، الأمر الذي يتنافى مع الطبيعة الخاصة لضرر تفويت الفرصة، والذي يفترض أن الفعل الضار يقتصر أثره على ترجيح تسبب الفعل في إيقاع الضرر المرجح المتمثل في تفويت الفرصة، ولا يصل قطعاً إلى درجة التأكيد واليقين في وقوعه، غير أن السبب لايجوز أن يطلق على واقعة أو نشاط ما لمجرد أنه بغير وجوده ما كان ليحدث الضرر.

أما بخصوص تطبيقها على مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة، فيرى الباحث بأنها لا تصلح لذلك؛ لأنها توسع نطاق مسؤولية المحامي المدنية وتضع على عاتقه التعويض عن الأسباب العارضة والخارجة عن إرادته، فقد يكون خطأ المحامي لا ينتج عنه بالضرورة إحداث ضرر جسيم للموكل، ويكون الخطأ يسيراً غير منتج بين الأسباب الأخرى، مما يتعارض مع طبيعة مهنه المحاماة والواجبات الملقاة على عاتق المحامي، ويحول إلتزامه من بذل عناية إلى تحقيق نتيجة.

ثانياً– "نظرية السبب المنتج في العلاقة السببية":

تقوم هذه النظرية على أساس وجود سبب منتج أدى لوقوع الضرر، فإذا أسهمت عده عوامل في إحداث الضرر، فلا يعتبر منها سبباً في الضرر إلا الوقائع التي تصلح لإحداثه، وفقً للشيء العادي للأمور[1]، حيث تعرف هذه النظرية السبب أنه: "الوقعة التي تؤدي إلى الضرر وفقاً للمجرى العادي للأمور وتجارب الحياة"[2]، أي أن وصف السبب لا يطلق على واقعة أو نشاط ما لمجرد أنه بغير وجوده ما كان ليحدث الضرر، فالسبب وفقاً لهذه النظرية لا بد أن يكون منتجاً في إحداث الضرر وليست مجرد سبب عارض تداخل مع أسباب أخرى بالصدفة، الأمر الذي يترتب معه انحصار المسؤولية في الشخص الذي ارتكب

(1) تكروري، عثمان، وسويطي، أحمد : **مصادر الحق الشخصي في ضوء أحكام مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية بالمقارنة مع مشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني** .ط1.الخليل.فلسطين: المكتبة الأكاديمية، 2016.ص 489.

(2) السرحان ، عدنان إبراهيم، وخاطر، نوري حمد: **مرجع السابق**. ص 427.

خطأ أنتج الضرر فعلاً وفقاً للتطور الطبيعي للأحداث وبتعبير آخر أن يكون الضرر نتيجة متوقعة للفعل أو الخطأ وفقاً للسياق الطبيعي للحدث"[1].

ولقد تعرضت هذه النظرية للعديد من الانتقادات عند تطبيقها على مسألة تفويت الفرصة، وذلك بأنها تقوم على قدر كبير من الرجحان والتخمين المتمثل في سلطة قاضي الموضوع في تحديد العوامل الأكثر فاعلية في إحداث ضرر تفويت الفرصة، وأن هذا التمحيص للعوامل المختلفة التي ساهمت وشاركت في إحداث ضرر تفويت الفرصة، وتقدير أيها أكثر ملائمة لإيقاع المضرور، وإن عملية التقدير والتخمين لا تخلو من عنصر الترجيح وإن كانت موضوعية لا شخصية[2].

إن ترجيح وقوع ضرر تفويت الفرصة بسبب معين دون آخر وفقاً للمجرى الطبيعي للأمور قد لا يعبر بالضرورة عن واقع حال "العلاقة السببية بين الفعل وضرر تفويت الفرصة فقد يبدو للوهلة الأولى أن أحد الأسباب المساهمة أو العارضة في إيقاع ضرر تفويت الفرصة غير منتج وغير فعال، لكن يكشف لاحقاً أنه كان له دوراً رئيساً في تحقيق علاقة السببية ما بين الفعل وضرر تفويت الفرصة"[3].

تجدر الإشارة إلى أن هناك جانب من الفقه ذهب للتوسع في علاقة السببية في ضرر تفويت الفرصة، تأسيساً على أن نظرية تعادل الأسباب ونظرية السبب المنتج عاجزتين عن إيجاد التفسير والتبرير السليم لعلاقة السببية في ضرر تفويت الفرصة، فالعلاقة السببية في ضرر تفويت الفرصة تجمع ما بين السببية والاحتمال، لإيجاد العامل المحتمل الذي لعب دوراً كبيراً ومهماً لتعويض المضرور عنها، إذ يجب أن تتسع العلاقة السببية لتشمل العامل الاحتمالي الذي يغلب في إيقاع الضرر النهائي في ضرر تفويت الفرصة،

---

(1) عبدالرحمن، خالد حمدي: **مرجع سابق** .ص474.

(2) إعبية، خليل: **مرجع سابق**. ص130.

(3) مسك، أحمد: **مرجع سابق**. ص81.

وذلك يمكن الاستناد إلى أسس علمية محددة بالاعتماد على عامل الخبرة في تقدير وحساب عنصر الاحتمال في العلاقة السببية في ضرر تفويت الفرصة[1].

ويرى الباحث بأن نظرية السبب المنتج هي الأكثر ملائمة والأنسب لتحديد العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وخاصة في مسألة تفويت الفرصة، وذلك نظراً للطبيعة الخاصة للضرر الناتج عنها فهي تبحث في جميع العوامل والأسباب التي تدخل في إحداث الضرر وفقاً للمجرى الطبيعي للأمور، فلا يدخل ضمنها الأسباب العرضية والخارجة عن المألوف والإرادة، فهي الأفضل في تحديد مدى ارتباط الخطأ أو الفعل في إحداث الضرر، كما أنها تتوافق مع طبيعة الالتزامات الملقاه على عاتق المحامي في أغلب الأحيان ببذل العناية، وتعزز دوره عند ممارسة أعمال مهنته، فهي لا توسع نطاق المسؤولية لتضع على عاتق المحامي التعويض عن الأخطاء التي تكون بسيطة نسبياً وغير منتجه للضرر مقارنة مع الأسباب الأخرى التي قد تتعلق في ذات الدعوى أو العمل الموكل للمحامي والأسباب الأخرى التي تدخل في إحداث الضرر.

أما بخصوص التوسع في معيار تحديد العلاقة السببية فيرى الباحث أنه لا يصلح للتطبيق على مسألة تفويت الفرصه؛ وذلك لأنه يعتمد على عنصر التخمين والترجيح في تحديد سبب الاعتماد على عنصر الخبرة التي تحتمل الخطأ بنسبة كبيره ويزيد فرصة التخمين، ويقلص دور قاضي الموضوع في البحث عن العامل المنتج للضرر خاصة وارتباطه بالخطأ والضرر وتطبيق أحكام المسؤولية المدنية.

الفرع الثاني: موقف قانون المخالفات المدنية من العلاقة السببية

تم الحديث فيما سبق حول تعدد النظريات التي تحكم العلاقة السببية على كونها أحد أركان المسؤولية المدنية وصلاحية تطبيق كل منها على مسألة تفويت الفرصة، وقد خصصنا هذا الفرع للحديث عن موقف قانون المخالفات المدنية الفلسطيني من علاقة السببية.

(1) إعبية، خليل: **مرجع سابق**.ص132.

موقف قانون المخالفات المدنية من علاقة السببية:

لقد تبنى قانون المخالفات المدنية الفلسطيني نظرية السبب المنتج فقد نصت المادة (60) من قانون المخالفات المدنية الفلسطيني: "أ- إذا كان قد لحق بالمدعي ضرر، فلا يحكم بالعقوبة إلا على الضرر الذي قد ينشأ بصورة طبيعية في سياق الأمور الاعتيادية والذي ينجم مباشرة عن المخالفة المدنية التي أرتكبها المدعى عليه"[1]، حيث يستخلص من النص المذكورة ،بأن قانون المخالفات المدنية قد تبنى نظرية السبب المنتج[2]، فقد اشترط أن يرتبط الضرر مع الفعل بصورة مباشرة وأن يكون نتيجة طبيعية واعتيادية للفعل المولد للضرر وفقاً للتطور الطبيعي للأمور، فإذا كان الفعل لا يؤدي إلى الضرر بشكل مألوف بحيث يمكن للمضرور تجنبه بجهد معقول؛ فإنه لا يكون مباشراً ولا يلزم المدعى عليه بتعويضه، إذ يجب أن يكون الضرر مباشراً ونتيجة طبيعيه[3].

ويستخلص الباحث مما سبق بأن "مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية الفلسطيني لنظريه السبب المنتج كان بالاتجاه الصحيح؛ وذلك لأن رابطة السببية تقوم على الخطأ المنتج للضرر، والخطأ المنتج هو: ما كانت مساهمته لازمه في إحداث الضرر ولم يكن مجرد نتيجة لخطأ آخر، فإذا ما تعددت هذا الأخطاء اعتبرت أسباباً مستقلة متساندة تتوزع المسؤولية عليها جميعاً، ولا ينفرد بتحملها الخطأ الأكبر وحده؛ ذلك لأنه مهما كانت جسامة الخطأ الأشد فإنه لا يستغرق غيره من الأخطاء المستقلة إلا إذا كان كافياً لإحداث النتيجة وفق للمجرى الطبيعي للأمور، مما يجعلها متفقه مع الطبيعة الخاصة لضرر تفويت الفرصة، ومع طبيعة الالتزامات الملقاة على عاتق المحامي في أغلب الأحيان ببذل العناية وتعزز دوره عند ممارسة أعمال مهنته كما بينا سابقاً[4].

---

(1) انظر نص المادة (60): **قانون المخالفات المدنية الفلسطيني رقم(36) لسنة (1944)**.

(2) بذات السياق تنص المادة (257): **القانون المدني الأردني رقم (43) لسنه (1976)**" أ- يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب. 2- فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر".

(3) السرحان، عدنان إبراهيم، و خاطر، نوري حمد: **مرجع السابق**. ص 439.

(4) يجدر بنا الإشارة أن **مشروع القانون المدني الفلسطيني**. فقد تبنى نظرية السبب المنتج في تفسير العلاقة السببية بين الفعل الضار والضرر في نص المادة (186) منه: "يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن

المطلب الثاني: مبادئ وشروط التعويض عن تفويت الفرصة

يجب توافر الشروط العامة للتعويض عن الضرر ليتم التعويض عن الضرر الناتج عن تفويت الفرصة، بالإضافة الى عدة شروط خاصة تحكم هذه المسأله؛ وذلك نظراً للطبيعة الخاصة بها، وسوف نخصص هذا المطلب لبيان هذه الشروط (الفرع الأول)، وكيفية تقدير قيمة الفرصة والاراء بهذا الخصوص، ومعايير تقدير قيمة الفرصة الفائتة، وبيان مبدأ التعويض الجزئي عن فوات الفرصة وآثاره، وطريقة تقدير التعويض الجزئي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط الخاصة بالتعويض عن ضرر تفويت الفرصة

ينبغي توافر أوصاف معينة في الفرصة الفائتة حتى يمكن اعتبارها ضرراً محققاً، وتعطي للمتضرر الحق في المطالبة في التعويض عنها، فيشترط لقيام المسؤولية بالتعويض عن ضرر تفويت الفرصة توافر مجموعة من الشروط الخاصة فليس للتعويض عن ضرر تفويت الفرصة متطلب خاص بالنسبة للفعل أو الخطأ الموجب للتعويض؛ إنما في الضرر المترتب عليها، ومدى اعتباره ضرراً محققاً، وإثبات هذه الفرصة، وبالنتيجة لا تكون كل فرصة تستوجب التعويض ما لم يتوافر فيها الشروط الخاصة.

وهذه الشروط هي:

أولاً- أن تكون الفرصة جدية وحقيقية:

يشترط للتعويض عن ضرر تفويت الفرصة أن تكون تلك الفرصة حقيقية وجادة[1]، فلا تقوم المسؤولية المدنية بالتعويض عن تفويت الفرصة إذا كانت الفرصة غير جدية وحقيقية، أو لم يكن للمتضرر فرصة كبيرة في تحقق الكسب أو تجنب الخسارة التي لحقت به، ويرتبط مدى احتمالية الكسب بعلاقة متلازمة مع

يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار، حيث يستخلص من النص المذكور بأنه قد اشترط أن يكون الضرر مباشراً ونتيجة طبيعية للأمور، وأن المادة سالفة الذكر قد أجازت التعويض عن تفويت الفرصة شريطه توافر العلاقة السببية المباشرة بين الخطأ وضرر تفويت الفرصة، بحيث يكون الضرر مباشراً ونتيجة طبيعيه وفقاً للمجرى العادي والمألوف للأمور، ولم يكن بإمكان المضرور أن يتوقاه ببذل جهد معقول، وبخلاف ذلك لا يكون ضرر تفويت الفرصة مباشراً ولا يجب التعويض عنه.

(1)جاء في حكم محكمة النقض المصرية رقم(1380) س53 الصادر بتاريخ 1973/4/28. "إن مناط التعويض عن الضرر المادي الناشئ عن تفويت الفرصة، أن تكون هذه الفرصة قائمة، وأن يكون الأمل في الإفادة منها له ما يبرره".

"جديه الفرصة وحقيقيتها، فكلما زادت احتمالية الكسب زادت جدية الفرصة وحقيقيتها، وكلما قلت احتمالية تحققها قلت جديتها، فجديه الفرصة تزداد برجحان الكسب أو تجنب الخسارة، علماً أنه لا يقصد برجحان الفرصة وصولها إلى درجة اليقين، بل يكفي أن يكون هناك احتمال كافٍ ومعقول لنجاحها[1]، وأن لا يكون الكسب الضائع فيها محققاً لأن التعويض في هذه الحالة سيكون عن ضياع هذا الكسب المحقق وليس عن ضياع فرصة لتحقيق كسب احتمالي"[2].

ومما سبق يرى الباحث أن الفرصة الفائتة يجب أن تكون حقيقية وجدية ليتم التعويض عنها في مواجهة المتسبب في ضياعها خاصة فيما يعلق بمسؤولية المحامي عن تفويتها، فإذا كانت كل فرصة تستوجب التعويض بغض النظر عن جديتها وحقيقيتها سيؤدي ذلك؛ إلى توسيع نطاق مسؤولية المحامي أثناء ممارسته لعمله والالتزام الملقى على عاتقه في بذل العناية أثناء القيام بأغلب الأعمال الموكلة إليه ويحوله إلى تحقيق نتيجة، مما يتعارض مع الرسالة السامية التي يؤديها، بالإضافة لأن معيار تحديد مدى جدية الفرصة وحقيقيتها يكون من خلال النظر لمدى احتمالية تحقق الفرصة ذاتها، فكلما ما زادت احتمالية تحقق الفرصة الفائتة وفق للمجرى العادي للأمور زادت جديتها وحقيقيتها وبالنتيجة قابليتها للتعويض[3]، فإذا غلب الظن في تحقق الكسب أو تجنب الخسارة لولا فوات الفرصة وفقً للمجرى العادي للأمور؛ يلزم المحامي بالتعويض عن الضرر الذي يلحق بموكله إذا توافرت الشروط العامة والخاصة في المسؤولية عن تفويت الفرصة.

---

(1) جوهر، وفاء: **المرجع سابق** .ص61.

(2) حسين، محمد عبد الظاهر: **مرجع سابق** . ص 414.

(3) جاء في قرار محكمة النقض المصريه في الطعن المدني رقم (4300) لسنة (63) بتاريخ 1994/11/10: "إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فإن تفويتها أمر محقق يجيز للمضرور أن يطالب بالتعويض عنها، ولا يمنع القانون من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب من وراء تحقق هذه الفرصة إلا أن ذلك يكون هذا الأمل قائماً على أسباب مقبولة من شأنها طبقا للمجرى الطبيعي للأمور ترجيح كسب فوته عليه العمل الضار غير المشروع"

ثانياً- إمكانية تحقق الفرصة:

يشترط أن تكون الفرصة ممكنه التحقق بمقتضى طبيعة الأمور وأن تكون ممكنه وغير مستحيله فلا تكليف بمستحيل[1]، ويستمد شرط إمكانية تحقق الفرصة من الشروط العامة للالتزام فإذا كان محل الالتزام القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، فيجب أن يكون ممكناً[2]، وإذا كان المحل إعطاء شيء فيجب أن يكون هذا الشيء موجوداً أو محتمل الوجود، بحيث يترتب على استحالة تنفيذ العقد البطلان[3].

ومما سبق يستنتج الباحث إن شرط إمكانية تحقق الفرصة يحكمه مدى إمكانية الفرصة للتحقق وقيام الاستحالة المطلقة للتحقق الفرصة، فإذا لم تكن الفرصة ممكنة التحقق بالأصل فلا تقوم مسؤولية عن تفويتها، كقيام شخص بتوكيل محامي لإقامة استئناف على حكم صادر بحقه بعد مضي المدة القانونية للطعن ولم يباشر المحامي الطعن بالحكم فلا يترتب على المحامي مسؤولية مدنية بالتعويض؛ لأن المحل هنا مستحيلاً في ذاته وقت التعاقد بوجود استحالة القانونية تمنع قبول الطعن شكلاً لتقديمه خارج المدة القانونية، ولا يمكن تحقق أي الفرصة في هذه الحالة ليصار إلى التعويض عنها، أما إذا كلف شخص محامٍ بإقامة طعن في الحكم صادر بحقه قبل انقضاء الآجال القانونية للطعن ثم قصر المحامي في إقامته داخل المدد القانونية فأصبح هذا الطعن غير مقبول شكلاً؛ فإن الاستحالة القانونية لقبوله شكلاً لم تكن ناشئة عند إبرام العقد فكانت إقامة الطعن وقبوله شكلاً ممكناً في حينه ثم أصبح مستحيلاً بسبب فوات

---

(1) نص المادة (159)من **القانون المدني الأردني** رقم (43) لسنه (1976) "اذا كان المحل مستحيلا في ذاته وقت العقد كان العقد باطلا."

(2) سلطان، أنور: **مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**.ط9 .عمان- الأردن :دار الثقافة للنشر والتوزيع .2016.ص108.

(3) يقصد بالاستحالة التي تحول دون نشأة الالتزام وتستتبع بطلان العقد، الاستحالة الموضوعية والتي تعرف بالاستحالة المطلقة وهي التي تكون موضوع الالتزام فيها مستحيلاً بذاته فيستحيل على الكافة تنفيذ الالتزام الملقاة على عاتق المدين، وليست الاستحالة الشخصية والتي تعرف بالاستحالة النسبية والتي تتعلق بظروف المدين بالذات دون غيره من الأشخاص، بحيث يكون موضوع الالتزام مستحيلاً على المدين دون غيره فالاستحالة المطلقة تؤدي إلى بطلان العقد وما يترتب عليه من آثار، سواء كانت هذه الاستحالة تعود إلى حكم الطبيعة أو غيرها من الأسباب شريطه أن تكون هذه الاستحالة قائمه عند إبرام العقد، بعكس الإستحالة النسبية التي لا تستتبع بطلان العقد لتعلقها بشخص المدين دون غيره. السرحان،عدنان ابراهيم وخاطر، نوري حمد : **مرجع سابق**. ص165.

المدة القانونية نتيجة فعل المحامي، فيكون مسؤولاً عن التعويض لموكله عن تفويت الفرصة؛ لأنها كانت ممكنه التحقق.

ثالثاً- فوات الفرصة بشكل نهائي:

يشترط أن تكون الفرصة الفائتة قد فقدت بشكل نهائي ليتم التعويض عنها، بحيث يفقد المتضرر إمكانية تحقق الفرصة بشكل نهائي لا رجعة فيه، ولم يعد بإمكانه أن يحقق الأمل من الفرصة الفائتة بأي حال من الأحوال، أما في حال عدم التيقن من الحرمان النهائي لفرصة الكسب أو تجنب الخسارة فلا يكون هناك أساس للتعويض عنها، حيث أن المتضرر يستطيع أن يمارس حقه مرة أخرى وتبقى إمكانية تحقق الأمل المنشود بالنسبة له من هذه الفرصة قائمة ؛ وعليه فإن تفويت الكسب والحرمان منه يجب أن يكون محققاً يقيناً وبصفة نهائية، بسبب فوات الفرصة التي كان يمكن للمتضرر أن يحقق بها هذا الكسب، فمع الفقد المؤكد والنهائي للكسب لا يكون محلاً للانتظار لمعرفة ما سيؤول إليه الأمر مستقبلاً؛ لأنه أصبح نهائياً ولن يتغير مستقبلاً حيث أوقف المدعى عليه تطور الوقائع ومجريات الأحداث التي كان يمكن أن تكون مصدراً للكسب أو عدم الخسارة"[1].

رابعاً- مشروعية الفرصة:

تشترط أن يكون محل الفرصة الفائتة مشروعاً ليتم التعويض عنها، فإذا كان محل الفرصة غير مشروع فإنها لا تصلح للتعويض، ويستمد مناط المشروعية وغيابها من النظام العام والآداب العامة في المجتمع[2]، فإذا كان المحل موافقاً لها يكون مشروعاً وإذا كان مخالفاً فيكون غير مشروع؛ فالمحل المشروع هو الذي يجيزه المشرع لعدم خروجه عن النظام العامة والآداب[1].

---

(1) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي : **تعويض الضرر في المسؤولية المدنية دراسة تحليليه تأصيلية لتقدير التعويض** : جامعة الكويت، الكويت .1995. ص 340 -341

(2) تجدر الإشارة أن أغلب التشريعات تبنت إطاراً مرناً لمنع التعامل الضار بالمصلحة العامة دون الحاجة إلى نص قانوني مانع وصريح، فلم تضعوا مفهوم مانع وجامع للنظام العام والآداب العامة؛ وذلك لأنهما تتأثران بإعتبارات إجتماعية وإقتصادية وأخلاقية متغيرة، وأن الهدف منهما هو حماية المجتمع من التصرفات التي تلحق ضرراً به، حيث تخضع سلطة تحديد قواعد الآداب العامة للقاضي وتكون

ومما سبق يستنتج الباحث بأنه يشترط أن تكون الفرصة الفائتة مشروعه، بحيث تستمد مشروعيتها من أنها لا تخالف النظام والآداب العامة؛ فلا يمكن إقرار التعويض للأشياء غير المشروعة؛ وعليه يكون المحامي الذي أقام دعوى معيبة وموضوعها المطالبة بدين غير مشروع ناتج عن مقامرة أو مراهنة أو دين ناتج بالحقيقة عن اتفاق أطرافه لارتكاب فعل يشكل جريمة أو نظم عقود معيبة محلها غير مشروع كعقد إيجار لمنزل مخصص لممارسة الأعمال المنافية للحياء أو للمقامرة؛ لا يكون المحامي قد فوت فرصة تتطلب مساءلته مدنياً عن الضرر، فلا يمكن القول بأن خطأ المحامي قد مس مصلحة مشروعة؛ فهو لم يفوت فرصة جديرة بالحماية القانونية.

الفرع الثاني: تحديد قيمه الفرصة الفائتة وتقدير التعويض عنها

سيتم من خلال هذا الفرع الحديث عن كيفية تقدير قيمة الفرصة وللآراء بهذا الخصوص، من حيث تقدير قيمتها بناءً على أهميتها بالنسبة للمضرور، وتقديرها بناءً على قيمة الضرر الذي لحق بالمضرور(أولاً)، ومعايير تقدير قيمة الفرصة الفائتة بناءً على العلاقة السببية ما بين أركان المسؤولية المدنية وبناءً على أساس تأثير الضرر على المضرور(ثانياً)، وبيان مبدأ التعويض الجزئي عن فوات الفرصة وآثاره، وطريقة تقديره (ثالثاً).

أولاً- كيفيه تقدير قيمة الفرصة:

إن تحديد مقدار قيمة الفرصة الفائتة لا يقدر بناءً على جسامة الخطأ الذي يرتكبه المسؤول عن تفويت الفرصة، فجسامة الخطأ ليست دليلاً ومعياراً لتقديرها، فقد يترتب على خطأ يسير ضرر جسيم، وقد لا

أوسع مما هي عليه في النظام العام لأن الأولى تحكمها ظروف المجتمع وتقاليده وأعرافه في حين أن تحديد قواعد النظام العام تحكمه نصوص القانون وروحها وأهدافها، فيبقى معيار تحديد مدى توافق التصرف القانوني مع النظام والآداب العامة معياراً موضوعياً يخضع لسلطة القاضي التقديرية بالحدود السائد في المجتمع وليس للمعيار الشخصي للقاضي الذي يركن فيه إلى آرائه الخاصة في العدول الإجتماعي ومذهبه الخاص بالحياة.راجع : سرحان،عدنان ابراهيم وخاطر، نوري حمد:**مرجع سابق**. ص178.**وأيضاً المذكرات الإيضاحيه للقانون المدني الأردني**. مجلة نقابة المحامين الأردنيين. الجزء 1. مطبعة التوفيق. عمان- الأردن .ص 159.

(1) أحمد، طه محمد : **مشروعية محل الالتزام بين الشريعة والقانون**. ط1: **دار النهضة العربية** .1977.ص30.

يحدث الخطأ الجسيم إلا ضرراً يسيراً، وقد لا يحدث ضرراً كلياً فلا يكون هناك محل للتعويض حتى ولو كان الخطأ الجسيم خطأ مهنياً[1]، وسنعرض في هذا الجانب الكيفية المتبعة لتقدير قيمة الفرصة:

1- تقدير قيمة الفرصة بناءً على أهميتها بالنسبة للمضرور.

أن تقدير قيمة الفرصة الفائتة قد يكون بناءً على مقدار أهمية الفرصة الفائتة على المضرور، فهي مجرد طريقة أو وسيلة مهيأة للمضرور لتحقيق ما كان يصبو له من كسب مرجح أو تجنب خسارة، مما يتوجب معه تعويض المضرور عن قدر الضرر الفعلي المحقق بحيث يخضع ذلك لتقدير المحكمة التي تقوم بتحديد قيمة الضرر المحقق في تفويت الفرصة، وذلك من خلال تحديد مدى الكسب النهائي المرجح للمضرور أو مقدار الخسارة المرجح للمضرور تجنبها[2].

قد جاء في حكم لمحكمة النقض الفلسطينية:" إن هذا الخطأ القانوني لا يشكل تنازلاً من الطاعن عما رسمه القانون والذي أعطاه الحق عند تخلف المتعهد عن تنفيذ تعهده بالتنازل عن قطعة الأرض لمصلحة الطاعن، بان يطالب الفريق الآخر بإعادة ما دفعه كجزء من الثمن بالإضافة إلى العطل والضرر والربح الفائت، وان الطاعن يتمسك بهذه الحقوق وان حصر الطاعن لمطالبته بمبلغ (30) ألف دولار كاسترداد للعربون المدفوع لا يحرمه من المطالبة بأية مبالغ مهما كانت قيمتها تعويضاً عما لحقه من خسارة وعطل وربح فائت وقد أقام الطاعن الدعوى 2007/199 ضد المطعون ضدهما لمطالبتهما بالحقوق التي كفلها له القانون"[3].

وفي حكم لمحكمة النقض المصرية:" وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أن المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن التعويض في المسئولية التقصيرية: يشمل كل ضرر مباشر متوقعاً كان أو غير متوقع، وأن الضرر بدوره يقوم على عنصرين هما الخسارة التي لحقت بالمضرور والكسب الذي فاته، وأنه إذا كانت

(1) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي:**مرجع السابق**.ص 167.

(2) إعبية، خليل:**مرجع سابق**.ص119.

(3) ينظر: نقض مدني رقم (2007/114)، محكمة النقض الفلسطينية، رام الله.

الفرصة أمراً محتملاً فإن تفويتها أمر محقق، وليس في القانون ما يمنع من أن يحسب في الكسب الفائت ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب مادام لهذا الأمل أسباب مقبولة، بتعويض مادي عن فوات فرصة وأن التعويض عن فوات فرصة هو تعويض مادي عن فوات الفرصة وطلب التعويض المادي إذا ما أطلق دون تحديد يشمل التعويض عن فوات هذه الفرصة"[1].

2- تقدر الفرصة بناءً على قيمة الضرر الذي لحق بالمضرور:

قد تقدر قيمة الفرصة الفائتة بناءً على قيمة الضرر الذي لحق بالمضرور، حيث يخضع تقدير قيمتها لمرحلتين: يتم في المرحلة الأولى حساب وتقدير قيمة الضرر النهائي الذي يلحق بالمضرور المتمثل في فقدان الكسب المرجح الذي حرم منه بسبب تفويت الفرصة، فهنا يكون تقدير قيمة الفرصة الفائتة مجرد تطبيق للقواعد العامة في تقدير قيمة الضرر دون اختلاف فيها بالمقارنة مع ضرر تفويت الفرصة[2].

وأما في المرحلة الثانية فيتم تحديد قدر الأهمية في الفرصة، وما كان مهيئاً لها من تحقيق للكسب؛ وذلك من خلال تقدير الكسب الذي كانت سوف تحققه الفرصة التي ضاعت نتيجة فعل المسؤول فيمثل هذا القدر من الكسب الذي فات على المضرور القيمة الذاتية للفرصة الضائعة، والذي يكون دائماً جزءً فقط من الكسب الاحتمالي أو النهائي[3].

وقد جاء في حكم لمحكمة التمييز الأردنية: بمسؤولية محاميين عن تعويض موكليهم إذ أنهم ضيعوا عليهم فرصة كسبهم المرجح للطعن المقام منهم؛ وذلك بسبب عدم حضور الجلسة رغم إعلانهم إعلاناً صحيحاً، وبالتالي فبخطئهم هذا تسببوا في تفويت فرصة الحضور وبالتالي تفويت فرصة الكسب المرجح[4].

---

(1) ينظر: الطعن رقم (13871) لسنة 82 قضائية، الدوار المدنية، جلسة 2018/4/5، محكمة النقض المصرية.

(2) مسك، أحمد: **مرجع سابق**. ص83.

(3) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: **مرجع سابق**.ص168.

(4) ينظر: قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (1986/480)، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، مرجع سابق.

ومما سبق يرى الباحث أن التقدير الأمثل لقيمة الفرصة الفائتة يكون بالتركيز على ما كان يأمله المضرور في حالة عدم وقوع ضرر تفويت الفرصة، ويختلف تقدير قيمة الفرصة باختلاف صورة الضرر الذي لحق بالمضرور إذا ما كان كسب مرجح أو تجنب خسارة، ففي حالة تفويت فرصة الكسب المرجح يكون تقدير الفرصة بناءً على أهمية هذا الكسب بالنسبة للمضرور، ومدى إمكانية تحققه وفي حال عدم وقوع الفعل المحدث للضرر فعلاً، أما في حالة تفويت فرصة تجنب خسارة؛ فيكون تقدير قيمة الفرصة الفائتة بناءً على مقدار أهمية تجنب الخسارة بالنسبة للمضرور، ومدى إمكانية تحقق وقوع الخسارة التي يدعي المضرور وقوعها نتيجة فعل المحدث لضرر تفويت الفرصة وقيمة الخسارة المالية التي لحقت بالمضرور على إثرها.

ثانياً- معايير تقدير قيمه الفرصة الفائتة:

يعد "تحديد قيمة الفرصة الفائتة بطريقة تتناسب مع حق المضرور في التعويض عنها هو أساس تحديد قيمة التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور"، وقد ظهرت عدة معايير لتحديد قيمة الفرصة منها تحديدها بناءً على التقدير الكمي والقيمي للعلاقة السببية، وتحديدها على أساس تأثير الضرر على المضرور، ونعرضها فيما يلي:

1- معيار تحديد قيمة الفرصة بناءً على العلاقة السببية:

"أن معيار تقدير قيمة الفرصة ينحصر في العلاقة السببية بين الخطأ والضرر المحقق الناتج عنها، فالعلاقة السببية هي التي تحدد قيمة الكسب المرجح الذي كان المضرور يأمله، والذي يتمثل في قيمة الفرصة ذاتها وذلك باعتبار أن الضرر المحقق هو بالواقع جزء أو نسبة من الضرر الاحتمالي، فالمقصود هنا ليس تحديد وجود هذه العلاقة والتي يفترض توافرها لوجود فرصة فائته وتقرير مبدأ التعويض عنها؛ وإنما إيضاح قدر ومدى السببية إذ بقدر تسبب الفرصة في تحقيق الكسب تقدر قيمتها؛ وعليه فإن تحديد قيمة الفرصة الفائتة يتوقف على قياس مقدار ومدى تحقق الفرصة والضرر بناءً على التقدير الكمي

والقيمي لعلاقة السببية الذي يتحدد بمدى وقوة هذه العلاقة، بحيث تقدر قيمة هذه الفرصة بتحديد القدر المحتمل أو المرجح لعلاقة السببية، والمحتمل أن يكون تفويت الفرصة قد أحدثه من الضرر، وليس الضرر المؤكد إحداثه كما هو الحال في السببية العادية، التي تقوم على أسباب وعوامل معلومة والتي يكون دورها مؤكداً في إحداث الضرر"[1].

ومما سبق يرى الباحث بأن هذا الرأي قد جانب الصواب؛ وذلك لأن تحديد قيمة الفرصة الفائتة بناءً على المعيار الكمي يقوم على الظن والاحتمال، ولا يقوم على اليقين والجزم والتأكيد فهو لا يقوم بناءً على أسس وعناصر معلومة مقدماً، إنما يقوم على أساس تحديد القدر المرجح للعلاقة السببية والذي تؤثر فيه عناصر احتمالية مجهولة تخضع للتخمين والتكهن؛ وعليه فإن تقدير قيمة الفرصة على هذا الأساس سيفتح المجال للتخمين والظن في تقدير التعويض عن تفويت الفرصة المرتبط بتقدير قيمة الفرصة، الأمر الذي سيؤدي إلى تقدير التعويض جزافاً ولصالح أحد الأطراف على حساب الطرف الأخر، فقد يتم تخمين الفرصة بما يزيد عن قيمتها الحقيقية مما سيؤدي إلى ظلم محدث الضرر أو تقديرها بأقل مما تستحق مما يؤدي إلى ظلم المضرور؛ مما يجعل هذه النظرية غير صالح لتقدير قيمة الفرصة الفائتة والحكم بالتعويض عنها.

2- معيار تحديد قيمة الفرصة على أساس تأثير الضرر على المضرور:

"أن معيار تقدير قيمة الفرصة قد يقوم على أساس التحري عن مدى تأثير الضرر المحقق على المضرور، واستبعاد دور جسامة الفعل الضار في تقدير قيمة الفرصة أو قيمة التعويض عنها، فحجة التعويض المدني يجب أن تشمل الضرر ولا شيء غيره بغض النظر عن جسامة الفعل الضار، فتقدير قيمة الفرصة الفائتة والتعويض عنها بناءً على مقدار جسامة الفعل المحدث للضرر مخالف للعدالة؛ وذلك لأن المضرور لن يحصل على تعويض كامل إذا كان الفعل المؤدي إلى وقوع الضرر يسيراً ويحمل المضرور في النهاية تبعة ما أصابه من ضرر يغير يد له دون وجه حق، وأن محدث ضرر تفويت الفرصة قد

(1) مسك، احمد : **مرجع سابق**. ص89.

يتحمل تعويض يتجاوز مقدار الضرر الحقيقي بحجه أن الفعل الضار جسيم مما يؤدي إلى إثراء المضرور على حساب محدث الضرر دون سبب أو وجه قانوني"[1].

وفي ضوء ذلك فإنه يتعين لتقدير التعويض عن فوات الفرصة مدى احتمال الكسب الذي ضاع على المضرور جراء تفويت الفرصة عليه، أي أن يقدر فقط بالقدر الذي كان يحتمل معه الكسب من هذه الفرصة[2]، فإذا كانت هذه الفرصة تؤدي إلى كسب معين فإنها تقدر بقدر الكسب المنشود ذاته دون نقصان؛ "وعليه فإن الحرمان منها يستوجب التعويض الكامل عن الكسب الذي حرم منه المضرور ولا نكون هنا بصدد فوات فرصة كسب بل نكون أمام ضرر محقق يتمثل في كل ما ضاع من كسب، أما إذا كانت الفرصة لا تؤدي بالضرورة إلى كسب معين بل يحتمل أو يرجح أن تؤدي إلى ذلك، فإذا لم يتم التيقن من تحقيق الفرصة للكسب ويحتمل ذلك فقط، فإن قيمة الفرصة تمثل نسبة من الكسب الاحتمالي الذي يمكن أن تؤدي إليه وتحديد هذه النسبة يكون بقدر الاحتمال الذي تنطوي عليه الفرصة[3] .

ويرى الباحث أن هذا المعيار هو الأفضل لتحديد قيمة القرصة حيث يمكن على أساسه تحديدها بشكل عادل ومنصف؛ لأنه يقوم على أساس التحري عن جسامة الضرر في الفرصة الفائتة والتركيز على تحديد الفرصة بشكل يتوافق مع قيمة ومقدار الضرر المحقق عنها، ويسمح ذلك للمضرور إثبات الضرر الواقع عليه بكافة طرق الإثبات القانونية، ويساعد قاضي الموضوع إيجاد القيمة المناسبة لتعويض المضرور.

ثالثاً– مبدأ التعويض الجزئي عن فوات الفرصة:

"تنص القاعدة العامة في تقدير التعويض بأن يكون التعويض معادلاً وجبراً للضرر بحيث يتساوى التعويض مع الضرر الذي لحق بالمضرور دون زيادة أو نقصان، والذي يعرف بمبدأ التعويض الكامل، إلا انه وعند تطبيق هذا المبدأ على التعويض عن تفويت الفرصة تعترضه صعوبة بالغة ويتعذر حسابه بشكل

(1) إعبية، خليل: **مرجع سابق**. ص170.

(2) تكروري، عثمان و السويطي، أحمد : **مرجع سابق**. ص 482.

(3) أبوالليل، إبراهيم الدسوقي: **مرجع سابق** .ص 170

واقعي وحقيقي؛ لأنه يعتمد على تقدير التعويض فيه دون أن يشمل كل الضرر المحقق الذي يصيب المضرور المقابل للكسب الاحتمالي الذي كان يأمله، وإنما يمثل نسبه فقط من هذا الضرر" [1].

"وبناءً عليه ولعدم مناسبة مبدأ التعويض الكامل على مسألة تفويت الفرصة وتقدير التعويض عن الفرصة الفائتة، فقد ظهر مبدأ يعرف بالتعويض الجزئي، حيث يقوم هذا المبدأ بأن لفقد الفرصة قيمة ذاتية خاصة تتمثل بالضرر المحقق الذي لحق المضرور بسبب فواتها بحيث يقدر التعويض بقدر قيمتها، فكل فرصة من فرص الكسب تتضمن في ذاتها قدراً من احتمال تحقيق الكسب الذي يمكن أن تؤدي إليه، وبهذا القدر من احتمال تحقيق الفرصة للكسب تتحدد قيمتها، ويتحدد قدر التعويض عن فقدانها، بمعنى أن ضرر تفويت الفرصة يتحدد بنسبة معينة من الكسب المرجح والذي يمكن أن تؤدي إليه الفرصة لو لم تفت على المضرور، ولأن الضرر المحقق الذي أصاب المضرور يتمثل في فقد فرصة الكسب المرجح؛ فإن التعويض يقدر حسب مقدار هذه الفرصة وليس بكل الكسب المرجح الذي حرم منه، فهذا التعويض الجزئي الذي يقتصر على قيمة الفرصة الضائعة لا يمكن تحديده إلا بمقارنه الضرر المحقق المقابل للكسب المرجح الذي كان يأمله المضرور بالضرر المحقق النسبي الذي وقع نتيجة ضياع فرصة تحقيق الكسب المرجح"[2].

"والتعويض الجزئي هو الذي يقتصر على قيمة الفرصة الضائعة ولا يمكن تحديده إلا من خلال مقارنه الضرر الاحتمالي المقابل للكسب الاحتمالي الذي كان يأمله المضرور بالضرر المحقق النسبي الذي وقع نتيجة ضياع فرصة تحقيق الكسب"[3]، فإذا كان الأمر متعلقاً بفوات فرصة قضائية كميعاد استئناف أو نقض فيكون المتضرر قد حرم من فرصة إقامة الاستئناف أو النقض ذاتها، أما حرمانه من كسب الدعوى يكون ضرراً احتمالياً حيث لا يوجد ما يؤكد أن إقامة الطعن سوف يؤدي إلى كسب دعوى الحق المدعى

(1) تنص المادة (179) : مشروع القانون المدني الفلسطيني "كل من ارتكب فعلاً سبب ضرراً للغير يلزم بالتعويض".

(2) مسك، أحمد: **مرجع سابق**. ص98.

(3)أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: **مرجع سابق**. ص 160

به، فالضرر المحقق في هذه الحالة لا يخرج عن فرصة إقامة الطعن؛ لذلك فإن التعويض يجب أن يقدر بناءً على قيمة الفرصة الفائتة فقط، والتي تتمثل في حرمان المضرور من تجربة حظه في إقامة الطعن أمام القضاء.

ومما سبق يستنتج الباحث إن تقدير التعويض الجزئي عن فوات الفرصة يجب أن يكون بناءً على ما كان سيؤول إليه مركز المضرور إذا ما تحققت الفرصة الفائتة، بالإضافة إلى تحديد قيمة الفرصة ذاتها ودرجة احتمال تحقيقها للكسب الذي يأمله المتضرر أو أمله في تجنب الخسارة التي لحقت به نتيجة فوات الفرصة، فلو افترضنا أن المتضرر كان قد أقام دعوى أمام القضاء قيمتها عشرون ألف دينار أردني فقط وصدر حكم من محكمة الدرجة الأولى في هذه الدعوى بإلزام خصمه بأداء مبلغ وقدرة عشرة آلاف دينار أردني فقط، وفاتته فرصة الطعن بهذا الحكم نتيجة لخطأ المحامي في إقامة الطعن، وكان احتمال تحقيق فرصة كسب كامل المبلغ المدعى به أمام محكمة الاستئناف هو (50%) خمسون بالمائة، فإن قيمة الفرصة الفائتة تقدر بنصف الكسب الاحتمالي ما مقداره خمسة آلاف دينار أردني، حيث يملك قاضي الموضوع سلطة كبيرة في تقدير وجود الفرصة وقيمة هذه الفرصة التي يجب أن تقدر بنسبة محددة من الكسب الاحتمالي الذي يتقرر في حالة فوات الفرصة بحيث يتضمن قدراً من التحكيم ويرجع ذلك إلى طبيعة الضرر في كل حالة.

الفصل الثاني

تطبيقات خطأ المحامي عن تفويت الفرصة وموانع مسؤوليته

نظراً لأهمية مهنة المحاماة على استقرار المجتمع، وحفظ حقوق المواطنين، وباعتبار المحامين رجال القضاء الواقف الذين يساعدون القضاة في الوصول إلى الحقيقة والعدالة فيجب عليهم بذل عناية خاصة أثناء ممارستهم لمهنتهم، وكونهم أناس ليسوا معصومين عن الخطأ فقد يقعون أثناء مزاولتهم لأعمالهم بالعديد من الأخطاء التي لا يمكن حصرها والتي قد تؤدي لإلحاق الضرر بعملائهم، سواء كانت هذه الأخطاء أثناء تمثيلهم لموكليهم بالدعاوى القضائية أو عند قيامهم بالأعمال القانونية الأخرى التي تقع ضمن اختصاصهم، فتقام عليهم الدعاوي القضائية للمطالبة بالتعويض عن هذه الأخطاء .

لعل أكثر هذه الأخطاء شيوعاً تلك التي ترتبط بالجانب العملي أو الإجرائي أثناء التقاضي في الدعاوي، سواء كانت ناتجة عن الجهل بالنصوص القانونية الناظمة للعمل الذي يقوم به، أو ناتجة عن إهماله وتقصيره في متابعه أعماله مثل: تقديم الدعاوي والطعون بشكل معيب وخارج المدة القانونية، وعدم تقديم البينات والاعتراض عليها بشكل صحيح، أو بالسكوت عن إثارة الدفوع القانونية بشقيها الشكلية والموضوعية بالطريقة القانونية الصحيحة، سواء كانت تلك الدفوع متعلقة بالنظام العام والتي يجوز للمحكمة التمسك بها وإثارتها من تلقاء نفسها، أو التي لا تتعلق بالنظام العام والتي جعل المشرع الفلسطيني على الخصوم التمسك بها في مراحل معينه من الدعوى القضائية تحت طائلة سقوط الحق بذلك، ولا تقتصر أخطاء المحامين على ذلك بل وتمتد للأعمال القانونية الأخرى التي تدخل ضمن أعمالهم كتقديم الاستشارات القانونية بشكل خاطئ، أو تنظيم العقود والسندات بشكل معيب، أو بشكل مخالف للقوانين الناظمة لها؛ مما يجعلها غير نافذة قانوناً وغيرها من الأخطاء.

كما يتصل بمسألة خطأ المحامي فكرة السبب الأجنبي وموانع مسؤوليته، فكما ذكرنا في مرحلة سابقة من هذا الدراسة بأن أحكام المسؤولية المدنية لا تقوم بتوافر الخطأ أو التعدي فقط أو عدم تنفيذ الالتزام، وإنما

يجب أن ينتج عن هذا الخطأ أو السلوك ضرر يلحق بالمضرور ويكون نتيجه له، فإذا انتفى أحد هذه الأركان تنتفي المسؤولية المدنية وعليه؛ فقد تنقطع الرابطة السببية بين خطأ المحامي والضرر الذي يلحق بموكله بتحقق أحد موانع المسؤولية المدنية مثل: القوة قاهرة أو الحادث الفجائي، أو خطأ المضرور، أو فعل الغير، وقد ارتأى الباحث تناول هذا الفصل على مبحثين كالتالي:

المبحث الأول: خطأ المحامي في تفويت الفرصة وتطبيقاته.

المبحث الثاني : دعوى مسؤولية المحامي المدنية وموانع مسؤوليته.

المبحث الأول: خطأ المحامي في تفويت الفرصة وتطبيقاته

يعرف الخطأ قانوناً بأنه: "الإخلال بالتزام أو واجب قانوني يفرض على الفرد أن يلتزم في سلوكه بما يلتزم به الأفراد العاديون من اليقظة والتبصر حتى لا يضرون بالغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك الذي يتوقعه الآخرون ولم يتصرف في سلوكه بمراعاته يكون قد ارتكب الخطأ"[(1)]، ويعرف أيضاً بأنه: "هو الانحراف في السلوك المألوف للشخص العادي مع إدراكه لهذا الانحراف"[(2)]. وتختلف فكرة الخطأ في القوانين المتأثرة بالفقه الإسلامي كالقانون المدني الأردني، والذي يرتب المسؤولية بمجرد وقوع الفعل المؤدي للضرر، حيث نصت المادة (256) منه بأن الخطأ هو:" كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"[3]، أما القوانين التي تأخذ بالفقه الغربي كالقانون المدني المصري والذي يشترط توفر عنصر الخطأ، فقد نصت المادة (164) من القانون المدني المصري على:" يكون الشخص مسؤولاً عن أفعاله الضارة متى صدرت منه"[4]، أي عندما يقوم هذا الشخص بارتكاب خطأ أضر بالغير[5]، والخطأ الذي ينسب للمحامي غالباً هو عدم بذل العناية المطلوبة منه بصفته مختص في مجال عمله؛ فالعناية المطلوبة منه ليست

---

(1) عرفة، عبد الوهاب: **المسؤولية المدنية في ضوء الفقة وقضاء النقض** .ط1 . مصر. الإسكندرية :المكتب الفني للموسوعات القانونية .2008.ص49

(2) الديناصوري، عزالدين والشواربي، عبدالحميد: مرجع سابق .ص61

(3) انظر : نص المادة(256): القانون المدني الأردني.

(4) انظر : نص المادة(164): القانون المدني المصري.

(5) يجدر بنا الأشارة ان **مشروع القانون المدني الفلسطيني**. وقد حذى حذو القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني بهذا السياق فقد نصت المادة (1/180) منه :" يكون الشخص مسؤولاً عن أفعاله متى صدرت منه".

عنايـة الرجـل المعتـاد فحسـب، فمعيـار العنايـة التـي يسـتوجب علـى المحـامي بـذلها هـي عنايـة المهنـي المتخصص في مجاله فتقاس مسؤوليته بمعيار المختص المعتاد أي لا المحامي شديد الحرص ولا شديد الإهمال وفقاً لما جاء في قانون المخالفات المدنية الفلسطيني[1]، فعدم التزام المحامي بإتباع القواعد الإجراءات التي تفرضها القوانين الناظمة للدعوى أو العمل القانوني المكلف به، قد تؤدي إلى ضياع حقوق موكله وتفويت فرصته في كسب الحق المتنازع به أو تجنب الخسارة، ويتضح هنا من خلال التعريفات السابقة، أن الخطأ يكون بالإخلال بالالتزام الذي يرتبه العقد أو القانون، لذلك فقد ارتاى الباحث تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، تطبيقات على أخطاء المحامي المرتبطة بالإجراءات (المطلب الأول) ، وأخطاء المحامي المرتبطة بالجانب العلمي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أخطاء المحامي المرتبطة بالإجراءات وتطبيقاتها

قد يقع المحامي في بعض الأحيان بخطأ يستوجب معه عدم قبول الدعوى أو ردها وسقوطها بشكل يمنع موكله من فرصة في إقامتها مرة أخرى أمام القضاء كعدم تقديمها بالمدد القانونية المحددة (الفرع الأول)، والخطأ بإثارة الدفوع وتقديم البينات والاعتراض عليها أثناء التقاضي (الفرع الثاني)، إذ أن هذه الأخطاء تكون مرتبطة بالإجراءات التي أوجب المشرع على الخصوم إتباعها بالقوانين ذات العلاقة أثناء التقاضي وهذا ما سوف يتم تبيانه في هذا المطلب.

(1) نصت المادة(3/٥١): **قانون المخالفات المدنية الفلسطيني رقم(36) لسنة 1944** "يتألف الإهمال من: أولاً: إتيان فعل لا يأتيه شخص معتدل الإدراك ذو بصيرة في الظروف التي وقع فيها الفعل، أو التقصير في إتيان فعل لا يقصر مثل هذا الشخص في إتيانه في الظروف التي وقع فيها التقصير.ثانياً: التقصير في استعمال الحذق أو اتخاذ الحيطة في ممارسة مهنة أو حرفة أو صنعة مما يستعمله أو يتخذه الشخص المعتدل الإدراك ذو البصيرة من ذوي الكفاية في تلك المهنة أو الحرفة أو الصنعة، في الأحوال التي وقع فيها التقصير . إن الإشارة إلى إهمال شخص تشمل إهمال أي شخص آخر، أو وجد مثل هذا الشخص، يكون الشخص المذكور أولاً مسؤولاً تجاهه".

الفرع الأول: تقديم الدعاوي واللوائح بشكل معيب وخارج المدد القانونية

نظم المشرع الفلسطيني إجراءات التقاضي، بما يكفل حسن سير العدالة وسرعة التقاضي[1]، فقد حدد المشرع الفلسطيني البيانات الواجب توافرها بالدعاوي والطعون والطلبات، وحدد المدد والآجال القانونية اللازمة لإقامتها سعياً لتنظيم إجراءات المحاكمة وحفاظاً لحقوق المتقاضين[2].

أولاً- تقديم الدعاوي والطعون واللوائح بشكل معيب:

لقد حدد المشرع الفلسطيني في المادة (52) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 العناصر والبيانات الواجب توافرها في اللوائح الدعاوي الحقوقية المقامة أمام المحاكم الفلسطينية، وقد ألزم المشرع المدعي وفقاً لنص المادة (1/56) من ذات القانون بأنه:" تكون لائحة الدعوى شاملة لجميع ما يحق للمدعي المطالبة به وقت إقامتها"[3].

وفي ذات السياق أيضاً حدد المشرع الفلسطيني في المادة (208) من ذات القانون البيانات والعناصر التي يجب أن تتضمنها لائحة الاستئناف[4]، وحدد العناصر والبيانات التي يجب أن تضمنها لائحة الطعن لدى محكمة النقض في المادة (288) منه [5].

---

(1) تنص المادة (30)**:القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنه (2003)** . المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية.(عدد ممتاز) بتاريخ 2003/3/18."1-التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل فلسطيني حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وينظم القانون إجراءات التقاضي بما يضمن سرعة الفصل في القضايا".

(2) تنص المادة(205) **:قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني رقم (2) لسنه (2005)**"1- يكون ميعاد الطعن بالإستئناف ثلاثين يوماً ما لم ينص القانون على خلاف ذلك 2- يكون ميعاد الإستئناف في المواد المستعجلة خمسة عشر يوماً". وأيضاً تنص المادة (227) من ذات القانون "يكون ميعاد الطعن بالنقض أربعين يوماً".

(3) ينظر: نص المادة (1/56)**:قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطينيرقم (2) لسنه (2001).**

(4) تنص المادة (208)**:قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001** " تتضمن لائحة الاستئناف البيانات الآتية: 1- اسم المحكمة المستأنف إليها 2- اسم المستأنف و عنوانه ومهنته والمحامي الذي يمثله وعنوانه 3- اسم المستأنف عليه و عنوانه ومهنته 4- الحكم أو القرار المستأنف والمحكمة التي أصدرته وتاريخ صدوره ورقم الدعوى التي صدر فيها 5- أسباب الاستئناف 6- طلبات المستأنف 7- توقيع محامي المستأنف.

(5) تنص المادة (288) من **قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني رقم (2) لسنه (2001)**" تتضمن لائحة الطعن بالنقض البيانات الآتية: 1- اسم الطاعن وعمله وعنوانه واسم محاميه وعنوانه. 2- اسم المطعون ضده وعمله وعنوانه. 3- اسم المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه وتاريخ صدوره ورقم الدعوى التي صدر فيها. 4- بيان أسباب الطعن بصورة واضحة ومحددة. 5- طلبات الطاعن وتوقيعه".

فتحديد المشرع الفلسطيني للبيانات والعناصر الوجوبية اللازم توافرها في اللوائح والطعون؛ يجعل لزاماً على المحامي أن يتبعها وهو بصدد إقامه الدعوى أو طعن، فإذا قام المحامي بإعدادها بشكل معيب ومخالفا للنصوص المتعلقة بها، يكون قد ارتكب خطأ قد تؤدي بالنتيجة إلى عدم قبول الدعوى أو الطعن شكلاً؛ لعدم إتباعه للقواعد والإجراءات القانونية فهل إخلال المحامي في إيراد تلك البيانات في اللوائح يستوجب التعويض دائما ًعن تفويت الفرصة ؟

لم ينص المشرع الفلسطيني صراحةً على البطلان جراء إغفال بيان أو أكثر من بيانات لائحة الدعوى أو النقص أو الخطأ فيها، وعليه ينبغي تطبيق القواعد العامة بشأن البطلان الواردة في المواد(23-26) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية[1]، فإذا كان النقص أو الخطأ يفوت الغاية التي قصد القانون تحقيقها من البيان، ترتب على هذا النقص بطلان اللائحة، أما إذا تحققت الغاية رغم هذا النقص فلا بطلان، فإذا أغفل المدعي ذكر بيان من البيانات السابق ذكرها، فإنه يجب أن نفرق بين ما إذا كان هذا البيان لا يترتب على تخلفه أن تسقط الدعوى شرط من شروط صحتها، وفي هذا الحالة فإن القاضي يستوضح من المدعي هذا البيان أو المعلومات ويستكمل بذلك لائحة الدعوى ويصححها، ثم يشرع في إجراءات المحاكمة حسب الأصول[2].

---

(1) تنص المادة (23): **قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة (2001)**"1- يكون اللإجراء باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانة، أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء.2- لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء." وأيضاً تنص المادة (24): **من ذات القانون** " فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان لمصلحته، ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه1- لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته، ولا يجوز التمس بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه 2- يزول البطلان إذا نزل عنه صراحة أو ضمناً من شرع لمصلحتة" . وأيضا تنص المادة (25): **من ذات القانون** "يجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان، على أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانوناً لإتخاذ الإجراء فإذا لم يكن للإجراء ميعاد مقرر في القانون حددت المحكمة ميعاداً مناسباً لتصحيحه، ولا يعتد بالإجراء إلا من تاريخ تصحيحه". تنص المادة (26): **ذات القانون** "1- إذا كان الإجراء باطلاً وتوفرت فيه عناصر إجراء آخر فيعتبر صحيحاً باعتبار الإجراء الذي توفرت عناصره.2- إذا كان الإجراء باطلاً في شق منه فيعتبر هذا الشق وحده باطلاً ما لم يكن الإجراء غير قابلاً للتجزئة. 3- إذا كانت الإجراءات السابقة أو اللاحقة غير معتمدة على الإجراء الباطل فلا تبطل".

(2) التكروري، عثمان: **الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001**. الجزء الأول.ط1. القدس- فلسطين : دار الفكر.2013.ص 336.

وهذا ما قضت به محكمة النقض الفلسطينية: " أن ما قصده المشرع من البيانات المنصوص عليها في المادة (208) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية ما هي إلا للتعريف بالحكم أو القرار المستأنف وتحديد ولاية محكمة الاستئناف في نظر النزاع وتعيين موضوع الدعوى الاستئنافية والأسباب الواردة على الحكم المستأنف، وعطفاً على ما سلف فإن إغفال المستأنفة (الطاعنة) من ذكر تاريخ الحكم المستأنف وكذلك عدم إيراد منطوق الحكم المستأنف، لا يستتبع بطلان لائحة الاستئناف، ما دام أن المستأنفة أوردت في لائحتها أسم المحكمة مصدرة الحكم المستأنف ورقم الدعوى التي صدر فيها، هذا بالإضافة لكون المستأنفة قد أرفقت في لائحة الاستئناف صورة مصدقة عن الحكم المستأنف، الأمر الذي يعني أن البيانات الواردة في لائحة الإستئنافية والحالة هذه قد حققت الغاية التي قصدها المشرع"[1].

أما إذا كان البيان المطلوب يترتب على تخلفه أن تفقد الدعوى شرطاً من شروط صحتها فيجب على المحكمة ردها دون أن تسأل المدعى عليه عنها[2]، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفلسطينية في قرارها والذي جاء فيه:" ولما كان هذا السبب وعلى النحو الذي ورد فيه لا يعدو أن يكون سبباً عاماً تعترية الجهالة لعدم بيان أسباب الطعن وأوجه العوار بصورة واضحة أو محددة طبقاً لنص المادة(4/228) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأمر المستوجب معه عدم قبوله لهذا السبب"[3] في حكم أخر صدر عن محكمة الإستئناف الفلسطينية (رام الله) والتي قضت عدم قبول الاستئناف، لعدم ذكر اسم المستأنف ضده مما يخالف نص المادة (208) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية[4].

ومما سبق يرى الباحث بأن الدعاوى أو الطعون وما يتفرع عنها المقامة بإجراءات معيبة لخلوها من بعض البيانات الوجوبية بحيث يمكن جبر الضرر من عدم قبولها أو ردها شكلاً بإقامتها مرة أخرى أمام القضاء،

(1) ينظر: حكم محكمة النقض الفلسطينية في القضيه الحقوقية رقم 2016/65. الصادر بتاريخ 2018/10/9.

(2) التكروري، عثمان: **مرجع سابق**.ص337.

(3) ينظر: حكم محكمة النقض الفلسطينية في القضية الحقوقية رقم 2019/1555الصادر بتاريخ 2020/1/14.

(4) جاء في حكم محكمة إستئناف رام الله في القضية التنفيذية رقم2020/574 الصادر بتاريخ2020/9/9 "وبعد الإطلاع على لائحة الإستئناف نجد أنها جاءت خالية من بيان أسم المستأنف عليه وحيث نصت المادة 208 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنه 2001 وعليه ولما كان الأمر كذلك مما يقتضي عدم قبول الإستئناف".

لا يعتبر خطأ للمحامي في تفويت الفرصة حتى وإن جعلها هذا الخطأ مستوجبه لعدم القبول شكلاً؛ فلا يمكن اعتباره ضرراً يستوجب معه التعويض لطالما أن رفع الدعوى لم تفته أجال السقوط أو التقادم، ففرصة إقامتها مرة أخرى أمام القضاء لم تضع على الموكل ويمكنه إقامة الدعوى أو طعن جديد مستوف للشروط الشكلية متجاوزاً بها الدعوى المعيبة بعدم القبول؛ وعليه لا يمكن اعتبارها خطأ للمحامي بتفويت الفرصة على الموكل مستوجباً للتعويض؛ لأنه لم يفقد حقه بشكل نهائي في إقامتها من جديدة بذات الموضوع وذات الخصوم.

أما إذا كان خطأ المحامي يفوت على الموكل فرصة إقامتها مرة أخرى أمام القضاء، فإن الضرر الذي يقع على الموكل في هذه الحالة يستوجب التعويض عن تفويت الفرصة بالتقاضي، جراء عدم الالتزام بالشروط الشكلية وعدم اشتمال الدعوى أو الطعن على البيانات الوجوبية التي جعل المشرع الفلسطيني على المحامي بيانها وإتباعها أثناء التقاضي وعدم الالتزام بالمدد والآجال القانونية لإقامتها مثل: رد الدعوى لعلة التناقض في بنودها[1]، أو للجهالة الفاحشة في لائحة الدعوى[2]، أو للجهالة الفاحشة في وكاله المحامي[3]، مما يفوت فرصة إقامتها مرة أخرى إذا كانت من الدعاوي التي تتصف بالتقادم القصير نسبياً،

---

(1) تنص المادة (80) **:مجلة الأحكام العدلية** " لا حجه مع التناقض". أيضاً تنص المادة **(1615): المجلة** " التناقض هو سبق كلام من المدعي مناقض لدعواه، أي سبق كلام موجب لبطلان دعواه". أيضاً جاء في قرار **محكمة النقض الفلسطينية في القضية الحقوقية رقم 2007/81 والصادر بتاريخ 2009/1/27** ".. إذ أسست المدعية دعوى التخلية على مقولة مفادها أنها المالكة للعقار موضوع الدعوى، فإن ذلك يغدو معه التمسك بأنها المتولية لإدارة العقار المأجور غير وارد ويتعين الإلتفات عنه لعلة التناقض إذ لا حجه مع التناقض".

(2) تنص المادة (1619): **مجلة الأحكام العدلية** " يشترط أن يكون المدعى به معلوماً ولا تصح الدعوى إذا كان مجهولاً" وأيضاً تنص المادة (1617): **مجلةالأحكام العدلية**" يشترط أن يكون المدعى عليه معلوماً فإذا قال المدعي لي على واحد لا على التعيين من أهل القرية الفلانية أو على بعضهم مقدار كذا لا تصح دعواه ويلزمه تتعين المدعى عليه".

(3) جاء في قرار لمحكمة استئناف رام الله في القضية الحقوقية رقم 2018/1010 والصادر بتاريخ 2018/12/11 " من الثابت أن وكالة الوكيل بإقامة الدعوى جاءت خالية من بيان الخصم وكذلك الخصوص الموكل به فإن الوكالة والحالة هذه تعتريها الجهالة الفاحشة والتي لا يمكن تلافيها وبالتالي تكون معيبة بعيب الجهالة الفاحشة ولا يصح للوكيل أن يقيم الدعوى ابتداءً بالاستناد لتلك الوكالة الأمر الذي كان على محكمة الدرجة الأولى التحقق منه ابتداء قبل بحث موضوع الدعوى وعليه ودونما الحاجة لبحث أسباب الاستئناف نجد أن الدعوى مقدمة ممن لا يملك الحق بإقامتها وفقاً للتوكيل المذكور وبالنتيجة تقرر المحكمة: وسنداً لما ذكر أعلاه وعملاً بالمادة 223 من قانون الأصول رد الاستئناف موضوعاً وتأييد الحكم المستأنف وتضمين المستأنف المصاريف ومبلغ خمسون دينار أردني أتعاب محاماة.

وفاتت نتيجة هذه الأخطاء مدة التقادم لإقامتها مرة أخرى، فإن هذا الخطأ يستوجب التعويض للموكل عن الضرر الذي لحق به وبخاصة ضرر تفويت الفرصة.

ثانياً- إقامة الدعاوي والطعون خارج الآجال والمدد القانونية:

عملت القوانين النافذة في فلسطين على تحديد آجال لسماع الدعاوى أمام القضاء وهي ما تعرف بمدد التقادم المسقط ومدد السقوط، بحيث يعرف التقادم المسقط لسماع الدعوى بأنه: "وسيلة تؤدي إلى عدم سماع دعوى صاحب الحق إذا سكت عن المطالبة به أو عن استعماله فترة معينه"[1]، ويعرف أيضاً: "مضي المدة التي حددها القانون، الذي يؤدي إلى سقوط حق الدائن في إجبار المدين على الوفاء بالتزامه"[2].

وتعرف مدد السقوط بأنها: "مدد حتمية يتوجب على صاحب المصلحة خلالها القيام بعمل أو استعمال رخصة معينة، إلا فقد الحق فيها وانعدم أثرها القانوني، وتنتهي بحلول أجلها فلا يسري عليها الوقف أو الانقطاع، وتهدف هذه المدد إلى سرعة تصفية المراكز القانونية المتعلقة باستعمال الرخصة، فهي بمثابة جزاء مقرر على من لا يستعملها خلال المدة"[3].

لقد حددت القوانين الفلسطينية مدد السقوط والتقادم لسماع الدعاوي، والتي تختلف بحسب طبيعة الحق المنشئ لها، فمنها ما يتصف بالتقادم الطويل نسبياً والذي قد يمتد إلى ستة وثلاثون عاماً وخمسة عشر عاماً حسب ما جاء في مجلة الأحكام العدلية[4] ومن الأمثلة عليها: دعاوي حقوق الارتفاق في العقارات

---

(1) عبد الرحمن، محمد: **أسباب كسب الملكيه الحيازه**.ط1.مصر-القاهرة : دار النهضة العربيه .2010. ص 308 و462 .

(2) الشرقاوي، جميل: **النظرية العامة للإلتزام(2) أحكام الإلتزام**. دون رقم ط. القاهرة: دار النهضة العربية. 1995. ص 264.

(3) عياش، هشام: **التقادم المسقط في التشريعات الفلسطينية "دراسة مقارنة"**.(رسالة ماجستير غير منشورة) جامعة النجاح الوطنية.نابلس.فلسطين.2018.ص24

(4) حددت مجلة الأحكام العدلية مرور الزمن في الدعاوي الحقوقية بنوعان: النوع الأول إجتهادي ومدته ست وثلاثون سنة وهو 1. دعوى المتولي والمرتزقه في أصل الوقف 2.دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في العقارات الموقوفه 3. الدعاوي المتعلقة بأصل النقود الموقوفه 4. العقار الراجع من الطريف إذا كان موقوفاً 5.العقار الذي يرجع من طريق العقارات المملوكة 6.دعاوي رقبة الأراضي الأميرية التي يقيمها مأمور الأراضي، أما النوع الثاني المعين من طرف السلطان وهو خمسة عشر سنة وذلك في 1. دعاوى الدين، الوديعة، العارية في العقار الملك، الميراث، القصاص، دعوى التولية والغلة في العقارات الموقوفة والمقاطعة والمشروط

الموقوفة، والدعاوي المتعلقة بالمال الموقوف[1]، والدعوي الناشئة عن التزامات مدنية[2]، وعشرة سنوات في الدعاوى الناشئة عن التزامات تجارية[3]، ومنها ما يتصف بالتقادم القصير نسبياً في بعض الدعاوي مثل: دعاوي التعويض عن الإصابات العمالية والتي تتقادم بانقضاء سنتين على وقوع الإصابة ما لم يكن التأخير ناتجاً عن عدم استقرار الإصابه أو عن عذر مشروع " [4] ، والتعويضات عن الإصابات الجسدية الناتجة عن حوادث السير والتي تتقادم بثلاث سنوات من تاريخ وقوع الحادث أو الحصول على تقرير طبي نهائي[5]، وغيرها من النصوص التي حددت فيها القوانين النافذة مدد لتقادم سماع بعض الدعاوي، يترتب على مرور مدة التقادم عدم سماع دعوى الحق المدعى به إذا تركت دون عذر وأنكرها المدين[6].

وبناءً على ما سبق، فإذا ما لجأ شخص إلى محامٍ لإقامة دعوى أو طعن خلال المدة القانونية المقررة، يلتزم الأخير بممارسة الحق بإقامتها داخل الآجال المحدد لها تحت طائلة تقادمها أو سقوطها وعدم جواز سماعها مثل: تقديم الطعون بالاستئناف والنقض والمحكمة الإدارية وغيرها خارج المدة المحددة قانوناً

التصرف فيها في الإجارتين 2. الطريق الخاص والمشيل وحق الشرب بالعقار الملك.راجع: حيدر، علي: درر : **مرجع سابق**.ص 321.

(1) تنص المادة (1661): **مجلة الأحكام العدلية**" سمع دعوى المتولي والمرتزقة في حق أصل الوقف إلى ست وثَلاثين سنة ولا تسمع بعد مرور ست وثلاثين سن".

(2) تنص المادة (1660): **مجلة الأحكام العدلية** "لا تسمع الدعاوي غير العائدة لأصل الوقف أو للعموم كالدين الوديعة والعقار الملك والميراث والمقاطعة في العقارات الموقوفة أو التصرف بالإجارتين والتولية المشروطة والغلة بعد تركها خمس عشرة سنة".

(3) تنص المادة (58): **قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة (1966)**"1- في المواد التجارية يسقط بالتقادم حق الإدعاء بمرور عشر سنوات إن لم يعين. 2- ويسقط بالتقادم حق الإستفادة من الأحكام المكتسبة قوة القضية المقضية بمرور خمس عشر سنة .

(4) تنص المادة (124):**قانون العمل الفلسطيني رقم (7) لسنه 2000**.المنشور في الوقائع الفلسطينية.العدد (39) بتاريخ 2001/11/25 صفحه 7 " ما لم يكن التأخير ناتجاً عن عدم استقرار الإصابه أو عن عذر مشروع يسقط حق المصاب في المطالبة بالتعويض عن إصابة العمل بانقضاء سنتين على وقوع الإصابة" .

(5) تنص المادة (159) : **قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنه2005**. المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية.العدد (62). بتاريخ 2006/3/25 . " تتقادم دعوى المطالبة بالتعويض عم الأضرار الناجمة عن حادث الطرق إذا لم ترفع خلال ثلاث سنوات من تاريخ وقوع الحادث أو تاريخ الحصول على تقرير طبي نهائي إذا تجاوزت المدة الثلاث سنوات المذكورة".

(6) تنص المادة (1663):**مجلة الأحكام العدلية** "مرور الزمن المانع لاستماع الدعوى هو مرور الزمن الواقعِ بلا عذر فقط وأما مرور الزمن الحاصل بأحد الأعذار الشرعية كونالمدعي صغيراً أو مجنوناً أو معتوها سواء كان له وصِي أو لم يكن له أو كونه في ديار أخرى مدّة السفر أو كان خصمه من المتغلبة فلا اعتبار له، فلذلك يعتبر مبدأ مرور الزمن من تاريخ زوال واندفاع العذر. مثلا لا يعتبر الزمن الذي مر حال جنون أو عته أو صغر المدعي بل يعتبر مرور الزمن من تاريخ وصوله حد البلوغ كذلك إذا كان لأحد مع أحد المتغلبة دعوى ولم يمكنه الادعاء لامتداد زمن تغلب خصمه وحصل مرور زمن لا يكون مانعا لاستماع الدعوى إنما يعتبرمرور الزمن من تاريخ زوال التغلبِ.

يترتب عليه جزاء عدم قبولها شكلاً[1]، فمن المعلوم أن عدم مباشرة الدعوى أو الطعن داخل الآجل المحدد للسقوط يؤدي بالنتيجة لسقوط حق في الالتجاء إلى القضاء مهما كانت الحجج التي يملكها الشخص إثباتاً لحقه، "فمدد السقوط هذه من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها"[2]، فإذا لم يقم المحامي بممارسة حق موكله في إقامة الدعوى داخل المدة القانونية المحددة، كما أوردنا بالأمثلة السابقة وغيرها من الحالات، يكون قد فوت فرصة على موكله في سماع ما يدعي به أمام القضاء، وحرمه من تجربة رفع الدعوى أو الطعن وممارسة حقوقه بها، الأمر الذي يؤدي إلى تفويت فرصة التقاضي وضياعها على موكله.

وحري بنا الإشارة لموقف القضاء الاردني بهذا الصدد، ويقترح الباحث على القضاء الفلسطيني السير على هذه الخطى، فقد قرر محكمة التمييز الأردنية بإلزام المحامي بالتعويض عن تفويت فرصة الطعن على موكله، حيث جاء في حكمها بأن: "المحامي الذي يفوت على موكله المدد القانونية المقررة في إجراءات الخصومة القضائية وإجراءات التنفيذ يعتبر مقصراً في بذل العناية اللازمة في تنفيذ ما وكل به إعمالاً لحكم المادة(2/841) من القانون المدني، وأن التقصيراً كهذا، يرتب على المحامي مسؤولية الضمان بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه بمفهوم المادة (363) من القانون المدني الأردني"[3].

ومما سبق يرى الباحث أن عدم قيام المحامي بالعمل المكلف به في إقامة الدعوى أو الطعن نهائياً، يكون قد ارتكب خطأ ناتج عن الإخلال بالتزامه العقدي والمتمثل بالامتناع عن القيام بالعمل، فالمحامي يلتزم بممارسة الطعون داخل المدد المقررة قانوناً، فعدم تقديم الدعاوي والطعون داخل هذه المدد المحددة، يجعلها

---

(1) تنص المادة(227): **قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة(2001)** "يترتب على عدم مراعاة مواعيد الطعن في الأحكام والقرارات رد الطعن شكلاً وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها". وأيضاً تنص مادة (1/256) من ذات القانون : "تفصل المحكمة أولاً في جواز قبول الطعن شكلاً فإذا قررت قبوله تنظر في الموضوع، ويجوزلها أن تحكم في قبول الطعن وفي الموضوع بحكم واحد إذا كان الخصوم قد قدموا طلباتهم في الموضوع

(2) الكيلاني، أسامة :**البطلان في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني دراسة مقارنه.**(رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية.نابلس.فلسطين.2008.ص21.

(3) ينظر: حكم محكمه التمييز الأردنية رقم 768/82 : مجلة نقابة المحامين الأردنيين .العدد 8-5 ، ص 1983.

بالنتيجة غير مقبوله شكلاً؛ مما لا يبقي لموكله فرصة لإقامة الدعوى أو الطعن مرة أخرى أمام القضاء بإجراءات جديدة وسليمة من الناحية الشكلية ويؤدي إلى تفويت الفرصة على الموكل في ذلك، ولا يتصور مناقشة مدى بذل عنايته؛ لأنه لم يباشر القيام بالعمل لقياس مدى العنايه التي بذلها، وبالنتيجة في حال ثبوت ذلك وتحقق الضرر، يكون المحامي مسؤولاً عن التعويض.

ولا يعفى المحامي من المسؤولية بالاحتجاج بأن موكله قد كلفه بإقامة الدعوى أو الطعن بعد انقضاء الأجل القانوني، لأنه سيكون حينها قد أخل بالتزامه المهني بأن يسدي المشورة القانونية الصحيحة بمهنية، عندما تعرض عليه هذه مسألة قانونية ولم يقدم النصيحة القانونية السليمة لطالبها وفقاً لأعراف مهنته ولائحة آدابها[1]، فطالب المشورة لا يعلم بالمدد القانونية كآجال السقوط والتقادم؛ فهو يلجأ للمحامي للقيام أعمال تخصصه ، فيكون بحاجة إلى النصح والتوجيه حول ما يجب فعله أي توجيهه لتحديد موقف نهائي بشأن الإقدام على أمر معين أو الإحجام عنه، فلا يعفى المحامي من مسؤوليته إلا إذا أثبت أنه قدم النصح والمشورة القانونية بمهنيه لطالبها، إلا أنه قد صمم على إقامة الدعوى خارج أجلها القانوني.

الفرع الثاني: أخطاء المحامي المرتبطة بإثارة الدفوع أثناء المحاكمة

إن حق التقاضي مكفول بموجب القانون الأساسي الفلسطيني [2]، فالمدعي يملك الحق في إقامة الدعوى وعلى المحكمة سماعها وبالمقابل يحق للمدعى عليه إثارة الدفوع لعدم سماع الدعوى أو لأي سبب يراه مناسباً، فالدفوع هي الضامن لتحقيق التوازن بين الخصوم بالدعوى وهي حق أساسي من حقوق الدفاع للخصم، ووسيلة للمدعى عليه للرد على الدعوى تمكيناً له من الاعتراض عليها أو على إجراءاتها وموضوعها[3]، فالمحكمة لا تنظر إلى الدعوى بمعزل عن الدفوع التي تعمل على تحديد محل الخصومة،

---

(1) تنص المادة (36): **لائحة آداب مهنه المحاماة الفلسطينيةلسنة 2016**"على المحامي أن يدافع عن موكله بكل أمانة وإخلاص وتفان، وأن يبذل كل جهد للحفاظ على حقوق موكله، ويكون مسؤولاً في حالة تجاوز حدود الوكالة أو خطئه المهني الجسيم. وعليه أن يصدق موكله القول، وأن يسدي له المشورة القانونية بمهنية "

(2) راجع نص المادة (30): **القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنه 2003.**

(3) تعرف **المادة (1631): مجلة الأحكام العدلية** الدفع بأنه:"الدفع هو الإتيان بدعوى من قبل المدعي عليه تدفع دعوى المدعي مثلاً إذا إدعى أحد من جهة القرض كذا قرشاً وقال المدعى عليه أنا كنت أديت ذلك أو أنك أبرأتني من ذلك أو كنا تصالحنا أو ليس هذا

فهي التي تحدد للقاضي المسائل التي يتعين عليه أن يبحثها للفصل في الدعوى، إذ يكون على القاضي أن يقلص بحثه بخصوص الدفوع على المسائل التي يثيرها الخصوم والمسائل المتعلقة بالنظام العام.

"وتنقسم الدفوع بين الدفوع الموضوعية، والدفوع الشكلية، والدفوع بعدم القبول، وتعرف الدفوع الموضوعية بأنها :"الدفوع التي توجه إلى ذات الحق المدعى به كأن يدفع بإنكار وجود الحق أو يدعي سقوطه أو انقضائه، وهي تشمل كل دفع يترتب على قبوله رفض طلب المدعي كلياً أو جزئياً لهذا فهي لا تخضع للحصر ومن أمثلتها: الدفع بانقضاء الدين بالوفاء أو الإبراء، والدفع ببطلان العقد، والدفع بالصورية، ودفع بعدم التنفيذ، والدفع بالوفاء بجزء من الدين مما يعني المنازعة في مقدار الحق"[1].

"أما الدفوع الشكلية أو الإجرائية فتعرف بأنها:" الدفوع التي توجه إلى الخصومة أو إلى بعض إجراءاتها دون التعرض لذات الحق المدعى به أو المنازعة فيه، سواء من حيث طريقة رفعها، أو السير فيها، أو الاختصاص بها، بقصد استصدار حكم يؤدي إلى تأخير الفصل في الدعوى، أو ينهي الخصومة فيها قبل الدخول فيها، فهذه الدفوع تقوم على إثارة عيوب الإجراءات القضائية في الدعوى دون الخوض في موضوعها وإصدار حكم به"[2].

أما الدفوع بعدم القبول فهي تتعلق بالحق في رفع الدعوى فتقوم على أساس عدم أحقية المدعي في رفعها، فيقوم المدعى عليه بإنكارها لعدم توافر أحد الشروط التي يتطلبها القانون لقبول هذه الدعوى، فيطلب الخصم من المحكمة في هذا الدفع الامتناع عن سماع الدعوى من خصمه على سند من القول: بأنه لا

المبلغ قرضاً بل هو ثمن المال الفلاني الذي كنت قد بعته لك أو أن فلاناً قد حولني عليك بمطلوبي منه كذا درهماً وأنت دفعت لي المبلغ المذكور يكون قد دفع دعواه، وكذلك إذا أدعى أحد على أخر بقوله: أنت كنت كفلت مطلوبي الذي في ذمه فلان كذا درهم وقال المدعى عليه: أن المدين قد إدعى ذلك المبلغ يكون قد دفع دعوى المدعي، وكذلك لو إدعى أحد منتركة الميت كذا درهم وأثبت دعواه بناءً على إنكار الوارث بعد ذلك أن المتوفي كان قد أدى هذا المبلغ أو أن الدائن قد أبرأه من حال حياته بكونهقد دفع دعوى المدعي.

(1) محيسن، إبراهيم حرب: **النظرية العامة للدفوع المدنية "دراسة مقارنة**.دون ط: دار الفلاح للنشر والتوزيع.عمان.الأردن.2007. ص20.

(2) عبد التواب، معتب: **الدفوع المدنية والتجارية**. ط4: مطبعة الأنصار لطباعة الأوفست.2000.ص53

حق لخصمه في رفعها ومثالها: إنعدام الخصومة في رفعها ،وعدم رفع الدعوى على جميع من يجب اختصامه فيها، أو تخلف الصفة أو المصلحة فيها، أو عدم توافر شرط من شروطها كانعدام أهلية أو نقصها، أو سبق الفصل في موضوعها، أو لسبق الاتفاق على إحالتها للتحكيم أو لرفع الدعوى في غير المناسبة أو الميعاد المحدد كمرور الزمن لسماع الدعوى، "وغيرها من الحالات التي يقضي بها القانون بعدم جواز نظر الدعوى أو سماعها، هذا الدفع ليس دفعاً شكلياً لأنه لا يتعلق بالإجراءات وليس دفعاً موضوعياً لأنه لا يتعلق بالحق المدعى به"[1].

"ويشار بهذا الصدد إلى أن الدفوع كما تم تبيانها سواء كانت موضوعية أو شكلية أو دفوع بعدم القبول يجب إثارة بعضها قبل الدخول في أساس الدعوى إبتداءً تحت طائلة سقوط الحق في بعضها فبمجرد الدخول في أساس الدعوى، وينحصر دور المحكمة في البحث في الدفوع التي أثارها الخصوم إبتداءً والدفوع المتعلقة بالنظام العام فقط"[2].

تأسيساً على ما سبق يستنتج الباحث بإن على المحامي أثناء إجراءات المحاكمة وباعتباره يبذل عناية المهني المختص في مجال عمله أن يثير سائر الدفوع بالدعوى في الوقت والطريقة الصحيحة وفقً للأصول والقانون، ففي بعض الأحيان قد يقع بخطأ ينتج عنه ضرر لموكله جراء عدم التعرض لهذه الدفوع، فقد يفوت فرصة إثارة دفع من شأنه أن يؤثر في سير الدعوى، الأمر الذي يستتبع مساءلته مدنياً وهو ما يطلق عليه الفقهاء خطأ الامتناع أو خطأ الترك أو الإهمال"[3]، ولبيان مدى اعتبار خطأ المحامي في إثارة هذه الدفوع خطأً جسيماً يستوجب التعويض للمتضرر يتوجب علينا دراسة ما يلي:

---

(1) التكروري، عثمان: **مرجع سابق**. ص 518.

(2) تنص المادة (92): **قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001** " الدفع بعدم الاختصاص لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها أو لسبق الفصل فيها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى"

(3) طه، شعبان احمد: **مرجع سابق**. ص39 .

أولاً- الدفوع غير المتعلق بالنظام العام:

"ألزم قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني الخصوم بإثارة دفوعهم قبل الدخول في أساس الدعوى، فقد جاء بنص بالمادة (89) منه: "يجب على الخصوم تقديم طلباتهم ودفوعهم مرة واحدة قبل الدخول في أساس الدعوى"[1]، "كما جعل المشرع الفلسطيني لزاماً على المدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى استنادا ًإلى أي سبب يؤدي لعدم قبول الدعوى قبل الدخول في الأساس"[2]، "وفيما يتعلق بالدفوع الشكلية كالدفع بعدم الاختصاص المكاني، أو الدفع بعدم القبول، أو بإحالة الدعوى لمحكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها وللارتباط بها، والدفع بالبطلان وأي دفوع متعلقة بالإجراءات يجب إثارتها معاً قبل إبداء أي طلبات أو دفوع بالدعوى، تحت طائلة سقوط الحق فيما لم يثار منها"[3].

تقسم الدفوع الشكلية الواردة في صريح نص المادة سالفة الذكر والدفوع بعدم القبول إلى قسمين، القسم الأول: لا يؤثر إثارتها من عدمه على الحكم الفاصل في الدعوى مثل: الدفوع المتعلقة بالإختصاص المحلي، والدفع بسبق وجود شرط التحكيم[4] ، وغيرها من الدفوع التي علق المشرع الفلسطيني إثارتها على الخصوم قبل الدخول في أساس الدعوى، فالمحكمة لا تملك التصدي لهذه الدفوع وإثارتها من تلقاء نفسها، فقد جعلها المشرع الفلسطيني معلقه على إثارة الخصم في مراحل معينة من الدعوى.

---

(1) ينظر نص المادة (89) : **قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001.**

(2) تنص المادة(90): **قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001** "يجوز للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى استناداً إلى أي سبب يؤدي لعدم قبولها قبل الدخول في الأساس، ويكون القرار الصادر برد الطلب أو قبوله قابلاً للاستئناف".

(3) تنص المادة (91): **قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة (2001)**"1-الدفع بعدم الاختصاص المحلي، والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط، والدفع بالبطلان، وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب إبداؤها معاً قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها.

(4) تنص المادة(7/أ): **قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنه(2000)** .المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية .العدد رقم(33) .بتاريخ2000/6/30."إذا شرع أحد أطراف التحكيم في إتخاذ أي إجراء قانوني أمام أية محكمة ضد الطرف الأخر بشأن أمر تم الاتفاق على إحالته إلى التحكيم فيجوز للطرف الآخر قبل الدخول في أساس الدعوى أن يطلب من المحكمة وقف ذلك الإجراءوعلى المحكمة أن تصدر قراراً بذلك إذا اقتنعت بصحة اتفاق التحكيم".

أما القسم الثاني: هي الدفوع الشكلية والدفع بعدم القبول التي يؤثر التمسك بها على تغيير مجريات الدعوى بشكل يؤثر على نتيجة الحكم الفاصل بها، ومن الأمثلة عليها: الدفع بعدم قبول الدعوى لعلة مرور الزمن (التقادم) الذي لم ينص عليه قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية كدفع شكلي يجب إثارته قبل إي دفع بالدعوى كونه غير متعلق بالنظام العام[1]، وإنما يعود بذلك للقواعد العامة في مجلة الأحكام العدلية[2]، وأكد على هذا القضاء الفلسطيني في حكم صادر عن محكمة النقض الفلسطينية والذي جاء فيه: "بأن الدفع بالتقادم هو من دفوع عدم القبول التي تقررت لمصلحة الخصوم في الدعوى ولا تتعلق بالنظام العام، ويجب على المدعى عليه إثارته قبل الدخول في أساس الدعوى فإن لم يفعل سقط حقه في التمسك فيه ولا يجوز للمحكمه إثارته من تلقاء نفسها"[3].

ويرى الباحث بأن عدم إثارة الدفوع التي لا تتعلق بالنظام العام والتي لا تؤثر في نتيجة الحكم الفاصل بالدعوى أو من مجريات سيرها مثل: الدفع بعدم الاختصاص المكاني، وسبق وجود شرط التحكيم وخلافها، ما دامت لا تؤثر على الحكم الفاصل في الدعوى، فهي بالنتيجة لا تلحق أي ضرر سواء تم إثارتها من عدمه؛ فهي في هذه الحالة تغدو دون أثرٍ لا يشكل خطأ يستتبع معه مساءلة المحامي مدنياً.

---

(1) الحديث هنا عن التقادم في المسائل الحقوقية، في حين أن التقادم في المسائل الجزائية يتعلق بالنظام العام دائماً، أكان من حيث وجوده أم من حيث التمسك به، وبالتالي فإنه يتوجب على المحكمة أن تثيرة من تلقاء نفسها، حتى وإن لم يتمسك به أحد الخصوم، وفي حال أغفلت المحكمة ذلك وأصدرت الحكم يترتب على هذا الحكم البطلان. أنظر: الحلبي، محمد علي السالم عياد والزعنون سليم:**شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني**.دون رقم ط. القدس.فلسطين: دار الفكر.2002.ص103.

(2) تنص المادة (1674) : **مجلة الأحكام العدلية** "لا يسقط الحق بتقادم الزمن بناءًعليه إذا أقر وأعترف المدعى عليه صراحة وفي حضور القاضي بأن للمدعى عنده حقاً في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزمن بالوجه الذي ادعاه المدعي فلا يعتبر مرور الزمن ويحكم بموجب إقرار المدعى عليه، أما إذا لم يقر المدعى عليه بحضور القاضي وادعى المدعي بكونه أقر في محل آخر كما لا تسمع دعواه الأصلية كذلك لا تسمع دعوى الإقرار ولكن الإقرار الذي أدعي أنه كان قد ربط بسند حاو لخط المدعى عليه المعروف سابقاً أو ختمه ولم يوجد مرور الزمن من تاريخ السند إلى وقت الدعوى تسمع دعوى الإقرار على هذه الصورة ".

(3) قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2009/377 الصادر بتاريخ 2010/3/7. وبذات السياق قضت محكمة التمييز الأردنية رقم 74/236 ص 363 لسنه 1975. "يجب إبداء الدفع بعدم سماع الدعوى لإنقضاء مدة التقادم قبل أي دفع إجرائي أخر أو طلب أو دفاع في الدعوى وإلا سقط الحق فيه". للمزيد أنظر : نجاجرة، محمد: **الدفع بعدم القبول في الدعوى المدنية**.(رسالة ماجستير غير منشورة). جامعه القدس 2017 .القدس–فلسطين.ص 37.

ثانياً- الدفوع المتعلقة بالنظام العام:

"تنص المادة (92) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني بأن: "الدفع بعدم الاختصاص لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها أو سبق الفصل فيها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز الدفع به بأي حالة كانت عليها الدعوى"[1]، وهذا الدفوع تدور في نطاق الدفوع الشكلية والدفوع بعدم القبول: الدفوع المتعلقة بالصفة أو المصلحة أو الخصومة والدفوع المتعلقة بالجهالة في لائحة الدعوى أو وكالة المحامي الخصم أو عدم الاختصاص أو نوع الدعوى وسبق الفصل بها والتي تملك المحكمة إثارتها من تلقاء نفسها وبأي حالة كانت عليها الدعوى.

ويتجلى التساؤل هنا إذا ما كانت الدفوع في الدعوى تؤثر في الحكم الفاصل بها وتتعلق بالنظام العام فإن لم يدفع المحامي بهذه الدفوع وأغفلت المحكمة إثارتها، مما أدى إلى صدور حكم فاصل بالدعوى واكتسب الحكم الدرجة القطعية بحيث أصبح عنوان للحقيقة فهل يسأل المحامي مدنياً عن هذا الخطأ؟

وعليه يرى الباحث أن المحامي يكون مسؤولاً إذا ما أصاب موكله الضرر نتيجة عدم إثارة هذه الدفوع التي تؤثر في الحكم الفاصل بالدعوى والتي كان لزاماً عليه إثارتها حتى ولو أغفلتها المحكمة إذا لم يكن من الممكن الطعن بالحكم الصادر بهذه العلل بأي طريقة من طرق الطعن العادية وغير العادية مثل: إعادة المحاكمة[2] أو مخاصمة القضاة باعتبارها أخطاءً جسيمة لا يمكن تداركها"[3]، ورفع الضرر الواقع نتيجة هذا الخطأ فهو يبذل عناية المختص المعتاد الذي يكون متخصصاً في مجال مهنته ويفترض به الإلمام بها

---

(1) نص المادة (92): **قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة(2001).**

(2) تنص المادة (251): **قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة (2001)** "يجوز للخصوم الطعن بطريق إعادة المحاكمة في الأحكام النهائية في إحدى الحالات الآتيه: 1. إذا تم الحصول على الحكم بطريقة الغش أو الحيلة 2. إذا بني الحكم على مستند تم بعد صدوره إقراربتزوير أو قضي بهذا التزوير 3. إذا بني الحكم على شهادة شاهد قضي بعد صدورة بزورها 4. إذا حصل بعد صدور الحكم على أوراق لها تأثير في الحكم كان خصمه قد أخفاها أو حمل الغير على إخفائها 5. إذا قضي الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثرمما طلبوه 6. إذا كان منطوق الحكم مناقضاً بعضه لبعض".

(3) تنص المادة (153): **قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة (2001)**"يجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة في الحالتين الآتيتين: 1- إذا وقع من القاضي أو عضو النيابة العامة في عملهم غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم لا يمكن تداركه. 2- في الأحوال الأخرى التي يقضي فيها القانون بمسؤولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات".

وفي حالة الدعوى التي بين يديه؛ فقد أوكلت إليه مهمة متابعة الدعوى بإتخاذ اللازم بصفته المهنية بناءً على العلاقة القانونية التي تربطه بموكله بموجب الوكالة الممنوحة له والقوانين ذات العلاقة؛ فيكون بهذه الحالة قد ارتكب خطأً جسيماً لا يمكن تداركه ويستوجب مساءلته مدنياً عنه.

الفرع الثالث: خطأ المحامي في تقديم البينات المتعلقة بالدعوى وتفويت فرصة تقديمها

تمر الدعاوى بمختلف أنواعها بعدة مراحل حتى يصار إلى إصدار الحكم النهائي بها، ولعل أهمها هي مرحلة البينات والتي تعد جوهر الدعوى، ففيها يتم تأكيد وجود الحق المتنازع فيه "فالحق الذي لا دليه عليه هو والعدم سواء؛ فالدليل هو الذي يظهره ويجعل صاحبه يستفيد منه، فالقاضي لا يقضي بالحق المدعى به إلا إذا ثبت أمامه الدليل الذي رتبه القانون فيتخذ موقفاً سلبياً إزاء الخصوم مكتفياً بتمحيص ما يقدمه الخصوم من بينات"[1]، ونظراً لأهمية قواعد الإثبات على سير الخصومة في الدعوى، فقد حدد المشرع الفلسطيني طرق وقواعد عبء الإثبات فيلزم أطراف الدعوى عند ممارسة الحق في الإثبات التقيد في هذه القواعد الموضوعية، فقد حدد طرق الإثبات على سبيل الحصر وهي: الأدلة الكتابية، الشهادة، القرائن، الإقرار، اليمين، المعاينة، الخبرة"[2].

"أما مسألة عبء الإثبات والتي تعتبر من أهم ما جاء في تنظيم الخصومة في الدعوى، فقد وضع المشرع الفلسطيني على عاتق المدعي إثبات صحة الدعوى وإثبات خلاف الأصل العام ببراءة الذمة فعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبته"[3]، "وبذات السياق في الدعاوي الجزائية فكل متهم بريء حتى تثبت إدانته"[4]؛

---

(1) نشأت أحمد: **مرجع سابق**.ص 29

(2) نص المادة (7): **قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم4 لسنة 2001**. المنشورفي جريدة الوقائع الفلسطينية، العدد38 بتاريخ 2001/9/5 .

(3) تنص المادة(2): **قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم(4) لسنة (2001)** "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه" وأيضاًتنص المادة (9): **مجلة الأحكام العدلية** "الأصل براءة الذمة فإذا أتلف رجل مال آخر واختلفا في مقداره يكون القول للمتلف والبينة على صاحب المال لإثبات الزيادة". للمزيد انظر: مشاقي، حسين: البيان في شرح قانون البينات في المواد المدنية والتجاريةرقم4 لسنة 2001. ط1: نابلس.فلسطين .2008.ص45.

(4) تنص المادة (14):**القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنه 2003** " المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، وكل متهم في جناية يجب أن يكون له محام يدافع عنه

"فالنيابة العامة هي التي يقع على عاتقها عبء إثبات التهمه الموجة للمتهم وتكلف بربطه بعناصر الجريمة المسندة إليه"[1]، فإذا عجز من يتحمل عبء الإثبات عن إقامة الدليل على ما يدعيه فإن الحكم يصدر لصالح خصمه حتى ولو لم يقدم هذا الأخير دليلاً كافياً[2].

وبناءً عليه فإن الإثبات ينصب على الوقائع القانونية"[3]، والتي يجب أن تتضمن عدة شروط لتصلح لوزن البينة، إذ يجب أن تكون متعلقة بموضوع الدعوى المنظورة ومنتجة فيها ومن جائز قبولها[4]؛ فلا يجوز إثبات واقعة متعلقة بدعوى أخرى وذلك لخلوها من الفائدة، ولا يكفي أن تكون الواقعة متعلقة بالحق المطالب به، وإنما يجب أن تكون منتجة في الإثبات بمعنى أن يؤدي إثباتها إلى قيام الأثر القانوني وأن تصل إلى قناعه القاضي بأحقية ما يدعي به، فإن لم تكن للواقعة ثمة تأثير في إقناع القاضي، فلا تصلح أن تكون محلاً للإثبات ولو تعلقت بموضوع الدعوى"[5].

كما يشترط أن تكون الواقعة مقبولة عقلاً وقانوناً، فلا يجوز إثبات واقعة مستحيلة أو غير قابلة للإثبات بطبيعتها كونه لا التزام إلا بما هو مستطاع، ويشترط أيضاً أن لا يمنع القانون إثباتها لأسباب تتعلق بالنظام العام مثل: إفشاء أسرار المهنة، أو سبب اقتضته ضرورة للصياغة الفنية كما هو في القرائن

---

(1) أبو عفيفة، طلال : **الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني**. ط1. عمان. المملكة الأردنية الهاشمية: دار الثقافة للنشر والتوزيع .2011.ص338-341.

(2) أبوعمرو، مصطفى وسعد، نبيل: **الإثبات في المواد المدنية والتجارية**.الطبعة 1. بيروت.لبنان : منشورات الحلبي الحقوقية .2011.ص35.

(3) الواقعة محل الإثبات في معناها العام قد تكون واقعة طبيعية أو واقعة اختيارية والواقعة الطبيعية تحدث دون تدخل من إرادة الإنسان كهبوب العواصف وانفجار البراكين والزلازل ووفاة شخص وفاه طبيعية .أما الواقعة الإختيارية فهي تحدث بفعل الإنسان ، وهي تكون إما أعمال مادية أو أعمال قانونية، فاما الأعمال المادية فتلك التي يأتيها الإنسان إما دون قصد ترتيب آثارها القانونية عليها كارتكاب الشخص لفعل ضار كمن يصدم الغير بسيارته وإما مع قصد ترتيب آثارها القانونية عليها كقيام الشخص بوضع يده على شيء مملوك لغيره بقصد تملكه، أما الأعمال القانونية فهي إفصاحللإرادة بقصد إحداث أثر قانوني أي بقصد إدخال تعديل على التنظيم القانوني القائم وقد يكون من نتيجته إنشاء مراكز قانونية جديدة أو تعديل أو إنهاء مراكز قانونية موجودة هذا العمل القانوني هو ما يطلق عليه فقه القانون الخاص اصطلاح التصرف القانوني وبناءً عليه فإن محل الإثبات لا يعدو أن يكون تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية وكل من التصرف القانوني والواقعة المادية يعدان هي التي تكون محوراً ومحلاً للإثبات. أنظر: **أبوسعود، رمضان: مرجع سابق. ص105.**

4 تنص المادة(3) : **قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم4 لسنة 2001**" يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزاً قبولها".

(5) زبيدات، ياسر: **شرح قانون البينات في المواد المدنيةوالتجارية رقم4لسنة 2001**.ط1. القدس.فلسطين:جامعة القدس.2010. ص62

القانونية القاطعة، وعلية فلا يجوز أثبات عدم صحة حكم قضائي قطعي لمخالفة ذلك "حجية الأمر المقضي فيه"[1]، فإذا لم تكن كذلك لا يساعد إثباتها في الفصل بالدعوى، فلا محل لتحقيقها وتقدير ذلك متروك للقاضي"[2].

ويطرح هنا التساؤل الاتي ما مدى تعلق قواعد الإثبات في النظام العام ومسؤولية المحامي عنها؟

تنقسم قواعد الإثبات من حيث تعلقها بالنظام العام إلى: "قواعد إجرائية، وموضوعية ، فتعرف القواعد الإجرائية بأنها: القواعد التي تتبع من سلوك طريقة الإثبات وتوضح طريقة الدليل أمام القضاء للاستدلال به بوصفه دليلاً في الإثبات وهي تتعلق بنظام التقاضي"[3]؛ فقد وضعها المشرع لخدمة العدالة وتحقيقها ويرسم على هديها إجراءات التقاضي، فيلتزم بها" الخصوم والقضاة على حد سواء، فلا يستطيع الخصوم فرض إجراءات أخرى على المحكمة لم ينص عليها القانون، ولا تملك المحكمة تطبيق قواعد غير مقررة في التشريع؛ وبناءً على ذلك تعد هذه القواعد من النظام العام لتعلقها بنظام التقاضي"[4].

أما القواعد الموضوعية: "هي القواعد التي تحدد طرق الإثبات المختلفة وقيمة كل منها[5]، فهي فتضم القواعد التي لا تتضمن قيوداً على حرية الإثبات ولا تقرر ضمانات أساسية لحق الدفاع كما لا تتصل بسلطة القاضي في الإثبات كالقواعد التي تحدد عبء الإثبات، "وتلك التي تجيز الإثبات بشهادة الشهود في المسائل التجارية أو إذا كانت قيمة التصرف المدني لا تزيد عن مبلغ معين، أو إذا وجد مانع من الحصول على دليل كتابي ولو كانت قيمة التصرف تزيد على هذا المبلغ، فيجوز الاتفاق على مخالفة هذه القواعد"[6]؛ فقد وجدت هذه القواعد لحماية الخصوم، وتحديد مراكز المتقاضين في كل قضية من حيث حق

---

(1) عنبوسي، نور: **خصوصية إجراءات التقاضي في مرحلتي تبادل اللوائح وتقديم البينات وفقاً لقانون التحكيم الفلسطيني رقم(3) لسنة 2000 دراسة مقارنة.**(رسالة ماجستير غير منشورة).جامعة النجاح الوطنية .نابلس.فلسطين.2020.ص80

(2) نشأت، أحمد: **مرجع سابق**.ص 33 .

(3) زبيدات، ياسر: **مرجع سابق**. ص28.

(4) أبو السعود، رمضان : **مرجع سابق**.ص14.

(5) القضاه، مفلح : **البينات في المواد المدنية والتجارية دراسة مقارنة**. ط1.عمان.المملكة الأردنية الهاشمية:**دار الثقافة للنشر والتوزيع**.2007.ص34

(6) أبو السعود، رمضان : **مرجع سابق**. ص15.

كل خصم وواجبه في إثبات الدعوى أو نفيها، وهذا ما أكد عليه حكم محكمة النقض الفلسطينية والذي جاء فيه :"ولما كانت البينات من حق الخصوم ولا يجوز للمحكمة التدخل بها لأنها لا تتعلق بالنظام العام إلا في الحالات التي ورد فيها نص صريح"[1].

ونظراً لخصوصية قواعد الإثبات يقع على عاتق المحامي بصفته المهنية ولكونه مختص في المجال القانوني العلم بالقواعد الناظمة لها في الدعوى، وبذل العناية لازمة بخصوصها سواء عند تقديمها للمحكمة أو عند الاعتراض عليها، فالقواعد الموضوعية في الإثبات لا تتعلق بالنظام العام ويجب عليه التمسك بما شرع لمصلحته منها، وإلا اعتبر متنازلاً عنها؛ فلا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض إذا ما كان بإمكان الخصم الاعتراض عليها عند تقديمها وسكت عنها أو أهملها، عملاً بأحكام القاعدة العامة بأن "الساقط لا يعود"[2]، و"السكوت في معرض الحاجة بيان"[3].

ومما سبق يرى الباحث بإن عدم بذل المحامي للعناية لازمه عند تقديم البينات أو الاعتراض عليها بالطريقة القانونية السليمة، قد يلحق الضرر بموكله، فيجب عليه أن تقدم البينات التي بحوزته للمحكمة بشكل يتفق مع أحكام القانون والأصول المتبعة، وبعكس ذلك تفقد هذه البينات قيمتها القانونية، وبالنتيجة تصبح غير صالحة لوزن البينة، ويقع على عاتقه الاعتراض على تقدم خصمه لبينة لا يجيز القانون تقديمها، فبعض البينات تكون مقبوله بالدعوى نظراً لطبيعة أو شكل البينة والأحكام والطرق الخاصة لإثباتها، إلا أن عدم إثارة الدفوع والاعتراضات عليها بالطريقة الصحيحة والسليمة، قد يؤدي إلى فقدان الحق بالاعتراض عليها ويحولها من بينة غير مقبولة إلى بينة مقبولة ومنتجة في الدعوى.

ولعل أبرز التطبيقات على هذه الأخطاء والتي نوردها على سبيل المثال لا الحصر ما يلي :"عدم حصر البينة الشفوية أو الكتابية المنوي تقديمها في الدعوى بالشكل الصحيح ؛ مما قد يترتب معه حرمان

(1) انظر: **حكم محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى الحقوقية**رقم 2014/971 الصادر بتاريخ 2017/12/19.

(2) تنص المادة (51): **مجلة الأحكام العدلية**" الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود".

(3) تنص المادة (67): **مجلة الأحكام العدلية** " لا ينسب إلى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان".

المحامي من تقديم البينات التي تخرج عن مضمون المذكرة[1]، "عدم تحديد الوقائع المراد إثباتها من خلال شهادة الشهود بالشكل الصحيح والمتفق مع القانون والواقع"[2]، فتظهر أهمية تحديد هذه الوقائع عند مناقشة الشاهد الحاضر فيلزم المحامي بأن تكون مناقشته في حدود الوقائع المحددة وبخلاف ذلك قد يفقد حقه بمناقشه الشاهد حول الوقائع التي لم يرد ذكرها أو تحديدها.

وفي ذات السياق فإن عدم إثارة الاعتراضات على البينات المخالفة للقانون المنوي تقديمها من قبل خصمه مثل: عدم الاعتراض على إثبات الدين المدني "الذي تزيد قيمته عن مائتي دينار أردني بشهادة الشهود"[3]، فإذا ما شرع أحد الخصوم بإثبات هذا الدين بشهادة الشهود وسكت الخصم الاخر عن إثارة حقه بالاعتراض عليه، تصبح الشهادة بهذه الحالة مقبولة إذا كانت متعلقة ومنتجه بالدعوى وتصلح حينها لوزن البينة.

"وأيضاً السكوت عن إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة المنسوبة لموكله عند الإطلاع عليها بالسند العرفي، أو مناقشة موضوع السند العرفي قبل إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة أو السكوت عنه"[4]؛ "فمناقشة موضوع السند العرفي بهذه الحالة أو السكوت عنه بعد الإطلاع عليه سيؤدي بالنتيجة إلى ضياع فرصة إنكاره"[5] ، "ويوقع المحامي في خطأ قد ينتج عنه ضرراً لموكله، وعدم

---

(1) تنص المادة (2/91) : **قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001**"..يتوجب على كل خصم حصر وتحديد بيناته التي يرغب في تقديمها حول المسائل المختلف عليها وتحدد المحكمة مواعيد الجلسات لسماع بينات كل منهما".

(2) تنص المادة (3/72): **قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم(4) لسنة (2001)**"على الخصم الذي يطلب الإثبات بشهادة الشهود أن يبين الوقائع التي يريد إثباتها كتابة أو يبديها شفاهة في الجلسة.

(3) تنص المادة (1/68): **قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم4 لسنة 2001** "في المواد غير التجارية إذا كان الالتزام تزيد قيمته على كائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في لإثبات وجوده أو إنقضائه، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

(4) تنص المادة (16): **قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم4 لسنة 2001** "1. يعتبر السند العرفي حجة على من وقعه ما لم ينكر ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة عند الإطلاع عليه، ويعتبر سكوته إقراراً بصحة ما نسب إليه 2. أما الوارث أو الخلف الخاص فلا يطلب منه الإنكار ويكفي أن يقرر بأنه لا يعلم أن الخط أو التوقيع أو البصمة هي لمن تلقى الحق منه".

(5) تنص المادة (17) : **قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم4 لسنة 2001** "من إحتج عليه بسند عرفي وناقش موضوعه، لا يقبل منه بعد ذلك إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة".

الاعتراض على صورة السند الخطية أو الفوتستاتية رغم عدم مطابقته للأصل، فقد أفترض المشرع الفلسطيني بأن الصورة دائماً ما تكون مطابقة للأصل ما لم ينازع بذلك أحد الخصوم، وعلق الاعتراض على صورة السند على منازعة أحد الخصوم"[1].

ويرى الباحث ونظراً لخصوصية قواعد الإثبات وعدم تعلق القواعد الموضوعية منها بالنظام العام وتركها للخصوم؛ فإنه يجب على المحامي بذل عناية لازمة عند ممارسة الحق في الإثبات سواء عند تقديم البينات أو الاعتراض عليها بالطرق القانونية الصحيحة، فعدم التمسك بها والفصل بالدعوى على إثرها، قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بالموكل إذا ما اكتسب الحكم الدرجة القطعية، فتفوت معه فرصة إقامة ذات الدعوى مرة أخرى أمام القضاء وتكتسب قوة الأمر المقضي به، فإذا نتج عن خطأ المحامي تفويت فرصة التقاضي وكسب الحق المتنازع عليه أو تجنب الخسارة عائد إلى خطأ المحامي في تقديم البينات والاعتراض عليها، ولم يقم ببذل العناية اللازمة، فيترتب بذمته التعويض عن الضرر الذي لحق بالمضرور، ولا يكون المحامي مسؤولاً عن هذا الضرر إذا بذل العناية المعتادة وكان الحكم بالدعوى سيكون بذات النتيجة دون الاعتبار إلى خطأ المحامي.

المطلب الثاني: تطبيقات خطأ المحامي الناتج عن الجهل بالقانون والإهمال والتقصير

نصت التشريعات الفلسطينية على بعض الالتزامات التي يتوجب على المحامي القيام بها أثناء ممارسته لعمله بكافه أشكاله ومراحله، سواء كان ذلك عند قيامه ابتداءً بتمثيل موكله في الدعاوي أو عند قيامه بسائر الأعمال القانونية الأخرى مثل: تقديم الاستشارات القانونية، وتنظيم العقود وسائر السندات القانونية الاخرى وغيرها، إذ يلتزم المحامي بأن يؤدي عمله بالطريقة الصحيحة، وأن ينظم السندات والعقود بشكل سليم، وأن يواظب على حضور جلسات المحاكمة، ويبذل العنايه اللازمة بهذا الخصوص، دون إهمال أو تقصير، وأن يحافظ على المستندات الثبوتية الخاصة بأعماله والمودعة إليه، وبخلاف ذلك فإن عدم التزامه

(1) نص المادة (12): **قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم4 لسنة 2001**"إذا كان أصل السند الرسمي موجوداً، فإن صورته خطية كانت أو فوتوستاتية أو غيرها، تكون لها قوة السند الرسمي الأصلي تعتبر الصورة مطابقة للأصل، ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين، وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل".

بما تفرضه تلك القوانين والأنظمة، قد يوقعه في خطأ يلحق نتيجته ضرراً بالغير، وقد يكن هذا الخطأ ناتجاً عن جهله بالنصوص القانونية والاجتهادات القضائية المتواترة التي تحكم العمل المكلف به، أو نتيجة إهماله وتقصيره في بذل العناية المطلوبة منه، وعليه سيتناول الباحث من خلال هذا المطلب بعض تطبيقات هذه الأخطاء على النحو الأتي:

الفرع الأول: خطأ المحامي الناتج عن الجهل بالقانون والاستقرار القضائي

من البديهي أن من يباشر مهنة معينة يجب أن يكن على قدر كافٍ من الإحاطة بقواعدها وأصولها وتقاليدها التي تمكنه من مزاولتها، وهو الأمر الذي ينطبق إذا ما نظرنا لمهنة المحاماة، إذ يلزم أن يتوفر بالمحامين القدر الكافي من المعرفة القانونية فضلاً عن معرفه أصول وتقاليد مهنتهم، إذا أنه وبخلاف هذا الأمر، فإن جهله بالنصوص القانونية والاستقرار القضائي المتواتر بالحد المفترض المعتاد به قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بعملائه، وسيقوم الباحث بسرد أهم التطبيقات على ذلك فيما يلي: الخطأ الناتج عن تقديم الاستشارات القانونية وتنظيم العقود المعيبة (أولاً)، الخطأ الناتج عن الجهل بالاستقرار القضائي (ثانياً).

أولاً- الخطأ الناتج عن تقديم الاستشارات القانونية وتنظيم العقود المعيبة:

يدخل ضمن مهنة المحاماة العديد من الأعمال ومنها: تقديم الاستشارات القانونية، وتنظيم العقود والسندات.

1- الخطأ الناتج عن تقديم الاستشارات القانونية:

"تعد الاستشارات القانونية من جملة الأعمال التي تشملها مهنة المحاماة ومن أهمها[1]، بحيث تعرف الاستشارة القانونية بأنها: "كل مشورة أو رأي يقدمه المحامي لمراجعيه أو موكليه بالمسألة التي تعرض أمامه، سواء كانت شفوية أو كتابية عند عزمه على إجراء تصرف قانوني أو رفع دعوى قضائية أو لتجنب

(1) تنص المادة(2):**قانون المحامين النظاميين الفلسطينين رقم (3) لسنة(1999) وتعديلاته**"المحاماة مهنة حرة تعاون السلطة القضائية في تحقيق العدالة وتأكيد سيادة القانون وفي كفالة حق الدفاع عن حقوق المواطنين وحرياتهم ويزاول المحامون وحدهم مهنة المحاماة، ولا سلطان عليهم في مزاولتهم إلا لضمائرهم وأحكام القانون. وتشمل أعمال مهنة المحاماة 2. تنظيم العقود والقيام بالإجراءات التي يستلزمها ذلك. 3. تقديم الاستشارات القانونية

نزاع محتمل الوقوع مستقبلاً"[1]، ويمكننا تعريفها بأنها: تحليل المسائل القانونية وتكييفها وتحديد وقائعها وتقديم الحلول القانونية السليمة لها، وقد تكون هذه الاستشارة قبل خوض غمار الدعوى، أو أثناء السير بها، أو من أجل القيام بأي تصرف قانوني.

وبناءً على ما سبق يتوجب على المحامي عند قيامه بتقديم الاستشارة القانونية، "أن يلتزم بتقديم النصح والإرشاد بمهنيه عاليه، بحيث يعد التزامه بذلك من الالتزامات الرئيسة الملقاة على عاتقه بصفته مهنياً متمرساً وصاحب تخصص واحتراف في ميدان القانون، فهو ملزم بأن يسدي لمراجعه أو موكله المشورة القانونية بمهنية، وأن يبذل كل الجهد في ذالك"[2]، سواء كانت تلك الاستشارة تتعلق بالقيام بتصرف قانوني معين، أو عند ارتباطها في دعوى معينه، فهو ملزم بإعلام متلقي المشورة بما يترتب عليه من نتائج وتطورات وللآجال المرتبطة بها إن وجدت، بحيث يعتبر مخطئاً في حال لم يقدم المشورة القانونية لموكله أصلاً في الدعاوي التي يمثله فيها، وإذ أن التزامه في هذا الصدد هو التزام بتحقيق نتيجة، فيقع عليه إثبات أنه أدى هذا الاستشارة، أو أن القوة القاهرة منعته من تقديمها"[3]، إضافة لأنه ملزم بالامتناع عن إعطاء أية استشارة لخصم موكله ترتبط بذات موضوع النزاع بمجرد قبوله للوكالة، "ويمتنع عن ذلك أيضاً بعد انتهاء وكالته"[4].

ونظراً لخصوصية الالتزامات التي تقع على عاتق المحامي أثناء القيام بعمله والصعوبات التي تحيط به، وبالأخص التزامه بتقديم النصح والإرشاد وتقديم المشورة القانونية السليمة، باعتباره التزاماً من أهم الالتزامات وأخطرها، فقد يؤدي الجهل بالنصوص القانونية أو عدم بذل العناية اللازمة إلى تقديم

---

(1) محمد، رايس. **مرجع سابق**.ص 272.

(2) تنص المادة (36): **لائحة آداب مهنة المحاماة الفلسطينية**. المنشورة في جريدة الوقائع الفلسطينية العدد (127). بتاريخ 2016\12\4."على المحامي أن يدافع عن موكله بكل أمانة وإخلاص وتفان، وأن يبذل كل الجهد للحفاظ على حقوق موكله، ويكون مسؤولاً في حالة تجاوزه حدود الوكالة أو خطئه المهني الجسيم. وعليه أن يصدق موكله القول، وأن يسدي إليه المشورة القانونية بمهنية".

(3) حسين، محمد عبد الظاهر :**مرجع سابق** .ص 341.

(4) تنص المادة (41): **لائحة آداب مهنة المحاماة الفلسطينية لسنه 2016** "لا يجوز للمحامي إعطاء رأي أو مشورة لخصم موكله في دعوى سبق له أن قبل الوكالة فيها، أو في دعوى ذات علاقة بها، حتى لو بعد انتهاء وكالته".

الاستشارات القانونية المعيبة، التي تؤدي إلى القيام بأعمال أو تصرفات مخالفه لأحكام القانون، مما تؤدي إلى إلحاق الضرر بمتلقي هذا المشورة الخاطئة، فهل تقوم مسؤولية المحامي المدنية في حال تقديمه لاستشارة قانونية معيبة بجميع الحالات؟

لقد نص التشريع الأردني صراحة على انعدام المسؤولية المدنية للمحامي عن الاستشارات القانونية التي تصدر عنه بحسن نيه، فقد نصت المادة (39) من قانون نقابة المحامين النظاميين بأنه : " للمحامي أن يسلك الطريق التي يراها ناجحة في الدفاع عن موكله ولا يكون مسؤولاً عما يرد في مرافعته كتابة أو شفاهة مما يستلزم حق الدفاع، كما لا يكون مسؤولاً عن الاستشارات التي يعطيها عن حسن نيه"[1]، "فلا يكون المحامي في الأردن مسؤولاً عن الأخطاء التي يرتكبها بحسن نية في تقديمه للاستشارات القانونية؛ وذلك لأن متلقيها غير ملزم بإتباعها مطلقاً، فمسؤوليته عن الاستشارات القانونية لا تقوم إلا في حال الغش أو الخداع أو الإهمال الجسيم"[2].

أما التشريع الفلسطيني لم يعفِ المحامي من المسؤولية عن الاستشارات القانونية المعيبة سواء صدرت عنه بحسن نية أو بسوء نيه، فقد جاء قانون نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين خالياً من النص على انعدام مسؤولية المحامي في جميع الأحوال، وذلك على خلاف التشريع الأردني الذي اقتصرها على تقديم الاستشارة بسوء نية، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (20/1/أ) منه بأن المحامي: "لا يكون مسؤولاً عما يورده في استشارته أو مرافعته كتابة أو شفاهه مما يستلزم حق الدفاع أو الاستشارة "[3]؛ فالمقصود من هذا النص هي الألفاظ التي يستخدمها المحامي لصياغة المشورة القانونية أو المرافعة دون أن يمتد إلى الخطأ في تقديم الاستشارة القانونية، سواء كان بحسن نية أو بسوء نية أو الناتج عن الجهل بالنصوص

(1) انظر نص المادة (39) : **قانون نقابة المحامين النظاميين الأردني رقم(11) لسنة 1972**. المنشور بالجريدة الرسمية الأردنية. العدد 2357. بتاريخ 1972/6/5.

(2) ولد علي، سائدة: **مسؤولية المحامي المدنية عن الإخلالة بواجباته المهنية: موضوعاً وإجرائيا في ظل النظام التشريعي الفلسطيني دراسة مقارنه.**(رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية.نابلس.فلسطين.2015.ص85.

(3) انظر نص المادة (20/1/أ) : **قانون المحامين النظاميين الفلسطينين رقم (3) لسنة(1999) وتعديلاته.**

القانونية أو عدم بذل العناية اللازمة، الأمر الذي يسمح بتوقيع الجزاء ضد المحامي في حال إخلاله بهذا الالتزام، وتقديم الاستشارة القانونية بشكل معيب يؤدي إلى إلحاق الضرر بمتلقيها، فتقديم الاستشارة القانونية والنصح والإرشاد مهمة مقتصرة على المحامين دون سواهم" [1].

ويستنتج الباحث مما سبق بأن المحامي ملزم بتقديم الاستشارة القانونية لمتلقيها سواء كان من موكليه أو من الغير بناءً على أساس قانوني سليم، فواجب النصح والإرشاد مرتبط بأعماله في جميع الأحوال، وخاصة في الدعوى التي يكون وكيلاً فيها، بحيث يمتد هذا الواجب لما قبل إقامتها وقيام العلاقة مع الموكل، وأثناء السير بها بمقتضى الوكالة بالخصومة وحتى بعد انتهائها، فهو ملزم بإطلاع موكله على ما ستؤول إليه الدعوى أو تصرفه القانوني إعلامه بالإجراءات القانونية التي ستتبعها، والمدد المرتبط بها وأجل ممارسة الدعوى أو التصرف القانوني، والآثار المترتبة عليه، وجزاء عدم ممارسة الحق بها، فإذا قصر في الوفاء بهذا الالتزام ولم يبذل العناية اللازمة فيها وقدم مشورة قانونية غير سليمة؛ فإنه يكون قد ارتكب خطأيترتب عليه التعويض إذا تضرر متلقيها من جراء هذا التقصير"[2].

2-خطأ المحامي في تنظيم وتحرير العقود والسندات القانونية.

"يدخل في ضمن أعمال مهنة المحاماة تنظيم وتحرير العقود والسندات القانونية باختلاف أنواعها وأشكالها[3] مثل: تنظيم عقود البيع، والإيجار، والرهن، والوكالات بمختلف أنواعها، والقيام بالإجراءات اللازمة لها، وتنظيم عقود تأسيس الشركات بمختلف أنواعها وأنظمتها الداخلية الخاصة"[4]؛ "فيلتزم المحامي

(1) رايس، محمد: **مرجع سابق**.ص273.

(2) جواهر، وفاء: **مرجع سابق** ص 48.

(3) راجع نص المادة (2): **قانون المحاميالنظاميين الفلسطيني رقم (3) لسنة (1999) وتعديلاته.**

(4) تنص المادة (5/20) : **قانون المحامين النظاميين الفلسطيني رقم(3) لسنة (1999) وتعديلاته**"لا يجوز أن يسجل لدى الدوائر المختصة أو أي مرجع رسمي عقد أو نظام أي شركة إلاّ إذا نظم وذيل بتوقيع أحد المحامين المزاولين".

عند قيامه بهذه الأعمال بأن تكون هذه المحررات التي نظمها صحيحةً ونافذةً ومستوفياً لأركانها الموضوعية وشرائطها الشكلية الخاصة، بحيث يعد التزام في هذا الصدد تحقيق غاية"[1].

وبناءً عليه فإن المحامي يعد مرتكباً لخطأ مهني في حال نظم العقود والسندات القانونية بشكل معيب، سواء كان ذلك متعلقاً بأركانها الموضوعية الأساسية، أو أنها كانت غير نافذة من الناحية القانونية"[2]، ونورد بعض الأمثله بهذا الخصوص على سبيل المثال لا الحصر: "تنظيم عقد بيع أو عقد إيجار أو عقود المغارسة على قطع أرض تمت عليها أعمال التسوية خارج دوائر تسجيل الأراضي الرسمية ودون توثيقها وتسجيلها بالشكل الذي يتطلبه القانون"[3]، أو تنظيم عملية بيع مركبة خارج الدوائر المختصة وفقاً لأحكام القانون"[4].

ونجدر الإشارة لموقف القضاء الكويتي بهذا الصدد، فقد قررت المحكمة العليا الكويتية:"تقوم مسؤولية الموثق ويلتزم بالتعويض في حال عدم قيامه بدوره القانوني والإيجابي المتمثل في التأكد من صحة العقود الموثقة، ونصح وإرشاد الطرفين بما يحقق انسجام اتفاقاتهما والقوانين السارية"[5] ويقترح الباحث على القضاء الفلسطيني السير على هذا الخطى.

يرى الباحث بأن المحامي ملزم عند تنظيمه للعقود والسندات بمختلف أنواعها والقيام بما يتبعها من إجراءات في أن تكون مستوفيه لأركانها الموضوعية وفي الشكل القانوني الصحيح، فيكون التزامه بهذا

---

(1) ولد علي، سائده: **مرجع سابق**.ص86.

(2) الأحدب، عبد الحليم: **مسؤولية المحامي المهنية المدنية و الجزائية**. المؤتمر السنوي لكلية الحقوق . كتاب: المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين(ج2). بيروت: منشورات الحلبي.2000. ص 79. نقلاً عن: ولد علي، سائدة: **مرجع سابق**. ص84.

(3) تنص المادة (3/16) **قانون تسوية الأراضي المياة الأردني** رقم (40) لسنة 1952. المنشور بالجريدة الرسمية الأردنية. العدد 1113. بتاريخ 1952/6/16.

(4) تنص المادة (17)**:قانون المرور الفلسطيني رقم (5) لسنة 2000**. المنشور "على مالك المركبة في حالة بيعها أو إجراء أي تصرف بنقل ملكيتها للغير أن يبلغ ذلك كتابة إلى سلطة الترخيص خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ البيع أو التصرف الناقل للملكية مبيناً أسم المالك الجديد وعنوانه، وتستمر مسؤولية المالك الأصلي فيما يختص بتنفيذ أحكام هذا القانون إلى أن يتم نقل ملكيتها"

(5) قرار المحكمة العليا الكويتية الصادر بتاريخ 2006/10/13:مجلة المحكمة العليا، عدد2 ،2008.

النطاق تحقيق الغاية التي يرجوها أطراف هذا السندات؛ فقد ألزمته لائحة آداب مهنة المحاماة الفلسطينية بصريح المادة (41) منا والتي جاء فيها: "يجب على المحامي عند تحريره للعقود والأنظمة وسائر المحررات القانونية أن يحررها بلغة قانونية واضحة، كما يمنع عليه تحرير العقود المخالفة للقانون والنظام العام"[1]، فعدم إلتزامه بذلك يكون مسؤولاً بالتعويض عن الضرر الذي يلحق بالمتضررين جراء إستعمال هذه العقود والسندات.

ثانياً- خطأ المحامي الناتج عن الجهل بالاستقرار القضائي:

يواجه القاضي عند نظر النزاع المعروض أمامه العديد من المعيقات منها: "عدم وجود النصوص القانونية التي تنظم المسألة موضوع الدعوى أو غموضها، فيعتبر بهذه الحالة الاجتهاد الحل الذي تلجأ إليه الجهات القضائية بالدعوى المعروضة أمامها، فقد ألزم المشرع الفلسطيني على القاضي الفصل بالدعوى دون الالتفات لعدم وجود النصوص القانونية الصريحة، حيث يفترض في القاضي المعرفة الواسعة والإلمام والقدرة على التحليل وتفسير النصوص حتى يصل لتحقيق العدالة والفصل بموضوع الدعوى، فلا يجوز له الامتناع عن إصدار حكم في الدعوى بسبب عدم وجود نص قانوني أو غموضه"[2]؛ وذلك تحت طائلة اعتباره منكراً للعدالة.

ويتجلى هنا التساؤل التالي: هل يعتبر جهل المحامي بالاجتهادات القضائية خطأ يستوجب معه مساءلته مدنياً إذا ما الحق ذلك ضرراً بموكله وفوت عليه فرصة تجربه حظه أمام القضاء، خاصة في البلدان التي تتبع النظام اللاتيني، وهو المتبع لدينا في فلسطين، والتي تعتبر فيه السوابق والاجتهادات القضائية غير ملزمه لقاضي الموضوع عند الفصل بالنزاع؟

---

(1) تنص المادة (41): **لائحة آداب مهنة المحاماة الفلسطينية لسنة 2016**"يجب على المحامي عند تحريره للعقود والأنظمة وسائر المحررات القانونية أن يحررها بلغة قانونية واضحة، كما يمنع عليه تحرير العقود المخالفة للقانون والنظام العام".

(2) تنص المادة(164): **قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001** "لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن إصدار حكم في دعوى منظورة أمامها بسبب عدم وجود نص قانوني أو غموض فيه".

يرى الباحث في هذا السياق بأنه "يجب التفريق بين النظام القانوني المتبع في البلاد التي يمارس فيها المحامي مهنته فيما إذا كانت تتبع النظام اللاتيني أو الانجلوسكسوني"[1]، وذلك لاعتبار جهل المحامي بالسوابق والاجتهادات القضائية خطأ يستوجب التعويض عن تفويت الفرصة من عدمه وذلك كما يلي:

الحالة الأولى: إن كانت البلاد التي يمارس بها مهنته تتبع النظام اللاتيني وهو المتبع في فلسطين، فإن جهل المحامي في الاجتهادات القضائية الثابتة لا يشكل خطأً جسيماً يستوجب التعويض، إذ أن جوهر هذا النظام لا يلزم قاضي الموضوع في السوابق والاجتهادات القضائية للفصل في الدعاوي المعروضة أمامه، حتى وإن كانت ثابتة إنما يأخذ بها على سبيل الإستئناس فقط ، وهذا حال المحامي الذي يناط به أيضاً معاونه القضاء في تحليل وتفسير النصوص القانونية والاجتهاد بحال إنعدامها من أجل الوصول للعدالة، وإن القول بخلاف ذلك يؤدي إلى إنكار دور المحامي في تطوير القوانين والاجتهادات القضائية، لتتوافق مع احتياجات المجتمع؛ فالاجتهاد القضائي وسيلة لتحقيق العدالة في حال غموض النص، فلا يصار لوضعه بمنزله القانون الثابت.

الحالة الثانية: إذا كانت البلاد التي يمارس بها المحامي مهنته تتبع النظام الإنجلو سكسوني، إذ أن جوهر هذا النظام يعتمد بها القاضي على السوابق القضائية من أجل صياغة القواعد والمبادئ القانونية ومن ثم إصدار الأحكام، فيكون جهل المحامي بهذه الحالة خطأً جسيماً يستوجب معه التعويض بحال تحقق الضرر؛ إذ إن الاجتهادات القضائية هنا تعتبر بمثابة القانون الثابت.

---

(1) يعتبر القضاء في النظام الإنجلو سكسوني المصدر الرئيس للقانون في البلاد التي تتبع هذا النظام وعلى رأسها إنجلترا، حيث أن المحاكم تطبق السوابق القضائية في النزاعات المعروضة عليها إن وجدت، حيث أن المحكمة التي تصدر حكماً تلزم بإتباعه في القضايا المماثلة التي تعرض عليها، ويلزم هذا الحكم المحاكم الأخرى الأدنى منها في الدرجة، بحيث تعد أحكام المحكمة العليا سوابق قضائية ملزمة لكل المحاكم وتلزم بتطبيقها في القضايا المماثلة وتعد أحكام محاكم الإستئناف والمحاكم البدائية سوابق ملزمة للمحكمة ذاتها ولغيرها من المحاكم الأدنى منها درجة سوابق قضائية ملزمة. أما في النظام اللاتيني فيقتصر دور القضاء على تطبيق القانون لا خلقه، بحيث تختص السلطة التشريعية بإنشاء القانون ولا يكون القضاء مصدراً رسمياً للقانون ويتكون القانون في البلاد ذات النظام اللاتيني بصفة أساسية من التشريع لهذا سميت هذا البلاد ببلاد القانون المواكب ومنها: فرنسا ،ولبنان، ومصر، وليبيا، والأردن وفلسطين ، وليس لقضاء المحاكم في هذا البلاد قوة السوابق المعروفة في النظام الأنجلو سكسوني". راجع: منصور، محمد حسين : **نظرية القانون**. . ط1. الإسكندرية. جمهورية مصر العربية :دار الجامعة الجديدة للتشر.2004.ص393- 395.

الفرع الثاني: خطأ المحامي الناتج عن الإهمال والتقصير

من البديهي والمعلوم أنه يجب على المحامي الأخذ بالحيطة والحذر عند ممارسة أعماله دون إهمال أو تقصير، حتى لا يعتريها أي عيب أو يشوبها أي نقص، وبخلاف ذلك فقد تتمخض عنه ضرر يستوجب مساءلته مدنياً عن الضرر الذي ألحقه بموكله، وهذا يحتم علينا تحديد مفهوم الإهمال والتقصير إذ يعرف بأنه: "هو الخطأ الذي يأخذ صورة الترك أو الامتناع ،وهو لا يتحقق إلا حيث يدل الترك أو الامتناع عن إهمال أو عدم احتياط، والعبرة في تقصي هذه الدلالة بالظروف التي أحاطت الإنسان وقت أن صدر منه الترك أو الامتناع موضع المؤاخذة، وبالعادات والتقاليد التي تسود البيئة التي يعمل فيها، وأحكام القانون الذي يسيطر عليه"[1]. ويعرف أيضاً بأنه:"الإخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المخل بهذا الإخلال، دون قصد الإضرار بالغير وهذا الخطأ قد يكون جسيماً أو قد يكون يسيراً"[2].

ونستنتج ما سبق أن إهمال المحامي وتقصيره يكون مقترناً بإخلاله بالقوانين الناظمة لمهنة المحاماة والأعراف المهنيه التي تحكم عمله، إذا أنه وبنتيجة ذلك يكون معرضاً للمساءلة من قبل موكله عن الضرر الذي ألحقه به، وأبرز ما يمكن طرحه من أوجه التقصير، إهماله في متابعة الدعاوى وحضور الجلسات في مواعيدها، والإهمال في حفظ المستندات والمستندات التي تودع لديه من التلف والضياع وهو ما سيتم تبيانه بشكل موجز على النحو التالي:

- "عدم حرص المحامي على متابعة المواعيد الخاصة بالجلسات التي يتوكل بها ؛ الأمر الذي يعقبه محاكمته حضورياً أو شطب الدعوى"[3]، وهو ما يترتب معه تفويت الفرصة على موكله في تقديم

---

(1) الديناصوري ،عزالدين و الشواربي،عبدالحميد: **مرجع سابق** .ص68.

(2) مرقس، سليمان: **الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات نظرية العقد الإرادة المنفردة. الجزء الثاني.** ط.1 .القاهرة. جمهورية مصر العربية : مطبعة السلام.1987.ص 255

(3) تنص المادة(85)**:قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001** "1- في اليوم المحدد لنظر الدعوى ومع مراعاة القواعد المتعلقة بتبليغ الأوراق القضائية: 1. إذا لم يحضر المدعي ولا المدعى عليه تقرر المحكمة شطبها. 2. إذا حضر المدعي ولم يحضر المدعى عليه وكانت لائحة الدعوى قد بلغت لشخصه حكمت المحكمة في الدعوى.3. إذا حضر المدعى عليه ولم يحضر المدعي يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب المدعى عليه تأجيل الدعوى أو شطبها.

البينات اللازمة وإثارة الدفوع وإبداء المرافعة، فضلاً عن تحمل موكله النفقات الخاصة برسم تجديد الدعوى المشطوبة ، "أو حتى اعتبار الدعوى كأن لم تكن في حال كان الشطب للمرة الثانية"[1].

- إهمال المحامي في حفظ المستندات والبينات المودعة لديه، إذ يقع على عاتقه حفظها في مكان آمن وملائم لها بحسب طبيعتها وحمايتها من التلف والسرقة والتزوير، وصونها من إطلاع الغير عليها، الذي قد يستخدمها في سبيل الإضرار بمصالح موكله، فحرص المحامي هنا أيضاً يشمل تقديمه لهذه المستندات ضمن الوقت اللازم للتدليل على" إثبات أو نفي الطلبات التي يقدمها موكله أو الخصم في الدعوى، والعلة في هذا الحفظ تدور في مدى أهمية تلك المستندات في تغيير مصير الدعوى الماثله ، والتي قد تثبت حقوق الموكل أو تجنب خسارة معينه اذ أنه وبإهمال المحامي في ذلك يجعله ضامناً لأي ضرر يترتب تبعاً لذلك"[2].

والخلاصة مما سبق أن مسؤولية المحامي التي تترتب نتيجة إهماله وتقصيره تكمن في حدود إخلاله بالقوانين وأنظمة المهنة السارية، إذ أنه وبخلاف ذلك لا يعقل مساءلته لمجرد امتناعه عن دفع الضرر إلا إذا كان التزامه في هذا الصدد بتحقيق نتيجة مرجوة بدفع الضرر الأمر الذي يرتب مساءلته مدنياً .

المبحث الثاني: دعوى المسؤولية المدنية للمحامي وموانع مسؤوليته

تخضع دعوى مسؤولية المحامي المدنية للأحكام العامة التي تنظم وتحكم الدعاوى القضائية، فهي تقوم بين طرفين هما: المدعي الذي يكون غالباً الشخص الذي لحقه الضرر، والمدعى عليه الذي يكون بالعادة المحامي الذي قام بالفعل المسبب للضرر، بحيث تخضع وينطبق عليها ما ينطبق على الدعاوي المدنية، سواء من حيث شكلها و الشروط العامة لقبولها كالمصلحة، والصفة، والأهلية، وأحكام وطرق الإثبات التي تسري على دعاوي المسؤولية المدنية، وقد يكون الضرر الذي لحق بالمضرور أثناء قيام المحامي بعمله

(1) تنص المادة (88):**قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001** " 1-إذا شطبت الدعوى ولم يقدم طلب لتجديدها خلال ستين يوماً من تاريخ قرار الشطب اعتبرت الدعوى كأن لم تكن. 2- إذا جددت الدعوى وتغيب المدعي عن الحضور في الجلسة الأولى بعد التجديد قررت المحكمة تأجيل الدعوى أو اعتبارها كأن لم تكن".

(2) محمد، رايس: **مرجع سابق**.ص272.

ناتج عن سبب أجنبي فتنقطع به الرابطة السببية بين الفعل والضرر، كالقوة قاهرة أو حادث فجائي، أو خطأ المضرور نفسه أو خطأ الغير.

لذا سنعرض في هذا المبحث شروط قبول دعوى مسؤولية المحامي المدنية عن تفويت الفرصة في المطلب الأول، وموانع قيام مسؤولية المحامي المدنية، وعرض مفهوم السبب الأجنبي، ودراسة صوره المتمثلة في: القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وخطأ المضرور، وخطأ الغير، وبالإضافة لعرض تطبيقات لكل منها على مسؤولية المحامي المدنية عن تفويت الفرصة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: شروط قبول دعوى مسؤولية المحامي المدنية

يشترط القانون لسماع الدعوى توافر شروط معينه، فإذا تخلف أحد هذه الشروط أصبحت الدعوى غير مقبولة، وهذه الشروط هي :

الفرع الأول: شرط المصلحة

المصلحة هي مناط الدعوى، فالحق في رفع الدعوى مقيد بضرورة توخي مصلحة قانونية، أي أن الحق في تقدير الدعوى يدور وجوداً وعدماً مع المصلحة، وتعرف بأنها: "الفائدة أو المنفعة العملية التي تعود على المدعي من الحكم له بطلباته، بحيث تتوافر للمدعي فائدة أو منفعة من جراء الحكم له، وإذا لم تتوافر له هذه الفائدة أو المنفعة ينتفي شرط المصلحة كشرط لقبول الدعوى"[(1)].

"وعليه فإن المصلحة ليست شرط لقبول الدعوى فقط، بل هي شرط لقبول أي طلب أو دفع أو طعن، فالدعوى هي وسيله لحماية الحقوق التي يقرها القانون، فإذا لم تتوافر المصلحة تقضي المحكمة مباشرة

(1) إدكيدك، حازم: **دليل إدارة الدعوى المدنية**. ط1. رام الله. فلسطين: **المعهد القضائي الفلسطيني**.2018.ص17.

بعدم قبول الدعوى، فهي تتعلق بالنظام العام وتحكم بها المحكمة دون الحاجة إلى إثارتها والتمسك بها من قبل أحد الخصوم"[1].

وحيث أن المصلحة في دعوى المسؤولية المدنية للمحامي تتمثل في الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصاب المدعي ونشأ عن عدم تنفيذ المحامي لالتزاماته، والضرر الذي لحق بالمدعي جراء تفويت الفرصة، فإن هذا الشرط يتوفر في دعوى المدعي المتضرر ضد المحامي بشكل معلوم ومباشر ومتحقق بما يضمن حق المضرور.

ويلزم أن تتوافر في المصلحة خصائص وأوصاف معينة، ولا يكفي لقبول الدعوى أن تتوافر المصلحة بمفهومها المجرد، فإذا انتفى أحد هذه الخصائص؛ تكون الدعوى غير مقبوله وهذه الخصائص وهي:

أ- المصلحة القانونية:

"يقصد بالمصلحة القانونية التي يكون موضوعها المطالبة بحق أو مركز قانوني، فوظيفة القضاء هي حماية النظام القانوني، إذ لا تقبل الدعوى إلا إذا كانت ترمي إلى حماية حق أو مركز قانوني وتقريره إذا نوزع فيه، أو دفع العدوان عليه، أو تعويض ما لحق به من ضرر بسبب ذلك"[2]،" فلا يجوز أن تتجاوز المصلحة الحدود التي يرسمها القانون، فتعتبر المصلحة قانونية إذا كان القانون يحمي الحق أو المركز القانوني في إطار معين، أو في الإطار العام للقانون حتى إن لم ينص عليها بشكل مباشر"[3]،" فمتى ما

---

(1) تنص المادة (3) **:قانون أصول المحاكمات المدنية والتجاريه الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001**"1.لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون 2. تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الإحتياط لدفع ضر محدق أو الإستيثاق لحق يخشى زوال دليلة عند النزاع فيه 3.إذا لم تتوافر المصلحة وفق للفقرتين السابقتين قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى "

(2) التكروري، عثمان: **مرجع سابق**. ص 284.

(3) سدر، أشرف: **شرط المصلحة في الدعوى المدنية: استناداً لأحكام قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001**.(رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة بيرزيت .رام الله .فلسطين.2013.ص43.

أقيمت الدعوى للمطالبة في مصلحة اقتصادية، أو مصلحه أدبية بحته لا يحميها القانون فإنها لا تكون مقبولة لأنها تتجاوز وظيفة القضاء فالقضاء ليس داراً للإفتاء"[1].

"من الجدير بالذكر أنه لكي تعتبر المصلحة قانونية يجب أن تعود على المدعي منها منفعة عملية ومشروعة، فالمنفعة هي الباعث لرفع الدعوى وهي الغاية المقصودة منها"[2]، فإن كان يرجى من الدعوى منفعة أو فائدة فإنها تكون مقبولة وصالحة للفصل فيها وبخلاف ذلك فإنها لا تقبل"[3]، ويقصد بكون المصلحة مشروعه ألا تخالف النظام أو الآداب العامة فإذا لم تكن المصلحة كذلك تكون الدعوى غير مقبولة، والسبب في تقييد المصلحة بهذه القيود، هو تخفيف العبء الملقى على القضاة وألا تكثر عدد القضايا المعروضة لديهم فيجب أن لا تشغل المحاكم إلا بالدعاوي التي تعود من إقامتها منفعة، وألا يكون الغرض من الدعوى مجرد الكيد بالخصوم الذين ترفع ضدهم الدعاوي.

ب – المصلحة الشخصية المباشرة:

يقصد بالمصلحة الشخصية المباشرة: "أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق المراد حمايته، أو من يقوم مقامه كالوكيل بالنسبة للموكل، والولي أو الوصي بالنسبة للقاصر"[4]، فهي التي تكسب المدعي مركزاً

---

(1) جاء في حكم محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى المدنية رقم 678/ 2016 والصادر بتاريخ 2016/9/4 "**المصلحة النظرية البحتة لا تصلح أساساً للطعن**". للمزيد راجع : الكيلاني، محمود: **شرح قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنو 1988**. ط1. عمان الأردن : دار وائل للنشر.2002.ص106.

(2) أمين، فرات رستم. :**المصلحة المحتملة في الدعوى المدنية: دراسة قانونية مقارنة** ".مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية: جامعة الكوفة – كلية القانون مج8، ع23 (2015): 136 – 149.ص 139

(3) أبو الوفا، أحمد: **المرافعات المدنية والتجارية بمقتضى قانون المرافعات الجديد رقم 13 وقانون الإثبات رقم 35 لسنة 1968**. ط1.الإسكندرية.مصر : مكتبة الوفاء القانونية.2015. ص 119.

(4) الدعالسة، سعاد: **الدفع بعدم القبول في القانون الفلسطيني دراسة تحليلية مقارنه** (رسالة ماجستير غير منشوره).جامعة الأزهر. غزة. فلسطين. 2013 .ص 107.

قانونياً يخوله رفع الدعوى والتي يعبر عنها بالصفة في الدعوى، إذ أنه "لا تقبل الدعوى ممن ليس له فيها منفعة"[1].

فشرط الصفة لا يقتصر على المدعى وحده بل"يمتدد ليشمل المدعى عليه بحيث يشترط أيضاً أن يكون المدعى عليه ذو صفة بالدعوى، فالصفة هي التي تكسبه مركزاً قانونياً يخوله دفعها"[2]، فلا يجوز أن تقام الدعوى ضد شخص ليس ذي صفه فيها فالدين مثلاً لا يجوز أن يطلب من غير المدين به، وإلا قضي بعدم قبولها، فلا يتصور أن ترفع الدعوى من شخص لا شأن له بالأمر أو أن ترفع عليه"[3]، والصفة يجب أن تستمر حتى الانتهاء من إجراءات التقاضي وإلا انقطعت الخصومة في الدعوى"[4]، "فيترتب على زوال الصفة بطلان جميع الإجراءات و وقف المواعيد "[5].

والأصل أن تجتمع الصفة والمصلحة في شخص واحد، إلا أن المشرع الفلسطيني خرج عن هذا الأصل بأن منح الصفة التمثيلية بالدعوى لشخص أخر في حالات محددة، عندما يتعذر على صاحب المصلحة أن يقيم الدعوى بنفسه ويباشرها من غير وجود ممثل قانوني له بسبب وجود مانع مادي أو قانوني مثل: قيام أحد عوارض الأهلية فيباشر الدعوى عن القاصر أو المحجور عليه وليه أو وصيه، إذ أن الأصل هنا في رفع الدعوى تكون الصفة للقاصر أو المحجور عليه، إلا أنه لا يستطيع مباشرتها بنفسه فيكون الولي أو الوصي مباشراً الدعوى بناءً على الصفة التي يمنحه إياها القانون.

---

(1) تعرف الصفة بأنها "السلطة التي يمارس بمقتضاها شخص معين الدعوى أمام القضاء أو هي القدرة القانونية التي يملكها شخص معين لإقامة دعوى أمام القضاء وهي السند الذي يجيز لشخص معين أن يطلب من القضاء البت بأساس النزاع سدر، أشرف: **مرجع سابق**.ص31و ص81. للمزيد راجع : إدكيدك، حازم :**مرجع سابق**.ص17.

(2)غرايبة، محمد: **الدفع بعدم صحة الخصومة القضائية في الشريعة الإسلاميه والقانون**.(أطروحه دكتوراه غير منشورة).الجامعة الأردنية.عمان.الأردن.2007. ص 135

(3) حكم محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى المدنية رقم(177 /2004). الصادر بتاريخ 2007/7/8.

(4) تنص المادة (128)**:قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (3) لسنه (2001)**"ينقطع السير في الدعوى بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أو فقدان أهليته أو بزوال صفة من كان يمثله إلا إذا كانت الدعوى مهيأة للحكم في موضوعها"

(5) تنص المادة(130) : **قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (3) لسنه (2001)** "يترتب على انقطاع السير في الدعوى وقف جميع المواعيد التي كانت جارية في حق الخصوم وبطلان جميع الإجراءات التي تحصل أثناء الانقطاع

وبذات السياق في الدعاوي الحقوقية التي تكون الدولة أحد خصومها، فإن النيابة العامة هي الممثل القانوني وصاحبة الصفة فيها"[1]، "وأيضاً في الدعاوى المتعلقة بالشخصيات الاعتبارية التي تتمتع بشخصية مستقلة مثل شركات المساهمة الخصوصية والمساهمة العامة وغيرها، فالمصلحة المباشرة في الدعاوي المتعلقة بها تكون للشخص المعنوي بشخصيته المستقلة"[2]،إذ يباشر إجراءات التقاضي عنها أحد الشركاء المكلفين بذلك بموجب النظام الداخلي الخاص بها، فليس لأحد المساهمين فيها أن يمارس الدعاوي المتعلقة بها بصفته الشخصية، وإلا كانت غير مقبولة؛ وذلك لعدم توافر الصفة القانونية والمصلحة المباشر.

ت- المصلحة القائمة والحالة:

"لا يكفي توافر شرط المصلحة في الدعوى أن تكون قانونيه فحسب، وإنما يلزم فوق ذلك أن تكون هذا المصلحة قائمة وحالة، والمقصود بالمصلحة القائمة أن تكون مصلحة المدعي في الدعوى مصلحة مؤكدة غير احتمالية، تعود على المدعي عند المساس بالحق أو الإخلال بالمركز القانوني، أما المصلحة الحالة: فيراد بها ألا تكون المصلحة مستقبلية أي أن المساس بالحق قد وقع فعلاً سواء بإنكاره أو التشكيك فيه، بما يترتب على ذلك من وقوع نتائج ضاره"[3].

فإذا لم يحدث اعتداء على الحق أو المركز القانوني بأي صورة من الصور فمعنى ذلك أنه لا حاجه لطلب الحماية القضائية، لانتفاء محلها أو موجبها، بحيث يشترط أن يكون الضرر قد وقع بالفعل على المقصود هنا، بالضرر والحرمان من الانتفاع بالحق أو مزاياه، ويكون الحق الذي بلغ الاعتداء علية هو الحرمان من الانتفاع وهذا هو الأساس القانونية الذي يبرر قبول الدعوى، فإذا حدث اعتداء على الحق أو المركز

---

(1) تنص المادة (3) : **قانون دعاوي الحكومة الأردني رقم (25) لسنه (1958)** "أ- يقيم النائب العام الدعاوى التي للحكومة على أي كان. ب- تقام الدعاوى التي ضد الحكومة على النائب العام كمدع عليه بصفته ممثلاً عن الحكومة.ج- يتولى النائب العام أمر تقديم اللوائح والطلبات ويقوم بالمرافعة في تلك الدعاوى إلى آخر درجة من درجات المحاكمة ويعمل على تنفيذ الأحكام الصادرة لمصلحة الخزينة فيها بواسطة دوائر الإجراء ما لم يكن هنالك نص يقضي بخلاف ذلك فعندئذ يجب اتباع".

(2) العكيلي، عزيز : **الوسيط في الشركات التجارية**. ط1. عمان.المملكة الأردنية الهاشمية: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2007.ص70

(3) تكروري، عثمان : **مرجع سابق**. ص 289.

القانوني بالفعل، إلا أنه لم يسفر عن وقوع ضرر في حينه، فهنا تكون قد تولدت مصلحة قائمة ولكنها ليست حالة وإنما مستقبلية، ومن ثم فإن طلب الحماية القضائية لا يكون قد حان وقته ولم يكن وشيك الوقوع[1]، ويمكن أن يستفاد من ذلك مما قضت به محكمة الاستئناف الفلسطينية بتاريخ 2010/12/23 والذي جاء فيه: "المصلحة القائمة والحالة أن يكون حق رافع الدعوى قد اعتدي عليه بفعل أو حصلت له منازعة فيه فيتحقق الضرر الذي يبرر اللجوء إلى القضاء"[2].

ويرى مما سبق مدى أهمية الدور الذي يلعبه شرط المصلحة في قبل الدعوى بشكل عام ودعوى التعويض عن المسؤولية المدنية للمحامي عن تفويت الفرصة بشكل خاص، وذلك رجوعاً إلى الأصل المقرر بأن المصلحة هي مناط الدعوى فحيث لا مصلحة لا دعوى، فأي دعوى تقام على المحامي هي كسائر الدعاوي يجب أن تقام ممن يملك الصفة والمصلحة في إقامتها وان تكون قائمة وحالة، ويمتدد شرط الصفة ليشمل المحامي الذي أقيمت الدعوى في مواجهته والذي صدر عنه الفعل أو الخطأ المسؤول عنه قانوناً.

الفرع الثاني: شرط الأهلية

يجب أن تتوافر الأهلية القانونية فيمن يباشر الدعوى، فقد نصت المادة (79) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني: "يجب أن يكون كل من طرفي الخصومة متمتعاً بالأهلية القانونية التي تتعلق بها الدعوى، وإلا وجب أن ينوب عنه من يمثله قانوناً، فإن لم يكن له ممثل قانوني تعين المحكمة المختصة من يمثله"[3].

(1)الشرقاوي، عبد المنعم: **نظرية المصلحة**. ط1. القاهرة . جمهورية مصر العربية: مكتبة عبدالله وهبه .1947.ص 125.

(2) حكم محكمة إستئناف القدس الفلسطينية في الدعوى المدنية رقم (294 /2010).الصادر بتاريخ 2010/12/23.

(3) انظر نص المادة(79):**قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (3) لسنه (2001)**.

وتعرف الأهلية بشكل عام بأنها: "صفة يقدرها المشرع في الشخص تجعله صالحاً لأن تثبت له الحقوق أو تثبت عليه الواجبات وتصح منه التصرفات"[1]، وتعرف أيضاً: "صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقاً أو تحمله التزاماً على وجه يعتد به قانوناً"[2]، وهو تعريف مركب يستدل منه أن الأهلية تقسم إلى نوعين هما:

أ. أهلية الوجوب: هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق والأصل أن تثبت أهلية الوجوب في الشخص منذ الولادة أو تأسيسه إذا كان شخصاً معنوياً، فتتصل أهلية الوجوب بالشخصية القانونية لا بالإرادة، فمناطها هو وجود الشخص، فهي تقوم معها وجوداً وعدماً، سواء كان هذا الشخص طبيعياً أم معنوياً، دون الالتفات إلى إدراكه أو تميزه، فهي تزول بموت الإنسان الطبيعي وتصفية الشخصية المعنوية، وإذا كانت تفترض ان أهليه الأداء للشخص الطبيعي ناقصة؛ فإنها تزول بولادة الجنين ميتاً، وتنطبق ذلك أيضاً على الميت الذي تزول أهليته الناقصة نهائياً بعد تصفيه تركته والشخصية المعنوية تزول عنها أهليه الوجوب بعد تصفيتها [3].

ويلاحظ بهذا الصدد بأن الأهلية قد تكون ناقصة نقصاً أصلياً أو طارئاً، فالنقص قد يكون أصلياً بالنسبة للشخص الطبيعي كحالة الإنسان قبل الولادة أي عندما يكون جنيناً فيكون له الحق في الميراث من مورثه وفي الوصية، كما أنها أيضاً قد تكون ناقصة بعد وفاته إلى حين أن تتم تصفيه تركته وسداد ديونه، أما بالنسبة للشخصية المعنوية فإن الأهلية التي يتمتع بها تكون بالحدود التي يعينها سند إنشائها أو يقررها القانون، فهي غير أهل لأن تثبت لها حقوق تخرج عن حدود الغرض الذي أسست من أجله[4]، فشخصية الإنسان الطبيعي والشركة تستمر بعد الموت الحقيقي والحكمي حتى تصفى حقوقهما وديونهما.

---

(1) المغربي، محمود: **أحكام العقد في الشريعة الإسلامية**. ط1. طرابلس. لبنان: المكتبة الحديثة.1988.ص82.

(2) مؤمن، محمد. "**أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي** ".مجلة الحقوق: جامعة الكويت – مجلس النشر العلمي مج 28، ع 3 ،2004،.ص50

(3) القاسم، هشام: **المدخل إلى علم القانون**.ط4.دمشق. الجمهورية العربية السورية: مطبعة دار الكتب.1995.ص342

(4) سرحان،عدنان إبراهيم وخاطر،نوري حمد: **مرجع سابق**.ص109و110.

ب. أهلية الأداء: هي صلاحية الشخص لإعمال إرادته إعمالاً من شأنه ترتيب الأثر القانوني الذي ينشده واستعمال الحقوق المقررة له قانوناً، وإنشاء التصرفات القانونية بشكل قانوني سليم[1]، فالتمييز والإدراك هما مناط أهلية الأداء، فإذا تمتع الشخص بأهليه الوجوب فإن ذلك لا يعني بأنه يتمتع بأهلية الأداء تلقائياً فالصبي عديم التمييز والمحجور والمجنون والمعتوه يتمتعون بأهلية الوجوب إلا أن أهلية الأداء تكون لديهم معدومة، ولا يستطيعون استعمال حقهم في إقامة الدعوى دون وصيه أو وليه أو ممثله القانوني، فأهلية الأداء تتدرج مع تدرج الإدراك التمييز، فتدور وجوداً وعدماً ونقصاناً معهم، فإذا انعدم التمييز انعدمت أهلية الأداء، فإذا كان التمييز ناقصاً كانت أهلية الأداء ناقصة وإذا كان تاماً كانت تامة[2].

والخلاصة مما سبق بأن شرط الأهلية يجب أن يتوافر بين أطراف الخصومة، إذ يجب أن يكون المدعي متمتعاً بأهليته القانونية لمباشرة رفع الدعوى، وإلا وجب أن يباشرها بواسطة من يمثله قانوناً وينطبق الحال أيضاً على المدعى عليه، حيث يجب أن يكون متمتعاً بها وقت مخاصمته، وهذا الشرط هو شرط ابتداء وإستمرار، فإذا فقد أحد الخصوم أهليته خلال الدعوى انقطعت الخصومة في الدعوى إلى حين تعيين نائب قانوني له[3].

وفي دعوى المسؤولية المدنية من المتضرر تجاه المحامي فإن شرط الأهلية هو شرط واجب يجب أن يكون المدعي متمتعاً به وكذلك المحامي وقت المخاصمة، ويجب توافر هذا الشرط من بداية الدعوى ويستمر لحين انتهائها، أي أنه في حال فقد أي من الخصوم أهليته القانونية خلال الدعوى، انقطعت الخصومة لحين تنصيب نائب قانوني له.

---

(1) غرايبة، محمد فهد: **الدعوى القضائية والخصومة فيها دراسة مقارنة بين الفقة والقانون** .ط1.عمان. المملكة الأردنية الهاشمية : دار يافا للنشر والتوزيع .2011.ص281.

(2) سرحان،عدنان إبراهيم وخاطر،نوري حمد: **مرجع سابق**.ص111.

(3) تنص المادة (128): **قانون أصول المحاكمات المدنية التجاريه رقم(2) لسنه 2001**/"ينقطع السير في الدعوى بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أو فقدان أهليته أو زوال صفة من كان يمثله إلا إذا كانت الدعوى للحكم في موضوعها"، للمزيد راجع الشريدة، محمد إبراهيم : **حق الدفاع أمام القضاء المدني**.ط1.القاهرة.مصر :دار الكتاب الحديث.2009.ص199.

المطلب الثاني: "موانع مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة"[1]

"يعد السبب الأجنبي من موانع قيام المسؤولية المدنية، فتنعدم الرابطة السببية به بين الفعل الضار والضرر بالتالي لا تتحقق المسؤولية، وقد ظهرت مصطلحات عدة ما يتم إيرادها بصورة تكاد تكون مرادفه للسبب الأجنبي، كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وخطأ المضرور، وفعل أو خطأ الغير، وسوف نعرض من خلال هذا المطلب أسباب موانع مسؤولية المحامي بشكل عام وذلك من خلال عرض مفهوم القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وخطأ المضرور، وفعل الغير وأثرها في دفع المسؤولية المترتبة لدفع المسؤولية عن المحامي .

الفرع الأول: القوة القاهرة أو الحادث الفجائي

تعددت تعريفات الشراح والفقهاء بشأن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي فقد عرفت بأنها "حادث غير متوقع، لا يد للشخص فيه ولا يستطاع دفعه ويترتب عليه أن يصبح الالتزام مستحيلاً"[2]، فيما عرفت في نطاق المسؤولية العقدية بأنها "الحادث غير المتوقع الخارج عن إرادة المتعاقدين والذي يحول دون تنفيذ العقد وإعفاء المتعاقد من واجباته"[3]، وفي ذات السياق عرفت بأنها: "تلك الواقعة التي يتعذر على الإنسان دفعها والتي لا يمكن توقع حصولها عادة ويمكن إسناد الضرر الحادث للمضرور إليها فهي قد تتمثل بزلزال أو فيضان أو حرب أو أي أحداث مادية أو أزمات اقتصادية ما دامت مستحيلة الدفع والتوقع"[4].

لقد اعتدّت التشريعات الفلسطينية بالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي كأسباب لدفع المسؤولية المدنية، فقانون المخالفات المدنية الفلسطيني "لا يعتبر أي شخص وإن كان على خطأ أنه سبب ضرراً إذا كان الضرر قد

---

(1) يعرف السبب الأجنبي بأنه:" هي السبب الأجنبي عن المدعى عليه هو كل فعل أو حادث لا ينسب إلية ويكون قد جعل منع وقوع العمل الضار مستحيلاً". تكروري، عثمان و سويطي أحمد : مصادر الالتزام. المكتبة الأكاديمية 20016 . ص497.

(2) السيد عمر عبدالله: **مسؤولية الشخص عن فعله في قانون المعاملات المدنية الإماراتي**.ط1.القاهرة: دار النهضة العربية.1990.ص87.

(3) فوهاد، حسين:**عوارض المسؤولية المدنية**.ط1.لبنان :منشورات الحلبي الحقوقية.2014.ص203.

(4) أبو بيح، حمزة :**السبب الأجنبي وأثره على أحكام المسؤولية المدنية دراسة مقارنه**.(رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية.نابلس.فلسطين.2018.ص77

نشأ عن وقوع حدث من أحداث الطبيعة الخارقة مما لا يتوقع حدوثه شخص معتدل الإدراك ولم يكن بالإمكان تجنب عواقبه" [1].

أما الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية فقد اختلفت المصطلحات التي يعبران فيها عن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي فقد أسموها بالعديد من التسميات كالآفة السماوية، والجائحة، والفجاءة، حيث تعرف الآفة السماوية بأنها:" كل أمر سماوي لا صنع للآدمي فيه من ريح أو برد أو جراد أهلك نباتاً أو ثمرة"[2]، أما الجائحة تعرف بأنها: "كل عارض خارج عن إرادة الإنسان"[3]، وبذات السياق عرفت الفجاءة بأنها:" الأمر العارض الذي ليس للإنسان دخل فيه ويؤدي إلى حدوث الضرر"[4]، ورغم اختلاف المصطلحات والتسميات إلا أنها تنبع من فكرة واحده وتندرج تحتها، وهي حدوث أسباب خارجة عن الإرادة والتوقع تؤدي إلى استحالة في تنفيذ الالتزام وانقضاء التزام المدين.

لقد أختلف الفقهاء بخصوص اعتبار القوة القاهرة والحادث الفجائي مترادفان لهما ذات الشكل والخصائص والمضمون، أم أن لكل واحد منهما خصائص مختلفة وشكل ومضمون يتميز به عن الأخر، فقد ذهب جانب من الفقة للقول بأن القوة القاهرة والحادث الفجائي يختلفان عن بعضهما البعض، حيث قاموا بتعريف

---

(1) تنص المادة (55 مكررة/ ب): **قانون المخالفات المدنية الفلسطيني رقم (36) لسنه 1944 وتعديلاته** " (1) يعتبر الشخص أنه سبب ضرراً بتقصيره عندما يكون تقصيره هو سبب الضرر أو أحد أسبابه، ولكن لا يعتبر أي شخص أنه سبب ضرراً بتقصيره في الأحوال التالية: أولاً- إذا كان الضرر، وإن كان ذلك الشخص على خطأ، قد نشأ عن وقوع حدث من أحداث الطبيعة الخارقة مما لا يتوقع حدوثه شخص معتدل الإدراك، ولم يكن في الإمكان تجنب عواقبه باتخاذ الحيطة المعقولة،أو ثانياً- وإن كان هو على خطأ، قد كان تقصير شخص آخر، هو العامل الفاصل في تسبب الضرر،أو ثالثاً- إذا كان ولداً دون الثانية عشرة من عمره واستدعاه أو إذن له الشخص الآخر الذي تسبب الضرر بتقصيره، بأن يكون في الملك الذي وقع فيه الضرر أو في داخله أو فوقه أو قريباً منه إلى درجة تجعله يتأثر من تقصير الشخص الذي استدعاه أو إذن له على الوجه المذكور"

(2) الجبوري، بيرك فارس حسين، وعواد حسين ياسين العبيدي. "**انقضاء الالتزام بالسبب الأجنبي: دراسة تحليلية معززة بالتطبيقات القضائية** "مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية: جامعة كركوك – كلية القانون والعلوم السياسية مج1، ع1 (2012): 1 – 35.ص9

(3) حبيب، عادل جبري: **المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاسه في توزيع عبء المسؤولية المدنية(دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي**.ط1. الإسكندرية.مصر:دار الفكر.2003.ص 379

(4) دواس، رنا: **المسؤولية المدنية للمتسبب دراسة مقارنه.**(رسالة ماجستير غير منشورة).جامعة النجاح الوطنية.نابلس.فلسطين.2010.ص 123.

القوة القاهرة بأنها: "كل قوة لا يمكن مقاومتها"، أما الحادث الفجائي فقد عرفوه أنه: "كل حادث ليس في وسع العقل توقعه"[1].

وبناءً عليه ورغم إجماع أصحاب هذا الجانب بأن القوة القاهرة والحادث الفجائي يختلفان عن بعضهما البعض بالشكل والمضمون والخصائص إلا أنهم اختلفوا في تحديد الخاصية التي تفرق بينهما فقال البعض منهم بأن القوة القاهرة تبرز فيها خاصية استحالة الدفع، أما الحادث الفجائي فيبرز فيه خاصية عدم التوقع[2]، فيكفي أن يكون الحادث مستحيل الدفع أو غير ممكن التوقع لانعدام الرابطة السببية بحيث لا يلزم اجتماع الخاصيتين لقيام موانع المسؤولية.

أما البعض الأخر منهم فيفرق بين القوة القاهرة والحادث الفجائي في خاصية استحالة الدفع فإذا كانت هذه الاستحالة مطلقة فهي قوة قاهرة، أما إذا كانت الاستحالة نسبيه فهي حادث فجائي، ويقيم جانب منهم التمييز على أساس اخر فيجعل كل من القوة القاهرة والحادث الفجائي حادثا مستحيل الدفع غير ممكن التوقع، "ولكن القوة القاهرة تكون حادثاً خارجياً عن الشيء الذي تتحقق به المسؤولية كالزلزال أو العاصفة أو الفيضان، أما الحادث الفجائي حادث داخلي ينجم عن الشيء ذاته كانفجار آله أو انكسار عجلة، ثم يجعل القوة القاهرة وحدها هي التي تمنع من تحقق المسؤولية أما الحادث الفجائي فلا يمنع من تحققها بل يتحمل المدين تبعته، وهذا الرأي لا يجوز التسليم به أيضاً لأن من المسلم به أن كلا من القوة القاهرة والحادث الفجائي تنعدم به الرابطة السببية"[3].

---

(1) الجندي، محمد صبري: **المسؤولية المدنية عن الفعل الضار دراسة مقارنة بين الفقة الغربي والفقة الإسلامي والقانون المدني الأردني**. المجلد الأول: ط1. عمان. المملكة الأردنية الهاشمية: **دار الثقافة للنشر والتوزيع** .2015 . ص918.

(2) يوسف، أمير فرج: **المسؤولية المدنية والتعويض عنها**. .ط1. الإسكندرية.مصر:دار المطبوعات الجامعية.2006.ص 144.

(3) السنهوري عبد الرزاق : **مصادر الحق الشخصي في الفقة الإسلامي** ، المجلد الثاني الجزء الخامس ن المجمع العلمي العربي الإسلامي منشورات محمد الداية ، بيروت لبنان ص 128-129.

أما الجانب الآخر من الفقهاء "فقد ذهبوا إلى عدم التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائي وهو الرأي الراجح بينهم، وذلك باعتبارهما مترادفان لهما ذات الخصائص والشكل والمضمون"[1]، وقد تبنى ذلك الاجتهاد القضائي الفلسطيني، حيث قضت محكمة النقض الفلسطينية بأن: "السبب الأجنبي الذي تنتفي به رابطة السببية هو بوجه عام الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو وقوع خطأ من المضرور أو من الغير، وقد يكون السبب الأجنبي عيباً أو مرضاً خامراً بالمضرور"[2].

يستخلص مما سبق بأنه يشترط قيام عدة شروط لاعتبار الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أحد موانع مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: عدم إمكانية التوقع:

"يشترط أن يكون الحدث الذي يشكل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي غير ممكن التوقع من الشخص المعتاد مهما بذل من جهد وعناية حتى يعتبر مانعاً لقيام المسؤولية المدنية، فإذا كان الحدث متوقعاً، فلا يمكن اعتباره سبباً لدفع المسؤولية، أما إذا كان متوقعاً فعندها يمكن التحوط له وإيجاد الوسائل لتفادي آثاره الضارة"[3].

واستكمالاً لما سبق فإن معيار عدم إمكانية التوقع يقاس بمدى احتمالية تصور وقوع الحادث، فإذا كان الحادث يخرج عن نطاق الأمور العادي أو المألوف، ولم يكن هناك أي سبب خاص للظن بأنه سيحدث، فيكون من قبيل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، كما أن معيار قياس التوقع لا يقتصر على الحوادث التي لا يمكن تصور طبيعتها أو الحوادث غير المألوفة التي لم يسبق أن وقعت إطلاقاً، وإنما يشمل أيضاً الحوادث المألوفة التي سبق وقوعها وتعرف طبيعتها، فإذا كان من الصعب على الشخص المعتاد توقع

(1) الجندي، محمد: مرجع سابق.ص 118 وأيضاً سلطان،أنور: **مرجع سابق**.ص 338.

(2) حكم محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى المدنية رقم (501 /2019) والصادر بتاريخ 2019/12/1 وبذات السياق قضت محكمه التمييز الأردنية في الطعن الحقوقي رقم (967)لسنه 1969 بأن "القوة القاهرة أو الحادث هو الذي لا يد للإنسان في حدوثه ولا يمكن توقعه زمانياً او مكانياً وبنفس الوقت لا يمكن دفعه".

(3) الجندي، محمد صبري : **مرجع سابق**.ص924.

الحادث مرة أخرى، أو توقع وقت ومنطقة وقوعه يكون حينها غير ممكن التوقع سواء كان حادث مألوف سبق وقوعه أو غير مألوف"[1].

ومما سبق يرى الباحث بأنه ليس المقصود بعدم إمكانية التوقع أن الحادث لم يدخل فعلاً في حساب المحامي، إذ لو أخذنا بذلك لوجب اعتبار كل ما لم يحصل توقعه من المحامي سبباً أجنبياً تنفي به علاقة السببية بين فعل المحامي والضرر الذي لحق بالموكل جراء هذا الخطأ، ولا سيما تفويت الفرصة.

الشرط الثاني: استحالة دفع الحادث:

"يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة أو حادث فجائي استحالة دفعه بشكل مطلق وتام، حيث تتصل خاصية عدم إمكانية التوقع مع استحالة الدفع، فالحادث الذي لا يمكن مقاومته ولا دفعه هو غالباً أمر غير متوقع، فشرط عدم إمكانية التوقع وحده لا يكفي لاعتبار الحادث قوة قاهرة، فإذا كان الحادث غير ممكن التوقع ولكن يمكن دفعه وتلافي أو درء نتائجه، فإنه لا يعد من قبيل القوة القاهرة التي تنتفي بها علاقة السببية"[2].

وعليه فإن "استحالة دفع الحادث يجب أن تكون مطلقة وتامة من قبل المحامي متوسط الحرص المعتاد المتبصر مهما بذل من جهد وعناية، فإن كانت الاستحالة نسبية تقتصر على محامٍ دون غيره أو كان بوسعه أن يتدارك وقوع الحادث وأن يدرء نتائجه ولو بعمل مرهق أو عسير، فإنه لا يعتد حينها من قبيل قوة قاهرة أو الحادث الفجائي، لا يبقى محلاً لوصف القوة القاهرة طالما كان هذا العمل غير متعذر بوجه مطلق، ولا يعفي المحامي من المسؤولية"[3].

---

(1) يوسف، أمير فرج : **مرجع سابق**. ص158.

(2) مرقس، سليمان: **شرح القانون المدني مصادر الالتزام** . الجزء الثاني .ط1. القاهرة. جمهورية مصر العربية :المطبعة العالمية .1964. ص 478.

(3) الأحمد، أشرف: **مرجع سابق**.ص 106

وتتحقق استحالة الدفع إذا استحال على المحامي التصرف بخلاف ما فعل بسبب الحادث الذي يتمسك به بوصفه من قبيل القوة القاهرة، ويتشرط في هذه الاستحالة أن تكون مطلقة وليست نسبية، فإذا كانت نسبية أي قاصرة على المحامي دون غيره، فلا يعد الحادث قوة قاهرة ولا يعفى المحامي من المسؤولية، ويتوجب عليه التعويض عن الضرر الذي ألحقه بالموكل جراء تفويت الفرصة، فالمعيار هنا هو معيار موضوعي وليس شخصي، أضف لذلك أنه لا بد أن تكون الاستحالة تامة، فإذا كان بوسع المحامي أن يتدارك وقوع الحادث أو أن يدرأ نتائجه ولو بعمل عسير ومرهق، فإنه لا يبقى محلاً لوصف القوة القاهرة طالما كان هذا العمل غير متعذر بوجه مطلق.

الشرط الثالث: انتفاء الإسناد:

يشترط أيضاً لاعتبار الحادث من قبيل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أن يكون خارجاً عن إرادة وفعل المدعى عليه، وذلك بعدم إسناد الحادث إلى الفعل الشخصي له"[1]، بحيث يكون خارجاً عن إرادة المدعى عليه بشكل لا يمكن نسبته إليه بأي حال من الأحوال[2]، وهذا الشرط لا يقتصر على شخص المدعى عليه وحده، إنما يمتد ليشمل الأشخاص التابعين له، والأشياء التي في حراسته؛ فالحادث لا يعد خارجياً متى كان يرتبط بالمدعى عليه، أو الأشياء التي في حراسته وملكه أو الأشخاص الذين يتبعون له، بمعنى أن يكون منبثقاً عن عامل خارجي غير مقترن بأي فعل أو خطأ وقع من جانب المدعى عليه[3].

ومما سبق يكفي أن لا يصدر أي فعل من قبل المحامي أو الأشخاص الذين يسأل عن أعمالهم كالعاملين في مكتبه، أو المحامين المتدربين الذي يخضعون لتوجيهه ويشرف على تدريبهم والأشياء التي تكون في حراسته أو ملكه، لنفي اشتراكه في إحداث الواقعة التي تشكل الحادث الفجائي، أما في حال كان الحادث

---

(1) الجبوري، ياسين: **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني (مصادر الإلتزامات)**.ط1.ج1.عمان–الأردن:دار الثقافة للنشر والتوزيع.2008.ص595.

(2) سليم ، محمد يحيى: **نظرية الظروف الطارئه بين القانون المدني والفقه الإسلامي**.ط1.القاهرة–مصر: دار المطبوعات الجامعية.2007.ص530.

(3) الزعبي، عمار. "**دفع مسؤولية المنتج عن طريق إثبات السبب الأجنبي: دراسة مقارنة**" مجلة دراسات قانونية: جامعة صفاقس – كلية الحقوق ع22 (2015): 71 – 89.ص75.

يرتبط بفعل المحامي أو الأشياء التي في حراسته أو الأشخاص الذين يتبعون له ونتج عنها الواقعة التي يدعى بأنها حادث فجائي أو ساعد في إنشائها فيكون حينها مسؤولاً عن الضرر، ولايجوز له أن يتمسك باعتباره حادثاً فجائياً أو قوة قاهرة[1].

فهذا الشرط يعد من قبيل القوة القاهرة التي تنتفي بها علاقة السببية بين خطأ المحامي والضرر الذي لحق بموكله جراء تفويت الفرصة، كأن لا يكون الخطأ منسوباً للمحامي، ومؤدى ذلك ألا يكون الحادث مسبوقاً أو مقترناً بخطأ من جانبه، حيث أنه لا يجوز للمحامي التمسك بأن الحادث كان نتيجة ظرف فجائي، متى أثبت المضرور الخطأ ، لأن ثبوت هذا الخطأ ينفي عن الحادث وصف الفجائية، بل أن ثبوته يرجح تسبب المحامي في الحادث.

الفرع الثاني: خطأ المضرور وفعل الغير

قد يكون المضرور قد قام بفعل ساهم في إحداث الضرر الذي لحق به، وقد يكون الضرر قد وقع نتيجة فعل شخص أجنبي "الغير" بحيث يكون فعل هذا الأجنبي هو الذي أدى إلى وقوع الضرر، فعندها يكون الخطأ صادراً عن المضرور أو فعل غير الأطراف، يكون سبباً لإعفاء المدين من أحكام المسؤولية المدنية؛ لانتفاء العلاقة السببية، وسوف نعرض في هذا الفرع تعريف خطأ المضرور وخطأ الغير(أولاً)، وموقف التشريعات السارية في فلسطين منها (ثانياً)، وتطبيقات خطأ المضرور وخطأ الغير في مسؤولية المحامي عن تفويت الفرصة(ثالثاً)، كأسباب لإعفاء المحامي من المسؤولية المدنية عن تفويت الفرصة.

أولاً- ماهية خطأ المضرور وفعل الغير:

يعد خطأ المضرور أحد صور السبب الأجنبي التي يستطيع المدين أن يدفع به المسؤولية عن نفسه إذا أثبت أن الضرر ناجم عن خطأ المضرور نفسه، ويعرف خطأ المضرور أنه: "الضرر الذي يقع من

(1) أبو بيح، حمزة: **مرجع سابق** ص60.

المضرور برغم وجود مسبب له "[1]، وفي ذات السياق يعرف بأنه: "الانحراف الذي يصدر من المدعى أو المضرور والذي يؤدي إلى حدوث الضرر الذي أصابه أو إلى استفحاله"[2]"؛ "فهو قيام المضرور بفعل أدى إلى مساهمة في إحداث الضرر الذي لحق به يؤدي إلى نفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر إذا ما قام المدعى عليه بإثبات تدخل المضرور في إحداث الضرر سواء كان فعل المضرور هو السبب الوحيد والمباشر في إحداث الضرر أو أنه قد اشترك مع فعل المدعى عليه"[3].

ويعرف فعل الغير بأنه: "الفعل الذي يصدر عن شخص متدخل في حادث شكا منه المتضرر والمدعي في وجه المدعى عليه الذي اختصمه طلباً للتعويض عن ضرره، من غير أن يشرك في الخصومة الغير الذي أتى بذلك الفعل"[4].

يقصد بالغير: "كل شخص غير المتضرر وغير الحارس وغير الأشخاص الذين يسأل عنهم الحارس قانوناً، وهم الأشخاص المشمولين برعايته أو رقابته كالصبيان القاصرين"[5].

فالأصل أن الشخص لا يسأل عن فعل ضار لم يقم به، إلا أن هذه القاعدة تخضع للاستثناء فقد يسأل الشخص عن فعل الغير وذلك إعمالاً لقواعد مسؤولية التابع عن أعمال المتبوع ومسؤولية متولي الرقابة، وسوف نتناول شروط لقيام مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع لأهميتها في موضوع هذه الدراسة وشروطها هي:

الشرط الأول: وجود علاقة التبعية بين التابع والمتبوع:

---

(1) الزجيلي، وهبه: **نظرية المسؤولية المدنية والجزائية في الفقة الإسلامي دراسة مقارنة.** ط1. دمشق. الجمهورية العربية السورية : دار الفكر.1970.ص 36.

(2) الشلة، ربى: **رضا المضرور بالضرر وآثاره القانونية دراسة مقارنه.** (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية . نابلس. فلسطين .2021.ص 49.

(3) يوسف، أمير فرج : **مرجع سابق**.ص145.

(4) النقيب، عاطف: **النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العملية**.ط2.بيروت: منشورات عويدات.1981.ص358.

(5) سلطان، ناصر: **المسؤولية المسؤولية عن فعل الأشياء التي تتطلب عناية خاصة والالات المكنيكية**.ط1. بيروت. الجمهورية العربية اللبنانية : منشورات الحلبي الحقوقية.2005. ص 196.

"حيث يشترط أن يكون للمتبوع سلطة فعليه في الرقابة وتوجيه التابع بمعنى أن يكون التابع في حالة خضوع للمتبوع، بحيث يكون للأخير سلطة عليه في الرقابة والتوجيه، ولا يشترط لقيام علاقة التبعية أن يكون المتبوع قادراً على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية، بل يكفي أن يملك هذه السلطة من الناحية الإدارية، فإذا انعدمت سلطة الرقابة والتوجيه انعدمت تبعاً لها مسؤولية الشخص كمتبوع"[1].

الشرط الثاني: وقوع الفعل من التابع أثناء تأديته العمل أو بسببه:

"فإذا ارتكب التابع الفعل وهو يؤدي عملاً من أعمال الوظيفة المكلف بها يكون المتبوع مسؤولاً عنه سواء وقع الفعل بناءً على تنفيذ أمر صادر عن المتبوع أو بغير أمر منه، فإذا ارتكب أحد التابعين الفعل الذي أحدث الضرر أثناء العمل يكون المتبوع مسؤولاً عنه لأن الفعل وقع أثناء تأدية العمل"[2]، وقد يرتكب المتبوع الفعل المحدث للضرر ليس أثناء أداء العمل فقط وإنما يقع خارج حدود العمل، ويعتبر الفعل واقع بسبب العمل إذا كانت علاقة سببية مباشرة تربط الفعل بالعمل بحيث لولاه لما وقع الضرر، بحيث يكون العمل ضرورياً لوقوع الفعل أو داعي إلى التفكير فيه شريطه أن لا يتجاوز التابع حدود العمل المكلف به، فتنتفي مسؤولية المتبوع إذا لم يكن العمل ضرورياً لارتكاب الفعل الضار أو التفكير فيه، فإذا سهل العمل أو ساهم في وقوع الفعل يكون ذلك غير كافٍ لمساءله المتبوع، وعله لانتفاء مسؤولية التابع لأن العمل لم يكن ضرورياً لوقوعه أو التفكير فيه، فإذا سهل العمل أو ساعد على وقوع الفعل لا يكون كافياً لمساءلة المتبوع[3].

---

(1) سلطان، أنور: **مرجع سابق**.ص364– 365

(2) سرحان، عدنان إبراهيم وخاطر، نوري حمد: **مرجع سابق**.ص504.

(3) سلطان، أنور: **مرجع سابق**.ص368.

ثانياً- موقف التشريعات الفلسطينية من خطأ المضرور وفعل الغير:

"لقد نظمت التشريعات الفلسطينية بشكل مباشر خطأ المضرور وفعل الغير كأسباب للإعفاء من أحكام المسؤولية المدنية، على غرار القانون المدني الأردنية، والقانون المدني المصري"[1]،وسوف نعرض في هذه المرحله موقف مجلة الأحكام العدلية، وقانون المخالفات المدنية الفلسطيني من خطأ المضرور وفعل الغير فيما يلي:

- موقف مجلة الأحكام العدلية:

"لم تتطرق مجلة الأحكام العدلية إلى تنظيم خطأ المضرور وفعل الغير كأسباب للإعفاء من المسؤولية المدنية بشكل مباشر، إلا أنها قامت بمعالجة ذلك في القواعد العامة للضمان بحيث قسمت الأفعال إلى قسمين هما: أفعال بالمباشرة، وأفعال بالتسبب، فالأفعال بالمباشرة هي التي يكون فيها الفاعل هو من باشر الفعل الذي أدى إلى وقوع الحدث الموجب لضمان، أما الأفعال بالتسبب فهي التي يكون فيها الفاعل هو المتسبب في وقوع الحدث الذي أدى إلى وقوع الفعل الموجب لضمان.

"فقد نظمت مجلة الأحكام العدلية مسؤولية كل من الفاعل بالمباشرة والفاعل بالتسبب فقد نصت المادة (90) منها: "إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر"[2]، فبمجرد قيام الشخص الذي يلحق به الضرر أو أحد الأشخاص من الغير بأي فعل يجعله مباشراً في تحقيق الضرر فيكون في جميع الأحوال ضامناً للضرر الذي يلحق بالمضرور حتى وإن لم يكن متعدياً أو متعمداً"[3]، "ويكون بذلك سبباً

---

(1) تنص المادة (288): **القانون المدني الأردني رقم 43 لسنه 1976:"لا يسأل أحد عن فعل غيره".وأيضاً تنص المادة(261) : من ذات القانون** "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماويه أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المضرور كان غير ملزم بالضمان ما لم ينص القانون أو الإتفاق بغير ذلك". ويقابلها تنص المادة (165): **القانون المدني المصري رقم 131 لسنه 1948:**"إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه؛ كقوة قاهرة أو خطأ الغير.

(2) انظر نص المادة (90) : **مجلة الأحكام العدلية.**

(3) تنص المادة (92) : **مجلة الأحكام العدلية"المباشر ضامن وإن لم يتعمد".**

يؤدي للإعفاء من أحكام الضمان لغير المباشر حتى وإن كان هناك من تسبب في وقوع الضرر، فالمتسبب لا يسأل في حال وجد المباشر ولا يكون ضامناً إلا في حالة التعمد أو التعدي"[1].

"أما بخصوص مسؤولية التابع عن أعمال المتبوع ومتولي الرقابة، فلم تعتد مجلة الأحكام العدلية بها بحيث أضافت الفعل المباشرة وليس للآمر"[2]، "إلا في حالة أكره شخص غيره إكراها يجعله كالآلة في يد المكرِه وهو الإكراه الملجئ فعندئذ يكون المكرِه مسؤولاً في منزله المباشر"[3].

– موقف قانون المخالفات المدنية الفلسطيني:

"لقد اعتدَّ قانون المخالفات المدنية الفلسطيني النافذ بخطأ المضرور وفعل الغير كأسباب لدفع المسؤولية المدنية، فبخصوص فعل الغير نصت المادة (3/50) منه: "لا يعتبر أنه سبب ضرراً بإهماله إذا كان إهمال شخص آخر، وإن كان الشخص الأول مهملاً هو العامل الفاصل في تسبب الضرر"[4].

أما بخصوص خطأ المضرور فقد نصت المادة (55 مكرر/ ب/2) من قانون المخالفات المدنية الفلسطيني: "إذا كان المدعى عليه قد سبب الضرر بتقصيره، ولكن تقصيره كان مبعثه سلوك المدعي، يجوز للمحكمة أن تعفيه من تبعة دفع تعويض للمدعي، أو أن تنقص مقدار التعويض الواجب دفعه له، وفقاً لما تراه المحكمة متفقاً مع العدالة إذا كان المدعي والمدعى عليه قد سببا الضرر معاً بتقصيرهما، ولكن تقصير المدعي كان مبعثه سلوك المدعى عليه، يجوز للمحكمة أن تزيد التعويض الذي كان ينبغي

---

(1) تنص المادة (93) : **مجلة الأحكام العدلية" المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد".**

(2) تنص المادة (89): **مجلة الأحكام العدلية** "يضاف الفعل إلا الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبراً "،وكذلك نصت المادة (778) منها " إذا وقع شيء من يد الخادم المستودع على الوديعة فتلفت يكون الخادم ضامناً "، وكذلك نصت المادة (916) "إذا أتلف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يسر ولا يضمن وليه".

(3) ينظر: المواد من(948) الى(949) والمواد من (1005) الى(1007): **مجلة الأحكام العدلية.**

(4) راجع نص المادة 3/50 : **قانون المخالفات المدنية الفلسطيني رقم 36 لسنه 1944 وتعديلاته رقم 5 لسنه 1947.**

على المدعى عليه دفعه لو أن هذه المادة لم توضع موضع العمل، إلى مبلغ لا يتجاوز المبلغ الذي كان ينبغي على المدعى عليه دفعه فيما لو كان المدعي لم يسبب الضرر بتقصيره"[1].

في ذات الخصوص نصت المادة(55 مكررة / ج) بأنه: "إذا لحق بشخص ضرر وكان الضرر متسبباً بعضه من تقصيره نفسه والبعض الآخر من تقصير شخص آخر أو أشخاص آخرين، فلا يرد الادعاء بالتعويض عن ذلك الضرر بسبب تقصير الشخص الذي لحق به الضرر بل يخفض التعويض الذي يصح استيفاؤه عن ذلك الضرر إلى المقدار الذي تراه المحكمة متفقاً مع العدالة والإنصاف، آخذة بعين الاعتبار ما كان للمدعي من نصيب في التسبب في إيقاع الضرر"[2].

كما نصت المادة (56) من ذات القانون بأنه: "يقبل في معرض الدفاع في الدعوى المقامة لمخالفة مدنية، كون المدعي قد عرف وقدر، أو لا بد له أن يكون قد عرف وقدر، الأحوال التي سببت الضرر، فعرض نفسه أو ماله مختاراً لذلك الضررويشترط في ذلك:أ- أن لا تسري أحكام هذه المادة على أية دعوى تقام بشأن مخالفة مدنية إذا كانت تلك المخالفة ناجمة عن عدم القيام بواجب يفرضه القانون على المدعى عليه .ب- وأن لا يعتبر أي ولد دون السنة الثانية عشرة من عمره أهلاً لمعرفة وتقدير مثل هذه الأحوال أو تعريض نفسه مختاراً لذلك الضرر أو تعريض ماله بنفسه لذلك الضرر"[3].

"يتضح لنا من هذه النصوص بأنه إذا وقع الضرر بفعل المضرور وحده فإن المدعى عليه يعفى من التعويض إذا لم يقم بأي فعل يكون سبباً لوقوع الضرر، أما في حالة وقوع الضرر نتيجة فعل المضرور لكن هذا الفعل لم يكن السبب الوحيد في حصول الضرر بل إشترك معه فعل المدعى عليه فسواء أكان سابقاً لفعل الشخص الآخر أو معاصراً له أو لاحقاً عليه، فتوزع المسؤولية بين المضرور والمدعى عليه بقدر مساهمة كل منهما في إحداث الضرر، وهي تختلف بقدر مساهمه كل منهما في إحداث الضرر، فلا

(1) انظر نص المادة(55 مكرر/ ب /2): **قانون المخالفات المدنية الفلسطيني رقم 36 لسنه 1944 وتعديلاته وتعديلاته رقم 5 لسنه 1947.**

(2) إنظر نص المادة(55 مكررة/ج): **قانون المخالفات المدنية الفلسطيني رقم 36 لسنه 1944 وتعديلاته رقم 5 لسنه 1947.**

(3) انظر نص المادة(56): **قانون المخالفات المدنية الفلسطيني رقم 36 لسنه 1944وتعديلاته.**

تكون مسؤولية المدعى عليه كاملة؛ بل تنتقص بقدر تدخل المدعي بفعله في إحداث الضرر، وسنقوم بعرض تطبيقات ذلك بخصوص مسؤولية المحامي المدنية" [1].

ثالثاً- تطبيقات خطأ المضرور وفعل الغير في مسؤولية المحامي المدنية:

يوجد العديد من التطبيقات على فعل الغير وخطأ المضرور في إطار مسؤولية المحامي المدنية ونعرض بعض الأمثله عليها فيما يلي :

أ- تطبيقات فعل الغير في مسؤولية المحامي:

يشترط أن يكون المحامي هو المباشر الرئيس للفعل الذي أدى إلى إلحاق الضرر بموكله حتى تقوم مسؤوليته المدنية، فإن كان متسبباً في حدوثه أو كان الضرر قد صدر عن شخص أجنبي من الغير دون تدخل المحامي، فلا تقوم مسؤوليته في التعويض بهذه الحالة، ومثال ذلك: إذا تلفت أو ضاعت الوثائق أو المستندات التي أودعها المحامي في ملف الدعوى بسبب إهمال موظف المحكمة أو القاضي في حفظها أو حفظ ملف الدعوى واتخاذ التدابير اللازمة بهذا الخصوص، فلا يكون المحامي مسؤولاً عن ضمان الضرر الذي يلحق بموكله؛ وذلك لأن المباشر للفعل الذي أدى إلى وقوع الضرر هو شخص أجنبي عن علاقة المحامي مع موكله.

تقوم مسؤولية المحامي المدنية تجاه موكله عن أعمال جميع الأشخاص الذين يكونون تابعين له والذين يخضعون لإشرافه ويتبعون توجيهاته، كالعاملين في مكتبه وتحت إمرته سواء من المحامين المزاولين أو من يقومون بالأعمال الإدارية الأخرى، فهؤلاء الأشخاص لا يدخلون في مفهوم الغير إذا توافرت شروط المسؤولية عن فعل الغير، فالسلطة الفعلية للمحامي عليهم التي هي قوام علاقة التبعية، التي يجب أن تنصب على الرقابة والتوجيه، أي أن يكون للمحامي سلطة توجيه العاملين لديه للقيام بأعمال معينه

(1) يجدر بنا الإشارة أن **مشروع القانون المدني الفلسطيني** قد اعتد بخطأ المضرور وفعل الغير كأسباب للاعفاء من أحكام المسؤولية المدنية : فقد نصت المادة منه (181): **"إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه؛ كقوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير"**.

وإصدار الأوامر لهم، وسلطة رقابة تنفيذ هذه الأوامر بحيث يقومون بهذه الأعمال لحساب المحامي فيكون مسؤولاً عن جميع الأفعال التي يقومون بها.

"في ذات السياق يكون المحامي مسؤولاً عن أعمال المحامين المتدربين لديه ، فمسؤولية الإشراف والتوجيه تقع على عاتق المحامي المدرب أثناء ممارستهم لأعمال التدريب[1]، حيث تقوم بذلك السلطة الفعلية بالتوجيه والإشراف فيكون المحامي المدرب مسؤولاً عن جميع الأعمال التي يقوم بها المحامي المتدرب إذا ما تعلقت في العمل وشؤون التدريب أو كانت بسببه، وذلك تبعاً قواعد مسؤولية التابع عن أعمال المتبوع ويكون ضامناً لأي أضرار تلحق بموكله نتيجة لفعل أي من المحامين المتدربين لديه، ولا يضار في ذلك أن المتدرب لا يتقاضى أجراً ، فلا يشترط أن يتقاضى التابع أجراً عن عمله حتى تقوم علاقة التبعية، فسواء كان يعمل بالمجان أو بأجر فإن علاقة التبعتية تقوم بمجرد توافر سلطة فعليه للتابع في التوجيه والإشراف"[2].

ب- تطبيقات خطأ المضرور في مسؤولية المحامي.

تم الإشارة فيما سبق أن المحامي يعفى من التعويض إذا وقع الضرر نتيجة لفعل المضرور وحده، دون تدخل منه أو كان خطأ المضرور قد استغرق خطأ المحامي اليسير بحيث يكون خطأ المضرور هو السبب الرئيس لوقوع الضرر، فلا تقوم مسؤولية المحامي المدنية بالتعويض في هذه الأحوال، وقد يقع الضرر نتيجة فعل المضرور لكن هذا الفعل لم يكن السبب الوحيد في حصول الضرر بل اشترك معه خطأ المحامي، فتوزع المسؤولية بين المضرور والمحامي.

(1) تنص المادة (24)**:لائحة آداب مهنة المحاماة الفلسطينيه لسنه 2016**"يلتزم المحامي عند إشرافه ورقابته على المتدربين في إطار مكتبه بالنصح والإرشاد على الوجه الذي يصقل مهارة المتدرب ويؤهله لمزاوله مهنة المحاماة".

(2) سلطان،أنور: **مرجع سابق**.ص365.

وسوف نعرض أهم التطبيقات على خطأ المضرور، والخطأ المشترك بين المضرور والمحامي فيما يلي :

1. أن يستغرق خطأ المضرور لخطأ المحامي:

تعد هذه الحالة إحدى الحالات التي يعفى فيها المحامي من المسؤولية بسبب خطأ المضرور، وهي تقوم على حالتين: أن يتعمد المضرور إيقاع الضرر بنفسه، أن يكون خطأ المحامي نتيجة خطأ المضرور نوجز تطبيقاتها فيما ما يلي.

الحالة الأولى: أن يتعمد المضرور إيقاع الضرر بنفسه كقيامه بإخفاء البينات التي تلزم لمواصلة السير في الدعوى عن محاميه أو التقصير والامتناع عن تسليمها ، أو أن يقصر في الحضور لأداء اليمين التي وجهت له سواء تلك المتممة التي توجه من قبل هيئه المحاكمة أو الحاسمة التي توجه من خصمه في الدعوى، أو أن يمتنع عن المثول أمام المحكمة في الدعاوي أو الإجراءات التي يشترط فيها حضوره بشكل شخصي.

الحالة الثانية: أن يكون خطأ المحامي نتيجة خطأ المضرور كأن يسرد للمحامي وقائع مخالفة للحقيقة من شأنها أن تؤثر في تكييف الدعوى أو طريقه دفاعه، أو أن يزود المحامي بمستندات والوثائق معيبه وغير قانونيه عند تنظيم السندات والعقود، مما يؤدي إلى بطلان هذه التصرفات القانونية التي يتولى المحامي تنظيمها.

ب. رضى المضرور بالضرر:

يعفى المحامي من مسؤوليته المدنية بالتعويض إذا ارتضى المضرور بما لحق به من ضرر مثل: قيام المضرور بتوكيل محامي لإقامة دعوى للمطالبة بحق سقط بمرور الزمن ومضت المدة القانونية لسماع دعواه، أو إقامة دعوى لا يجوز أثباتها إلا بطرق قانوني محدده لا يستطيع المضرور فيها إثبات حقه بطرق الإثبات التي بحوزته، وكذلك أن يباشر أي تصرف أو عمل قانوني يلحق به الضرر خلافاً للاستشارة القانونية التي أداها له المحامي، كأن يطلب تنظيم أحد العقود التي يتشرط لنفاذها إتباع شكليه

معينه اشترطها القانون دون مراعاة ذلك، مما يرتب بطلانها، وكذلك أن يطلب من المحامي توجيه اليمين الحاسمة لخصمه رغم علمه باستعداده لحلفها، وغيرها من الحالات ويشترط في هذا الأحوال أن يقوم المحامي بإبداء النصح والمشورة القانونية السليمة والتبعيات والنتائج المترتبة على ذلك إلا أن المضرور أصرّ على القيام بها.

ج. حالة اشتراك خطأ المضرور مع خطأ المحامي في إحداث الضرر:

تقوم هذا الحالة إذا ثبت مساهمة المضرور والمحامي في إحداث الضرر، فيكون الضرر قد حدث نتيجة لفعل المضرور وخطأ المحامي معاً دون أن يستغرق خطأ أحدهما خطأ الآخر، وفي هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تنقص من التعويض وتوزيع المسؤولية عن الضرر بين المضرور والمحامي بقدر مساهمة كل منهما في إحداث الضرر، فلا تكون مسؤولية المحامي كاملة، بل تنتقص بقدر تدخل فعل المضرور في إحداث الضرر، وإذا لم يستطع القاضي تحديد جسامة كل فعل في إحداث الضرر افترض أن الفعلين متكافئين ويوزع المسؤولية عليهما بالتساوي.

د. إذا كان خطأ المضرور نتيجة خطأ المحامي :

تتمثل هذا الحالة بالعديد من الصور مثل: أن يطلب المحامي من المضرور تزويده ببينات خارجه عن موضوع الدعوى ولا تتعلق بها، كذلك ألا يقوم بإعلامه عن توجيه اليمين إليه من المحكمة أو خصمه في الدعوى، وأن يقدم المحامي استشارة قانونية غير صحيح يتبعها المضرور عن قيام بالتصرفات القانونية والأعمال المادية وتلحق به الضرر وغيرها من الحالات، فيكون خطأ المحامي في هذا الحالات هو السبب الوحيد في وقوع الضرر وتكون مسؤوليته المدنية كاملة بالتعويض عن الضرر.

ومما سبق نرى بأن التشريعات السارية في فلسطين قد حملت مسؤولية الضمان وجبر الضرر على عاتق الشخص الذي يباشر الفعل المؤدي لحدوث الضرر، حيث لا يستطيع المدعى عليه دفع المسؤولية عنه إلا في الحالات التي نظمها القانون، فحتى يستطيع المدعى عليه دفع المسؤولية عنه يجب أن يثبت بأن

الشخص الأجنبي "الغير" هو المباشر للفعل الذي أدى لحدوث الضرر فالفاعل المباشر هو المسؤول عن جبر الضرر وبالنتيجة حتى إذا كان المدعى عليه متسبباً لا يكون ضامناً للضرر، فالمباشر لا يعفى من المسؤولية إذا لم تقم أي من موانع المسؤولية الأخرى كالقوة القاهرة او الحادث الفجائي، وخطأ المضرور وغيرها، إلا إذا أثبت أنه كان كالآلة في يد المتسبب أو بيد أي شخص اخر ففي هذه الحالة يضاف الفعل إلى هذا الأخير ويكون هو المسؤول عن الضمان وجبر الضرر لوجود الإكراه.

الخاتمة

لا شك أن التعويض عن تفويت الفرصة بشكل عام ومسؤولية المحامي عنها يعد مجالاً هاماً لدراسات قانونية كثيرة ومتعمقة، فالاتجاهات والآراء تعددت بشأن نظرية التعويض عن تفويت الفرصة وفي مسؤولية المحامي المدنية بشكل عام وفي مسألة تفويت الفرصة على وجه الخصوص وذلك لما لهذه الموضوع من أهمية كبيرة على حقوق المواطنين وضمان حسن سير العدالة وحفظ حقوقهم بالشكل الصحيح، وقد خلصت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات وهي كما يلي :

أولاً- النتائج:

من خلال هذه الدراسة خلص الباحث إلى مجموعة من النتائج وهي كما يلي:

1- لم يستقر الفقه والقضاء على تعريف واضح ومحدد ودقيق يعبر عن ضرر تفويت الفرصة، والذي يمكن من خلاله بيان معنى هذا الضرر بسبب الطبيعة الخاصة التي تحيط بضرر تفويت الفرصة.

2- تتكون عناصر التعويض عن ضرر تفويت الفرصة من عنصرين الأول: جدية الفرصة والثاني: الفقد النهائي للفرصة، فيجب أن تكون الفرصة الفائتة جدية وليست مجرد أمل أو رغبه لدى المضرور بحيث تقاس جديتها بالمعيار الموضوعي فيتوقف وجودها على مدى احتمالية نجاحها وتحققها من الناحية الموضوعية وفق للمجرى المعتاد للأمور.

3- يشترط لتعويض المتضرر عن ضرر تفويت الفرصة قيام الأركان والشروط العامة للمسؤولية المدنية بالاضافه الى توافر شروط خاصة بهذا الضرر وهي: أن تكون الفرصة مشروعه، أن تكون الفرصة جديه وحقيقية، أن تكون الفرصة قد فقدت بشكل نهائي، أن تكون الفرصة ممكنه التحقق وغير مستحيلة بالأصل، فإن تخلف أحد هذه الأركان والشروط لا تكون الفرصة قابلة للتعويض.

4- لم تنظم التشريعات الفلسطينيه الساريه مسؤولية المحامي المدنية بشكل عام، ومسألة تفويت الفرصة بشكل خاص من خلال نصوص قانونية خاصة، بحيث تخضع مسؤوليته للأحكام العامة للمسؤولية المدنية.

5- الالتزام الملقى على عاتق المحامي في أغلب الأحيان هو التزام ببذل العناية المطلوبة منه، وهي عناية المختص المعتاد بحيث لا يكون شديد الحرص ولا شديد الإهمال، حيث يقع على عاتقه أن يبذل جهداً يتفق مع القواعد والأنظمة والأعراف التي تنظم مهنته، وأن هذا الالتزام قد يتحول إلى تحقيق نتيجة، وذلك بموجب الاتفاق بين المحامي وموكله أو بحسب طبيعة العمل المطلوب من المحامي في أحوال محددة .

6- يختلف تقدير قيمة الفرصة باختلاف صورة الضرر الذي لحق بالمضرور، إذا ما كان كسب مرجح أو تجنب خسارة، ففي حالة تفويت فرصة الكسب المرجح يكون تقدير الفرصة بناءً على أهمية هذا الكسب بالنسبة للمضرور ومدى إمكانية تحققه، في حال عدم وقوع الفعل المحدث للضرر فعلاً، أما في حالة تفويت فرصة تجنب خسارة فيكون تقدير قيمة الفرصة الفائتة بناءً على مقدار أهمية تجنب الخسارة بالنسبة للمضرور ومدى إمكانية تحقق وقوع الخسارة التي يدعي المضرور وقوعها نتيجة فعل المحدث لضرر تفويت الفرصة وقيمة الخسارة المالية التي لحقت بالمضرور على إثرها.

7- أن المعيار الأفضل لتحديد قيمة الفرصة الفائتة بشكل عادل ومنصف يكون على أساس تأثير الضرر على المضرور، وذلك لأنه يقوم على التحري عن جسامة الضرر في الفرصة الفائتة والتركيز على تحديد الفرصة بشكل يتوافق مع قيمة ومقدار الضرر المحقق عنها ويسمح للمضرور إثبات الضرر الواقع عليه بكافة طرق الإثبات القانونية.

8- إن خطأ المحامي الذي يفوت على موكله فرصة إقامة الدعوى أو الطعن مرة أخرى أمام القضاء جراء عدم الالتزام بالمدد والآجال القانونية أو عدم الالتزام بالشروط الشكلية أو نقص البيانات

الوجوبية في الدعوى أو الطعن أو الطلب فإن المتضرر في هذه الحالة يستحق التعويض عن ضرر تفويت الفرصة بالتقاضي.

9- لم يعفِ المشرع الفلسطيني المحامي من المسؤولية المدنية عن الاستشارات القانونية المعيبة أو الإخلال بواجب النصح والإرشاد بأي حال من الأحوال سواء صدر عنه بحسن نية أو بسوء نية.

ثانياً – التوصيات:

لعل من الضروري والمفيد في ضوء هذه الدراسة وما توصلت إليه من نتائج أن يشير الباحث إلى بعض التوصيات التي توصل لها لعلها تلقى قبولاً واهتماما لدى القائمين على وضع المنظومة التشريعية الفلسطينية بشكل عام وفي القوانين الخاصة في تنظيم مهنه المحاماة والمسؤولية المدنية وهذه التوصيات هي:

1- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني تنظيم العلاقة ما بين المحامي وموكله بنصوص تشريعيه خاصة وأن يشملها ضمن العقود المسماة، وتحديد المسؤولية المدنية للمحامي والالتزام الملقى على عاتقه بحسب العمل المكلف به، وفي ضوء ذلك يتم تقدير الضرر والتعويض عنه وموانع مسؤوليته المدنية.

2- تضمين قانون نقابة المحامين الفلسطينيين فصلاً كاملاً يتناول مسؤولية المحامي عن الأعمال أو الأخطاء المهنية التي تصدر عنه مما يزيد حرص المحامي أثناء ممارسة عمله.

3- لا ينبغي مساءلة المحامي إلا عن الضرر الجسيم والمباشر، وعدم مساءلته عن الضرر اليسير الذي لا تتوافر معه سوء النية، وعلى ذلك هي عدم تقييد حرية المحامي الذي لن يأمن على نفسه من أن يتم رفع دعوى ضده للتعويض عن الضرر، وبالتالي يلبي آمال موكله.

4- تشكيل لجان تحكيميه بموجب نصوص تشريعية يناط بها تحديد مقدار الضرر الذي يلحق بالمضرور وتقدير التعويض عنه ومدى مساهمه المحامي في إحداثه.

5- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني إلزام المحامين بالتأمين الإلزامي عن الأخطاء التي تصدر منهم أثناء قيامهم بممارسة المهنة بحيث يكون هذا التأمين لدى شركات متخصصة وملزمة بتغطية مسؤولية المحامي مما يسهل على المضرور الحصول على التعويض .

6- أن يجتهد الباحثون في البحث وإعداد الدراسات القانونية عن ضرر تفويت الفرصة بشكل عام ومسؤولية المهنيين كالأطباء والمحامون والمهندسون وغيرهم.

المراجع العلمية

أولاً :المصادر.

مجلة الأحكام العدلية لسنه 1876.

القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنه 2003 . المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية .(عدد ممتاز) بتاريخ 2003/3/18 .

قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001. المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية. العدد(38). بتاريخ 2001/9/5 .

قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001. المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية.العدد(75) بتاريخ 2001/5/12.

قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة 2001. المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية، العدد38 بتاريخ 2001/9/5 .

قانون المخالفات المدنية الفلسطيني رقم(36) لسنة 1944. المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية (الإنتداب البريطاني) رقم (1380)، والصادر عن المندوب السامي البريطاني بتاريخ 1944/12/28. المعدل بموجب قانون المخالفات المدنية الفلسطيني المعدل رقم (5) لسنة (1947)، والصادر عن المندوب السامي البريطاني بتاريخ 1947/3/14.

قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنه2000 .المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية .العدد رقم(33) بتاريخ2000/6/30.

قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنه 2005. المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية.العدد (62). بتاريخ 2006/3/25 .

قانون المحامين النظاميين الفلسطينيين رقم (3) لسنة 1999 وتعديلاته. المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية. العدد 30 بتاريخ 1999/10/10.

قانون نقابة المحامين النظاميين الأردني رقم(11) لسنة 1972. المنشور بالجريدة الرسمية الأردنية. العدد(2357). بتاريخ 1972/6/5.

لائحة آداب مهنة المحاماة الفلسطينية. المنشورة في جريدة الوقائع الفلسطينية العدد (127). بتاريخ 2016\12\4.

قانون التنفيذ الفلسطيني رقم(23) لسنه 2005.المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية.العدد(63) بتاريخ 2006/4/27 .

قانون تسوية الأراضي المياة الأردني رقم (40) لسنة 1952. المنشور بالجريدة الرسمية الأردنية. العدد (1113). بتاريخ 1952/6/16.

قانون المرور الفلسطيني رقم (5) لسنة 2000. المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية .العدد رقم(36) بتاريخ2001/3/19.

قانون العمل الفلسطيني رقم(7) لسنة 2000. المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية .العدد رقم(39) بتاريخ2000/11/27.

قانون العمل الأردني رقم(51) لسنة 2002.المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية .العدد رقم 4567.بتاريخ 2020/10/10.

قانون دعاوي الحكومة رقم (25) لسنه 1958.

القانون المدني الأردني رقم(43) لسنه 1976.المنشور بالجريدة الرسمية الأردنية.العدد(2654). بتاريخ 1976/8/1.

القانون المدني المصري رقم (131)لسنه(1948).

قانون التجارة الأردني رقم(12) لسنه 1966. المنشور بالجريدة الرسمية الأردنية.العدد (1910). بتاريخ 1966/3/30.

مشروع القانون المدني الفلسطيني.

الكتب القانونية :

الديناصوري، عزالدين والشواربي، عبدالحميد: المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء. ط5.مصر.الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.1996.

منصور،أمجد محمد: النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام . ط8.عمان- الأردن:دار الثقافة للنشر والتوزيع.2015.

نشأت، أحمد : رسالة الإثبات.الجزء الأول. ط.7. القاهرة. مصر :دار الفكر العربي .1971

الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب: القاموس المحيط .القاهرة . جمهورية مصر العربية: دار الحديث. 2008.

مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط . القاهرة . جمهورية مصر العربية: مكتبة الشروق الدولية .2004.

إبن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم: لسان العرب. المجلد 7. جمهورية مصر العربية: دار الحديث.2003.

شمس الدين، حسين.تفويت الفرصة في المسؤولية المدنية من الفكرة إلى النظرية. مجلة المناهج القانونية 2005 : العدد 7,8 : 157-172 .

أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: تعويض تفويت الفرصة (القسم الثاني). جامعة الكويت- مجلس النشر العلمي 1986: المجلد 10 العدد 2 : 81-130.

مرقس، سليمان: شرح القانون المدني مصادر الالتزام . ط1.ج2. القاهرة-.مصر:المطبعة العالمية 1964. ص 312.

الدندون، حسن: المبسوط في المسؤولية المدنية (الجزء الأول :الضرر). ط1 .عمان . الأردن: دار وائل للنشر .2006.

الشمري، منى: المسؤولية المدنية للطبيب عن تفويت الفرصة في ظل القانون القطري"دراسة قانونية مقارنه". (رسالة ماجستير غير منشوره).جامعة قطر. قطر. إمارة قطر. 2020 .

علي، مصطفى راتب حسن. "التعويض عن فوات الفرصة ".مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط: جامعة الأزهر - كلية الشريعة والقانون بأسيوط ع28 (2016): 705 - 814.

مسك، أحمد: التعويض عن ضرر تفويت الفرصة دراسة مقارنه.(رسالة ماجستير غير منشورة).جامعة الشرق الأوسط .عمان .المملكة الأردنية الهاشمية .2015.

الرواشدة، إبراهيم:المسؤولية المدنية لطبيب التخدير"دراسة مقارنة". مصر- القاهرة: دار الكتب القانونية. 2010.

عشماوي، أيمن: تفويت الفرصة"دراسة مقارنه". ط2 . القاهرة.مصر :دار النهضة العربية.2002.

أبـو الليـل، إبـراهيم الدسـوقي: تعـويض الضـرر فـي المسـؤولية المدنيـة دراسـة تحليليـة تأصـيله لتقـدير التعويض.ط1.الكويت.الكويت: جامعة الكويت .1995.

أربـاب، يوسف: التعـويض الناشـئ عـن تفويـت الفرصـة وأحكامـه وتطبيقاتـه فـي الفقـه الإسـلامي والقـانون "دراســـة مقارنة".(أطروحـــة دكتـــوراه غيـــر منشـــورة).جامعة أم الـــدرمان الإســـلامية. الخرطوم.السودان:2011..

السرحان،عدنان وإبـراهيم وخـاطر، نـوري حمـد: شـرح القـانون المـدني مصـادر الحقـوق الشخصـيةالالتزامات دراسة مقارنه.ط5.عمان . المملكة الأردنية الهاشمية: دار الثقافة للنشر والتوزيع .2012 .

التكروري، عثمان: المسؤولية المدنية للمحامي عن الخطأ المهني. (بحث غير منشور) .جامعة القدس . القدس. فلسطين.

مرقس، سليمان : الوافي في شرح القانون المدني. المجلد الأول. الفعل الضرر والمسؤولية المدنية . ط 5 .القاهرة. مصر : مطبعة مصر الجديدة. 1992 .

السنهوري،عبدالرزاق: الوسيط فـي شـرح القـانون المـدني .ج1.ط2. القـاهرة– مصـر: دار النهضـة العربيـة. 1994.

حســين، أحمــد فــراج : الملكيــة ونظريــة العقــد فــي الشــريعة الإســلامية. ط1:مؤسســة الثقافــة الجامعية.الإسكندرية.مصر.1998.

السنهوري، عبدالرزاق: شرح العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة . الجزء التاسع. د ط: بيروت – لبنان: دار إحياء التراث العربي .1952

أرجعية،عصـرانية: المسـؤولية المدنيـة للمحامي"دراسـة مقارنـة" .ط1. مصـر. الإسـكندرية: دار الجامعـة الجديدة.2019.

حسـين، محمد عبـد الظـاهر: المسـؤولية المدنيـة للمحـامي تجـاه العميـل. ط1:دار النهضـة للنشـر والتوزيع.القاهرة.مصر.القاهرة. 1993.

شنب، محمد لبيب: شرح أحكام عقد المقاولة. ط1.مصر. القاهرة : دار النهضة العربية. 1962.ص11.

نصـرة، أحمـد: قـانون العمـل الفلسـطيني.ط2.رام الله.فلسـطين:كلية الحقـوق والإدارة العامـة بجامعـة بيرزيت.2012.

منصور، محمد حسين : قانون العمل .ط1.بيروت.لبنان : منشورات الحلبي الحقوقية .2010. ص 260.

الفضيلي، جعفر: الوجيز في شرح العقود المدنية "البيع– الإيجار– المقاولة". ط1.عمان.المملكة الأردنية الهاشمية: دار الثقافة للنشر والتوزيع.1997.

خطاب، طلبة وهبة : مسؤولية المدنية للمحامي المحامي الفرد – المحامي في شركة المحاماة المدنية . ط1.القاهرة .جمهورية مصر العربية:مكتبة سيد عبدالله وهبة.1986.

طه، شعبان احمد: المسؤولية المدنية عن الخطأ المهني لكل من الطبيب والصيدلي والمحامي والمهندس المعماري. ط1.الإسكندرية. جمهورية مصر العربية: دار الجامعة الجديدة .2010.

عرفه، عبد الوهاب: **المسؤولية المدنية في ضوء الفقهوقضاء النقض** .ط1 . مصر. الإسكندرية :المكتب الفنيللموسوعات القانونية .2008.

حسين، محمد ظاهر: المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل. ط1.القاهرة . جمهورية مصر العربية : دار النهضة للنشر والتوزيع. 1993.

رمضان،سيد محمود : الوسيط في شرح قانون العمل. ط1.عمان . المملك الأردني الهاشمية: دار الثقافة للنشر والتوزيع .2012 .

أبو شنب، أحمد عبدالكريم : شرح قانون العمل الجديد .ط1 .عمان . المملكة الأردنية الهاشمية: دار الثقافة للنشر والتوزيع .1999.

تكروري، عثمان وسويطي، أحمد : مصادر الحق الشخصي في ضوء أحكام مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية بالمقارنة مع مشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني .ط1.الخليل.فلسطين: المكتبة الأكاديمية 2016.

حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام. الكتاب الرابع، تعريب المحامي فهمي الحسيني. بيروت– لبنان .مكتبة النهضة. دون سنه طبع. ص93.

باز، سليم رستم : شرح المجلة، ط3. بيروت–لبنان :دار إحياء التراث العربي، 1305هـ.

سلطان، أنور: مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي.ط9 .عمان– الأردن :دار الثقافة للنشر والتوزيع .2016.

أحمد، طه محمد : مشروعية محل الالتزام بين الشريعة والقانون . ط1: دار النهضة العربية .1977.

التكروري، عثمان: الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة (2001). الجزء الأول.ط1. القدس– فلسطين : دار الفكر.2013.

الشرقاوي، جميل: النظرية العامة للالتزام(2) أحكام الالتزام. دون رقم ط. القاهرة: دار النهضة العربية. 1995.

عبد الرحمن، محمد: أسباب كسب الملكية الحيازة.ط1.مصر–القاهرة : دار النهضة العربيه .2010.

مرقس، سليمان: شرح القانون المدني 2 في الالتزامات"مصادر الالتزام وآثاره وأوصافه وانتقالهوانقضاءه والنظريات العامة للإثبات". دون رقم ط . القاهرة: المطبعة العالمية. 1964.

عبدالتواب، معتب: الدفوع المدنية والتجارية. ط4: مطبعة الأنصار لطباعة الأوفست.2000.

الكيلاني، أسامة :البطلان في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني دراسة مقارنه.(رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية.نابلس.فلسطين.2008..

محيسن، إبراهيم حرب: النظرية العامة للدفوع المدنية "دراسة مقارنة. دون ط: دار الفلاح للنشر والتوزيع.عمان. الأردن.2007.

الحلبي، محمد علي السالم عياد والزعنون سليم: شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني.دون رقم ط. القدس.فلسطين: دار الفكر.2002.

نجاجرة، محمد: الدفع بعدم القبول في الدعوى المدنية.(رسالة ماجستير غير منشورة). جامعه القدس 2017 .القدس– فلسطين.

أبو عفيفة، طلال : الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني. ط1. عمان. المملكة الأردنية الهاشمية: دار الثقافة للنشر والتوزيع .2011..

أبوعمرو، مصطفى وسعد، نبيل: الإثبات في المواد المدنية والتجارية. الطبعة 1. بيروت.لبنان : منشورات الحلبي الحقوقية .2011.

زبيدات، ياسر: شرح قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم4 لسنة 2001.ط1. القدس.فلسطين:جامعة القدس.2010.

القضـــاه، مفلـــح : البينـــات فـــي المـــواد المدنيـــة والتجاريـــة دراســـة مقارنـــة. ط1.عمان.المملكـــة الأردنيـــة الهاشمية:دار الثقافة للنشر والتوزيع.2007.

الأحدب، عبد الحليم: مسؤولية المحامي المهنية المدنية و الجزائية. المؤتمر السنوي لكلية الحقوق . كتاب: المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين(ج2). بيروت: منشورات الحلبي.2000.

مرقص، سليمان: الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات نظرية العقد الإرادة المنفردة. الجزء الثاني. ط.1 . القاهرة. جمهورية مصر العربية : مطبعة السلام.1987.

مرقس، سليمان: أصول الاثبات واجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارناً بتقنينات سائر الـــبلاد العربيـــة. عـــالم الكتـــب للطباعـــة والنشـــر والتوزيع.القاهرة.جمهوريـــة مصـــر العربية.1986.ص143.

منتصـر، سـهير: الالتـزام بالتبصـير فـي العقـود المدنيـة.دار النهضـة العربيـة القاهرة.جمهوريـة مصـر العربية.1990.

إدكيدك، حازم: دليل إدارة الدعوى المدنية. ط1. رام الله. فلسطين: المعهد القضائي الفلسطيني.2018.

الكيلانـي، محمود: شرح قـانون أصـول المحاكمـات المدنيـة الأردنـي رقـم (24) لسـنة 1988. ط1. عمـان الأردن : دار وائل للنشر.2002.

أبو الوفا، أحمد: المرافعات المدنية والتجارية بمقتضى قانون المرافعات الجديد رقم 13 وقانون الإثبات رقم 35 لسنة 1968. ط1.الإسكندرية.مصر : مكتبة الوفاء القانونية.2015.

العكيلي، عزيز: الوسيط في الشركات التجارية. ط1. عمان.المملكة الأردنية الهاشمية: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2007.

الشرقاوي، عبد المنعم: نظرية المصلحة. ط1. القاهرة . جمهورية مصر العربية: مكتبة عبدالله وهبه 1947.

المغربي، محمود: أحكام العقد في الشريعة الإسلامية. ط1. طرابلس. لبنان : المكتبة الحديثه.1988.

القاسم، هشام: المدخل إلى علم القانون.ط4.دمشق. الجمهورية العربية السورية: مطبعة دار الكتب.1995.

غرايبة، محمد فهد: الدعوى القضائية والخصومة فيها دراسة مقارنة بين الفقه والقانون .ط1.عمان. المملكة الأردنية الهاشمية : دار يافا للنشر والتوزيع .2011.

الشريدة، محمد إبراهيم : حق الدفاع أمام القضاء المدني.ط1.القاهرة.مصر:دار الكتاب الحديث.2009.

السيد عمر عبدالله: مسؤولية الشخص عن فعله في قانون المعاملات المدنية الإماراتي.ط1.القاهرة: دار النهضة العربية.1990.

فوهاد، حسين:عوارض المسؤولية المدنية.ط1.لبنان :منشورات الحلبي الحقوقيه.2014.

حبيب،عادل جبري: المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاسه في توزيع عبء المسؤولية المدنية(دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي.ط1. الإسكندرية.مصر:دار الفكر.2003.

يوسف، أمير فرج : المسؤولية المدنية والتعويض عنها. .ط1. الإسكندرية.مصر:دار المطبوعات الجامعية.2006.

السنهوري عبد الرزاق : مصادر الحق الشخصي في الفقه الإسلامي ، المجلد الثاني الجزء الخامس . المجمع العلمي العربي الإسلامي منشورات محمد الداية ، بيروت لبنان .

مرقس، سليمان: شرح القانون المدني مصادر الالتزام . الجزء الثاني .ط1. القاهرة. جمهورية مصر العربية :المطبعة العالمية .1964.

الجبوري، ياسين: الوجيز في شرح القانون المدني الأردني (مصادر الالتزامات).ط1.ج1.عمان–الأردن:دار الثقافة للنشر والتوزيع.2008.

سليم ، محمد يحيى : نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي.ط1.القاهرة–مصر: دار المطبوعات الجامعيه.2007.

النقيب، عاطف: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العملية.ط2.بيروت: منشورات عويدات.1981.

سلطان، ناصر: المسؤولية المسؤولية عن فعل الأشياء التي تتطلب عناية خاصة والآلاتالمكانيكية. ط1. بيروت. الجمهورية العربية اللبنانية : منشورات الحلبي الحقوقية.2005.

منصور، محمد حسين : نظرية القانون. . ط1. الإسكندرية. جمهورية مصر العربية :دار الجامعة الجديدة للنشر .2004.

الجندي، محمد صبري: المسؤولية المدنية عن الفعل الضار دراسة مقارنة بين الفقة الغربي والفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني. المجلد الأول: ط1. عمان. المملكة الأردنية الهاشمية: دار الثقافة للنشر والتوزيع .2015 .

المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. مجلة نقابة المحامين الأردنيين. الجزء 1. مطبعة التوفيق. عمان– الأردن.

الزجيلي، وهبه: نظرية المسؤولية المدنية والجزائية في الفقة الإسلامي دراسة مقارنة. ط1. دمشق. الجمهورية العربية السورية : دار الفكر.1970.

الرسائل الجامعية:

تايه، أحمد محمود : التعويض عن فوات الفرصة (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة بغداد .بغداد .العراق:2014.

الأحمد،أشرف جهاد: المسؤولية المدنية للمحامي عن الخطأ المهني. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الشرق الأوسط . عمان. الأردن. 2021.

بوذراغ، هبة : التنظيم القانوني لعقد الوكالة.(رسالة ماجستير غير منشورة).جامعة العربي بن مهيدي بأم البواقي. أم البواقي .الجزائر.2015.

قراريـة، زيـاد : عقد المقاولـة فـي الفقـه الإسـلامي ومـا يقابلـه فـي القـانون المدني.(رسـالة ماجسـتير غيـر منشورة).جامعة النجاح .نابلس.فلسطين.2004..

حعياش، هشام: التقادم المسقط في التشريعات الفلسطينية "دراسة مقارنة".(رسالة ماجستير غير منشورة) جامعة النجاح الوطنية.نابلس.فلسطين.2018.

ولد علي، سائدة: مسؤولية المحامي المدنية عن الإخلالة بواجباته المهنية: موضوعاً وإجرائيا في ظل النظام التشريعي الفلسطيني دراسة مقارنه.(رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية.نابلس.فلسطين.2015.

سدر، أشرف : شرط المصلحة في الدعوى المدنية: إستناداً لأحكام قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001.(رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة بيرزيت .رام الله .فلسطين.2013.

الدعالسه، سعاد: الدفع بعدم القبول في القانون الفلسطيني دراسة تحليلية مقارنه (رسالة ماجستير غير منشوره).جامعة الأزهر .غزة.فلسطين. 2013 .

غرايبه،محمد:الدفع بعدم صحة الخصومة القضائية في الشريعة الإسلامية والقانون.(أطروحه دكتوراه غير منشورة).الجامعة الأردنية.عمان.الأردن.2007.

أبوبيح، حمزة :السبب الأجنبي وأثره على أحكام المسؤولية المدنية دراسة مقارنه.(رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية.نابلس.فلسطين.2018.

عنبوسي، نور: خصوصية إجراءات التقاضي في مرحلتي تبادل اللوائح وتقديم البينات وفقاً لقانون التحكيم الفلسطيني رقم(3) لسنة 2000 دراسة مقارنة.(رسالة ماجستير غير منشورة).جامعة النجاح الوطنية .نابلس.فلسطين.2020.

دواس، رنا:المسؤولية المدنية للمتسبب دراسة مقارنه.(رسالة ماجستير غير منشورة).جامعة النجاح الوطنية.نابلس.فلسطين.2010.

الشلة، ربى: رضا المضرور بالضرر وآثاره القانونية دراسة مقارنه. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية . نابلس. فلسطين .2021.

المجلات والدوريات العلمية:

جـواهر، وفـاء : المسـؤولية المدنيـة للمحـامي عـن تفويـت الفرصـة. المجلـة المغربيـة للدراسـات القانونيـة القضائية 2010: العدد 3 : 15–69 .

فيغو، عبدالسلام أحمد. "عقد الوكالة ".منشورات مجلة الحقوق – سلسلة المعارف القانونية والقضائية: محمد أوزيان الإصدار 39 (2016): 100 – 206.

محمد، رايس.المسـؤولية المدنيـة للمحـامي. مجلـة الحقـوق جامعـة الكويـت 2010: المجلـد 39 العـدد 3 : 273–306.

الأشـهب، احمـد عبدالسـلام. "علاقـة السـببية فـي القـانون والشـريعة الإسـلامية ".مجلـة العلـوم الإنسـانية والتطبيقيـة: الجامعـة الأسمرية الإسـلامية زليـتن – كليتـى الآداب والعلـوم ع6 (2005): 58 – 81 .

بونة، أحمد محمد. "أحكام علاقة السببية ".مجلة العلوم القانونية: جامعة الزيتونة – كلية القانون ترهونة س2، ع3 (2014): 10 – 23.

عبـدالرحمن، خالـد حمـدي. "رابطـة السـببية: بحـث فـي تحديـد مـدلول فعـل الشـئ و المسئولية عـن حـوادث السيارات فـي القـانون الفرنسـي ".مجلـة البحـوث القانونيـة والاقتصـادية: جامعـة المنوفيـة – كليـة الحقوق مج 13، ع 25 (2004): 466 – 528.

ابو الليل، إبراهيم الدسوقي : تعويض الضرر في المسؤولية المدنية دراسة تحليليه تأصيلية لتقدير التعويض : جامعة الكويت، الكويت .

أمين، فرات رستم. :المصلحة المحتملة في الدعوى المدنية: دراسة قانونية مقارنة ".مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية: جامعة الكوفة – كلية القانون مج8، ع23 (2015): 136 – 149.

مومن، محمد. "أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ".مجلة الحقوق: جامعة الكويت – مجلس النشر العلمي مج 28، ع 3 (2004): 449 – 513.

الجبوري، بيرك فارس حسين، وعواد حسين ياسين العبيدي. "انقضاءالالتزام بالسبب الأجنبي: دراسة تحليلية معززة بالتطبيقات القضائية ".مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية: جامعة كركوك – كلية القانون والعلوم السياسية مج1، ع1 (2012): 1 – 35.

زعبي، عمار. "دفع مسؤولية المنتج عن طريق إثبات السبب الأجنبي: دراسة مقارنة" مجلة دراسات قانونية: جامعة صفاقس – كلية الحقوق ع22 (2015): 71 – 89.

القرارات القضائية :

حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 1958/11/13 والحكم الصادر بتاريخ 1977/3/22. مجموعه أحكام النقض المدنية. السنة 9 رقم 88.

محكمة التمييز الأردني رقم 2018/5738. الصادر بتاريخ 2018/9/17 .

حكم محكمة النقض المصرية رقم 63/7085 . الصادر بتاريخ 1955/11/30

حكم محكمة التمييز الأردنية في حكمها رقم 82/768 بتاريخ 3/29/مجلة نقابة المحامين س31، ع 8-5

حكم محكمة النقض المصرية رقم(1380) س53 الصادر بتاريخ 1973/4/28.

حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم (4300) لسنة (63) بتاريخ 1994/11/10.

حكم محكمة النقض الفلسطينية في القضية الحقوقية رقم 2016/65. الصادر بتاريخ 2018/10/9.

حكم محكمة النقض الفلسطينية في القضية الحقوقية رقم 2019/1555 الصادر بتاريخ 2020/1/14.

حكم محكمة استئناف رام الله في القضية التنفيذية رقم2020/574 الصادر بتاريخ 2020/9/9 "

قرار محكمة استئناف رام الله في القضية الحقوقية رقم 2018/1010 والصادر بتاريخ 2018/12/11 .

قرار صادر بتاريخ 17 أبريل 1949- المحاماة السنة 31

قرار صادر بتاريخ 2001/3/16 بالملفين عدد 172/00 و 413/00-

حكم محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى المدنية رقم(177 /2004). الصادر بتاريخ 2007/7/8.

حكم محكمة استئناف القدس الفلسطينية في الدعوى المدنية رقم (294 /2010).الصادر بتاريخ 2010/12/23.

حكم محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى المدنية رقم (501 /2019) والصادر بتاريخ 2019/12/1

حكم محكمه التمييز الأردنية رقم 768/82 : مجلة نقابة المحامين الأردنيين .العدد 8-5 ، ص 1983.

حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم 2009/377 الصادر بتاريخ 2010/3/7.

حكم محكمة التمييز الأردنية رقم 74/236 ص 363 لسنه 1975.

حكم محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى الحقوقية رقم 2014/971 الصادر بتاريخ 2017/12/19.

قرار المحكمة العليا الكويتية الصادر بتاريخ 2006/10/13:مجلة المحكمة العليا، عدد2 ،2008،

قرار محكمة الاستئناف ببورج الفرنسية. الصادر في بتاريخ 1984/3/23.مجلة القصر.1984-1-376

حكم محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى المدنية رقم 678/ 2016 والصادر بتاريخ 2016/9/4 .

حكم محكمه التمييز الأردنية في الطعن الحقوقي رقم (967) لسنه 1969 .

An-Najah National University

Faculty of Graduate Studies

THE CIVIL LIABILITY OF THE LAWYER FOR THE MISSED OPPORTUNITY

By

Amr Mosbah Tawfiq Abu Kishik

Supervisor

Dr. Moayyad KHattab

This Thesis is Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of Private Law, Faculty of Graduate Studies, An-Najah National University, Nablus - Palestine.

2022

THE CIVIL LIABILITY OF THE LAWYER FOR THE MISSED OPPORTUNITY

By
Amr MosbahTawfiq Abu Kishik
Supervisor
Dr. MoayyadKHattab

Abstract

This study has aimed to investigate the civil liability of the lawyer for missing the opportunity, the researcher has presented what is the harm of missing the opportunity, and clarified its forms and elements, in addition to show the jurisprudential and judicial debate about the possibility of compensation for it, and the Palestinian position on it. The researcher has also studied the pillars of civil liability in general, and the adaptation of the general rules on the civil lawyer's responsibility for missing the opportunity, by studying the jurisprudential theories related to the causality between fault and damage, and measuring the validity of applying these theories to the issue of missing the opportunity in general, and the lawyer's responsibility for it in particular, and how it fits with the nature of his work, and to illustrate the theory that was adopted by the applicable Palestinian legislation.

The researcher has also explained the compensation conditions for the harm of missing the opportunity, by studying the special conditions that must be met in order to consider the missed opportunity to be a real damage that requires compensation for it, And how to estimate the value of the opportunity and the criteria for determining its value, and to present the jurisprudential opinions related to this, and to measure the validity of applying each of them and to state the most appropriate opinion to apply to it, in addition to study the principle of compensation for the harm of missing the opportunity and presenting the method of calculating partial compensation for it and practical applications related to the study.

The researcher has presented many practical applications for some faults that a lawyer might make while practicing his work, whether those related to the procedural aspect or those resulting from lack of knowledge about the law, or the mistakes that result from his negligence and failure to follow up the work assigned to him; This was done by studying the texts of the Palestinian laws regulating and the procedures of litigation and evidence in legal and criminal cases, the legislation that regulates the work of law and its ethics, and the laws that govern compensation, and to clarify the nature of the obligation placed on the lawyer in each of them, and to indicate how is the consequences may be a loss of opportunity, and also to illustrate the position of the Palestinian laws, some Arab laws, and the Palestinian and foreign judicial rulings in this regard.

The study has also showed the general provisions which regulate the juridical lawsuit and its conditions of acceptance in general, which are held on the lawyer in particular, and to indicate the barriers to the lawyer's civil liability, especially in the issue of missing the opportunity, by clarifying the concept of foreign reason in general. and to show the concept of force majeure or sudden accident, the contributory fault, the acts of others, and the conditions for each of them. and how it deemed reasons for the propel of civil liability for him, and to present the position of the legislation in force in Palestine in this regard, and to show many practical applications about it.

At the conclusion, the researcher has clarified the main findings of the study, and he has pointed out a set of recommendations that may be accepted by those in charge of setting up the Palestinian legislative system.

Keywords: civil liability, missed opportunity, compensation, Palestinian legislation.